

LECCIONES  
Y  
ENSAYOS



FACULTAD DE DERECHO

*Decano*  
Atilio A. Alterini

*Vicedecano*  
Tulio E. Ortiz

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

*Directora*  
Mary Beloff

*Subdirector*  
Sebastián Picasso

*Secretario*  
Andrés Heim



## CONSEJO DE REDACCIÓN

### **Autoridades del primer cuatrimestre de 2009**

#### *Directora*

Cecilia Marcela Hopp

#### *Subdirectora*

Flavia Lamarre

#### *Secretario de Redacción*

Pablo Sebastián Carducci

#### *Tutores*

Mishkila Rojas

Lautaro Furfaro

#### *Colaboradores*

Sabrina Ayelén Cartabia

Guido Leonardo Croxatto

Andrea Cruz

Milton Fellay

Leandro Ferreyra

Brian Ezequiel Frenkel

Carlos Adrián Garaventa

María Cecilia Garibotti

Bárbara Magalí Gauna

Leonardo Limanski

Luisa Loeffel Reis

Soledad Manin

Noelia Verónica Matalone

Ezequiel Monti

Martín Morelli

Daniela Papa

Pablo Pejlatowicz

Tomás Francisco Pomar

Damián Radiminsky

María Natalia Rezzonico

Eduardo Rojas

María Luz Silveira

Mariano Vitetta

Julio Francisco Villarreal

Juan Ylarri



2009

86

FACULTAD DE DERECHO  
DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES  
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

# LECCIONES Y ENSAYOS



CONSEJO ASESOR

María Laura Clérico

Marcelo Raffin

Aníbal A. D'Auría

Atilio A. Alterini

José Casás

Mario Villar

Sandra Negro

Marisa Herrera

---

Todos los derechos reservados

Copyright by Departamento de Publicaciones  
Facultad de Derecho - UBA  
Av. Figueroa Alcorta 2263, 1° P  
(C1425CKB) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina

Queda hecho el depósito que marca la ley 11.723

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

I.S.S.N. 0024-0079

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

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

Impreso en la República Argentina

*Correspondencia:* Dirigirse a

Departamento de Publicaciones  
Facultad de Derecho - UBA  
Av. Figueroa Alcorta 2263, 1° P  
(C1425CKB) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina  
Tel./Fax: (54-11) 4809-5668



## ÍNDICE

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

### LECCIONES

Hauck, João R., <i>Tecnociencia, vigilancia y sistema penal: la superación de paradigmas y las nuevas perspectivas bajo el punto de vista tecnológico</i> .....	17-43
D'Auría, Aníbal, <i>La idea de Nación en el Facundo</i> .....	45-71
Gabriel, Silvia C., <i>Un panorama actual de la discusión en torno al Leviatán de Thomas Hobbes. El origen del Estado absoluto</i> .....	73-95

### ENSAYOS

Ferro, Mariano, <i>Consideraciones sobre las tensiones de la ciudadanía moderna</i> .....	99-149
Díaz Cafferata, Santiago, <i>El derecho de acceso a la información pública: situación actual y propuestas para una ley</i> .....	151-185
Kierszenbaum, Mariano, <i>El bien jurídico en el derecho penal. Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual</i> .....	187-211
Vita, Leticia, <i>La crítica de Nietzsche al Estado moderno</i> .....	213-233
Hopp, Cecilia, <i>Algunos problemas en torno a la tentativa de contrabando</i> .....	235-258

### VII CONCURSO DE ENSAYOS "DR. IGNACIO WINIZKY" DE DERECHO PENAL

Kierszenbaum, Mariano, <i>La autoría y la participación en un delito especial. A propósito de la autoría y la participación en el tipo penal de "torturas"</i> .....	261-284
López Warriner, Santiago, <i>Tentativas, riesgos y resultados</i> .....	285-298

## COMENTARIO BIBLIOGRÁFICO

- Freedman, Diego, *Un análisis del presupuesto desde la perspectiva de los derechos humanos. Comentario a Derecho constitucional presupuestario de Horacio Corti*..... 301-309

## LITERATURA Y DERECHO

- Coaguila Valdivia, Jaime F., *Borges y la lotería de los infortunios* ..... 313-317

## TRADUCCIÓN Y AFINES

- Rivera (h), Julio César y Legarre, Santiago, *Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad en los Estados Unidos y la Argentina*..... 321-350
- Vitetta, Mariano, *Recensión crítica de José Martínez de Sousa, Diccionario de uso de las mayúsculas y minúsculas*..... 351-355
- Entrevista al traductor Ricardo Chiesa ..... 357-403

## MISCELÁNEAS

- Ávila, Flor, Martínez de Correa, Luz y Medina, Jesús, *Los derechos humanos como emancipación. Recepción del pensamiento de Boaventura de Sousa Santos en Europa. Transición paradigmática, hermenéutica diatópica y diálogo intercultural*..... 407-415

## ¿LO SABÍA?

- Apelación: una joya jurídica ..... 419-422
- Cómo publicar en *Lecciones y Ensayos* ..... 423-424

## EDITORIAL

*Lecciones y Ensayos* nació con la idea de constituirse como tribuna para que los estudiantes y profesores se relacionen entre sí. De este modo, desde hace ya cincuenta y tres años, esta publicación nos ofrece a muchos estudiantes la posibilidad de dar los primeros pasos en el mundo de la escritura académica, mediante un entrenamiento constante en la evaluación crítica de los trabajos que se someten a nuestro sistema de referato, tanto de profesores como de alumnos, sean nacionales o extranjeros, creando así un ambiente de trabajo que estimula permanentemente la escritura individual y colectiva.

Desafortunadamente observamos que en el último tiempo, los pasillos de nuestra Facultad se caracterizan por un alarmante desinterés de los estudiantes en involucrarse con el Derecho, más allá de su estudio en las aulas y lo escrito en los manuales. Quienes participamos en la revista pudimos encontrar en este espacio respuestas a inquietudes insatisfechas en otros ámbitos. Por eso queremos compartir esta experiencia con otros estudiantes e invitarlos a que participen en el debate actual de las cuestiones del Derecho que nos involucran, ya sea desde la investigación, la presentación de trabajos o también sumándose a nuestro equipo en la revista.

Así es como desarrollamos en estos últimos meses de trabajo un fuerte proyecto de difusión, dirigido a estudiantes y profesores, para retomar “aquella vieja costumbre de leer y escribir”, de debatir y compartir distintos puntos de vista, de criticar y construir. De esta forma, buscamos acercarnos a importantes figuras del mundo académico que permitan un nutrido intercambio y la realización de distintas actividades complementarias de las netamente editoriales.

Como tarea específica, nos hemos dedicado a estrechar los lazos con los departamentos académicos y recibimos muy buenas respuestas ante la propuesta de fomentar nuestra revista como foro de discusión para la comunidad académica.

En consecuencia, y en pos de seguir ampliando el espacio de debate y discusión, hemos aprovechado la incorporación de alumnos de Traductorado Público a la labor editorial cotidiana e inauguramos, en este número, la sección “Traducción y afines”, que hoy tenemos el gusto de presentar, buscando saldar la deuda que mantenía la revista con este grupo

de estudiantes. Esperamos que contribuya como una herramienta más del mundo de la traducción, para fomentar la investigación y la difusión de conocimiento de esta disciplina y para aumentar la relación de los alumnos de traductorado y de derecho. Estamos convencidos de que el ejercicio de la profesión sin espacios para la reflexión teórica es inconveniente y que la difusión de conocimiento en temas de traducción contribuye al apuntalamiento profesional de todos aquellos que la ejercen cotidianamente.

Desde el Consejo de Redacción buscamos reverdecer el interés por la discusión en nuestra Facultad. En esta nueva etapa de la revista, una de nuestras principales metas es motivar una mayor afluencia de ensayos y lecciones de calidad, que sigan incentivando el intercambio de ideas. Creemos firmemente que esta contribución representa nuestro grano de arena para lograr desencadenar los cambios profundos que nuestra sociedad necesita.

# LECCIONES



## **TECNOCIENCIA, VIGILANCIA Y SISTEMA PENAL: LA SUPERACIÓN DE PARADIGMAS Y LAS NUEVAS PERSPECTIVAS BAJO EL PUNTO DE VISTA TECNOLÓGICO**

JOÃO R. HAUCK \*

**Resumen:** El texto aborda el avance de la tecnociencia y sus consecuentes patologías sociales, sobre todo la intensa vigilancia impuesta por las modernas tecnologías. La intención es demostrar que la actual realidad científica, que guía los fenómenos del mundo contemporáneo, no condice con el arcaico sistema de justicia penal. Al final, se tejen algunos comentarios sobre el control electrónico de infractores una vez que esta tecnología ha sido vislumbrada como una herramienta hábil para contribuir a la “caída de los muros” que dividen a los penados y a la sociedad.

**Abstract:** This text approaches the advance of technoscience and the social pathologies which happen as a result of its use. The objective is to demonstrate that the actual scientific reality, which guides the phenomenon of contemporary world, is not at the pace of the archaic system of penal justice. At the end, some comments are made about the electronic monitoring of offenders, once such technology has been considered as a useful tool to promote the “fall of the walls” which separate convicts and society.

**Palabras clave:** Tecnociencia – Vigilancia – Control electrónico.

**Keywords:** Technoscience – Surveillance – Electronic monitoring.

\* Abogado (Universidade Luterana do Brasil) El presente artículo forma parte de la monografía de Especialización en Ciencias Penales, realizada para la obtención del certificado de Especialista en Ciencias Penales ante la Pontificia Universidad Católica de Rio Grande do Sul (Brasil). Agradezco especialmente la orientación de la profesora Dra. Ruth Maria Chittó Gauer, sin la cual no sería posible la elucidación de muchas de las ideas aquí esbozadas. La traducción de este artículo para el idioma español fue realizada por Mauricio Vera Failache. Es de notar que se optó por traducir inclusive las citas directas, siempre buscando mantener la máxima fidelidad al texto original.

*El peso de las viejas “casas de seguridad”, con su arquitectura de fortaleza, es sustituido por la geometría simple y económica de una “casa de certeza”. La eficacia del poder; su fuerza limitadora, pasaron de algún modo, para el otro lado —para el lado de la superficie de aplicación—. Quien está sometido a un campo de visibilidad, y sabe de esto, retoma por su propia cuenta las limitaciones del poder; las hace funcionar espontáneamente sobre sí mismo; inscribe en sí la relación de poder en la cual él desempeña simultáneamente los dos papeles; se torna el principio de su propia dependencia. Como consecuencia de esto, el poder externo por su lado, puede aliviarse de sus cargas físicas; tiende a lo incorpóreo, y mientras más se aproxima a este límite, más de esos efectos son constantes, profundos, adquiridos en carácter definitivo y continuamente reiniciados: victoria perpetua que evita cualquier enfrentamiento físico y está siempre decidida por anticipación.*

MICHEL FOUCAULT

## I. BREVES CONSIDERACIONES A MODO DE INTRODUCCIÓN

La alta proporción de la violencia instiga la producción demagógica de medidas paliativas que simplemente retratan una furia perseguidora del Estado. No reflejan una política criminal, y sí una hipocresía criminal, una visión restringida a una lectura reduccionista del problema de la criminalidad y de la seguridad pública. Eso representa la negligencia legislativa frente a la responsabilidad social atribuida al sistema normativo, con el objetivo de una actuación condicionada siempre en pro de la sociedad. En este aspecto, es pertinente la observación de Ruth Chittó Gauer, en el sentido de que el objetivo de cohibir la violencia no ha sido alcanzado por la legislación moderna, ya que la “lengua general de la ley parece no hacer eco en la violencia de la sociedad contemporánea”<sup>1</sup>.

Efectivamente, el derecho penal deja de ser usado como *ultima ratio* y se transforma en un instrumento estatal para imponer el miedo de la transgresión en la sociedad. El Estado con toda la violencia que le es inherente, (ab)usa del “monopolio de la *violencia física legítima*”<sup>2</sup> como forma de aliviar los clamores sociales generados por la fuerte sensación de inseguridad. “Naturalmente que la violencia no es ni el medio normal, ni el único medio del que el Estado se sirve, pero es realmente su medio

<sup>1</sup> CHITTÓ GAUER, Ruth M., “A ilusão totalizadora e a violência da fragmentação”, en CHITTÓ GAUER, Ruth M. (org.), *Sistema penal e violência*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2006, ps. 16/17.

<sup>2</sup> Para Max Weber, “El Estado, como todas las asociaciones políticas que lo precedieron históricamente, es una relación de *dominio* de hombres sobre hombres, soportada por medio de la violencia legítima (es decir, de la que es vista como tal)” (*O político e o cientista*, 3ª ed., Presença, Lisboa, 1979, p. 10).



específico”<sup>3</sup>. En este aspecto, se percibe que el ejercicio de la violencia estatal no es apenas privilegio de las agencias de control, sino que tienen su origen en la propia legislación a través de la institucionalización de una especie de terror legislativo. La idea de que el criminal sienta algún temor proveniente del texto legal —sea éste en la forma de tipo o de *quantum* de la pena— produce un contexto social de neocriminalización en el que se asientan dos neocriminalizantes fenómenos expansivos: el llamado “derecho penal simbólico”<sup>4</sup> y el “resurgir del punitivismo”.

Löic Wacquant<sup>5</sup> apunta hacia la “implantación de una política de criminalización de la miseria”<sup>6</sup>. De esta forma, el Estado al encarcelar a los miserables no reacciona ante la violencia con políticas criminales, pero sí con una medida que busca auxiliar en la estabilización de problemas sociales. Recuerda Bauman que “en las actuales circunstancias, el confinamiento es antes una alternativa al empleo, una forma de utilizar o neutralizar una parte considerable de la población que no es necesaria para la producción, y para la cual no hay trabajo ‘al cual reintegrarse’”<sup>7</sup>.

Sucede que la evolución paradigmática causada por el avance de la tecnociencia, rompió con algunas estructuras impuestas por el sistema penal, y como consecuencia del progreso tecnológico, va al encuentro de una necesaria revisión del sistema bajo el enfoque de esas rupturas. Al abstraerse el delito del enfoque dogmático de la ciencia penal proyectándolo en el campo de la transdisciplinariedad, se torna fácilmente perceptible que el Estado-Represor no es la herramienta más adecuada, y tampoco la más eficaz en el combate a toda y cualquier forma de delincuencia, sino que políticas de inclusión social serían mucho más útiles y eficientes en esa función.

Bajo esta perspectiva, (re)pensar la (re)estructuración de políticas de seguridad pública y justicia criminal debe necesariamente (si se quiere ob-

<sup>3</sup> WEBER, Max, *O político...*, cit., p. 9.

<sup>4</sup> Las leyes penales simbólicas, son aquellas que no buscan la protección de un bien jurídico. Así lo define Claus Roxin: “Entiendo como los tipos penales simbólicos, aquellas leyes que no son necesarias para asegurar una vida en comunidad, y que al contrario, persiguen fines que están fuera del Derecho Penal como el apaciguamiento del elector o una presentación favorecedora del Estado” (*A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*, organización y trad. André Luís Callegari y Nereu José Giacomolli, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2006, p. 24).

<sup>5</sup> Aunque el autor dirija su crítica a la cárcel norteamericana, nosotros la redireccionamos al sistema presidiario brasileño.

<sup>6</sup> WACQUANT, Löic, *As prisões da miséria*, trad. de André Telles, Zahar, Rio de Janeiro, 2001, p. 96.

<sup>7</sup> BAUMAN, Zygmunt, *Globalização: as conseqüências humanas*, trad. de Marcus Penchel, Zahar, Rio de Janeiro, 1999, ps. 119/120.

tener eficacia) pasar por una (re)actualización de las “fórmulas” de contención de la violencia. Esa “nuestra moderna tendencia a pensar en la ‘imposición de la ley’ como sinónimo del ‘control del delito’ revela hasta qué punto nos hemos acostumbrado a pensar en el Estado como el mecanismo fundamental para enfrentar el delito”<sup>8</sup>. El análisis del avance tecnológico ofrece un nuevo enfoque que podrá contribuir para la desmitificación de esta premisa y la consecuente ruptura con este paradigma. En las palabras de Boaventura: “...tal como Descartes (...) ejerció la duda en vez de sufrirla, nosotros (...) debemos ejercer la inseguridad en vez de sufrirla”<sup>9</sup>.

El aumento de la criminalidad y la política criminal del conjunto de medidas de emergencia, sumados a una serie de otros factores, propician la generalización de un populismo punitivo que resucita el carácter afflictivo de la pena, identificándola únicamente con la cárcel y despreciando cualquier otra modalidad punitiva que pueda ser implantada en el sistema penal. Con el avance de la tecnociencia y la tecnologización del derecho penal, la penalización debe ser estudiada bajo un nuevo prisma —el advenimiento del monitoreo electrónico de infractores permite el re-examen de la materia, a través del cual, podrán alcanzarse nuevas respuestas para antiguas preguntas—.

De este modo, es fundamental para las ciencias jurídicas observar los fenómenos del mundo contemporáneo bajo la visión de la actual concepción científica y, sobre todo, prestar atención a las constantes transmutaciones provenientes de la tecnología. Además, es esencial desvincular la visión jurídica de los antiguos paradigmas de la ciencia —rotos y superados por la tecnología contemporánea—.

Frente al gran salto científico y al avance tecnológico de los últimos tiempos, el mundo se ha transformado radicalmente: la vida ya no es más como antes y el binomio tiempo/velocidad ganó una importancia incalculable. Paul Virilio llama la atención respecto al hecho de que “no existe más ‘revolución industrial’, y sí, ‘revolución dromocrática’, no hay más democracia y sí dromocracia, no hay más estrategia y sí dromología”<sup>10, 11</sup>. Al meditar sobre nuevas estrategias provenientes de la violencia de la ve-

<sup>8</sup> GARLAND, David, *La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Gedisa, Barcelona, 2005, p. 74.

<sup>9</sup> DE SOUSA SANTOS, Boaventura, *Um discurso sobre as ciências*, 4ª ed., Cortez, São Paulo, 2006, p. 91.

<sup>10</sup> Celso Mauro Paciornick, al traducir la obra de Virilio —*Velocidade e política*—, aclara que la palabra “dromología”, así como otras que aparecen a lo largo de la obra (dromocrático, dromocracia, dromócrata), son neologismos empleados por el autor como variantes de la palabra griega “dromos”, que evoca la idea de “carrera”, “curso”, “marcha”.

<sup>11</sup> VIRILIO, Paul, *Velocidade e política*, Estação Liberdade, São Paulo, 1997, p. 56.

locidad —*Velocidad y política*, 1977—, Virilio incluye una cita del general Fuller: “Cuando los combatientes se lanzaban dardos, la velocidad inicial de tales armas era tal que se podía prever su trayectoria y evitar sus efectos con la ayuda del escudo, pero cuando el dardo fue sustituido por la bala, la velocidad era tan grande que esquivar el golpe se volvió imposible (...); imposible por el esquivo del cuerpo, pero posible por la retirada más allá del alcance del arma, posible también gracias al abrigo de tierra, además de aquel proporcionado por el escudo, es decir, posible por el espacio y por la materia”<sup>12</sup>. Aún nos queda por indagar, frente a la actual e indiscutible prominencia tecnológica, si hoy hay espacio o materia capaz de protegernos de las modernas tecnologías de vigilancia. Si aún es posible un “puerto seguro” más allá del alcance tecnológico.

Cada vez más, el creciente índice de violencia demanda más protección, y la tecnología proporciona nuevos mecanismos de seguridad: cámaras de vigilancia, escuchas ambientales y telefónicas, identificadores de voz, lectores faciales, lectores de impresiones papilares, lectores de iris, detectores de metal, etc. En la esfera de la investigación criminal, se destacan las pericias técnicas de imagen y sonido, exámenes químicos y, sobre todo, el examen de ADN. En el ámbito de la seguridad y del sistema penal, se desmoronan antiguas estructuras y nacen nuevos paradigmas de seguridad; sin embargo, la legislación penal no acompaña la velocidad de los cambios y el derecho penal parece quedarse estancado ante el progreso tecnológico.

No obstante, es indiscutible que a pesar de que las ciencias jurídicas no hayan acompañado el avance científico, las modernas tecnologías son usadas en la política criminal de contención a la violencia. Surge así una conspicua necesidad de mantener un derecho penal coherente con la actual racionalidad tecnocientífica y con sus fenómenos sociales contemporáneos.

## II. EL AVANCE CIENTÍFICO Y LA (IM)PUESTA VIGILANCIA

Las últimas décadas se han caracterizado por un increíble avance tecnológico que resultó en el fin de las certezas científicas y en la inevitable destrucción de los paradigmas (im)puestos por la ciencia moderna. Paul Virilio señala que gracias a Albert Einstein los conceptos genéricos y absolutos —tiempo y espacio— son sustituidos por dos nuevos términos: velocidad y luz. Posteriormente, las “ondas-corpúsculos” (Louis de Broglie)

<sup>12</sup> VIRILIO, Paul, *Velocidade...*, cit., p. 126.

y el principio de la indeterminación<sup>13</sup> (Werner Heisenberg) revelaron la paradoja que nos impide conocer, simultáneamente, la velocidad y la posición de una misma partícula<sup>14</sup>.

El crecimiento exponencial de la tecnociencia<sup>15</sup> ha transformado la ciencia ficción de *Los Jetsons*<sup>16</sup> en una realidad posible. La robótica mó-

<sup>13</sup> “Podemos medir el momento de una partícula así como su coordenada, pero no podemos atribuirle, como exige la noción de trayectoria, un valor bien definido al mismo tiempo de su coordenada y de su momento. Ésta es la lección de las famosas relaciones de incertidumbre de Heisenberg.

”Esas relaciones provienen del hecho de que los operadores que corresponden respectivamente al momento  $p$  y a la posición  $q$  no conmutan. Esto quiere decir que el resultado de su aplicación sucesiva sobre una función depende del orden de sucesión de esas aplicaciones. Ahora bien, como muestra cualquier manual, cuando operadores no conmutan, *no tienen las mismas funciones propias*. No existe, por tanto, ninguna función de onda en que coordenadas y momentos pudiesen tener al mismo tiempo valores bien determinados. Es necesario optar entre una ‘representación en coordenadas’ y una ‘representación en momentos’. Éste es el contenido de las relaciones de incertidumbre de Heisenberg. Ninguna definición de objeto cuántico permite atribuir a ese objeto un momento y una posición bien determinados” (PRIGOGINE, Ilya, *O fim das certezas: tempo, caos e as leis da natureza*, trad. Roberto Leal Ferreira, Unesp, São Paulo, 1996, ps. 140/141).

<sup>14</sup> VIRILIO, Paul, *A inércia polar*, trad. Ana Luísa Faria, Dom Quixote, Lisboa, 1993, p. 74.

<sup>15</sup> Agustín Apaza Yanarico explica que el origen del término “tecnociencia” se atribuye a Bruno Latour, que en 1987 publicó el libro *Ciencia y acción*, y lo habría creado con la finalidad de “evitar la interminable expresión *ciencia y tecnología*”. De esta forma, prosigue Apaza Yanarico, “Latour usa la palabra tecnociencia para describir todos los elementos relativos al contenido científico, por más sucios, insólitos o extraños que puedan parecer. Mientras más esotéricos sean los contenidos de la ciencia y la tecnología, mayor sería su expansión externa. Así, ciencia y tecnología formarían apenas un subconjunto que parece tener precedencia apenas por una ilusión óptica”.

Sin embargo, el autor recuerda que tal posición es controvertida.

Javier Echeverría, por ejemplo, prefiere la denominación “*redes científico-tecnológicas*”; a pesar de reconocer la existencia de una integración entre la actividad científica y “tecnológica” —un indicador de la existencia de la tecnociencia—, entiende que la palabra tecnociencia presupone un equilibrio de valores epistémicos y técnicos. No obstante, habría una diferencia por el subsistema de valores, una vez que en la ciencia predominan valores epistémicos y en la tecnología valores técnicos (APAZA YANARICO, Agustín, *Uma tecnociência para o bem-estar social*. Disponible en: [www.cori.unicamp.br/CT/Latinos-apres/Uma\\_Tecnociencia\\_para\\_o\\_Bem2.doc](http://www.cori.unicamp.br/CT/Latinos-apres/Uma_Tecnociencia_para_o_Bem2.doc). Visitado en enero de 2008). Sin embargo, para efectos de este trabajo, no necesitamos adentrarnos en esta discusión. Usaremos el término “tecnociencia” como un recurso lingüístico para designar la estrecha relación entre ciencia y tecnología, así como la reconfiguración de sus límites.

<sup>16</sup> *Los Jetsons* (o *Los Supersónicos*) fue una serie de dibujos animados producida por la empresa Hanna-Barbera, en los años 1962 y 1963. En esa serie, los dibujantes William Hanna y Joseph Barbera imaginaban lo que sería el futuro de la humanidad. La familia Jetson vivía en una ciudad flotante, había carros voladores, sirvientes robots y los más variados aparatos electrodomésticos y de entretenimiento (*Wikipedia: enciclopedia libre*).

vil, que en otros tiempos fue ícono del avance tecnológico, ahora no pasa de chatarra obsoleta, si se compara con los modernos “robo-sapiens” de la ingeniería mecatrónica. Las quiméricas máquinas teleguidadas hoy son equipos banalizados, integradas a la cotidianidad de adultos y niños<sup>17</sup>. Los viajes interplanetarios que desde hace años habitan en el imaginario humano e inspiran la producción hollywoodiana de las películas de ficción, efectivamente están próximos a volverse realidad; basta recordar que el turismo espacial —con propósitos no científicos, tan sólo de puro esparcimiento— fue inaugurado en 1990, cuando la Agencia Espacial Rusa llevó a Toyohiro Akiyama a permanecer durante siete días en la estación espacial soviética Mir.

El clon humano, antes ficticio, también dejó de ser utopía<sup>18</sup>, cuando en 1996, el escocés Ian Wilmut hizo historia en el campo de la genética al anunciar el clonaje de Dolly, una oveja de la raza Finn Dorset.

Todo eso es apenas una ejemplificación ínfima ante la multiplicidad y la constancia de los avances científicos. Aún habría mucho que hablar, como por ejemplo: la ingeniería nuclear y la bomba atómica, la ingeniería genética y el proyecto del genoma humano, la ingeniería molecular y la nanotecnología y, en especial, la cibernética y sus proyectos ciborg<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> Son innumerables los juguetes infantiles teleguidados: carros, lanchas, aviones, robots, etc.

<sup>18</sup> El 27 de diciembre de 2002, la química francesa Brigitte Boisselier, presidenta del laboratorio Clonaid e integrante de la secta raeliana, anunció el nacimiento de una niña llamada Eve. Según Boisselier, Eve habría nacido el día 26, pesando 3,1 kilos, y sería el primer clon humano. Antes, sin embargo (en noviembre), el médico italiano Severino Antinori ya había anunciado en Roma que el primer clon humano nacería a comienzos de 2003 (Reporte publicado en *Folha Online*: “Nasce o primeiro clone humano, diz Movimento Raeliano”. Disponible en: [www1.folha.uol.com.br/folha/ciencia/ult306u8031.shtml](http://www1.folha.uol.com.br/folha/ciencia/ult306u8031.shtml). Visitado en: febrero de 2008). Hasta el día de hoy, ninguna de esas informaciones ha sido confirmada.

<sup>19</sup> Se destaca “en especial”, porque hasta el “ciborg”, mezcla de lo orgánico con lo técnico, se ha vuelto realidad, cuando en agosto de 1998, el profesor de cibernética Kevin Warwick implantó en su propio brazo izquierdo un chip de sílice, permitiéndole el monitoreo de todos sus movimientos por un computador. Durante el curso de su experimento, su presencia era suficiente para abrir puertas, prender luces, calentadores, y aun para que las computadoras le informaran cuántos *e-mails* no leídos tenía en su bandeja de entrada. Obstinado por la idea de transformarse en un ciborg, en marzo de 2002, Warwick se implanta un microelectrodo en las fibras del nervio mediano, interconectando su sistema nervioso a un computador, y por consiguiente, a Internet. Esta vez los resultados fueron sorprendentes: Warwick va a Nueva York, y desde allá consigue mover, “literalmente con la fuerza del pensamiento”, vía Internet, un brazo mecánico que se encontraba en el Reino Unido. Posteriormente convence a su esposa a implantarse también un chip, y consigue establecer una comunicación puramente electrónica entre dos sistemas nerviosos. Ahora, decidido a ir aún más lejos, Warwick pretende implantar un chip en su cerebro y conectar todos sus sentidos a un computador, transformándose así, en un ciborg permanente (Noticia del *Jornal da Ciência*: “Británico quer virar ‘ciborgue’

Además de eso, los nuevos descubrimientos científicos llegaron al punto de trascender la materialidad, estableciendo un nuevo referencial: la energía. De ahora en adelante, la noción de energía sustituye a la de distancia, revelando prospectivas de una transmutabilidad homogeneizadora<sup>20</sup>. Así, la sociedad contemporánea —sociedad de las máquinas—, es conducida a la simultaneidad, a la instantaneidad, a la inmediatez del mundo virtual<sup>21</sup>.

En la obra *A pele da cultura*, Derrick de Kerckhove describe la nueva arquitectura que estructura y operacionaliza al Estado y a la economía: una red de comunicación que no está limitada al ámbito de los computadores; hecha de cables, fibras ópticas, ondas hertzianas y satélites. Sistemas tributarios de una única tecnología: la electricidad. La electricidad expresa la universalidad de un nuevo lenguaje<sup>22</sup>. La sociedad pasa a interactuar por medio de la videoconferencia, del videotexto, del videofax, etc. El hombre pasa a disponer de máquinas contemporáneas que, como bien señala Lyotard, poseen capacidad para operaciones que calificábamos de mentales: aprender a almacenar datos (memorizar); regular los accesos a la infor-

---

em 10 anos”. Disponible en: [www.jornaldaciencia.org.br/Detailhe.jsp?id=34374](http://www.jornaldaciencia.org.br/Detailhe.jsp?id=34374). Visitado en febrero de 2008).

<sup>20</sup> Utilizamos el término “homogeneizadora” para designar la capacidad intrínseca a la energía de “globalizar” las redes tecnológicas, unificar sistemas y acortar distancias. No obstante, no la utilizamos como referencia a la condición humana. Como explica Zygmunt Bauman: “...en vez de homogeneizar la condición humana, la anulación tecnológica de las distancias temporales/espaciales tiende a polarizarla. Ella emancipa ciertos seres humanos de las restricciones territoriales y vuelve extraterritoriales ciertos significados generadores de comunidad, al mismo tiempo que desnuda el territorio, en el cual otras personas continúan estando confinadas, de su significado y de su capacidad de dar identidad. Para algunas personas ella augura una libertad sin precedentes frente a los obstáculos físicos y una capacidad inaudita de moverse y actuar a distancia. Para otras, presagia la imposibilidad de domesticar y apropiarse de la localidad de la cual tiene pocas chances de liberarse para mudarse a otro lugar. (...) Algunos pueden ahora moverse hacia fuera de la localidad —cualquier localidad— cuando quieran. Otros observan, impotentes, la única localidad que habitan moviéndose bajo sus pies” (*Globalização...*, cit., p. 25).

<sup>21</sup> La palabra “virtual” proviene del latín medieval *virtualis*, derivado a su vez de *virtus*, fuerza, potencia. En la filosofía escolástica, es virtual lo que existe en potencia y no en acto. Lo virtual tiende a actualizarse, sin haber pasado, sin embargo, a la concretización efectiva o formal. El árbol está virtualmente presente en la semilla. En términos rigurosamente filosóficos, lo virtual no se opone a lo real, pero sí a lo actual: virtualidad y actualidad son apenas dos formas de ser diferentes” (LÉVY, Pierre, *O que é o virtual?*, trad. Paulo Neves, Editora 34, São Paulo, p. 15).

<sup>22</sup> KERCKHOVE, Derrick de, *A pele da cultura: uma investigação sobre a nova realidade electrónica*, trad. Luís Soares e Catarina Carvalho, Relógio D’Água, Lisboa, 1997, ps. 122/123.

mación (recordar); calcular posibles efectos considerando las variables y las opciones (estrategia)<sup>23</sup>.

El nuevo paradigma (paradigma virtual) se estructura en un contexto de inteligencia colectiva —inteligencia artificial, inteligencia tecnológica, o aun inteligencia energética—, irrumpiendo las barreras de la territorialidad y de la materialidad. La tecnociencia desenvuelve un ambiente social que permite al hombre desconsiderar el espacio físico, el denominado *cyber-espacio*<sup>24</sup>, caracterizado por la desmaterialización, en el que los *bits* y *chips* trascienden a la materia. Kerchove recuerda que hasta el dinero se desmaterializa, al migrar hacia la era digital —a través de transacciones financieras electrónicas—, se transforma en energía a la velocidad de la luz<sup>25</sup>. El progreso tecnológico eleva a la sociedad a “un nivel de desarrollo en el que el espacio ya no es fundamental, ni siquiera el cuerpo, pues es posible estar presente en varios lugares al mismo tiempo (telepresencia)”<sup>26</sup>.

Gracias a la incorporeidad ciberespacial, el hombre contemporáneo adquiere las condiciones necesarias para desconfigurar sus límites y alcanzar la ubicuidad etérea, además, la perfectibilidad tecnocientífica rea-

<sup>23</sup> LYOTARD, Jean-François. *O inumano: considerações sobre o tempo*, Estampa, Lisboa, 1997, p. 57.

<sup>24</sup> “Podemos entender el ciberespacio a la luz de dos perspectivas: como el lugar donde estamos cuando entramos en un ambiente simulado (realidad virtual), y como el conjunto de redes de computadores, interconectados o no, en todo el planeta, a la Internet. Estamos caminando hacia una conexión total de las dos concepciones de ciberespacio, pues las redes se van a interconectar entre sí, y al mismo tiempo, permitir la interacción por mundos virtuales en tres dimensiones. El ciberespacio es, de esta forma, una entidad real, parte vital de la cibercultura planetaria que está creciendo bajo nuestros ojos. No está desconectado de la realidad, pero sí es un complejizador de lo real...

”Él es, de esa forma, un espacio mágico, caracterizado por la ubicuidad, por el tiempo real y por el espacio no físico...

”Después de la modernidad que controló, manipuló y organizó el espacio físico, estamos frente a un proceso de desmaterialización del espacio y de la instantaneidad temporal contemporáneos, luego de dos siglos de industrialización moderna que instituyó la dominación física de energía y de materias y en la división del tiempo...

”El ciberespacio es la encarnación tecnológica del viejo sueño de creación de un mundo paralelo, de una memoria colectiva, del imaginario, de los mitos y símbolos que persiguen al hombre desde tiempos ancestrales...

”Éste es un espacio imaginario donde las nuevas tecnologías muestran, paradójicamente, todo su potencial como vehículo de *reliance* (Bolle de Bal), es decir, como vector de agregación social” (LEMOS, André, *Cibercultura, tecnologia e vida social na cultura contemporânea*, Sulina, Porto Alegre, 2002, ps. 137/138).

<sup>25</sup> KERCKHOVE, Derrick, *A pele...*, cit., p. 101.

<sup>26</sup> THUMS, Gilberto, *Sistemas processuais penais: tempo, tecnologia, dromologia, garantismo*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2006, p. 56.



viva el utópico sueño de eternizar la felicidad. Como se puede aprender de la analogía de Margareth Wertheim, el ciberespacio no está distante de la concepción cristiana del paraíso: “Así como los cristianos primitivos proclamaban el paraíso como un reino en el cual el alma humana sería liberada de las debilidades y deslices de la carne, hoy los campeones del ciberespacio lo saludan como un lugar en el que el *yo* será liberado de las limitaciones de la encarnación física”<sup>27</sup>.

El actual desarrollo tecnológico resulta en un gigantesco impacto sobre la interacción social, así como lo fueron los grandes descubrimientos durante la época de la revolución científica. Según Sigmund Freud, en la historia de las ciencias, hubo tres grandes descubrimientos cuyos impactos causaron heridas al narcisismo humano<sup>28</sup>: el hombre no reposa en el centro del universo (Copérnico); el hombre no es un ser primario (Darwin); el hombre no es dueño del significado (Freud). Ahora bien, la complejización de las ciencias y de las técnicas lleva a Lyotard a detectar una nueva herida narcisista. El nuevo impacto se deriva del descubrimiento de que la cien-

<sup>27</sup> BAUMAN, Zygmunt, *Globalização...*, cit., ps. 26 y 27.

<sup>28</sup> “Freud, en un ensayo publicado en 1917, en Hungría, enunció las graves ofensas que la investigación científica produjera en el narcisismo generalizado (amor propio de la Humanidad). Según el autor, el hombre, siguiendo sus impresiones sensoriales, creía que la tierra, su sede, se encontraba en reposo en el centro del universo, y el sol, la luna y los planetas giraban a su alrededor; *la situación central de la Tierra le era garantía de su función predominante en el Universo, y le parecía muy de acuerdo con su tendencia a sentirse dueño y señor del Mundo* (Freud, Sigmund, *Una dificultad del psicoanálisis*, p. 2434). Con los trabajos de Copérnico, sobreviene la destrucción de esta ‘ilusión narcisista’, y el amor propio humano *sufrió su primera ofensa: la ofensa cosmológica* (Freud, *Una dificultad...*, cit., p. 2434).

”A lo largo de la evolución cultural, el hombre, según el psicoanalista, se autotituló soberano de todos los seres que habitaban la Tierra, les negó la razón y se atribuyó un alma inmortal y un origen divino que le permitió romper los lazos con la animalidad. No obstante, las investigaciones de Darwin pusieron fin a la ‘exaltación del hombre’: *el hombre no es nada distinto del animal ni algo mejor que él; procede de la escala zoológica y está próximamente emparentado a unas especies, y más lejanamente, a otras. Sus adquisiciones posteriores no han logrado borrar los testimonios de su equiparación, dados tanto en su constitución física como en sus disposiciones anímicas. Esta es la segunda ofensa —la ofensa biológica— inferida al narcisismo humano* (Freud, *Una dificultad...*, cit., p. 2434).

”La última y, según Freud la más sensible herida narcisista, sería la de naturaleza psicológica. Con la noción de inconsciente, el reducto de la superioridad humana, la conciencia, es destronado. Para Freud, la conciencia no es soberana en la estructura psíquica del individuo y el *yo* no sería autónomo en el funcionamiento psíquico. De esta manera, la descentralización del sujeto implicaría al menos tres descentralizaciones: la descentralización de la conciencia para el inconsciente; la descentralización del *yo* para el otro; y la descentralización de la conciencia, del *yo* y del inconsciente para las pulsiones (Birman, *Estilo e modernidade em Psicanálise*, ps. 19/20)” (CARVALHO, Salo de, *Pena e garantias*, 2ª ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2003, p. 23).



cia es apenas una complejización de la materia, por tanto, no es origen ni resultado, sino un “transformador” que puede llevar al hombre a la alegría o al desespero<sup>29</sup>.

Actualmente, el mundo se encuentra indiscutiblemente redefinido por las nuevas tecnologías del tiempo real, por lo que es imposible descontextualizar la interacción social de la virtualidad. Kerckhove señala que mientras los aparatos de masa (radio y televisión) apenas nos traen la noticia, las nuevas tecnologías (teléfonos, redes de computadores) permiten una interacción instantánea con la información<sup>30</sup>. De esta manera, la perceptibilidad virtual no se limita a los oídos y ojos imaginarios, sino que se vuelve tangible mediante los sentidos reales<sup>31</sup>. A través de las extensiones electrónicas es posible “tocar” y obtener un efecto comprobable sobre determinado punto<sup>32</sup>, aunque éste se encuentre en el espacio, considerando las numerosas sondas espaciales<sup>33</sup>. Además, entre los inequívocos ejemplos que nos son dados constantemente por la NASA, se destaca la misión interplanetaria Pathfinder de 1997, cuando el robot Sojourner aterrizó en el planeta Marte —movido con energía solar, pesaba diez kilos y tenía capacidad para fotografiar, perforar y excavar el suelo marciano en busca de fragmentos de astrolitos, rocas y demás materiales espaciales—.

En este sentido, la realidad virtual representa la disipación de las “fronteras psicológicas”, ya que no existe la respectiva claridad de dónde acaba el individuo y dónde comienza el medio ambiente. La eminencia virtual proporciona una verdadera confusión entre las “identidades naturales y las extensiones electrónicas”, puesto que deben tomarse en consideración la naturaleza eléctrica de ambos ambientes: el tecnológico y el biológico<sup>34</sup>.

<sup>29</sup> LYOTARD, Jean-François, *O inumano...*, cit., p. 54.

<sup>30</sup> KERCKHOVE, Derrick de, *A pele...*, cit., p. 192.

<sup>31</sup> Kerckhove, Derrick de, *A pele...*, p. 80.

<sup>32</sup> Es lo que ocurre, por ejemplo, en la “telemedicina”, en que la técnica de cirugía a distancia viene siendo desarrollada y aplicada con éxito. En 2001, a través de una cirugía “totalmente remota”, a un paciente en Estrasburgo (Francia) le fue extraída la vesícula por un robot a control remoto comandado por un médico que se encontraba en la ciudad de Nueva York (EE.UU.) (Reportaje de la revista *Carta Capital*: “Chamem o Doutor Robô”, por Riad Younes. Disponible en: [www.cartacapital.com.br/2004/03/1363](http://www.cartacapital.com.br/2004/03/1363) Visitado en febrero de 2008). Más recientemente, en mayo de 2006, un robot cirujano controlado por un médico que se encontraba en la ciudad de Boston (EE.UU.) realizó “solo y sin supervisión” una cirugía cardíaca a un paciente que se encontraba en Milán (Italia) (Reportaje: “Robô faz primeira cirurgia de coração sozinho à distância”. Disponible en: [tecnologia.terra.com.br/interna/0,,O11012223-E14799,00.html](http://tecnologia.terra.com.br/interna/0,,O11012223-E14799,00.html). Visitado en febrero de 2008).

<sup>33</sup> KERCKHOVE, Derrick de, *A pele...*, cit., ps. 192/193.

<sup>34</sup> KERCKHOVE, Derrick de, *A pele...*, cit., p. 237.

Claudia Donà explica cómo la electricidad se moldeó convenientemente a las relaciones biotécnicas (cuerpo – medio ambiente):

La corriente de bajo voltaje al pasar por un circuito impreso de funciones, lo hace de manera semejante a las células corporales. Los trazados de un circuito electrónico asumen formas orgánicas. Las memorias artificiales tienden a dispensar los soportes mecánicos para establecerse como concentraciones sólidas de la información: con la eliminación de la *interface* la relación del usuario con el procesador se tornó natural<sup>35</sup>.

El espacio *online* pasa a ser el hábitat humano, ocasionando la sustitución de la presencia física por la telepresencia, lo que induce a un fenómeno de reconfiguración de las fronteras contemporáneas. Con las modernas redes de comunicación se crea la posibilidad de interacción “electromagnética”<sup>36</sup>, en la cual el intercambio de informaciones ocurre instantáneamente relegando el espacio<sup>37</sup> en pro de la fugacidad. Psicológicamente los efectos son expresivos<sup>38</sup>, el individuo observa en la expansión *online* del ego, las circunstancias ideales para librarse de la represión psíquica impuesta por las censuras sociales y culturales. De esa forma, en la Internet, el “yo *on-line*” se transforma en un camaleón de múltiples identidades que busca revestirse del anonimato para librarse de las amarras psíquicas y asumir las más variadas personalidades, incluso con total libertad para diversificar sus “atributos físicos”<sup>39</sup>. De esta manera, liberado de sus temores, el hombre descubre en el mundo virtual el lugar agradable y placentero que

<sup>35</sup> KERCKHOVE, Derrick de, *A pele...*, cit., p. 237.

<sup>36</sup> Ese término es utilizado por Paul Virilio al analizar la cuestión sobre el espacio/tiempo/velocidad (*La inercia polar*). Posteriormente fue también empleado por Rodrigo Moretto (*Crítica interdisciplinar de la pena de prisión*).

<sup>37</sup> “Con el tiempo de comunicación encogiéndose hacia la insignificancia del instante, el espacio y los delimitadores de espacio dejan de ser importantes, al menos para aquellos cuyas acciones pueden moverse a la velocidad de un mensaje electrónico” (BAUMAN, Zygmunt, *Globalização...*, cit., p. 20).

<sup>38</sup> “Su efecto reside en la expansión del *ego* de su espacio mental privado para el espacio compartido *online*, mientras el espacio social inmediato queda dedicado a la privacidad. Cuando se está preso a conectarse y desconectarse de la Internet, esa actividad corresponde al aumento de la presencia del ser en el ciberespacio y fuera del tiempo, especialmente en modelos de transmisión asincrónicos. El ‘yo *on-line*’ no se apoya en ningún tipo de tiempo, espacio o cuerpo, y es sin duda, una dádiva” (KERCKHOVE, Derrick de, *A pele...*, cit., p. 267).

<sup>39</sup> El lector puede creer incoherente hablar de “atributos físicos” y, al mismo tiempo, de espacio *online*, un espacio inmaterial por excelencia. Mientras tanto, el “yo *online*” tiene capacidad para camuflarse como un camaleón y constantemente modifica sus características físicas: en un contacto *online* puede presentarse, por ejemplo, como un hombre alto o bajo, en otro como una mujer rubia o morena.

no encuentra en el mundo material. Consecuentemente, el uso ciberespacial adquiere dos sentidos: por un lado estructura la vida real estableciendo mejores condiciones frente a la mayor agilidad, por otro estimula una vida fantasmagórica, tal como aquellas vividas en los juegos *The Sims*<sup>40</sup>.

Frente a este cuadro, la versatilidad de las tecnologías funciona como un potente implemento de aceleración social, ya que incide sobre el aspecto tiempo/espacio. El ambiente virtual fabricado por el hombre introduce una nueva cosmovisión en la cual se (re)delimitan las fronteras por la conexión, donde el “ir hasta” se transforma en un teletransportar<sup>41</sup>. Ello representa la consagración mutacional del estado errático físico para el “telenomadismo” —o, como lo expresa Claudia Donà, “nómades telemáticos”<sup>42</sup>—, pero también la concepción de una paradoja dromómana que lleva al hombre a deambular por el mundo sin salir del lugar.

La hipermovilidad audiovisual realiza la interconexión de las comunidades globales, de los mercados financieros, de las diversidades culturales, del yo con el otro —otro que muchas veces, a mí, se muestra “alienígena”—.

De esa manera, bajo los varios aspectos en los que el avance tecnológico puede ser enfocado, se destaca el polifacético fenómeno globalizador desencadenando los sincretismos económicos, políticos y socioculturales, reflejos de la irreversibilidad del proceso de modernización. Luego, desde el punto de vista estructural, la adhesión al modelo global representa la ruptura con los antiguos estereotipos. Un claro ejemplo nos lo suministra Kerckhove al resaltar que la globalización de la economía y la aceleración tecnológica, al impulsar cada vez más el mercado de consumo, alteran radicalmente la identidad física del dinero, considerando su incapacidad de oponer resistencia a la velocidad de las transacciones financieras. Consecuentemente, eso lleva al abandono del dinero material, relacionado con el espacio y con la

<sup>40</sup> En el juego de simulación electrónica *The Sims*, las personas son capaces de recrear sus vidas (la vida que momentáneamente les gustaría tener). El juego reproduce en el mundo virtual aspectos de lo cotidiano: trabajar, estudiar, comer, dormir, ver televisión, etc. Los personajes crecen, envejecen y mueren. Al reproducirse, los Sims (como son llamados los personajes) reciben la carga genética de sus progenitores. El juego trabaja con deseos y temores de los personajes. Un Sims tiene necesidad de ir al baño, comer, divertirse, y en el caso de que esas necesidades no sean satisfechas, el Sims puede mostrar comportamientos angustiantes, desmayarse, orinarse en el lugar donde se encuentra, y hasta morir (NETO, Vítor Janei - DIAS, Romualdo, “The Sims: jogos eletrônicos e políticas de subjetivação na sociedade contemporânea”, en [www.adtevento.com.br/intercom/2007/resumos/R2265-1.pdf](http://www.adtevento.com.br/intercom/2007/resumos/R2265-1.pdf). Visitado en febrero de 2008).

<sup>41</sup> MORETTO, Rodrigo, *Crítica interdisciplinar da pena de prisão: controle do espaço na sociedade do tempo*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005, p. 31.

<sup>42</sup> KERCKHOVE, Derrick de, *A pele...*, cit., p. 237.

producción, y con la adhesión al dinero simbólico, relacionado con el tiempo y con la información<sup>43</sup>. Tom Forester nos acerca una buena ilustración al decir que “cuando alguien emite un cheque, ningún dinero cambia de manos (...) el dinero es en verdad *información* sobre dinero”<sup>44</sup>.

De hecho, con la anulación tecnológica de las distancias, “la lógica aproximada del saber/poder es eliminada, cediendo lugar al poder/mover, es decir, al examen de las tendencias, de los flujos”<sup>45</sup>. Informaciones sobre los flujos. Un panorama que lleva a Paul Virilio a enunciar la segunda revolución de los transportes: luego de los vehículos dinámicos, muebles y automóviles, los vehículos estáticos audiovisuales. El transporte físico cede lugar al transporte tecnológico: telecomunicación, telepresencia o telearrealidad, teleacción (capacidad de interacción) y teledetección (captación de imágenes vía satélite). La lejanía de los viajes se convierte en breves intervalos frente a la célebre llegada de imágenes e informaciones que a partir de ahora sustituyen el traslado físico<sup>46</sup>. Poco a poco, la iluminación electro-óptica (claridad electrónica) sustituye la iluminación eléctrica, así como esta última sustituyó, en su tiempo, al nacer del día<sup>47</sup>.

La evolución tecnológica torna al hombre omnipresente. Con la *velocidad luz* de la comunicación telemática sustituyendo las redes de difusión mediática, las distancias son anuladas. Hoy la movilidad virtual transporta al hombre hasta la noticia. “Su velocidad es el acceso instantáneo que tienen a las cosas y a la información”<sup>48</sup>.

Vivimos en una sociedad marcada por el inmediatismo, en que la información en tiempo real “retira del hombre el tiempo de la memoria, de la asimilación y de la esperanza...”<sup>49</sup>. Como explica Rodrigo Moretto, el aumento de la cantidad de informaciones en fracciones de tiempo cada vez menores, induce a los sentidos humanos a procesarlas en un tiempo

<sup>43</sup> KERCKHOVE, Derrick de, *A pele...*, cit., ps. 106/110.

<sup>44</sup> KERCKHOVE, Derrick de, *A pele...*, cit., p. 106.

<sup>45</sup> VIRILIO, Paul, *Velocidade...*, cit., p. 57.

<sup>46</sup> En la misma dirección de Virilio, Bauman señala: “Al fin, el surgimiento de la red mundial de computadores, puso fin —en lo concerniente a la información— a la propia noción de ‘viaje’ (y de ‘distancia’ a ser recorrida), tornando la información instantáneamente disponible en todo el planeta, tanto en la teoría como en la práctica” (BAUMAN, Zygmunt, *Globalização...*, cit., p. 22).

<sup>47</sup> VIRILIO, Paul, *A inércia...*, ps. 31/59.

<sup>48</sup> KERCKHOVE, Derrick de, *A pele...*, cit., p. 186.

<sup>49</sup> MORETTO, Rodrigo, *Crítica...*, cit., p. 81.

cada vez más corto<sup>50</sup>; por consiguiente, la intención de hacer rendir el tiempo para obtener ganancias mercantiles trajo como consecuencia una instantaneidad que nunca es satisfactoria, dándonos siempre la impresión de “tiempo escaso”<sup>51</sup>.

En este sentido, el viejo adagio “tiempo es dinero” alcanza el apogeo de su significado<sup>52</sup>. Hoy en día todo se convierte en urgencia, todos tienen prisa y la mayor queja de las personas es la falta de tiempo.

En una sociedad en la cual la velocidad de la información “avanza a la luz del tiempo real”<sup>53</sup>, la comprensión temporal<sup>54</sup> entre el hecho y la noticia no deja margen a secretos<sup>55</sup>. La inmediatez de la información pública produce lo que Virilio denominó como “estado de sitio del tiempo”<sup>56</sup>. No más la censura, y sí el *replay* irradiando la viva luz de los hechos<sup>57</sup>.

<sup>50</sup> En este sentido, puede hablarse de la aprehensión del tiempo pasado en el tiempo presente. En las palabras de Ruth Gauer, el “aprendizaje está en *shock*, dándose tal hecho en función de la velocidad con que necesitamos readecuar nuestras clasificaciones, nuestras emociones, en función de la desmovilización del propio pasado. La velocidad, que marca un volumen de información en una duración temporal casi instantánea, diluye drásticamente el punto de sustentación del pasado. El dato inmediato pasa a ser el instante, la duración se torna secundaria, tornándose el pasado, por tanto, también secundario” (CHITTÓ GAUER, Ruth M., “Falar em tempo, viver o tempo!”, en CHITTÓ GAUER, Ruth M. (coord.) - SILVA, Mozart Linhares da (org.), *Tempo/História*, Edipucrs, Porto Alegre, 1998, p. 21).

<sup>51</sup> MORETTO, Rodrigo, *Crítica...*, cit., ps. 80/81.

<sup>52</sup> En la filosofía de Lyotard encontramos la siguiente reflexión: “...lo que llamamos capital, se basa en el principio de que el dinero no es más que tiempo puesto en reserva y a disposición. Poco importa que sea después o antes de aquello que llamamos el ‘tiempo real’. El ‘tiempo real’ es apenas el momento en que el tiempo, conservado bajo la forma de dinero, es realizado. Lo importante para el capital, no es el tiempo ya invertido en bienes o servicios, sino el tiempo que aún se encuentra almacenado en reservas de dinero ‘libre’ o ‘fresco’, observando que este último representa el único tiempo que puede ser utilizado para organizar el futuro y neutralizar el acontecimiento” (LYOTARD, Jean-François, *O inhumano...*, cit., p. 73).

<sup>53</sup> Para Paul Virilio, “la velocidad audiovisual sirve para ver, para oír, o en otras palabras, para *avanzar a la luz del tiempo real*, como la velocidad del automóvil de los vehículos servía para *avanzar en la extensión del espacio real de un territorio*” (VIRILIO, Paul, *A inércia...*, p. 21).

<sup>54</sup> “La contracción del espacio ha abolido el flujo del tiempo” (BAUMAN, Zygmunt, *Globalização...*, cit., p. 96).

<sup>55</sup> “Redes de noticias pueden ser recibidas del aire, en línea o impresas dentro o fuera de una agencia de noticias. Más aún, las bases de datos están abiertas —para cualquiera que sepa entrar y burlar el sistema—. Nadie puede mantener un secreto durante algún tiempo”. (KERCKHOVE, Derrick de, *A pele...*, cit., p. 190).

<sup>56</sup> VIRILIO, Paul, *A inércia...*, cit., p. 28.

<sup>57</sup> VIRILIO, Paul, *A inércia...*, cit., p. 28.

De esta forma, cuando en 1989, a pesar de todo el control militar del ejército comunista de China, los satélites de comunicación transmitieron las imágenes de la manifestación de los estudiantes en la Plaza de Tiananmen en Pekín, el mundo fue testigo de la acción de un estudiante que se colocó frente a un tanque de guerra, con la esperanza de contener la acción del ejército chino. Poco tiempo después, al inicio de la década de los noventa, “durante la Guerra del Golfo, espectadores de televisión observaron cómo los misiles Scud impactaban en Tel Aviv, mientras los comentaristas, bajo el rígido control militar, afirmaban que ninguno de ellos alcanzó la ciudad”<sup>58</sup>. Posteriormente, luego de los acontecimientos del 11 de septiembre de 2001, la humanidad presenció *in time* la invasión del ejército norteamericano a Afganistán en busca del terrorista Bin Laden, y enseguida, la guerra de Irak y la caza al dictador Saddam Hussein, mientras medios de comunicación divulgaban a los “cuatro vientos” diversas fotos de la prisión de Abu Ghraib mostrando prisioneros de guerra sometidos a torturas por soldados. En septiembre de 2007, los militares de Myanmar (antigua Birmania) repiten la masacre de 1988, al reprimir severamente una protesta de monjes pacifistas. Sin embargo, al contrario del pasado, esta vez los acontecimientos no pasaron desapercibidos:

Solía ser más fácil: cerrar las fronteras, montar bloqueos en las carreteras, detener los trenes, cortar las líneas telefónicas, y luego era posible reprimir al pueblo con impunidad. Fue eso lo que los militares de Birmania hicieron al aplastar un levantamiento democrático en 1988. La semana pasada, cuando los generales comenzaron a atacar a los monjes budistas y a sus simpatizantes en las calles del país, descubrieron que el mundo había cambiando, y que esta vez había gente observando.

La junta militar tiene ahora que enfrentar una revolución en la tecnología de la resistencia, a través de la cual un ejército de guerrilla formado por ciudadanos periodistas está transmitiendo videos, fotografías e informaciones vía Internet en el mismo momento en que se desencadenan los acontecimientos...

La vieja tecnología de las armas y las porras había sido enredada por las posibilidades de comunicación electrónica inmediata, de una manera jamás vista en el mundo<sup>59</sup>.

<sup>58</sup> KERCKHOVE, Derrick de, *A pele...*, cit., p. 191.

<sup>59</sup> Reportaje del diario norteamericano *Herald Tribune*: “Mianmar: repressão é ineficaz na era da informação”, disponible en: <http://tecnologia.terra.com.br/interna/0,,O11960736-E14802,00.html>. Visitado en febrero de 2008.

Del estado de sitio de las guerras al estado de sitio del tiempo. La violencia de la velocidad de los medios de comunicación es la “última guerra”<sup>60</sup>; ya no las tradicionales armas de fuego ni las potentes armas nucleares, y sí las más versátiles tecnologías telemáticas.

La vigilancia no está más limitada a la precariedad de los sentidos humanos, y sí extremadamente amplificada por los omnipresentes “ojos y oídos electrónicos”. La prominencia del desarrollo tecnológico desencadenó una imparable diseminación de dispositivos electrónicos de vigilancia, infectando el espacio público —las vías públicas, los bancos, las escuelas, los autobuses, los establecimientos comerciales y las residencias, todo bajo la más intensa vigilancia—.

Lyotard se refiere a Bernard Stiegler al señalar que las nuevas tecnologías escudriñan el planeta invadiendo el espacio público y el tiempo común. Es el espacio más “íntimo”, en sus síntesis más “elementales” que es “asaltado”, perseguido y, sin duda, modificado por el estado actual de la tecnología<sup>61</sup>.

El *Gran Hermano*, que en otros tiempos fue apenas ciencia ficción para George Orwell<sup>62</sup>, actualmente es una realidad palpable. Todos están expuestos a aquello que Paul Virilio denominó “luz indirecta” —una intensa e inaudita iluminación videoscópica—. La luz indirecta sustituye la luz directa y va más allá, porque genera imágenes electro-ópticas y así afloran espacios que hasta ahora eran oscuros<sup>63</sup>.

Efectivamente, no hay más opacidad. Como explica Virilio, la captación de imágenes siderales ha perfeccionado constantemente la resolución de las imágenes de los satélites de teledetección, de tal manera que no se amplía solamente la “*transparencia eléctrica* del ambiente local”, como ocurría con la electrificación de las ciudades y campos, sino la “*transparencia electro-óptica* del medio ambiente global”<sup>64</sup>.

En efecto, no hay cómo huir a la vigilancia: los “ojos electrónicos” están por doquier. Gilberto Thums resalta:

<sup>60</sup> Para Virilio, “la velocidad es la guerra, la última guerra” (*Velocidade...*, cit., p. 127).

<sup>61</sup> LYOTARD, Jean-François, *O inumano...*, cit., p. 55.

<sup>62</sup> George Orwell —seudónimo de Eric Arthur Blair (1903-1950)— fue un periodista y escritor británico. En 1948 escribió la obra titulada *1984*, en la que realizó una metáfora sobre el poder de las sociedades modernas. Relataba la historia de un mundo totalitario en el cual los avances tecnológicos posibilitaban el control total de los individuos, y las libertades individuales eran limitadas por un Estado omnipresente.

<sup>63</sup> VIRILIO, Paul, *A inercia...*, cit., ps. 11/32.

<sup>64</sup> VIRILIO, Paul, *A inercia...*, cit., ps. 21/22.



Centenas de satélites están en órbita terrestre y todos los espacios están expuestos a la luz indirecta. Aquel mínimo de privacidad que había en el mundo público para las personas se acabó, porque hay vigías electrónicos en todos los rincones y sobre nuestras cabezas. No se limita más el espacio público por la mirada de otro, alcanzado apenas por quien estaba próximo. Ese espacio hoy está tan invadido que personas del otro lado del planeta consiguen verlo a través de medios electrónicos<sup>65</sup>.

En este aspecto, Claus Roxin observa que las posibilidades de control fueron exponencialmente elevadas por la tecnología moderna: “Ellas abarcan las escuchas telefónicas, la grabación secreta de la palabra dicha aun en ambientes privados, la vigilancia a través de videocámaras, el almacenamiento de datos y su intercambio global, métodos electrónicos de rastreo y medidas similares”<sup>66</sup>. Sin embargo, al abordar la cuestión bajo la óptica del derecho penal, el autor justifica el fortalecimiento de la vigilancia estatal en la prevención criminal, pues entiende que se trata de un eficiente medio de combate a la criminalidad. Además, según Roxin, los “derechos de la personalidad no son seriamente restringidos, pues cualquiera que aparezca en público se somete a la observación por otras personas”<sup>67</sup>.

Mientras tanto, los sofisticados mecanismos de control y vigilancia evidencian una compleja problemática, ya que además de servir a los más variados propósitos, no siempre se restringen al espacio público. Ejemplo irrefutable, es el proyecto Echelon<sup>68</sup>, un sistema global de interceptación de comunicaciones que está aboliendo el derecho a la privacidad y a la intimidad.

Se debe, por tanto, reputar que el avance tecnológico, al mismo tiempo que tecnifica la justicia disponiendo nuevos mecanismos de control y vigilancia, también la sitúa en conflicto con los derechos fundamentales, sobre todo en el ámbito del derecho penal. De este modo, son varias las situacio-

<sup>65</sup> THUMS, Gilberto, *Sistemas...*, cit., p. 62.

<sup>66</sup> ROXIN, Claus, “Tem futuro o direito penal?”, en *Estudos de Direito Penal*, trad. Luís Greco, Renovar, Rio de Janeiro, 2006, p. 6.

<sup>67</sup> ROXIN, Claus, “Tem futuro o direito penal?”, cit., p. 8.

<sup>68</sup> Echelon es un sistema global de interceptación de comunicaciones que cuenta con 120 satélites *vortex* (o más) y tiene capacidad para producir al menos tres billones de interceptaciones diarias. Su existencia tomó estado público cuando el Parlamento europeo recibió denuncias de que todas las llamadas telefónicas, fax, *e-mails*, y demás comunicaciones electrónicas estaban siendo regularmente interceptadas y retransmitidas a la National Security Agency (NSA) —agencia americana de espionaje—. “Lo importante es que su propósito es interceptar comunicaciones privadas y comerciales, y no comunicaciones militares” (Informaciones extraídas de los sitios: [www.realidadeoculta.com/echelon.html](http://www.realidadeoculta.com/echelon.html) y [www.rizoma.net/interna.php?id=192&secao=conspirolgia](http://www.rizoma.net/interna.php?id=192&secao=conspirolgia)).



nes en las cuales los derechos fundamentales se encuentran restringidos: interceptación telefónica, violación del secreto bancario y fiscal, monitoreo de *e-mails*, control de correspondencia de los presos, los famosos interrogatorios por teleconferencias y, más recientemente, se habla de la “prisión virtual” —la posibilidad de monitoreo de personas detenidas—. Así, aun con una legislación anacrónica, el derecho penal, que en busca de nuevos paradigmas de seguridad, ha abierto sus puertas para el desarrollo tecnológico, y esto apunta hacia una oportuna reestructuración del sistema penal.

### III. CÁRCEL ELECTRÓNICA: DE LA CÁRCEL FÍSICA A LA CÁRCEL MENTAL <sup>69</sup>

En el ámbito de las ciencias penales, la perspectiva tecnológica sugiere un cambio de paradigmas; el producto final que se espera del derecho penal pasa a ser la prevención en vez de la punición. En este sentido, en pro de la aclamada “seguridad”, surgen los nuevos mecanismos de control: cámaras de vigilancia, escuchas ambientales y telefónicas, identificadores de voz, lectores faciales, lectores de impresiones papilares, lectores del iris, detectores de metal, métodos electrónicos de rastreo, etc. Esta “cultura de control” —como la denomina Garland <sup>70</sup>— desenvuelve un panorama que propicia “la posibilidad de sustituir un sistema de penas fuertes y vigilancia débil por uno de penas débiles y vigilancia fuerte” <sup>71</sup>. En el campo del derecho penal el monitoreo electrónico de infractores aparece como arquetipo promisor de control total.

Actualmente el escenario carcelario que se proyecta bajo la óptica del paradigma tecnológico permeabiliza la transición de la cárcel física a la “cárcel mental” <sup>72</sup>. La nueva disciplina social (im)puesta por la era digital está provocando la mutación del sistema punitivo “posmoderno”. Sin em-

<sup>69</sup> Este título es de la autoría de Faustino Gudín Rodríguez-Magariños, y fue aquí adaptado debido a su capacidad de transmitir al lector la idea de que el monitoreo electrónico no significa libertad, y sí una especie de cárcel.

<sup>70</sup> GARLAND, David, *La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Gedisa, Barcelona, 2005.

<sup>71</sup> BURÓN, Nistal en GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino, “Cárcel electrónica: de la cárcel física a la cárcel mental”, *Revista del Poder Judicial*, nro. 79, Madrid, 2005, p. 113.

<sup>72</sup> Faustino Gudín Rodríguez-Magariños utiliza las expresiones “cárcel mental” y “cárcel electrónica”. Dice el autor: “...hablo de ‘cárcel electrónica’ porque [que] creo es una ilusión —pese a la desaparición de los muros— pretender que nos hallamos frente a una entidad heterogénea a la misma. El control y la supervisión que se ejercen, como veremos, no son ni mucho menos más flexibles que los ejercidos dentro de los muros de un centro penitenciario. Realmente es una manifestación más de lo que Rivera Beiras denomina ‘opción custodial’” (“La cárcel electrónica. El modelo del derecho norteamericano”, en *La*

bargo: “Contrariamente a lo que se piensa, la cárcel electrónica no es de por sí más humana y benigna que la física”<sup>73</sup>. María Lucía Karam pone en evidencia ese aspecto al observar que “los parientes bien intencionados reformadores del sistema penal” profesan el monitoreo electrónico como un progreso en dirección a la “humanización de la pena”, al tiempo que no notan la tendencia expansionista del poder punitivo<sup>74</sup>.

No obstante, no hay cómo renegar el avance tecnológico y mantener un derecho penal anacrónico y retrógrado, incompatible en el actual contexto social. La vigilancia electrónica es una realidad inevitable. Tomando en cuenta los efectos nocivos del sistema carcelario, el monitoreo electrónico se muestra, al menos, como una alternativa interesante, ya que introduce tecnología al ámbito penitenciario. Pero como advierten Miguel Iglesias Río y Juan Pérez Parente, no hay duda de que la vigilancia electrónica puede servir de pretexto para una política criminal más represiva<sup>75</sup>. Y es exactamente para que no haya riesgo de un totalitarismo que se hace necesaria una efectiva normativa en su implementación, así como un refuerzo de las normas protectoras de los derechos fundamentales.

No se puede olvidar que las leyes, en un Estado de derecho, ejercen la función de imponer límites a la intervención punitiva estatal, protegiendo a los ciudadanos contra la arbitrariedad y el error penal. Los derechos fundamentales —derechos humanos constitucionalizados— son productos de la evolución social, resultado de la humanización del derecho penal. Si la vigilancia electrónica agrede alguno de estos derechos, la prisión también lo hace. El punto central, aclara Pereira, es saber si el monitoreo electrónico evita el uso de la prisión y así se justifica, o simplemente expande la red de control social y por tanto se equivoca<sup>76</sup>. En síntesis, las preocupaciones que se extienden por las ciencias penales relativas a la implementación de las nuevas tecnologías en el ámbito penal aportan en la axiomatización

---

*Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, año II, nro. 21, La Ley, Madrid, 2005).

<sup>73</sup> GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino, “Cárcel electrónica...”, cit., p. 113.

<sup>74</sup> KARAM, María Lucía, “Monitoramento eletrônico: a sociedade do controle”, *Boletim IBCCRIM*, ano 14, nro. 170, IBCCRIM, São Paulo, 2007, p. 4.

<sup>75</sup> IGLESIAS RÍO, Miguel Á. - PÉREZ PARENTE, Juan A., “La pena de localización permanente y su seguimiento con medios de control electrónico”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año 12, t. II, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2006, p. 1097.

<sup>76</sup> MIRANDA PEREIRA, Luís de, “Controlo electrónico de delinquentes: Orwell ou o futuro das penas?” en *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 9, nro. 1, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, p. 264.

de ideas punitivas, es decir, en la mala utilización de esas técnicas para promover la expansión del poder punitivo.

Para María Poza Cisneros, vigilancia electrónica y prisión afectan los mismos derechos, aunque en formas disímiles. El monitoreo alcanza en menor medida determinados derechos de los cuales el detenido es privado; por otra parte, afecta otros que la prisión conserva<sup>77</sup>.

La restricción de los derechos fundamentales es consecuencia de la incidencia del derecho penal sobre el individuo; una vez sometido a la cárcel —física o mental—, el reo tiene sus derechos restringidos. O, por ejemplo, ¿existen dudas de que la intimidad y la privacidad estén restringidas en las prisiones? Hablando pragmáticamente, violaciones a los derechos fundamentales no son novedades sobrevenidas con la tecnología, pero sin duda pueden ser potencializadas o minimizadas a través de su uso. De allí surge la necesidad de someter la vigilancia electrónica al examen de la dignidad humana, y de buscar extraer sus criterios de aplicación del principio de proporcionalidad.

Es muy importante tener presente que la cárcel electrónica, al igual que la física, está sujeta al principio de proporcionalidad y admiten modulaciones derivadas del tiempo del control y de la intensidad del peligro que revela la gravedad del hecho criminal cometido. Así, es necesario levantar el control durante determinados períodos temporales, pues, caso contrario, la sensación de agobio y alienación hace que la vigilancia devenga inhumana<sup>78</sup>.

En el análisis de Gudín Rodríguez-Magariños, las pulseras telemáticas pueden ser un instrumento capaz de reducir las prisiones siempre que se utilicen con inteligencia y se proporcionen las debidas garantías. Pero no se puede olvidar que también pueden ser un instrumento idóneo para convertir a un ser humano en objeto<sup>79</sup>. De esta manera, uno de los mayores peligros oriundos del monitoreo de infractores es la banalización del control mediante la desvirtualización de su aplicación, tal como ocurre hoy con las prisiones de cuño cautelar. Sin embargo, no se puede desconsiderar que el uso comedido del monitoreo electrónico en el auxilio de las ciencias penales podrá proporcionar una nueva directriz en la administración de justicia, funcionando como una herramienta hábil en la reestructuración y dignificación del fallido sistema carcelario.

<sup>77</sup> POZA CISNEROS, María, “Las nuevas tecnologías en el ámbito penal”, en *Revista del Poder Judicial*, nro. 65, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002, p. 119.

<sup>78</sup> GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino, “Cárcel electrónica...”, cit., p. 117.

<sup>79</sup> GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino, “Cárcel electrónica...”, cit., ps. 120/121.

Jordi Nieva Fenoll sugiere que la utilización de las pulseras telemáticas ocasionaría un cambio relevante en el modo de entender y adoptar las medidas cautelares en el proceso penal<sup>80</sup>. Considerando que la cautelaridad se justifica en la tutela del proceso, es decir, en la garantía de su normal desarrollo y, consecuentemente, en la aplicación del *jus puniendi*, partiendo de la premisa de que los dispositivos telemáticos serían instrumentos compatibles con la tutela del proceso penal, se estaría frente a la posibilidad de disminuir considerablemente la incidencia de las medidas restrictivas de libertad (cárcel física) en la fase procesal. Equivaldría a decir que la tecnociencia sería capaz de dictar nuevos parámetros de aprisionamiento invirtiendo la lógica carcelaria que opera en el derecho penal.

Duarte Fonseca, concordando con Froment, visualiza una transmutabilidad geográfica en el ámbito de la ejecución de medidas y penas privativas de libertad, alterando significativamente la relación entre el espacio público y el espacio privado<sup>81</sup>. Esto viene de la idea de que el monitoreo electrónico tiene la intrínseca potencialidad de sustituir la prisión (siendo el territorio físico) por la privación de libertad (siendo la delimitación virtual del territorio). En esta vertiente se intensifican las expectativas de combatir la ineficacia de la actual ejecución penal, transformando la tecnología en un posible mecanismo reductor de las masas carcelarias. Recuerda Miranda Pereira que más allá del objetivo de reducción de la sobrepoblación carcelaria, el monitoreo electrónico también se concentra en aspectos que buscan la disminución de costos, la reinserción del delincuente y el combate a la reincidencia<sup>82</sup>.

La realidad operacional de los sistemas penales no se adapta a la planificación del discurso jurídico-penal, sino que lo aniquila con sus características estructurales<sup>83</sup>. La criminalidad, por tanto, se torna un fenómeno

<sup>80</sup> NIEVA FENOLL, Jordi, “Las pulseras telemáticas: aplicación de las nuevas tecnologías a las medidas cautelares y a la ejecución en el proceso penal”, en *Revista del Poder Judicial* nro. 77, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, p. 219.

<sup>81</sup> DUARTE-FONSECA, António C., “Obrigaçao de permanência na habitação e monitorização telemática posicional”, en *Revista do Ministério Público*, ano 20, nro. 80, Lisboa, 1999, p. 106.

<sup>82</sup> MIRANDA PEREIRA, Luís de, “Controlo electrónico...”, cit., ps. 274/275.

<sup>83</sup> Zaffaroni señala que “la selectividad, la reproducción de la violencia, la creación de condiciones para mayores conductas lesivas, la corrupción institucionalizada, la concentración de poder, la verticalización social y la destrucción de las relaciones horizontales o comunitarias *no son características conjunturales, y sí estructurales del ejercicio del poder de todos los sistemas penales*” (ZAFFARONI, Eugenio R., *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*, trad. de Vânia Romano Pedrosa y Amir Lopes da Conceição, 5ª ed., Revan, Rio de Janeiro, 2001, p. 15).

retroalimentado por el propio sistema penal<sup>84</sup>. Además, la racionalidad de la sistemática punitiva pasa a perseguir la incapacitación del delincuente<sup>85</sup>, y, para tal fin, erige la prisión como respuesta estándar para oponerse al crimen. Esa dinamización de la punitividad adquiere tangibilidad en la administración de justicia a través del olvido del carácter subsidiario y fragmentario del derecho penal. De esta forma, se gestiona una patología jurídico-social que engaña sobre la efectividad de la pena: sus efectos son catastróficos, la sociedad pasa a observar en la infructífera segregación, la cura para todos los *males* e invalida cualquier otra alternativa de punición. Se crea entonces una esquizofrenia social fundada en un rudimentarismo ideológico que proclama la aplicación de penas más duras, como si ellas fuesen la solución más inteligente.

En este contexto, mientras algunos ven en el monitoreo electrónico una punición de impecable rigurosidad, el sentido común tiende a verlo como una mitigación de la pena. Rodríguez-Magarinos señala que el propio detenido tiende a considerarlo como un “privilegio”. De ahí la necesidad de apreciación de la “voluntad no viciada” del infractor —viciada por la facilidad de engañar al preso con la idea de que las pulseras, *chips* y demás medios electrónicos son equivalentes a la libertad—. Resalta el autor la necesidad de proporcionar minuciosas informaciones de cómo estos mecanismos van a influir en la vida del monitoreado y en la de su familia<sup>86</sup>, pues en un primer momento, el vigilado siente una falsa sensación de libertad, ya que puede disfrutar de su hogar, de sus amigos y de sus familiares. Posteriormente, al constatar la dureza e intensidad del control al cual se encuentra sometido, comprende que su comportamiento está condicionado y que aquella aparente libertad no pasa de una ilusión<sup>87</sup>.

La complejidad que envuelve la cuestión revela la necesidad del debate, ya que el avance científico-tecnológico completa una inevitable realidad (im)puesta al mundo jurídico-penal. Los tiempos actuales son de veloces transformaciones socioculturales que ultrapasan el lento ritmo de la justicia. “La vigilancia electrónica (...) como todo avance científico, como toda nueva tecnología, no es, en sí misma, buena ni mala. Es tan sólo un

<sup>84</sup> ZAFFARONI, Eugenio R., *Em busca...*, cit., p. 15.

<sup>85</sup> Larrauri aclara que “... se ha pasado de un modelo basado en la resocialización a un modelo que persigue la incapacitación de los delincuentes” (LARRAURI, Elena, “Populismo punitivo... Y cómo resistirlo”, en *Revista de Estudos Criminais*, ano VII, nro. 25, Notadez, Porto Alegre, 2007, p. 9).

<sup>86</sup> GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino, “Cárcel electrónica...”, cit., p. 133.

<sup>87</sup> GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino, “Cárcel electrónica...”, cit., p. 117.

instrumento susceptible de usos positivos o perversos...”<sup>88</sup>. Por tanto, tiene que ser analizada bajo la luz de una matriz ética, enmarcada por los derechos fundamentales y comprometida con los preceptos de libertad.

#### IV. CONSIDERACIONES FINALES

La estructura organizacional jurídica de un Estado democrático de derecho se asienta en un orden axiológico de principios, cuyo objetivo busca garantizarle derechos al ciudadano frente a la posibilidad de una injerencia abusiva del propio Estado, siendo este último el único legitimado para la resolución de conflictos jurídicos. De tal forma, son los principios que direccionan el sistema jurídico, haciendo que los aplicadores de derecho no se dediquen —como meros sancionadores— a retratar una legislación (im)puesta por el Estado<sup>89</sup>. Entender el avance de la tecnociencia es esencial para comprender la complejidad inherente a la sociedad contemporánea: nuevos hábitos, nueva aceleración social, nuevo tiempo. El operador jurídico no puede quedar circunscripto al “normativismo legal” —leyes de hace décadas o aun recientes— y cerrar los ojos a las veloces transformaciones sociales. ¿Cuántos, a consecuencia de un tonto positivismo, fueron condenados, hasta que crímenes como el adulterio, el rapto y la seducción<sup>90</sup> fuesen finalmente revocados?

La evolución tecnológica pone a la humanidad en constante transmutación social. De este modo, la versatilidad de las tecnologías impone una continua aceleración: lo que hoy es novedad, mañana es obsoleto —esto es claramente observable en el campo de la informática—. En efecto, se torna fundamental superar el anacronismo de la justicia penal y adecuarla a la sociedad contemporánea. Además, no se puede negar que el sistema carcelario está demandando urgentemente el uso de la tecnología. Se hace evidente el absurdo cuando se observa que el sistema penitenciario brasileño enfrenta serias dificultades para bloquear la señal de celulares en las prisiones, mientras que el régimen comunista de China consigue levantar una muralla virtual y limitar el acceso de todo el país a la Internet.

Además de esto, bajo la sinopsis pragmática de la nueva racionalidad tecnocientífica —velocidad/poder—, la aceleración social tiene la virtud de tornar a la humanidad, cada vez más, dependiente de las máquinas. Entre

<sup>88</sup> POZA CISNEROS, María, “Las nuevas...”, cit., p. 133.

<sup>89</sup> THUMS, Gilberto, *Sistemas...*, cit., p. 94.

<sup>90</sup> A pesar de la inadecuación del tipo penal a la sociedad contemporánea, la legislación brasileña revocó estos crímenes solamente en el año 2005, a través de la ley 11.106.

otras consecuencias, los sofisticados aparatos tecnológicos reflejan una realidad social en la cual, de cierta forma, todos están expuestos a una intensa e ininterrumpida vigilancia.

De este modo, el avance tecnológico al tiempo que desencadena una constante mutación social, también confiere tangibilidad a este proceso de transformación de la sociedad contemporánea, propiciando, en el ámbito del derecho penal, nuevas perspectivas para la investigación, el proceso y la ejecución. En este aspecto, el monitoreo electrónico comienza a ser visualizado en diversas situaciones como un posible mecanismo de sustitución de la cárcel. No obstante, es indispensable observar que una sustitución solamente es válida cuando es funcional, es decir, cuando sirve para los mismos propósitos de aquello que vino a sustituir.

En otras palabras, hay perspectivas para una nueva política criminal una vez que el monitoreo de infractores crea una alternativa para desahogar las prisiones, libera al prisionero del fallido sistema carcelario e instituye un régimen de “libertad vigilada”. Sin embargo, en la senda de las enseñanzas de Ferrajoli<sup>91</sup> (el mínimo mal necesario), creemos que el monitoreo electrónico puede llegar a ser una buena alternativa a la ejecución penal, siempre que su implementación objetive la sustitución, y no el incremento del sistema carcelario.

## V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- APAZA YANARICO, Agustín, “Uma tecnociência para o bem-estar Social”, disponible en: [www.cori.unicamp.br/CT/Latinos-apes/Uma\\_Tecnociencia\\_para\\_o\\_Bem2.doc](http://www.cori.unicamp.br/CT/Latinos-apes/Uma_Tecnociencia_para_o_Bem2.doc). Visitado en enero de 2008.
- BAUMAN, Zygmunt, *Globalização: as conseqüências humanas*, trad. de Marcus Penchel, Zahar, Rio de Janeiro, 1999.
- CARVALHO, Salo de, *Pena e garantias*, 2ª ed. rev. e atual., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2003.
- CHITTÓ GAUER, Ruth M. (org.), *Sistema penal e violência*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2006.
- CHITTÓ GAUER, Ruth M. (coord.) - SILVA, Mozart Linhares da (org.), *Tempo/História*, Edipucrs, Porto Alegre, 1998.
- DE SOUSA SANTOS, Boaventura, *Um discurso sobre as ciências*, 4ª ed., Cortez, São Paulo, 2006.

<sup>91</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006.



- DUARTE-FONSECA, António C., “Obrigação de permanência na habitação e monitorização telemática posicional”, en *Revista do Ministério Público*, ano 20, nro. 80, Lisboa, 1999.
- FERRAJOLI, Luigi, *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, 2<sup>a</sup> ed., rev. e ampl., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006.
- GARLAND, David, *La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contempor nea*, Gedisa, Barcelona, 2005.
- GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino, “Cárcel eletr nica: de la cárcel física a la cárcel mental”, en *Revista del Poder Judicial*, nro. 79, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005.
- “La cárcel eletr nica. El modelo del derecho norteamericano”, *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, año II, nro. 21, La Ley, Madrid, 2005.
- IGLESIAS RÍO, Miguel  . - PÉREZ PARENTE, Juan A., “La pena de localización permanente y su seguimiento con médicos de control eletr nico”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año 12, t. II, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2006.
- KARAM, María Lucía, “Monitoramento eletr nico: a sociedade do controle”, *Boletim IBCCRIM*, ano 14, nro. 170, IBCCRIM, São Paulo, 2007.
- KERCKHOVE, Derrick de, *A pele da cultura*, Rel gio D’ gua, Lisboa, 1997.
- LARRAURI, Elena, “Populismo punitivo... Y cómo resistirlo”, en *Revista de Estudos Criminais*, ano VII, nro. 25, Notadez, Porto Alegre, 2007.
- LEMONS, André, *Cibercultura, tecnologia e vida social na cultura contempor nea*, Sulina, Porto Alegre, 2002.
- LÉVY, Pierre, *O que é o virtual?*, trad. de Paulo Neves, Editora 34, São Paulo, 34, 1996.
- LYOTARD, Jean-François, *O inumano: considera es sobre o tempo*, Estampa, Lisboa, 1997.
- MIRANDA PEREIRA, Luís de, “Controlo eletrônico de delinquentes: Orwell ou o futuro das penas?”, en *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 9, nro. 1, Coimbra Editora, Coimbra, 1999.
- MORETTO, Rodrigo, *Crítica interdisciplinar da pena de prisão: controle do espaço na sociedade do tempo*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005.
- NETO, Vítor Janei - DIAS, Romualdo, “The Sims: jogos eletr nicos e políticas de subjetivaç o na sociedade contempor nea”, disponible en: [www.adtevento.com.br/intercom/2007/resumos/R2265-1.pdf](http://www.adtevento.com.br/intercom/2007/resumos/R2265-1.pdf). Visitado: febrero de 2008.
- NIEVA FENOLL, Jordi, “Las pulseras telemáticas: aplicación de las nuevas tecnologías a las medidas cautelares y a la ejecución en el proceso pe-



- nal”, en *Revista del Poder Judicial*, nro. 77, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005.
- POZA CISNEROS, María, “Las nuevas tecnologías en el ámbito penal”, *Revista del Poder Judicial*, nro. 65, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002.
- PRIGOGINE, Ilya, *O fim das certezas: tempo, caos e as leis da natureza*, trad. Roberto Leal Ferreira, Unesp, São Paulo, 1996.
- ROXIN, Claus, *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*, organización y trad. de André Luís Callegari y Nereu José Giacomolli, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2006.
- *Estudos de Direito Penal*, trad. de Luis Greco, Renovar, Rio de Janeiro, 2006.
- THUMS, Gilberto, *Sistemas processuais penais: tempo, tecnologia, dromologia, garantismo*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2006.
- VIRILIO, Paul, *A inércia polar*, trad. de Ana Luísa Faria, Dom Quixote, Lisboa, 1998.
- *Velocidade e política*, trad. de Celso Mauro Paciornik, 2ª ed., Estação Liberdade, São Paulo, 1996.
- WACQUANT, Loïc, *As prisões da miséria*, trad. de André Telles, Zahar, Rio de Janeiro, 2001.
- WEBER, Max, *O político e o cientista*, Presença, Lisboa, 1979.
- ZAFFARONI, Eugenio R., *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*, trad. de Vânia Romano Pedrosa y Amir Lopes da Conceição, 5ª ed., Revan, Rio de Janeiro, 2001.



## LA IDEA DE NACIÓN EN EL *FACUNDO*

ANÍBAL D'AURÍA \*

**Resumen:** Este artículo ensaya una interpretación dialéctica del famoso libro de Sarmiento, a partir de ciertos debates recientes sobre el nacionalismo, el patriotismo y el cosmopolitismo. Las tesis de Foucault (*Defender la sociedad*) brindan herramientas teóricas para comprender la interpretación sarmientina de la Revolución de Mayo y la subsecuente guerra civil. Sarmiento desarrolla una idea de nación como proyecto a futuro, es decir, como meta histórica que recién será alcanzada cuando el elemento universal (civilización europea) y el elemento particular (idiosincrasia americana) encuentren por fin una “síntesis” superadora de la antinomia.

**Abstract:** This paper makes a dialectical interpretation of Sarmiento's famous book, as from certain recent debates on nationalism, patriotism, and cosmopolitanism. Foucault's theses (*Society Must Be Defended*) provide theoretical tools to understand Sarmiento's interpretation of the May Revolution and the subsequent civil war. Sarmiento develops an idea of nation as a project in the future, i.e. as a historical objective to be reached when the universal element (European civilization) and the specific element (American idiosyncrasy) finally find a “synthesis” superseding the antinomy.

**Palabras clave:** Nación - Sarmiento - Civilización y barbarie.

**Keywords:** Nation - Sarmiento - Civilization and barbarism.

...el espíritu de la pampa está allí en todos los corazones, pues si solevantáis un poco la solapa del frac con que el argentino se disfraza, hallaréis siempre el gaucho más o menos civilizado, pero siempre el gaucho.

DOMINGO. F. SARMIENTO, *Facundo*

## I. INTRODUCCIÓN

El debate sobre el nacionalismo parece resucitar recurrentemente, no sólo en los ámbitos ciudadanos, sino también en los académicos. No hace mucho tiempo, un artículo de Richard Rorty publicado en el *New York Times* reabrió una vez más la discusión, con la particularidad, esta vez, de plantearla dentro del espectro ideológico que podríamos llamar “izquierda” en su sentido más general y anglosajón. Dicho artículo, titulado “The Unpatriotic Academy” (1994), generó inmediatamente una respuesta de Martha Nussbaum y, a partir de aquí, un intercambio de ideas entre intelectuales reconocidos dentro del mundo angloparlante. Este debate, sin embargo, no parece carecer de interés para los países de tradición cultural latina. Por eso, en la “Introducción a la edición italiana” de una selección de artículos de esta *querelle*, escribe Maurizio Viroli lo siguiente:

La *querelle* entre cosmopolitas y patriotas que ha suscitado y suscita tanto interés entre los intelectuales [norte]americanos no es una polémica entre izquierda y derecha, sino un enfrentamiento dentro de la misma izquierda. El problema que divide a los contendientes no es si las obligaciones morales y políticas hacia la humanidad tienen que preceder a las obligaciones hacia la nación, sino si la democracia (y algunos agregan la justicia social) necesita ciudadanos educados en los valores del cosmopolitismo y ciudadanos educados en los valores norteamericanos. El contraste no es, como sí lo ha sido en Europa, entre partidarios de los principios universales de la libertad y de la justicia por un lado y los partidarios de los valores de la unidad étnica o cultural y religiosa de la nación por el otro, sino un contraste entre dos modos de perseguir los valores de la democracia y la justicia social. En este sentido, la *querelle* norteamericana es también un problema nuestro y merece seguirse con particular atención<sup>1</sup>.

En efecto, la cuestión reviste importancia también para nosotros, países que hemos pasado gran parte de nuestra historia esforzándonos en construir algún tipo de democracia estable, oscilando entre el chauvinismo y el snobismo. En este mismo sentido, la noción de “patriotismo constitu-

<sup>1</sup> VIROLI, Maurizio, “Introducción a la edición italiana. La *querelle* entre cosmopolitas y patriotas”, en NUSSBAUM, Martha - RORTY, Richard y otros, *Cosmopolitas o patriotas*, FCE, Buenos Aires, 1997, ps. 9/10.

cional” de Jürgen Habermas también corre paralela a la introducción de estas cuestiones en la discusión filosófica y política actual<sup>2</sup>. La superación (al menos en términos teóricos), a partir de la dialéctica entre presupuestos reales y presupuestos ideales de habla, de la oposición entre el particularismo comunitarista y el universalismo democrático, entre las tradiciones culturales propias y los valores humanos cosmopolitas, es uno de los puntos en que carga las tintas la filosofía discursiva de Habermas y de Apel<sup>3</sup>. Ese “patriotismo constitucional” habermasiano, como lo explica Rusconi, no es una fe en el pasado, sino un proyecto a futuro<sup>4</sup>.

A partir de estas consideraciones generales sobre el mentado debate, me ha parecido interesante explorar la idea de “nación” en uno de los libros fundacionales de nuestra literatura: el *Facundo*. Creo que allí pueden encontrarse ideas notablemente actuales sobre el asunto, aunque apoyadas en una filosofía de la historia que hoy resultaría difícil de aceptar. Quiero decir: más allá de los presupuestos filosófico-historiográficos de Sarmiento, la idea de nación que subtiende todo el *Facundo* puede resultar increíblemente actual y fructífera en términos políticos. En efecto, intentaré mostrar que su particular mezcla teórica de romanticismo e ilustración lo lleva a delinear un concepto de “nación” que, al mismo tiempo que conjuga lo particular con lo universal, se plantea como proyecto, meta y destino a realizar.

Luis Juan Guerrero<sup>5</sup> ha presentado al *Facundo* como una obra que sintetiza y supera a las dos corrientes de pensamiento que se habían sucedido en el Plata desde la Revolución hasta entonces (1845): la ilustración y el romanticismo. Es cierto que Sarmiento pertenece a la generación romántica, junto a Echeverría y Alberdi, y que mucho antes que escribiera el *Facundo*, ya estos últimos habían hecho públicas sus críticas a la vieja generación ilustrada y marcado el rumbo de las nuevas ideas en los textos fundacionales del romanticismo argentino: *La cautiva*, el *Fragmento preliminar al estudio del derecho*, y el *Dogma socialista*. Pero, según Guerrero, el *Facundo* viene a sintetizar, integrar y superar la visión de la

<sup>2</sup> HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 1998, ps. 619 y ss. También, del mismo autor, *Identidades nacionales y postnacionales*, Tecnos, Madrid, 1989.

<sup>3</sup> Ver, por ejemplo, APEL, Karl O., “La ética del discurso como ética de la responsabilidad. Una transformación post-metafísica de la ética de Kant”, en *Teoría de la verdad y ética del discurso*, Paidós, Barcelona, 1991, ps. 147 y ss.

<sup>4</sup> RUSCONI, Gian E., “Descender de la Cosmópolis”, en NUSSBAUM, Martha - RORTY, Richard y otros, *Cosmopolitas...*, cit., p. 89.

<sup>5</sup> GUERRERO, Luis J., *Tres temas de filosofía en las entrañas del Facundo*, Docencia, Buenos Aires, 1981.

vieja generación ilustrada y la de esta nueva generación romántica. De ahí su originalidad, su autenticidad y su fuerza como primer manifiesto de una conciencia de nacionalidad argentina.

Mientras los hombres como Moreno, Belgrano y Rivadavia parecían ver a la naturaleza como un mundo pasivo a dominar, una suerte de arcilla a modelar a imagen y semejanza del hombre civilizado, los primeros textos de nuestros románticos (en especial *La cautiva* de Echeverría y el *Fragmento* de Alberdi) parecen rendirse ante ella, se extasían en pasiva actitud contemplativa y puramente poética ante el “desierto”.

En el *Facundo*, por su parte, la naturaleza, el desierto, la inmensidad de la Pampa, no es mera materia inerte que espera ser esculpida como en los ilustrados; más bien es vida, vida bárbara, con sus propios caracteres humanos y modos de sociabilidad. Pero tampoco es una forma de vida ante la que simplemente quepa la pasividad o éxtasis poético. Es una forma de vida en lucha con otra que le es totalmente antagónica: la civilización de las ciudades<sup>6</sup>. La una es tan (parcialmente) argentina como la otra y no es posible mantenerse espectador. Por eso el *Facundo* es ensayo sociológico y arma política. Y por eso también es literatura poética y programa civilizador: está escrito desde las entrañas mismas de la realidad que pretende explicar y transformar<sup>7</sup>. Y por eso también, finalmente, es un manifiesto de la nacionalidad como misión, como promesa a futuro, síntesis y producto inevitable de esa lucha entre la naturaleza bárbara y la civilización.

En el presente trabajo quiero apegarme a esa hipótesis general de lectura desarrollada por Guerrero. Mi intención es apoyarme en ella para ver cómo funciona específicamente respecto de ciertos temas en concreto. En primer término, ensayo una interpretación del famoso capítulo “Revolución de 1810” a partir de algunas ideas que Foucault ha desarrollado en nues-

<sup>6</sup> “Si Sarmiento ha dejado atrás el esquema fisiocrático de los iluministas y el ensueño lírico de los románticos, es porque ha penetrado en el tema del paisaje nacional con una *conceptualización polémica*. Es el mal que hoy aqueja a la República Argentina, es el mal que hay que extirpar (...) No es, pues, un dato exterior, que pueda simplemente conmovernos en mayor o en menor grado. Es el signo de una *tarea* que debemos realizar. El paisaje patrio no es la pampa deshabitada, sino *moral y políticamente inhabitable*. Es el escenario de una vieja civilización —la civilización ibérica— que ha caído desarticulada en la barbarie y sólo se salvará por el esfuerzo interno de articulación de una nueva cultura” (GUERRERO, Luis J., *Tres temas...*, cit., p. 54).

<sup>7</sup> Según Orgaz, “la alianza de la literatura con la ciencia —una ciencia *sui generis*, destinada a legitimar el movimiento democrático-liberal en Europa y América— parece constituir la fórmula historiográfica de entonces” (ORGAZ, Raúl A., *Obras completas*, t. II, “Sociología argentina”, “Sarmiento y el naturalismo histórico”, Assandri, Córdoba, sin fecha).

tros días acerca de la utilización del discurso historiográfico en Francia como instrumento de lucha política. Creo que las conclusiones del filósofo francés son válidas también para la interpretación que Sarmiento hace de la Revolución de Mayo y la subsiguiente guerra civil. Asimismo, intento mostrar que la dialéctica desplegada en este capítulo se completa natural y necesariamente con la Tercera Parte del libro (“Gobierno unitario” y “Presente y porvenir”), que notablemente fuera excluida en las ediciones segunda y tercera, pero reincorporada luego nuevamente a partir de la edición de 1874. Paso después al análisis de la idea compleja de nacionalidad que late en el *Facundo*, noción que, según entiendo, ha de comprenderse como sublimación o transmutación de los caracteres naturales del hombre argentino (que se hallan en estado bárbaro, sin moldear) bajo formas civilizadas, o sea, como síntesis de lo particular (nuestras peculiaridades, producto de la geografía) y lo universal (la civilización). Esa síntesis es en 1845 una misión a realizar y, a la vez, un mandato de la Providencia: la nacionalidad se encuentra entonces en el porvenir inmediato.

## II. REVOLUCIÓN Y GUERRA SOCIAL

El capítulo del *Facundo* titulado “Revolución de 1810” es fundamental en varios sentidos: a) ofrece una explicación del proceso revolucionario argentino y su subsecuente guerra civil; b) discrimina categóricamente cuáles son los elementos enfrentados, qué representan y qué implican sociológicamente (civilización y barbarie); c) justifica la toma de partido del propio Sarmiento y, al mismo tiempo, erige al lector en juez de su causa. Sin embargo, si no se atiende a la complementariedad que existe entre este capítulo y la tercera parte del *Facundo*, puede quedar la errónea impresión de que Sarmiento y sus congéneres están sumados simplemente a uno de los dos elementos en conflicto (la civilización europea contra la naturaleza bárbara americana), lejos de presentarse como una síntesis superadora, integradora y comprensiva de ellos. Pero vayamos por partes: primero quiero hacer algunas consideraciones sobre la explicación histórica brindada por Sarmiento en el capítulo aludido (especialmente a la tesis de la “tercera entidad” y su empleo político), para pasar recién luego a la tesis de la nación como porvenir y la misión que en ello cabe al “cuarto elemento” (noción que aparece en la tercera parte del famoso y polémico libro).

En *Defender la sociedad*<sup>8</sup>, Foucault hace una serie de disquisiciones agudas acerca del papel de la figura del bárbaro en la historiografía francesa. Con la obra de Boulainvilliers, el bárbaro aparece como protagonista de la historia, la que, a su vez, es entendida como conflicto entre elementos dicotómicos; es decir: Boulainvilliers hace de la dualidad nacional (francos vs. galo-romanos) un principio de inteligibilidad de la historia que persigue un triple propósito<sup>9</sup>:

- a) re-encontrar el conflicto inicial, originario;
- b) sentar responsabilidades, culpas (buenos y malos); y
- c) restablecer la “correcta” relación de fuerzas, recuperar el punto constituyente.

Este modo de abordar la historia surge como reacción nobiliaria contra el absolutismo monárquico, pero se constituirá inmediatamente en el esquema básico de interpretación de las más variadas posiciones ideológicas y políticas. Por eso, subraya Foucault que no se trata de ideología, sino de táctica discursiva, arma política utilizada por todas las vertientes historiográficas posteriores<sup>10</sup>. En efecto, según interpreten (o depuren) el elemento “bárbaro” en la historia francesa para articular el *puzzle* “Constitución originaria - Revolución<sup>11</sup> - Barbarie - Dominación”, los historiadores monárquicos, los historiadores aristocráticos y los historiadores burgueses construirán sus diversos relatos históricos.

Mi intención ahora es mostrar cómo las agudas disquisiciones de Foucault se confirman también en la articulación discursiva del *Facundo*,

<sup>8</sup> FOUCAULT, Michel, *Defender la sociedad*, trad. Horacio Pons, FCE, Buenos Aires, 1997.

<sup>9</sup> FOUCAULT, Michel, *Defender...*, cit., ps. 176 y ss.

<sup>10</sup> “...vemos cómo ese discurso, que en su origen había estado ligado a la reacción nobiliaria, se generalizó no tanto y no sólo por el hecho de haberse convertido, en cierto modo, en la forma regular y canónica del discurso histórico, sino en la medida en que pasó a ser un instrumento táctico no exclusivamente utilizable por la nobleza sino, en definitiva, en beneficio de una u otra estrategia. En efecto, a lo largo del siglo XVIII y por medio de cierta cantidad de modificaciones en las proposiciones fundamentales, desde luego, el saber histórico se convirtió, finalmente, en una especie de arma discursiva que podían utilizar y desplegar todos los adversarios del campo político. En suma, querría mostrarles que ese discurso histórico no debe tomarse como la ideología o el producto ideológico de la nobleza y de su posición de clase, y que en este caso no se trata de ideología; se trata de otra cosa, que intento justamente identificar y que sería, si me permiten decirlo, la táctica discursiva, un dispositivo de saber y poder que, precisamente, en cuanto táctica, puede transferirse y se convierte, en última instancia, en la ley de formación de un saber y, al mismo tiempo, en la forma común a la batalla política. Por lo tanto, generalización del discurso de la historia, pero en cuanto táctica” (FOUCAULT, Michel, *Defender...*, cit., p. 175).

<sup>11</sup> En el sentido etimológico de “volver a”.



específicamente en la interpretación sarmientina de la breve historia argentina desde mayo de 1810 hasta 1845, en que escribe su obra más famosa.

Las versiones monárquica<sup>12</sup> y aristocrática<sup>13</sup> de la historia francesa son irrelevantes para mi propósito. Sí, en cambio, quiero detenerme en la versión que construirá la burguesía francesa, porque será el esquema fundamental que tomará Sarmiento para intentar una explicación de la Revolución de Mayo de 1810 que a su vez constituya un arma política en su lucha contra Rosas y los caudillos.

El relato historiográfico que diseñará la burguesía francesa disociará la ecuación francos-libertad (que en Boulainvilliers estaban identificados) para depositar esta última en el elemento urbano galo-romano previo a las invasiones germanas. Creo que vale la pena transcribir la explicación foucaultiana:

La tesis de Bréquigny y de Chapsal, que por su importancia se va a convertir en la tesis de los historiadores burgueses del siglo XIX (Augustin Thierry, Guizot), consiste en decir que, en el fondo, el sistema político de los romanos tenía dos niveles. Desde luego, en el nivel del gobierno central, de la gran administración romana, estamos, al menos desde el imperio, frente a un poder absoluto. Pero los romanos habían dejado a los galos las libertades originarias que les eran propias. De modo que la Galia romana era verdaderamente, en cierto sentido, una parte de ese gran imperio absolutista, pero estaba igualmente sembrada, penetrada por toda una serie de focos de libertad que eran, en el fondo, las viejas libertades galas o célticas, que los romanos dejaron vigentes y que seguirían funcionando en las ciudades, en esos famosos municipios del Imperio Romano en que, con una forma que, por otra parte, está tomada en mayor o menor medida de la vieja ciudad romana, se mantendrían en vigor las libertades arcaicas,

<sup>12</sup> “Los tres elementos —invasión, conquista, dominación— que, según Boulainvilliers, caracterizaban lo ocurrido en el momento de los francos vuelven a aparecer en Dubos, pero en este caso como fenómeno interno, debidos al nacimiento o correlativos al nacimiento de una aristocracia, como ven, artificial y completamente protegida, completamente independiente de la invasión franca y de la barbarie que traía consigo. Entonces, las luchas van a desencadenarse contra esa conquista, esa usurpación, esa invasión interior: el monarca, por un lado, y también las ciudades, que habían conservado la libertad de los municipios romanos, van a luchar juntos contra los señores feudales. (...) En el discurso de Dubos, de Moreau y de todos los historiadores monárquicos, tenemos la inversión, pieza por pieza, del discurso de Boulainvilliers (FOUCAULT, Michel, *Defender...*, cit., p. 186).

<sup>13</sup> “En este otro tipo de discurso, se trata, esta vez, de disociar una libertad germánica, es decir, una libertad bárbara, del carácter exclusivo de los privilegios de la aristocracia. En otras palabras, se trata —en este aspecto, esta tesis, esta táctica, va a mantenerse muy cerca de la de Boulainvilliers— de seguir destacando, contra el absolutismo romano de la monarquía, las libertades que trajeron consigo los francos y los bárbaros” (FOUCAULT, Michel, *Defender...*, cit., p. 187).

las libertades ancestrales de los galos y los celtas. (...) La libertad pertenece a las ciudades. Y, precisamente, en la medida en que pertenece a las ciudades, va a poder luchar y convertirse en una fuerza política e histórica. Está claro que esas ciudades romanas serán destruidas cuando se produzca la invasión de los francos y los germanos. Pero unos y otros, campesinos nómades, en todo caso bárbaros, las ignoran y se instalan en el campo libre. Por lo tanto, descuidadas por los francos, las ciudades se reconstruyen y gozan, en ese momento, de una nueva prosperidad...

Como ven, esta vez tenemos una tesis que, mucho más que las anteriores (...), va a poder ser la tesis del Tercer Estado, porque es la primera vez que podrán articularse dentro del análisis histórico la historia de la ciudad, la historia de las instituciones urbanas y, también, la historia de la riqueza y de sus efectos políticos. Lo que se construye o al menos se esboza en esa historia es un tercer Estado que no se forma simplemente por las concesiones del rey sino gracias a su energía, a sus riquezas, a su comercio, gracias a un derecho urbano fuerte y elaborado, tomado, en parte, del derecho romano pero expresado también en la antigua libertad, es decir, la antigua barbarie gala<sup>14</sup>.

De estos párrafos quiero destacar algunos puntos para pasar luego a la explicación sarmientina de la Revolución de Mayo y la guerra civil argentina:

— Esta tesis es la que retomarán los historiadores franceses del siglo XIX, especialmente Guizot y Thierry, lecturas recurrentes de Sarmiento<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> FOUCAULT, Michel, *Defender...*, cit., ps. 189/190.

<sup>15</sup> Así lo explica Halperin Donghi: “¿Qué leía Sarmiento en Thierry, en Sismondi, en Fauriel? Que la historia de Francia es la de una lucha de razas: desde las invasiones germánicas se enfrentan los francos invasores y los sojuzgados galorromanos. Los primeros forman la nobleza feudal; sus humillados adversarios comienzan por salvar la cultura antigua en las ciudades del Mediodía, forman luego las prósperas burguesías del Norte, se rebelan inútilmente en las *jacqueries*, reciben el apoyo de los monarcas y avanzan cada vez más decididamente hacia el poder. La Revolución parece ser el triunfo definitivo de los galorromanos, el desquite final de las invasiones; pero luego de 1815 los francos vuelven en la figura de los emigrados, empujan a Carlos X a una absurda política de reacción y son barridos en la Revolución de Julio” (HALPERÍN DONGHI, Tulio, “Facundo y el historicismo romántico”, en *Ensayos de historiografía*, El Cielo por Asalto, Buenos Aires, 1996, p. 26). Por su parte, Orgaz, si bien señala también la influencia de Guizot y Thierry (ORGAZ, Raúl A., *Obras completas*, cit., t. II, p. 275), sostiene que la idea principal de la lucha entre civilización y barbarie proviene de Fenimore Cooper (ORGAZ, Raúl A., *Obras completas*, cit., t. II, p. 297). Alberto Palcos, apunta que le noción de “guerra social” se debe a la influencia de Leroux y Fortoul (PALCOS, Alberto, *El Facundo*, Elevación, Buenos Aires, 1945); y que la idea de lucha entre civilización y barbarie proviene de los mitos primitivos (la leyenda griega de Prometeo y la persa de Ormuz y Ahrimán), así como de la directa percepción de la realidad argentina (PALCOS, Alberto, *El Facundo*, cit., ps. 70/71).

— La dicotomía nacional francos-galorromanos se transforma en la dicotomía barbarie-ciudad.

— Las ciudades son identificadas con las libertades y el progreso.

— Las libertades y el progreso, tarde o temprano, están destinadas a triunfar sobre la barbarie.

Como se ve, acá ya están resumidas, prácticamente, las tesis centrales del *Facundo*.

En efecto, en el capítulo III de la Primera Parte de *Facundo* (“Revolución de 1810”), Sarmiento ensaya una explicación de la guerra civil argentina en términos análogos a los de esa historiografía francesa del siglo XIX:

Como todas las guerras civiles en que profundas desemejanzas de educación, creencias y objetos dividen a los partidos, la guerra interior de la República Argentina ha sido larga, obstinada, hasta que uno de los elementos ha vencido. La guerra de la revolución argentina ha sido doble: primero, guerra de las ciudades, iniciada en la cultura europea, contra los españoles, a fin de dar mayor ensanche a esa cultura; segundo, guerra de los caudillos contra las ciudades, a fin de librarse de toda sujeción civil, y desenvolver su carácter y su odio contra la civilización. Las ciudades triunfan de los españoles, y las campañas de las ciudades. He aquí explicado el enigma de la revolución argentina, cuyo primer tiro se disparó en 1810, y el último aún no ha sonado todavía<sup>16</sup>.

Aquí, Sarmiento identifica los elementos dicotómicos del conflicto nacional, respectivamente, con las ciudades de cultura europea, por un lado, y la campaña bárbara y sus caudillos, por otro. Las ciudades galo-romanas de la historiografía burguesa francesa son reemplazadas aquí por las viejas ciudades españolas que se rebelan contra la metrópoli para ensanchar la cultura europea; los francos, por su parte, son reemplazados, en la explicación sarmientina, por los caudillos bárbaros de la campaña (y no es casual que Sarmiento los identifique permanentemente con la Edad Media<sup>17</sup>).

<sup>16</sup> SARMIENTO, Domingo F., *Facundo*, Losada, Buenos Aires, 1963, p. 63.

<sup>17</sup> Un ejemplo: “La Mazorca, con los mismos caracteres, compuesta de los mismos hombres, ha existido en la Edad Media en Francia, en tiempo de las guerras entre los partidos de los Armagnac y del duque de Borgoña. (...) Poned en lugar de las cruz de San Andrés la cinta colorada; en lugar de las rosas coloradas, el chaleco colorado; en lugar de *cabochiens*, mazorqueros; en lugar de 1418, fecha de aquella sociedad, 1835, fecha de esta otra; en lugar de París, Buenos Aires; en lugar del duque de Borgoña, Rosas; y tendréis el plagio hecho en nuestros días. La Mazorca, como los *cabochiens*, se compuso en su origen de los carniceros y desolladores de Buenos Aires. ¡Qué instructiva es la Historia! ¡Cómo se repite a cada rato!...” (SARMIENTO, *Facundo*, cit., p. 202). Sobre esta asimilación de la realidad de la campaña argentina al feudalismo, ver WEINBERG, Félix, *Las ideas sociales de Sarmiento*, Eudeba, Buenos Aires, 1988, ps. 15 y ss.

El esquema táctico que Foucault detecta en la historiografía francesa desde Boulainvillers en adelante se corrobora totalmente en esta versión de la breve historia argentina que ensaya Sarmiento:

a) Se determina el conflicto original entre dos elementos dicotómicos irreconciliables: el elemento feudal de la campaña *versus* el elemento civilizado de las ciudades

b) Se fijan responsabilidades (malos y buenos): el triunfo (provisorio) de los caudillos constituye la derrota (también provisoria) de los ideales revolucionarios de Mayo.

c) La “correcta” relación de fuerzas que hay que reconstituir, la constitución originaria, es ubicada en un punto histórico concreto: la Revolución de 1810, el proyecto civilizatorio y europeo de las ciudades<sup>18</sup>.

También se corrobora la intención política fundamental de este esquema historiográfico. El mismo Sarmiento fundamenta en esta explicación sus propias luchas:

Ésta es la historia de las ciudades argentinas. Todas ellas tienen que reivindicar glorias (civilización y notabilidades pasadas). Ahora el nivel barbarizador pesa sobre todas ellas. La barbarie del interior ha llegado a penetrar hasta las calles de Buenos Aires. Desde 1810 hasta 1840 las provincias que encerraban en sus ciudades tanta civilización fueron demasiado bárbaras, empero, para destruir con su impulso la obra colosal de la revolución de la independencia. Ahora que nada les queda de lo que en hombres, luces e instituciones tenían, ¿qué va a ser de ellas? La ignorancia y la pobreza, que es la consecuencia, están como las aves mortecinas esperando que las ciudades del interior den la última boqueada, para devorar su presa, para hacerlas campo, estancia. Buenos Aires puede volver a ser lo que fue, porque la civilización europea es tan fuerte allí, que a despecho de las brutalidades del gobierno se ha de sostener. Pero en las provincias, ¿en qué se apoyará? Dos siglos no bastarán para volverlas al camino que han abandonado, desde que la generación presente educa a sus hijos en la barbarie que a ella le ha

<sup>18</sup> Como dice Palcos: “Sarmiento no se contenta con contar la historia del país y describir la vida de Facundo. Ofrece una explicación de nuestras luchas civiles, entendidas como el áspero choque entre la Civilización y la Barbarie, de las ciudades vueltas hacia Europa, como hacia un fanal de luz, y las campañas pastoras, sumergidas en el atraso ominoso. De golpe nuestras guerras civiles aparecen dignificadas; la sangre vertida a torrentes no es fruto de la bestialidad de contrincantes enceguecidos, sino de esa fuerza noble que levanta al hombre sobre la naturaleza y sobre sí mismo. El corazón de los enemigos de la tiranía se ensancha al amparo de su doctrina y recibe alientos titánicos para proseguir sin desmayos la batalla en la cual se brega al pie de una bandera tan pura” (PALCOS, Alberto, *El Facundo*, cit., ps. 38/39). Pero resulta muy importante, para no malinterpretar esta doctrina, tener presente la aclaración que hace Orgaz respecto de que “Sarmiento no habla de la ‘campaña’ en abstracto, sino de la campaña argentina de hace un siglo y, más concretamente, de la campaña pastora” (ORGAZ, Raúl A., *Obras completas*, cit., p. 308).

alcanzado. *Pregúntesenos ahora: ¿por qué combatimos? Combatimos por volver a las ciudades su vida propia*<sup>19</sup>.

Hasta aquí se observa cómo Sarmiento pone en términos dicotómicos el problema político argentino y cómo él mismo toma posición por el partido de las ciudades. Pero todavía no se ve con claridad el movimiento dialéctico por el cual esa lucha vaya a resolverse en una instancia superadora e integradora. Es decir, Sarmiento ha explicado el origen y las fuerzas de la guerra civil y ha tomado partido: y es inevitable hacerlo, ya que Rosas no puede dejar de ser lo que es, pero, ellos, los proscritos, tampoco pueden dejar de ser lo que son. La nación será el resultado de la victoria final e indefectible de las ciudades, es decir, de la civilización, o sea, del espíritu sobre la naturaleza; pero, como la naturaleza, en Sarmiento no es la arcilla maleable que creían los ilustrados de la vieja generación, sino que es naturaleza viva, bárbara —y como tal, actuante—, ella dejará sus huellas en la futura nacionalidad; ella pondrá lo que de original y propio tenga la civilización argentina. Cómo se subliman esos caracteres propios y naturales en la futura nacionalidad ya lo veremos, pero por ahora anotemos esto: la naturaleza, la Pampa y sus caracteres humanos, han de sublimarse bajo formas civilizadas. La propia dialéctica del pensamiento sarmientino lleva a esto: primero, las ciudades vencen sobre la metrópoli española, luego, los partidos urbanos (unitarios y federales) se enfrentan y despiertan a esa “tercera entidad” dormida, la campaña bárbara, que triunfa sobre ambos (por más que la barbarie se autodesigne “federal”). ¿Cuál será el “cuarto elemento” que venga ahora a vencer a la campaña bárbara encarnada en el régimen rosista? No pueden ser los antiguos unitarios, ilustrados ellos y por ello mismo simple parcialidad del problema argentino; además ya no existen, han sido definitivamente derrotados, por más que Rosas se empecine en denominar a los emigrados “salvajes unitarios” (en verdad, ni Rosas tiene ya que ver con el antiguo partido federal, ni los emigrados con el antiguo partido unitario; ahora, los términos del conflicto son la naturaleza bárbara y la civilización exiliada). El “cuarto elemento” requerido ya existe y, muy dialécticamente, se ha formado en las instituciones ilustradas fundadas por Rivadavia, pero en las entrañas mismas del rosismo<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> SARMIENTO, Domingo F., *Facundo*, cit., ps. 69/70. (El destacado es del original).

<sup>20</sup> “La numerosa juventud que el Colegio de Ciencias Morales, fundado por Rivadavia, había reunido de todas las provincias, la que la Universidad, el Seminario y los muchos establecimientos de educación que pululan en aquella ciudad, que tuvo un día el candor de llamarse la Atenas americana, habían preparado para la vida pública, se encontraba sin foro, sin prensa, sin tribuna, sin esa vida pública, sin teatro, en fin, en que ensayar las fuerzas de una inteligencia juvenil y llena de actividad. (...) El romanticismo, el eclecticismo, el socia-

Y, precisamente, ese “cuarto elemento” es presentado en la Tercera Parte del *Facundo*; ese “cuarto elemento” es la nueva generación con la que Sarmiento se identifica; ese “cuarto elemento” es el futuro de la patria y, como tal, la síntesis requerida. Así lo expresa el propio Sarmiento:

La aplicación del nuevo sistema de Rosas había traído un resultado singular; a saber, que la población de Buenos Aires se había fugado y reuníose en Montevideo (...), adonde, por otra parte, con el bloqueo y la falta de seguridad individual, se habían trasladado el comercio de Buenos Aires y las principales casas extranjeras.

Hallábanse, pues, en Montevideo los antiguos unitarios, con todo el personal de la administración de Rivadavia, sus mantenedores, dieciocho generales de la República, sus escritores, los ex congresales, etc.; estaban allí, además, los federales de la “ciudad”, emigrados de 1833 en adelante; es decir, todas las notabilidades hostiles a la Constitución de 1826, expulsadas por Rosas con el apodo de “lomos negros”. Venían después los fautores de Rosas que no habían podido ver sin horror la obra de sus manos, o que sintiendo aproximarse a ellos el cuchillo exterminador, habían, como Tallien y los termidorianos, intentado salvar sus vidas y la patria, destruyendo lo mismo que ellos habían creado. *Últimamente había llegado a reunirse en Montevideo un cuarto elemento que no era el unitario, ni federal, ni ex rosista, y que ninguna afinidad tenía con aquéllos, compuesto de la nueva generación que habían llegado a la virilidad en medio de la destrucción del orden antiguo y la plantación del nuevo...*

El Salón Literario de Buenos Aires fue la primera manifestación de este espíritu nuevo. Algunas publicaciones periódicas, algunos opúsculos en que las doctrinas europeas aparecen mal digeridas aún, fueron sus primeros ensayos. Hasta entonces, nada de política, nada de partidos, aún había muchos jóvenes que, preocupados por las doctrinas históricas francesas, creyeron que Rosas, su gobierno, su sistema original, su reacción contra la Europa, era una manifestación nacional, americana, de una civilización, en fin, con sus caracteres y formas peculiares. No entraré a apreciar ni la importancia real de estos estudios ni las fases incompletas, presuntuosas y aun ridículas que presentaba aquel movimiento literario; eran ensayos de fuerzas inexpertas y juveniles que no merecerían recuerdo si no fuesen precursores de un movimiento más fecundo en resultados. Del seno del Salón Literario se desprendió un grupo de cabezas inteligentes que,

---

lismo, todos aquellos diversos sistemas de ideas tenían acalorados adeptos, y el estudio de las teorías sociales se hacía a la sombra del despotismo más hostil a todo desenvolvimiento de ideas. El doctor Alsina, dando lección en la Universidad sobre legislación, después de explicar lo que era el despotismo, añadía esta frase final: ‘En suma, señores, ¿quieren ustedes tener una idea cabal de lo que es el despotismo? Ahí tienen ustedes el gobierno de don Juan Manuel de Rosas con facultades extraordinarias’. Una lluvia de aplausos siniestros y amenazadores ahogaba la voz del osado catedrático” (SARMIENTO, Domingo F., *Facundo*, cit., p. 221).

asociándose secretamente, proponíase formar un carbonarismo que debía echar en toda la República las bases de una reacción civilizada contra el gobierno bárbaro que había triunfado.

Tengo, por fortuna, el acta original de esta asociación a la vista, y puedo con satisfacción contar los nombres que la suscribieron. Los que los llevan están hoy diseminados por Europa y América, excepto algunos que han pagado a la patria su tributo con una muerte gloriosa en los campos de batalla. Casi todos los que sobreviven son hoy literatos distinguidos, y si un día los poderes intelectuales han de tener parte en la dirección de los negocios en la República Argentina, muchos y muy completos instrumentos hallará en esta escogida pléyade largamente preparada por el talento, el estudio, los viajes, la desgracia y el espectáculo de los errores y desaciertos que han presenciado o cometido ellos mismos<sup>21</sup>.

Estos párrafos de la Tercera Parte de *Facundo* son continuación de la explicación dialéctica desplegada en el capítulo IV de la Primera: vienen a completar aquella explicación con una proyección al futuro. Existe un “cuarto elemento”, la nueva generación a la que el propio Sarmiento pertenece, nutrida intelectualmente en las más recientes y científicas teorías sociales europeas, pero también en las experiencias recogidas del fracaso unitario, de la tiranía, de la guerra civil y de su propio exilio. Este “cuarto elemento” es el germen de la futura nacionalidad auténticamente argentina, o sea, síntesis integradora del espíritu y la materia, de la civilización europea y la naturaleza americana. La peculiaridad de esa síntesis no será otra cosa que la sublimación de nuestros caracteres naturales (plásticamente descriptos en la Primera Parte del *Facundo*) bajo formas civilizadas o, lo que es lo mismo, el modo argentino de la civilización<sup>22</sup>. Detrás de todo, obviamente, está la Providencia, el destino inexorable que ha decretado un futuro de grandeza para los argentinos<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> SARMIENTO, Domingo F., *Facundo*, cit., ps. 220/222. (El destacado es del original).

<sup>22</sup> Ver PALCOS, Alberto, *El Facundo*, cit., ps. 20/21 y 35.

<sup>23</sup> Como se ve, el pensamiento social de Sarmiento —al menos en el *Facundo*— es claramente dialéctico, y esa visión dialéctica de la sociedad ha sido atribuida con razón a la influencia de Cousin y, a través de él, a los ecos lejanos pero audibles de Hegel (ORGÁZ, Raúl A., *Obras completas*, cit., t. II, ps. 289 y ss., especialmente p. 291). Por su parte, Ezequiel Martínez Estrada ve en Sarmiento un pensador no sólo dialéctico, sino también materialista y pragmático, aunque —aclara— jamás podría haber sido marxista porque reduce el problema de la lucha de clases al de la lucha contra la ignorancia (MARTÍNEZ ESTRADA, Ezequiel, *Sarmiento*, Buenos Aires, 1969, p. 144). Guerrero, por el contrario, se niega a ver a Sarmiento como pragmatista (GUERRERO, Luis J., *Tres temas...*, cit., p. 59).



### III. SUBLIMACIÓN DE LOS CARACTERES NATURALES

En la Primera Parte del *Facundo*, Sarmiento pinta algunos caracteres naturales de los argentinos; el desierto ha conformado una serie de tipos humanos con rasgos peculiares y notables. Pero es importante observar que esos rasgos que la naturaleza hostil ha impreso en los argentinos no son negativos en sí mismos, no son defectos, sino más bien virtudes potenciales: ya esos gauchos han asombrado al mundo por su coraje en los ejércitos que recorrieron medio continente<sup>24</sup>. La sublimación de esta naturaleza bajo formas civilizadas será en el futuro la base de una nación llamada a descollar entre las naciones<sup>25</sup>; por ahora, todas esas cualidades naturales que Sarmiento observa en el hombre de nuestra campaña están desperdiciadas, no encuentran un cauce civilizado para fructificar, constituyen un “exceso de vida” que no encuentra canalización legítima para redituarse socialmente:

¿Creeráse que estas proezas, la destreza y la audacia en el manejo del caballo, son la base de las grandes ilustraciones que han llenado con su nombre la República Argentina, y cambiado la faz del país? Nada es más cierto, sin embargo. No es mi ánimo persuadir a que el asesinato y el crimen hayan sido siempre una escala de ascensos. Millares son los valientes que han parado en bandidos oscuros; pero pasan de centenares los que a esos hechos han debido su posición. En todas las sociedades despotizadas las grandes dotes naturales van a perderse en el crimen; el genio romano que conquistara el mundo es hoy el terror de los Lagos Pontinos, y los Zumalacárregui, los Mina, españoles, se encuentran a centenares en Sierra Leona. Hay una necesidad para el hombre de desenvolver sus fuerzas, su capacidad y su ambición; que, cuando faltan los medios legítimos, él se forja un mundo con su moral y sus leyes aparte, y en él se complace en mostrar que había nacido Napoleón o César<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> El general La Madrid es un cabal ejemplo del “espíritu gaucho, civilizado y consagrado a la libertad”. Y lo es, no tanto por su fabulosa valentía, sino por ser oficial de caballería y cantor (SARMIENTO, Domingo F., *Facundo*, cit., p. 112).

<sup>25</sup> Así lo explica Palcos: “De tal guisa, se opera un doble proceso de absorción: La Pampa absorbe al hombre y lo anonada, mas al atardecer el hombre se recobra a sí mismo, reabsorbe a la Pampa y la devuelve convertida en pensamiento y armonía. Por dura, brutal y errabunda que haya sido la existencia del gaucho, se presenta aureolada por cierta espiritualidad que la ennoblece y su estampa varonil sobrevivirá en el recuerdo de las generaciones y será eterna, como los monumentos literarios que describen sus proezas” (PALCOS, Alberto, *El Facundo*, cit., p. 36).

<sup>26</sup> SARMIENTO, Domingo F., *Facundo*, cit., p. 55.



Y Facundo Quiroga es la mejor ejemplificación de todo esto: no sólo es interesante y representativo<sup>27</sup> por lo que efectivamente fue, sino también por lo que pudo haber sido bajo otras circunstancias. Sarmiento ve en él un símbolo de la Argentina de su época, pero también toda la potencialidad de la Argentina futura:

...en Facundo Quiroga no veo un caudillo simplemente, sino una manifestación de la vida argentina tal como la han hecho la colonización y las peculiaridades del terreno, a lo cual creo necesario consagrar una seria atención, porque sin esto la vida y los hechos de Facundo Quiroga son vulgaridades que no merecerían entrar sino episódicamente en el dominio de la historia. Pero Facundo, en relación con la fisonomía de la naturaleza grandiosamente salvaje que prevalece en la inmensa extensión de la República Argentina; Facundo, expresión fiel de una manera de ser de un pueblo, de sus preocupaciones e instintos; Facundo, en fin, siendo lo que fue, no por un accidente de su carácter, sino, por antecedentes inevitables y ajenos a su voluntad, es el personaje histórico más singular, más notable, que puede presentarse a la contemplación de los hombres que comprenden que un caudillo que encabeza un gran movimiento social no es más que el espejo en que se reflejan, en dimensiones colosales, las creencias, las necesidades, preocupaciones y hábitos de una nación en una época dada de su historia<sup>28</sup>.

Es decir, Sarmiento ve en Facundo Quiroga al “hombre de la naturaleza que no ha aprendido aún a contener o a disfrazar sus pasiones; que las muestra en toda su energía, entregándose a toda su impetuosidad”<sup>29</sup>, pero “sin ser por eso estúpido y sin carecer de elevación de miras”<sup>30</sup>. Y Facundo (“expresión fiel de una manera de ser de un pueblo”, como se vio) es un diamante en bruto, una cantera de potencialidades para el orden civilizado. Son abundantes los pasajes donde Sarmiento subraya que esos rasgos naturales se verían sublimados de forma positiva dentro de una sociedad civilizada<sup>31</sup>; pero creo suficiente aquí transcribir el siguiente:

Facundo tenía la rabia del juego, como otros la de los licores, como otros la del rapé. Un alma poderosa, pero incapaz de abrazar una grande esfera de ideas,

<sup>27</sup> Según Orgaz (*Obras completas*, cit., t. II, ps. 289 y ss.), la tesis del hombre representativo, del grande hombre, Sarmiento la toma, adaptación mediante, de Cousin.

<sup>28</sup> SARMIENTO, Domingo F., *Facundo*, cit., p. 20.

<sup>29</sup> SARMIENTO, Domingo F., *Facundo*, cit., p. 80.

<sup>30</sup> SARMIENTO, Domingo F., *Facundo*, cit., p. 81.

<sup>31</sup> V.gr., SARMIENTO, Domingo F., *Facundo*, cit., ps. 36, 55, 74, 80-82, 94, 183 y ss., etc. Pero el siguiente no tiene desperdicio: “No digo en los partidarios de Rosas, en los mazorqueros mismos hay, bajo las exterioridades del crimen, virtudes que un día deberían premiarse. Millares de vidas han sido salvadas por los avisos que los mazorqueros daban secretamente a las víctimas que la orden recibida les mandaba inmolar” (p. 239).

necesitaba esta ocupación ficticia en que una pasión está en continuo ejercicio, contrariada y halagada a la vez, irritada, excitada, atormentada. Siempre he creído que la pasión del juego es en los más casos una buena cualidad de espíritu que está ociosa por la mala organización de la sociedad. Estas fuerzas de voluntad, de abnegación y de constancia, son las mismas que forman las fortunas del comerciante emprendedor, del banquero y del conquistador que juega imperios a las batallas<sup>32</sup>.

Esas ricas potencialidades de la vida bárbara eran lo que parecían ignorar los de la vieja generación ilustrada: su idea de civilización era abstracta; paradójicamente eran ilustrados ignorantes de la realidad en que se movían<sup>33</sup>. Y éste es el conocimiento que traen consigo los jóvenes de la nueva generación, el “cuarto elemento” destinado a forjar la auténtica nacionalidad, la forma argentina de la civilización. Tal vez esta idea se ve más claramente cuando Sarmiento alude al desarrollo de la literatura nacional. Precisamente, al comenzar el capítulo II de la Primera Parte, destinado a describir la “Originalidad y caracteres argentinos: el rastreador, el baqueano, el gaucho malo, el cantor”, Sarmiento escribe:

Si un destello de literatura nacional puede brillar momentáneamente en las nuevas sociedades americanas, es el que resultará de la descripción de las grandiosas escenas naturales, y sobre todo de la lucha entre la civilización europea y la barbarie indígena, entre la inteligencia y la materia; lucha imponente en América, y que da lugar a escenas tan peculiares, tan características y tan fuera del círculo de ideas en que se ha educado el espíritu europeo, porque los resortes dramáticos se vuelven desconocidos fuera del país donde se toman, los usos sorprendentes, y originales los caracteres<sup>34</sup>.

Es decir, en la futura nación, no sólo los rasgos originales del hombre argentino hallarán cauce civilizado para desarrollarse socialmente, sino que toda la naturaleza bárbara misma encontrará su lugar sublimándose en literatura<sup>35</sup>. Esta hermosa síntesis de América y Europa, de naturaleza y

<sup>32</sup> SARMIENTO, Domingo F., *Facundo*, cit., p. 94.

<sup>33</sup> La descripción del unitario ilustrado, divorciado de la realidad circundante, está magistralmente trazada (combinando dureza y admiración) en el capítulo III de la Segunda Parte, “Sociabilidad. Córdoba. Buenos Aires (1825)” (SARMIENTO, Domingo F., *Facundo*, cit., ps. 106 y ss).

<sup>34</sup> SARMIENTO, Domingo F., *Facundo*, cit., p. 38.

<sup>35</sup> Así lo explica Palcos: “Desde la publicación del *Facundo*, Sarmiento adentra, en multitud de trabajos, en el corazón de la historia y del paisaje nacional, abriendo rumbos a la literatura argentina (...) He aquí el rico venero, el venero inagotable. Cada pueblo aporta a la letras lo característico de su tierra y del hombre criado a su amparo. Sin duda, esencialmente la criatura humana es idéntica bajo todas las latitudes, pero en cada parte se presenta

civilización, es la nacionalidad que, como misión, deberá forjar el “cuarto elemento”, la nueva generación. Por ello no resulta casual la mención de Echeverría como iniciador y símbolo de esta labor integradora; Echeverría, el “cajetilla” de frac y monóculo que se mueve en los fogones gauchos como un payador más y obtiene el respeto y la veneración del paisanaje<sup>36</sup>. En el mismo pasaje donde Sarmiento lo corona como primer bardo de nuestra literatura, también marca la diferencia con la vieja generación ilustrada (los poetas unitarios Varela) que ignoraban la realidad que los rodeaba hasta en la literatura:

No de otro modo nuestro joven poeta Echeverría ha logrado llamar la atención del mundo literario español con su poema titulado *La cautiva*. Este bardo argentino dejó de lado a Dido y Arjea, que sus predecesores los Varelas trataron con maestría clásica y estilo poético, pero sin suceso y sin consecuencia, porque nada agregaban al caudal de nociones europeas, y volvió sus miradas al desierto, y allá en la inmensidad sin límites, en las soledades en que vaga el salvaje, en la lejana zona de fuego que el viajero ve acercarse, cuando los campos se incendian, halló las inspiraciones que proporciona a la imaginación el espectáculo de una naturaleza solemne, grandiosa, inconmensurable, callada, y entonces el eco de sus versos pudo hacerse oír con aprobación aun por la península española<sup>37</sup>.

El tema de la literatura nacional no es baladí y menos aún si se atiende al hecho de que el carácter poético de los argentinos es uno de sus rasgos más destacables y auténticos, según Sarmiento. Todas las primeras páginas de este capítulo del *Facundo* subrayan esta cualidad natural del hombre de nuestras campañas. Y por eso tampoco resulta secundario que Sarmiento, en su afán por demostrar el falso argentinismo del régimen de Rosas (encubierto en un chauvinismo que alega lo contrario), recargue sus tintas en la muerte de la poesía entre las huestes del Restaurador. Ya habíamos visto cómo Sarmiento presenta a la pretendida originalidad americanista del rosismo como una versión local del orden medieval europeo (Rosas no ha inventado nada; su sistema es el que regía en Europa en el siglo XV: feudalismo —o estancia— e inquisición)<sup>38</sup>. Ahora, después de haber mostrado

---

con rasgos propios. Así entendido, lo nacional enriquece lo universal. Constituye uno de los órganos necesarios de expresión para presentar al alma humana bajo todos sus aspectos, en la infinita variedad de sus matices. Y la misión de la literatura consiste en captar a su vez, en las profundidades del alma nacional, el genuino sello humano que lo timbra. Cuando ello ocurra en esta parte del continente, las letras americanas representarán *algo* dentro de las letras mundiales” (PALCOS, Alberto, *El Facundo*, cit., ps. 20/21).

<sup>36</sup> SARMIENTO, Domingo F., *Facundo*, cit., p. 43.

<sup>37</sup> SARMIENTO, Domingo F., *Facundo*, cit., p. 39.

<sup>38</sup> SARMIENTO, Domingo F., *Facundo*, cit., ps. 201/206.

en la Primera Parte del libro que el hombre argentino es esencialmente poeta, agrega:

Que en cuanto a la literatura, la República Argentina es hoy mil veces más rica que lo que fue jamás en escritores capaces de ilustrar a un Estado americano. Si quedara duda con todo lo que he expuesto de que la lucha actual de la República Argentina lo es sólo de civilización y barbarie, bastaría para probarlo el no hallarse del lado de Rosas un solo escritor, un solo poeta, de los muchos que posee aquella joven nación. Montevideo ha presenciado durante tres años consecutivos las justas literarias del 25 de Mayo, día en que veintena de poetas inspirados por la pasión por la patria se han disputado un laurel. ¿Por qué la poesía ha abandonado a Rosas?

¿Por qué ni rapsodias produce hoy el suelo de Buenos Aires, en otro tiempo tan fecundo de cantares y rimas? Cuatro o cinco asociaciones existen en el extranjero de escritores que han emprendido compilar datos para escribir la historia de la República, tan llena de acontecimientos, y es verdaderamente asombroso el cúmulo de materiales que han reunido de todos los puntos de América: manuscritos, impresos, documentos, crónicas antiguas, diarios, viajes, etc. La Europa se asombrará un día cuando tan ricos materiales vean la luz pública y vayan a engrosar la voluminosa colección de que Angelis no ha publicado sino una pequeña parte<sup>39</sup>.

Una vez más: si el argentino es esencialmente poeta, la auténtica Argentina es la que está exiliada; ya ni poetas quedan en el territorio de los argentinos. Y una vez más, esta Argentina exiliada es la de la Nueva Generación, la de Sarmiento mismo, la del futuro. Si todo esto es correcto, tiene razón Luis Juan Guerrero cuando ve en Sarmiento al mismísimo gaucho cantor transformado en literato; y en este sentido, el *Facundo* resulta una expresión auténtica de esa naturaleza sublimada en literatura: su propia indefinibilidad como género, mezcla de poesía y ciencia social, es también un símbolo de la síntesis entre nuestros peculiares caracteres naturales y la inteligencia universal, entre América y Europa. En otras palabras, la unidad sintética de lo particular y lo universal sobre la que ha de edificarse la nacionalidad auténtica<sup>40</sup>. Si *Facundo* Quiroga encarna el modo natural (en bruto) de ser de un pueblo, Sarmiento encarna ese mismo modo de ser sublimado bajo formas civilizadas. Así lo explica el propio Guerrero, atribuyendo estos rasgos del *Facundo* a la influencia de Vico:

La identificación viquiana de poesía e historia, como característica fundamental de las épocas bárbaras, creía Sarmiento haberla encontrado en los can-

<sup>39</sup> SARMIENTO, Domingo F., *Facundo*, cit., p. 235.

<sup>40</sup> Cfr. PALCOS, Alberto, *El Facundo*, cit., ps. 20-21.

tares populares que seguían difundiendo, de pago en pago, las hazañas de Juan Facundo Quiroga, años después de su muerte.

Último gaucho cantor, nuestro don Domingo Faustino Sarmiento, pero ya sobre el filo de los tiempos, quiere darnos, con la historia de su héroe, la clave del futuro.

Porque también enseñaron Vico y Herder, y difundieron los románticos, que el poeta es el conductor vidente de un pueblo en marcha y que la verdadera poesía es la expresión del apretado conjunto de afanes inconscientes y anónimos que constituyen el destino de las naciones en el proceso de su organización<sup>41</sup>.

Así como, según Vico, los poemas homéricos cantan y encarnan el tránsito de la barbarie primitiva a la primera civilización griega —y así como Dante haría lo propio respecto de la civilización italiana resurgiendo de la barbarie medieval—, según Guerrero, Sarmiento en su *Facundo*, describe (¿canta?) en clave poética el drama del nacimiento de la civilización argentina<sup>42</sup>. Y por eso sería un libro fundacional de nuestra nacionalidad:

Sarmiento le pide a Facundo que nos revele su secreto. Y juntos Sarmiento y Facundo —juntos por toda la eternidad en las páginas del libro inmortal— nos revelan el secreto de la Patria y nos enseñan un camino, que es camino de formación interior a través de la acción<sup>43</sup>.

Así, la nacionalidad se presenta como misión a realizar y como porvenir. Y el *Facundo* es a la vez una narración épica, un ensayo sociológico, un manifiesto político y una profecía patriótica<sup>44</sup>.

#### IV. NACIÓN, PORVENIR Y CONSTITUCIÓN

Si los caracteres naturales del hombre de nuestras campañas han de brindar grandes frutos bajo formas civilizadas; si la pampa bárbara toda ha de sublimarse en una riquísima literatura nacional; si el propio Sarmiento y su *Facundo* (el gaucho cantor transformado en hombre de letras<sup>45</sup>) son un símbolo de esta síntesis de naturaleza y civilización, de la barbarie devenida auténtica argentinidad civilizada; en fin, si todo esto es la misión y será la obra de la Nueva Generación, del “cuarto elemento”, entonces, la

<sup>41</sup> GUERRERO, Luis J., *Tres temas...*, cit., p. 58.

<sup>42</sup> GUERRERO, Luis J., *Tres temas...*, cit., p. 57. En igual sentido, PALCOS, Alberto, *El Facundo*, cit., p. 37.

<sup>43</sup> GUERRERO, Luis J., *Tres temas...*, cit., p. 68.

<sup>44</sup> PALCOS, Alberto, *El Facundo*, cit., ps. 42/43 y 45.

<sup>45</sup> O sea, del hombre natural devenido civilizado... ¡De Facundo Quiroga transformado en Domingo F. Sarmiento!

nacionalidad no puede estar sino en el porvenir... Un porvenir al parecer no muy lejano, un porvenir que comienza a aclararse, pero que al fin y al cabo es un por-venir<sup>46</sup>.

Y esa conciencia de porvenir también hunde sus raíces en la dialéctica desatada por la irrupción de los ideales de Mayo en nuestra naturaleza geográfica y demográfica:

¿Cómo ponerle rienda al vuelo de la fantasía del habitante de una llanura sin límites, dando frente a un río sin ribera opuesta, a un paso de la Europa, sin conciencia de sus propias tradiciones, sin tenerlas en realidad; un pueblo nuevo, improvisado, y que desde la cuna se oye saludar pueblo grande? *¡Al gran pueblo argentino, salud!*<sup>47</sup>.

Una vez desatada esa dialéctica de civilización-barbarie —o inteligencia y naturaleza—, un pueblo entra en el sendero de la historia, comienza a emerger de la naturaleza para proyectarse a un futuro que le es propio y que, de alguna manera, le está trazado. El espíritu federal no es más que una etapa en el desarrollo de las naciones: la etapa durante la cual se disuelven sus antiguos vínculos y comienzan a forjarse los nuevos<sup>48</sup>. La Providencia ya ha escrito su suerte. Los hombres pueden acompañar conscientemente sus designios o tratar, reaccionaria y torpemente, de oponerse a ellos obligándola a realizar su obra por sí misma y por el camino más doloroso:

Pero la República Argentina está geográficamente constituida de tal manera, que ha de ser unitaria siempre, aunque el *rótulo de la botella* diga lo contrario. Su llanura continua, sus ríos confluentes a un puerto único, la hacen fatalmente 'una e indivisible'. Rivadavía, más conocedor de las necesidades del país [lo está comparando con Rosas<sup>49</sup>], aconsejaba a los pueblos que se uniesen bajo una constitución común, haciendo nacional el puerto de Buenos Aires. Agüero, su eco en el Congreso, decía a los porteños con su acento magistral y unitario: *'Demos voluntariamente a los pueblos lo que más tarde nos reclamarán con las armas en la mano'*.

El pronóstico falló por una palabra. Los pueblos no reclamaron de Buenos Aires el puerto con las armas, sino con la *barbarie*, que le mandaron en Facundo y Rosas. Pero Buenos Aires se quedó con la barbarie y el puerto, que sólo a Rosas

<sup>46</sup> Cfr. GUERRERO, Luis J., *Tres temas...*, cit., ps. 59 y ss. Ver también PALCOS, Alberto, *El Facundo*, cit., p. 45.

<sup>47</sup> SARMIENTO, Domingo F., *Facundo*, cit., p. 105.

<sup>48</sup> SARMIENTO, Domingo F., *Facundo*, cit., p. 108.

<sup>49</sup> Esta aclaración entre corchetes me pertenece.

ha servido y no a las provincias. De manera que Buenos Aires y las provincias se han hecho el mal mutuamente sin reportar ninguna ventaja<sup>50</sup>.

Y ya en las páginas finales del *Facundo*, Sarmiento agrega:

Pero no vaya a creer que Rosas no ha conseguido hacer progresar la República que despedaza, no; es un grande y poderoso instrumento de la Providencia, que realiza todo lo que al porvenir de la patria interesa. Ved cómo. Existía antes de él y de Quiroga el espíritu federal en las provincias, en las ciudades, en los federales y en los unitarios mismos; él lo extingue, y organiza en provecho suyo el sistema unitario que Rivadavia quería en provecho de todos. Hoy todos esos caudillejos del interior, degradados, envilecidos, tiemblan de desagrado y no respiran sin su consentimiento. La idea de los unitarios está realizada, sólo está de más el tirano; el día que un buen gobierno se establezca, hallará las resistencias locales vencidas y todo dispuesto para la *unión*.

La guerra civil ha llevado a los porteños al interior y a los provincianos de unas provincias a otras. Los pueblos se han conocido, se han estudiado y se han acercado más de lo que el tirano quería; de ahí viene su cuidado de quitarles los correos, de violar la correspondencia y vigilarlos a todos. La *unión* es íntima.

Existían antes dos sociedades diversas: las *ciudades* y las *campañas*; echándose las *campañas* sobre las *ciudades*, se han hecho ciudadanos los gauchos y simpatizado con la causa de las ciudades<sup>51</sup>.

Es decir, lo que los bienintencionados unitarios no supieron lograr, por torpeza o por miopía, la Providencia viene a realizarlo con los medios más duros: utilizando a Rosas como instrumento de sus designios. La unidad estaba decretada por las buenas o por las malas, y se hizo por las malas. Rivadavia quería la *unión*, a la que estábamos llamados por la Providencia, bajo una constitución; la *campaña* —esa “tercera entidad dormida”— se levantó contra él y las ciudades; y la Providencia debió realizar por otros medios sus designios: la *unión* se logró a través de la barbarie como sistema, esto es, a través de Rosas. Ahora, para que se cierre totalmente el ciclo, sólo sobra el tirano y falta una constitución. La guerra civil y la tiranía son el crisol donde los caracteres naturales han forjado al futuro hombre argentino, el “cuarto elemento” síntesis de naturaleza e inteligencia. Falta poco: el parto ya termina y nace la auténtica nacionalidad, pues:

Lo que la República Argentina necesita antes de todo, lo que Rosas no le dará jamás, porque ya no le es dado darle, es que la vida, la propiedad de los hombres, no está pendiente de una palabra indiscretamente pronunciada, de un capricho del que manda. Dadas estas dos bases, seguridad de la vida y de la propiedad,

<sup>50</sup> SARMIENTO, Domingo F., *Facundo*, cit., ps. 108/109.

<sup>51</sup> SARMIENTO, Domingo F., *Facundo*, cit., ps. 230/231.

la forma de gobierno, la organización política del Estado, la dará el tiempo, los acontecimientos, las circunstancias. Apenas hay un pueblo en América que tenga menos fe que el argentino en un pacto escrito, en una Constitución. Las ilusiones han pasado ya; la constitución de la República se hará sin sentir, de sí misma, sin que nadie se la haya propuesto. Unitaria, federal, mixta, ella ha de salir de los hechos consumados<sup>52</sup>.

Y en esto también Facundo Quiroga tiene algo que mostrarnos. También es, en sus últimos días, un símbolo de este nuevo argentino, de este gaucho devenido ciudadano. Es el ex montonero que todavía viste poncho, pero que habla de Constitución, se proclama unitario y reivindica a sus viejos enemigos, Rivadavia y Lavalle<sup>53</sup>.

## V. PALABRAS FINALES

En las páginas anteriores he intentado mostrar cómo la idea de “nación” que subtiende todo el *Facundo* está proyectada al futuro. Para Sarmiento —al menos en *Civilización y barbarie*— la argentinidad propiamente dicha *está próxima a nacer* y será la resultante final de las luchas desatadas por la revolución y la guerra civil: la transmutación o sublimación de los caracteres naturales del hombre americano bajo formas civilizadas. Así, la nacionalidad no es otra cosa que el modo argentino de la civilización, la síntesis de lo particular y lo universal<sup>54</sup>.

Como escribe Luis J. Guerrero:

Quedamos, pues, en que la formación de la nacionalidad argentina, que en lejanía se nos presenta como el cumplimiento de un mandato providencial, es, ante todo, una tarea de superación dialéctica de las circunstancias, en la acción de todos los días y de todos los años, viviendo entre las cosas pequeñas y muriendo por las causas grandes. O, como dice Sarmiento en el *Facundo*: ‘La Providencia realiza las grandes cosas por medios insignificantes e impercibibles, y la unidad

<sup>52</sup> SARMIENTO, Domingo F., *Facundo*, cit., p. 238.

<sup>53</sup> SARMIENTO, Domingo F., *Facundo*, cit., ps. 183 y ss.

<sup>54</sup> Como aclara F. Weinberg: “La simpatía que despertaban en Sarmiento los aportes culturales y socioeconómicos de Europa Occidental y de Estados Unidos no significaba una actitud de satelismo consciente —como alguna vez se ha insinuado—, sino una exteriorización de su apertura a los tiempos modernos que aquellos países simbolizaban. No fue nunca un ciego seguidor de ajenos modelos, como lo demuestran sus severas y públicas críticas a errores, lacras y carencias de aquellas sociedades. Y todo esto lo dijo y lo escribió pensando en nuestro país, en la necesidad de conformarlo a la medida de las exigencias nacionales de la época pero sin las sombras e insuficiencias advertidas en otros horizontes” (WEINBERG, Félix, *Las ideas...*, cit., ps. 18/19).



bárbara de la República va a iniciarse a causa de que un gaucho malo ha andado de provincia en provincia levantando tapias y dando puñaladas?

Por consiguiente, la Nación Argentina no se logrará plenamente mediante un acto de voluntad política, ni se agotará en un sentimiento histórico. Tiene que ser la obra perdurable y contradictoria —por eso dialéctica— del destino, ciego en sus fatalidades, vidente en sus perspectivas. Obra de previsión que gobierna a la acción<sup>55</sup>.

Puede sorprender que un romántico como Sarmiento proyecte su idea de nación al futuro en vez de buscarla en el fondo de la historia, en el pasado. Esto puede deberse, entre otras cosas, a que —como postula la hipótesis de Luis J. Guerrero— el *Facundo* no es una obra más dentro del romanticismo argentino, sino una síntesis magistral de las vertientes filosóficas que se sucedieron en el Plata desde 1810 hasta 1845: iluminismo y romanticismo. En este sentido, la idea de nación *por advenir y construir* (y no meramente *por descubrir o por re-construir*) daría cuenta del momento racionalista ilustrado de la obra. Sin embargo, considero que este aspecto proyectivo del libro no resulta incompatible con el único romanticismo posible accesible a su generación: ¿Cómo buscar en el pasado un sentido de nación en un país que aún no tenía historia? Sarmiento delinea una idea de nación a partir de los pocos hechos con que se podía contar: la Revolución de Mayo, la fracasada experiencia rivadaviana y el triunfo provisorio (no podía ser de otra manera) de la tiranía rosista. Con estos elementos no había otra salida que proyectarse al futuro; de otra manera, nuestros románticos hubieran debido caer, paradójicamente, en la negación misma de la nacionalidad y la consiguiente reivindicación del orden colonial previo a la Revolución. Quiero decir: si Sarmiento no busca en el pasado histórico la “esencia” de la nacionalidad —y en cambio la proyecta al futuro— es porque la historia misma está ausente; también ella se halla adelante y no atrás.

En efecto, si las apreciaciones desarrolladas en este breve *paper* son correctas, la realidad social que Sarmiento categoriza como “barbarie” (la campaña pastora que conserva intactas sus formas desde los tiempos coloniales) viene a ser el no-tiempo, la no-historia, una suerte de presente eterno sin pasado ni futuro. Son los ruidos de la revolución urbana contra la metrópoli los que despiertan a esa “tercera entidad dormida” introduciéndola a su disgusto en las convulsiones de la historia, del cambio y del devenir. La lucha entre civilización y barbarie no pone solamente frente a frente a dos opuestas realidades geográficas (la campaña pastora y la ciudad); pone frente a frente, ante todo, a dos temporalidades, la medieval y

<sup>55</sup> GUERRERO, Luis J., *Tres temas...*, cit., ps. 62/63.

la moderna. Por esto es que Sarmiento puede ver (o cree ver) en las luchas civiles de su tiempo el principiar de la historia de un pueblo, su entrada en el mundo y sus primeros pasos como nación en proceso de formación<sup>56</sup>.

Subyace a todo esto una cierta filosofía de la historia que encontramos sintéticamente explícita en *Viajes*, texto escrito apenas un par de años después que el *Facundo*. Allí dice Sarmiento:

Desde que haya una escuela en una villa, una prensa en una ciudad, un buque en el mar y un hospicio para enfermos, la democracia y la igualdad comenzarán a existir. El resultado de todo esto es que la masa en elaboración es inmensa, que *no hay naciones o pueblos propiamente dichos* y que la libertad individual está en cada punto del globo apoyada por la humanidad civilizada entera; y cuando hubiese un pueblo que se inclinase a entrar en el ciclo fatal del despotismo que se les asigna, el espectáculo, la influencia de cien otros que entran en el período de libertad lo retendrán en la fatal pendiente. *El primer período del ciclo fue la antropofagia. ¿Qué pueblo ha vuelto a recorrerlo una vez salido de él? El último es la democracia*<sup>57</sup>.

Y más adelante, hablando de Fourier, agrega:

Las sociedades modernas tienden a la igualdad; no hay ya castas privilegiadas y ociosas; la educación que completa al hombre, se da oficialmente a todos sin distinción, la industria crea necesidades y la ciencia abre nuevos caminos de satisfacerlas, hay ya pueblos en que todos los hombres tienen derecho de gobernar por el sufragio universal; la grande mayoría de las naciones padece; las tradiciones se debilitan, y un momento ha de llegar en que esas masas que hoy se sublevan por pan, pidan a los parlamentos que discuten las horas que deben trabajar, una parte de las utilidades que su sudor da a los capitalistas. Entonces la política, la constitución, la forma de gobierno, quedarán reducidas a esta simple cuestión: ¿Cómo han de entenderse los hombres iguales entre sí, para proveer a

<sup>56</sup> Explica Weinberg: "...para Sarmiento la feudalidad que vivía en las entrañas del país y todo lo que ella implicaba, estaban históricamente condenadas a ser superadas por la entonces incipiente burguesía argentina. Suponer otra cosa hubiera equivalido a mitificar el superviviente pasado colonial con una aureola de brillos y virtudes inexistentes a esa altura de los tiempos". Y agrega: "Digamos de paso que el antiespañolismo de Sarmiento, desde esta perspectiva, fue también una clara y coherente expresión de sus ideas sociales. Rechazó tenazmente las tradiciones hispanas por cuanto correspondían a una etapa virtualmente superada, estática, agobiante y vacía de modernidad, pues España, a su entender, quedó detenida, petrificada, en el siglo XVI. La inserción del país en la plenitud del siglo XIX, como proponía Sarmiento, significaba pues no sólo ruptura con la vieja España, sino también —y esto no es poco— consolidación de la joven nacionalidad argentina" (WEINBERG, Félix, *Las ideas...*, cit., ps. 16/17).

<sup>57</sup> SARMIENTO, Domingo F., *Viajes*, en las páginas seleccionadas por ROJAS, Ricardo en *El pensamiento vivo de Sarmiento*, Losada, Buenos Aires, 1983, p. 39.

su subsistencia presente y futura, dando su parte al capital puesto en actividad, a la inteligencia que lo dirige y hace producir, y al trabajo manual de los millares de hombres que hoy emplea, dándoles apenas con qué no morir, y a veces mándolos en ellos mismos, en sus familias y en su prole? Cuando esta cuestión que viene de todas partes, de Manchester como de Lyon, encuentre solución, el fourierismo se encontrará sobre la carpeta de la política y de la legislación, porque ésta es la cuestión que él se propone resolver.

Y luego, ¿por qué la libertad ha de ser indiferente, aun para la realización misma del descubrimiento social? *¿Por qué la república, en que los intereses populares tienen tanto predominio, no ha de apetecerse, no ha de solicitarse, aunque no sea más que un paso dado hacia el fin, una preparación del medio ambiente de la sociedad para hacerla pasar del estado de civilización al de garantismo, y de ahí al de armonía perfecta?*<sup>58</sup>.

Estos párrafos de *Viajes* son sumamente esclarecedores de la filosofía de la historia que subyace en el pensamiento social de Sarmiento. De ellos se desprende que “no hay pueblos propiamente dichos”, es decir que las naciones no constituyen un dato primordial, perenne, a-temporal<sup>59</sup>, sino que son un producto histórico en constante devenir e interacción recíproca, un producto en transformación constante por la dialéctica entre lo universal y lo particular. Y la “entrada” en la civilización de un pueblo no constituye sino un paso fundamental (un primer paso) en el derrotero de la humanidad<sup>60</sup>. Y ese primer paso es lo que Sarmiento describe ma-

<sup>58</sup> ROJAS, Ricardo, *El pensamiento...*, cit., ps. 48/49.

<sup>59</sup> En la terminología de Jaffrelot, Sarmiento no sería un “primordialista” (no ve a la nación como un “dato”), sino un “construccionista” (JAFFRELOT, Ch., “Los modelos explicativos del origen de las naciones y del nacionalismo. Revisión crítica”, en DELANNOI, G. - TAGUIEFF, P. (comps.), *Teorías del nacionalismo*, Paidós, Barcelona, 1993, cap. 6), aunque seguramente —por el papel que juegan los factores naturales— con algunos matices y atenuaciones.

<sup>60</sup> Las categorías de “civilización” y “barbarie” no son originales de Sarmiento (en todo caso, lo original radica en el uso que de ellas hace); son tomadas por él de la antropología de la época y, como se vio, de la historiografía francesa. Pero las categorías de “garantismo” y “armonía” social parecen provenir de la literatura social y política socialista pre-marxista (que aparezcan precisamente en un párrafo dedicado a Fourier no es una casualidad). Resulta interesante la sutil e implícita diferencia entre “república” y “democracia”: la primera parece coincidir con el estadio de civilización, mientras la segunda, en tanto último período del ciclo histórico, coincidiría con el “garantismo social” o con la “armonía perfecta”. Es decir, acá parece Sarmiento estar pensando “democracia” en un sentido no meramente formal sino sustancial, como justicia o igualdad social. Sin embargo, conviene tener presente la aclaración que hace Paul Verdevoye: “...¿en qué consiste el socialismo de Sarmiento? La fórmula que dio en 1842, sirve todavía en 1850: ‘...la necesidad de hacer concurrir la ciencia, el arte y la política al único fin de mejorar la suerte de los pueblos’ (*El Mercurio*, 28 de julio; I, 309). Sabido es que el *Dogma socialista* de Echeverría no es un

gistralmente en *Facundo*: la lucha de un pueblo por “entrar” en el estadio de civilización, es decir, por iniciar el camino de la historia, es decir, por nacer como nación.

En este breve trabajo, que no tiene más pretensiones que ser un avance exploratorio sobre el tema, he intentado mostrar que la lucha entre civilización y barbarie descrita en el *Facundo* no significa para Sarmiento un simple desplazamiento (o aniquilación) de los caracteres naturales americanos, sino más bien su transmutación o sublimación bajo formas socialmente positivas. La nacionalidad será esa domesticación y adaptación bajo formas civilizadas de nuestras peculiaridades naturales (entiéndase por ellas los rasgos que nuestra geografía nos ha impuesto). Y, de este modo, para Sarmiento, la nacionalidad no puede más que presentarse como proyecto y como futuro. Para sostener esta posición he tratado de mostrar la continuidad lógica que se da entre la Primera Parte del *Facundo* (especialmente el capítulo titulado “Revolución de 1810”) y la Tercera Parte (“Gobierno unitario” y “Presente y porvenir”). Sólo resta hacer una simple apreciación de carácter erudito: ¿Por qué esa Tercera Parte, siendo tan importante para el sentido total del libro, ha sido suprimida con el consentimiento del propio Sarmiento en las ediciones de 1851 y de 1868? ¿Y por qué ha sido re-introducida, también por el propio Sarmiento, en la edición de 1874?

La respuesta la encuentra Palcos<sup>61</sup>: la mutilación del libro obedece a la coyuntura política de sendos momentos. En el primer caso, era inminente el fin del rosismo, se venían nuevos tiempos y no parecía acertado mantener el duro lenguaje de otras épocas y la fe en el destino unitario de la Argentina. El lugar del programa político contenido en la Tercera Parte será ocupado por otro libro aparentemente autónomo, distinto y pro-federativo, *Argirópolis*, obra de 1850. En el caso de la edición de 1868, la razón parece obvia: Sarmiento ya es candidato a la Presidencia de la República y no resulta oportuno revivir viejos enconos. Cuando Sarmiento termina

---

dogma socialista, en el sentido francés del adjetivo, sino un conjunto de fórmulas, ‘palabras simbólicas’, cuya aplicación debía, según su autor, facilitar el desarrollo social de Argentina conforme al espíritu de la Revolución de Mayo. Y ésta se hizo en 1810. Según Sarmiento, era la única necesaria, la única auténtica, americana. No ha terminado en 1850. Hasta se puede decir que perdió terreno en la mayor parte de los países, menos en Chile. Por ese motivo, Sarmiento ya no se dice socialista después de la Revolución Francesa de 1848. Su socialismo es americano, y no tiene exactamente la misma significación que el europeo. En todo caso, él no es revolucionario, es evolucionista” (VERDEVOYE, P., *Domingo F. Sarmiento. Educar y escribir opinando (1839-1852)*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1988, p. 317). En el mismo sentido, WEINBERG, F., *Las ideas...*, cit., ps. 14/15.

<sup>61</sup> PALCOS, Alberto, *El Facundo*, cit., ps. 46 y ss.

su mandato presidencial, sin embargo, supervisa una nueva edición (la de 1874) e incluye nuevamente —ya de manera definitiva— la Tercera Parte para que el lector pudiera cotejarla con su obra de gobierno ya realizada.



## UN PANORAMA ACTUAL DE LA DISCUSIÓN EN TORNO AL LEVIATÁN DE THOMAS HOBBS

### El origen del Estado absoluto

SILVIA C. GABRIEL \*

**Resumen:** Nos proponemos en este trabajo ofrecer un panorama actual de la discusión en torno a la teoría política diseñada por Hobbes en el *Leviatán. De la materia, forma y potencia del Estado cristiano y civil*. Para ello, nos abocaremos, en primer lugar, a establecer los contrastes más destacados entre el programa de Hobbes y los planteos políticos de los pensadores “clásicos”, en particular, Aristóteles. Seguidamente, haremos un breve esbozo de la antropología hobbessiana a modo de antesala de su concepción de la libertad e igualdad naturales propias del “estado de naturaleza” y de las causas específicas de la “guerra de todos contra todos”. Intentaremos dilucidar a continuación el carácter “histórico” o “ficcional” del “estado de naturaleza” cuya belicosidad desemboca en el “pacto social”, instrumento ligado a la teoría moderna de la “representación” en la que también incursionaremos. Previo pasar revista a los atributos fundamentales de la soberanía hobbessiana, concluiremos este trabajo interrogándonos acerca de los fundamentos que recibe el “castigo” en la economía del *Leviatán*. Las conclusiones las expondremos en el apart. XI.

**Abstract:** The purpose of this paper is to offer an updated view on the discussion around the political theory developed by Hobbes in his work *Leviathan, The Matter, Forme and Power of a Common Wealth Ecclesiasticall and Civil*. To achieve this, we will first focus on the most outstanding differences between the program in Hobbes and the political thoughts of “classical” thinkers, espe-

\* Abogada (UBA). Licenciada en Filosofía (UBA). Profesora adjunta regular de Teoría del Estado, UBA. Agradezco muy especialmente al Prof. Dr. Daniel Brauer la lectura detenida del trabajo, agradecimiento que hago extensivo a los miembros del Consejo de Redacción de *Lecciones y Ensayos*, María Cecilia Garibotti y Carlos Adrián Garaventa, quienes con sus valiosas sugerencias han colaborado a mejorarlo.

cially Aristotle. Then, we will make a brief summary of Hobbesian anthropology as an introduction to his conception of natural liberty and equality of the “state of nature” and the specific causes of the “war of all against all”. We will try to elucidate the “historical” or “fictional” character of the state of nature, whose aggressiveness results in the “social contract,” an instrument related to the modern theory of “representation,” which we will also discuss. Before analyzing the main attributes in the Hobbesian sovereignty, we will delve into the foundations of “punishment” in the Leviathan’s economy (section X). The conclusion will be exposed in section XI.

**Palabras clave:** Leviatán - Hobbes - Estado de naturaleza - Guerra de todos contra todos - Pacto social - Castigo - Estado absoluto.

**Keywords:** Leviathan - Hobbes - State of nature - War of all against all - Social contract - Punishment - Absolute State.

## I. INTRODUCCIÓN

Hay consenso en que la filosofía política moderna comienza con las reflexiones presentadas por Nicolás Maquiavelo (1469-1527) al comienzo de los *Discursos*<sup>1</sup> como a lo largo de *El príncipe*<sup>2</sup>. Sin embargo, también hay quienes sostienen que estas reflexiones en torno al poder no llegan a constituir una teoría del Estado. Fue Thomas Hobbes (1588-1679) quien habría abierto un panorama completamente nuevo frente a los antiguos y medievales en cuanto a sus planteos en torno al Estado.

En este trabajo nos proponemos, en primer lugar, abocarnos a establecer los contrastes más destacados entre el programa que Hobbes presenta fundamentalmente en el *Leviatán. De la materia, forma y potencia del Estado cristiano y civil* y los planteos políticos de los pensadores “clásicos”, en particular, Aristóteles (apartado II). Seguidamente, haremos un breve esbozo de la antropología propuesta por Hobbes (apartado III) a modo de antesala de su concepción de la libertad e igualdad naturales propias del “estado de naturaleza” y las causas específicas de la “guerra de todos contra todos” (apartados IV y V, respectivamente). Intentaremos dilucidar a continuación el carácter histórico o “ficcional” del “estado de naturaleza” (apartado VI) cuya belicosidad desemboca en el “pacto social”

<sup>1</sup> Nos referimos en particular a los *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*, trad. de Ana Martínez Arancón, Alianza, Madrid, 1996.

<sup>2</sup> MAQUIAVELO, Nicolás, *El príncipe*, trad. de Antonio Gómez Robledo, Porrúa, México DF, 2003.



(apartado VII), instrumento ligado a la teoría moderna de la “representación” (apartado VIII). Previo pasar revista a los atributos fundamentales de la soberanía hobbesiana (apartado IX), concluiremos este trabajo interrogándonos acerca de los fundamentos que recibe el “castigo” en la economía del *Leviatán* (apartado X).

## II. ALGUNOS CONTRASTES ENTRE LA FILOSOFÍA POLÍTICA “CLÁSICA” Y EL PLANTEO MODERNO DE HOBBS

Sabemos que para el pensamiento filosófico clásico, en particular para Aristóteles, hay un claro primado de la *teoría* (*theoría*) sobre la *práctica* (*praxis*). Al no ser considerado el hombre el ser supremo de la naturaleza, éste recién alcanza la *eternidad* y la *felicidad perfecta* gracias a la *actitud contemplativa*. Afirma Aristóteles en su *Ética nicomaquea*:

Sería absurdo considerar la política o la prudencia como lo más excelente, si el hombre no es lo mejor del cosmos<sup>3</sup>.

Y hacia el final de la obra añade:

Si la felicidad es una actividad de acuerdo con la virtud, es razonable [que sea una actividad] de acuerdo con la virtud más excelsa, y ésta será una actividad de la mejor parte del hombre. Ya sea, pues, el *intelecto* ya otra cosa lo que, por naturaleza, parece mandar y dirigir y poseer el conocimiento de los objetos nobles y divinos, siendo esto mismo divino o la parte más divina que hay en nosotros, su actividad de acuerdo con la virtud propia será la felicidad perfecta. Y esta actividad es *contemplativa*...<sup>4</sup>.

En claro contraste con Aristóteles, Leo Strauss sostiene que “Cuando Hobbes desarrolla su propia concepción coherentemente, subordina de modo ostensible la teoría a la práctica”<sup>5</sup>. La justificación de esta inversión puede visualizarse en la “Introducción” del *Leviatán* de Hobbes cuando afirma que “la obra más racional y excelente de la Naturaleza (...) es el *hombre*”<sup>6</sup>.

Ahora bien, si dejamos a un lado este cambio en el orden jerárquico entre contemplación y *praxis*, ¿qué distinciones y articulaciones proponen

<sup>3</sup> ARISTÓTELES, *Ética nicomaquea*, trad. de Julio Pallí Bonet, Gredos, Madrid, 1993, 1141a 23, p. 276.

<sup>4</sup> ARISTÓTELES, *Ética...*, cit., 1177a 13-18, p. 395. (El resaltado es nuestro).

<sup>5</sup> STRAUSS, Leo, *La filosofía política de Hobbes. Su fundamento y su génesis*, trad. de Silvana Carozzi, FCE, Buenos Aires, 2006, p. 62.

<sup>6</sup> HOBBS, Thomas, *Leviatán*, trad. de Antonio Escohotado, La Página-Losada, Buenos Aires, 2003, p. 35. (El resaltado es del autor).

Aristóteles y Hobbes al interior de la vida práctica? En este punto los estudios de Hannah Arendt resultan esclarecedores<sup>7</sup>. Con la expresión *vida activa* Arendt se propone designar tres órdenes de actividades dentro de la vida práctica: 1) la acción y el discurso, 2) el trabajo y 3) la labor. Mientras 1) la acción (*praxis*) y el discurso (*lexis*) son las dos únicas actividades propiamente políticas presentes en las comunidades humanas, 2) el trabajo proporciona un “artificial” mundo de cosas que concede permanencia y durabilidad a la futilidad de la vida. Por último, 3) la labor es la actividad correspondiente al proceso biológico del cuerpo humano ligada a las necesidades vitales, que asegura la supervivencia individual y de la especie.

Por un lado, al interior de la vida práctica Aristóteles prioriza la *vida política* caracterizada por la acción y el discurso cuyo marco es el “espacio público” que abre la *polis*. Es en este espacio público donde el ciudadano griego adquiere las virtudes o excelencias (*aretai*), en particular, la *phrónesis* o sabiduría práctica que abarca claramente la elección de los *medios* y para muchos intérpretes también la elección de los *fines* de la acción<sup>8</sup>. ¿A qué obedece esta preeminencia? Arendt piensa que sólo gracias a la acción y el discurso ejercidos en el contexto de la *polis*, el hombre podía

<sup>7</sup> Conf. ARENDT, Hannah, *La condición humana*, trad. de Ramón Gil Novales, Paidós, Barcelona, 1993.

<sup>8</sup> Es aún materia de controversia si la *phrónesis* de Aristóteles recae sólo sobre los *medios* o sobre los *medios* y los *fines*. Podrían distinguirse cuatro posiciones al respecto: 1) aquellos autores, como Joseph Moreau, que sostienen que la deliberación que involucra la *phrónesis* recae sólo sobre los *medios* porque los *fines*, o bien los pone la naturaleza, o bien son puestos por las virtudes éticas; 2) aquellos intérpretes, como Wiggins y Osvaldo Guariglia, para quienes los *medios* no son distintos de los *fines*, sino que son parte del fin, que está en sí pre-dado, y están al alcance de nosotros; 3) pensadores como Emilio Lledó para quienes el dinamismo propio de los *fines* hace que la elección del medio “cree” o “produzca” el fin; y 4) quienes, como Hans-Georg Gadamer, conjugan de manera original las interpretaciones 2) y 3) al sostener que la *phrónesis* abarcaría tanto los *medios* como los *fines*. Pero a diferencia de Wiggins-Guariglia, los *fines* no estarían pre-dados en sí mismos antes de la deliberación, y a diferencia de Lledó, la deliberación sobre los *medios* no tendría idoneidad para “crear” sin más los *fines*. Habría imágenes directrices que sirven de guía sobre lo que “debe ser” que no determinan integralmente los *fines* con independencia de la situación particular del que actúa. Los *medios* de que disponemos en cada caso completan, colman, perfeccionan esas imágenes o esquemas de corrección a tal punto que con la elección de los *medios* se concreta la corrección moral del fin al que el medio sirve. Conf. MOREAU, Joseph, *Aristóteles y su escuela*, trad. de Marino Ayerra, Eudeba, Buenos Aires, 1993, ps. 193/217; GUARIGLIA, Osvaldo, *Ética y Política según Aristóteles*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1992, ps. 38/60 y 125/134; LLEDÓ, Emilio, “Aristóteles y la ética de la *polis*”, en CAMPS, Victoria (ed.), *Historia de la ética*, Crítica, Barcelona, ps. 136/207; GADAMER, Hans-Georg, “La actualidad hermenéutica de Aristóteles”, en *Verdad y método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, trad. de Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito, Sígueme, Salamanca, 1991, ps. 383/396.

ganar su “inmortalidad mundana” siempre que tuviera la oportunidad “de que un hecho merecedor de fama no se olvidara”<sup>9</sup>. Por debajo de la vida política estaría la actividad meramente instrumental propia del *homo faber*: el *trabajo* del artesano libre y también del mercader que “proporciona un ‘artificial’ mundo de cosas, claramente distintas de todas las circunstancias naturales”<sup>10</sup>. Por último, nos topáramos con aquella actividad ligada al proceso biológico del cuerpo humano característica del *animal laborans*: la *labor*, hundida al bajo nivel de una actividad sujeta a las exigencias de la pura vida terrena, exclusiva de los esclavos y los siervos de la necesidad.

Por otro lado, la modernidad en general, y Hobbes en particular, habría trastocado esta jerarquía aristotélica en el interior de la *vita activa*. En un primer momento, el vértice superior estaría encarnado en el paradigma del *trabajo* asociado a la artificialidad e industriosisidad instrumentales del *homo faber*. La artificialidad es encumbrada en las primeras oraciones de la “Introducción” del *Leviatán* en los siguientes términos: “La Naturaleza (...) es imitada por el *Arte* del hombre en muchas cosas y, entre otra, en la producción de un animal artificial (...) ese gran Leviatán que se llama una república o Estado (*Civitas* en latín), y que no es sino un hombre artificial”<sup>11</sup>. En contraste con la *phrónesis* aristotélica, el carácter netamente instrumental que adquiere la razón es asimismo defendido por Hobbes cuando advierte que “en cualquier materia donde haya lugar para una *adición* y *sustracción*, hay lugar también para la *razón*, y donde esas operaciones no tienen lugar nada en absoluto puede la razón (...) Pues la *razón*, en este sentido, no es sino *cálculo* (esto es, adición y sustracción)”<sup>12</sup>. Esta estima del *homo faber* desencadenaría la elevación del *animal laborans* al más alto puesto en el orden jerárquico de la *vita activa*. La *labor*, en efecto, habría dominado sobre las demás consideraciones. Una vez elevada la vida humana a la posición de inmortalidad, cristianismo mediante, la conservación a cualquier precio de la vida terrena habría devenido un deber sagrado ya que ella sería la puerta de acceso a la vida eterna. De aquí, según Arendt, la victoria final del *animal laborans* cuya contracara sería el naufragio de la vida política, antes garante de la ahora superflua “inmortalidad mundana”. De este triunfo también da cuenta el *Leviatán* al definir la ley de naturaleza como aquella que “le prohíbe al hombre hacer aquello que sea destructivo

<sup>9</sup> ARENDT, Hannah, *La condición humana*, cit., p. 220.

<sup>10</sup> ARENDT, Hannah, *La condición humana*, cit., p. 21.

<sup>11</sup> HOBBS, Thomas, *Leviatán*, cit. (El resaltado es del autor).

<sup>12</sup> HOBBS, Thomas, *Leviatán*, cit., p. 63.

para su vida, o que le *arrebate* los medios de *preservar* la misma, y omitir aquello con lo que cree puede mejor preservarla”<sup>13</sup>.

En suma: en Hobbes la artificialidad del *homo faber* y la laboriosidad del *animal laborans* se unen hasta conformar una ecuación a la que queda supeditada la vida política desde que la “construcción” del Estado o Leviatán tiene por objeto evitar el “miedo continuo, y [el] peligro de muerte violenta; (...) [la] vida solitaria, pobre, desagradable, brutal y corta”<sup>14</sup>.

Este “artificialismo político” garante de la vida biológica se opone, como advierte Dotti, a la “naturalidad de lo político” o “politicidad natural” de los clásicos, defensores de un nexo inmediato entre naturaleza y política<sup>15</sup>. De ello da cuenta nuevamente Aristóteles en su *Política*, al decir que “la ciudad es una de las cosas naturales, y (...) el hombre es por naturaleza un animal social, y (...) el insocial por naturaleza y no por azar es un ser inferior o un ser superior al hombre”<sup>16</sup>. Si el hombre es por naturaleza un *zôon politikôn* (un “animal social” o un “animal político” de acuerdo con la traducción que adoptemos), no es necesario el concurso de la voluntad humana para la conformación de la *polis*, ya que “por naturaleza, pues, la ciudad es anterior (...) a cada uno de nosotros”<sup>17</sup>. Y esto nuevamente en claro contraste con el modernismo de Hobbes, para quien la “construcción” del Leviatán depende de “los poderes de la mayoría de los hombres unificados por el *consentimiento* en una persona, natural o civil, de cuya voluntad depende el uso de todos esos poderes, tal como acontece con el poder de una República”<sup>18</sup>.

Un corolario importante de la primacía de la vida política dentro de la *vita activa* y de la politicidad natural postuladas por los clásicos es, como advierte Arendt, el siguiente:

En el sentimiento antiguo, el rasgo privativo de lo privado, indicado en el propio mundo, era muy importante; literalmente significaba el estado de hallarse desprovisto de algo, incluso de las más elevadas y humanas capacidades. Un hombre que sólo viviera su vida privada, a quien, al igual que al esclavo, no se le

<sup>13</sup> HOBBS, Thomas, *Leviatán*, cit., p. 130. (El resaltado es del autor).

<sup>14</sup> HOBBS, Thomas, *Leviatán*, cit., p. 127.

<sup>15</sup> Conf. DOTTI, Jorge E., “Pensamiento político moderno”, en DE OLASO, E. (editor), *Del Renacimiento a la Ilustración I (Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía VI)*, Trotta, Madrid, 1994, ps. 53/76.

<sup>16</sup> ARISTÓTELES, *Política*, trad. de J. Palli Bonet, Bruguera, Barcelona, 1981, 1253a 1-4, p. 58.

<sup>17</sup> ARISTÓTELES, *Política*, cit., 1253a 19-21.

<sup>18</sup> HOBBS, Thomas, *Leviatán*, cit., p. 95.

permitiera entrar en la esfera pública, o que, a semejanza del bárbaro, no hubiera elegido establecer tal esfera, no era plenamente humano<sup>19</sup>.

En contraposición con esta visión clásica, los modernos en general y Hobbes en particular, dejarán de pensar primordialmente en “privación” cuando hablan de “privado” al punto de ceder el “espacio público” al soberano. Y a la vez, proponer la reclusión del ciudadano-súbdito a aquel espacio donde se encuentra “privado” de los demás. A esto obedece la emergencia de la teoría moderna de la “representación” que en el capítulo XVII del *Leviatán* Hobbes traza en estos términos:

El único modo de erigir un poder común capaz de defenderlos (sc. a los hombres) de la invasión extranjera y las injurias de unos a otros (...) es conferir todo su poder y fuerza a un hombre, o una asamblea de hombres, que pueda reducir todas sus voluntades, por pluralidad de voces, a una voluntad. Lo cual equivale a elegir a un hombre, o asamblea de hombres, que *represente* su persona; y cada uno poseer y reconocerse a sí mismo como *autor* de aquello que pueda hacer o provocar quien así *representa* a su persona<sup>20</sup>.

Precisamente esta cesión del “espacio público” al “representante” soberano hace concluir a Jorge Martínez que si bien el conocido “organicismo” aristotélico —según el cual, dicho sucintamente, la pertenencia a la vida apolítica, política o contemplativa está dada “por naturaleza”— puede ser acusado de discriminatorio y elitista, el ciudadano moderno “que se hace representar para que otro actúe por él (...) corre el riesgo de no ser más que un consumidor o un usuario, ignorante de aquellas acciones por las cuales valdría la pena ser un ciudadano en el sentido principal del término”<sup>21</sup>.

Frente, entonces, a los “lugares naturales” supuestos por la estratificación organicista de los clásicos, la teoría moderna de la representación se vincula en Hobbes al “individualismo”, aliado histórico del pensamiento democrático-liberal inglés, aunque —como advierte con acierto Macpherson— difícilmente puedan calificarse las conclusiones de Hobbes de liberales<sup>22</sup>. Ello no obsta, sin embargo, a que si bien Hobbes fue políticamente conservador, no fue un anticipador —como sostiene Norberto Bobbio— del estado totalitario, ya que tuvo una visión más bien “me-

<sup>19</sup> ARENDT, Hannah, *La condición humana*, cit., p. 49.

<sup>20</sup> HOBBS, Thomas, *Leviatán*, cit., p. 164. (El resaltado es nuestro).

<sup>21</sup> MARTÍNEZ, Jorge, “¿Ciudadanos de segunda clase? Aristóteles y el problema de la democracia”, en *Revista Philosophica*, nro. 22-23, Instituto de Filosofía de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 1999-2000, ps. 9/22, p. 22.

<sup>22</sup> Conf. MACPHERSON, C. B., “Introducción”, en *La teoría política del individualismo posesivo. De Hobbes a Locke*, trad. J. R. Capella, Fontanella, Barcelona, 1970.

canicista” del Estado. En efecto, esta “teoría política del individualismo posesivo” —título del citado libro que Macpherson dedica a Hobbes— adopta una postura antiorganicista defensora, por un lado, de la “libertad” e “igualdad” naturales de los seres humanos. “Libertad” que en tanto derecho natural “subjetivo” opera como origen de la ley natural “objetiva” —como explica Strauss— nuevamente en clara oposición a los clásicos, para quienes el origen radica en el *ethos* entendido como norma natural, ley o derecho de la *polis*<sup>23</sup>. Por otro lado, frente al “teleologismo” de los clásicos que prioriza la “causa final” (la *eudaimonía* o felicidad)<sup>24</sup>, Hobbes elimina la pregunta por la finalidad del Estado, que da por presupuesta (la paz), y enaltece —como anticipara Bobbio— el “mecanicismo” ligado históricamente a la “causa eficiente” asentada sobre los nuevos conocimientos científicos aportados por Copérnico, Kepler, Galileo y Harvey<sup>25</sup>.

Como sugiere Tönnies, este “mecanicismo eficientista” lleva a Hobbes a extender la explicación matemática y física de los fenómenos naturales al dominio de las humanidades, en particular, al campo de la psicología, la ética y la política, con la pretensión de hacer de esta última una ciencia política exacta. Strauss lo ilustra en estos términos:

De acuerdo con la propia perspectiva de Hobbes, la aplicación del método matemático a la filosofía política significa que la política es ahora por primera vez elevada al rango de ciencia, una rama del conocimiento racional (...) La única ciencia completamente desapasionada, puramente racional, y por tanto la única ciencia ya existente, es la matemática; por eso, sólo orientándose como los matemáticos, es decir, avanzando como los matemáticos a partir de principios autoevidentes por medio de conclusiones evidentes, puede ser reducida la política “a las reglas y la infalibilidad de la razón”. La filosofía política debe ser tan exacta y precisa como la ciencia de las líneas y figuras<sup>26</sup>.

<sup>23</sup> Dice Strauss citando a Ernest Barker: “Mientras que el pensamiento moderno parte de los derechos del individuo y concibe que el Estado existe para asegurar las condiciones de su desarrollo, el pensamiento griego parte del derecho del Estado (...) La filosofía política clásica y la moderna se distinguen fundamentalmente en que la segunda toma al ‘derecho’ como su punto de partida, mientras la filosofía política clásica toma la ‘ley’” (STRAUSS, Leo, *La filosofía...*, cit., p. 211).

<sup>24</sup> Esta estimación de la causa final surge de las primeras líneas del Libro I de la *Ética nicomaquea*, cuando Aristóteles afirma que “todo arte y toda investigación e, igualmente, toda acción y libre elección parecen tender a algún bien; por esto se ha manifestado, con razón, que el bien es aquello hacia lo que todas las cosas tienden” (ARISTÓTELES, *Ética...*, cit., 1094 a, 1-4, p. 129).

<sup>25</sup> Conf. TÖNNIES, Fernando, *Vida y doctrina de Tomás Hobbes*, trad. de Eugenio Imaz, Revista de Occidente, Madrid, 1932, “Capítulo Primero: Introducción”.

<sup>26</sup> STRAUSS, Leo, *La filosofía...*, cit., ps. 188/189.

Por un lado, la cientificidad que adquiere la política se contrapone nuevamente al método que Aristóteles asignara a la ética y a la política, el método “dialéctico”, consistente básicamente en “mostrar la verdad de un modo tosco y esquemático (...) porque (...) evidentemente, tan absurdo sería aceptar que un matemático empleara la persuasión como exigir de un retórico demostraciones”<sup>27</sup>. Por otro lado, esta misma cientificidad nos situaría, como advierte Paul Ricoeur, en otro contexto, “en el camino de la idea más peligrosa de todas (...), a saber, que el orden práctico es objeto de un saber y tiene una cientificidad, comparables al saber y a la cientificidad requeridos en el orden teórico (...) que hay una ciencia de la praxis”<sup>28</sup>; pretensión de saber en el orden ético y político que resultaría ruinosa teóricamente, y peligrosa prácticamente, porque contendría *in nuce* los peores fanatismos.

### III. LA CONCEPCIÓN HOBBSIANA DEL HOMBRE COMO ENTE DE DESEOS Y DE PALABRA

En el apartado precedente recordamos que Aristóteles veía al hombre como un animal social o político, un *zôon politikôn* que, en cuanto tal, realizaría su forma o naturaleza en el marco de una *polis* gracias a participar cívica y políticamente en el *ágora*. Yves Zarka enseña que en su obra *De Cive*<sup>29</sup> Hobbes arremete contra Aristóteles al sostener que si bien el hombre tiene una disposición natural a unirse, porque la soledad perpetua le resulta penosa, “esta disposición a relacionarse no puede en modo alguno considerarse como una disposición a la sociedad política (...) De ahí la afirmación según la cual no es la naturaleza sino la educación (...) lo que hace al hombre apto para la sociedad”<sup>30</sup>.

Esta disposición natural a unirse o relacionarse se fundamenta básicamente en que Hobbes caracteriza al hombre, siguiendo la lectura semiológica que propone Zarka, como un ente de deseos y de palabra. Por un lado, el mayor deseo del hombre es el *conatus*, entendido como deseo de continuar siendo; es decir, un deseo de sí. Si esto es así, el reverso del *conatus* va a ser el temor a la muerte violenta. De aquí que el *conatus* haga, o bien que nos acerquemos a un objeto externo que contribuya a mantener

<sup>27</sup> ARISTÓTELES, *Ética...*, cit., 1094b 21-22 y 25-26, p. 131.

<sup>28</sup> RICOEUR, Paul, *Del texto a la acción. Ensayos de hermenéutica II*, trad. de Pablo Corona, FCE, Buenos Aires, 2000, ps. 230/231.

<sup>29</sup> Este texto de Hobbes ha sido traducido al español como *El ciudadano*, trad. de Joaquín Rodríguez Feo, Debate-CSIC, Madrid, 1993.

<sup>30</sup> ZARKA, Yves C., *Hobbes y el pensamiento político moderno*, trad. de Luisa Medrano, Herder, Barcelona, 1997, p. 66.



nuestro ser, o bien que nos alejemos de aquello que perjudica nuestro deseo de continuar siendo, esto es, que redunde en perjuicio de nuestra vida.

Junto a este deseo básico y fundante, el hombre tiene otro deseo de capital importancia: el *deseo de poder*, que se extiende a la humanidad entera. Hobbes es categórico al respecto al situar en el *Leviatán* “en primer lugar, como inclinación general de toda la humanidad, un deseo perpetuo e insaciable de poder tras poder, que sólo cesa con la muerte”<sup>31</sup>. Deseo inagotable de poder conforme al cual la felicidad queda definida como una búsqueda renovada de placer.

Por otro lado, también dijimos que Zarka define al hombre de Hobbes como un ente de palabra. Y Hobbes vuelve a darle la razón cuando sostiene en el *Leviatán* que “la más noble y más beneficiosa invención de todas fue el lenguaje (...) sin lo cual no habría existido entre los hombres ni república, ni sociedad, ni contrato, ni paz, ni ninguna cosa que no esté presente entre los leones, osos y lobos”<sup>32</sup>.

Ahora bien, esto abre una serie de interrogantes, a saber: ¿Qué es primero: el lenguaje o la sociedad? Si el lenguaje es una institución social, como comúnmente suele pensarse, ¿cómo puede el lenguaje ser la condición de posibilidad del Estado cuando aquél sería consecuencia de éste? Y si el lenguaje no fuera una institución social, ¿habría sociabilidad antes del pacto o convenio que, según veremos, funda el Estado civil o político? De contestarse afirmativamente, ¿no contradiría esa respuesta aquella afirmación de Hobbes a la que aludimos más arriba sobre que, previo al Estado, el hombre lleva una vida solitaria?

Estos interrogantes, además de ser plausibles en sí, creemos que sirven para ilustrar la “paradoja” en la que según Hume y Hegel caen los filósofos contractualistas<sup>33</sup>. Esta paradoja básica consiste, como enseña Dotti, en que “el contrato originario supone una serie de condiciones (...), que, de ser satisfechas, vuelven al pacto fundacional innecesario”<sup>34</sup>. Y de no ser satisfechas, el pacto fundacional se torna imposible. Podemos ilustrar esta paradoja en los siguientes términos: a) si en el estado de naturaleza el hombre tiene un lenguaje entonces ya está inserto en alguna institución, al menos en la del lenguaje de ahí que el pacto político que intenta crear

<sup>31</sup> HOBBS, Thomas, *Leviatán...*, cit., p. 106.

<sup>32</sup> HOBBS, Thomas, *Leviatán...*, cit., p. 54.

<sup>33</sup> Conf. HUME, David, “Sobre el contrato original”, en *Ensayos políticos*, Herrero Hermanos, México DF, 1965, ps. 47/68; HEGEL, Georg W.F., *Principios de la filosofía del Derecho o Derecho natural y ciencia política*, trad. de Juan Luis Vermal, Edhasa, Barcelona, 1988, §§ 71, 75 y 126, ps. 137/138, 140/141 y 189/191.

<sup>34</sup> DOTTI, Jorge E., “Pensamiento...”, cit., p. 72.



toda institución se vuelve irrelevante; y b) si en el estado de naturaleza el hombre no tiene un lenguaje instituido sino, como sostiene Zarka, se maneja con signos arbitrarios<sup>35</sup>, entonces no pertenece a ninguna institución, ni aun a la del lenguaje propiamente dicho, por lo que el pacto político se haría imposible porque, ¿en qué lenguaje se comunicarían aquellos que pactan cuando en el estado de naturaleza la arbitrariedad de los signos los vuelve equívocos y truncados?

#### IV. IGUALDAD Y LIBERTAD; DERECHO NATURAL Y OBLIGACIÓN NATURAL

En tanto entes de deseos y de palabra, anticipamos que los hombres son *iguales y libres* por naturaleza. La igualdad se desdobra en igualdad *de facto* (de hecho) e igualdad *de iure* (de derecho).

La igualdad *de facto* apunta a la igualdad en facultades o capacidades tanto corporales como mentales. Dice Hobbes en el capítulo XIII del *Leviatán*:

La naturaleza ha hecho a los hombres tan iguales en sus facultades corporales y mentales que, aunque pueda encontrarse a veces un hombre manifiestamente más fuerte de cuerpo, o más rápido de mente que otro, aun así, cuando todo se toma en cuenta en conjunto, la diferencia entre hombre y hombre no es lo bastante considerable como para que uno de ellos pueda reclamar para sí beneficio alguno que no pueda el otro pretender tanto como él. Porque en lo que toca a la fuerza corporal, aun el más débil tiene fuerza suficiente para matar al más fuerte, ya sea por maquinación o por federación con otros que se encuentran en el mismo peligro que él. Y en lo que toca a las facultades mentales (...) encuentro mayor igualdad aún entre los hombres, que en el caso de la fuerza<sup>36</sup>.

La igualdad *de iure* consiste en que todos los hombres tienen igual esperanza de alcanzar sus fines, de satisfacer sus deseos y por ello tienen *derecho ilimitado* a todo aquello que los ayude a perseverar en el ser. En efecto, Hobbes atribuye al hombre en estado natural el “derecho a todo, y a hacer cuanto considerase necesario para su propia conservación: someter,

<sup>35</sup> Conf. ZARKA, Yves C., *Hobbes...*, cit., ps. 106/110.

<sup>36</sup> HOBBS, Thomas, *Leviatán...*, cit., ps. 124/125. Es probable que esta “mayor igualdad” que Hobbes encuentra en las capacidades mentales respecto de las físicas o corporales esté inspirada en las primeras líneas del *Discurso del método* de René Descartes, contemporáneo de nuestro autor. Nos referimos a aquellas sentencias iniciales donde Descartes sostiene que “El buen sentido es la cosa mejor repartida del mundo (...) [pues] lo que llamamos buen sentido o razón, es naturalmente igual en todos los hombres” (DESCARTES, René, *Discurso del método - Meditaciones metafísicas*, trad. de Manuel García Morente, Espasa-Calpe, Madrid, 1995, p. 41).

herir o matar a cualquier hombre para conseguir tal fin”<sup>37</sup>. Por un lado, la igualdad *de iure* es una igualdad de *deseos* que llevará —según anticipamos y sobre lo que volveremos— a un deseo indefinido de poder, así como a las tres causas específicas de la guerra de todos contra todos. Por otro lado, que la igualdad sea en los *deseos* hace que Hegel sospeche en sus *Lecciones sobre la historia de la filosofía* que esta igualdad no proviene de la libertad del espíritu, ni de la dignidad y autonomía de los hombres, sino que tiene su origen en la igual *debilidad* de todos los hombres; cada cual se siente débil, y lo es, con respecto a los otros<sup>38</sup>.

En cuanto a la *libertad*, sabemos que la antigua distinción de Benjamin Constant, que fue magistralmente afinada por Isaiah Berlin a fines de la década del 50 en *Dos conceptos de libertad*, se ha transformado en un hito al hablar de la libertad<sup>39</sup>. Nos referimos a la diferenciación entre “libertad negativa” y “libertad positiva”. La libertad “negativa” es tratada por Berlin, en general, como ausencia de interferencia en la actividad de uno, y en sentido político, como el ámbito en que un hombre puede actuar libre *de*, es decir, sin ser obstaculizado por otros. El sentido “positivo” de la libertad se derivaría, de acuerdo con Berlin, del deseo por parte del individuo de ser libre *para* ser su propio dueño, dueño de su vida y autor de sus decisiones, sean éstas del tipo que fueran.

Cuando Hobbes define la libertad como “la ausencia de impedimentos externos, impedimentos que a menudo pueden arrebatarse a un hombre parte de su poder de hacer lo que le plazca, pero que no pueden *impedirle* usar el poder que le queda”<sup>40</sup>, parece claramente estar teorizando sobre la libertad “negativa”. Esto se confirma cuando en el capítulo XXI, titulado “De la libertad de los súbditos”, insiste en que la “libertad, o independencia, significa (propiamente hablando) la falta de oposición (por oposición quiero decir impedimentos externos al movimiento); y puede aplicarse a criaturas irracionales e inanimadas no menos que a las racionales”<sup>41</sup>. El amplio espectro de aplicación de la libertad obedece a que tanto las criaturas racionales como irracionales o inanimadas quedan sujetas, para Hobbes, a la causalidad física y mecánica, es decir, a causas exteriores que en los seres humanos actúan sobre la facultad de querer como condiciones suficientes

<sup>37</sup> HOBBS, Thomas, *Leviatán...*, cit., p. 266.

<sup>38</sup> Conf. HEGEL, Georg W. F., *Lecciones sobre la historia de la filosofía*, t. III, trad. de Wencesalo Roces, FCE, México DF, 1955, ps. 331/334.

<sup>39</sup> Conf. BERLIN, Isaiah, *Dos conceptos de libertad*, trad. de A. Rivero, Alianza, Madrid, 2001.

<sup>40</sup> HOBBS, Thomas, *Leviatán...*, cit., p. 129.

<sup>41</sup> HOBBS, Thomas, *Leviatán...*, cit., p. 192.

para su producción. En conclusión, junto a la defensa de la libertad “negativa”, vemos la ausencia de tematización de la libertad “positiva”, o libertad *para*, ya que la voluntad es libre *de* obrar una vez que se determina a sí misma, pero no sería libre *para* determinarse a sí misma.

Hobbes también teoriza la libertad poniéndola en ecuación con el *derecho natural* en el capítulo XIV del *Leviatán* del siguiente modo:

El derecho natural, que los escritores llaman comúnmente *ius naturale*, es la libertad que cada hombre tiene de usar su propio poder, como él quiera, para la preservación de su propia naturaleza, es decir, de su propia vida y, por consiguiente, de hacer toda cosa que en su propio juicio, y razón, conciba como el medio más apto para aquello<sup>42</sup>.

Frente a la ecuación de la libertad y el derecho natural se erige aquella *ley de la naturaleza*, a la que hicimos referencia más arriba, y que consiste en una constricción o precepto encontrado por la razón que nos determina, nos ata, nos obliga, a hacer o a no hacer. De aquí que Hobbes concluya que “la ley y el derecho difieren tanto como la obligación y la libertad, que en una y la misma materia son incompatibles”<sup>43</sup>, porque la ley de la naturaleza viene a limitar la originaria libertad igual y general.

Ahora bien, como sostiene con acierto Bobbio, por un lado, las leyes de la naturaleza tienen para Hobbes la característica de obligar sólo en conciencia, en *foro interno*; sólo obligan en *foro externo* cuando son impuestas por la ley civil. Por otro lado, su carácter genérico, su indeterminación, las vuelve inaplicables en el estado de naturaleza. De aquí que Bobbio concluya que si por la primera afirmación serían ineficaces, por la segunda se volverían inútiles<sup>44</sup>.

## V. ESTADO DE NATURALEZA: DESEO INDEFINIDO DE PODER Y LAS TRES CAUSAS DE LA GUERRA DE TODOS CONTRA TODOS

Dijimos que el *conatus* era el deseo fundante sobre el que se fundaba el deseo insaciable de poder. Imaginemos ahora con Hobbes una situación o estado de inseguridad que atenta contra mi *conatus*. A partir de la hipótesis de que todos somos iguales y libres por naturaleza y que impera la inseguridad y el temor recíprocos, nuestro deseo de perseverar en el ser, ¿no conduciría a un *deseo indefinido de poder*? Este deseo insaciable de poder

<sup>42</sup> HOBBS, Thomas, *Leviatán...*, cit., p. 129.

<sup>43</sup> HOBBS, Thomas, *Leviatán...*, cit., p. 130.

<sup>44</sup> Conf. BOBBIO, Norberto, *Thomas Hobbes*, trad. de Manuel Escrivá de Romani, FCE, México DF, 1995, “Capítulo IV: Ley natural y ley civil en la filosofía política de Hobbes”.

no sólo se daría de hecho, piensa Hobbes, sino que el derecho natural lo justifica racionalmente porque, según vimos, concede al hombre en estado de naturaleza un derecho ilimitado sobre todas las cosas. De aquí que en un contexto de inseguridad como el que trabaja Hobbes, la igualdad y la libertad naturales entren en contradicción consigo mismas hasta desembocar en la guerra de todos contra todos.

Hobbes especifica tres causas de esta guerra generalizada en un estado natural o prepolítico:

1) La *rivalidad* o *competencia*: hay una rivalidad entre los hombres para lograr mayor cantidad de bienes útiles o cosas necesarias para la conservación de la vida, y esto crea la envidia, el odio y la guerra. La rivalidad hace combatir a los hombres por el *beneficio* trátase, o no, de un contexto de escasez de bienes<sup>45</sup>. En suma, según Zarka, estamos ante una causa *económica*<sup>46</sup>, que por sí sola es impotente para el estado de guerra generalizada.

2) La *desconfianza*: completa la primera causa y se traduciría, no tanto en un deseo de destruir al otro, sino más bien en un deseo de dominarlo. En suma: la desconfianza hace combatir a los hombres para obtener la *seguridad* y generaría “una guerra *ofensiva de prevención*, que emplea violencia y astucia y en ella se apuesta por la seguridad”<sup>47</sup>;

3) *Honor* o la *gloria*: a pesar de que todos son iguales, todos se creen más sabios y más aptos para gobernar, por lo que quieren que los demás les concedan reputación, para que la gloria no sea vana, y esto desencadena el ataque. En suma: la gloria hace combatir a los hombres por la *reputación* y se basa en el deseo insaciable de poder. De acuerdo con Ricoeur, la insatisfacción del deseo de ser reconocido hace del estado de naturaleza hobbesiano una “teoría del *desconocimiento originario*”<sup>48</sup>.

<sup>45</sup> Según Zarka, la abundancia de bienes no suprimiría la rivalidad, porque si bien la necesidad se extingue una vez obtenida la satisfacción, ésta no suprime la *guerra del deseo* perpetuo arraigado en el deseo de supervivencia (conf. ZARKA, Yves C., *Hobbes...*, cit., ps. 151/153).

<sup>46</sup> ZARKA, Yves C., *Hobbes...*, cit., p. 152. Calificar a esta causa de “económica” no nos debe hacer olvidar que, según Hobbes, en el estado de naturaleza no hay propiedad, porque donde no hay Estado, no hay propiedad y todo hombre tiene derecho a toda cosa.

<sup>47</sup> ZARKA, Yves C., *Hobbes...*, cit.

<sup>48</sup> RICOEUR, Paul, *Caminos del reconocimiento. Tres estudios*, trad. de Agustín Neira, Trotta, Madrid, 2006, p. 172.

## VI. EL CARÁCTER HISTÓRICO O FICCIONAL DEL ESTADO DE NATURALEZA BELICOSO

Este estado natural, prepolítico, de guerra de todos contra todos se puede comprobar según Hobbes en:

1) Las sociedades primitivas, las de los pueblos salvajes.  
2) En caso de guerra civil, es decir, en la hipótesis de la disolución del Estado.

3) En la situación inter-estatal o sociedad internacional.

Que pueda observarse en estas instancias, ¿implica que el estado natural es necesariamente una hipótesis histórica y, como tal, una descripción? De ser así, podría objetársele a Hobbes el haber incurrido en la conocida “falacia naturalista” según la cual no se puede derivar lógicamente el “debe” del “es”, es decir que ningún juicio de valor, ninguna prescripción, se sigue de un enunciado de hecho, de una descripción porque, para decirlo en pocas palabras, “prescribir” y “describir” son dos “juegos del lenguaje” (*Sprachspiele*) diferentes<sup>49</sup>. Mientras la “prescripción” puede ser razonable o irrazonable, adecuada o inadecuada, racional o arbitraria, eficaz o ineficaz, etc., no sería susceptible de verdad o falsedad como sí lo sería una proposición “descriptiva” o “asertiva”<sup>50</sup>.

Pero el propio Hobbes parece ponerse a salvo de incurrir en la citada falacia cuando dice: “Puede quizás pensarse que jamás hubo tal tiempo ni tal situación de guerra; y yo creo que nunca fue generalmente así en todo el mundo”<sup>51</sup>. De aquí nace la tesis de Macpherson sobre que el estado de naturaleza no es una descripción de un hecho histórico, sino el resultado de una inferencia basada en cómo se verían las pasiones de los hombres civilizados si se eliminara el cumplimiento de la ley y de los contratos<sup>52</sup>. El estado de naturaleza sería así una abstracción lógica, una hipótesis racional, una “ficción” si se quiere, extraída del comportamiento de los hombres en la sociedad civilizada aunque envilecida. Macpherson también apoya su conclusión en que dos de las tres causas principales de discordia, la competencia y la desconfianza, y más aún la tercera, la gloria, es más característica

<sup>49</sup> Se sabe que este término es introducido en la filosofía por WITTGENSTEIN, Ludwig, *Investigaciones filosóficas*, trad. de Alfonso García Suárez y Ulises Moulines, UNAM-Instituto de Investigaciones Filosóficas, Crítica, Barcelona, 1988.

<sup>50</sup> Sobre los avatares de la “falacia naturalista”, puede consultarse HUDSON, W. D., *La filosofía moral contemporánea*, trad. de José Hierro S. Pescador, Alianza, Madrid, 1987, ps. 237/308.

<sup>51</sup> HOBBS, Thomas, *Leviatán...*, cit., p. 128.

<sup>52</sup> Conf. MACPHERSON, C. B., “Introducción”, cit.

de hombres civilizados que naturales. De acuerdo con este intérprete, el método de Hobbes habría sido el *analítico-sintético* de Galileo: *descomponer* la sociedad envilecida en sus elementos más simples, hacer abstracción, y *recomponer* luego estos mismos elementos en un todo lógico.

## VII. DEL PACTO O CONTRATO SOCIAL

Sea que el estado de naturaleza belicoso sea una hipótesis descriptiva, sea que se trate de una hipótesis racional, como sostiene Macpherson, Hobbes sostiene que la guerra de todos contra todos torna necesario un *pacto* que mantenga unidos a los hombres en *sujeción* a las leyes naturales y por el temor al castigo. Es decir, dada la inseguridad cuya causa principal es la ausencia de un poder común, el miedo a la muerte violenta ilumina la razón (instrumental) e invita a los hombres a instituir ese poder común. Dicho de otro modo, frente a este estado de guerra generalizada, existe una ley natural fundamental que ordena “tú debes procurar la paz”, y para ello debes estar dispuesto a renunciar a tu derecho sobre todas las cosas; y debes darte por satisfecho si la libertad de que gozas frente a los demás es la misma a la que quisieras ver reducidos a estos demás frente a ti. En efecto, mientras la primera ley de la naturaleza ordena la *paz*, la segunda ley natural ordena que estemos dispuestos a renunciar a los derechos naturales cuando los demás también lo están. Esto hace concluir a Tönnies que la segunda ley de naturaleza se funda en la regla de oro: *No hagas a los demás, lo que no quieres que te hagan a ti mismo*.

Contra la naturalidad de lo político que vimos defender a los clásicos, surge nuevamente aquí el carácter *artificial* de lo político. Del capítulo XVII del *Leviatán* surge que lo político nace para Hobbes

...del pacto de cada hombre con cada hombre, como si todo hombre debiera decir a todo hombre: *autorizo y abandono el derecho a gobernarme a mí mismo, a este hombre, o asamblea de hombres, con la condición de que tú abandones tu derecho a ello y autorices todas sus acciones de manera semejante*. Hecho esto, la multiplicidad así unida en una persona se llama República, en latín *Civitas*. Ésta es la generación de un gran Leviatán o más bien (por hablar con mayor reverencia) de ese *Dios Mortal* a quien debemos, bajo el *Dios Inmortal*, nuestra paz y defensa. (...) Y en él consiste la esencia de la república, que (por definirla) es una persona cuyos actos ha asumido como autora una gran multitud, por pactos mutuos de unos con otros, a los fines de que pueda usar la fuerza y los medios de todos ellos, según considere oportuno, para su paz y defensa común<sup>53</sup>.

<sup>53</sup> HOBBS, Thomas, *Leviatán...*, cit., ps. 164/165. (El resaltado es del autor).

A partir de esta larga cita del capítulo XVII del *Leviatán*, Bobbio concluye que la obligación fundamental de los individuos es la del *pactum subjectionis*, que Hobbes llama “pacto de unión”, es decir, un *pacto de sujeción* o *de sumisión* que consiste en la obligación de obedecer a todo aquello que ordene el que detente el poder. Como surge de este extenso pasaje, este *pactum subjectionis* no se da entre el pueblo y el soberano, sino entre los contratantes y un *no contratante* al que se someten.

El pacto de sujeción no estaría precedido, según Bobbio, de ningún *pacto de asociación* que comprende la aceptación de reglas de convivencia gracias a las cuales la multitud de individuos se transforma en un colectivo, un “pueblo”. No habría, por tanto, transformación de la multitud en *populus* y del *populus* en *civitas*, sino una transformación inmediata de la multitud en *civitas*<sup>54</sup>. La falta de conformación de un sujeto colectivo es la responsable de que no haya en el *Leviatán* de Hobbes un derecho a la resistencia política en la hipótesis de que el soberano devenga déspota o tirano, es decir, en el supuesto de que no cumpla con la finalidad que justificó su nombramiento por consentimiento. Más que un derecho a la resistencia política, lo que Hobbes concede a los súbditos es el *derecho a desobedecer* a un soberano que le ordene, aunque justamente, hacer algo contra su vida, ya sea declarar contra sí mismo salvo que nuestra negativa a desobedecer frustré el fin por el cual fue ordenada la soberanía. También puede rehusarse sin injusticia a luchar como soldado contra el enemigo salvo que se haya enrolado como soldado, o cuando la defensa de la república exija la concurrencia de todos los capaces de portar armas.

Ahora bien, celebrado el pacto, la tercera ley de la naturaleza ordena “que los hombres cumplan los pactos que han celebrado, sin lo cual, los pactos son en vano, y nada sino palabras huecas”<sup>55</sup>. Esta ley opera como fuente y origen de la *justicia*, pues sin pacto no hay acción injusta. Para Hobbes, la injusticia es el no cumplimiento del pacto. Antes de que los nombres de lo justo o injusto puedan aceptarse, deberá haber algún poder coercitivo que obligue igualmente a los hombres al cumplimiento de los pactos, y no existe poder coercitivo común antes que se erija un Estado. Sí, como decían los clásicos, la “*justicia es la voluntad constante de dar*

<sup>54</sup> Es interesante ver que esta posición adoptada por Bobbio en su obra titulada *Thomas Hobbes*, difiere de la lectura que el mismo intérprete propone en su obra *Estudios de historia de la filosofía: de Hobbes a Gramsci*, trad. de Juan Carlos Bayon, Debate, Madrid, 1985, donde en el capítulo I, “El modelo iusnaturalista”, sostiene que el *pactum unionis* de Hobbes en cuya base los individuos que componen una multitud ceden a un tercero el derecho a autogobernarse es, al mismo tiempo, un pacto de sociedad y de sumisión.

<sup>55</sup> HOBBS, Thomas, *Leviatán...*, cit., p. 140.



*a cada uno lo suyo* (...) allí donde no hay suyo, esto es, propiedad, no hay injusticia, (...) y donde no hay República, no hay propiedad, porque todo hombre tiene derecho a toda cosa”<sup>56</sup>.

### VIII. DE LA MULTIPLICIDAD A LA UNIDAD DEL ESTADO. LA TEORÍA DE LA REPRESENTACIÓN

A excepción del *derecho a la vida*, que no se transfiere en el pacto, Hobbes busca la transferencia<sup>57</sup> de los derechos naturales que tienen las personas naturales sobre las personas y las acciones, a favor de una persona civil o artificial: el *Leviatán*<sup>58</sup>. De aquí que en el Capítulo XVI distinga persona natural y persona artificial o simulada en los siguientes términos:

Persona es aquel *cuyas palabras o acciones son consideradas, bien sea como suyas, bien como representando las palabras y acciones de otro hombre, o de cualquier cosa a la que se atribuyan, verdaderamente o por ficción*. Cuando se consideran como suyas, es *persona natural*, y cuando se consideran en repre-

<sup>56</sup> HOBBS, Thomas, *Leviatán...*, cit., 140/141.

<sup>57</sup> Hobbes distingue la “transferencia” de la “renuncia” del derecho natural. Mientras el derecho natural se abandona por *renuncia* cuando no importa quién se beneficia, se abandona por *transferencia* cuando el beneficio recae sobre alguna persona o personas determinadas. Es *deber* de quien abandona un derecho no dejar sin valor este acto propio voluntario (anticipo de la tercera ley de la naturaleza). El abandono de un derecho tiene como contrapartida un *bien* para quien lo abandona. Por eso la existencia de derechos no renunciables, como el derecho a resistirse a que le asalten por la fuerza, porque no hay bien alguno para sí mismo. El motivo y fin por el que este abandono se introduce es por la seguridad de la persona de un hombre, en su vida y en los medios para preservarla.

<sup>58</sup> Como recuerda Carl Schmitt, el Leviatán, como símbolo de unidad política, es un monstruo marino (un cocodrilo, una ballena o un pez grande) que se describe en los capítulos 40 y 41 del Libro de Job como el animal más fuerte e indomable. En el Nuevo Testamento, Isaías 27, 1, el Leviatán se toma por dragón o serpiente. En esta segunda acepción, puede significar un animal hostil y malo, aun el diablo para las mitologías preasiática y judía, o el símbolo de divinidades protectoras y buenas que espantan a las fuerzas peligrosas y al enemigo malo (por ejemplo, el dragón chino). Sin embargo, teniendo en cuenta que en la portada inglesa del *Leviatán* se hace alusión al Libro de Job [“*Non est potestas super terram quae comparetur ei*”: “No hay poder en la tierra que pueda compararse con él”] y que no aparece un monstruo marino, sino un hombre gigantesco, majestuoso, compuesto de innumerables hombres pequeños, que tiene una *espada* en el brazo (temporal) derecho y un *báculo* episcopal en el brazo (espiritual) izquierdo, Schmitt concluye que más que en un sentido mítico, podría pensarse que el empleo de la imagen del Leviatán por parte de Hobbes ha de verse como un rasgo semiirónico literario, de buen humor inglés. (Conf. SCHMITT, Carl, *El Leviathan en la Teoría del Estado de Thomas Hobbes*, trad. de Javier Conde, Struhart & Cía, Buenos Aires, 1990, ps. 5/28).



sentación de las palabras y acciones de algún otro, entonces es *persona artificial o simulada*<sup>59</sup>.

A esta transferencia de derechos sobre las personas y las acciones subyace una noción crucial del pensamiento moderno: la teoría de la *representación*, a la que ya hemos hecho referencia. Por eso es que a continuación, en el mismo capítulo, Hobbes introduce esta teoría en los siguientes términos:

Las palabras y acciones de algunas personas artificiales son *propiedad* de aquellos a quienes representan. Y entonces la persona es el *actor*, y el propietario de sus palabras y acciones es el *autor*, en cuyo caso el actor actúa por autoridad (...) cuando el actor celebra un pacto por autorización, obliga con ello al autor, no menos que si lo hubiere hecho él mismo, y no le sujeta menos a todas las consecuencias de aquél<sup>60</sup>.

Zarka comenta estos pasajes diciendo que el derecho sobre las personas, a diferencia del derecho sobre las cosas, pone en relación un autor y un actor, entre los cuales se establece una relación de *autorización*. El derecho del actor se funda en el derecho de autor. Mientras en la persona natural, actor y autor coinciden, en la persona artificial, simulada o jurídica —que representa a la multiplicidad de personas naturales en la unidad del poder y de la voluntad—, actor y autor no coinciden. Mientras el *actor* será en Hobbes el *soberano*, los *autores* serán los *súbditos*<sup>61</sup>.

Las acciones del soberano son en rigor las del cuerpo político. Sin embargo, más adelante Zarka advierte que como el actor se termina convirtiendo en juez de las acciones del autor o súbdito, las acciones y palabras del actor vuelven a los súbditos como obligaciones positivas que garantizan la paz. En conclusión, la institución del soberano produce entonces una inversión de la relación autor-actor. De aquí que nuestro intérprete sostenga que el único autor político es el soberano, mientras que los súbditos se convierten en actores de los mandatos del autor soberano<sup>62</sup>.

Por último, Zarka piensa que la teoría de la *representación* del *Leviatán* permite proporcionar los medios jurídicos de pensar el paso de la multiplicidad de individuos singulares a la unidad de una persona jurídica dotada de una voluntad única que sea la de todos. La multitud se convierte gracias a la representación en un cuerpo político o persona civil. Desparecido el

<sup>59</sup> HOBBS, Thomas, *Leviatán...*, cit., p. 153.

<sup>60</sup> HOBBS, Thomas, *Leviatán...*, cit., ps. 153/154.

<sup>61</sup> Conf. ZARKA, Yves C., *Hobbes...*, cit., ps. 211 y ss.

<sup>62</sup> Conf. ZARKA, Yves C., *Hobbes...*, cit., ps. 241 y ss.

representante, se entiende la disolución de la unidad del Estado y la vuelta de los individuos a la multitud desorganizada del estado de naturaleza<sup>63</sup>.

## IX. ATRIBUTOS DEL SOBERANO HOBBSIANO

Las características de la soberanía estatal resultante de la teoría de la representación giran, según Bobbio, en torno a tres ejes principales: 1) el carácter absoluto o ilimitado del poder soberano; 2) su carácter indivisible; y 3) su irrevocabilidad.

En primer lugar, como el pacto consiste en atribuir a un *tercero* por encima de las partes, sea a un hombre (monarquía), sea a una asamblea de hombres (aristocracia o democracia), el poder que cada uno tiene en el estado de naturaleza, el poder soberano es *absoluto* porque no tiene límites externos, ni internos. No tiene límites internos porque al no ser parte del pacto, el soberano se encuentra en estado de naturaleza y en ese estadio prepolítico recordemos que la ley natural sólo obliga en *foro interno* o en conciencia. Y no tiene límites externos porque el soberano no está sujeto a las leyes civiles en virtud de que nadie puede obligarse a sí mismo. Contra la objeción del poder absoluto, Hobbes afirma que a) el soberano no está sometido a las leyes civiles y que un rey que perjudicara a los súbditos, se perjudicaría a sí mismo; b) quien tiene derecho al fin que es la paz y defensa de todos, tiene derecho a los medios para la preservación de la paz y la seguridad; y c) una limitación de poder no impediría el riesgo del mal uso del poder excedente.

En segundo término, la soberanía es indivisible, en el sentido de que no puede compartirse con otras instancias o personas sin negarse a sí misma. La indivisibilidad del Estado atenta contra: 1) el gobierno mixto y el equilibrio de poderes entre monarquía (rey), aristocracia (lores) y democracia (comunes). Quedan unidos el poder ejecutivo (la espada de la justicia y de la guerra), el poder judicial y el legislativo en una *sola persona o asamblea de personas*; y 2) la separación entre el poder espiritual y el poder temporal: el poder de decidir sobre las cosas espirituales corresponde exclusivamente al Estado.

Por último, a diferencia del mandato siempre revocable del que hablará más tarde Locke, dado que el *pacto de sumisión* ha sido estipulado entre los individuos singulares, y no entre el pueblo y el soberano, esto implica una irrevocabilidad tanto *de facto* como *de iure*. Es irrevocable *de facto* porque la rescisión requiere de la unanimidad y no de la mayoría, una-

<sup>63</sup> Conf. ZARKA, Yves C., *Hobbes...*, cit., p. 235.

nimidad empíricamente improbable de alcanzar y que evita el peligro de una desposesión legítima de la autoridad soberana. Es irrevocable *de iure* porque el pacto sólo puede rescindirse con el acuerdo del tercero a cuyo favor se ha estipulado: el soberano. Y por el capítulo XXX del *Leviatán* es contrario al deber del soberano transferir sus derechos a otros o renunciar a cualquiera de ellos. Precisamente aquí reside, según Bobbio, la fuerza contrarrevolucionaria de esta doctrina.

## X. SOBRE EL FUNDAMENTO DEL CASTIGO

El Estado es para Hobbes aquella persona jurídica que goza del monopolio del daño infligido legítimamente. El problema es de dónde surge este monopolio del derecho a castigar que tiene el soberano. Si dijimos que los hombres no transferían el derecho natural a la vida fundado en el *conatus*, pareciera que el derecho a castigar no surge por vía de la transferencia de derechos. Sin embargo, en el capítulo XVIII Hobbes sostiene que

...puesto que todo cada súbdito es por esta institución [i.e. la teoría de la representación], autor de todos los actos y juicios del soberano instituido, resulta que cualquier cosa que el soberano haga no puede constituir injuria para ninguno de sus súbditos, ni debe ser acusado por ninguno de injusticia (...) quien se queja de injuria de su soberano se quejaría de algo hecho por él mismo, y, en esa medida, no debiera acusar a nadie salvo a sí mismo; y tampoco a sí mismo, porque resulta imposible injuriarse. Es verdad que quienes tienen el poder soberano pueden cometer inequidad; pero no injusticia o injuria en sentido propio<sup>64</sup>.

Pero Zarka advierte que esta vía, *a priori*, parece quedar abandonada en el capítulo XXVIII, cuando Hobbes sostiene:

...pactar un auxilio al soberano para herir a otro no es darle derecho al castigo si quien así pactó tiene derecho a hacer él mismo lo prohibido. Es manifiesto por eso que el derecho de la república (esto es, de aquel o aquellos que la representan) a castigar no se funda sobre ninguna concesión o regalo de los súbditos. Al contrario, he mostrado ya previamente que antes de instituirse la república todo hombre tenía derecho a todo, y a hacer cuanto considerase necesario para su propia preservación: someter, herir o matar a cualquier hombre para conseguir tal fin. Y éste es el fundamento del derecho a penar, que se ejercita en toda república. Porque los súbditos no concedieron ese derecho al soberano; sencillamente,

<sup>64</sup> HOBBS, Thomas, *Leviatán...*, cit., p. 168.

al renunciar a los suyos, le fortalecieron para que usase el propio como considerara conveniente para la preservación de todos ellos<sup>65</sup>.

Si el fundamento del derecho a castigar no surge de ninguna autorización de los súbditos, entonces parece surgir, conforme el capítulo XXVIII, de la *persona natural* del soberano y su derecho ilimitado a todo.

El problema es que tanto el derecho a la vida de los súbditos como el derecho a castigar del soberano son ambos inalienables. Sin embargo, la inalienabilidad de ambos es, como advierte Zarka, difícil de sostener. Porque si es inalienable el derecho a la vida de los súbditos, entonces el derecho a castigar del soberano no lo es, y si es inalienable el derecho a castigar del soberano, el derecho a la vida deja de serlo. Sin embargo, si uno de los dos tiene que prevalecer, ese será, de acuerdo con Zarka, el derecho penal del Estado cuya violencia podrá adquirir justificación en la conciencia de los súbditos si es ejercida en el marco de una “ética de la responsabilidad”<sup>66</sup>, que tome en cuenta las consecuencias de los propios actos soberanos.

## XI. CONCLUSIÓN

Como advertimos en la Introducción, a lo largo de este trabajo procuramos ofrecer una visión de conjunto que, sin ser exhaustiva, dé cuenta de las principales tesis de la filosofía política que Hobbes diseña en el *Leviatán*. Elegimos partir de algunos contrastes entre la propuesta hobbesiana y las de sus antecesores para luego ingresar en los temas más destacados dentro de la economía intrínseca de la obra conforme han sido retomados por sus principales intérpretes contemporáneos. Nuestra presentación, si bien fue intencionalmente sumaria, no evitó dejar abiertos ciertos problemas. En particular, la posible atribución a Hobbes de la crítica general que dirigen Hume y Hegel al contractualismo en general, su comisión (o no) de la conocida “falacia naturalista” en lo tocante al “estado de naturaleza” y los atolladeros y antinomias abiertos en torno al fundamento del derecho del soberano a castigar. Conflictos ante los cuales hemos visto a Zarka sustituir el fundamento *a priori* del derecho a castigar por otro basado en la

<sup>65</sup> HOBBS, Thomas, *Leviatán...*, cit., p. 266.

<sup>66</sup> En este punto, Zarka se apoya en la conferencia de Max Weber “La política como vocación”, cuando el sociólogo afirma que “hay una diferencia abismal entre obrar según la máxima de una ética de la convicción, tal como la que ordena (religiosamente hablando) ‘el cristiano obra bien y deja el resultado en manos de Dios’, o según una máxima de la ética de la responsabilidad, como la que ordena tener en cuenta las consecuencias previsibles de la propia acción” (conf. WEBER, Max, *La política como vocación*, trad. de Francisco Rubio Llórente, Alianza, Madrid, 1980).

“ética de la responsabilidad” que nuestro intérprete llama “fundamento *a posteriori*”. Según éste, el monopolio de la violencia adquiriría “legitimidad” en la conciencia de los súbditos —entendida, según explica José Luis Galimidi, como “*convicción profunda de los participantes*” que acatan los actos soberanos por “*razones y motivos que exceden la pura coerción, la necesidad material o la conveniencia*”—<sup>67</sup>, a condición de que el soberano castigue con fundamento en la ley públicamente declarada y conforme a la pena prevista. Sin ser ampliamente compartida por otros exegetas, pensamos que esta posible “solución” contribuiría a evitar el desmoronamiento del edificio político hobbesiano.

<sup>67</sup> GALIMIDI, José L., “El Leviatán de Hobbes y la legitimidad moderna”, en NAISHTAT, Francisco (comp.), *La acción y la política: perspectivas filosóficas*, Gedisa, Barcelona, 2002, ps. 53-76, p. 54. (El resaltado es nuestro).



# ENSAYOS





## CONSIDERACIONES SOBRE LAS TENSIONES DE LA CIUDADANÍA MODERNA

MARIANO FERRO \*

**Resumen:** La revalorización del concepto de ciudadanía a fines de los años 80 ha generado una serie de controversias. Ejemplo de ello son las tensiones entre los distintos componentes de la ciudadanía: los derechos sociales, a diferencia de los políticos y civiles, demandan la presencia de un Estado fuerte para poder ser realizados, un punto de vista opuesto a los enfoques liberales que pregonan por un Estado mínimo. Otro eje del debate se da a partir de las críticas efectuadas al ensayo clásico de Marshall de 1949, de poner en discusión el estatus diferencial — *derechos específicos*— de ciudadanía respecto de los derechos —*genéricos*— del hombre. Llevado al extremo ese planteo lleva a la necesidad de una ciudadanía universal. En tal caso, la ciudadanía no estaría ligada a la pertenencia a una comunidad. En este artículo se exponen los fundamentos de la ciudadanía como marco legitimador del Estado burgués de Derecho, y luego se seleccionan una serie de autores clásicos con el fin de identificar un cúmulo de dilemas de la ciudadanía moderna de tipo liberal.

**Abstract:** The increase in the appreciation of the concept of citizenship in the 80's has sparked a series of controversies. An example of this can be found in the tensions among the different components of citizenship. Social rights, as opposed to political and civil rights, require the presence of a strong State — a view conflicting with liberal opinions advocating a minimum State. Another axis of the discussion is presented with the criticism to Marshall's classic essay of 1949, where the author proposes a differential status between specific rights of citizenship with respect to man's generic rights. That proposal leads to the need of an universal citizenship, which would not be related to pertaining to a given community. This work analyzes the fundamentals of citizenship as a legitimizing

\* Profesor de Sociología y Metodología de la Investigación Social (UBA). Doctorante en Derecho (UBA). Agradezco los comentarios y correcciones a Norma Bruzzese.

framework of bourgeois Rule of Law. A brief series of classical authors are selected to identify some dilemmas in liberal-type modern citizenship.

**Palabras clave:** Ciudadanía - Derechos políticos - Derechos sociales - Marshall - Representación - Poder constituyente - Voluntad común representativa - Ley común - Modernidad - Legitimidad - Soberanía popular - Espacio público.

**Keywords:** Citizenship - Political rights - Social rights - Marshall - Representation - Constituent power - Representative common will - Common law - Modernity - Legitimacy - Popular sovereignty - Public space.

*Hay indudablemente diversas especies de ciudadanos,  
y sólo lo es plenamente el que tiene participación en los poderes públicos*  
ARISTÓTELES, *La Política*

## I. INTRODUCCIÓN

Desde fines de los años 80 se ha revalorizado el concepto de ciudadanía en las ciencias sociales y políticas, suscitándose una serie de debates. La noción de ciudadanía que se sostiene depende de la idea de comunidad que se maneje. Ya Aristóteles, en el primer tratado sistemático conocido sobre la ciudadanía, en *La Política*, comienza preguntándose quiénes son los ciudadanos, es decir, los integrantes de la *Polis* que podían participar y tomar decisiones.

En la modernidad, la ciudadanía tiene como referente comunitario al Estado-nación, que se consolida con las revoluciones burguesas y el Estado de Derecho y que es heredero de las monarquías absolutas, en donde surge un sentimiento comunitario de pertenencia nacional.

Pero, ¿cuáles son los contenidos de la ciudadanía? Tenemos aquí un segundo criterio que determina el enfoque sobre la ciudadanía. Marshall, en su ensayo clásico *Ciudadanía y clase social* (1950), en su interpretación del caso inglés, identificó los siguientes elementos constitutivos de la ciudadanía: los derechos cívicos y políticos —derechos de primera generación— y los derechos sociales —derechos de segunda generación—.

Uno de los ejes polémicos sobre la ciudadanía gira en torno a lo que define la relación entre las clases de derechos —contenidos normativos— de ciudadanía y el Estado. Se ha señalado que existe una tensión interna entre las diversas clases de derechos. En tanto los derechos de primera generación —civiles y políticos— exigirían, para su plena realización, un Estado mínimo, los derechos de segunda generación —los derechos socia-

les—, demandarían una presencia más fuerte del Estado para ser realizados, lo cual nos remite a la tensión tradicional entre igualdad y libertad<sup>1</sup>. La concepción marshalliana resulta, así, incompatible con una visión centrada en el mercado, de tipo *ciudadano-cliente*, donde se pierde por completo el sentido redistributivo de la ciudadanía<sup>2</sup>.

En la segunda mitad del siglo XX, surgieron los llamados “derechos de tercera generación” o “derechos cosmopolitas y ecológicos”, cuyos titulares son, no el individuo sino unas colectividades tales como mujeres, ancianos, niños, débiles mentales, grupos étnicos y que puede llegar a ser la humanidad entera. Los reclamos normativos tienden a *especificar* los derechos humanos, tales como la eliminación de la discriminación, derechos de minorías, el derecho de las comunidades al medio ambiente sano<sup>3</sup>. Esos nuevos derechos están asociados a la perspectiva de los “nuevos movimientos sociales”<sup>4</sup>.

La consideración de los derechos de las minorías comporta la transformación de la fórmula de legitimidad de una representación: que pasa de ser consenso de la mayoría a consenso de la mayoría respecto de las minorías. Se trata de una concepción de ciudadanía que se sustenta sobre la idea de una comunidad plural.

Ahora bien, de esta inflación de derechos ciudadanos de “tercera generación”, surge otro eje de debate, pues el énfasis en el pluralismo con-

<sup>1</sup> Según Marshall, la característica distintiva de la ciudadanía moderna es su tendencia hacia la igualdad. ¿Cómo conjugar la consustancialidad entre el principio de igualdad—consustancial a la ciudadanía— y el capitalismo —en tanto sistema de desigualdad—? Los grupos sociales menos favorecidos —a partir de asociaciones como sindicatos o partidos políticos— hacen valer la *lógica del estatus ciudadano* ante la *lógica del contrato*, es decir, a reemplazar el *libre intercambio* por la *Declaración de derechos*. Cuando tienen éxito, y esos derechos son promulgados, quedan “tan profundamente incrustados en el sistema del contrato que ya no se puede decir que sean ajenos a la práctica del mercado. En consecuencia, podría afirmarse que si bien la ciudadanía social no puede terminar con las desigualdades, puede *alterar el patrón de desigualdad...*”. De esta forma la ciudadanía opera como presión a favor de la igualdad (ZOLO, Danilo, “La ciudadanía en una era poscomunista”, en *Cuaderno de Estudios Políticos*, Invierno 1997, nro. 7, año 3, Ágora, Buenos Aires, 1997, p. 101. Consultar ese mismo artículo para ver las críticas al enfoque de Marshall).

<sup>2</sup> Cfr. MILLER, David, “Ciudadanía y pluralismo”, en *Cuaderno de Estudios Políticos*, Invierno 1997, nro. 7, año 3, Ágora, Buenos Aires, 1997, p. 86.

<sup>3</sup> Véase ZOLO, Danilo, “La ciudadanía...”, cit., ps. 99/104.

<sup>4</sup> Véase sobre la relación entre derechos de tercera generación y los movimientos sociales VIEIRA, Liszt, “Ciudadanía y control social”. <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/CLAD/UNPAN000170.pdf>, fecha de visita: 4/3/2005. En ese opúsculo Vieira, distingue a su vez, los “derechos de cuarta generación” surgidos a fines del siglo XX, “relativos a la bioética para impedir la destrucción de la vida y regular la creación, por la ingeniería genética, de nuevas formas de vida en el laboratorio”.

jugado con la idea de que los derechos del individuo no dependen de las pertenencias comunitarias, ha llevado a muchos teóricos a resignificar el concepto de ciudadanía debido a que tales derechos no comportan una agregación complementaria, sino que implicarían una noción diferente de ciudadanía en “la que se considera como marca de identificación, sugiriendo a las agencias estatales y no estatales el estado particular al cual pertenece el individuo”<sup>5</sup>. En esta visión se disocia la ciudadanía de la pertenencia a una nacionalidad. Es decir, se podría pertenecer a una comunidad política y tener participación independientemente de la nacionalidad que se tuviere.

Marshall, en su ensayo clásico, se centra sobre las relaciones entre el individuo y el Estado en cuyo territorio los ciudadanos residen. Esto sugiere que los Estados deben rendir cuentas a sus ciudadanos y ser responsables de la protección de sus intereses comunes. Ese enfoque, en absoluto es incompatible con la idea de derechos humanos universales. Sin embargo, la principal responsabilidad para la instrumentación de dichos derechos recae en los Estados a los cuales los respectivos individuos pertenecen.

Se trata de una tensión que se halla presente en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 al distinguir dos estatus de los sujetos titulares de derechos fundamentales, es decir, los derechos del *hombre* y los del *ciudadano*. La evolución analizada por Marshall, da cuenta de cómo la ciudadanía pasó de ser un término específico, relacionado con los derechos civiles y políticos a uno de tipo genérico, que indica una clase de derechos que comprende a varias especificaciones. Ahora bien, en la medida en que los derechos del ciudadano —a diferencia de los derechos humanos, que son universales— son necesariamente particulares, es decir, corresponden a los miembros de cada *civitas*, no son atribuibles a las personas en cuanto tales.

Una de las principales críticas a la ciudadanía en el debate actual se centra en poner en discusión ese estatus diferencial entre derechos del hombre y del ciudadano. Los autores críticos suelen partir de un punto de vista de tipo prescriptivo para el cual los derechos políticos deben ser “considerados derechos de la persona, es decir, corresponden a todo individuo en tanto que es persona, en la medida en la cual la persona está sometida a esas decisiones políticas”<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> HINDESS, Barry, “Los fines de la ciudadanía”, *Cinta de Moebio*, nro. 16, marzo 2003, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Chile, [www.moebio.uchile.cl/16/mallorquin.htm](http://www.moebio.uchile.cl/16/mallorquin.htm), fecha de visita: marzo de 2005.

<sup>6</sup> BOVERO, Michelangelo, “Ciudadanía y derechos fundamentales”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXV, nro. 103, enero/abril 2002, p. 24.

Ahora bien, si la ciudadanía debe ser considerada un derecho del hombre y no fuente de derechos ligados a pertenencias de una comunidad política, ¿cuáles deben ser las fronteras de la ciudadanía? Según varios autores, en la época de la globalización, la ciudadanía necesariamente debe tener como escenario un ámbito mundial<sup>7</sup>, en la medida en que la titularidad de unos derechos inalienables se atribuyen a la mera condición de sujeto humano. La única comunidad moral admisible desde este planteamiento es, pues, la “comunidad universal” o *Cosmópolis*, que encuentra sus fundamentos filosóficos en un universalismo moral basado en la primacía de los derechos humanos como presupuesto axiológico.

El universalismo moderno constituye un lugar común en el pensamiento liberal, en cuanto a que las revoluciones del siglo XVIII, que dieron nacimiento al Estado de Derecho y a la democracia moderna, se establecieron en nombre de ideales universalistas que condujeron a una progresiva expansión de derechos, como observa Marshall. Sin embargo, la dirección universalista que sustentaba el marco ideológico legitimador en las revoluciones liberales no resultó, de hecho, incompatible en la práctica con la clausura del ejercicio de esos derechos en el recinto de las fronteras nacionales y la afirmación particularista del concepto de Nación como sujeto esencial de las relaciones políticas.

Marshall escribió su ensayo en el contexto de pleno auge del Estado de bienestar social. A partir de los años 70, con la crisis de ese tipo de Estados y el incremento incesante de los flujos globales financieros y de información y las redes transorganizativas de riqueza, los Estados se han visto obligados a adoptar alguna estrategia de integración del sistema de producción y consumo al mercado global. En este proceso, el Estado-nación, que era el punto de referencia indiscutido y objeto de ciudadanía, ha perdido parte de su soberanía, y su impacto en la sociedad se traduce en una contracción privatista de la esfera pública.

<sup>7</sup> El espacio de la ciudadanía, pues, debe “estar abierto a todos, pues en una economía mundializada, en que la producción y el reparto de la riqueza y la pobreza es efecto de la totalidad, sólo tiene sentido una justicia distributiva a nivel mundial y, por tanto, una ciudadanía universal” (BERMUDO, José M., “Ciudadanía e inmigración”, *Scripta Nova. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*. Universidad de Barcelona nro. 94 (32), 1/8/2001, “Migración y cambio social”, Número extraordinario dedicado al III Coloquio Internacional de Neocrítica (Actas del Coloquio), [www.ub.es/geocrit/sn-94.htm](http://www.ub.es/geocrit/sn-94.htm), fecha de visita: 5/11/2006. Esta misma postura también es defendida por HINDESS, Barry, *Los fines...*, cit.; BOVERO, Michelangelo, “Ciudadanía...”, cit.; véase también la conocida obra de BECK, Ulrich, *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Paidós, Barcelona. 1998.

La expansión de las lógicas privatistas en el mundo occidental se conjuga con un tipo de subjetividad crecientemente individualista. Por eso —advierten algunos autores— el ciudadano es reemplazado por el consumidor. Así, en un trabajo de investigación sobre la crisis del sistema escolar público en la Argentina, Silvia Duschatzky y Cristina Corea se preguntan por los nuevos rasgos de subjetividad de los sujetos formados por el aparato escolar en los tiempos de globalización y dilución del Estado-nación, y afirman: “...la promesa del Estado ha sido desplazada por la promesa del mercado (...) A diferencia del Estado, el mercado no impone un orden simbólico articulador, un sustrato normativo que comprende a todos por igual”<sup>8</sup>.

Desde la teoría social, el bajo grado de compromiso político no debe ser entendido aisladamente de otras formas de participación activa. Brie define la participación social activa como “aquella en virtud de la cual el individuo adquiere un protagonismo en el sistema de decisiones, sea éste en el nivel que fuere (...) intentado efectuar una modificación en la realidad que el sujeto vive”<sup>9</sup>. Ahora bien, esa participación activa supone la existencia de grupos sociales e instituciones y capacitación. La participación comunitaria es lo que permite que “un sistema político no sólo sea representativo sino fundamentalmente participativo”<sup>10</sup>.

Las instituciones de la comunidad contribuyen a fortalecer la trama de derechos y deberes y el sentimiento de solidaridad al compartir los hombres las mismas vivencias y pautas culturales significativas en la pluralidad de las personas. Así, los partidos políticos y otras instituciones, tales como las sociedades de fomento, clubes y ONGs, entre otras, en tanto sean espacios donde los ciudadanos se informan y discutan ideas, son fuentes de identidad social y política.

En la literatura reciente, muchos autores advierten sobre efectos adversos que tiene en la sociedad y en los individuos la dilución de las identidades comunitarias y debilitación de los lazos interpersonales. Según Sztompka, por ejemplo, “la democracia política no puede operar sin espíritu cívico, solidaridad, lealtad de los ciudadanos, las obligaciones públicas y otras *virtudes republicanas*”<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> DUSCHATZKY, Silvia - COREA, Cristina, *Los caminos de la subjetividad en el declive de las instituciones*, Paidós, Buenos Aires, 2001, p. 21.

<sup>9</sup> BRIE, Roberto J. - DEL ACEBO IBÁÑEZ, Enrique, *Diccionario de Sociología*, Claridad, Buenos Aires, 2001, p. 339.

<sup>10</sup> BRIE, Roberto J. - DEL ACEBO IBÁÑEZ, Enrique, *Diccionario...*, cit., p. 340.

<sup>11</sup> SZTOMPKA, Piotr, “Acerca de la decadencia del espacio moral”, en *Foro Político*, vol. XXII, UMSA, Buenos Aires, 1998. El destacado es del original.

Muchos autores ven de manera optimista las transformaciones de los vínculos políticos de los ciudadanos con sus Estados, en el marco del proceso de globalización. Para esos autores, las tensiones inherentes a la ciudadanía moderna serían superadas a partir de desligarla de la pertenencia a una comunidad; serían “ciudadanos sin pertenencias”<sup>12</sup>, excepto la relacionada con la *macrocomunidad universal*. La ciudadanía sustentada únicamente bajo fundamentos prescriptivos —como señala Andrés Santos— se diferencia de otra corriente que aboga por una entidad política garante de los *derechos universales*<sup>13</sup>. Los argumentos en que descansa el *cosmopolitismo político*<sup>14</sup> se hallan en las propias transformaciones sociales del espacio social y político operadas en los últimos tiempos a nivel mundial que llevan a la disolución de la soberanía de los Estados nacionales.

Surge la cuestión de qué es comunidad. Max Weber, tomando la distinción establecida por Ferdinand Tönnies entre comunidad y sociedad, llama comunidad a “una relación social cuando y en la medida en que la actitud en la acción social (...) se inspira en el *sentimiento* subjetivo *de los partícipes de constituir un todo*”<sup>15</sup>, mientras que llama sociedad a “una relación social cuando y en la medida en que la actitud en la acción social se inspira en una *compensación* de intereses por motivos racionales (...) La sociedad, de un modo típico, puede especialmente descansar (pero no únicamente) en un acuerdo o *pacto* racional, por declaración recíproca”<sup>16</sup>.

En la teoría política, de una manera básica y general, se pueden distinguir dos maneras de entender una comunidad que se disputan primacía: la liberal y la cívico-republicana. En la visión liberal, un grupo de individuos se transforma en una comunidad para actuar cooperativamente y llevar una vida en sociedad más ordenada y pacífica. La comunidad es el

<sup>12</sup> Conf. BOVERO, Michelangelo, “Ciudadanía...”. Al respecto, es interesante la noción de “ciudadanos peregrinos” de Richard Falk, “cuyas lealtades pertenecen a la comunidad política invisible de sus esperanzas y de sus sueños”, citado por MOUFFE, Chantal, “Carl Schmitt y la paradoja de la democracia liberal”, en *Tópicos*, nro. 10, Asociación Revista de Filosofía de Santa Fe, Universidad Católica de Santa Fe, Santa Fe, Argentina, <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=28801001>, fecha de visita: 10/2/2006.

<sup>13</sup> David Held, por ejemplo, sostiene la “necesidad de una legislación democrática cosmopolita a la cual puedan apelar los ciudadanos cuyos derechos han sido violados por sus propios estados”, citado por MOUFFE, Chantal, “Carl Schmitt...”, cit.

<sup>14</sup> ANDRÉS SANTOS, Francisco J., “Ciudadanía europea y ciudadanía cosmopolita: convergencias y divergencias”, Universidad de Valladolid, [www.uv.es/CEFD/15/andres.pdf](http://www.uv.es/CEFD/15/andres.pdf), fecha de visita: 9/2/2006

<sup>15</sup> WEBER, Max, *Economía y sociedad*, FCE, México, DF, 2005, p. 33.

<sup>16</sup> WEBER, Max, *Economía y sociedad*, cit. El destacado es del original.



lugar donde los individuos previamente aislados convergen para satisfacer necesidades que no pueden satisfacer viviendo en forma aislada. En esta perspectiva, comunidad no es otra cosa que una mera asociación de individuos, que reviste carácter abstracto, como colectividad abstracta, en donde los individuos saben quiénes son y qué tipo de vida quieren vivir, antes de pertenecer a una comunidad. En el sentido liberal, la comunidad no reviste un significado propiamente sociológico, “esto es, teniendo en cuenta actitudes, interacciones, actividades y funciones que son, en definitiva, aquellos aspectos que dan consistencia y contenido a cualquier unidad de administración”<sup>17</sup>.

Desde la perspectiva cívico-republicana se enfatiza que siempre que se conforma una comunidad, surge *algo más* que la mera asociación de individuos, que los individuos no pueden tener intereses y concepciones de la vida buena que no dependan de la pertenencia a una determinada comunidad. Por lo tanto, maximizar la libertad individual no significa en absoluto minimizar las exigencias del individuo. Por el contrario, maximizar la libertad individual requiere entregarse incondicionalmente a una vida al servicio público porque el bien común está por encima de todo beneficio individual. De esta forma, la ciudadanía exige siempre adhesión y compromiso con la comunidad y participación en la resolución de los problemas comunes. La ciudadanía, en este caso, no se puede disociar de las comunidades particulares.

Por el contrario, el carácter abstracto y legalista, típico de la corriente liberal, ha permitido a muchos teóricos referir ciudadanía a una “comunidad universal” basada sólo en principios racionales. La crítica de los autores republicanos a tal noción de ciudadanía gira en torno a que por su carácter abstracto carece de fuerza motivadora para fundar la cohesión social mínimamente exigible en una comunidad política. La ciudadanía activa —y, *a fortiori*, la democrática— requiere valores colectivos que estimulen la solidaridad, la virtud cívica y el compromiso colectivo de los miembros de la comunidad, y ello hasta ahora sólo se ha logrado a través de las identidades nacionales y las comunidades particulares.

Ahora bien, muchos de los ejes de este debate constituyen tensiones inherentes al nacimiento de la ciudadanía moderna y habían sido tratados

<sup>17</sup> BRIE, Roberto J. - DEL ACEBO IBÁÑEZ, Enrique, *Diccionario...*, cit., p. 99. Agregan estos autores: “...desde una posición substancialista, D. von Hildebrand sostiene que la *comunidad* es todo grupo social en cuanto hay algo en él que sobrepasa a las relaciones interindividuales; y, por otro lado, en un sentido más estricto, son *comunidades* aquellos grupos a los que pertenecen los individuos de un modo intenso y muy personal, de modo, que su personalidad se ve realzada, no absorbiendo ‘la más propia y típica substancia’ que la persona es” (*Diccionario...*, cit., ps. 99/100).



por autores clásicos. El objetivo de este artículo es exponer cómo esas tensiones fueron tratadas en algunas obras clásicas y qué respuestas les dieron sus autores. Está fuera de las posibilidades de este trabajo identificar y analizar exhaustivamente las tensiones de la ciudadanía moderna. Creemos que resulta útil revisar la lectura de pensadores que fueron críticos del modelo de ciudadanía liberal que tiende a imponerse en los tiempos actuales, sometidos a fuertes mutaciones políticas, jurídicas y sociales.

En una primera parte de este trabajo, exponemos algunos presupuestos de la ciudadanía moderna como principio de legitimación y su relación con otros conceptos clave como nación, soberanía, representación y poder constituyente. Utilizamos para ello dos famosos ensayos de Emmanuel Sieyès y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

Luego, hacemos una breve comparación con la acepción antigua de ciudadanía, presente en *La Política* de Aristóteles. A continuación presentamos algunos argumentos críticos a partir de la lectura de Arendt (especialmente de los dos primeros capítulos de *La condición humana*) a la significación moderna de ciudadanía.

En la segunda parte de este trabajo desarrollamos la noción de ciudadanía en Rousseau a fin de compararla con la noción de Sieyès. Rousseau ya se había encontrado con el problema de concebir una comunidad política organizada e integrada pero, sin embargo, fundada en el principio iusnaturalista de la condición prepolítica anterior a la formación de esa comunidad. Es decir, en el problema de integrar una sociedad política particular basada en una moral universalista, subyace, en ese sentido una tensión entre el hombre y el ciudadano. Rousseau resuelve esa tensión en el *Contrato social*, a partir de una ingeniería de la Constitución y de la República donde los ciudadanos están imbuidos de un *ethos* signado por el civismo y el patriotismo.

En el capítulo V presentamos la artera crítica del joven Marx al marco legitimador del Estado burgués. La *ciudadanía*, desde su visión materialista, es una ficción ideológica que encubre la enajenación *hombre* en el sistema capitalista. Marx muestra cómo, en el ideario liberal, los derechos del hombre aluden al hombre egoísta burgués escindido de su comunidad, mientras que el ciudadano se encuentra al servicio del burgués.

El capítulo VI lo dedicamos a revisar el concepto de ciudadanía en Schmitt, que retoma la Teoría del Poder Constituyente de Sieyès. El jurista alemán también analiza la contraposición entre los derechos del hombre y el ciudadano y afirma que ello es una consecuencia de asociar dos principios opuestos en el Estado de Derecho: el liberalismo (sustentado en la idea de libertad) y la democracia (sustentada sobre la idea de igualdad).

En el capítulo VII esbozamos un ejercicio de comparación entre la posición de Schmitt con la de Arendt, dos posiciones que se presentan, en algunos puntos, como antagónicas respecto a la relación entre los ciudadanos con la política. Finalmente, en el punto VIII trazamos algunas reflexiones finales.

## PRIMERA PARTE

*Cuando una asociación es tal que cada uno sólo ve el Estado en su propia casa, y la unión es sólo una simple liga contra la violencia, no hay ciudad, si se mira de cerca; las relaciones de la unión no son en este caso más que las que hay entre individuos aislados.*

ARISTÓTELES, *La Política*

## II. CIUDADANÍA Y PODER CONSTITUYENTE EN LA REVOLUCIÓN FRANCESA

El objetivo de este capítulo es identificar los principales aspectos de la ciudadanía moderna. Para ello, vamos a recurrir a dos elementos: la Teoría del Poder Constituyente elaborada por Emmanuel Sieyès y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (DDHC). La teoría de Sieyès nos permite apreciar claramente la relevancia de la ciudadanía como fundamento de legitimidad del nuevo orden en la ideología revolucionaria y su estatus constitucional. Mientras que la DDHC nos permite dar cuenta de la ciudadanía como principio troncal del constitucionalismo moderno.

En su famoso panfleto revolucionario (denominado por algunos como “el manifiesto de la burguesía” y aparecido en los primeros días de enero de 1789) *¿Qué es el Tercer Estado?*, Sieyès elabora un proyecto de acción revolucionaria cuyo fin es la transformación de la estructura política y social de Francia. Ello lo lleva a sentar las bases de legitimidad del nuevo orden político<sup>18</sup>. La *ciudadanía* se presenta en su opúsculo ensamblada con una nueva concepción de *constitución, soberanía, unidad del poder estatal y nación*; y por ende, una transformación total del orden político y de las estructuras sociales.

Ahora bien, todos estos conceptos quedan articulados en torno a un principio de legalidad basado en el “derecho común”. Se trata de uno de los principales dogmas del Estado de Derecho, es decir, la igualdad de

<sup>18</sup> Se trata de una tarea ineludible a todo *acto revolucionario* en tanto “debe evitar dejar huérfano de legitimidad al poder que instituye la nueva estructura de dominación. Si ello no ocurre, si no se generan rápidamente nuevos dispositivos que reemplacen a los anteriores, no pasará mucho tiempo hasta que la *ruptura* se consuma a sí misma, dejando el camino libre a la restauración o a una nueva consagración” (PIZZOLO, Calogero, *Sociedad, poder & política*, Ediar, Buenos Aires, 2004, p. 122).

todos los ciudadanos ante la ley. El objetivo de este marco legitimador de la acción revolucionaria va más allá de una transformación del antiguo gobierno<sup>19</sup>, pues el principio de la “ley común” no daba cabida a una sociedad organizada en torno a privilegios. Éstos sólo son posibles a partir de un marco de ilegalidad, en cuanto tienen por “objeto *dispensar* de la ley u otorgar un *derecho exclusivo* a algo que no está prohibido por la ley. La esencia del privilegio es su existencia fuera del derecho común”<sup>20</sup>. Así, el “derecho común” es el eje de distinción entre legalidad e ilegalidad<sup>21</sup>. Vamos a examinar más detenidamente la noción de “ley común” que se presenta como la médula de la nueva forma de legitimidad.

### 1. La ley común y la ciudadanía<sup>22</sup>

En primer lugar, la “ley común” debe ser entendida dentro del espíritu de igualdad y universalidad imperantes en el Iluminismo en el siglo XVIII. La “ley común” se entronca con los principios del iusnaturalismo de libertad y propiedad. Su objeto “es sin duda impedir todo atentado a la libertad o a la propiedad de alguien”<sup>23</sup>. Ella está al servicio del ciudadano para

<sup>19</sup> El “derecho común” es el caballo de batalla de Sieyès en sus embates al viejo orden y es investido como fundamento de legitimidad del nuevo Estado en ciernes. El abate toma este principio de las ideas iusnaturalistas imperantes en Francia en el siglo XVIII, principio que se basa en enunciados que son extraídos a partir de la razón humana. La noción de derecho común, como principio fundamental reclamado para la articulación del Estado sobre las nuevas bases ya está presente en las páginas del *Ensayo sobre los privilegios*, un escrito previo, de 1788, donde el abate dinamita los fundamentos de la legitimidad de la sociedad aristocrática, vertebrada en torno al privilegio.

<sup>20</sup> SIEYÈS, Emmanuel, “Ensayo sobre los privilegios”, en *¿Qué es el Tercer Estado? Ensayo sobre los privilegios*, Alianza, Madrid, 2003, p. 50.

<sup>21</sup> Según nuestro autor, sea cual fuere el origen de la sociedad basada en los privilegios, por su misma esencia, no son legítimos, sin importar cuál sea el origen de esa sociedad. De esta manera, el abate, bajo el principio de “ley común”, niega tanto la legitimidad de origen como la de ejercicio. De allí que, en los dos ensayos considerados, omite casi toda referencia al pasado. Después de todo: “¿No puede interpretarse un hecho según distintos puntos de vista?”. Los pergaminos del pasado, de esta forma, ya no pueden justificar el presente. Los privilegios son cuestionados por el abate revolucionario desde un punto de vista “totalmente puro” (SIEYÈS, Emmanuel, “Ensayo...”, cit., p. 49).

<sup>22</sup> Para la redacción de los puntos II.1., II.2. y II.3. se ha recurrido al estudio introductorio a *¿Qué es el Tercer Estado? Ensayo sobre los privilegios*, a cargo de Marta Lorente Sariñena - Lidia Vázquez Jiménez.

<sup>23</sup> “Ensayo...”, cit., p. 50. Sieyès toma la defensa del Tercer Estado por la desigualdad y consiguiente falta de libertad respecto de los estamentos privilegiados. En el capítulo II de *¿Qué es el Tercer Estado?* se pregunta: “¿Qué ha sido hasta hoy el Tercer Estado? Nada”, SIEYÈS, Emmanuel, “¿Qué es el Tercer Estado?”, en *¿Qué es el Tercer Estado?...*, cit., p. 94.

proteger sus derechos, y “todas aquellas cuyo efecto fuera dificultar el ejercicio de la libertad de los ciudadanos irían contra el fin de toda asociación; habría que abolirlas rápidamente”<sup>24</sup>. A su vez, la ley debe proceder de una “ley-madre”: “No perjudiques a tu prójimo”, que es una ley natural de la que deben derivarse todas las leyes positivas<sup>25</sup>. He aquí el principio rector al que debe ordenarse toda sociedad política: el bienestar de la “masa de ciudadanos” a cuyo servicio siempre debe estar.

La ciudadanía, con su fundamento en la “ley natural” —que, a su vez, presupone al individuo pre-político— asequible a la razón, surge como antagonico a la tradición, y de allí su carácter abstracto, lógico, universal. Por consiguiente, la misma lógica tiñe todos los conceptos políticos fundamentales del marco legitimador de la modernidad. Así, tenemos que la nación no es otra cosa que “el conjunto de los ciudadanos”<sup>26</sup>. Aquí falta dar respuesta al problema de la articulación de las relaciones de los ciudadanos

---

Cuando pasa revista a los motivos de esa situación encuentra lo siguiente: El Tercer Estado no es libre, se encuentra en una situación de opresión, de enajenación: “...no se es libre por privilegios, sino por los derechos que pertenecen a todos” (p. 94). La libertad, es entendida aquí como contraria al privilegio, precisamente, donde tenía su significado en el Medioevo. Por consiguiente, “el cuerpo de la nación” no es libre.

<sup>24</sup> “Ensayo...”, cit., p. 51

<sup>25</sup> Por eso, los privilegios son en su esencia ilegales, sin importar de qué tipo fueren, en cuanto que al “conceder a alguien un privilegio exclusivo sobre algo que pertenece a todo el mundo sería perjudicar a todos en beneficio de uno solo” (“Ensayo...”, p. 52).

<sup>26</sup> “Ensayo...”, cit., p. 53. La nación resulta ser uno de los principales ingredientes ideológicos del Estado democrático en los siglos XIX y XX, en cuanto era necesario para garantizar la unidad del Estado contra los efectos disgregadores del antagonismo entre clases como de la lucha de poder entre los Estados (ver LEVI, Lucio, “Nacionalismo”, en BOBBIO, Norberto, *Diccionario de Política*, Siglo XXI, México DF, 1984, ps. 1026/1035). En Sieyès, la efectividad ideológica del concepto de nación viene dado por su capacidad para identificar a los ciudadanos con el Tercer Estado, es decir, “del conjunto de los ciudadanos que pertenecen al orden común” (“¿Qué es el Tercer Estado?”, cit., p. 96). Los estamentos privilegiados, además de su carácter intrínsecamente ilegal, resultan ser una especie de cáncer cuya existencia y vitalidad sólo puede darse a expensas del interés nacional. Pues, aludiendo al Tercer Estado, afirma Sieyès: “Nada puede funcionar sin él, todo marcharía infinitamente mejor sin los demás. No basta con haber mostrado que los privilegiados, lejos de ser útiles a la nación, no pueden sino debilitarla y perjudicarla, hay que probar aún que el orden notable no entra en la organización social; que puede ser una carga para la nación pero que, en cualquier caso, no forma parte de ella” (“¿Qué es el Tercer Estado?”, cit., ps. 90/91). Los estamentos privilegiados en cuanto poseen derechos “separados de los del gran cuerpo de los ciudadanos (...) sus derechos civiles les convierten ya en un pueblo aparte dentro de la gran nación”. Son un *imperium in imperio* (p. 92). El Tercer Estado es una “Nación completa”, si “lo es todo” el primero y el segundo Estado quedan fuera de la Nación, y al mismo tiempo, deben quedar fuera del Estado en cuanto “Nación y Estado se confunden en una misma idea” (p. 98).

con el Estado. De su respuesta, tenemos el segundo elemento determinante de la ciudadanía moderna: el sistema representativo establecido por *constitución*, que pasamos a desarrollar a continuación.

## 2. La voluntad común representativa

En el orden lógico en el que Sieyès desarrolla sus argumentos, el sistema de representación precede a la nación y ésta surge conforme a la organización de un grupo de individuos bajo la ley común. Es decir, el individuo es una realidad anterior a la sociedad política y ésta resulta de las voluntades individuales. Veamos las tres etapas lógicas por las que atraviesan las sociedades políticas:

1. “En la primera, se concibe un número más o menos considerable de individuos aislados que quieren reunirse. Tan sólo por ese hecho forman ya una nación, tienen todos los derechos; sólo se trata de ejercerlos”<sup>27</sup>.

2. “En la segunda época, está caracterizada por la acción de la voluntad común”<sup>28</sup>. En esta etapa, surge la comunidad como realidad política superior a los individuos. La voluntad política comunitaria requiere de la “unidad de voluntad”, sin la cual “no llegaría a conformar un todo capaz de actuar”.

3. Finalmente, “los asociados son demasiado numerosos y se hallan repartidos en una superficie demasiado extensa como para ejercer, por sí mismos, fácilmente, esa voluntad común”<sup>29</sup>; subsiguientemente deciden delegar el ejercicio de las funciones públicas a una porción de ciudadanos de la nación. “Tal es el origen de un gobierno ejercido por procuración”<sup>30</sup>.

En la segunda etapa, la relación con la *voluntad general* de Rousseau es evidente. En la tercera época, en cambio, Sieyès se aparta radicalmente del pensamiento del ginebrino, como examinaremos más adelante, al constituir y defender la *representatividad política* del soberano. Sin embargo, no pone en cuestión la titularidad de la soberanía en manos de la nación:

1. “La comunidad no se priva del derecho de querer. Es su propiedad inalienable. No puede sino comisionar su ejercicio...”.

2. “El cuerpo de delegados no puede poseer la plenitud de dicho ejercicio. La comunidad sólo ha podido confiarle la porción de poder total necesaria para *mantener el orden*”.

<sup>27</sup> “¿Qué es el Tercer Estado?”, cit., ps. 139/140.

<sup>28</sup> “¿Qué es el Tercer Estado?”, cit., p. 140.

<sup>29</sup> “¿Qué es el Tercer Estado?”, cit., p. 140.

<sup>30</sup> “¿Qué es el Tercer Estado?”, cit., p. 140.

3. “No corresponde, pues, al cuerpo de delegados alterar los límites del poder que le ha sido confiado...”<sup>31</sup>.

A *la voluntad común representativa*, agrega el abate, le pertenecen dos caracteres indelebiles:

“1º Esta voluntad no es plena ni ilimitada (...) sino que es una porción de la gran voluntad común nacional”; y

“2º Los delegados no la ejercen como un derecho propio, es el derecho del otro; no es más que una comisión de la voluntad común”<sup>32</sup>.

### 3. La constitución y la soberanía del poder constituyente

De las relaciones entre el gobierno y la nación surge la necesidad de establecer ciertas formas y pautas de organización del poder y que, al mismo tiempo, sean estables, es decir, de una constitución. El origen y primera norma sobre la que deben ser instituidos los poderes e instituciones es la ley común (ver punto II.1).

La nación es el origen de la constitución, pero no surge de manera espontánea sino mediante un acto de *voluntad*. La nación como sujeto social y político concreto es el Tercer Estado; en tanto que, el primer y segundo Estados no forman parte de la nación (ver punto II. 2), quedan excluidos del orden constitucional.

La voluntad nacional es fuente de la legalidad e incluso “ella es la propia ley”, y “antes y por encima de ella sólo existe el derecho *natural*”. Si el sistema legal es emanación de la voluntad de la nación, y ella no depende de una manera de ser jurídica, “la nación se forma tan sólo por derecho natural”<sup>33</sup>. De ahí se deriva el carácter legal de la voluntad nacional a partir de su mera existencia. Ahora bien, de ese acto de voluntad emanan dos tipos de leyes:

1. En primer lugar, las leyes de primer orden, que son las *leyes constitucionales* y que, a su vez, se dividen en dos tipos:

A. Las que “regulan la organización y las funciones del cuerpo *legislativo*”.

B. Las que “determinan la organización y las funciones de los diferentes cuerpos activos”.

<sup>31</sup> “¿Qué es el Tercer Estado?”, cit., p. 141

<sup>32</sup> SIEYÈS, Emmanuel, “¿Qué es el Tercer Estado?”, citado por PIZZOLO, Calogero, *Sociedad...*, cit., p. 125.

<sup>33</sup> “¿Qué es el Tercer Estado?”, cit., p. 145.

Esas leyes son *leyes fundamentales* “porque los cuerpos que existen y actúan a través de ellas no pueden modificarlas”<sup>34</sup>, y no pueden hacerlo porque son un poder delegado, originado y establecido por la voluntad nacional.

2. Las leyes de segundo orden “son establecidas por una voluntad representativa especial (...) Se trata de leyes creadas por el *cuerpo legislativo* y son las que protegen a los ciudadanos y deciden el interés común (...) que se han formado y actúan según sus condiciones constitutivas”<sup>35</sup>.

Ahora bien, los poderes constituidos son derivados del poder constituyente, y si bien cumplen con múltiples funciones como legislar o administrar, se encuentran completamente limitados ya que no pueden ir más allá de su competencia<sup>36</sup>. Por el contrario, el poder constituyente es ilimitado. Siendo la voluntad nacional siempre legal, “la nación no está sometida a una Constitución ni puede estarlo (...) basta con afirmar su voluntad para que todo derecho positivo se interrumpa ante ella como ante el origen y el dueño supremo de todo derecho positivo”, pues “la realidad lo es todo, la forma no es nada”<sup>37</sup>.

El poder constituyente, en cuanto poder supremo que reúne en sí todos los poderes, es un poder soberano. El portador de ese poder es el Pueblo, la masa de ciudadanos de la nación concebida como macrosujeto unitario y homogéneo; sin embargo, como consideraremos más adelante al tratar sobre la ciudadanía, no entran en consideración los ciudadanos ligados a grupos sociales e instituciones intermedias, sino como masa indiferenciada. Los representantes suplen a la nación, pero la nación es soberana, “soberanía nacional”. Cabe destacar que este principio difiere del concepto tradicional de soberanía, tal como se encuentra en Bodino o en Hobbes.

Bodino asocia la soberanía como atributo esencial del Estado, a diferencia del gobierno, concebido como el aparato intermedio a partir del cual se ejerce el poder soberano del Estado. Así, las formas de gobierno varían según dónde recaiga la autoridad, mientras que el Estado siempre es uno y

<sup>34</sup> “¿Qué es el Tercer Estado?”, cit., p. 143.

<sup>35</sup> “¿Qué es el Tercer Estado?”, cit., p. 144.

<sup>36</sup> Bidart Campos define el poder constituyente como “el poder que constituye o que da constitución al Estado”, y distingue sus dos grandes divisiones: el *poder constituyente originario* y el *poder constituyente derivado*. “El *originario* es el que se ejerce en la etapa fundacional que —precisamente— da *origen* al Estado en su nacimiento y su estructura organizativa; el *derivado* es el que se ejerce para introducir *reformas* o enmiendas a la constitución” (BIDART CAMPOS, Germán, *Compendio de derecho constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 2004, p. 31).

<sup>37</sup> “¿Qué es el Tercer Estado?”, cit., ps. 145/147.



está representado por el poder soberano. De esta manera, Bodino distingue entre la titularidad de la soberanía y su ejercicio<sup>38</sup>.

El carácter novedoso de la soberanía en el poder constituyente es que éste es un poder fundador: es el sujeto que le da forma constitucional, la identidad jurídica y política. Si “Soberano es aquel que decide sobre el estado de excepción”<sup>39</sup>, como dice Schmitt, el más destacado exponente de la Teoría del Poder Constituyente en el siglo XX, podemos entender por ello que soberano es quien representa la *voluntad* del pueblo en un momento dado para *decidir* sobre la forma constitucional.

#### 4. La Declaración de los Derechos del Hombre y la ciudadanía como fundamento de legitimidad

El discurso revolucionario debe reclamar a través de la persuasión la legitimidad de ciertos principios. Construidas las bases conceptuales iniciales, los revolucionarios franceses, una vez que consiguen tomar el poder, necesitan rápidamente instituir los nuevos principios en un sistema constitucional y legal. En ese sentido, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano promulgada en agosto de 1789, es un paso revolucionario de reconocida importancia histórica en la creación del Estado Burgués de Derecho<sup>40</sup>. Con la solemne Declaración, los revolucionarios establecieron una serie de principios fundamentales para la elaboración de la Constitución. La *ciudadanía*<sup>41</sup> —*nacional*— resultó ser el principio cla-

<sup>38</sup> Por ello mismo, Bodino refuta por inexistente la vieja concepción aristotélica de *gobierno mixto*. El Estado siempre es simple, ya sea monárquico, aristocrático o popular, si bien a cada tipo de Estado pueden corresponder distintas formas de gobierno (PIZZOLO, *Sociedad...*, cit., ps. 172/175).

<sup>39</sup> SCHMITT, Carl, *Teología Política. Cuatro ensayos sobre la soberanía*, Struhart & Cía., Buenos Aires, 1998, p. 15. El autor afirma, también, que el poder constituyente permanece después de la emisión de la Constitución porque la decisión política implicada en ella no puede reobrar contra el sujeto titular del poder constituyente ni destruir su existencia política; por ello, al lado y por encima de la Constitución, sigue subsistiendo esa voluntad.

<sup>40</sup> Para Carl Schmitt, la significación histórica y jurídica de la Declaración solemne de derechos fundamentales reside “en el establecimiento de principios sobre los cuales se apoya la unidad política de un pueblo y cuya vigencia se reconoce como el supuesto más importante del surgimiento y formación incesante de esa unidad; el supuesto que da lugar a la *integración* de la unidad estatal” (SCHMITT, Carl, *Teología...*, cit., p. 167).

<sup>41</sup> Dentro de las definiciones clásicas de ciudadanía, pero más típicas de la época Contemporánea, por ejemplo, Sánchez Viamonte, en un diccionario de ciencias jurídicas la define como “una institución que habilita para el ejercicio de todos los derechos políticos, y comporta deberes y responsabilidades correlativos respecto del Estado”. Más adelante, el mismo autor señala que “...ciudadano, es el individuo, miembro del cuerpo social, que



ve sobre el que se vertebraban los fundamentos de legitimación del orden burgués, al mismo tiempo que implicaba poner fin al orden social basado en los estamentos y privilegios.

En efecto, los ciudadanos (en cuanto integrantes de la nación) son titulares de soberanía. El art. 3° formula que “el principio de toda soberanía reside esencialmente en la Nación. Ningún cuerpo, ningún individuo, puede ejercer una autoridad que no emane expresamente de ella”.

A su vez, el art. 6° establece que “la ley es la expresión de la *voluntad general*. Todos los ciudadanos tienen derecho a contribuir a su elaboración, personalmente o por medio de sus representantes”<sup>42</sup>.

La ley pasa a sustentar su legitimidad en virtud de ser creada por los ciudadanos o sus representantes. Es decir, su basamento de legitimidad se apoya en el protagonismo de la voluntad del Pueblo, lo cual resulta ser uno de los principios de la legitimidad del sistema democrático.

El principio representativo se deduce en nuestra Declaración de su primera frase del preámbulo: “Los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea Nacional...” son legítimos en tanto que delegados del Pueblo; son un poder constituido por y para el interés general de la Nación.

El art. 16° establece dos principios rectores de la constitucionalidad: “Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución”. Ese dogma clave del Estado de derecho sirve como parámetro para deslegitimar constituciones autocráticas o que cercenen los derechos del hombre y el ciudadano.

---

interviene en la formación del gobierno, que participa en la sanción de la Constitución y de las leyes por medio de sus representantes, que está facultado para controlar el desempeño de las funciones públicas y que asume una parte de la responsabilidad que incumbe al pueblo, como titular de la soberanía” (SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, citado por OSORIO, Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Heliasta, Buenos Aires, 2001, p. 178). En esta segunda parte, se deduce que no todos los ciudadanos tienen todos los derechos políticos, pero que, no obstante, ser ciudadano comporta ser titular de la soberanía. Los derechos políticos de los ciudadanos, conquistados en el siglo XIX, tienen que ver con la libertad de asociación y reunión, de organización política y sindical, la participación política y electoral, el sufragio universal, etcétera.

<sup>42</sup> *Asamblea General Constituyente. Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* ([www.fmmeduccion.com.ar/Historia/Documentoshist/1789derechos.htm](http://www.fmmeduccion.com.ar/Historia/Documentoshist/1789derechos.htm), 2007, visitado el 10/2/2007).

### III. LA NOCIÓN PREMODERNA DE CIUDADANÍA Y SU RESIGNIFICACIÓN EN LA MODERNIDAD

#### 1. Las preguntas de Aristóteles

A diferencia del concepto de Estado nacional o de soberanía, la ciudadanía es una institución de la Antigüedad. ¿De qué manera fue resignificada? En el libro IV de *La Política* de Aristóteles se pueden identificar las principales características de la institución de la ciudadanía en la *polis* griega.

Ya en las primeras líneas, el filósofo explica la importancia central de la definición de ciudadano en cuanto a que se encuentra vinculada a la pregunta de qué es el Estado.

“Cuando se estudia la naturaleza particular de las diversas clases de gobiernos, la primera cuestión que ocurre es saber qué se entiende por Estado (...) Pero siendo el Estado, así como cualquiera otro sistema completo y formado de muchas partes, un agregado de elementos, es absolutamente imprescindible indagar ante todo qué es ciudadano, puesto que los ciudadanos en más o menos número son los elementos mismos del Estado”<sup>43</sup>.

En la respuesta a la pregunta a qué es un ciudadano, Aristóteles trata de encontrar la “idea absoluta de ciudadano”, y no la relativa a las distintas circunstancias e imperfecciones de ella, y procede según los siguientes criterios:

A. Descarta la residencia como criterio para definir la ciudadanía, ya que “aquel lo mismo pertenece a los extranjeros domiciliados y a los esclavos”<sup>44</sup>.

B. Tampoco se es ciudadano “por el simple derecho de presentarse ante los tribunales como demandante o demandado, porque este derecho puede ser conferido por un mero tratado de comercio”<sup>45</sup>. Es decir, este derecho no es exclusivo de los ciudadanos.

C. En el sentido último de ciudadanía, tampoco pueden considerarse “los jóvenes que no han llegado a la edad de la inscripción cívica, y los ancianos que han sido borrados de ella”<sup>46</sup>. Los primeros por ser *ciudadanos incompletos* y los segundos por ser *ciudadanos jubilados*.

<sup>43</sup> ARISTÓTELES, *Obras completas*, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1967, p. 593.

<sup>44</sup> ARISTÓTELES, *Obras completas*, cit., p. 593.

<sup>45</sup> ARISTÓTELES, *Obras completas*, cit., p. 594.

<sup>46</sup> ARISTÓTELES, *Obras completas*, cit., p. 594.

D. También pone en duda la validez del requisito de descendencia, puesto que “es una condición que no se puede razonablemente exigir a los primeros habitantes, a los fundadores de la ciudad”<sup>47</sup>.

Descartados estos criterios, para Aristóteles (desde un punto de vista descriptivo) “el rasgo eminentemente distintivo del verdadero ciudadano es el goce de las funciones de juez y magistrado”<sup>48</sup>. Pero hay diferentes tipos de magistraturas, por lo que el filósofo adopta la palabra de magistratura en general y al derecho de “tener en la asamblea pública y en el tribunal voz deliberante, cualquiera que sea por otra parte del Estado de que es miembro; y por Estado entiendo positivamente una masa de hombres de este género...”<sup>49</sup>.

Ahora bien, esta definición de ciudadano, reconoce el Estagirita, se refiere al ciudadano de la democracia. No significa esto que no se pueda ser ciudadano de cualquier otro régimen, pues el ciudadano de la democracia no lo es en una oligarquía. Pero, no serían ciudadanos absolutos, en cuanto a que “fuera de la democracia, no existe el derecho común e ilimitado de ser miembro de la asamblea pública y juez”<sup>50</sup>.

En el capítulo II, el filósofo, abandona el plano empírico-descriptivo y se centra en el prescriptivo. En su búsqueda del concepto absoluto de ciudadanía, se pregunta cuáles son las virtudes políticas que requiere el ejercicio de la actividad ciudadana.

Los ciudadanos son iguales entre sí, pero en una sociedad de desiguales, donde quedan excluidos los artesanos, comerciantes, agricultores, que dominados por su trabajo servil, no son libres (como veremos más adelante; un principio opuesto al de Rousseau en el que los individuos nacen iguales por naturaleza). Tampoco las mujeres, por su naturaleza inferior, ni los esclavos. Los ciudadanos deben ser personas con mucho tiempo libre. Ahora bien, el tiempo de ocio debe dedicarse a la educación, que de hecho debe ser “uno de los objetos principales de que debe cuidar el legislador”<sup>51</sup>. Y describe los pasos por los que debe pasar la educación para la ciudadanía, y las virtudes cívicas que se deben inculcar a los niños. Así, la ciudadanía, lejos de ser una categoría meramente jurídica, se encuentra imbricada de tal manera con la vitalidad de la *polis*, que incluye la formación de la personalidad y tiende a canalizar todas las energías de los ciudadanos al servicio de la *polis*. De tal manera que un ciudadano que no se interese

<sup>47</sup> ARISTÓTELES, *Obras completas*, cit., p. 596.

<sup>48</sup> ARISTÓTELES, *Obras completas*, cit., p. 596.

<sup>49</sup> ARISTÓTELES, *Obras completas*, cit., p. 595.

<sup>50</sup> ARISTÓTELES, *Obras completas*, cit., p. 595.

<sup>51</sup> ARISTÓTELES, *Obras completas*, cit., p. 667.

ni participe en los asuntos de la ciudad, es como un extranjero a los ojos de sus conciudadanos.

La principal virtud del ciudadano se refiere “exclusivamente al Estado”, el cual es identificado como una asociación que tiene por fin el interés común, y consiste en saber obedecer y en mandar.

## 2. La significación moderna de ciudadanía

Un primer aspecto distintivo de los derechos políticos de la Modernidad es su paulatina extensión que se presenta como uno de los principales logros: se ha ampliado a toda la población nacional a excepción de los extranjeros. El ciudadano en Grecia y Roma, como portador de derechos políticos, se opone al esclavo, que es un hombre sin derechos, mera “herramienta viva”. En cambio, en la República moderna, el principio de ciudadanía se opone al súbdito, pero al mismo tiempo se funda en la idea de humanidad, de conformidad con lo consagrado en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que proclama en su primer artículo que todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos:

“Art. 1º: Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común”<sup>52</sup>.

Se trata de un proceso donde la mayor libertad de los ciudadanos “iguales ante la ley” diluye el poder político de las viejas comunidades de pertenencia o totalidades orgánicas (de la sociedad medieval), tales como la Iglesia, los gremios o la familia patriarcal<sup>53</sup>, que era el ámbito creado a

<sup>52</sup> *Asamblea General Constituyente. Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, cit.

<sup>53</sup> Sin embargo, a partir de Alexis de Tocqueville, surge una tradición en la que se advierte que en el seno de las formas de poder moderno generadoras de mayor “igualdad” y “libertad” conllevan a nuevas formas de opresión más eficaces que las que existieron en otras épocas históricas.

En efecto, la mayor libertad del hombre frente a sus comunidades de pertenencia y las autoridades tradicionales —al mismo tiempo alienación de ellas— tiende a arrastrarlo hacia una nueva forma de poder más hermética y providencial: la democracia moderna, que hunde sus raíces en la opinión pública.

Tocqueville analiza el advenimiento de la democracia como consecuencia de un proceso de varios siglos antes. Su origen históricamente tiene lugar con la centralización monárquica que había reducido la diversidad medieval y el localismo a favor de crecientes agregados nacionales, basados en un poder administrativo central.

El poder unificador del sistema democrático moderno y, consiguientemente, la expansión de la ciudadanía, se funda en un conjunto de procesos que destruyeron gremios, estamentos, clases y asociaciones que conferían a la población una capacidad de limitar el poder.

partir de una serie de pactos y compromisos en que los ciudadanos poseían una serie de “derechos bien adquiridos”.

La segunda cuestión relevante es la *participación* de los ciudadanos en el gobierno y las funciones públicas. En la teorización de Aristóteles, los ciudadanos de la *polis* ejercen directamente las funciones judiciales y gubernativas. En cambio, el sistema representativo en la sociedad moderna torna accesible la participación directa sólo para una porción de los ciudadanos. Se plantea, entonces, la cuestión de la legitimidad de una representación del poder.

### 3. La ciudadanía ¿es el mayor logro moderno?

La ciudadanía se presenta no sólo como un derecho fundamental, sino como base de muchos otros derechos fundamentales, de tal forma que ha devenido algo parecido a la “madre de todos los derechos”. Así, en la bibliografía sobre el tema, es bastante frecuente que los autores utilicen la clásica definición de ciudadanía de Hannah Arendt como “el derecho a tener derechos”. Para algunos autores, incluso “La condición de ciudadano es el mayor logro de la civilización moderna...”, frente al cual “todos los demás empalidecen ante él”<sup>54</sup>. ¿En qué reside entonces el logro moderno?

Ante todo, hemos de considerar dos significaciones diversas de ciudadanía existentes en la cultura política moderna y que se corresponden a la confluencia de dos tradiciones diferentes: la liberal y la republicana. Según la primera, la ciudadanía posee un estatus referido a un conjunto de derechos garantizados por la ley y, en particular, los derechos políticos que están en la base de la representación legítima. En este sentido, la ciudadanía es una categoría social<sup>55</sup> de carácter abstracto que, con el solo hecho de la nacionalidad, identifica a los individuos sin atención a las particularidades socioculturales ni a los grupos de pertenencia o preferencias políticas. En la segunda significación, asociada a la tradición republicana, la ciudadanía se refiere a los individuos que participan de alguna forma en la vida asociativa política y político-social.

---

El proceso de centralización del poder se da paralelamente a la destrucción de las formas de vida comunitarias, arraigadas en la rica diversidad de las instituciones medievales.

<sup>54</sup> GINER, Salvador. “Ciudadanía pública y democracia participativa”, *Filosofía i Pensament*, [www.alcoberro.info/V1/republica6.htm](http://www.alcoberro.info/V1/republica6.htm), 2006.

<sup>55</sup> La categoría social, en sociología, es un conjunto de personas que comparten alguna característica en común como en este caso un estatus, pero que, a diferencia de los grupos sociales, no poseen un sistema de interacciones mutuas relativamente duraderas. Ver, por ejemplo: GARCÍA FERRANDO, Manuel (coord.), *Pensar nuestra sociedad- Fundamentos de sociología*; Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, ps. 125/128.

En ambas acepciones, el término ciudadanía se refiere esencialmente a la relación de los individuos con la vida política, pero en la tradición republicana el posicionamiento activo, el compromiso cívico y la participación resultan ser elementos vitales para la unidad política, mientras que en la versión liberal, al menos para un liberalismo consecuente, tales términos resultan potencialmente amenazantes para la libertad individual. Ahora bien, veámos que la ciudadanía se forja a expensas de las antiguas comunidades de pertenencia por “liberación de ellas”, así como de la “mano muerta del pasado”. ¿Cuáles son, pues, las capacidades políticas que hemos ganado?

Siguiendo la tradición iniciada por Tocqueville de analizar la democracia como sistema de poder, Hannah Arendt pone en discusión ese *logro*, especialmente las capacidades deliberativas —considérese la relación intrínseca de los ciudadanos con la política—, dado que en la Modernidad, “nuestra capacidad para la acción y el discurso han perdido parte de su anterior calidad”<sup>56</sup>. Aquellas habilidades que caracterizaban a los ciudadanos de la Antigua Grecia.

Señala Arendt que la ciudadanía moderna nace acompañada de los Estados nacionales, los cuales se forjan a imagen y semejanza de una familia. La nación, entonces, es una especie de familia supernumerosa de ciudadanos iguales ante la ley. Pero, la “victoria de la igualdad es sólo el reconocimiento legal y político del hecho de que esa sociedad ha conquistado la esfera pública”<sup>57</sup>, que en Grecia se encontraba estrechamente vinculada a lo político, y donde los ciudadanos “tenían que distinguirse constantemente de los demás, demostrar con acciones únicas o logros que era el mejor”<sup>58</sup>.

El ciudadano moderno, por lo tanto, aparece como despolitizado —contradicción inconcebible para los antiguos griegos y romanos— o, en todo caso, su participación política se presenta como un asunto privado<sup>59</sup>.

<sup>56</sup> ARENDT, Hannah. *La condición humana*, Paidós, Buenos Aires, 2005, ps. 58/59.

<sup>57</sup> ARENDT, Hannah. *La condición humana*, cit., p. 52.

<sup>58</sup> ARENDT, Hannah. *La condición humana*, cit., p. 52.

<sup>59</sup> La politización del ciudadano era obligatoria en Grecia, al punto que “la ley ateniense no permitía permanecer neutral y castigaba con pérdida de ciudadanía a quienes se negaban a tomar parte en la pugna de las distintas facciones (ARENDT, Hannah. *La condición humana*, cit., p. 35). Resulta significativo que uno de los argumentos por lo que se acusó a Sócrates, en el juicio por el que fue ejecutado, fue el de no cumplir con sus deberes de ciudadano por no participar de los asuntos públicos.

¿Cómo ha sido posible que la expansión de la ciudadanía se haya dado a expensas de su atributo definitorio, que era la capacidad para la acción política? Eso se debe a que la aparición del Estado-nación coincide históricamente con el reemplazo del espacio público político por el mercado.

Cuando se produce esta sustitución del espacio público-político por el mercado, la ciudadanía moderna queda estrechamente asociada con el trabajo (ver cuadro 1). Justamente, la condición que los griegos rechazaban como condición de acceso a la ciudadanía porque el trabajo estaba ligado a la necesidad, ergo, opuesto a la libertad. Paradójicamente, la República moderna, bajo esta perspectiva arendtiana, sólo es posible cuando el espacio público-político, que es un espacio conformado por acciones humanas, ya no existe. En cuanto el espacio público aparece desdibujado y sus fronteras borrosas difíciles de identificar, por consiguiente, también lo son los mecanismos de participación de los ciudadanos, de *ejercicio activo de la ciudadanía*.

Bajo el sistema representativo, la acción política es delegada a los representantes en un espacio dudosamente político que, al mismo tiempo, aparece privatizado y escindido de la ciudadanía. La pérdida de capacidades por parte del Estado a partir del llamado “proceso de globalización” ha incrementado el hiato entre la ciudadanía y sus representantes en lo que se ha visto como “crisis de representatividad”.

Por otra parte, la ciudadanía que tradicionalmente aludía a los derechos políticos, ha incorporado una serie de sucesivas “generaciones de derechos”, como los sociales o los económicos, pero sin que esto provoque un incremento en el estrecho margen de acción política de los ciudadanos, lo cual resulta comprensible teniendo en cuenta, como señala Hannah Arendt, que la ciudadanía moderna está, de hecho, estrechamente asociada con el trabajo. Este último tipo de derechos<sup>60</sup> ha sido incorporado en desmedro del carácter político de la ciudadanía.

<sup>60</sup> Los derechos sociales, muchas veces y especialmente en tiempos de políticas neoliberales, tienen un mero carácter de guías normativas sin cumplimiento efectivo, especialmente en todo el llamado Tercer Mundo.

### Cuadro 1. Comparación entre la ciudadanía en la Grecia Antigua y en la Modernidad según el análisis de Hannah Arendt de la esfera pública

	Grecia Antigua	Modernidad
1	Carácter restringido (ejercida por una minoría masculina)	Tiene un carácter universal
2	Ejercen el poder directamente	Ejercen el poder a través de sus representantes
3	Posición activa	Posición pasiva
4	Asociada al espacio público político	Asociada al trabajo y a la esfera privada

#### SEGUNDA PARTE

*Todo verdadero republicano chupó junto con la leche de su madre el amor a la patria, sólo vive por ella; en cuanto está solo, se siente anulado: en cuanto no tiene patria deja de existir y si no está muerto, está peor todavía.*

JEAN JACQUES ROUSSEAU, *Consideraciones sobre el gobierno de Polonia*

#### IV. LA CIUDADANÍA Y EL PRINCIPIO DE SOBERANÍA POPULAR EN ROUSSEAU

##### 1 La ciudadanía en Rousseau

El análisis de Hannah Arendt sobre las transformaciones de la esfera pública moderna nos permite comprender el carácter intrínsecamente dilemático de la existencia de una ciudadanía pospolítica. En este capítulo indagaremos el concepto de ciudadanía en Rousseau, especialmente en el *Contrato social*, con el objetivo de rastrear el proceso de despolitización que ha sufrido luego de la Revolución Francesa.

Para comprender qué es la ciudadanía en Rousseau. En primer lugar se debe considerar su concepción de soberanía, pues, ante todo, el ciudadano se define como miembro del soberano<sup>61</sup>. Y —como explica en los

<sup>61</sup> La soberanía tiene un camino que va de Bodino a Rousseau y luego deriva en la Teoría del Poder Constituyente en Emmanuel Sieyès y ampliada luego en Carl Schmitt. En el surgimiento del Estado constitucional, el concepto de soberanía heredado de la monarquía absoluta fue un ingrediente insoslayable del poder constituyente; una vez asentado el Estado constitucional, la soberanía es paulatinamente debilitada, desterrada y pretendidamente separada del derecho constitucional, como es el caso de Kelsen, por ejemplo, al referirse a la incompatibilidad del derecho internacional con la soberanía: “Bajo la influencia del dogma de la soberanía se dice a menudo que el derecho internacional convencional es creado por los Estados, cuando en rigor de verdad lo es por la comunidad internacional que



capítulos VI y VII del *Contrato social*— la ciudadanía surge de un acto de voluntad: el *pacto social*, por el cual “cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, recibiendo a cada miembro como parte indivisible del todo”<sup>62</sup>.

El *pacto social* es un pacto de asociación por el que los hombres se crean a sí mismos como ciudadanos (al crear una comunidad política), a partir del cual pasan a conformar la *voluntad general*<sup>63</sup>, que no es otra cosa que la *voluntad del pueblo* erigida como soberana. A su vez, en condición de soberanos, los ciudadanos son partícipes en la promulgación de la ley.

He aquí el potencial revolucionario de la concepción de ciudadanía en Rousseau y de la cual los revolucionarios franceses son tributarios. El “principio de soberanía popular” aquí originado “sustituyó la idea de que el Estado constituía un dominio personal del príncipe por la idea de que el Estado pertenece al pueblo, devenido como un conjunto de ciudadanos y no de súbditos”<sup>64</sup>. Ahora vamos a ver más detenidamente las características del ciudadano rousseaniano.

A. En primer lugar, no se limita a su mero estatus jurídico, algo inherente al *pacto social*; se trata de un pacto de compromiso, ya que los ciudadanos al adherirse a él quedan comprometidos con el cuerpo político. Ellos forman parte de un todo que es soberano, creador y garante de las leyes, “y que, por lo tanto, es contrario a la naturaleza del cuerpo político que el soberano se imponga una ley que no pueda infringir”<sup>65</sup>.

B. Siendo, entonces, los ciudadanos partes de un todo encarnado en el cuerpo político (soberano): implica una relación biunívoca entre Estado y ciudadanía. Por lo tanto, los ciudadanos reúnen la doble condición de soberanos y súbditos. Ello no encierra una contradicción, ya que los ciudadanos son soberanos a partir de sus derechos y súbditos en cuanto a sus deberes. El goce de los primeros sin el cumplimiento de los segundos<sup>66</sup> sería “una

---

ellos constituyen, de la misma manera que el creador del derecho nacional es el Estado por medio de sus órganos” (KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 1997, p. 197).

<sup>62</sup> ROUSSEAU, Juan Jacobo, *El contrato social*, Libro I, Altaya, Barcelona, 1998, p. 15.

<sup>63</sup> La *voluntad general*, que es una noción fundamental de la ciudadanía contemporánea, legado de Rousseau; pero cabe distinguir la ciudadanía como sujeto de la cosa pública y fuente última de la legitimación del poder, que en Rousseau no es “fuente de” sino que es legítima en sí misma.

<sup>64</sup> LEVI, Lucio, “Nacionalismo”, cit., p. 1027.

<sup>65</sup> ROUSSEAU, Juan Jacobo, *El contrato social*, cit., p. 17.

<sup>66</sup> Esto es posible, ya que “cada individuo puede, en cuanto hombre, tener una voluntad particular contraria o diferente a la voluntad general que tiene como ciudadano” (ROUSSEAU, Juan J., *El contrato social*, cit., p. 18).

injusticia cuyo progreso causaría la ruina del cuerpo político”<sup>67</sup>. De este isomorfismo entre Estado y ciudadanía, resulta la imposibilidad de que una parte pueda tener intereses contrarios a los de la otra. Resulta evidente el carácter imperativo del *pacto*, pues “quien se niegue a obedecer la voluntad general será obligado por todo el cuerpo: lo que no significa sino que se le obligue a ser libre”<sup>68</sup>.

El ciudadano rousseiano posee un gran parecido con el de la antigua democracia griega —en la que el mismo Rousseau se inspiraba por el profundo grado de compromiso, participación y patriotismo de los ciudadanos—, sólo que debido a su concepción de derecho natural los hombres poseen derechos que son deducidos del estado de naturaleza y con ese basamento la ciudadanía se ha extendido a todos los miembros de la comunidad<sup>69</sup>.

Sin embargo, en su *Proyecto de Constitución para Córcega*<sup>70</sup>, Rousseau se encuentra ante la necesidad de elaborar un proyecto viable para una nación concreta. Y surge que “a causa de la extensión de la isla su aplicación exige realizar algunas modificaciones, pues un gobierno puramente democrático conviene más a una pequeña ciudad que a una nación”. En su lugar, propone un “gobierno mixto, en el que el pueblo se reúna por partes y se cambie con frecuencia los depositarios del poder”<sup>71</sup>.

<sup>67</sup> ROUSSEAU, Juan Jacobo, *El contrato social*, cit., p. 18.

<sup>68</sup> ROUSSEAU, Juan Jacobo, *El contrato social*, cit., p. 19.

<sup>69</sup> A partir de estos aspectos más tradicionales del *Contrato social*, Jellinek afirma que “el individuo no concentra para sí un solo átomo de derecho en cuanto entre el Estado, todo lo que le corresponde en materia de derechos lo recibe de la *volonté générale*, la única que determina sus límites, y lo que no puede ni debe ser restringida por ninguna fuerza”. De ello extrae Jellinek que el *Contrato social* no da lugar a ninguna declaración de principios, refutando de esa manera la idea difundida del ascendiente de Rousseau en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (JELLINEK, Georg, “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano”, [www.der.uva.es/constitucional/materiales/libros/jellineks.pdf](http://www.der.uva.es/constitucional/materiales/libros/jellineks.pdf) 6/7/2007, p. 85).

<sup>70</sup> En esa obra, el filósofo suizo expone la principal fuerza corruptora del hombre que es la riqueza asociada a la prosperidad de las ciudades; por ello, el carácter antitético del burgués y del campesino. La vida *más simple y rústica* del último (menos corrompido por esas fuerzas) es el sujeto sobre el cual es posible la implementación de la constitución republicana. Los burgueses “entregados a la molición y a las pasiones que excita, se hunden en la vida licenciosa y se venden con tal de satisfacerla; el interés los vuelve serviles y la holgazanería inquietos, son esclavos o rebeldes, pero nunca libres” (ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Proyecto de Constitución para Córcega*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 15). En contraposición, los campesinos “tienen mayor afección por su suelo que los ciudadanos por su ciudad” (...) De donde contento con su situación, que hace al hombre apacible y el amor a la patria, que lo vincula a su Constitución” (ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Proyecto...*, cit., p. 8).

<sup>71</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Proyecto...*, cit., p. 10.

El modelo de “gobierno mixto” que presenta el filósofo suizo concilia dos principios que en el *Contrato social* se presentaban como opuestos. El primero consiste en “confiar la administración a un pequeño número —de ciudadanos—, lo que permite elegir a los mejor formados”. De ello no surge la necesidad de elección de diputados o la existencia de un parlamento, lo que llevaría a la transformación del gobierno en aristocrático. Por eso, el primer principio debe conjugarse con este otro: “...hacer participar a todos los miembros del Estado en la autoridad suprema, lo que pone a todo el pueblo en un equilibrio perfecto y le permite expandirse por toda la superficie de la isla y de poblarla toda ella uniformemente”<sup>72</sup>.

A pesar de que Rousseau infringe aquí el principio de la voluntad general del *Contrato social*, al existir una administración confiada a un pequeño número, el carácter *legitimador de la ley* ante los ciudadanos se sostiene en el reconocimiento de ellos hacia el pacto social. Eso hace que la ley se mantenga acorde a la voluntad popular.

## 2. La dualidad entre el hombre y el ciudadano en Rousseau

Hemos visto que en la concepción republicana de Rousseau, el ciudadano está imbuido de un fuerte sentido cívico de compromiso con la comunidad. Podemos distinguir aquí una tensión entre la libertad individual y el interés de la comunidad. En efecto, la voluntad general, la ley y la soberanía se encuentran por encima de la libertad individual.

De acuerdo con la concepción antropológica de Rousseau, por la cual los hombres son libres e iguales por naturaleza, los derechos del individuo son previos a los políticos; sin embargo, la atribución de los derechos depende de la “pertenencia a una comunidad”. Esa pertenencia, a su vez, es atribuida no sólo a la tierra de origen, sino que resalta la importancia de dimensiones culturales.

Ahora bien, siendo imposible el retorno del hombre al estado de naturaleza, surge la necesidad de crear una figura que asuma la igualdad como parte esencial de su identidad. La igualdad es subsumida por el ciudadano como una de sus cualidades más próximas y necesarias, lo que implica una serie de aspectos que van más allá de la igualdad legal y requiere de una unidad indivisible entre las características culturales de la comunidad y la organización política.

En estas ideas, se puede identificar una antinomia, pues todo ciudadano es hombre, pero no todo hombre es ciudadano. Todo hombre tiene derechos en virtud de su condición humana, pero no todo hombre posee los

<sup>72</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Proyecto...*, cit., p. 11.

derechos políticos. ¿Quiénes son, pues, los ciudadanos? “Los miembros del soberano en toda su dimensión”, los que comparten la voluntad general y son partícipes en la promulgación de la ley, pues el ciudadano debe reconocer en la voluntad general el elemento generalizable de su propia voluntad<sup>73</sup>.

De allí la importancia de la opinión pública, costumbres y hábitos que no se graban “ni sobre mármol ni sobre bronce, sino en el corazón de los ciudadanos: ella es la verdadera *constitución de Estado* (...) que mantiene en el pueblo el espíritu de su institución, y, sustituye insensiblemente la fuerza del hábito a la de la autoridad”<sup>74</sup>.

Desde la ciudadanía, la concepción de sistema representativo no tenía lugar en el esquema político del ginebrino, ya que esta mediación implicaba una usurpación a la soberanía, “siendo la soberanía el ejercicio de la voluntad general, no puede enajenarse nunca, y el soberano, que no es sino un ser colectivo, no puede ser representado más que por sí mismo...”<sup>75</sup>. Sumado esto a sus argumentos en pro del cumplimiento estricto de la conformidad política y religiosa.

Pero ese ciudadano nace de la transformación del hombre natural, libre y racional, apropiado para la vida aislada y autárquica. Se puede considerar que esa antinomia no lleva la marca de un pensamiento liberal —aunque su concepción de hombre haya contribuido (contra su voluntad) en un rico legado al liberalismo—, sino que responde a su vertiente republicana.

En el hombre, transformado en ciudadano, sin embargo, subyace (por su condición natural) una contradicción entre sus inclinaciones y sus deberes, siendo los últimos los que caracterizan al ciudadano. Tal contradicción también se encuentra en la base de la disyunción entre la moral universal y el patriotismo. De ahí su crítica al cristianismo, ya que en su universalismo tiende a formar más personas que ciudadanos puesto que “el cristianismo, lejos de conseguir que los corazones de los ciudadanos, se fundan con el Estado, los separa de él como de todas las cosas de la tierra”<sup>76</sup>.

<sup>73</sup> La opinión pública se haya compuesta tanto por juicios políticos como morales coincidentes con la voluntad general, la que de ninguna manera debe confundirse con la “voluntad de todos; ésta no tiene en cuenta sino el interés común; la otra busca el interés privado y no es sino una suma de voluntades particulares...” (ROUSSEAU, Juan Jacobo, *El contrato social*, Libro II, Altaya, Barcelona, 1998, p. 28).

<sup>74</sup> ROUSSEAU, Juan Jacobo, *El contrato social*, cit., p. 54.

<sup>75</sup> ROUSSEAU, Juan Jacobo, *El contrato social*, cit., Libro II, p. 25.

<sup>76</sup> ROUSSEAU, Juan Jacobo, *El contrato social*, cit., p. 135.

## V. MARX Y LA CIUDADANÍA COMO UNA “FICCIÓN” LEGITIMADORA DEL ESTADO BURGUÉS DE DERECHO

La dualidad existencial en el modelo teórico de Rousseau, entre el hombre y el ciudadano, cobra carácter antinómico en la solemne DDHC. No desarrollaremos aquí la influencia que el ginebrino tuvo en los revolucionarios franceses; sólo nos limitaremos a examinar de forma relacional la diferencia entre su concepción republicana en la que es concebida la ciudadanía como principio constitucional surgido de la Revolución Francesa<sup>77</sup>. Para analizar la antinomia entre los derechos del hombre y del ciudadano, recurriremos al opúsculo del joven Marx<sup>78</sup>, *La cuestión judía*.

Si nos atenemos a la letra de la DDHC, en principio, parece no haber antinomia entre el hombre y el ciudadano, pues el énfasis en los derechos individuales se encuentra matizado con el interés común. Así, se definen los derechos “naturales e imprescriptibles” como la libertad, la propiedad, la seguridad, pero bajo el principio de que “... toda soberanía reside esencialmente en la Nación” (art. 3°) y que la “ley es la expresión de la voluntad general” (art. 6°), —que remite al principio de *soberanía popular*—. Ahora bien, se pregunta Marx, ¿qué le corresponde al hombre y qué al ciudadano? Ambas clases de derechos aparecen fusionados en la Declaración; sin embargo, los derechos del ciudadano se distinguen como una clase específica de derechos que son los políticos.

<sup>77</sup> Cabe tener en cuenta que Rousseau era enemigo de la propiedad privada capitalista y rechazaba la sociedad de su época sobre la base de un ideal de pequeños propietarios agrarios, igualitario y precapitalista. No está mirando al futuro sino al pasado, tomando como modelo la *polis* griega.

He aquí que al estudiar la influencia de Rousseau en la ciudadanía moderna debemos considerar la diferencia respecto de Sieyès y los demás ideólogos de la Revolución, no sólo en el orden “filosófico” del primero y “político” de los segundos, sino en las diferencias ideológicas. Pues la Revolución Francesa, como revolución burguesa, es en sí misma contraria a la vertiente republicana que defendía Rousseau, basada en el campesino y en las virtudes cívicas, y no en el burgués. Habiendo hecho esta distinción, vamos a ver qué tipo de ciudadano nace con la Revolución.

<sup>78</sup> La visión materialista de Marx, uno de los grandes teóricos antiestatales del siglo XIX, resulta apropiada para indagar las contradicciones de la legitimidad del Estado burgués de derecho. De acuerdo a la concepción del cambio histórico del socialismo científico de Marx y Engels, con la centralidad en la lucha de clases, la Revolución Francesa consolida a la burguesía en el poder, el Estado pasa a ser un Estado burgués. Todo el aparato conceptual legitimador del Estado constitucional se encuentra revestido bajo este enfoque de ideología burguesa. “El Tercer Estado es una nación completa”, pero bajo la mirada de Marx es una consigna con la cual la burguesía reivindica el dominio general creando una ficción en la que ignora los conflictos de clase latentes en ese 96% de la población.

El hombre se presenta caracterizado en su doble condición como *homo* y como *ciotoyen*<sup>79</sup>. “¿Quién es el hombre distinto del ciudadano?”, se pregunta Marx, y responde: “Ni más ni menos que el *miembro de la sociedad burguesa*”, y continúa reflexionando: “¿Por qué se llama ‘hombre’, hombre a secas? ¿Por qué se llaman sus derechos *derechos humanos*? ¿Cómo explicar este hecho?”<sup>80</sup>. El hecho se explica porque “los llamados *derechos humanos*, los *droits de l’homme*, no son otra cosa que los derechos del *miembro de la sociedad burguesa*, es decir, del hombre egoísta, separado del hombre y de la comunidad”<sup>81</sup>. El hombre, es entonces, hombre burgués que como “mónada aislada” está separado de la comunidad y, a su vez, “separado del hombre”.

Los derechos del hombre (libertad, propiedad privada, igualdad, seguridad), no son, por lo tanto, los derechos del hombre concreto, sino del individuo aislado, replegado sobre sí mismo, que es el fundamento de la sociedad burguesa, mientras que a la condición ciudadana le queda una soberanía imaginaria; así, a cambio de ser despojado de su vida real como individuo, el hombre es dotado de una “generalidad abstracta” como ciudadano.

La *soberanía popular* es ficticia porque no representa al hombre real. En este sentido, el pensador alemán la caracteriza como portadora de elementos místicos, ya que los miembros del Estado político vinculan su soberanía a “un ser ajeno, distinto del hombre real”. El Estado viene a ser un “dios laico”, mientras que “la religión es precisamente el reconocimiento del hombre dando un rodeo, a través de un *mediador* (...) *El Estado es el mediador entre el hombre y la libertad del hombre*”<sup>82</sup>.

Aquí puede establecerse cierta semejanza entre Rousseau y Marx en cuanto a que en ambos la emancipación humana no admite un rodeo o mediación, ya que no habría libertad real, habría enajenación. Sin embargo, parten de concepciones antropológicas diferentes. La afirmación con que el filósofo suizo abre el *Contrato social* —y que ha sido un punto de encuentro de distintos enfoques revolucionarios— marca claramente una perspectiva individualista: “El hombre ha nacido libre y en todas partes se

<sup>79</sup> La raíz de la dualidad del hombre como individuo y como ciudadano se encuentra en la división de la sociedad civil del Estado que da por sentado, a su vez, la doble pertenencia del hombre como persona privada respecto de la sociedad civil y ciudadano respecto del Estado.

<sup>80</sup> Marx, Karl, *La cuestión judía (y otros escritos)*, Planeta-Agostini, Barcelona, 1993, p. 44.

<sup>81</sup> Marx, Karl, *La cuestión judía...*, cit., p. 45.

<sup>82</sup> Marx, Karl, *La cuestión judía...*, cit., p. 33.

encuentra encadenado”<sup>83</sup>. En efecto, el individuo en el estado de naturaleza se presenta como una realidad autosuficiente, un producto acabado y perfectible a partir del uso de la razón.

Si el hombre es un producto de la naturaleza, debe volver a ella. Ese giro no debe entenderse como retorno al “buen salvaje”, sino como una premisa para la reforma de la sociedad. La vuelta a la naturaleza significa la lucha contra todas las instituciones y convenciones sociales y la liberación respecto de ellas del individuo, *naturalmente bueno*. Y si bien, en sus modelos de sociedad se requiere de las virtudes cívicas de los ciudadanos, y de una serie de elementos culturales —religión, costumbres, el amor a la patria, etc.—, no deja de ser parte de un ejercicio de ingeniería política y constitucional. El pensamiento burgués se sirvió de esa concepción individualista dejando de lado sus ideales igualitarios.

La paradoja que señala Marx de esta escisión entre derechos pre y post estatales, es que la ciudadanía, en cuanto comunidad política, es reducida “a mero medio para la conservación de los llamados derechos humanos; el ciudadano es declarado servidor del hombre egoísta”. Por ello, es para él, un enigma el que “un pueblo que comienza a liberarse, a derribar todas las barreras que separan a sus diferentes miembros, a fundar una comunidad política, que un pueblo así proclame solemnemente (...) la legitimidad del hombre egoísta, separado de su prójimo y de su comunidad”<sup>84</sup>.

Cabe preguntar, si en la Revolución Francesa no se alcanzó la emancipación humana ¿Qué tipo de emancipación se logró? Y consiguientemente, ¿cómo se alcanza la liberación humana en el enfoque de Marx? La Revolución marcó la emancipación del Estado político al neutralizar las desigualdades y diferencias propias de la sociedad de estamentos, a partir del Estado constitucional. Como proclamaba Sieyès: “...todo al tercer Estado”, o sea, abatir “los privilegios de la toga y la espada”. En efecto, el Estado, por ejemplo, pasa a ser Estado político al superar al Estado teológico —abstrayéndose de la religión y comportándose políticamente respecto de ella<sup>85</sup>—. Ahora, las convierte en diferencias no políticas que actúan, sin embargo, a su modo: “El Estado suprime a su modo las diferencias de nacimiento, estamento, cultura, ocupación, declarándolas apolíticas, pro-

<sup>83</sup> ROUSSEAU, Juan Jacobo, *El contrato social*, cit., Libro I, p. 4.

<sup>84</sup> ROUSSEAU, Juan Jacobo, *El contrato social*, cit., Libro I, p. 47.

<sup>85</sup> “El Estado democrático, el Estado real no necesita de la religión para ser políticamente completo. Por el contrario, puede abstraer de la religión, toda vez que realiza profanamente el fundamento humano de la realidad. En cambio, el Estado llamado cristiano se comporta políticamente con la religión y religiosamente con la política...” (ROUSSEAU, Juan Jacobo, *El contrato social*, cit., Libro I, p. 38).



clamando por igual a cada miembro del pueblo partícipe de la soberanía popular sin atender a esas diferencias, tratando todos los elementos de vida real del pueblo desde el punto de vista del Estado. No obstante el Estado deja que la propiedad privada, la cultura, las ocupaciones actúen a su modo y hagan valer su ser específico. Muy lejos de suprimir estas diferencias de hecho, la existencia del Estado las presupone, necesita oponerse a estos elementos suyos para sentirse como Estado político e imponer su generalidad”<sup>86</sup>.

Por lo tanto, la liberación del hombre no es equivalente a la del Estado, pues, “el Estado puede ser libre sin que el hombre sea libre”. La liberación humana se consigue liberando a los hombres del Estado. Sin Estado, ¿qué le queda a la sociedad civil? “Toda emancipación —dice Marx— consiste en *reabsorber* el mundo humano, las situaciones y relaciones, en el *hombre mismo*”. Por lo tanto, la liberación sólo se puede alcanzar cuando “el individuo real, reabsorba en sí mismo al ciudadano abstracto y, como hombre individual, exista a nivel de especie”<sup>87</sup> en su vida empírica, en su trabajo individual, en sus relaciones individuales”.

---

<sup>86</sup> MARX, Karl, *La cuestión judía...*, cit., p. 34.

<sup>87</sup> El concepto de “hombre a nivel de especie”, base de la concepción antropológica de Marx, confiere a otros textos de juventud como los *Manuscritos de 1844*. Allí Marx define la universalidad del hombre en relación con la naturaleza; ésta es su “cuerpo inorgánico” en cuanto debe mantenerse con proceso constante con ella para sobrevivir. El carácter genérico del hombre se revela respecto de la naturaleza: “1º) como medio de subsistencia, 2º) como materia, el objeto y el instrumento de su actividad vital” (MARX, Karl, “Los manuscritos de 1844”, en *La cuestión judía...*, cit., p. 98). Se trata de una concepción de hombre materialista, pues lo que el hombre es se define primero por su naturaleza corpórea, y segundo, por “su comportamiento hacia el resto de la naturaleza”. Lo que distingue al ser humano de los animales es la producción de sus medios de vida. Los hombres traban relaciones con la naturaleza, la transforman y en ese acto traban relaciones sociales. Al transformar la naturaleza transforman su propia naturaleza (MARX, Karl, “La ideología alemana”, en *La cuestión judía...*, cit., ps. 149/160). Por ello, su concepción del hombre, aparte de ser materialista, es historicista, *materialista histórica*. La esencia humana, “no es algo abstracto inherente a cada individuo. Es en su realidad, el conjunto de las relaciones sociales”. Marx expresa de esa forma su insatisfacción con Feuerbach, que “diluye la esencia humana en la esencia religiosa”. Su enfoque, “abstraído de la trayectoria histórica (...) —presupone— un individuo humano abstracto, *aislado*” (“La ideología alemana”, cit., p. 231). Partiendo de estas premisas materialistas, el joven Marx deduce el estado de alienación del hombre como “ser a nivel de la especie”. Si lo que caracteriza al *hombre* como ser *genérico* —y lo diferencia de los animales— es la “producción de sus medios de vida”, desde el momento en que el trabajo ni el producto del trabajo pertenece al hombre, “el trabajo enajenado lo enajena al hombre 1º) de la naturaleza, 2º) de sí mismo, de su propia función activa, de la actividad con que vive, le enajena al hombre la especie...” (“Los manuscritos...”, cit., p. 98).



En este sentido, Marx parte de un punto de vista opuesto al de Rousseau. El último concebía al hombre en el estado de naturaleza como una unidad autosuficiente y aislada. Partiendo de esa base, elaboró un ideal de sociedad sustentada sobre la base de la organización política de la comunidad, devenida comunidad de ciudadanos libres y soberanos. Ello requería un ejercicio de ingeniería constitucional de transformar al hombre, de ser naturalmente individual en ser comunitario. Como podemos observar en el siguiente pasaje: “Aquel que ose comprender la obra de instituir un pueblo, debe sentirse capaz de cambiar, por decirlo así, la naturaleza humana; de transformar a cada individuo, que por sí mismo es un todo perfecto y solitario, en una parte de un todo más grande, del que recibe, en cierto modo, este individuo su vida y su ser (...) Es preciso, en una palabra, arrebatar al hombre sus propias fuerzas para darle otras que le serán extrañas, y de las cuales no puede hacer uso sin el auxilio de otro”<sup>88</sup>.

Rousseau concibe la naturaleza humana como algo ahistórico e incluso presocial, lo que es contrario al punto materialista de Marx. En segundo lugar, ese acto de “instituir un pueblo” constituye una forma de alienación del hombre y no de liberación, pues para Marx, así como la religión no crea al hombre, sino el hombre a la religión, “la constitución no crea al hombre sino el hombre a la constitución”.

## VI. SCHMITT Y LA TENSIÓN ENTRE DEMOCRACIA Y LIBERALISMO

Veámos en el capítulo V que con la Revolución Francesa y el surgimiento del Estado burgués de derecho, la ciudadanía surge bajo supuestos muy diferentes de los que subyacen a la concepción republicana de Rousseau. Según la teoría de Schmitt, el Estado burgués de derecho encierra una paradoja al conciliar dos principios en sí mismos incócilables: el sistema democrático y el liberalismo. Su noción de democracia es, ciertamente, muy parecida a la de Rousseau: la democracia es identidad entre gobernantes y gobernados. Supone, necesariamente, homogeneidad: “Toda democracia (...) descansa fundamentalmente sobre el presupuesto de la homogeneidad plena e indivisible”<sup>89</sup>. El carácter contradictorio de la democracia liberal resulta de que, mientras el poder político en la democracia estriba en eliminar todo lo que amenaza a la homogeneidad, el liberalismo pretende conciliarlo. La fuente de semejante antagonismo se debe a la conjugación del principio de identidad —propio de la democracia— con

<sup>88</sup> ROUSSEAU, Juan Jacobo, *El contrato social*, cit., Libro II, p. 40.

<sup>89</sup> SCHMITT, Carl, *Legalidad y legitimidad*, Struhart & Cía., Buenos Aires, 2002, p. 60.

el de representación —propio de la monarquía. En este sentido, su visión de democracia coincide con la de Rousseau en tres cuestiones claves: a) es antiliberal, b) es antipluralista, y c) no admite la supremacía de una constitución escrita, al menos, en el sentido de la soberanía del pueblo por encima de cualquier constitución escrita<sup>90</sup>.

¿Es la concepción republicana de Schmitt tributaria de la de Rousseau? El concepto de democracia es muy similar en ambos autores. Dice Schmitt: “...según el presupuesto democrático, el pueblo homogéneo reúne todas las propiedades que garantizan la justicia y la racionalidad de la voluntad por él expresada. No existe ninguna democracia sin el presupuesto de la bondad del pueblo y de que, por tanto, su voluntad constituye un móvil suficiente”<sup>91</sup>.

Sin embargo, el rol que juegan los ciudadanos, específicamente en su desempeño en el espacio público, tiñe las diferencias marcadas en sendos modelos republicanos. No así la cuestión de quiénes son ciudadanos, ya que para ambos autores el fundamento de legitimidad de la democracia reside en la homogeneidad del pueblo; el requisito de los derechos de ciudadanía sólo lo pueden disfrutar quienes participan de esa homogeneidad. Se excluye, por lo tanto, la posibilidad de una ciudadanía cosmopolita. Se debe considerar, a su vez, que los dos autores no admiten la noción liberal presente en la interpretación del poder político como sistema de normas impersonales. Resulta, entonces, conveniente examinar más detenidamente la noción de ciudadanía en Schmitt.

<sup>90</sup> El carácter problemático del Estado de derecho respecto de la voluntad soberana del pueblo estriba en que tiene su origen en una decisión del pueblo que impone sus exigencias al legislador, que a su vez queda sometido a su propia creación: la legalidad que él mismo ha instituido. El creador, queda sometido a su creación, las reglas que él mismo ha creado. El poder constituyente encarnado en la soberanía del pueblo (la nación) queda así determinado en su propia producción normativa. Ello lleva, según nuestro autor, a la “ficción normativista” de la supremacía de la ley, en la que la voluntad política queda circunscripta dentro del ordenamiento legal. La tesis normativista, de esta forma, conlleva el principio de identidad entre el orden jurídico y Estado, sostenido por Kelsen.

En contraposición, para Carl Schmitt, en el Estado de derecho la ley no es otra cosa que un acto deliberado de voluntad. La ley positiva obliga como posición de voluntad. Es decir, su carácter de obligación es externo al contenido de la ley misma y, por consiguiente, muy débil. En un sistema democrático se califica como ley “toda manifestación de la voluntad popular y se atribuye a esta ley toda la dignidad y la majestad que corresponde a este concepto, en virtud de su conexión con el Derecho y la justicia” (Schmitt, Carl, *Legalidad...*, cit., p. 42).

<sup>91</sup> Schmitt, Carl, *Legalidad...*, cit., p. 43.

## 1. La dualidad entre la ciudadanía democrática y los derechos fundamentales en la teoría de Carl Schmitt

El jurista alemán no escribió un trabajo sistemático sobre ciudadanía, pero su concepto de democracia nos permite discernir una de las contradicciones claves del carácter dilemático de la ciudadanía liberal. Sin embargo, la ciudadanía en Schmitt se comprende claramente en relación con su teoría del poder constituyente. En su *Teoría de la Constitución*, al tratar sobre el *poder constituyente*, primero lo define y explica su naturaleza y permanencia, su titularidad y las actividades que lo comprenden y significan: “El Poder Constituyente es la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política, determinando así su existencia como un todo”<sup>92</sup>. Luego expone sus principales atributos: “La Nación es el sujeto del Poder Constituyente”<sup>93</sup>. El problema surge cuando considera la *actividad del poder constituyente*, ya que a diferencia de la monarquía, que era una “organización constituida”, lo cual tiene la ventaja práctica y teórica que consisten “en que hay una entidad firme cuyas manifestaciones de voluntad son claras”, “El Pueblo, como titular del poder constituyente, no es una instancia firme, organizada”<sup>94</sup>. Se aprecia aquí un rasgo fundamental de la vertiente republicana de Schmitt, que no concibe un pueblo deliberativo. En el mismo sentido, en su *Teología política* dice: “...la unidad que un pueblo representa no tiene carácter decisionista; es una unidad orgánica; y con la conciencia nacional brota la noción de Estado orgánico”<sup>95</sup>. De allí proviene la “debilidad” del Pueblo, pero también su “fortaleza”, ya que en virtud de su existencia “no puede ser disuelto (...) y su *voluntad* es superior a toda formalidad o normación”<sup>96</sup>.

<sup>92</sup> SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, Alianza, Madrid, 2003, ps. 93/94. No comentaremos con detalle este capítulo por razones de espacio.

<sup>93</sup> SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, cit., p. 98.

<sup>94</sup> SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, cit., p. 99.

<sup>95</sup> SCHMITT, Carl, *Teología política. Cuatro ensayos sobre la soberanía*, Struhart & Cía., Buenos Aires, 1998, p. 69. En el mismo sentido: “El Pueblo como titular del poder constituyente, no es una instancia firme, organizada. Perdería su naturaleza de pueblo si se erigiera para un normal y diario funcionamiento y para el despacho ordinario de asuntos” (SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, cit., p. 99).

<sup>96</sup> SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, cit., p. 100. En este sentido, declaraba Sieyès: “Una nación no sale nunca del estado de naturaleza y, en medio de tantos peligros, nunca sobran maneras para expresar su voluntad (...) una nación es independiente de toda forma; y de cualquier forma que quiera, basta con afirmar su voluntad para que todo derecho positivo se interrumpa ante ella como ante el origen y el dueño supremo de todo derecho positivo” (SIEYÈS, Emmanuel, *¿Qué es el Tercer Estado?*, p. 147).

¿De qué manera entonces, el Pueblo (la Nación) hace valer su voluntad en cuanto titular del poder constituyente?

“El *Pueblo*, manifiesta su poder constituyente mediante cualquier expresión reconocible de su inmediata voluntad de conjunto dirigida hacia una decisión sobre modo y forma de anuencia de la unidad política”<sup>97</sup>. Es decir, el pueblo hace valer su voluntad asintiendo al representante de su voluntad. Básicamente, ello significa que “es apto para decir *sí* o *no* a las cuestiones fundamentales de su existencia política”<sup>98</sup>. Cuando repasa los canales posibles de expresión de la voluntad del Pueblo, tenemos que las elecciones son un procedimiento establecido “en la mayor parte los países...”, pero aclara enseguida que sería un error antidemocrático “el tener por norma absoluta y definitiva de la Democracia estos métodos del siglo XIX”<sup>99</sup>.

Schmitt se opone de esta forma al concepto de representación típico del liberalismo, es decir, mediante elecciones, centrado en los intereses sectoriales, que conduce al dominio de los partidos políticos y de los intereses económicos. La forma de representación específicamente democrática, de la que parte Schmitt, es de tipo “espiritual”, basada en la identificación pública del pueblo con el presidente, a través de la aclamación o el asentimiento. De esta forma, el único canal indispensable, imprescindible es aquel en el que el Pueblo pueda decir “sí” o “no”; en ese sentido, un procedimiento adecuado resulta ser el plebiscito.

A esto debe agregarse que el representante no recibe el mandato de la voluntad de los representados, como en la teoría liberal, sino que es él mismo quien actualiza la voluntad de los representados, pues ésta no existe salvo en la capacidad del representante para captarla en cuanto “sustancia espiritual común al Pueblo”. En otras palabras, la “voluntad del Pueblo” se manifiesta, no de forma independiente —como en la teoría liberal— sino gracias al representante mismo que la actualiza.

Podría inferirse que el ejercicio de la ciudadanía entendida en tanto ejercicio de participación política en un espacio público, está prácticamente ausente en Schmitt. Esa autoridad correspondería al gobierno, pues es quien “lleva en sí ‘los principios’”; actúa “en nombre de la idea del Estado”<sup>100</sup>. Pero para nuestros propósitos sería parcializado e incompleto sin más, dar cuenta de ese carácter pasivo de la ciudadanía en Schmitt. Se debe tener en cuenta que el autor de *Teoría de la Constitución* asocia

<sup>97</sup> SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, cit., p. 99. El destacado es del original.

<sup>98</sup> SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, cit., p. 99.

<sup>99</sup> SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, cit., p. 100.

<sup>100</sup> SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, cit., p. 204.

la ciudadanía a una institución de la Constitución del Estado burgués de Derecho. La ciudadanía, los derechos inscriptos en ella, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano pertenecen a la *sustancia* de la Constitución moderna y se corresponden a los principios del individualismo burgués. “El *Estado* aparece como el servidor, rigurosamente controlado, de la sociedad...”. Toda esa normatividad y juridicidad del Estado de derecho, parece ocultar que “sigue siendo un *Estado*, y contiene un otro elemento específicamente *político*”<sup>101</sup>. Por lo tanto, los atributos propios del Estado de derecho sólo son una parte de la Constitución.

Schmitt se pregunta si la política puede ser sinónimo de universalidad, de humanidad, de ausencia de conflicto —lo cual posibilitaría la existencia de una comunidad mundial y una ciudadanía cosmopolita— o si más bien significa particularidad (sea social, nacional o cultural) y, por tanto, conflicto y lucha de valores, fines e intereses.

En *El concepto de lo político*, Carl Schmitt se pregunta por el criterio que define la esencia de lo político. Su planteo surge en un contexto histórico de la República de Weimar y de lo que se presentaba según su perspectiva como dos hechos históricos definitorios de su época: a) el fin del Estado no intervencionista edificado por el liberalismo en el siglo XIX; y b) el proceso de democratización de la vida política.

a) El primero de estos hechos implicaba para Schmitt el fin de la contraposición Estado-sociedad civil. El Estado era el ámbito propio de lo político, y la sociedad civil se compone de campos políticamente neutrales, tales como la economía, la educación o la religión. Ese hecho comportaba la crisis de uno de los supuestos clave del liberalismo, ya que implicaba la interpenetración Estado-sociedad civil.

b) La democratización, para nuestro autor, refuerza la identificación entre Estado y sociedad. La expansión de la actividad estatal no deja lugar a los ámbitos políticamente neutrales. De allí la contradicción entre el *principio del liberalismo*, apoyado sobre el principio de libertad, los derechos y garantías del ciudadano (o sea del individuo burgués) que limitan el intervencionismo estatal y el *principio democrático* basado en la igualdad, la homogeneidad del Pueblo y la identidad entre gobernantes y gobernados. La crisis de la sociedad liberal y el triunfo del principio democrático culminaría, según Schmitt, en el *Estado total*, donde quedaría superada la contraposición del Estado y la sociedad civil<sup>102</sup>.

<sup>101</sup> SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, cit., p. 137.

<sup>102</sup> FRANCÉ, Javier, *¿Qué es la política? Tres respuestas: Aristóteles, Weber y Schmitt*, Catarata, Madrid, 2004, ps. 137/138.

El advenimiento del *Estado total* dejaría sin efecto la definición de lo político como ligada al derecho público y lo estatal. La expansión del Estado, al tornar todo potencialmente político revelaba la inespecificidad de lo político, lo cual le permitía a Schmitt la redefinición de la política en función de los criterios que regulan su actividad, entendida como pensamiento y acción.

Para Schmitt, el criterio que define la esencia de lo político es “la distinción entre el amigo y el enemigo. Ella da a los actos y a los motivos humanos sentido político; a ella se refieren en último término todas las acciones y motivos políticos...”<sup>103</sup>. Lo específicamente político no radica en ninguna verdad objetiva o esencia ni tampoco se deriva de ningún otro criterio derivado de otros dominios de la actividad humana —tales como el bien y el mal de acuerdo con la moral; lo bello y lo feo en lo estético; lo útil o dañoso en lo económico—, sino que se funda en una decisión, es decir, una voluntad, lo que remite a la idea de fuerza. Esa decisión fundante, originaria y constitutiva de la comunidad política es inconsulta, basada en valores no objetivos, atributo exclusivo del soberano, siendo el soberano “aquel que decide en el estado de excepción”<sup>104</sup>.

¿Qué consecuencias comporta este criterio referido a la ciudadanía? En primera instancia, como resulta fácil advertir, únicamente poseen derechos de ciudadanía quienes se encuentran incluidos dentro de la categoría de amigo; tales derechos, “naturalmente, no son para extranjeros, porque entonces cesaría la unidad y comunidad política y desaparecería el supuesto esencial de la existencia política, la posibilidad de distinción entre amigos y enemigos”<sup>105</sup>. En efecto, para nuestro autor, “enemigo es, en un sentido singularmente intenso, existencialmente otro distinto, un extranjero, con el cual caben, en caso extremo, conflictos *existenciales*”<sup>106</sup>.

“Los derechos ciudadanos esencialmente democráticos”, por lo tanto, son incongruentes con los derechos fundamentales del hombre entendidos como derechos individualistas de libertad. Al dualismo inherente a la Constitución del Estado burgués de derecho, entre el principio democrático y el principio liberal, corresponde aquí un dualismo entre los derechos ciudadanos democráticos referidos al Estado de pertenencia y los derechos del “hombre individual libre en el estado extraestatal de *libertad*”. Los

<sup>103</sup> SCHMITT, Carl, *El concepto de lo político*, Struhart & Cía., Buenos Aires, 2002, p. 31.

<sup>104</sup> SCHMITT, Carl, *Teología política...*, cit., p. 15.

<sup>105</sup> SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, cit., p. 174.

<sup>106</sup> SCHMITT, Carl, *El concepto de lo político*, cit., p. 32.

primeros, otorgan un determinado *estatus político*, se mueven sólo dentro del Estado y pertenecen a estos derechos. Los derechos fundamentales, en cambio, son anteriores y superiores al Estado: “Resultado de tratarse de derechos pre-estatales del Hombre es el que esos derechos fundamentales auténticos valgan para todo hombre, sin atención a su nacionalidad”<sup>107</sup>.

De esta forma, la tensión que habíamos identificado en Rousseau entre el hombre y el ciudadano, y la antinomia analizada por el joven Marx (ya constituido el sistema liberal), con la cual pretendía develar el carácter de *mistificación* burguesa de la ciudadanía, esta preocupación teórica se presenta también en la teoría jurídica de Schmitt como dualidad entre los derechos del hombre en general y los derechos del ciudadano. Los tres autores resuelven esa contradicción de manera distinta.

De acuerdo con la concepción contractualista de Rousseau, los hombres son libres e iguales por naturaleza, pero fueron históricamente corrompidos por las instituciones sociales, perdiendo toda su inocencia y espontaneidad. *El contrato social* supone la restauración del estado de naturaleza en el estado social por medio de un artificio político: se trata de un acto por el que la colectividad crea una comunidad voluntariamente, cambiando su fundamento jurídico de raíz. La cláusula fundamental de este contrato es la negación conjunta de la libertad de cada uno. Subyace aquí una tensión entre las inclinaciones y deberes que se resuelve por la cesión libre y voluntaria, sin reservas, del individuo, en la *voluntad general*, por la que el *hombre deviene ciudadano*.

La ciudadanía reemplaza “la libertad del ser privado” por la “libertad del ser público”. En virtud de las características de la *voluntad general*, en tanto unanimidad de pensamiento, se toman las decisiones colectivamente, y la armonía entre las leyes (supremo criterio de justicia de la comunidad), las costumbres y la opinión pública, quedan fuera de la ciudadanía los extranjeros tanto como los que profesen opiniones o creencias diferentes, pues ello sería permitir la no identificación de los ciudadanos con

<sup>107</sup> SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, cit., p. 170. De acuerdo con este criterio, Schmitt traza una tipología de derechos del individuo en la Constitución de Weimar. Entre a) los derechos pre y extraestatales, y b) derechos referidos al Estado. Los primeros consisten en un conjunto de “garantías liberal-individualistas de la esfera de libertad individual, de la libre competencia y libre discusión”, y comprenden los dos tipos siguientes: 1) derechos de libertad del individuo aislado y 2) derechos de libertad del individuo en relación con otros. Los segundos comprenden los i) “derechos político-democráticos del ciudadano individual”, tales como “la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley”; el derecho de petición; el derecho de sufragio; acceso igual a todos los cargos públicos, con arreglo a las aptitudes; y ii) “derechos y pretensiones socialistas (o más suavemente: sociales)” (p. 175).



el Estado<sup>108</sup>. El Estado instituido en el *pacto social* es, en cierto sentido, un Estado total: la sociedad y el Estado están fundidos. No hay en este esquema derechos pre-estatales, si bien, el contrato social es una especie de renaturalización de la sociedad.

En Marx, los derechos del hombre (pre-estatales) son los derechos del miembro de la sociedad burguesa (hombre aislado y egoísta), a diferencia de los derechos ciudadanos o políticos (pos-estatales), que paradójicamente se encuentran al servicio de los derechos del hombre (es decir, del burgués).

La antinomia entre los derechos del hombre y el ciudadano es reflejo de la separación entre sociedad civil y Estado. Frente a esta disyunción operada por la revolución política burguesa, orienta Marx su proclama por la revolución social, en la que preconiza la reunificación del hombre y del ciudadano.

Según el análisis constitucional de Schmitt, el Estado de Derecho conjuga dos principios opuestos: la democracia y el liberalismo. El liberalismo se basa en el principio de libertad burguesa y supone separación entre sociedad civil —entendida como un conjunto de ámbitos políticamente neutrales, tales como el mercado, la educación, la religión— y el Estado, que está al servicio de la sociedad civil. La Constitución en el Estado de Derecho tiene como principio orgánico *la división de poderes*, cuyo objetivo es limitar el poder estatal. Con ello se limita el poder soberano del pueblo.

La crítica fundamental de Schmitt al liberalismo es su incompreensión de lo político, sobre la base de una concepción antropológica optimista asociada al individualismo; desconfía del poder político. Esto conduce a desatender el vínculo necesario entre la protección y la obediencia, y a promover la irrupción de poderes intermedios que sin asumir los riesgos de lo político se favorecen con todos sus beneficios. La teoría política del liberalismo está basada en la crítica de la política, mientras que para nuestro autor, toda auténtica teoría política parte de una antropología negativa, lo cual lleva lógicamente a una visión buena del Estado y de la política.

En cambio, la democracia supone identidad entre sociedad civil y Estado, identidad entre representates y representados. Una comunidad política democrática requiere la existencia de un *demos* homogéneo que excluya el pluralismo, por lo cual hay una contradicción insuperable entre democracia y liberalismo. La democracia parlamentaria liberal del

<sup>108</sup> Necesidad de proscribir sistemas de creencias que no tengan relación con el cuerpo político, como la denominada “religión del hombre”, en alusión al cristianismo por su moral universal, y opone a ella la religión del ciudadano (*Teoría de la Constitución*, cit., ps. 134/140).



siglo XIX, analiza Schmitt, fue posible porque la materia que representaba era homogénea. En la sociedad de masas del siglo XX, la pluralidad política, de intereses, sociales y morales vuelve heterogénea la materia a representar y la pluralidad es irrepresentable.

Con el *Estado total* se supera la escisión entre Estado y sociedad civil al mismo tiempo. Además, tal Estado permite resolver el problema del Poder Constituyente del pueblo, oscurecido por el constitucionalismo liberal con ideas tales como “soberanía de la justicia” o “soberanía de la Constitución”.

## VII. CIUDADANÍA Y ESPACIO PÚBLICO EN ARENDT Y SU DIFERENCIA CON SCHMITT

En este capítulo nos proponemos revisar en Arendt y Schmitt la relación que establecen entre la política y el espacio público, y las diferencias que ello implica para la participación ciudadana. Escapa a las posibilidades de este artículo una caracterización y comparación exhaustiva de la concepción de la política para estos autores. Nos limitamos a relacionar algunos aspectos de dos enfoques presentados habitualmente como antagónicos, y que si bien comparten una misma lógica de la política —contingencia, centralidad, inasibilidad—, la forma de interacción de los ciudadanos dentro de la comunidad política marca una diferencia cardinal entre ambos autores.

La noción de política en Arendt y Schmitt, sustentada, a su vez, en cierta concepción antropológica, va a determinar el rol que los ciudadanos estén llamados a desempeñar.

La política, de una manera básica, entendida como actividad, puede ser comprendida como un ejercicio que tiende al acuerdo y al consenso o como expresión de conflictos. En el primer caso se puede ubicar a las teorías políticas liberales desde el contractualismo de Locke hasta sus versiones más modernas y las teorías de la democracia deliberativa. Arendt se ubica dentro de la primera de estas corrientes, al igual que Rousseau, mientras que Schmitt se encuentra dentro de la segunda.

En la concepción antropológica en Schmitt, el hombre aparece como ser político, en cuanto está relacionado con el horizonte de hostilidad. El monopolio de la fuerza en el soberano es lo que permite dejar atrás la anarquía de una situación caracterizada como *status belli*. Los argumentos empleados por Schmitt, en este sentido, recuperan la concepción hobbesiana del Leviatán como superación del *estado de naturaleza*, donde el poder se halla monopolizado de manera exclusiva en el derecho de mandar por

encima de los “poderes intermedios”. La política se presenta, en Schmitt, como superación de la conflictividad anárquica a través de la decisión, lo cual tiene como eje un poder soberano que hace posible el orden, la vigencia del ordenamiento jurídico, y la normalidad.

Sin embargo, para Schmitt no hay naturaleza humana objetiva intrínseca o inalterable. Se trata más bien de una concepción realista del hombre, basada en la experiencia y en la historia. Basado en esta concepción negativa del hombre, el conflicto, según Schmitt, es un fenómeno insuperable del mundo, y la política se encuentra ligada a la formación y defensa de las identidades colectivas particulares.

El jurista no vincula la ciudadanía con la participación en un espacio público, en el sentido en que la entendía Rousseau (inspirado en el modelo griego y romano), donde los ciudadanos, a través del debate y la discusión, pueden llegar a un acuerdo sobre lo que debe hacerse políticamente.

El concepto de política de Schmitt es opuesto al de los antiguos griegos, según la lectura de Hannah Arendt, en varios puntos. La democracia ateniense estaba asociada al espacio público, espacio agórico. El espacio público es “el espacio de la política...”<sup>109</sup>; lo político, a su vez, “es un espacio de libertad...”<sup>110</sup>; sobre todo implica la existencia de “una esfera reservada a la individualidad donde cada individuo tenía constantemente que demostrar con acciones únicas o logros que era el mejor”<sup>111</sup>.

El mundo político para Arendt es muy diferente y, en cierto sentido, antagónico al de Schmitt; éste es el ámbito de la palabra, del consenso, del acuerdo, de las relaciones de cooperación que prosperan en una atmósfera de legitimidad.

Tampoco en la concepción de Arendt se hallan referencias objetivas a la naturaleza humana, sino “condiciones básicas bajo las que se ha dado al hombre la vida en la tierra”<sup>112</sup>; a cada condición corresponde una actividad fundamental. Las tres actividades humanas fundamentales son: la *labor* como “actividad correspondiente al proceso biológico del cuerpo humano”<sup>113</sup>, cuya *condición humana es la vida misma; el trabajo* como “actividad que corresponde a lo no natural de la exigencia del hombre, que no está inmerso en el constantemente repetido ciclo vital de la especie (...) el trabajo proporciona un ‘artificial’ mundo de cosas...”, y la “condición

<sup>109</sup> ARENDT, Hannah, *La condición humana*, cit., p. 41.

<sup>110</sup> ARENDT, Hannah, *La condición humana*, cit., p. 43.

<sup>111</sup> ARENDT, Hannah, *La condición humana*, cit., p. 52.

<sup>112</sup> ARENDT, Hannah, *La condición humana*, cit., p. 40.

<sup>113</sup> ARENDT, Hannah, *La condición humana*, cit., p. 22.

humana del trabajo es la mundanidad”<sup>114</sup>; y, por último, la *acción* como única actividad que se da entre los hombres, sin la mediación de cosas o materia, corresponde a la condición humana de pluralidad<sup>115</sup>. La labor no tiene principio ni fin, es un movimiento cíclico. El trabajo tiene principio y fin. Su resultado es reversible; una vez que se termina de fabricar un producto se lo puede destruir. La acción, si bien tiene un principio definido, nunca tiene un fin predecible. La acción, a diferencia de la labor y el trabajo, es enteramente dependiente de la presencia de otros.

Basándose en la concepción griega de *polis*, Arendt entiende que “ser político, vivir en una *polis*, significaba que todo se decía por medio de palabras y de persuasión, y no con la fuerza y la violencia”<sup>116</sup>. Arendt muestra cómo la clásica definición aristotélica de hombre como animal político, *zoôn politikôn* no se refería al hombre en general, pues dejaba fuera o incluso se oponía a la asociación familiar; “únicamente se puede entender por completo si añadimos su segunda definición del hombre como *zoôn logon ekhon* (‘ser vivo capaz de discurso’)”<sup>117</sup>. Quedaban fuera de esta definición las mujeres, esclavos, bárbaros, “desprovistos, claro está, no de la facultad de discurso, sino de una forma de vida en la que el discurso y sólo éste tenía sentido y donde la preocupación primera de los ciudadanos era hablar entre ellos”<sup>118</sup>. Por lo tanto, “los ciudadanos que participaban de lo público-político eran los únicos plenamente humanos”<sup>119</sup>. De allí el *valor*; la principal virtud política: “...liberarse del excesivo afecto a la propia existencia que es señal de servidumbre”<sup>120</sup>.

La pluralidad posibilita la condición de lo propiamente humano, pues lo humano es lo libremente elegido que se manifiesta con los otros. Pero esta libertad —que para los griegos es esencia de lo político— es más indeterminación que tensión hacia un fin. Hacer es comenzar y realizar lo comenzado. Se diferencia de la concepción moderna de libertad como libre albedrío *entendido como elección entre opciones dadas*<sup>121</sup>. En la tradición moderna (aunque ya extendida desde la Antigüedad), la libertad aparece opuesta a la política, en tanto “la libertad no sólo no reside en la acción y en lo político, sino que, al contrario, únicamente es posible si el hombre

<sup>114</sup> ARENDT, Hannah, *La condición humana*, cit., p. 22.

<sup>115</sup> ARENDT, Hannah, *La condición humana*, cit., p. 23.

<sup>116</sup> ARENDT, Hannah, *La condición humana*, cit., p. 40.

<sup>117</sup> ARENDT, Hannah, *La condición humana*, cit., p. 40.

<sup>118</sup> ARENDT, Hannah, *La condición humana*, cit., p. 41.

<sup>119</sup> ARENDT, Hannah, *La condición humana*, cit., p. 49.

<sup>120</sup> ARENDT, Hannah, *La condición humana*, cit., p. 47.

<sup>121</sup> ARENDT, Hannah, *¿Qué es la política?*, Paidós, Barcelona, 1995, p. 66.

renuncia a actuar, se retrae sobre sí mismo retirándose del mundo y evita lo político”<sup>122</sup>. A partir de la experiencia de los totalitarismos “en los que presuntamente la vida entera de los hombres está politizada —con la consecuencia de que no hay libertad ninguna (...)— nace la cuestión de si política y libertad son conciliables en absoluto, de si la libertad no comienza sólo allí donde acaba lo política”<sup>123</sup>. En este sentido, el totalitarismo marca la antítesis con la concepción de los antiguos griegos, para “quienes política y libertad eran idénticas”<sup>124</sup>.

Se enfatiza más en qué puede hacer el hombre que en qué busca hacer, pues atarse a un fin es perder la libertad. Evidentemente, su concepto de libertad parte de una pura indeterminación; es “libertad de”, no “libertad para”. Ella no es compatible con la necesidad. Lo necesario no es humano, pertenece a la naturaleza. Acción es libertad indeterminada. Califica a la política griega como una técnica, no una acción, ya que consiste en la orientación de los medios hacia un fin y la existencia de un fin anularía la libertad.

En Arendt, acción y discurso están así siempre conectados; entrañan la posibilidad de desencadenar algo nuevo, impredecible, inesperado, que es inherente a la contingencia y la pluralidad humanas en donde la política encarna las decisiones vinculantes en libertad.

Sin embargo, pese a las diferencias epistemológicas y teóricas, Arendt comparte con Schmitt una misma lógica: 1. La política tiene un carácter primario, central en la organización de la comunidad política. 2. La acción política es contingente, irreversible en sus consecuencias e impredecible. 3. Es conflictiva. 4. La política no se circunscribe únicamente a la esfera estatal. Vamos a repasar brevemente cada uno de estos aspectos:

1. La comunidad política tiene su origen en un acto fundante de los ciudadanos; una reunión inicial que estipula su principio de vida y del cual emana la legitimidad de la comunidad que da lugar a la posibilidad de actuar concertadamente.

También en Schmitt la comunidad tiene su origen en una acción política; específicamente, es una decisión sobre la identidad del enemigo lo que da forma a la agrupación política; previo a esa decisión fundamental, no existe comunidad política, no existe el pueblo como unidad política organizada. Pero esa decisión —de la cual emana la Constitución— es unitaria, no adoptada a partir del mutuo acuerdo de los ciudadanos, del debate y la participación. Ello se debe a la naturaleza del pueblo, “una magnitud

<sup>122</sup> ARENDT, Hannah, *¿Qué es la política?*, cit., p. 66.

<sup>123</sup> ARENDT, Hannah, *¿Qué es la política?*, cit., p. 62.

<sup>124</sup> ARENDT, Hannah, *¿Qué es la política?*, cit., p. 62.

no organizada oficialmente”<sup>125</sup>, por lo cual su participación se limita al asentimiento o aclamación.

Arendt tiene como objetivo la recuperación del sentido de la acción política como la más alta actividad humana y del espacio público en el que ésta se manifiesta. Inspirada en el modelo de la Grecia clásica, concibe la esfera pública como espacio de convivencia, que no podía entenderse sin la presencia activa de los ciudadanos, quienes adoptaron las plazas y calles públicas, “espacios agónicos”, como lugares de discusión, de asambleas y de acuerdos comunes.

Algunos autores han señalado el papel pasivo del ciudadano schmittiano, “donde el pueblo queda reducido al papel de coro que no puede discutir ni deliberar”<sup>126</sup>. Sin embargo, el pueblo, para el jurista alemán, “sólo adquiere existencia en la esfera de lo público”; es más, el pueblo produce lo público mediante su presencia. Sólo el pueblo presente, verdaderamente reunido, es pueblo y produce “lo público”. Se trata de un supuesto rousseaiano, precisamente aquel por el cual el ginebrino pensaba que el pueblo no puede ser representado porque supone su ausencia. Partiendo del mismo principio de homogeneidad e identidad entre gobernantes y gobernados, pero descartando que sean absolutas, afirma Schmitt: “...se muestra la peculiar significación del pueblo en el hecho de la verdadera presencia de una multitud popular públicamente reunida”. Pero la voluntad del pueblo reunido se manifiesta no por la actividad deliberativa, sino que “sólo a partir de fenómenos simples y elementales se puede reponer en sus derechos al concepto de lo público”<sup>127</sup>. Pareciera que nada nuevo puede surgir de los ciudadanos, como admite Borón, ya que el pueblo “no puede inventar nada, ni forzar una alternativa que no figura en el menú de quienes gobiernan en su nombre”<sup>128</sup>. Pero ello no debe llevar al error de pensar que la acción política puede ser contenida dentro de una estructura, en virtud: a) del carácter esencialmente inasible de la política y b) de que el pueblo, como titular del Poder Constituyente, siempre se encuentra activo, sin subordinar su existencia política a una formulación definitiva.

<sup>125</sup> SCHMITT, Carl, *Tería de la Constitución*, cit., p. 268.

<sup>126</sup> BORÓN, Atilio A. - GONZÁLEZ, Sabrina, “¿Al rescate del enemigo? Carl Schmitt y los debates contemporáneos de la teoría del Estado y la democracia”, en BORÓN, Atilio A. (coord.), *Filosofía política contemporánea. Controversias sobre civilización, imperio y ciudadanía*, CLACSO, Buenos Aires, 2003. Disponible en la web: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/teoria3/boron.pdf>, p. 158. Fecha de visita: 7/5/2007

<sup>127</sup> BORÓN, Atilio A. - GONZÁLEZ, Sabrina, “¿Al rescate del enemigo?...”, cit., p. 239.

<sup>128</sup> BORÓN, Atilio A. - GONZÁLEZ, Sabrina, “¿Al rescate del enemigo?...”, cit., p. 152.

2. El carácter de contingente es otro de los rasgos que se encuentra en estos autores. Para Schmitt, no es posible determinar, *a priori*, los contenidos de la política. El rasgo característico de lo político no son los fines que éste se propone realizar, sino el medio con el que opera, que es el uso de la violencia. Los fines pueden ser variados y son relevantes en cuanto que definen quién es el amigo y quién el enemigo, y esa decisión fundamental creadora de la comunidad política puede provenir de cualquier esfera social<sup>129</sup>.

Para Arendt, la política es contingente por la naturaleza de la acción política; actuamos inmersos en una red de relaciones en donde las consecuencias de cada acción son ilimitadas e irreversibles. Por lo tanto, no es posible de antemano conocer el contenido de la negociación a la que da lugar esa acción política.

3. La conflictividad se encuentra en ambos autores, pero de manera diferente. Para Schmitt, la lucha es el rasgo constitutivo de lo político. La relación entre la política y la lucha es tan estrecha que sin lucha no existe lo político. La distinción entre amigo y enemigo supone la posibilidad real de la guerra y la desaparición física. ¿Qué ocurre con la acción política hacia el interior de la comunidad política? En otras palabras: ¿Es posible una política dentro de la comunidad política? Lo político se define por una lucha suficientemente intensa como para que todos los sujetos involucrados se vean obligados a comprometerse y tomar partido respecto de las opciones amigo-enemigo. Esto determina que en el interior de una comunidad, la lucha no sea propiamente política, sino que tome la forma de disputas menores, pero sin afectar la identidad del conjunto.

En Arendt, la política supone un acuerdo en el interior de la comunidad entre los ciudadanos en un espacio público; del consenso brota la legitimidad y sin legitimidad no hay política, sino que habría despotismo. Sin embargo, el espacio agórico es al mismo tiempo un espacio agónico, en el sentido de lucha, pero no por medios violentos.

4. El pensamiento político en términos tradicionales remite al Estado. Uno de los principales exponentes es Max Weber, para quien la acción política es política en la medida en que está orientada a tener incidencia de manera directa o indirecta en el Estado. Arendt, en cambio, no ve la acción política referida únicamente a lo estatal. Este punto reviste particular importancia para pensar la ciudadanía en una etapa de crisis y pérdida de poder de los Estados nacionales. Aquí, nuevamente coinciden estos autores pero de una manera diversa.

<sup>129</sup> Conf. FRANCÉ, Javier, *¿Qué es la política?...*, cit., ps. 149/155.

En Schmitt, los temas por los cuales puede surgir una lucha política pueden tener su origen en cualquier ámbito. En la sociedad civil, hay ámbitos no políticos pero no antipolíticos, como los del liberalismo, porque ellos pueden encerrar una potencialidad política. Esto es lo que sucede con el término marxista de clase, que deja de ser algo puramente económico en el momento en que alcanza el punto de tratar a la clase adversaria como enemiga. También se puede dar una guerra por principios morales o religiosos.

Sin embargo, si bien no circunscripto a la esfera estatal, lo político en la perspectiva schmittiana siempre remite a lo estatal. En esto se diferencia de Hannah Arendt, ya que puede haber formas de Estado que impliquen la negación de la política, serían formas impolíticas de Estado, como la tiranía, porque en ella prima de manera unilateral la voluntad del déspota sin que existan instancias de participación comunitaria ni espacios para cooperar. Por el contrario, las relaciones de poder son verticales, ya que imperan las relaciones de mando y obediencia basadas en la coerción y no en el mutuo consentimiento.

La diferencia fundamental del concepto de política de Arendt es que éste, además de estar ligado a un espacio público, los ciudadanos libres e iguales —en derechos— son los protagonistas exclusivos. En tanto los ciudadanos son a su vez distintos —en discursos— e iguales —en cuanto se relacionan como pares iguales en derechos—, la acción política es entendida como acción de individuos, que, en la medida en que actúan políticamente, se individualizan; por ende, la política implica un pluralismo radical.

Schmitt también asocia la política a la pluralidad —a la que llama “pluriverso”—, pero sólo es válida en lo que se refiere a las relaciones entre Estados soberanos y sus naciones, mientras que tal pluralidad puede y debe suprimirse en el interior de la nación para lograr que en ella reine la paz, el orden y la seguridad. Por eso, muchos tildan su teoría de la democracia como similar a una dictadura, ya que postula la homogeneización del pueblo y la eliminación de lo heterogéneo.

Ambos autores —enmarcados dentro de la heterogénea categoría de republicanismo cívico— son críticos de la ciudadanía liberal y tienen a la política en un lugar central. La diferencia clave en ambos estriba en la relación entre política y ciudadanía. En Arendt —que tiene como objetivo reconstruir los principios de la tradición republicana, y demostrar que ésta es compatible con la pluralidad—, la esencia de la política estaría dada por el consenso, donde los protagonistas de la política son los ciudadanos individuales, en un espacio deliberativo, mientras que para Schmitt la ac-



ción política ciudadana se liga a la noción de pueblo como actor político homogéneo dotado de una identidad y voluntad, titular de soberanía, pero no a partir del consenso, la discusión de ideas o el debate, en donde los ciudadanos individuales hagan valer su voz y sean escuchados por sus pares. Ambos autores distinguen que la política no se agota en lo estatal; en Arendt, la política también es ajena a una decisión suprema e irrevocable.

### VIII. REFLEXIONES FINALES

A lo largo de este trabajo hemos expuesto una serie de ideas de autores de diversas épocas y puntos de vista distintos e incluso opuestos, pero que permiten cuestionar la ciudadanía liberal. No es nuestro propósito sintetizarlas aquí, ni mucho menos adicionar ideas aisladas de sus respectivos esquemas teóricos con el fin de mostrar sus aportes.

Retomando nuestra pregunta inicial: ¿Es la ciudadanía el mayor logro moderno? Se trata de una pregunta de vital importancia en el actual contexto de crisis y transformación del Estado-nación, en la que asistimos a una transformación sustantiva del marco político legitimador, donde del *sujeto* llamado “pueblo” se pasa a la *categoría*, cada vez más imprecisa, de *ciudadanía*.

La ciudadanía ha incorporado una serie de derechos; al mismo tiempo se diluye muchas veces en ellos hasta el punto de que algunos autores desconfían de ella como portadora de un cierto arcaísmo peligroso por su referencia a una comunidad; prefieren sin más, hablar de derechos del hombre.

Otros hablan de una utópica ciudadanía cosmopolita, lo cual requeriría de una legislación democrática cosmopolita, pero ¿qué ocurre con la fuerza motivadora para fundar la cohesión social exigible a una comunidad política? Esa ciudadanía sin pertenencias, sustentada en un estricto juridicismo y universalismo moral, tendría lugar a expensas de lo político. Pues la adhesión y compromiso de la ciudadanía en la resolución de problemas resulta imposible en un marco político que por sus dimensiones o heterogeneidad interna obture la creación de espacios comunes de deliberación.

La ciudadanía activa no es posible si se presenta desligada de la comunidad, o bien, basada únicamente en principios racionales. En contradicción con estas posturas, el republicanismo cívico enfatiza el valor de la participación política y concibe a la participación principalmente como práctica, como compromiso activo del individuo con su comunidad política.



Ahora bien, la participación y el civismo sólo son posibles cuando impera en la comunidad un *ethos* cultural que favorece el compromiso con un valor superior al interés privado. Supone la existencia de una identidad política común que no puede ser entendida como mera suma de individuos. El lazo de solidaridad se basa en el sentimiento de un destino compartido. Esto significa situarse en un plano existencial, no reductible a las normas abstractas, esquemas racionales o provisión de bienes: significa la existencia de una *identidad*, un *nosotros* que hace posible una acción común. Esa *identidad* es en alguna medida una *identidad patriótica*, entendiendo por patria, simplemente el sentimiento de amor por la tierra donde se vive o donde se fue acogido, y que proporciona un *sentimiento colectivo de arraigo*.

Creemos que la recuperación de una dimensión política de la ciudadanía que vaya más allá de un mero ejercicio formal y asimétrico de derechos civiles asociados o paralelos a la libertad de mercado reclama una dosis de patriotismo donde los hombres tomen parte en la historia de su tierra, es decir, sientan que tienen razones por las cuales quieren ser ciudadanos en el sentido estricto del término.

## IX. BIBLIOGRAFÍA

- ANDRÉS SANTOS, Francisco J., “Ciudadanía europea y ciudadanía cosmopolita: convergencias y divergencias”, Universidad de Valladolid, [www.uv.es/CEFD/15/andres.pdf](http://www.uv.es/CEFD/15/andres.pdf). Fecha de visita: 9/2/2006.
- ARENDT, Hannah, *La condición humana*, Paidós, Buenos Aires, 2005.
- *¿Qué es la política?*, Paidós, Barcelona, 1995.
- Asamblea General Constituyente. Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, [www.fmmeduacion.com.ar/Historia/Documentoshist/1789derechos.htm](http://www.fmmeduacion.com.ar/Historia/Documentoshist/1789derechos.htm), 2006.
- BIDART CAMPOS, Germán, *Compendio de derecho constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 2004.
- BORÓN, Atilio A. - GONZÁLEZ, Sabrina, “¿Al rescate del enemigo? Carl Schmitt y los debates contemporáneos de la teoría del Estado y la democracia, en BORÓN, Atilio A. (coord.), *Filosofía política contemporánea. Controversias sobre civilización, imperio y ciudadanía*, CLACSO, Buenos Aires, 2003. Disponible en la web: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/teoria3/boron.pdf>. Fecha de visita: 7/5/2007.
- BOVERO, Michelangelo, “Ciudadanía y derechos fundamentales”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXV, nro. 103, enero/abril 2002.

- DUSCHATZKY, Silvia - COREA, Cristina, *Los caminos de la subjetividad en el declive de las instituciones*, Paidós, Buenos Aires, 2001.
- FRANCÉ, Javier, *¿Qué es la política? Tres respuestas: Aristóteles, Weber y Schmitt*, Catarata, Madrid, 2004.
- GINER, Salvador, “Ciudadanía pública y democracia participativa”. *Filosofía i Pensament*, [www.alcoberro.info/V1/republica6.htm](http://www.alcoberro.info/V1/republica6.htm), 2006.
- HINDESS, Barry, “Los fines de la ciudadanía”, *Cinta de Moebio*, nro. 16, Facultad de Ciencias Sociales. Universidad de Chile, marzo 2003, [www.moebio.uchile.cl/16/mallorquin.htm](http://www.moebio.uchile.cl/16/mallorquin.htm). Fecha de visita: marzo de 2005.
- JELLINEK, Georg, *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, [www.der.uva.es/constitucional/materiales/libros/jellineks.pdf](http://www.der.uva.es/constitucional/materiales/libros/jellineks.pdf) 6/7/2007.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 1997.  
— *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Tecnos, Madrid, 1995.
- LEVI, Lucio, “Nacionalismo”, en BOBBIO, Norberto, *Diccionario de Política*, Siglo XXI, México DF, 1984.
- MANIN, Bernard - SCHMITT, Carl, “¿El mejor enemigo del liberalismo?”, [www.politicaygobierno.cide.edu/num\\_antteriores/Vol\\_X\\_N2\\_2003/Manin.pdf](http://www.politicaygobierno.cide.edu/num_antteriores/Vol_X_N2_2003/Manin.pdf). Fecha de visita: 2/5/2007.
- MARX, Karl, *La cuestión judía (y otros escritos)*, Planeta-Agostini, Barcelona, 1993.  
— “Tesis sobre Feuerbach”, en *La cuestión judía (y otros escritos)*, Planeta-Agostini, Barcelona, 1993.  
— “Los manuscritos de 1844”, en *La cuestión judía (y otros escritos)*, Planeta-Agostini, Barcelona, 1993.  
— “La ideología alemana”, en *La cuestión judía (y otros escritos)*, Planeta-Agostini, Barcelona, 1993.
- MILLER, David, “Ciudadanía y pluralismo”, en *Cuaderno de Estudios Políticos*, Invierno 1997, nro. 7, año 3, Ágora, Buenos Aires, 1997.
- MOUFFE, Chantal, “Carl Schmitt y la paradoja de la democracia liberal”, en *Tópicos*, nro. 10, Asociación Revista de Filosofía de Santa Fe, Santa Fe, <<http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=28801001>>. Fecha de visita: 10/2/2006.
- NISBET, Robert, *La formación del pensamiento sociológico*, t. I, Amorrortu, Buenos Aires, 1990.
- OSORIO, Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Heliasta, Buenos Aires, 2001.
- PIZZOLO, Calogero, *Sociedad, poder & política*, Ediar, Buenos Aires, 2004.  
— *Populismos y rupturas constitucionales. Los casos de Venezuela, Bolivia y Ecuador*, La Ley, Buenos Aires, 2007.

- PORTINARO, Pier Paolo, *Estado*, Nueva Visión, Buenos Aires, 2003.
- ROUSSEAU, Juan Jacobo, *El contrato social*, Altaya, Barcelona, 1998.
- *Proyecto de Constitución para Córcega*, Tecnos, Madrid, 1988.
- SCHMITT, Carl, *El concepto de lo político*, Struhart & Cía., Buenos Aires, 2002.
- *Legalidad y legitimidad*, Struhart & Cía., Buenos Aires, 2002.
- *Teoría de la Constitución*, Alianza, Madrid, 2003.
- *Teología política. Cuatro ensayos sobre la soberanía*, Struhart & Cía., Buenos Aires, 1998.
- SIEYÈS, Emmanuel, “Ensayo sobre los privilegios”, en *¿Qué es el tercer Estado? Ensayo sobre los privilegios*, Alianza, Madrid, 2003.
- SZTOMPKA, Piotr, “Acerca de la decadencia del espacio moral”, en *Foro Político*, vol. XXII, UMSA, Buenos Aires, 1998.
- VIEIRA, Liszt, “Ciudadanía y control social”, <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/CLAD/UNPAN000170.pdf>. Fecha de visita: 4/3/2005.
- WEBER, Max, *Economía y sociedad*, FCE, México DF, 2005, p. 43.
- *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, Península, Barcelona, 1997.
- ZOLO, Danilo, “La ciudadanía en una era poscomunista”, en *Cuaderno de Estudios Políticos*, Invierno 1997, nro. 7, año 3, Ágora, Buenos Aires, 1997.



## EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA: SITUACIÓN ACTUAL Y PROPUESTAS PARA UNA LEY

SANTIAGO DÍAZ CAFFERATA \*

**Resumen:** El derecho de acceso a la información pública es un elemento esencial del sistema republicano de gobierno. El texto analiza sus características y el tratamiento que se le ha dado en el derecho comparado y en los sistemas regionales de protección de derechos humanos. Determinado el alcance del derecho y el marco en que se desarrolla, se refiere a su recepción en el sistema normativo argentino y cómo ha sido tratado en la jurisprudencia de nuestros tribunales, puntualizando la existencia de lagunas que, en muchos casos, no han sido correctamente resueltas por los magistrados. Finalmente, a partir de este análisis integral, el autor realiza una propuesta para la existencia de una normativa adecuada, resaltando la necesidad de contar con un marco legal único y homogéneo que regule este derecho en todos sus aspectos, en cumplimiento de obligaciones internacionales y constitucionales.

**Abstract:** The right of access to public information is a key element in the republican system of government. This work deals with the features and treatment given to this right in comparative law and in regional systems of human rights protection. Then, the author analyzes how this right has been received within the Argentine legal framework and judicial decisions, highlighting the existence of certain legal loopholes which, in many cases, have not been correctly solved by judges. Finally, after this comprehensive analysis, the author proposes the existence of adequate regulations and highlights the need of having one single homogeneous legal framework covering this right in every single aspect, in compliance with international and constitutional obligations.

\* Abogado (Universidad Nacional de Córdoba). Magister en Derecho Administrativo por la (Universidad Austral).

**Palabras clave:** Forma republicana de gobierno - República - Derecho de acceso a la información pública - Derechos del ciudadano - Decreto PEN 1172/2003 - Art. 13 CADH/PSJCR - Publicidad de los actos de gobierno.

**Keywords:** Republican form of government - Republic - Right of access to public information - Citizen's rights - Publicity of government acts.

## I. INTRODUCCIÓN

Según refiere el politólogo César E. Romero, desde la Antigüedad, los dirigentes han buscado centralizar y controlar la información, lo que les confiere poder sobre el resto de la comunidad. En las sociedades primitivas, la información era un bien reservado a unos pocos, ya sea que versara sobre cuestiones económicas, religiosas o políticas. A modo de ejemplo, en el Antiguo Egipto, el escriba jugaba un rol preponderante en la sociedad y todo aquel que necesitara almacenar o intercambiar información por escrito debía recurrir a este personaje<sup>1</sup>.

En la actualidad, nadie puede negar que la información es un bien valioso al que incluso se le puede poner precio. Empresas, consultoras y partidos políticos, entre otros, pagan fortunas por conocer los gustos, aversiones y preferencias de sus potenciales clientes o electores. Quien posea más y mejor información tendrá más poder.

La información también resulta valiosa para el ciudadano, quien, en un sistema republicano de gobierno, tiene derecho a acceder a aquella que se encuentre en manos estatales, ya que le permitirá participar activamente en la marcha de los asuntos públicos, juzgar correctamente la actuación de sus representantes y, eventualmente, hacerlos responsables de los perjuicios que provocaran. Con esta idea se ha empezado a reconocer en las últimas décadas que el derecho de acceso a la información pública es un derecho en poder de los ciudadanos, y así ha quedado plasmado en convenciones internacionales, y en las normas internas de muchos países, entre ellos el nuestro.

No obstante, queda un largo camino por recorrer para obtener la plena vigencia de este derecho. Son pocos los autores que tratan el tema y la legislación existente (en nuestro país) es escasa, asistemática y, muchas veces, incumplida. Además, debe lucharse contra una cultura basada en, como principio, negar cualquier información al ciudadano.

<sup>1</sup> ROMERO, César E., *Derecho constitucional*, t. I, Zavallía, Buenos Aires, 1975, ps. 64 y ss.

En ese marco, el presente trabajo tiene por objeto precisar en qué consiste el derecho de acceso a la información pública, estudiar cómo ha sido regulado en nuestro país, en los pactos internacionales y en el derecho comparado, y efectuar propuestas para el dictado de una norma que regule el acceso a la información pública en la Argentina.

Con tal objeto, el primer paso ha de ser el brindar un concepto preciso que explique en qué consiste este instituto, analizando los distintos elementos que lo componen. A su vez, para facilitar su comprensión, se hará una reseña de cómo ha evolucionado y cómo ha sido receptado en el derecho comparado.

El segundo paso será describir cómo está regulado en el sistema normativo argentino, con sus diversas vertientes: la Constitución Nacional, los pactos con jerarquía constitucional, las leyes y otras normas infralegales, prestando particular atención a la interpretación que efectúan los tribunales nacionales de todo ese plexo normativo.

Una vez descrito el sistema normativo argentino, se procederá a hacer una valoración crítica de éste y, en el marco de principios estudiados por la doctrina, a brindar propuestas para el dictado de una norma que regule el acceso a la información pública en la Argentina.

## II. EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y EL SISTEMA REPUBLICANO

### 1. Concepto de derecho de acceso a la información pública

El derecho de acceso a la información pública es una figura relativamente novedosa, con configuraciones parcialmente distintas en los diferentes sistemas jurídicos que la han receptado. Tal como señala una de las autoras que se ha ocupado del tema, su justificación y sus alcances están en plena elaboración<sup>2</sup>. Por ello, no es unívoca la referencia al término.

Hemos elaborado un concepto, que proponemos, al considerarlo el que mejor ilustra la naturaleza de la figura y el que, a su vez, será utilizado como herramienta de trabajo, pues será el punto de partida para explicar en qué consiste el derecho de acceso a la información pública.

El derecho de acceso a la información pública es la facultad que tiene todo ciudadano, como consecuencia del sistema republicano de gobierno, de acceder a todo tipo de informaciones en poder tanto de entidades públicas como de personas privadas que ejerzan funciones públicas o reciban

<sup>2</sup> BASTERRA, Marcela I., *El derecho fundamental de acceso a la información pública*, LexisNexis, Buenos Aires, 2006, p. 10.

fondos del Estado, con la consecuente obligación estatal de instrumentar un sistema administrativo que facilite a cualquiera la identificación y el acceso a la información solicitada.

## 2. El derecho de acceso como facultad

El derecho de acceso a la información pública es un derecho subjetivo; esto es, una facultad de las personas que pueden hacer valer jurídicamente frente a terceros<sup>3</sup>.

## 3. El ciudadano como titular de este derecho

El titular de un derecho, el sujeto activo de éste, es quien se encuentra facultado por el ordenamiento jurídico para exigir su cumplimiento, tanto frente al Estado como a los demás ciudadanos y, en última instancia, frente a los jueces que, en definitiva, resolverán una controversia en caso de que se plantee.

Tal como desarrollaremos más adelante, entendemos que el derecho de acceso a la información pública es una consecuencia del sistema republicano de gobierno y es, por ello, un derecho político. Naturalmente, entonces, consideramos que el legitimado como sujeto activo es el sujeto político, el ciudadano. A partir de allí, hemos de extraer cuatro conclusiones.

La primera conclusión, que surge de poner esta facultad en cabeza de los ciudadanos, implica la exclusión de quienes no lo son, esto es, de los extranjeros, residentes o no en el país, lo cual no es por cierto una solución pacíficamente aceptada.

En las leyes que reglamentan la cuestión en Ecuador, y en el estado estadounidense de Arkansas, el derecho de acceso a la información pública se concede sólo a los ciudadanos. En Canadá y en las provincias de Chubut, Jujuy y Río Negro, se concede a los habitantes. En el sistema federal estadounidense (FOIA), Francia, Brasil, Perú, Colombia, la provincia de Córdoba, la Ciudad de Buenos Aires y el estado norteamericano de Iowa, a toda persona. Esta última solución es también la que se propugna en la Ley Modelo preparada por la Organización de Estados Americanos<sup>4 y 5</sup>.

<sup>3</sup> MARTÍNEZ PAZ, Fernando, *Introducción al derecho*, Depalma, Buenos Aires, 2004, p. 301.

<sup>4</sup> VILLANUEVA, Ernesto, *Derecho de acceso a la información pública en Latinoamérica*, UNAM, México DF, 2003, ps. XXVII y ss.

<sup>5</sup> LVALLE COBO, Dolores - ROVERE, Marta. B. - SCHMIDT-LIERMANN, Cornelia, "Derecho y acceso a la información en Argentina", Fundación Konrad Adenauer (2002), en el sitio [www.kas.org.ar](http://www.kas.org.ar); ps. 47 y ss.



Consideramos que el hecho de que los habitantes, o aun quienes no residen en el país, puedan acceder también a la información pública es sumamente positivo, y auspiciamos tal posibilidad, pero consideramos que no es algo que puedan exigir con fundamento en disposiciones constitucionales.

En cambio, tal como desarrollaremos seguidamente, en un sistema republicano de gobierno, el ciudadano es titular de este derecho, aun en ausencia de normativa que expresamente se lo reconozca.

La segunda conclusión que surge de esta caracterización es que no es necesario poseer ninguna otra condición para poder exigir este derecho. Esta afirmación es importante porque en numerosos fallos judiciales en los que se ha otorgado acceso a información pública, la legitimación activa de los reclamantes se ha fundado en otras consideraciones y, por el contrario, es sólo excepcional que tales fallos otorguen la legitimación sólo en consideración a la calidad de ciudadano, tal como desarrollaremos en el apartado IV. 8.

La tercera conclusión es que el ciudadano no debe ser compelido a expresar los motivos de su requisitoria. El ciudadano tiene derecho al acceso a la información pública independientemente de cuáles sean sus motivos y el ser forzado a expresarlos, en algunos casos, puede implicar una presión sobre el solicitante, sin perjuicio de que éstos puedan ser brindados voluntariamente a fin de colaborar con las estadísticas o por otras razones.

Finalmente, como cuarta conclusión, hemos de destacar que señalar al ciudadano como sujeto titular del derecho de acceso a la información pública no implica excluir a las personas jurídicas que estos ciudadanos constituyan. Lo que afirmamos, por el contrario, es que toda persona jurídica puede ejercer este derecho, y no sólo aquellas que han sido constituidas con el objeto expreso de estudiar los asuntos políticos o fomentar la participación ciudadana.

#### **4. El derecho como consecuencia del sistema republicano de gobierno**

Sostenemos que el derecho de acceso a la información pública es una consecuencia del sistema republicano de gobierno. En efecto, el sistema republicano exige necesariamente, para ser tal, la publicidad de los actos de gobierno, y de toda la actuación del gobierno. A su vez, la publicidad de los actos y de toda la actuación del gobierno exige necesariamente que se respete el derecho de acceso a la información pública. Como consecuencia lógica, el sistema republicano de gobierno exige necesariamente que se respete el derecho de acceso a la información.

Para fundar las afirmaciones precedentes, distinguimos la democracia de la forma republicana de gobierno. La democracia es aquel sistema en el que los gobernantes son electos mediante sufragio por sus gobernados, por lo que nadie puede detentar a título propio e irrevocable el poder<sup>6</sup>.

De este modo, principalmente, se están dividiendo los modos de gobierno en dos: autocracias y democracias. La democracia es aquel sistema en el que hay una participación del sujeto titular de derechos políticos, particularmente mediante el sufragio, en la creación del orden que lo va a regir, mientras que, en la autocracia, el ejercicio del poder no se basa en la participación del pueblo, por lo que el sujeto es ajeno a la creación del orden que lo va a regir. En estos términos, la democracia no debe contraponerse directamente al absolutismo o al totalitarismo. El absolutismo es aquel sistema en el que el poder está desvinculado de cualquier límite, e implica un ejercicio discrecional, excesivo y nocivo del poder, y el totalitarismo implica el encapsulamiento de todos los ámbitos de la vida del ciudadano dentro de la órbita del Estado. En efecto, es posible pensar en una democracia absolutista o totalitaria, donde el gobernante sea electo por el pueblo, pero una vez en el poder, lo ejerza sin ningún tipo de limitación o abarque todos los ámbitos de la vida de sus electores<sup>7 y 8</sup>.

Tradicionalmente se distinguen dos tipos de democracia: la directa o pura y la indirecta o representativa. El primer caso sería aquel en el cual el titular de la soberanía, es decir, los ciudadanos, ejercen directamente el poder reunidos en asamblea. El caso más paradigmático sería el de las *polis* griegas. En la democracia indirecta, el titular de la soberanía delega el ejercicio de ésta en sus representantes por un período de tiempo determinado.

Los pensadores de los siglos XVIII y XIX y, probablemente, así también nuestros constituyentes, entendían por democracia a las formas puras de democracia, la democracia directa, rousseauiana, y no a la democracia representativa<sup>9</sup>. Así acontecía en los Estados Unidos, donde los llamados Padres Fundadores diferenciaban la república de la democracia. Ambas tienen en común el consentimiento del pueblo como fuente primaria de toda autoridad legítima, mas no se identifican. República es sinónimo de gobier-

<sup>6</sup> SARTORI, Giovanni, *¿Qué es la democracia?*, Taurus, Buenos Aires, 2003, p. 193.

<sup>7</sup> SARTORI, Giovanni, *¿Qué es la democracia?*, cit., ps. 175 y ss.

<sup>8</sup> En contra de la visión de Sartori, afirmando que la democracia no es un modo de elección de gobernantes sino toda una concepción del hombre y una forma de vida, véase, entre otros: FAYT, Carlos S., *Historia del pensamiento político: La democracia*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1974, p. 13.

<sup>9</sup> ROMERO, César E., *Derecho constitucional*, cit., p. 166.

no representativo, cuyo poder emana del pueblo. Por democracia, en tanto, se entendía al gobierno directo, fuente de inestabilidad y despotismo<sup>10</sup>.

Según Bobbio, lo característico de la república no es el modo de gobierno o de elección de los gobernantes (que distinguen entre sí a la monarquía, la aristocracia y la democracia), sino que con *res publica* los romanos destacaron la cosa pública, la cosa del pueblo, el bien común, la comunidad. Cicerón destaca como elementos distintivos de la república el interés común, la igualdad ante la ley y el derecho como instrumento a través del cual una comunidad afirma su justicia. Así, no oponía la república a la monarquía, sino a los gobiernos injustos. Ésta ha sido la interpretación que se dio del término república hasta la Revolución Francesa: gobierno que busca el bien común<sup>11</sup>.

En igual sentido indica César E. Romero que, en la Alta Edad Media, se llamaba república a las diferentes ciudades que constituían principados o dinastías. Los pensadores del siglo XVIII y principios del XIX entendían por república lo que hoy se entiende por democracias representativas, reservando el término democracia para lo que hoy se conoce como democracia directa, tal como se dijo precedentemente. Por república se entendía, por el contrario, el gobierno ejercido por medio de una democracia representativa<sup>12</sup>.

Para entender la república de la manera en que lo hicieron nuestros constituyentes, se debe recurrir al concepto de Aristóbulo Del Valle: “La república es la comunidad política organizada sobre la base de la libertad e igualdad de todos los hombres, en que el gobierno es simple agente del pueblo, elegido por el pueblo de tiempo en tiempo, y responsable ante el pueblo de su administración”<sup>13 y 14</sup>.

Las características de esta república son: a) igualdad ante la ley; b) elección popular de autoridades; c) separación de poderes gubernativos; d) periodicidad de los mandatos; e) responsabilidad de los funcionarios públicos; f) consagración de derechos, obligaciones o garantías individuales; y g) publicidad de los actos de gobierno<sup>15</sup>.

<sup>10</sup> SEGOVIA, Juan F., “La República de Aristóteles a El Federalista”, en *Los derechos del hombre y la idea republicana*, Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos (ed.), Depalma, Mendoza, 1994, p. 114.

<sup>11</sup> BOBBIO, Norberto - MATTEUCCI, Nicola - PASQUINO, Gianfranco, *Diccionario de Política*, 7ª ed. en español, Siglo XXI, México DF, 1994, p. 1391.

<sup>12</sup> ROMERO, César E., *Derecho constitucional*, cit., p. 166.

<sup>13</sup> ROMERO, César E., *Derecho constitucional*, cit., p. 170.

<sup>14</sup> ZARINI, Helio J., *Derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 291.

<sup>15</sup> ZARINI, Helio J., *Derecho constitucional*, cit., p. 291.

Para nuestro estudio, importa principalmente la publicidad de los actos de gobierno, cuya importancia en la relación con la república ha sido reconocida pacíficamente por los autores de derecho constitucional.

Incluso la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación lo ha entendido así en distintos pronunciamientos: “La forma republicana de gobierno que adoptó la Nación Argentina a través del texto constitucional requiere de la publicidad de sus actos” (consid. 11, del voto del juez Vázquez, *in re* “Mario Fernando Ganora y otra”) <sup>16</sup>. O bien: “Es esencial en todo sistema republicano la publicidad de los actos de gobierno” (consid. 6º, del voto de los jueces Boggiano y Petracchi, *in re* “Antonio Pérez Arriaga v. Diario La Prensa SA”) <sup>17</sup>.

La publicidad, a su vez, se relaciona con las otras características de la república. Respecto de la igualdad ante la ley, porque no hay motivo para que unos ciudadanos tengan acceso a la información pública y otros no. Respecto de la elección popular de las autoridades, ya que ésta requiere que los ciudadanos estén correctamente informados. Ahora bien, con ninguna característica de la república se relaciona tanto como con la de la responsabilidad de los funcionarios públicos, ya que para responsabilizar a éstos es indispensable conocer cómo han actuado. En este último sentido, la publicidad es una vía de control de los actos de gobierno, para garantizar a los administrados el correcto ejercicio de la función pública de quienes han asumido la responsabilidad de desempeñar tal tarea <sup>18</sup>.

Por otro lado, afirmamos que los ciudadanos no sólo “participan” en la elección de las autoridades, sino que son los titulares del poder político que delegan, para facilitar su administración, en un grupo más reducido de ellos que ejerce las funciones públicas por un período limitado de tiempo. En consecuencia, los gobernantes actúan por delegación de los ciudadanos. ¿Podrían, en este marco, privar de alguna información los administradores de ésta a sus titulares? Definitivamente no; por ello, en una república el derecho a saber de las cosas públicas constituye la regla general y la información reservada, la excepción <sup>19</sup>.

Decimos entonces que los actos de gobierno deben tener siempre el mayor grado de publicidad que las circunstancias permitan. Y si hace algunos años las circunstancias (tecnológicas o de desarrollo doctrinal) no permitían a los ciudadanos que la publicidad llegase hasta los niveles con

<sup>16</sup> Corte Sup., Fallos 322:2139.

<sup>17</sup> Corte Sup., Fallos 316:1633.

<sup>18</sup> LAVALLE COBO, Dolores - ROVERE, Marta - SCHMIDT-LIERMANN, Cornelia, “Derecho...”, cit., p. 10.

<sup>19</sup> Parafraseando a VILLANUEVA, Ernesto, *Derecho...*, cit., ps. XXXIII y ss.

los que se la configura a partir del derecho de acceso a la información pública, hoy que esas circunstancias sí se dan, el interpretar este acceso a la información pública como un componente de la publicidad de los actos de gobierno se torna un imperativo.

Este cambio en las circunstancias tecnológicas ha hecho que las repúblicas sean redefinidas, pasando de ser sólo representativas a ser también participativas. Es decir, el ciudadano no sólo es representado por ciertos sujetos elegidos periódicamente, sino que también puede participar diariamente en la marcha de los asuntos del Estado, informándose de ellos y utilizando diversos instrumentos de democracia semidirecta que se han ido incorporando con el transcurso del tiempo.

Para concluir, hemos de aclarar que el sostener que el derecho de acceso a la información pública es un elemento esencial del sistema republicano de gobierno no implica identificar a éste con aquél. En efecto, puede haber derecho de acceso a la información pública sin necesidad de un sistema republicano de gobierno (tal como ocurre en Inglaterra), pero no un sistema republicano de gobierno sin derecho de acceso a la información pública.

## **5. El objeto del derecho de acceso a la información pública**

Para establecer cuál es el objeto del derecho de acceso a la información pública, esto es, cuál es la información a la que puede acceder el ciudadano, hemos de hacer dos precisiones. La primera, cuál es el soporte de la información que interpretamos puede ser solicitada. La segunda, qué constituye la información pública (diferenciando a ésta de la información privada).

Respecto del soporte, hemos de ser todo lo amplios que la imaginación nos permita. Efectivamente, en el concepto con el cual se comenzara este capítulo, hemos afirmado que los ciudadanos tienen derecho a todo tipo de información que esté en poder de entidades públicas y de las privadas que ejerzan funciones públicas o reciban fondos del Estado. Y, específicamente, se dice todo tipo de información, ya que de conformidad con los principios que se expusieron en el apartado precedente, toda la información que sea pública por su objeto (tal como nos referiremos seguidamente) es en principio pública, independientemente de su soporte o la forma que revista. La información puede estar en documentos escritos, fotografías, grabaciones, soporte magnético o digital, o en cualquier otro formato.

Si bien más adelante se detallarán algunas excepciones razonables al principio de que toda la información estatal debe ser pasible de ser conoci-

da por los ciudadanos (apartado II. 8), ellas siempre tiene como motivo el contenido de dichos datos y no el modo en que están almacenados.

No es ésta una solución universal en este tipo de legislaciones, ya que algunas contienen limitaciones que terminan impidiendo el ejercicio del derecho de acceso a la información pública. Valga como ejemplo que tanto el art. 2º, ley 8803, de la provincia de Córdoba como el art. 2º, ley 104, de la Ciudad de Buenos Aires, establecen por igual el acceso a “cualquier tipo de documento que sirva de base a un acto administrativo”, lo cual puede dar lugar a interpretaciones que excluyan el acceso a numerosos datos, estadísticas o registros que obren en poder de la administración, que no necesariamente sirvan de base a un acto administrativo<sup>20</sup>, tal como efectivamente ha ocurrido en la jurisprudencia<sup>21</sup>.

Consideramos que es buena la técnica del art. 5º del Reglamento del acceso a la información pública para el Poder Ejecutivo nacional (Anexo VII del dec. 1172/2003), que establece: “Se considera información a los efectos del presente, toda constancia en documentos escritos, fotográficos, grabaciones, soporte magnético, digital o en cualquier otro formato y que haya sido creada u obtenida por los sujetos mencionados en el art. 2º o que obre en su poder o bajo su control, o cuya producción haya sido financiada total o parcialmente por el erario público, o que sirva de base para una decisión de naturaleza administrativa, incluyendo las actas de las reuniones oficiales”.

Finalmente, hemos de decir que el criterio para afirmar qué información es pública (y, por ende, qué no es información privada) consiste en identificar a ésta con la que haga a los asuntos de la comunidad considerada como un todo, y no con cada uno de sus ciudadanos individualmente considerados.

<sup>20</sup> SCHEIBLER, Guillermo M., “Luces y sombras del acceso a la información en la Ciudad de Buenos Aires”, LL, Suplemento Administrativo del 16/12/2005, p. 64.

<sup>21</sup> Vale como ejemplo un caso en que un grupo de productores rurales solicitó informes sobre estudios y medidas que debían concretarse a fin de evitar o mitigar inundaciones en el sur de la provincia de Córdoba. Su pedido fue rechazado por cuanto este grupo de productores no había suministrado dato alguno que permitiera sostener que la información solicitada “hubiera servido de base a un acto administrativo ya dictado, ni invocado razón suficiente alguna de la cual pudiera inferirse que ello ocurriría en un futuro inmediato” (“Prascor - Productores Rurales Autoconvocados del Sur de Córdoba- Amparo por mora”, sentencia 101 de la C. 1ª Cont. Adm. Córdoba, resuelto el 9/10/2003, citado por CÁCERES, María Virginia, “El acceso a la información pública: una garantía para la vigencia del principio republicano de gobierno. Su efectiva protección jurisprudencial: ‘La Voz del Interior SA v. Ente Regulador de los Servicios Públicos (ERSEP) - Amparo’”, *Foro de Córdoba*, Suplemento de Derecho Administrativo y Constitucional, año VI, nro. 17, 2005, p. 52).

De esta manera, sin dejar de valorar la importancia de la materia, no hemos de considerar, en el ámbito específico del derecho de acceso a la información pública, todos los problemas relacionados con los datos privados de los ciudadanos. Tanto lo que atiende al manejo comercial de dichos datos (regulado por la ley de datos sensibles), como a la búsqueda de aquellos que están en poder del Estado y que pueden eventualmente ser rectificadas (hábeas data).

## 6. El sujeto pasivo del derecho

Del razonamiento que hemos expuesto precedentemente surge, claramente, quién es el primer sujeto pasivo y principal obligado a informar a los ciudadanos sobre la marcha de la cosa pública: el mismo Estado, en sus tres poderes, y en todos sus órganos centralizados y descentralizados. La jurisprudencia ilustra sobre las distintas circunstancias. Respecto del Poder Legislativo, se ha indicado que hay derecho a acceder a información concerniente a su actividad administrativa en la causa “Fundación Poder Ciudadano v. EN”<sup>22</sup>, y en lo concerniente a su actividad legislativa en “Colegio Público de Abogados de la Capital Federal v. EN”<sup>23</sup>. Respecto del Poder Judicial, la publicidad de los expedientes judiciales ha sido destacada en la causa “Informe remitido por la Sra. Presidente de la Excma. Cámara Criminal de Esquel s/Diario Crónica”<sup>24</sup>, y la publicidad de las sentencias en las causas “Antonio Pérez Arriaga v. Arte Gráfica Editorial Argentina SA”<sup>25</sup> y “Antonio Pérez Arriaga v. Diario La Prensa SA”<sup>26</sup>. Respecto de la procedencia del derecho de acceso a la información pública en la actividad administrativa del Poder Judicial, ella ha sido puesta de resalto por la Corte Suprema de Justicia en la acordada 01/2004, a la que nos referiremos *infra*.

No obstante ello, no es válido concluir que el Estado es el único sujeto pasivo del derecho de acceso a la información pública, sino que debemos también considerar sujetos obligados a otros actores de la vida pública. En primer lugar, a las personas jurídicas mixtas, esto es, aquellas cuyo capital sea en parte privado y en parte público<sup>27</sup>.

<sup>22</sup> C. Nac. Apel. Cont. Adm. Fed., 29/9/2004, RAP 325 (2005), ps. 113/123.

<sup>23</sup> C. Nac. Apel. Cont. Adm. Fed., 27/2/2004, RAP 312 (2004), ps. 57/64.

<sup>24</sup> Sup. Trib. Just., Chubut, 12/9/1995, ED, 165-303/304, 1996.

<sup>25</sup> Corte Sup., Fallos 316:1623.

<sup>26</sup> Corte Sup., Fallos 316:1633.

<sup>27</sup> Al respecto, remitimos a los principios sentados por la Corte Suprema en el caso “La Buenos Aires Cía. de Seguros SA v. Petroquímica Bahía Blanca SA”, Fallos 311:750.



En segundo lugar, a las personas privadas que ejerzan funciones públicas, esto es, aquellas a las que se les haya otorgado mediante permiso, licencia, concesión u otra forma contractual la prestación de un servicio público, la explotación de un bien de dominio público, o el poder de policía para controlar una determinada actividad (tales como los colegios profesionales).

Por último, quienes reciban subsidios o aportes provenientes del sector público también están sujetos a brindar información a los ciudadanos, aunque, en estos casos, es razonable limitar el ámbito de la información a proporcionar con la relacionada con dichos subsidios o aportes.

No se incluye en esta categoría a bancos, administradoras de fondos de pensiones o compañías de seguro, ni demás personas privadas que deben brindar determinada información a sus respectivos órganos de control. Esta información tiene por objeto evitar falencias o compensar asimetrías informativas, mas no está relacionada con el derecho de acceso a la información pública.

## 7. La obligación estatal de sistematizar y difundir la información

El derecho de acceso a la información pública tiene un doble enfoque. Por un lado, existe el derecho de cualquier ciudadano a acceder a la información pública que quiera conocer. Por otro lado, existe el deber del Estado de dar a conocer a la ciudadanía sus decisiones de manera completa, en función de la lógica democrática republicana a la que hemos aludido<sup>28</sup>.

Así, a fin de facilitarle al ciudadano el acceso a la información pública, debe haber una actividad positiva del Estado que tienda a ello. Esto es, hacer público un conjunto de datos sobre las distintas entidades públicas que permitan a las personas saber dónde buscar con mayor precisión aquella información que sea de su interés. A los efectos prácticos, a su vez, se reduce el número de solicitudes, por cuanto las cuestiones básicas ya han sido publicadas, lo que permite concentrarse en aquellos aspectos o temas que no están en la superficie<sup>29</sup>.

Encontramos ejemplos en este sentido en la última reforma a la ley estadounidense de acceso a la información pública (*Freedom of Information Act*, en adelante FOIA), acaecida en el año 1996<sup>30</sup>; en la acordada 1/2004

<sup>28</sup> RODRÍGUEZ VILLAFANE, Miguel J., “El acceso a la información pública en Argentina”, *Derecho Comparado de la Información*, nro. 2, 2003, p. 127.

<sup>29</sup> VILLANUEVA, Ernesto, *Derecho...*, cit., p. LIX.

<sup>30</sup> BLANTON, Thomas S., “La experiencia de Estados Unidos con respecto a la Ley de Libertad de Información: activismo del Congreso, liderazgo de los medios de comunicación y política burocrática”, *Derecho Comparado de la Información*, nro. 2, 2003, p. 20.



de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que dispuso que la página web de esa institución debiese necesariamente publicar información respecto de autoridades y personal que se desempeñan en ella, de licitaciones, concursos de precios y compras directas, e informes mensuales de ejecución y cuenta de inversión del presupuesto anual<sup>31</sup>; o en la ley 572 de la Ciudad de Buenos Aires, en consonancia con el art. 132 de su Constitución<sup>32</sup>.

A ciertos datos, de vital importancia para la ciudadanía, se los ha llamado “de publicidad calificada”, por cuanto la información no sólo debe estar disponible para quien la solicite, sino que es el Estado quien la debe ofrecer y publicar permanentemente actualizada a través de sus sitios institucionales en la red<sup>33</sup>.

En este sentido, debe destacarse la necesidad de contar con archivos que funcionen correctamente, a cargo de profesionales en dicha especialidad, y con los instrumentos informáticos que permitan celeridad y precisión en la búsqueda de la información que eventualmente se requiera.

La doctrina ha distinguido cuatro niveles de acceso a la información pública. El primero es el acceso al dato procesado, sea en forma de estadística o de indicador. El segundo es el acceso al dato bruto, registrado por la Administración pero aún no procesado. Un tercer nivel de exigencia está referido no a datos en particular, sino al circuito de circulación de tales datos dentro de la Administración, esto es, saber en qué sector o dependencia de la administración puede encontrarse la información que se esté solicitando. Por último, los casos en los que es posible ejercer el derecho de ejercer la producción del Estado son aquellos en los que una norma establece la obligación especial de producción de la información<sup>34</sup>. Si bien en la mayoría de las normas que regulan el derecho de acceso a la información pública en nuestro continente surge la consagración del derecho de acceso a los dos primeros niveles de información pública, ello no ocurre así con el tercero y el cuarto, cuya vigencia también consideramos indispensable para un sistema republicano de gobierno.

<sup>31</sup> Acordada Corte Sup., 1/2004, publicada en Fallos 327:1351.

<sup>32</sup> Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, art. 132: “...Todo acto de contenido patrimonial de monto relevante es registrado en una base de datos, bajo pena de nulidad. Se asegura el acceso libre y gratuito a la misma”.

<sup>33</sup> SCHEIBLER, Guillermo M., “Luces y sombras...”, cit., ps. 59 y ss.

<sup>34</sup> ABRAMOVICH, Víctor - COURTIS, Christian, “El acceso a la información como derecho”, en [www.abogadosvoluntarios.net](http://www.abogadosvoluntarios.net).

## 8. Excepciones

El reconocer al derecho de acceso a la información pública como un derecho de base constitucional no significa atribuir a éste un carácter absoluto. Como todo derecho, su ejercicio puede ser reglamentado. Así, se establecerán limitaciones que provendrán de la colisión del derecho de acceso a la información pública con el derecho de algún otro ciudadano (como el derecho a la intimidad) o con algún otro interés público que deba ser resguardado (como la seguridad nacional).

En la medida en que haya una norma que regule el derecho de acceso a la información pública, ésta deberá establecer taxativamente las excepciones que se impongan, y las que habrán de interpretarse de forma restrictiva.

En caso de laguna normativa, no sólo debe reconocerse el derecho de raigambre constitucional, sino también la existencia de las excepciones, a aplicarse analógicamente de otros ordenamientos jurídicos.

Si bien las excepciones que reconocen las distintas normas sobre información pública suelen variar en ciertos aspectos, consideramos válido tomar las propuestas por la Ley Modelo de la OEA, que coinciden, a grandes rasgos, con las que encontramos en el derecho comparado. Éstas son:

1. Cuando se trate de información expresamente clasificada como secreta según la legislación nacional o cuando pueda afectar las relaciones internacionales del país.

2. Cuando, por vía legal, se proteja de manera especial algún tipo de información por razones de seguridad interna, de defensa del país o de política exterior, o bien se establezca un procedimiento diferente al previsto en la presente ley.

3. Cuando se trate de información que pudiera afectar el funcionamiento del sistema bancario o financiero.

4. Cuando se trate de secretos comerciales, industriales, científicos o técnicos propiedad de terceros o del Estado, o de información industrial, comercial reservada o confidencial de terceros que la Administración hubiera recibido en razón de un trámite o gestión instada para obtener algún permiso, autorización o cualquier otro trámite y hubiera sido entregada con ese único fin, y cuya revelación pueda causar perjuicios económicos.

5. Cuando se trate de informaciones cuyo conocimiento pueda lesionar el principio de igualdad entre los oferentes, o información definida en los pliegos de condiciones como de acceso confidencial, en los términos de la legislación nacional sobre contratación administrativa y disposiciones complementarias.

6. Cuando se trate de información referida a consejos, recomendaciones u opiniones producidas como parte del proceso deliberativo y con-

sultivo previo a la toma de una decisión de gobierno. Una vez que la decisión gubernamental ha sido tomada, esta excepción específica cesa si la Administración opta por hacer referencia, en forma expresa, a dichos consejos, recomendaciones u opiniones.

7. Cuando la entrega prematura de información pueda afectar el éxito de una medida de carácter público.

8. Cuando la entrega de dicha información pueda comprometer la estrategia procesal preparada por la Administración en el trámite de una causa judicial o el deber de sigilo que debe guardar el abogado o procurador judicial respecto de los intereses de su representación<sup>35</sup>.

### III. EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN EL DERECHO COMPARADO Y EN EL DERECHO INTERNACIONAL

#### 1. El derecho comparado

El primer antecedente de derecho de acceso a la información pública se da en Suecia en 1766, cuando el partido de oposición ganó la mayoría en el Parlamento y se dedicó a buscar información sobre las actividades del régimen anterior<sup>36</sup>. Ese mismo año, se aprobó la Real Ordenanza sobre Libertad de Prensa, con carácter constitucional, que en su art. 1° establece: “En interés de un libre intercambio de opiniones y de una información clara sobre los diferentes aspectos de la realidad, todo ciudadano sueco tendrá libre acceso a los documentos oficiales”<sup>37</sup>.

Por otro lado, en 1789 se dicta en Francia la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que en su art. 14 expresa: “Los ciudadanos tienen el derecho de comprobar, por sí mismos o a través de sus representantes, la necesidad de la contribución pública, de aceptarla libremente, de vigilar su empleo y de determinar su prorrata, su base, su recaudación y su duración”<sup>38</sup>.

Algunos autores ven en la Primera Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos una primera aproximación al derecho de acceso a la infor-

<sup>35</sup> OFICINA DE COOPERACIÓN JURÍDICA DE LA OEA - DEPARTAMENTO DE ASUNTOS JURÍDICOS INTERNACIONALES, “Ley Modelo de Acceso a la Información Administrativa para la Prevención de la Corrupción”, en [www.oas.org/juridico](http://www.oas.org/juridico).

<sup>36</sup> BLANTON, Thomas S., “La experiencia...”, cit., 30, p. 12.

<sup>37</sup> BRUNO DOS SANTOS, Marcelo A. - FERNÁNDEZ LAMELA, Pablo M. - LÓPEZ OLVERA, Miguel A., “La participación pública y el acceso a la información: herramientas para mejorar la calidad institucional. Comentarios al decreto 1172/ 2003”, RAP 2004-315-105.

<sup>38</sup> BASTERRA, Marcela I., *El derecho...*, cit., p. 281.

mación pública<sup>39</sup>, pero consideramos que no fue ésa la voluntad expresa de quienes introdujeron la Enmienda, aparentemente limitada a la libertad de prensa y de expresión.

De todos modos, si bien estos antecedentes son valiosos, su influencia en el resto del mundo puede ser calificada de baja, ya que no afectaron otros ordenamientos jurídicos.

El renacimiento y la expansión de la figura comienza en 1966, al dictarse en los EE.UU. la *Freedom of Information Act* (Ley de Libertad de la Información), que fue posteriormente reformada en 1974 para reforzar sus instrumentos procesales y, más recientemente, para incorporar los asuntos concernientes a la información electrónica. De allí, el derecho de acceso a la información pública se expande primero a Europa y al resto de Norteamérica. Así, Grecia, Portugal y España, que dictan sus Constituciones en la década de 1970, al salir de sus respectivas dictaduras, incluyen disposiciones constitucionales referentes a la materia. A su vez, Francia y Canadá dictan distintas leyes a comienzos de la década de 1980.

Posteriormente, podemos observar la recepción de la figura en numerosos países del resto del planeta. Sin perjuicio de los países en los que hay reglamentaciones legales, encontramos la consagración constitucional expresa de este derecho en Albania, Bélgica, Bielorrusia, Chechenia, Eritrea, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Filipinas, Finlandia, Francia, Kazajistán, Lituania, Malawi, Mongolia, República Checa, Rumania, Rusia, Sudáfrica, Suecia, Tailandia, Turkmenistán, Uganda y Uzbekistán<sup>40</sup>.

## 2. Los tratados internacionales y el derecho a la información

En diversos tratados internacionales encontramos referencias al derecho a la información. Así ocurre con el art. 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el art. 19, inc. 2°, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el art. 13, inc. 1°, de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Estos tratados no consagran expresamente el derecho de acceso a la información pública, sino lo que se ha dado en llamar el “derecho a la información”, consistente en un derecho general abarcativo de todas las etapas del proceso de comunicación: derecho a recibir información, derecho a transmitir información y derecho a difundirla, a los que se considera inse-

<sup>39</sup> O'BRIEN, David, M., *El derecho del público a la información. La Suprema Corte de los EE.UU. y la Primera Enmienda Constitucional*, Publigráficos, México, 1983.

<sup>40</sup> VILLANUEVA, Ernesto, *Derecho...*, cit., ps. XXXVI y ss.

parables por naturaleza<sup>41</sup>. Como veremos seguidamente, hay quienes consideran que la consagración del “derecho a la información” implica la del derecho de acceso a la información pública (v.gr., la Corte Interamericana de Derechos Humanos), y quienes consideran que la consagración del primero no implica necesariamente la del segundo (v.gr., la Corte Europea de Derechos Humanos).

### 3. El Pacto de San José de Costa Rica

Por su parte, también en el ámbito americano encontramos consagrado el derecho a la información. El Pacto de San José de Costa Rica, o Convención Americana de Derechos Humanos, ratificado por nuestro país en 1984, establece en su art. 13, inc. 1º: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideraciones de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa artística o por cualquier otro procedimiento de su elección”.

Respecto de este pacto, y con referencia a la distinción que formuláramos entre derecho a la información y derecho de acceso a la información pública, han surgido dudas en cuanto a cómo debe ser interpretado. Méndez y Palazzi manifiestan que el art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, no da fundamento al derecho de acceso a la información pública, sino que se orienta principalmente a la libertad de expresión y a la prensa. En el mismo sentido se pronuncian respecto de los fallos de la Corte Suprema argentina que habían reconocido el derecho a la información en los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional<sup>42</sup>.

Si bien esa duda podía tener asidero a la fecha de la publicación del artículo citado, en especial, si se toma en cuenta la jurisprudencia de la Corte Europea de los Derechos Humanos a la que nos referiremos *infra*, consideramos que la discusión puede darse por superada a partir de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó sentencia en el caso “Claude Reyes y otros v. Chile”, en cuyo párr. 77 expresamente se indica que la Corte identifica el derecho a la información con el derecho de acceso a la información pública<sup>43</sup>.

Este fallo es sumamente importante, ya que antes de su dictado la Corte sólo había consagrado el derecho a la información, en los casos “La

<sup>41</sup> BASTERRA, Marcela I., *El derecho...*, cit., p. 11.

<sup>42</sup> MÉNDEZ, Luis M. - PALAZZI, Pablo A., “Un caso de derecho de acceso a la información pública”, ED, 180-432, 1999.

<sup>43</sup> Sentencia del 19/9/2006, publicada en [www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr).

Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros v. Chile)”, “Herrera Ulloa v. Costa Rica” y “Canese, Ricardo v. Paraguay”<sup>44</sup>, o en la opinión consultiva “La colegiación obligatoria de periodistas”<sup>45</sup>, pero no específicamente el derecho de acceso a la información pública.

Esta interpretación es distinta a la que ha efectuado la Corte Europea de Derechos Humanos, que no identifica el derecho a la información con el derecho de acceso a la información pública. En efecto, en los casos “Leander v. Sweden” y “Guerra and others v. Italy”<sup>46</sup>, debía interpretar el art. 10 de la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de términos muy similares al art. 13, inc. 1° de Convención Americana de Derechos Humanos. Y, en ambos casos, expresó que el derecho a la libertad de recibir información básicamente prohíbe al gobierno restringirle a alguna persona la libertad de recibir información de otros que quieran o puedan desear brindársela, y que el art. 10 de la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales no confiere un derecho individual de acceder a los registros que contengan información personal sobre su persona, ni implica una obligación gubernamental de brindar tal información al individuo<sup>47</sup>.

Así, la Corte Europea reconoce la existencia del derecho de acceso a la información pública, y le reconoce, a su vez, el carácter de derecho humano básico, pero no considera que éste emane del art. 10 de la Convención Europea<sup>48</sup>.

#### 4. La consagración del derecho de acceso a la información pública

Es en el ámbito del derecho ambiental donde se consagra expresamente por primera vez el derecho de acceso a la información pública. Así acontece con el principio 10 de la Declaración de Río sobre el medio ambiente y el desarrollo, proclamada en 1992, tal como ya se preveía en la llamada “Agenda 21”<sup>49</sup>. También encontramos menciones expresas al derecho de acceso a la información pública en materia ambiental en el ámbito

<sup>44</sup> Sentencias del 5/2/2001; 2/7/2004 y 31/8/2004, publicadas en [www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr).

<sup>45</sup> Opinión consultiva del 13/11/1985, publicada en [www.corteidh.or.cr/opiniones.cfm](http://www.corteidh.or.cr/opiniones.cfm).

<sup>46</sup> Sentencias del 26/3/1987 y 19/2/1998, publicadas en [www.echr.coe.int/echr](http://www.echr.coe.int/echr).

<sup>47</sup> Véanse los párrs. 74 del caso “Leander v. Sweden” y 53 de “Guerra and others v. Italy”, [www.echr.coe.int/echr](http://www.echr.coe.int/echr).

<sup>48</sup> Párr. 34 de “Guerra and others v. Italy”, [www.echr.coe.int/echr](http://www.echr.coe.int/echr).

<sup>49</sup> Programa de la Organización de las Naciones Unidas para promover el desarrollo sostenible en áreas relacionadas con el medio ambiente, cuyo término oficial es “Programa 21”, y que culminó con la Cumbre de Río.

del derecho comunitario europeo, tal como el “Cuarto Programa Marco de Acción en Materia de Medio Ambiente” y la directiva 90/313/CEE sobre libertad de acceso a la información en materia de medio ambiente<sup>50</sup>.

## **5. La Organización de Estados Americanos y las conferencias**

En el ámbito de la Organización de Estados Americanos (OEA) se advierte un fuerte interés por promover el derecho de acceso a la información pública, tal como surge de la resolución AG/Res. 1932-XXXIII-O/03, de título “Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia”, aprobada el 10/6/2003, en el marco del trigésimo tercer período ordinario de sesiones, celebrado en Santiago de Chile, y de otras resoluciones de similar tenor adoptadas en la XXXIV y en la XXXV Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos.

### **IV. EL SISTEMA NORMATIVO ARGENTINO**

#### **1. Remisión al derecho internacional**

Como es bien sabido, la reforma constitucional de 1994 alteró el valor que debe otorgarse a distintos instrumentos del derecho internacional. En primer lugar, asignó jerarquía constitucional a ocho declaraciones, convenciones y pactos, indicando que deben entenderse como complementarios de los derechos y garantías reconocidos por la misma Constitución (art. 75, inc. 22, párr. 2°). Entre ellos, el Pacto de San José de Costa Rica, al que se hiciera referencia en el capítulo anterior.

En segundo lugar, dispuso que los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes (art. 75, inc. 22, párr. 1°).

#### **2. Normas constitucionales**

Respecto de las normas constitucionales podemos observar que las dictadas en 1853 son las que dan fundamento a nuestra afirmación de que el derecho de acceso a la información pública se deriva directamente del sistema republicano de gobierno, mientras que las incorporadas en la reforma de 1994 establecen casos particulares de acceso a la información.

El art. 1° de la Constitución Nacional indica que “la Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según

<sup>50</sup> CAFFERATA, Néstor A., “Contenido del derecho-deber de información ambiental”, JA 2003-IV-356 y ss.

lo establece la presente Constitución”. De esta norma, específicamente en cuanto establece que la Nación Argentina adopta para su gobierno la forma republicana, es de donde hemos derivado que todo ciudadano argentino tiene derecho a acceder a la información que sea de naturaleza pública.

El art. 33, a su vez, reza: “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

Este artículo complementa notablemente el anterior, ya que se refiere a casos como el que estamos estudiando. Sin perjuicio de que el derecho de acceso a la información pública no está enumerado ello expresamente no debe ser entendido como una negación de éste, ya que emana de la forma republicana de gobierno.

Respecto de los artículos incorporados en la reforma de 1994, hemos de analizar en primer momento el art. 41, que refiere al derecho de los habitantes a gozar de un ambiente sano. Y allí se establece que “las autoridades proveerán (...) a la información (...) ambiental”. Aquí estamos ante un caso específico de derecho de acceso a la información, en este caso, la ambiental.

Por su parte, el art. 42 brinda también un caso específico de derecho de acceso a la información, estableciendo que “los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho (...) a una información adecuada y veraz”. Aquí entendemos que este derecho a la información tendrá dos vertientes: cuando se requiera información a los productores y comercializadores de los bienes y servicios, tal como obligar a fabricantes de alimentos a describir los componentes de un alimento o bebida, o cuando se requiere a los bancos que informen respecto de qué intereses o comisiones están cobrando en una determinada operación, estaremos en presencia de acceso a la información privada, tal como la conceptuáramos en el apartado II.5. Por el contrario, cuando los consumidores y usuarios requieren información a los órganos estatales, estaremos ante un caso de acceso a la información pública.

Por último, el art. 75, inc. 22, no se refiere específicamente al acceso a la información pública, pero al atribuir jerarquía constitucional a determinados pactos y convenciones, influye fuertemente en la cuestión.

### **3. Normas infraconstitucionales**

A nivel infraconstitucional, encontramos diversas referencias al acceso a la información pública. A nivel legal, podemos citar el art. 268 del Código de Minería; el art. 2º, inc. c) de la ley 19.549; el art. 60 de la ley 24.052; el art. 8º de la ley 25.152; los arts. 2º y 10 de la ley 25.188; los



arts. 58 y 59 de la ley 25.600; los arts. 16 a 18 de la ley 25.675 y la ley 25.831. A su vez, también hay referencias en el art. 38 del dec. 1759/1972, los decs. 41/1999 y 229/2000, y en la acordada 1/2004 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

La norma más específica es, sin dudas, el dec. 1172/2003, dictado a poco de asumir Néstor Kirchner la Presidencia de la Nación, que incluye diversos reglamentos generales: de audiencias públicas para el Poder Ejecutivo nacional, de publicidad para la gestión de interés (*lobby*), de elaboración participativa de normas, de acceso a la información pública para el Poder Ejecutivo nacional, y de reuniones abiertas de los entes reguladores de los servicios públicos. A su vez, se establece el acceso libre y gratuito, vía Internet, a la edición diaria de la totalidad de las secciones del *Boletín Oficial* durante el día de su publicación.

Específicamente, el reglamento general de acceso a la información pública para el Poder Ejecutivo nacional prevé que aquél es de aplicación en el ámbito de los organismos, entidades, empresas, sociedades, dependencias y todo otro ente que funcione bajo la jurisdicción del Poder Ejecutivo nacional. Asimismo, es aplicable a las organizaciones privadas a las que se hayan otorgado subsidios o aportes provenientes del sector público nacional, así como a las instituciones o fondos cuya administración, guarda o conservación esté a cargo del Estado nacional a través de sus jurisdicciones o entidades, y a las empresas privadas a quienes se les haya otorgado mediante permiso, licencia, concesión o cualquier otra forma contractual, la prestación de un servicio público o la explotación de un bien de dominio público (art. 2°).

En el art. 10 se establece que los sujetos en cuyo poder obre la información deben prever su adecuada organización, sistematización y disponibilidad, asegurando un amplio y fácil acceso, y que deben generar, actualizar y dar a conocer información básica, con el suficiente detalle para su individualización, a fin de orientar al público en el ejercicio de su derecho. Respecto del trámite, se prevé su entrega en el plazo de diez días, prorrogable por otros diez. La denegatoria a la entrega sólo puede fundarse en que la información no existe o que se encuentra dentro de alguna de las excepciones previstas. Ante la falta de respuestas, queda expedita la acción de amparo por mora.

Ahora bien, se plantea un inconveniente en lo concerniente a su naturaleza jurídica. La mayor parte de la doctrina argentina coincide en que los decretos pueden clasificarse en ejecutivos o reglamentarios, autónomos, delegados y de necesidad y urgencia.

El dec. 1172/2003 indica que “el presente se dicta en uso de las facultades conferidas por los arts. 99, incs. 1° y 2° de la Constitución Nacional”. En uso de las facultades conferidas por el art. 99, inc. 1°, el Poder Ejecutivo puede dictar decretos autónomos; esto es, reglamentos sobre materias no reguladas por ley, y reservadas a la Administración<sup>51</sup>. Por su parte, en uso de las facultades conferidas por el art. 99, inc. 2°, el Poder Ejecutivo debe dictar decretos reglamentarios, los que reglamentan las leyes que dicta el Congreso. Ahora bien, dado que el dec. 1172/2003 no reglamenta ley alguna, debemos descartar (no obstante lo que éste diga) que se trate de un decreto reglamentario y concluir que es sólo un decreto autónomo.

Los decretos autónomos, a su vez, sólo pueden regir el funcionamiento interno de la administración, pero no pueden limitar los derechos de los particulares ni imponerles obligaciones, ya que el art. 14 de la Constitución Nacional establece claramente que la regulación y restricción de los derechos individuales sólo puede efectuarse por medio de leyes<sup>52</sup>.

En concreto, dado que el dec. 1172/2003 es autónomo, es sumamente discutible que el “Reglamento General del Acceso a la Información Pública para el Poder Ejecutivo Nacional”, sea aplicable a “empresas privadas a quienes se les hayan otorgado mediante permiso, licencia o cualquier otra forma contractual, la prestación de un servicio público o la explotación de un bien del dominio público”, tal como se expresa en su art. 2°.

Otro aspecto que destaca de la norma es que, dada su naturaleza de decreto autónomo, regla sólo el ámbito interno de la Administración y, por ello, no es aplicable al ejercicio de la función administrativa de los poderes Judicial y Legislativo.

Finalmente, respecto del acceso libre y gratuito, vía Internet, a la edición diaria de la totalidad de las secciones del *Boletín Oficial* durante el día de su publicación, hemos de manifestar que no hay motivos para que el acceso sea restringido al número correspondiente a esa fecha, ni para que no se puedan consultar ediciones anteriores.

<sup>51</sup> BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. II, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 309.

<sup>52</sup> GORDILLO, Agustín A., *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2000, p. VII-61.

#### **4. Interpretación jurisprudencial del derecho de acceso a la información pública**

Nos hemos referido precedentemente a las normas internacionales, constitucionales, legales e infralegales que reconocen el derecho de acceso a la información pública. Ahora bien, ya hace tiempo que se tiene una clara conciencia de que no es posible describir un sistema jurídico sin considerar cómo es llevado a la práctica por los tribunales. Veremos, en consecuencia, qué interpretación hacen los tribunales del derecho de acceso a la información pública.

Para ello, destacaremos, en primer lugar, el reconocimiento al derecho a la información, analizando luego en particular dos casos en los que teniendo la Corte la posibilidad de dejar sentada la existencia del derecho de acceso a la información pública, no lo hizo.

#### **5. El derecho a la información**

El derecho a la información, tal como lo conceptuáramos en el apart. III. 2, empezó a ser reconocido por la Corte ya en el año 1963<sup>53</sup>, y luego fue así reiterado en numerosas causas, de entre las que podemos citar a “Campillay”, “Costa” y “Vago”<sup>54</sup>. Y, si bien la doctrina especializada suele interpretar el derecho de acceso a la información pública como una derivación del derecho a la información, tal como lo describiéramos, lo cierto es que la Corte no ha dado aún ese paso en forma expresa.

#### **6. El caso “Monner Sans”**

En el caso “Monner Sans, Ricardo v. Fuerza Aérea Argentina s/amparo”<sup>55</sup>, el actor solicitaba que se ordenara a la Dirección de Aeronavegación de la Fuerza Aérea Argentina que publique mensualmente un informe sobre la calificación mensual de las empresas aerotransportistas respecto de la seguridad que ofrecen sus aeronaves. Las sentencias de primera y segunda instancia sólo hicieron lugar a la demanda en forma parcial, ordenando a la repartición mencionada que, en un plazo determinado, estableciera día y hora de su publicación a fin de que los usuarios y las asociaciones que los nuclean pudieran consultar las conclusiones de dicho organismo sobre el estado de los aviones de las distintas empresas aéreas y la documentación en que éstas se fundaban.

<sup>53</sup> “Eduardo Pérez y otro”, Fallos 257:311, consid. 7º, del voto del Dr. Boffi Boggero.

<sup>54</sup> Fallos 308:789; 310:508 y 314:1519.

<sup>55</sup> Corte Sup., 26/9/2006, en [www.eldial.com](http://www.eldial.com), *El Dial.com* del 27/9/2006.

La sentencia fue apelada por el Estado nacional, pero la mayoría de la Corte denegó el recurso extraordinario en uso de las facultades conferidas por el art. 280, CPCCN, lo cual, de todos modos, puede ser interpretado como un consentimiento tácito.

Quedan para analizar el dictamen del procurador general y el voto en disidencia de la Dra. Argibay. El primero comienza por negar legitimación procesal al actor, reiterando la doctrina que afirma que no se puede accionar sólo en el carácter de ciudadano, sin indicar la existencia de un agravio diferenciado respecto de la situación en que se hallan los demás ciudadanos, y que tampoco puede fundar su legitimación en el interés general en que se cumplan la Constitución y las leyes (apart. IV de su dictamen). Subsidiariamente, y para el caso de que la Corte interpretara que el actor se encuentra legitimado para promover el amparo, sostiene que la vía es improcedente por no mediar arbitrariedad o ilegalidad manifiesta (apart. V).

Por su parte, la Dra. Argibay propone confirmar la sentencia, sosteniendo en primer lugar que desde la reforma (constitucional) de 1994 el no poder invocar un daño “particularizado” a un derecho o interés propio no es motivo suficiente para negar legitimación para accionar, en la medida en que se invoque la defensa de un bien colectivo (consid. 4º), pero fundamenta la legitimación del actor sólo en su carácter de usuario potencial del servicio de aerotransporte, en los términos del art. 42 de la Constitución Nacional (consid. 5º).

Sostenemos que ni el procurador general ni la Dra. Argibay han sido precisos al tratar la legitimación del actor en la presente causa, por cuanto, conforme expusieramos en el apart. II. 3 del presente trabajo, la condición de ciudadano es suficiente para exigir la entrega de la información que se requiera. Estimamos errada la posición del procurador, por cuanto, en todos los casos de defensa de derechos de incidencia colectiva (medio ambiente, competencia, cultura o acceso a la información pública, entre otros) el afectado carece de un agravio diferenciado y, no obstante ello, la posibilidad de accionar judicialmente ha sido reconocida por el art. 43 de la Constitución Nacional. Por otra parte, el voto de la Dra. Argibay, que reconoce el derecho de acceso a la información sólo a los potenciales usuarios del servicio de aerotransporte, peca de limitado. En efecto, los usuarios de tal servicio pueden requerir información a quienes lo prestan (las compañías de aeronavegación) con fundamento en el art. 42 de la Constitución Nacional para saber en qué condiciones están los aviones, pero cualquier ciudadano (aun cuando no use ese servicio) puede exigir información a un ente de control para saber cómo cumple éste sus funciones de fiscalización.

Finalmente, hemos de destacar que consideramos grave lo manifestado por el procurador general, en cuanto a que no había arbitrariedad ni ilegalidad manifiesta que diera motivo al amparo, ya que consideramos que esta afirmación sólo puede tener por origen el desconocimiento de la figura del derecho de acceso a la información pública.

## 7. El caso “Urteaga”

En “Urteaga, Facundo Raúl v. Estado nacional”<sup>56</sup>, Facundo Raúl Urteaga inició una acción de hábeas data en contra del Estado nacional y sus organismos de seguridad con el objeto de obtener la información que existiera respecto de su hermano Benito José Urteaga, supuestamente abatido en el año 1976; la cual fue rechazada tanto en primera como en segunda instancia. Ello por cuanto dicha acción, según el art. 43 de la Constitución Nacional, sólo puede ser interpuesta para conocer datos referidos a la persona que la interpone, lo que, en este caso, se vería desvirtuada su finalidad.

En el voto de mayoría (suscripto por los Dres. Nazareno y Moliné O’ Connor), los Dres. Petracchi y Vázquez sostienen que en este caso debe aceptarse la legitimación de quien es hermano del supuesto fallecido para la acción de hábeas data (consid. 13, del voto de mayoría, cons. 16, del voto del Dr. Petracchi y consid. 9º, del voto del Dr. Vázquez). Por su parte, tanto el voto concurrente de los Dres. Belluscio y López, como el voto del Dr. Bossert, indican que no procede la vía del hábeas data, pero que, no obstante ello, el actor tiene derecho a conocer la suerte de su hermano, precisamente por su calidad de tal (consids. 6º y 8º, del voto concurrente de los Dres. Belluscio y López, y consids. 7º, 17, 20 y 22, del voto del Dr. Bossert).

La solución que entendemos correcta es la que resulta del voto del Dr. Fayt que, en el consid. 11, reconoce la existencia del derecho de acceso a la información pública de un modo similar a como lo hemos caracterizado en el cap. II de este trabajo: esto es, como un derecho a la información sobre los asuntos públicos, con base en los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional, el cual es un derecho inherente al sistema republicano y a la publicidad de los actos de gobierno y, por lo tanto, independiente y anterior a la incorporación constitucional del hábeas data.

Por otro lado, en el consid. 10 se explica muy didácticamente en qué consiste el hábeas data y niega su aplicación a este caso, precisando que esta figura “protege la identidad personal y garantiza que el interesado —él y sólo él— tome conocimiento de los datos a él referidos y de su finalidad,

<sup>56</sup> Corte Sup., 15/10/1998, Fallos 321:2767.

que consten en registros o bancos públicos o los privados destinados a proveer informes. Constituye, por tanto, una garantía frente a informes falsos o discriminatorios que pudieran contener y autoriza a obtener su supresión, rectificación, confidencialidad o actualización. Se trata, pues, de una dimensión del derecho a la intimidad, en conexión de sentido con el art. 19 de la Constitución Nacional; constituye la acción que garantiza el derecho que toda persona tiene a decidir por sí misma en qué medida compartirá con los demás sus sentimientos, pensamientos y los hechos de su vida personal (...). Por consiguiente, el hábeas data en tanto garantía de un derecho individual, personalísimo, sólo puede ser ejercida por el titular del derecho”.

## 8. La legitimación en la jurisprudencia

Un elemento que pretendemos resaltar es el concerniente al sujeto activo que tiene derecho a solicitar información. En varios fallos de la Cámara Federal de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo se acepta la existencia del derecho de acceso a la información pública, pero pareciera que éste no estuviera en cabeza de cualquier ciudadano sino sólo de las asociaciones que tienen por objeto el estudio de la conducta gubernamental, o las personas que se dedican a ello.

Así, en la causa “Tiscornia, Sofía y otro v. EN”<sup>57</sup> se acepta la legitimación de los actores, Sofía Tiscornia, por su propio derecho, y Emilio Fermín Mignone, en su carácter de representante del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), por cuanto este último tiene como propósito realizar investigaciones y estudios en el ámbito de las relaciones entre el derecho y la sociedad dirigidos a la defensa de la dignidad de la persona humana, y se ha corroborado que “el requerimiento de información (...) se halla vinculado a la actividad que desarrollan los solicitantes relacionada a la investigación científica y a la defensa de los derechos humanos” (consid. IV).

En la causa “Colegio Público de Abogados de la Capital Federal v. EN”<sup>58</sup> se admitió la participación de esa entidad por cuanto ésta pretendía acceder a un proyecto de ley que podía alterar la participación que tienen los abogados en el Tribunal Fiscal de la Nación, y “el interés de la corporación actora en punto a la información contenida en el expediente por el cual tramita el premencionado proyecto halla suficiente fundamento en las competencias que a dicho ente público no estatal se han asignado legislativamente” (consid. VII).

<sup>57</sup> C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 3ª, 17/12/1997, ED 180-427/431, 1999.

<sup>58</sup> C. Nac. Cont. Adm. Fed., 27/2/2004, RAP 2004-312-57/64.

En el mismo sentido, en “Fundación Poder Ciudadano v. EN”<sup>59</sup>, se considera que asiste a la actora derecho a solicitar información sobre censos en el Senado nacional, normas que facultan a los senadores a asignar fondos a sus colaboradores y que permiten el funcionamiento de un sistema de “módulos” referido a la distribución de fondos, por cuanto dicha fundación tiene entre sus objetivos estatutarios apoyar la plena vigencia del orden jurídico y del Estado de derecho, y apoyar e impulsar proyectos de investigación tendientes a lograr una mayor transparencia y eficacia en los procesos administrativos y, por ello, “puede razonablemente interpretarse que dicha fundación se halla dotada de un derecho a la información a tenor de los propósitos, finalidades o competencias que posee” (consid. VII).

Finalmente, también en la causa “Centro de Implementación de Políticas Públicas E. y C. y otro v. Honorable Cámara de Senadores del Congreso de la Nación”<sup>60</sup> se hizo mérito en que los estatutos de las dos asociaciones actoras tenían por objeto ayudar al Estado a cumplir sus funciones y crear un espacio de activismo y control ciudadano, respectivamente, por lo que “dichas asociaciones se hallan dotadas de un derecho a la información a tenor de los propósitos, finalidades o competencias que poseen” (consid. VIII).

A partir de la lectura de estos fallos, cabe preguntarse si estos jueces darían la misma información a simples ciudadanos, aun cuando no fueran estudiosos o investigadores de la ciencia política o del derecho administrativo. Por nuestra parte, reafirmamos que cualquier asociación constituida legalmente en la Argentina está en condiciones de exigir la entrega de información al Estado, independientemente de su objeto social, sin más limitaciones que las previstas por la Ley de Sociedades.

## 9. La creación o publicación de información

El último punto a analizar en la jurisprudencia argentina referida al derecho de acceso a la información pública es qué conducta tomaron los jueces ante casos en que se solicitaba crear o publicar información. Tanto en el caso “Fundación Accionar Preservación Ambiente Sustentable v. Comité Ejecutor Plan Gaym Cuenca Matanza- Riachuelo y otros”<sup>61</sup> como en “Monner Sans, Ricardo v. Fuerza Aérea Argentina s/amparo”<sup>62</sup>, se rechazó el pedido de publicar en periódicos información en poder del Estado. Sólo se aceptó en “Centro de Implementación de Políticas Públicas E. y C.

<sup>59</sup> C. Nac. Cont. Adm. Fed., 29/9/2004, RAP 2005-325-113/123.

<sup>60</sup> C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 3<sup>a</sup>, 27/5/2005, [www.laleyonline.com.ar](http://www.laleyonline.com.ar).

<sup>61</sup> C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 1<sup>a</sup>, 16/4/2002, JA 2003-IV-348/358.

<sup>62</sup> Corte Sup., 26/9/2006, en [www.eldial.com](http://www.eldial.com), *elDial.com*, del 27/9/2006.

y otro v. Honorable Cámara de Senadores del Congreso de la Nación”<sup>63</sup> condenar al Senado a publicar en su sitio de Internet decretos emitidos por la Presidencia del cuerpo, en tanto esa obligación ya estaba prevista en el Reglamento Interno del Cuerpo.

No obstante ello, disentimos con quienes afirman que “los casos en los que es posible ejercer el derecho de exigir la producción de información al Estado son aquellos en los que una norma establece una obligación especial de producción de la información y el Estado la ha incumplido”<sup>64</sup>. En efecto, en tanto la difusión de la actividad es parte integrante del derecho de acceso a la información pública, tal como lo destacáramos en el apart. II.7, y en tanto este último es un derecho que emana de la forma republicana de gobierno, podrán prudentemente los jueces ordenar la publicación por medios de difusión masiva de determinada información aun sin una norma específica en tal sentido. Debe recordarse que las previsiones constitucionales no necesitan de una ley que las reglamente para ser operativas, tal como lo destacara la Corte en el caso “Miguel Ángel Ekmekdjian v. Gerardo Sofovich y otros”<sup>65</sup>.

## V. PROPUESTAS PARA UNA NORMATIVIDAD ADECUADA

### 1. Las propuestas

Hemos precisado en qué consiste el derecho de acceso a la información pública, y estudiado el instituto en el derecho internacional, extranjero y nacional. En este punto, procederemos a destacar cuáles son los principios que debe contener una norma que regule el derecho de acceso a la información pública para que permita su pleno ejercicio.

### 2. Responsabilidad estatal en el dictado de una normatividad adecuada

El Estado argentino tiene la responsabilidad de dictar una normativa que contemple el derecho de acceso a la información. En primer lugar, porque es un imperativo constitucional conforme hemos demostrado, por lo que el dictado de tal norma se constituye en un mandato ético.

En segundo lugar, porque según el Convenio de Viena y el Pacto de San José de Costa Rica, éste se halla obligado a llevar a su derecho inter-

<sup>63</sup> C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 3ª, 27/5/2005, [www.laleyonline.com.ar](http://www.laleyonline.com.ar).

<sup>64</sup> ABRAMOVICH, Víctor - COURTIS, Christian, “El acceso...”, cit.

<sup>65</sup> Corte Sup., Fallos 315:1503.



no los compromisos internacionales que asume, destacándose que el derecho de acceso a la información pública surge de la interpretación que la Corte Interamericana de Derechos Humanos realiza del Pacto de San José de Costa Rica, conforme surge del precedente “Claude Reyes y otros v. Chile”, citado en el apart. III.3.

### **3. Concentración de las previsiones normativas**

De la descripción del sistema normativo argentino hemos tomado nota de la existencia de diversos procedimientos para el acceso a la información pública que surgen de normas que conceden ese derecho, pero no indican el procedimiento a aplicar, y de la existencia de diversos sujetos a los que se les puede exigir que brinden dicha información.

Resulta conveniente establecer un marco legal único y homogéneo, que abarque a los tres poderes del Estado y a los sujetos privados obligados a brindar información pública, y que facilite a los ciudadanos familiarizarse con un solo procedimiento y que evite, a su vez, que las reformas parciales vayan diferenciando los distintos regímenes<sup>66</sup>, sin perjuicio de que, conforme nuestro sistema federal, cada provincia tenga su propia ley de información.

### **4. Amplitud de la personería activa para requerir información**

Si bien consideramos haber demostrado que el derecho de acceso a la información pública es una consecuencia del sistema republicano de gobierno y que, por tanto, es un derecho político en cabeza de todo ciudadano del Estado, las vacilaciones jurisprudenciales que hemos destacado tanto en el apart. IV. 8., como al comentar los fallos “Monner Sans” y “Urteaga”, demuestran que no todos los operadores jurídicos actúan en consonancia con lo que hemos propugnado.

Por ello, creemos conveniente el dictado de una ley que reconozca que el derecho de acceso a la información pública es un derecho de todos los ciudadanos, y que éstos pueden recurrir a los tribunales ante su denegación.

Reiteramos lo expuesto en el apart. II. 3: es positivo pero no indispensable ampliar la legitimación para el ejercicio de este derecho a extranjeros residentes en el país, y aun a no residentes; el solicitante de información no debe ser compelido a expresar los motivos de su requisitoria, y las perso-

<sup>66</sup> VILLANUEVA, Ernesto, *Derecho...*, cit., ps. LV y ss.

nas jurídicas se encuentran también facultadas para el reclamar el acceso a la información pública.

### **5. La ley como instrumento para regular conductas de los sujetos privados**

En el apart. II. 6. hemos sostenido que las personas jurídicas mixtas, las personas privadas que ejerzan funciones públicas, y las que reciban aportes o subsidios son sujetos pasivos del derecho de acceso a la información pública y, por lo tanto, están obligadas a brindar a los ciudadanos aquella información que se encuentre en su poder, y que sea pública por su objeto.

Ahora bien, dado que según el art. 19 de la Constitución Nacional, “ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”, resulta conveniente el dictado de una ley para regular las obligaciones de los sujetos privados.

Si bien en los distintos instrumentos en que se concediesen permisos, licencias, concesiones, subsidios o aportes podrían establecerse condiciones de entrega de información pública, sin duda ello llevaría a una gran dispersión de las condiciones, y resultaría de gran dificultad para el ciudadano acceder incluso a las condiciones en las que puede solicitar la información.

### **6. Publicidad de oficio de la información estatal fundamental**

En el apart. II.7. hemos expresado que pueden distinguirse cuatro niveles de acceso a datos: el dato procesado, el dato bruto, el circuito de circulación de datos dentro de la Administración y el derecho a exigir al Estado la producción de información. A ello podemos agregar que forma parte del derecho de acceso a la información pública el exigir la publicidad y difusión de determinada información.

En lo concerniente a los tres primeros niveles de datos, consideramos que aun en caso de vacío legal (falta de ley específica), en la medida en que un juez nos dé la razón en cuanto a que el derecho de acceso a la información pública emana directamente de la Constitución Nacional, y ha sido reconocido por la Convención Americana de Derechos del Hombre, le será sencillo reconocer que se está afectando un derecho y, consecuentemente, no le será difícil hacerlo operativo ante una demanda concreta.

Ahora bien, probablemente ante un caso en que el Estado se negase a producir, sistematizar o publicar determinada información, aparecería la primera dificultad de desentrañar cuándo hay un efectivo incumplimiento de deberes constitucionales. En segundo lugar, no sería tan sencillo hacer operativo el derecho de acceso a la información pública en su plenitud, y obligar a la Administración a cumplir con tales deberes. Quizá se tornaran más difusos los límites de hasta dónde puede obligar el juez a la Administración a cumplir obligaciones de hacer y, definitivamente, la cuestión quedaría sometida al “prudente arbitrio” del juez, que posiblemente variará según quién deba resolver la cuestión

Por ello, es sumamente conveniente el dictado de una ley que especifique claramente cuál es la información que los órganos estatales deben necesariamente producir y publicar.

### **7. La gratuidad como principio, y los costos de entrega como excepción**

Al ser el derecho de acceso a la información pública un derecho que emerge directamente de la forma republicana de gobierno, en general, se dispone que sea gratuito o que, eventualmente, abarque sólo los costos de reproducción de la información que se solicite.

Si bien consideramos que la gratuidad en el acceso a la información es lo más conveniente, dejamos sentado que no consideramos que haya obstáculos constitucionales al cobro de una tasa razonable al solicitarse la información, en la medida en que en muchos casos el ejercicio de un derecho constitucional se encuentra supeditado al pago de una tasa, tales como las que se cobran para acceder a la justicia, la emisión del pasaporte o la del documento nacional de identidad. No obstante ello, parece una solución razonable la propuesta por determinadas legislaciones, que sólo cobran tasas a quienes soliciten información con motivos comerciales.

### **8. Plazos razonables para la entrega de la información**

Hace a la esencia de este derecho, como de cualquier otro, que éste sea ejercido dentro de plazos razonables. Y no sólo debe preverse un plazo razonable de entrega de la información ante la mera solicitud, sino que deben también preverse plazos razonables para los casos en los que haya que recurrir ante los órganos judiciales.

## 9. Órganos administrativos de revisión, control y fomento

Se ha propuesto la constitución de una autoridad reguladora independiente para revisar el cumplimiento del derecho de acceso a la información pública, tal como acontece en el Reino Unido, Nueva Zelanda o en la ley federal mexicana<sup>67</sup>.

Creemos que en la Argentina no es más eficaz plantear un conflicto ante un órgano administrativo que ante uno judicial y, por el contrario, el introducir otra etapa administrativa muchas veces redundará en una demora en el procedimiento que, de todos modos, posiblemente terminará en sede judicial.

En caso de negativa de los sujetos pasivos obligados a brindar la información que se solicite, se debe habilitar la vía judicial para revisar esta decisión. En muchos ordenamientos se habilita expresamente la vía del amparo o, eventualmente, del amparo por mora, solución que por nuestra parte propugnamos.

## 10. Sanciones

Para asegurar el cumplimiento de las obligaciones que se imponen a la Administración Pública y a determinados sujetos privados, es conveniente prever sanciones para quienes las incumplan.

Para el caso de incumplimientos de la Administración, se suelen fijar sanciones administrativas a título personal para el funcionario responsable. Para las personas jurídicas privadas, obligadas a brindar información sobre la base de una relación con el Estado (concesión, licencia, subsidio u otro), más allá de la eventual imposición de multas, es posible la estipulación de sanciones en el marco de su relación con el Estado.

## 11. Excepciones a la presunción del carácter público de la información

Como señaláramos en el apartado II.8., las excepciones a la presunción del carácter público de la información deberán ser taxativas y de interpretación restrictiva.

## 12. Tiempo de reserva de la información

Toda información pública tiene por vocación ser accesible por toda la ciudadanía. Por ello, en caso de que determinada información sea de-

<sup>67</sup> VILLANUEVA, Ernesto, *Derecho...*, cit., ps. LXIV y ss.

clarada secreta, este secreto deberá ser siempre acotado en el tiempo, en un plazo legalmente previsto, transcurrido el cual la información será de conocimiento público. En el derecho comparado, este plazo suele fijarse entre los diez y los cincuenta años.

### **13. Segregación de la información reservada**

En los casos de que un registro contenga tanto información secreta como información que no lo es, no corresponde que ante una solicitud se deniegue el acceso a todo el registro, sino que se discrimine la información secreta de la que no lo es.

### **14. Preservación de la información pública**

Es esencial establecer el cuidado integral de los registros estatales, ya que hace a la preservación de la verdad histórica. El Estado debe asegurar su mantenimiento y sancionar penalmente la destrucción o adulteración voluntaria de aquéllos, debiendo mantenerse como regla la de la preservación de la información pública<sup>68</sup>.

### **15. Promoción de una cultura de apertura y transparencia**

En la introducción a este trabajo nos hemos referido a la existencia de un culto a lo oculto en el ámbito de las Administraciones Públicas, de una tendencia de la burocracia a retacear el acceso a la información, y de la existencia de una administración paralela a la oficial, que prefiere el silencio a la publicidad.

Esta realidad, profundamente arraigada en las administraciones latinoamericanas, no podrá ser revertida sólo con el dictado de una ley. Será necesario, por un lado, capacitar a los funcionarios y empleados en la cultura de la apertura y la transparencia gubernamental. Por otro lado, se deberá educar al ciudadano para que se interese por los asuntos públicos, y sepa cómo actuar en defensa de sus derechos.

<sup>68</sup> RODRÍGUEZ VILLAFANE, Miguel J., “La información pública en América. Acceso y normativa requerida”, *Revista del Foro*, nro. 2 (Colegio de Abogados de Lima), 2006, p. 267.

## VI. CONCLUSIÓN: LAS PROPUESTAS

Hemos descripto en qué consiste el derecho de acceso a la información pública, su evolución en el derecho comparado y en el derecho internacional y, finalmente, hemos demostrado que es tanto una consecuencia del sistema republicano de gobierno como un derecho reconocido por la Declaración Americana de Derechos del Hombre y que, por lo tanto, goza de jerarquía constitucional.

Posteriormente, hemos analizado el sistema normativo argentino, y detectado la presencia de lagunas, que pueden dar lugar a conflictos, tanto porque los sujetos intervinientes en una determinada relación jurídica no tengan claro cuáles son los límites de los derechos de cada uno, como porque alguno aproveche las zonas grises en su favor, o como modo de dilatar la solución de las controversias.

Por ello, propugnamos el dictado de una ley nacional de acceso a la información pública que recoja los principios expresados en el capítulo anterior. Necesariamente, ésta debe permitir el acceso a la información pública a todos los ciudadanos; pero sería conveniente incluir a los residentes como así también a toda persona. Debe permitir el acceso a la información en cualquier tipo de soporte en tanto sea pública por su objeto y comprometer claramente a los tres poderes del Estado en cada una de sus funciones, a las personas jurídicas mixtas, y a las privadas que ejerzan funciones de autoridad y a las que reciban subsidios o aportes estatales. Asimismo, debe reconocer la presencia de excepciones en resguardo de otros derechos, siendo estas excepciones expresamente previstas y de interpretación restrictiva.

A su vez, deberá dictarse un marco único y sencillo, y estipularse qué información debe recolectar, sistematizar y publicar el Estado aun sin requerimiento expreso de los ciudadanos.

Por último, deberá establecerse un trámite sencillo y que prevea la posibilidad de recurrir a los órganos jurisdiccionales mediante una acción rápida en caso de denegatoria de la información, como así también preverse sanciones para los funcionarios administrativos que incumplan con sus obligaciones de brindar información, deberá establecerse el principio de segregación de la información y, preferentemente, deberá brindarse la información en forma gratuita o sólo contemplando los costos de reproducción en caso de que ella sea solicitada.

No somos ilusos en creer que el dictado de una ley será suficiente para permitir el acceso a los ciudadanos a la información pública. Nino nos ha advertido sobre la existencia de la anomia en la Argentina, como tendencia

recurrente de la sociedad y, en especial, de los factores de poder, a la inobservancia de las normas jurídicas, morales y sociales<sup>69</sup>.

No obstante ello, confiamos haber colaborado con nuestro humilde grano de arena en la difusión del derecho de acceso a la información pública, en las propuestas para el dictado de una ley y en la promoción de una cultura de publicidad republicana que permita a los argentinos interesarse por la cosa pública y fortalecer la democracia.

<sup>69</sup> NINO, Carlos S., *Un país al margen de la ley*, Ariel, Buenos Aires, 2005.





## EL BIEN JURÍDICO EN EL DERECHO PENAL. ALGUNAS NOCIONES BÁSICAS DESDE LA ÓPTICA DE LA DISCUSIÓN ACTUAL

MARIANO KIERSZENBAUM \*

**Resumen:** El concepto de bien jurídico ha cumplido hasta hoy importantes funciones en la dogmática penal; lo ha hecho como criterio para la clasificación de los delitos, y como elemento de base y límite al orden penal. Así, el bien jurídico ha servido al liberalismo como barrera contenedora del poder punitivo. Sin embargo, esta idea de bien jurídico como noción reductora de la coerción estatal se encuentra actualmente en una de sus más fuertes crisis. Las críticas más duras provienen de la pluma de Jakobs, en la doctrina alemana, y de la pluma de Sancinetti, en la doctrina argentina. Pretendemos aquí exponer sucintamente las aristas de la discusión actual en torno a la relevancia o no de esta noción desde las teorías actuales.

**Abstract:** The notion of “legally protected interest” has served, to date, relevant purposes in the study of Criminal Law: it has been used as criterion for the classification of crimes and as a boundary for Criminal Law. In that way, the notion of “legally protected interest” has been used by liberalism as a restraining barrier for punitive power. But the understanding of “legally protected interest” as a coercion-reducing notion is currently undergoing one of the most serious crisis ever. The harshest criticism comes from Jakobs, within German scholars, and from Sancinetti, within Argentine ones. The purpose of this work is to briefly explain current discussions regarding whether the notion in question is significant or not according to current theories.

\* Estudiante de Abogacía (UBA). Agradezco especialmente las interesantes sugerencias de mi entrañable amigo Nicolás Laino. Dedico el artículo a Noemí Rempel, Gustavo Recio Antón, Miguel Herszenbaun, Federico Mackin y Karina Blanco. Este trabajo fue elaborado, inicialmente, para ser presentado en las clases introductorias de aquellos cursos de la parte especial del derecho penal dictados con entusiasmo y compromiso académico por Noemí Rempel (durante el segundo cuatrimestre de 2007) y sus asistentes, entre quienes orgullosamente ocupo un lugar.

**Palabras clave:** Derecho penal - Bien jurídico - Poder punitivo - Sanción.

**Keywords:** Criminal Law - Legally protected interest - Punitive power - Sanction.

## I. NOCIONES ELEMENTALES

### 1. Concepto

Ha de ser, quizá, el bien jurídico el concepto más difícil de definir en el ámbito de la ciencia penal<sup>1</sup>. Podría decirse que la doctrina ha esbozado tantas definiciones como autores han tratado el tema<sup>2</sup>.

Por nuestra parte, creemos, siguiendo en gran parte a Von Liszt, que el “bien jurídico” puede ser definido como un *interés vital para el desarrollo de los individuos de una sociedad determinada, que adquiere reconocimiento jurídico*.

De la definición dada tenemos que el bien jurídico es un a) *interés vital* que preexiste al ordenamiento normativo, pues tales *intereses* no son

<sup>1</sup> “...la cuestión teórica del concepto material de delito sigue sin estar clara, pues hasta ahora no se ha logrado precisar el concepto de ‘bien jurídico’ de modo que pudiera ofrecer una delimitación jurídicamente fundada y satisfactoria por su contenido” (ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*, t. I, trad. y notas de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, y Javier de Vicente Ramesal, Civitas, Madrid, 1997 [obra alemana, München, 1994], p. 54). “Independientemente de las definiciones que se han dado de bien jurídico, impera la falta de certeza respecto de su contenido. Se trata de un concepto indeterminado que puede prestarse para cualquier cosa” (FIGUEROA ORTEGA, Yván J., en RODRÍGUEZ DE BELLO, Gladys [coord.], *Ley sobre el hurto y robo de vehículos automotores. Comentada*, Paredes, Caracas, 2008, p. 48). “Dadas las variedades con que se presenta, es prácticamente imposible conceptualizar exhaustivamente el bien jurídico” (TAVARES, Juárez E.X., *Bien jurídico y función en Derecho penal*, trad. de Mónica Cuñarro, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 15).

<sup>2</sup> No en vano dijo Welzel que “el bien jurídico se ha convertido en un auténtico Proteo, que en las propias manos que creen sujetarlo se transforma en seguida en algo distinto” (WELZEL, ZStW, 58, §. 491 ss., 509, cit. por JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1997 [2ª ed. alemana 1991], ps. 47 y 48). Aquí van algunas definiciones: “...relación de disposición de un sujeto con un objeto” (ZAFFARONI, Eugenio R. - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 466); “los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema” (ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, cit., p. 56, la bastardilla es del original); “estados vulnerables, protegibles y valiosos” (JÄGER, Herbert, *Rechtsgüterschutz Strafgesetzgebung und bei Sittlichkeitsdelikten: eine kriminalsoziologische Untersuchung*, Stuttgart, 1957, 13, cit. por ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, cit., p. 52).

*creados* por el derecho sino que éste los *reconoce*, y, mediante ese reconocimiento, es que esos intereses vitales son bienes jurídicos<sup>3</sup>; b) la referencia a la *sociedad determinada* nos señala que ese interés que es fundamental en un determinado grupo social y en un determinado contexto histórico, puede no serlo en otro, por esa razón es discutible la idea de que existan intereses universales y eternos; c) la idea de que el bien es un interés reconocido por el ordenamiento jurídico nos lleva a preguntarnos qué rama del ordenamiento jurídico es la que “crea” los bienes jurídicos, es decir, la que reconoce intereses fundamentales, ¿lo es el derecho penal? La respuesta es negativa, el derecho penal no crea bienes jurídicos, sino que se limita a sancionar con una pena a *ciertas* conductas que lesionan *ciertos* bienes de *cierta* forma. *El bien jurídico es creado (lo cual equivale a decir que el interés vital es reconocido) por el Derecho constitucional y el Derecho Internacional*<sup>4</sup>.

## 2. Diferencia entre bien jurídico, Derecho objetivo y derecho subjetivo

La idea de bien jurídico que hemos esbozado puede, con frecuencia, confundirse con las nociones de Derecho objetivo o derecho subjetivo, y no está mal que así sea, o mejor, no es extraño que así sea, porque en su origen histórico estos conceptos se han entremezclado, siendo el derecho subjetivo lesionado el antecesor del bien jurídico lesionado<sup>5</sup>. Intentaremos analizar la cuestión, que, de todos modos, arrojará más preguntas que respuestas.

<sup>3</sup> En este sentido, Franz von Liszt se expresó de la siguiente manera: “Nosotros llamamos bienes jurídicos a los intereses protegidos por el Derecho. Bien jurídico es el interés jurídicamente protegido. Todos los bienes jurídicos son intereses vitales del individuo o de la comunidad. El orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida; pero la protección del Derecho eleva el interés vital a bien jurídico”, VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho penal*, trad. de la 20ª ed. alemana por Luis Jiménez de Asúa, adicionado con el Derecho penal español por Quintilliano Saldaña, t. II, 4ª ed., Reus, Madrid, 1999, p. 6.

<sup>4</sup> Conf. ZAFFARONI, Eugenio R. - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2002 (1ª ed., 2000), ps. 98 y ss., 486 y ss.: “...la legislación penal no crea bienes jurídicos, sino que éstos son creados por la Constitución, el derecho internacional y el resto de la legislación. (...) La ley penal sólo eventualmente individualiza alguna acción que lo afecta de cierto modo particular, pero nunca puede brindarle una tutela amplia o plena, dada su naturaleza fragmentaria y excepcional” (p. 486).

<sup>5</sup> Conf. VON FEUERBACH, P.J.A.R., *Tratado de derecho penal*, trad. al castellano de la 14ª ed. alemana por Eugenio R. Zaffaroni e Irma Hagemeyer, Hammurabi, Buenos Aires, 1989 (14ª ed. alemana, Giessen, 1847; obra original alemana, Giessen, 1801).

Sostuvimos que el bien jurídico es, esencialmente, *un interés vital que adquiere reconocimiento jurídico*. Esta noción puede confundirnos y llevarnos a pensar que si es un interés con reconocimiento jurídico, entonces el bien jurídico es un derecho, o que el derecho es un bien jurídico, o que ambos conceptos son lo mismo.

Para resolver este problema lingüístico debemos primero hacer un distingo entre derecho objetivo y derecho subjetivo.

*Grosso modo*, diremos que el Derecho objetivo es una ley. v. gr., cualquier artículo contenido en un tratado de derechos humanos es derecho objetivo, y todo el tratado es derecho objetivo.

En este sentido, el bien jurídico no puede confundirse con el Derecho objetivo, porque el bien jurídico no es la ley, sino el interés fundamental positivado en ella. Más claro: cuando hablo del bien jurídico vida no me refiero al artículo de tal o cual tratado que protege a la vida.

Respecto del derecho subjetivo, decimos que es, a grandes rasgos, *la facultad jurídicamente reconocida que tiene una persona de comportarse de tal o cual forma o de exigir de una, de varias o de todas las personas un comportamiento (sea activo u omisivo)*. Es decir, cuando hablamos del derecho subjetivo a la vida nos referimos, por caso, a la facultad que una persona tiene de exigir a los otros que no lo maten o que hagan algo que favorezca su desarrollo vital, y su respectiva facultad de administrar su vida como le plazca, pudiendo, si así lo desea, extinguirla.

En esta acepción el “derecho a la vida” puede confundirse con el “bien jurídico vida”, pues cuando un sujeto mata a otro ciertamente ha lesionado el derecho subjetivo vida, pues se ha comportado de una manera contraria a la que el titular del derecho tenía facultad de exigir (p. ej., no disparando un arma en su dirección).

Sin embargo, el bien jurídico vida es una cosa muy distinta, al menos en los términos aquí utilizados, al derecho subjetivo vida. Pues, en nuestra consideración, el bien jurídico no se emparenta con la facultad concreta de una persona de exigir un comportamiento, sino con un interés vital para el desarrollo de los individuos en una sociedad determinada.

De todos modos, el problema de diferenciar las nociones de bien jurídico y derecho subjetivo no es de tan sencilla resolución.

Como primera medida, es menester aclarar algo. El derecho subjetivo, como categoría, comprende, a no dudarlo, al derecho estatal de exigir de los ciudadanos el respeto por las normas que él dicta. Y señala Aguirre Obarrio que Binding sostenía que “el objeto jurídico del delito es una desobediencia al derecho subjetivo que el Estado tiene para exigir acatamiento

a sus disposiciones”<sup>6</sup>. Aquí sí es del todo claro que el bien jurídico no es *este* derecho subjetivo. El bien jurídico no es el derecho del Estado de exigir acatamiento, mas cómo diferenciaremos al bien jurídico del resto de los derechos subjetivos es el problema.

Enseñaba el maestro Jiménez de Asúa, con verdad en sus palabras, que “[e]s muy antigua (...) la teoría de que el delito es la violación de los derechos subjetivos, deduciéndose de aquí que el objeto de la infracción es el derecho subjetivo que en cada caso la ley protege concretamente. Esta concepción se remonta a Feuerbach (*Lehrbuch*, § 21), y de parecida manera formula su doctrina Oppenheim”<sup>7</sup>; y agregaba a continuación que “La tesis más generalizada hoy, y a nuestro juicio la más certera —decía Jiménez de Asúa—, es la de considerar objeto del delito, o mejor dicho objeto de protección, los intereses o bienes tutelados por el Derecho. Fueron, primero Carlos Tittmann, y después Birnbaum quienes expusieron estas ideas...”<sup>8</sup>.

Parecería entonces que el bien jurídico es el interés que da sentido a la norma, y no la facultad del sujeto de exigir que ese interés sea respetado. De hecho, podría existir un bien jurídico que no prevea como correlato ningún derecho subjetivo, razón por la cual el interés allí protegido no tendría prevista una acción que otorgue al titular del bien la facultad de exigir su cumplimiento, ése es el caso que, según Aguirre Obarrio, habría dado sentido a la creación de la noción de bien jurídico, es decir, las situaciones en las cuales existía un “bien” digno de protección, pero que no podía encontrarse en él un derecho subjetivo propiamente dicho<sup>9</sup>. Es claro el maestro Ricardo Núñez cuando afirma que “[p]ara evitar que el término *derecho* se tome en el sentido de *derecho subjetivo* [refiriéndose

<sup>6</sup> AGUIRRE OBARRIO, Eduardo, “Preludio al bien jurídico”, *Lecciones y Ensayos*, Segunda época, n°1, 1981, Facultad de Derecho y Cs. Sociales, UBA, p. 18.

<sup>7</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de derecho penal*, t. III, “El delito”, 5ª ed., Losada, Buenos Aires, 1950, p. 103.

<sup>8</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado...*, cit., t. III, p. 103.

<sup>9</sup> El “enfoque de los delitos como lesión a derechos subjetivos [e]n los casos cotidianos parecía cumplir adecuadamente sus funciones, interpretativa y sistemática: es decir en homicidios, lesiones, injurias, violación, hurto, robo, estafa. Era fácil encontrar algún derecho subjetivo, como el derecho a la vida, a la salud, al honor, etc. Y en cuanto al titular del mismo, es evidente. La vida de Ticio, el honor de Juan. (...) Sin embargo, si seguimos buscando en la ley, descubriremos nuevas dificultades con otros delitos, como la asociación para delinquir, las inundaciones, la propagación de epidemia, diversos ataques a colectividades raciales, religiosas y profesionales, etc. Ellos no cuentan con el respaldo de un derecho subjetivo y no existe un titular de él (...) Pero ¿quién puede cuestionar que el Derecho penal incluya una serie de delitos concernientes a estos y otros núcleos sociales?” (AGUIRRE OBARRIO, Eduardo, *Preludio...*, cit., p. 20).

a la expresión acuñada por Carmignani ‘derecho ofendido’, como criterio para la exposición de delitos en la parte especial, que fuera antecedente del actual concepto de bien jurídico], lo que excluiría a los intereses que no son objeto de una pretensión jurídica, la doctrina habla ahora de *intereses* o de *bienes* jurídicos...”<sup>10</sup>.

El problema que encontraremos rápidamente en esta acepción, que distingue al bien jurídico del derecho subjetivo, finca en el hecho de que, en definitiva, resulta ser más expansiva del poder penal que limitativa, pues se afirma que el bien jurídico surge para abarcar situaciones que no eran abarcadas por el derecho subjetivo.

Interesante definición, que puede zanjar la discusión y unificar conceptos (bien jurídico y derecho subjetivo) es la que nos proporciona Arthur Kaufmann, al afirmar que

Derecho subjetivo (facultad) es la voluntad de poder otorgada a través del derecho objetivo para la realización autónoma de un interés jurídicamente protegido (bien jurídico). El derecho subjetivo no es, entonces, ni solamente el interés protegido jurídicamente (en este sentido, sin embargo, Rudolf v. Ihering) ni solamente la voluntad de poder garantizada por el derecho objetivo (como pensaba Bernhard Windscheid), sino ambos a un mismo tiempo<sup>11</sup>.

En la definición de Kaufmann el distinguo entre derecho subjetivo y bien jurídico perdería todo sentido, pues el bien jurídico es, en este caso, un elemento dentro de la noción de derecho subjetivo. La utilidad de distinguir ambos conceptos surge, seguramente, de una doble necesidad, la de poder explicar que existen derechos subjetivos que no tienen como base ningún bien jurídico (como interés), y la de explicar que hay bienes jurídicos desvinculados de un derecho subjetivo (como facultad). Por otra parte, como tercera posibilidad, podría decirse que no cualquier interés puede erigirse en bien jurídico, sino sólo intereses vitales para el desarrollo de un individuo en una sociedad —como aquí lo hicimos—, y esta diversificación de intereses elevaría a estos segundos a la categoría de bienes jurídicos *stricto sensu*.

<sup>10</sup> NÚÑEZ, Ricardo C., *Tratado de derecho penal*, t. III, vol 1, “Parte especial. Delitos contra las personas”, 2ª reimpr. de la 2ª ed., Lerner, Córdoba, 1987 (2ª ed., 1965; 1ª ed., 1960), p. 15.

<sup>11</sup> KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del derecho*, 2ª ed., trad. al castellano por Luis Villar Borda y Ana María Montoya, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999 (título original: *Rechtsphilosophie*, 2ª ed. alemana, 1997), p. 213.

### 3. Bien jurídico y objeto de la acción

El bien jurídico ha de ser distinguido del objeto de la acción. Podría enunciarse así, como lo ha hecho la doctrina, un distingo entre objeto material y objeto jurídico del delito<sup>12</sup>, siendo este último el bien jurídico. El objeto material, u objeto de la acción, es aquel ente físico sobre el cual, concretamente, recae la acción del sujeto. Por ejemplo, en el delito de hurto es el objeto material del delito la cosa mueble que ha sido sustraída, y es el bien jurídico la propiedad<sup>13</sup>.

## II. SURGIMIENTO<sup>14</sup>

Este concepto surge en los comienzos del siglo XIX de la mano del pensamiento ilustrado como un límite al legislador a la hora de criminalizar conductas. Ese particular contexto histórico estuvo signado por una gran preocupación vinculada a contener al poder punitivo estatal.

Sus primeras formulaciones le son atribuidas a Johann M. F. Birnbaum, no obstante se reconoce que Binding fue quien impuso el concepto de bien jurídico, aunque no como noción prelegal, tarea que sí intentó desarrollar con posterioridad Von Liszt, de este modo enseña Stratenwerh que

El concepto de “bien” fue introducido en la discusión jurídico-penal por *Birnbaum* en 1834, con la expresa finalidad de lograr una definición “natural” de delito, independiente del Derecho positivo. (...) Para *Binding*, que es quien impuso realmente el concepto de “bien jurídico”, lo único determinante era la decisión del legislador de otorgar protección jurídica a un bien. En contraposición, fueron sobre todo *v. Liszt* y la doctrina neokantiana del Derecho penal, representada entre otros por *M. E. Mayer* y *Honig*, los que intentaron desarrollar parámetros “prelegales”<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> Véase AGUIRRE OBARRIO, Eduardo, *Preludio...*, cit., p. 17.

<sup>13</sup> Véase ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, cit., t. I, trad. y notas Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, y Javier de Vicente Ramesal, Civitas, Madrid, 1997 (obra alemana München, 1994), p. 54.

<sup>14</sup> Véase acerca del surgimiento y evolución del concepto: FERNÁNDEZ, Gonzalo D., *Bien jurídico y sistema del delito*, B de F, Montevideo, 2004, ps. 11 y ss.

<sup>15</sup> STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general*, t. I., “El hecho punible”, 4ª ed., trad. de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, 2005 (4ª ed. alemana, 2000), p. 65. Por su parte, expresan Giovanni Fiandaca y Enzo Musco, en forma coincidente con Stratenwerth, que “Desde el punto de vista histórico, la paternidad del concepto de bien jurídico, entendido como noción apta para determinar el objeto de la tutela penal, se atribuye al jurista alemán Birnbaum. En un escrito de 1834 [“Über das Erfordernis riner Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht

Por su parte, Aguirre Obarrio reconoce en von Liszt al hacedor principal del traspaso de la idea de derecho subjetivo protegido a la de bien jurídico protegido<sup>16</sup>.

### III. FUNCIÓN DE GARANTÍA

La noción de bien jurídico ha dado lugar, en el ámbito del Derecho penal, al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. La principal consecuencia que puede extraerse del principio mencionado finca en el hecho de que sólo sería legítima aquella norma destinada a proteger bienes jurídicos. Ello descarta la posibilidad de cualquier tipo de sanción respecto de pensamientos o comportamientos que no dañen a otro. Es una idea que tiende a la reducción del Derecho penal.

Bacigalupo se expresa de la siguiente forma:

El Derecho penal moderno (a partir de Binding) se ha desarrollado desde la idea de protección de bienes jurídicos. De acuerdo con ella, el legislador amenaza con pena las acciones que vulneran (o ponen en peligro) determinados intereses de una sociedad determinada. La vida, la libertad, la propiedad, etcétera, son intereses o finalidades de la sociedad que el legislador quiere proteger amenazando a quienes los ataquen con la aplicación de una pena; de esta forma, tales intereses se convierten, a través de su reconocimiento en el orden jurídico positivo, en bienes jurídicos. De la idea de protección de bienes jurídicos se deducen en la teoría límites para el *ius puniendi*, es decir para el derecho de dictar leyes penales...<sup>17</sup>.

Por su parte, Maximiliano Rusconi enseña que

Según esta teoría, es el concepto de la protección de bienes jurídicos el que debe transformarse en la idea rectora de la formación del tipo y en la legitimación de la intervención punitiva. El derecho penal, para este punto de vista, es el

---

auf den Begriff der Ehrenkrankung', en *Archiv des Criminalrechts*, Neue Folge, 1834, ps. 149 y ss.], Birnbaum evaluaba críticamente la concepción protoilustrada del delito como 'violación de un derecho subjetivo', advirtiendo cómo la concepción mencionada había sido incapaz de explicar por sí misma la punición de hechos lesivos de bienes con un rango particular (...), pero que no podían encuadrarse en el paradigma del derecho subjetivo", en *Derecho penal. Parte general*, trad. de Luis Fernando Niño, Temis, Bogotá, 2006 (4ª ed. italiana, 2001), p. 33.

<sup>16</sup> Véase AGUIRRE OBARRIO, Eduardo, *Preludio...*, cit., p. 21.

<sup>17</sup> BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1999, ps. 43 y 44.



instrumento al que se acude sólo para la protección de los intereses vitales de la comunidad: vida, libertad, honor, propiedad, etc.<sup>18</sup>.

Queda claro entonces, que tal principio, en apariencia, no puede ser entendido sino como una garantía del individuo frente al poder estatal y nada más que eso; pues *allí donde haya una pena deberá haber un bien jurídico lesionado, lo cual no significa que allí donde haya un bien jurídico lesionado deba haber una pena*.

Sin embargo, esta función de garantía que acompañó al nacimiento del concepto de bien jurídico ha sufrido violentas modificaciones que han olvidado su carácter de estándar axiológico. Maximiliano Rusconi, siguiendo a Ferrajoli, traza la siguiente “parábola involutiva”<sup>19</sup>:

1. En un primer momento, en el pensamiento ilustrado, el objeto del delito debía ser la lesión de un derecho subjetivo natural de la persona (vida, salud, libertad).

2. Birnbaum luego hablaría de “cualquier bien que debe ser tutelado por el Estado, siempre que esta tutela general no pueda ser realizada más que mediante la amenaza de una pena determinada”.

3. Para la escuela clásica italiana (Romagnosi, Pellegrino Rossi y Carrara) el concepto continúa manteniendo una base empírica.

4. En la segunda mitad del siglo XVII el concepto pierde “toda función axiológica”. Quizá en este momento se produce la “bisagra” más nítida desde el punto de vista conceptual. Al decir de Ferrajoli: “Su significado no sólo se amplía, sino que conoce una radical alteración de su referente empírico, que se desplaza de los intereses individuales afectados al interés del Estado, concebido al principio como interés en la protección de lo que éste considera digno de ella y, más tarde, simplemente, como interés en la obediencia o en la finalidad. Este giro, en parte, es atribuido a Hegel” (cita de Ferrajoli, *Derecho y Razón*, ps. 464 y ss.).

5. Luego, a través de Ihering, Liszt y Binding, el concepto, progresivamente, se va transformando en “el derecho del Estado a las acciones u omisiones impuestas bajo amenaza de pena”. Esta concepción se ve identificada nítidamente en la concepción de Giuseppe Maggiore para quien “todo delito es, en definitiva, un delito de felonía, un crimen *laesae maiestatis*”.

6. El último giro “involutivo”, Ferrajoli lo ubica en la etapa espiritualista e irracionalista en la cultura alemana de comienzos del siglo XVIII, momento en

<sup>18</sup> RUSCONI, Maximiliano, *Derecho penal. Parte general*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007, p. 78.

<sup>19</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de Perfecto A. Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés, Trotta, Madrid, 1997 (ed. italiana, 1989), p. 467.

el cual “el concepto de bien se desmaterializa definitivamente, transformándose, de criterio de delimitación y deslegitimación externa, en instrumento positivo y autorreflexivo de legitimación política de los intereses tutelados”.

7. Sin embargo, Ferrajoli advierte que luego de la Segunda Guerra Mundial el concepto adquiere “relevancia crítica y función axiológica”<sup>20</sup>.

#### IV. LOS BIENES JURÍDICOS COMO CRITERIO PARA LA EXPOSICIÓN DE LOS DELITOS EN LA PARTE ESPECIAL DEL CÓDIGO PENAL

La parte especial de nuestro Código Penal —correspondiente al Libro Segundo— expone los delitos. Esa exposición está orientada por los bienes jurídicos a los cuales las conductas tipificadas lesionan. Este modo de clasificación de los delitos se remonta, en la doctrina internacional, a Giovanni Carmignani<sup>21</sup>, ilustre representante de la escuela toscana del derecho criminal. Se afirma, con razón, que el orden en el cual aparece cada bien jurídico demuestra una valoración por parte del legislador, es decir, los bienes jurídicos que primero aparecen son los de mayor importancia<sup>22</sup>.

Esa enumeración de delitos reconoce la siguiente clasificación: se toman en un mismo título los delitos que dañan un mismo bien jurídico (v.gr., Título V, “Delitos contra la libertad”) o, excepcionalmente, se toma como parámetro al titular de los bienes jurídicos lesionados, como así lo hacen los títulos correspondientes a los delitos contra las personas, delitos contra la administración pública y delitos contra los poderes públicos<sup>23</sup>; luego, dentro de cada título, encontramos diferentes capítulos, en los cuales se subclasifican los delitos que lesionan un mismo bien jurídico

<sup>20</sup> RUSCONI, Maximiliano, *Derecho penal*, cit., ps. 81 y 82.

<sup>21</sup> Conf. CREUS, Carlos - BUONPADRE, Jorge, *Derecho penal. Parte especial*, t. I, 7ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 1; NÚÑEZ, Ricardo, *Manual de derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., act. por Víctor F. Reinaldi, Lerner, Córdoba, 1999. Aunque Carmignani, vale aclarar, no habría acuñado el concepto bien jurídico, sino que se refería “al derecho violado (objetividad jurídica del delito)” (NÚÑEZ, Ricardo, *Manual...*, cit., p. 12).

<sup>22</sup> En un sentido contrario se expresa Eusebio Gómez, quien ha afirmado que “(n)o porque un delito tenga prioridad, dentro de la enumeración de la ley, podrá pensarse que ésta dispensa al bien que con tal delito se lesiona mayor protección que al que aparece tutelado mediante una incriminación inscripta en otro término. Intrínsecamente, la protección es idéntica para todos los bienes” (*Tratado de derecho penal*, Compañía Argentina de Editores, t. II, Buenos Aires, 1939, p. 10). En igual criterio que Eusebio Gómez se enrola FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Derecho penal. Parte especial*, act. por Guillermo Ledesma, 16ª ed., LexisNexis, Buenos Aires, 2002, p. 12).

<sup>23</sup> SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, t. III, La Ley, Buenos Aires, 1945, p. 12.

de acuerdo al modo de ataque<sup>24</sup> o de acuerdo a una “fragmentación del bien jurídico genérico”<sup>25</sup> (v.gr., Capítulo I del Título V, “Delitos contra la libertad individual”).

Ese Libro Segundo, el referido a los delitos, se compone de doce títulos, los cuales están divididos en capítulos. Los títulos son los siguientes: Título I: “Delitos contra las personas”, el cual comprende ataques contra la vida y la integridad física; el Título II, referido a los “Delitos contra el honor”; el Título III, sobre “Delitos contra la integridad sexual”; Título IV, “Delitos contra el estado civil”; Título V, “Delitos contra la libertad”; Título VI, “Delitos contra la propiedad”; Título VII, “Delitos contra la seguridad pública”; Título VIII, “Delitos contra el orden público”; Título IX, “Delitos contra la seguridad de la Nación”; Título X, “Delitos contra los poderes públicos y el orden constitucional”; Título XI, “Delitos contra la Administración Pública”; y el Título XII, “Delitos contra la fe pública”.

## V. ALGUNOS PROBLEMAS ESTRUCTURALES

Creemos aquí que la pregunta acerca del bien jurídico debe incidir en dos ámbitos que hacen a la estructura misma del sistema penal: el primero —y *conceptualmente previo a la elaboración misma de la teoría del delito*— está vinculado a la necesidad de que las normas penales tiendan a proteger bienes jurídicos; el segundo, y siempre que el primero arroje una respuesta afirmativa, referido al impacto que la lesión efectiva al bien jurídico debe tener en el ámbito de la conformación del ilícito, es decir, si ante la creencia de que el orden jurídico-penal se estructura sobre la base de la protección de bienes jurídicos, la lesión efectiva del bien (resultado típico) debe tener incidencia a la hora de fundar el ilícito.

### 1. La protección del bien jurídico como fundamento del sistema de sanciones penales

El primer problema con el cual nos topamos en el marco de análisis respecto de la temática del bien jurídico es el referido a la veracidad respecto de esa función externa que ha de cumplir el bien jurídico como fundamento del derecho penal y como límite del mismo.

<sup>24</sup> Conf. CREUS, Carlos, *Derecho penal. Parte especial*, 6ª ed. (de seis ediciones), Astrea, Buenos Aires, 1997 (1ª ed., 1983), p. 3.

<sup>25</sup> SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, cit., t. III, La Ley, Buenos Aires, 1945, p. 11.

En la actualidad existen fuertes sectores de la doctrina que cuestionan la aptitud del concepto de bien jurídico a los efectos de limitar el poder punitivo y, asimismo, su concreta eficacia en la protección de los bienes. En consecuencia, ponen en crisis su capacidad para fundar el orden penal.

Uno de los principales detractores de la teoría del bien jurídico proviene de la doctrina alemana, y es el lúcido jurista Günther Jakobs.

El profesor de Bonn entiende que el derecho penal no tiene por función proteger bienes, sino reafirmar la vigencia de la norma.

Comienza su argumento demostrando que, en realidad, el derecho penal no pretende proteger bienes, pues ellos, normalmente, se destruyen sin intervención de persona alguna, sino naturalmente. Así lo anota:

Si se incluyen todos los bienes que deben ser protegidos de modo incondicionado (...) entre los bienes jurídicos, pronto se constata que en la gran mayoría de las ocasiones perecen de un modo que no le interesa al derecho, especialmente al derecho penal, en lo más mínimo. [Por ejemplo] [l]os seres humanos mueren por las afectaciones que sus órganos presentan inevitablemente al alcanzar una edad avanzada...

(...) [S]e dice, entonces, que la relevancia jurídica de los bienes es relativa, referida sólo a una determinada puesta en peligro. (...) [e]l derecho penal ya no garantiza la existencia de los bienes jurídicos en sí, sino sólo que las personas no ataquen esos bienes, y, de manera correspondiente, únicamente en esta medida se tratará de bienes jurídicos, por lo demás, de meros bienes que pueden perecer. (...) [l]a muerte por senectud es la pérdida de un bien, pero la puñalada del asesino es una lesión de un bien jurídico. Por lo tanto, el derecho penal no sirve para la protección genérica de bienes que han sido proclamados como bienes jurídicos, sino para la protección de bienes contra ciertos ataques, y sólo en lo que se refiere a esta protección los bienes aparecerán en la lente del derecho, y serán bienes jurídicos.

(...) Por lo tanto, el derecho penal como protección de bienes jurídicos significa (¡en todo caso!) que una persona, encarnada en sus bienes, es protegida frente a los ataques de otra persona<sup>26</sup>.

Del párrafo transcrito puede apreciarse la línea argumentativa mediante la cual Jakobs funda su discurso. Su retórica se aparta de cualquier noción material de bien para centrarse en la idea de personas interrelacionadas conviviendo en sociedad. De esta forma al derecho penal (o a la legislación penal) le interesa que un sujeto no ataque al resto, y no proteger un bien. Así lo escribe Jakobs:

<sup>26</sup> JAKOBS, Günther, “¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”, en *Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. El funcionalismo en el Derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, ps. 41 y 42.

Si se considera esta primera pequeña conclusión provisional con más detalle (...), se percibe que, en lugar de la afirmación de que el derecho penal persigue la protección de bienes jurídicos, también puede plantearse (...) que el derecho penal garantiza la expectativa de que no se produzcan ataques a bienes<sup>27</sup>.

Pero de lo hasta aquí expuesto pueden quedar aún algunas dudas respecto de la materialidad del bien, pues parece que incluso cuando el derecho penal no protege bienes, al menos intenta evitar ataques contra ellos (o mejor, contra personas encarnadas en sus bienes), pero el jurista de Bonn se encarga de aclarar el panorama:

A primera vista (...) parecería que en última instancia, todo acaba en la protección de bienes jurídicos. [Pero si hacemos] [u]n examen más exacto: (...) [e]l titular del bien puede permitir su destrucción; si el bien está en peligro, no sucede que todos deban ayudar al titular a salvarlo; únicamente se pretende que no tenga lugar la destrucción o la sustracción del bien. Por lo tanto, desde el punto de vista del derecho penal, el bien aparece exclusivamente como pretensión del titular de que éste sea respetado (...) el bien no ha de representarse como objeto físico o algo similar, sino como norma, como expectativa garantizada...<sup>28</sup>.

Concluye tajantemente Jakobs:

El derecho penal garantiza la vigencia de la norma, no la protección de bienes jurídicos<sup>29</sup>.

Pues, afirma el profesor alemán:

Lo que caracteriza al comportamiento humano jurídico penalmente relevante no es que lesione o ponga en peligro bienes jurídicos —esto también sucede por catástrofes naturales, animales, etc.—, sino su significado: contiene el esbozo de un mundo<sup>30</sup>.

En su favor intenta demostrar, entre otras cosas, que *existen tipos penales que no suponen la lesión de bien jurídico alguno*, sino que se definen exclusivamente por la *infracción de ciertos deberes*, lo que él denomina, siguiendo la teoría sistémica de Luhmann<sup>31</sup>, abandono del rol. Entre esos

<sup>27</sup> JAKOBS, Günther, “¿Qué protege el derecho penal...?”, cit., p. 42.

<sup>28</sup> JAKOBS, Günther, “¿Qué protege el derecho penal...?”, cit., p. 43.

<sup>29</sup> JAKOBS, Günther, “¿Qué protege el derecho penal...?”, cit., p. 43.

<sup>30</sup> JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en Derecho penal*, trad. al castellano de Manuel Cancio Meliá, Cuadernos Civitas, Madrid, 1996, p. 11.

<sup>31</sup> Para mayor detalle acerca de esta teoría puede leerse con provecho: LUHMANN, Niklas, *Introducción a la teoría de los sistemas. Lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrete*, Anthropos, México DF, 1996.

delitos, Jakobs anota, fundamentalmente, a aquellos en los cuales el sujeto activo no puede lesionar un bien jurídico, por la sencilla razón de que el bien jurídico no existe aún, sino que él, *en todo caso*, tiene a su cargo su creación, y, *en el mejor de los casos*, ni siquiera debe crear un bien, sino que debe realizar una institución. Ejemplo de estos delitos son los de funcionarios públicos:

“No es posible ordenar al derecho penal en función de un esquema tan sencillo, bien *versus* moral; pues los bienes (...) presentan determinadas condiciones de supervivencia sin la cuales no pueden ser usados, y también habría que proteger esas condiciones de subsistencia. Dicho en un ejemplo: sólo en un Estado con una administración de justicia segura podrá haber propiedad segura (...). Por ello es necesario proteger a la administración de justicia frente a los cohechos, a las prevaricaciones, etc. Pero cuando un juez comete prevaricación, no ha lesionado un bien existente en perfección e independiente de él con la denominación “correcta administración de justicia” sino que no ha generado aquella administración de justicia que debe existir.

[Se podría decir] que el juez habría dejado de participar, en contra de su deber, en la constitución del bien jurídico “correcta administración de justicia”; sin embargo, con toda certeza es más adecuada a la materia la formulación de que el juez ha abandonado su rol, es decir, que ha lesionado las expectativas que existían frente a él en cuanto titular de un determinado rol.

(...) Siempre que el autor no actúa en el papel de ‘cualquiera’, que sólo tiene el contenido negativo de que no debe lesionar a otros, sino que actúa cumpliendo un rol con contenido positivo, (...) tiene el cometido de realizar una institución, y por ello la denominación de lesión de un bien jurídico es completamente inadecuada para tales infracciones de deber”<sup>32</sup>.

Como vimos, muy hábilmente, el profesor alemán demuestra que uno de los extremos de la teoría del bien jurídico es, en el marco científico de su teoría, falso. Pues afirma que no todo tipo penal sanciona a quien lesione un bien jurídico, por la sencilla razón de que existen tipos penales que sancionan única y exclusivamente “la defraudación del rol asignado”. Pero el argumento del lúcido jurista de Bonn no se detiene, sino que, habiendo demostrado que existen situaciones en las cuales se debe penar a alguien que no lesiona bienes jurídicos, nos muestra ahora que existen situaciones en las cuales no se debe penar a quien sí lesiona el bien jurídico:

...la causación de la pérdida (...) *per se* nada significa respecto de la competencia por esa pérdida (...). Quien no hace nada que contradiga su rol (legal) tampoco

<sup>32</sup> JAKOBS, Günther, “¿Qué protege el derecho penal...?”, cit., ps. 43 y 44.

defrauda una expectativa, sino que se conduce de modo socialmente adecuado, cuando adquiere relevancia causal respecto de la lesión de un bien”<sup>33</sup>.

En una pequeña conclusión acerca del pensamiento de Jakobs que aquí transcribimos, podemos afirmar que el jurista alemán advierte, y enseña, que —*conforme a su teoría, vale aclarar*— el factor común a todos los ilícitos no es la lesión de un bien, pues ella puede existir o no —*o puede también no castigarse a nadie aun existiendo bien jurídico lesionado*—, sino que lo que existe en todos los ilícitos —*y lo que siempre se castiga*— es el abandono de un rol que defrauda una expectativa.

Pero debemos señalar en este punto que Jakobs no está solo en su postura, pues no sólo desde la doctrina alemana se hacen escuchar las voces críticas, sino que algunas de ellas provienen de nuestro país, y aún más cerca, desde nuestra propia universidad.

En ese sentido, debemos mencionar a Marcelo Sancinetti, quien —*en lo que parece ser un gran cambio en lo que había sostenido en su primera tesis doctoral*<sup>34</sup>— afirma que la idea de un derecho penal como protector de bienes jurídicos resulta expansiva del poder punitivo, pues si se pretende erigir a la amenaza de pena en un escudo protector de bienes, qué más conveniente que “incrementar el grosor de ese escudo” (incrementar las penas) para lograr una más eficaz protección. Y, adicionalmente, afirma que tal protección no puede ser realizada fácticamente.

Así lo escribe Sancinetti:

Si el Derecho penal realmente pudiera cumplir la misión de “proteger bienes jurídicos” en sentido físico, como si fuera un vidrio blindado que se levantara delante de los bienes, ciertamente sería correcto aumentar el grosor del vidrio tanto como fuera posible, pues cuanto más denso fuese el blindaje, mayor sería la protección.

Pero esa noción es errada. La ley penal no es un “escudo protector”; ni pretende, ni puede lograr que el delito desaparezca. Ésa no es una misión que deba serle adscripta como cosa propia ni siquiera en forma ideal. No es que por el hecho de que la ley penal sea incapaz de cumplir esa misión deba desaparecer: sólo significa que no “protege”, al menos no si por “protección” se entiende un “escudo real contra el agresor eventual”<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> JAKOBS, Günther, “¿Qué protege el derecho penal...”, cit., p. 45.

<sup>34</sup> SANCINETTI, Marcelo A., *Teoría del delito y disvalor de acción*, Hammurabi, Buenos Aires, 1991.

<sup>35</sup> SANCINETTI, Marcelo A., *Casos de Derecho penal. Parte general*, Hammurabi, 3ª ed., Buenos Aires, 2006, p. 53.

El argumento parece, a primera vista, ser convincente, pero puede, sin embargo, ser rebatido con la misma o mayor sustancia. En este sentido, podemos responder a ese argumento utilizando palabras de un férreo defensor del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, como lo es Maximiliano Rusconi<sup>36</sup> (aunque el autor citado las utiliza para contestar a un argumento diferente de Julio Maier, creemos que aplican del mismo modo respecto de la opinión de Sancinetti). En esos párrafos se expresa Rusconi sosteniendo que las garantías, por principio, son instrumentos que tienden (y sólo pueden tender) a limitar el poder punitivo estatal y jamás a ampliarlo o legitimarlo, por esa razón, dice Rusconi, no se puede pretender utilizar el argumento del bien jurídico protegido para incrementar las penas, pues esa idea desvirtuaría la función propia de la garantía. De esta forma, entiende el lúcido jurista argentino, que “una conducta que amenaza al bien jurídico es la condición necesaria, pero no suficiente para criminalizar esa conducta”<sup>37</sup>; “el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos es un límite al momento de construir el tipo penal, pero nunca un elemento extensivo del tipo penal frente a otros criterios negativos de la tipicidad”<sup>38</sup>.

El argumento de Rusconi puede llegar a conformarnos respecto de la imposibilidad de ampliar el poder punitivo sobre la base del concepto del bien jurídico, pero, hasta ahora, nada nos dice respecto de la ineficacia que Sancinetti le cuestiona a los efectos de proteger bienes. Y, ciertamente, Rusconi no pretende en ningún momento demostrar la eficacia que Sancinetti reclama, pues a él no le importa legitimar el poder punitivo, sino que su preocupación pasa, pura y exclusivamente, por limitar el existente sobre la base de las garantías constitucionales; en este sentido afirma:

...la teoría del bien jurídico (...) no pretende fundar en razones explicables empíricamente la legitimidad del sistema de control penal, sino todo lo contrario. Esta teoría busca establecer como condición de ilegitimidad un déficit material de la actividad legislativa. El derecho penal sería ilegítimo si sus normas no pueden reconducirse a la protección de bienes, y adicionalmente será ineficaz si no logra esa protección a la cual remite el discurso normativo<sup>39</sup>.

Empero, Sancinetti sí se preocupa por encontrar una “bondad legitimante” en el ejercicio punitivo, y por ello ensaya un argumento vinculado

<sup>36</sup> Conf. RUSCONI, Maximiliano, *Derecho penal...*, cit., ps. 82 y ss.

<sup>37</sup> RUSCONI, Maximiliano, *Derecho penal...*, cit., p. 88.

<sup>38</sup> RUSCONI, Maximiliano, *Derecho penal...*, cit., p. 88.

<sup>39</sup> RUSCONI, Maximiliano, *Derecho penal...*, cit., p. 90.



con la función del Derecho penal, no como protector de bienes, sino como protector de normas. Veamos:

La pena sólo “protege” en el sentido de una “comunicación” trabada entre infractor y sociedad y entre los miembros de la sociedad.

El quebrantamiento de una norma advierte a todos que la expectativa de la conducta debida que encierra la norma está en discusión. La pena demuestra que, para la sociedad, en cambio, todo aquel que se atenga a la norma está en lo correcto; quien la quebrante, en lo erróneo. Se trata, pues, de un intercambio de mensaje y respuesta. El autor del hecho punible pronuncia el principio: “la norma que quebranto no rige para mí”; la sociedad le responde que sí rige, constata la norma como existente; y se lo demuestra a todos, también al autor, a su costa.

Rusconi retoma el argumento de la eficacia (o mejor, falta de eficacia) que Sancinetti objetara al concepto de protección de bienes. Pero lo hace revirtiendo el argumento y le traslada el problema a Sancinetti. En efecto, afirma Rusconi que Sancinetti puede tener razón en cuanto a la incapacidad del poder penal para proteger bienes, pero sostiene que Sancinetti tampoco podría negar que el poder penal es igualmente inoperante a los efectos de “estabilizar normas”, pues ese “mensaje comunicacional” se daría en un número ínfimo de infracciones, ya que las estadísticas del sistema penal demuestran que la gran mayoría de hechos delictivos no son condenados (o mejor, sólo una pequeñísima minoría de hechos delictivos son condenados). Por lo tanto, y en definitiva, reformulando aquí lo que afirma Sancinetti, en el común de los casos el autor del ilícito diría: “La norma no vale para mí”, y la sociedad nada respondería. En consecuencia *la norma no sería estabilizada*, y de hecho jamás podría serlo —*salvo en un número mínimo de casos*—, pues el problema de que la criminalización secundaria<sup>40</sup> no se realice no es coyuntural de este contexto histórico-territorial —de nuestro sistema penal—, sino estructural de cualquier sistema penal, pues como afirman Zaffaroni, Alagia y Slokar: “La criminalización primaria es un programa tan inmenso, que *nunca y en ningún país se pretendió llevarlo a cabo en toda su extensión, y ni siquiera en parte considerable, porque es inimaginable*”<sup>41</sup>.

<sup>40</sup> La criminalización es definida por Zaffaroni-Alagia-Slokar como “la selección penalizante”, la cual se divide en dos momentos: criminalización primaria, que “es el acto y el efecto de sancionar una ley penal material, que incrimina o permite la punición de ciertas personas” (*Derecho penal...*, cit., p. 6), y la criminalización secundaria, que “es la acción punitiva ejercida sobre personas concretas” (p. 7).

<sup>41</sup> ZAFFARONI, Eugenio R. - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal...*, 2ª ed., cit., p. 7.

En suma, puede afirmarse que el argumento vinculado con el aumento de penas —*situación a la cual la teoría del bien jurídico conduciría*— es inválido por desconocer la naturaleza liberal propia que el bien jurídico entraña, esto es: *la exclusiva y única capacidad de ser factor limitante y contenedor del poder punitivo*.

A su turno, el segundo argumento dado por el sector funcionalista, el argumento de la eficacia, es tan perjudicial para una teoría como para la otra, pues ninguna sale airosa de la prueba empírica. Y podemos agregar, como dato curioso, que las teorías funcionalistas parecen, en la mayoría de los casos, desconocer cualquier relevancia al dato empírico, cualquier dato de la realidad ajeno al mundo normativo —pues su afán tiende a la normativización de todos los conceptos—, pero, sin embargo, cuando algún dato fáctico es “funcional” a los efectos de “estabilizar” su teoría contra embates críticos o de “desestabilizar” teorías ajenas, suelen recurrir al dato empírico o al ejemplo del mundo cotidiano.

En conclusión, y en consecuencia, sea cual fuere la teoría que se escoja, a ella sólo podrá caberle la tarea de limitar el poder punitivo, pero no la de legitimarlo; y si el bien jurídico puede ofrecer algo en ese sentido, será recibido con beneplácito.

## 2. La lesión del bien jurídico como fundamento del ilícito

Una vez establecido que el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos es criterio rector a la hora de fundar un sistema penal, parece lógico suponer que si la *razón de ser* de las normas penales fuera la protección de bienes, entonces debería existir un mayor reproche punitivo hacia quien lesiona el bien jurídico en comparación de quien sólo lo pone en riesgo, pero ello puede ser controvertido. Aunque cabe aclarar que desde una óptica de estricta *lege lata* la discusión no resiste siquiera un *round*, pues el Código Penal argentino ha establecido penas mayores para el delito consumado que para la tentativa, para el delito de lesión que para el de peligro concreto y para el delito de peligro concreto sobre el de peligro abstracto (aunque desde el punto de vista constitucional uno puede sostener que, de conformidad con el principio de culpabilidad, no es legítimo agravar la situación punitiva por causar el resultado respecto de quien hizo lo mismo y no causó el resultado). Sin embargo, no es aconsejable remitir la discusión al texto de la ley sin buscar los fundamentos que le confieren racionalidad (o lo tornan irracional) por ello abriremos el juego a la opinión controversial.

En este entendimiento, ha afirmado Sancinetti en su primera tesis doctoral:

Cuando la norma prohíbe el homicidio, marca que la vida del hombre constituye un bien, un valor, del cual deriva la prohibición. De aquí se sigue que el bien jurídico cumple una función prioritaria en el concepto de ilícito; no el resultado efectivo, pero sí el resultado que la decisión de acción abarcó en el contexto de la finalidad.

¿Cuál es entonces esa función prioritaria del bien jurídico? En primer lugar, la de dar legitimidad a la norma que impone el deber: el legislador, según principios normativos de orden superior, constitucionales —y, por ende, contingentes, no conceptuales—, no puede imponer cualquier deber. En segundo lugar, cumple la función de definir el disvalor de acción contrario a la norma; pues la acción no es contraria a la norma sin más ni más, “porque sí”, sino en la medida en que la voluntad del autor se contrapone al bien jurídico, y, por medio de esto, a la norma...

La función legitimante de la norma penal que tiene el bien jurídico, no se pone de manifiesto entonces en que debe haber un menoscabo efectivo (resultado), sino en que sólo mediante la relación de oposición entre la voluntad del autor y el bien jurídico, puede ser definido, precisamente, el disvalor de acción<sup>42</sup>.

De lo expresado en aquella oportunidad por el jurista de Buenos Aires, tenemos que, según él, aun en el caso de que creamos que el bien jurídico cumple alguna función como control externo al sistema, esta función no implica que la efectiva lesión de ese bien deba ocupar algún lugar en la fundamentación del ilícito, sino que mediante una teoría subjetivista (basada única y exclusivamente en el disvalor de la acción) podría igualmente fundarse un orden penal tendiente a la protección de bienes, pues lo que da sentido a la norma es la idea de impedir que los individuos realicen acciones que tiendan a lesionar bienes jurídicos, y la norma, entonces, sólo puede impedir (y, por ende, prohibir) esa acción, mas no puede impedir (y, por ende, prohibir) la lesión. Más claro aún puede leerse en el siguiente párrafo:

Naturalmente, el hecho de que el ilícito esté constituido por el disvalor de acción exclusivamente, no le quita un ápice al valor del bien jurídico como principio fundante:

“Sin un disvalor de resultado al cual esté dirigida la acción, tampoco es posible un disvalor de acción. Ninguna acción es plena de valor o contraria al valor por sí misma; ella siempre recibe su valor o su disvalor recién de su referencia

<sup>42</sup> SANCINETTI, Marcelo A., *Teoría del delito y disvalor de acción*, Hammurabi, Buenos Aires, 1991, ps. 111/112.

a una meta plena de valor o contraria al valor. De ello se sigue que no hay acciones de ilícito, cuyo disvalor no esté referido a un bien jurídico; toda prohibición jurídico-penal sirve a la protección de un bien jurídico” [Zielinski, Diethart, *Handlungsunwert*, ps. 124 y ss.].

Tendría que estar absolutamente fuera de cuestión que —según esto— un concepto de ilícito circunscripto al disvalor de acción no tendría modo de desviar el derecho hacia la moral, porque toda consideración sobre la legitimidad de la protección del “interés” respectivo (bien jurídico), se halla ya en la base del juicio de disvalor sobre la acción<sup>43</sup>.

Creemos aquí que el problema es complejo, y puede que Sancinetti tenga cierta razón en cuanto a que el efectivo resultado no es factor determinante a la hora de fundar el ilícito, sin embargo debido a que en este pequeño trabajo no pretendemos introducirnos en una problemática semejante —razón por la cual no podemos fundar debidamente una postura en este punto—, optaremos por quedarnos —provisoriamente, y sólo provisoriamente— con el *siempre simplista* argumento *de lege lata* y afirmar —*en principio y para no confundir al lector novel que se introduce en el estudio de la materia*— que la lesión al bien jurídico es carácter rector a la hora de fundar el ilícito y, en consecuencia, será determinante en la tarea hermenéutica de resolución de casos, permitiendo la inclusión de criterios correctores de la imputación, como lo es la “insignificancia” (en la obra de Zaffaroni aparece como criterio limitador de la tipicidad conglobante).

## VI. PROBLEMAS ADICIONALES

Luego de abordar la temática del bien jurídico en relación con su función fundadora (o limitadora) de la ley penal y de su función como fundamento (o no) del ilícito, creemos oportuno introducirnos en dos tópicos más, cuales son: 1) la titularidad y 2) la disponibilidad del bien jurídico.

### 1. Titularidad del bien jurídico

Se suele decir que existen bienes jurídicos individuales y bienes jurídicos estatales. Los primeros se referirían a intereses del individuo y los segundos a intereses del estado. Pero, ello no contesta a la pregunta de quién es el titular del bien, pues aunque pueda pensarse que la respuesta surge de la misma definición (los bienes jurídicos individuales son del in-

<sup>43</sup> SANCINETTI, Marcelo A., *Teoría...*, cit., p. 39.

dividuo y los estatales del estado), la cuestión no está tan clara; y esta falta de claridad (o mejor, claridad en sentido contrario) queda de manifiesto en las siguientes citas:

Giuseppe Maggiore, al referirse al homicidio, señala:

El objeto de este delito es la necesidad de amparar la vida humana, que es un bien sumo, no sólo para el individuo, sino para la sociedad y el Estado, como valor cualitativo y cuantitativo (demográfico). La vida, dada al hombre por Dios, solo Él puede quitársela. El Estado puede imponer el sacrificio de ella para fines supremos de la colectividad, pero el individuo nunca puede convertirse en árbitro de su destrucción, a menos que el ordenamiento jurídico, por alguna reconocida causa de justificación, le otorgue ese derecho<sup>44</sup>.

Por su parte, Alfredo Molinario plantea lo siguiente al referirse a la titularidad del bien jurídico vida:

Hay un punto particularmente interesante en el análisis del delito de homicidio, respecto de a quién pertenece el bien jurídico tutelado por la ley en la represión de ese delito. Este bien jurídico, en rigor de verdad, suscita un doble orden de intereses:

Por un lado, el interés de cada ser humano en gozar de la vida, a la cual ha sido llamado y en la cual tiende a permanecer hasta por simple inercia vital. Dicho interés halla, a su vez, un reflejo en el interés que tiene el Estado de tutelar ese derecho. Es claro que se trata de un interés análogo al que tiene en tutelar cualquier otro: el derecho al honor, el derecho a la libertad, el derecho a la propiedad, etc. Esto ocurre porque una de las finalidades del Estado es tender a garantizar a cada individuo el goce y ejercicio pacífico de todos sus derechos. Es en esta primera fase donde aparece el interés del sujeto, reconocido y protegido por el Estado.

Pero, además, por otra parte, hay un interés directo del Estado en la conservación de la vida humana, como instrumento que ella es para la realización de sus finalidades, entre otras, la finalidad demográfica, que explica su propia subsistencia. En efecto, el Estado, así como el individuo, tiende, por inercia o por voluntad, a subsistir en el tiempo, y no podría hacerlo, como es evidente, sin pueblo, que es uno de sus elementos. El Estado, pues, y ésta es la segunda fase, ve en la vida humana un instrumento que asegura su perpetuidad.

Fuerza es, pues, tener presente esta doble posición del Estado frente al delito de homicidio: posición de tutela de la vida humana, que no se diferencia con la que ejerce respecto de los demás derechos, y posición respecto de la cual el Estado es sujeto directamente lesionado. Aspecto, este, muy interesante, pues, como lo veremos al estudiar el problema del homicidio consentido por la vícti-

<sup>44</sup> MAGGIORE, Giuseppe, *Derecho penal. Parte especial. De los delitos en particular*, Temis, Bogotá, 2000 (4ª ed. italiana, 1950, t. IV), ps. 275 y ss.

ma, para la determinación de si tal hecho es o no delito, es preciso acudir a este principio, ya que, de lo contrario, podría cuestionarse su acriminación por defecto de sujeto pasivo<sup>45</sup>.

Como se observa, los citados juristas le atribuyen al Estado una enorme “co-titularidad” de los bienes, que incluso parece imponerse sobre la titularidad individual.

Por nuestra parte, no adherimos a su opinión, y creemos que la titularidad del bien jurídico pertenece siempre al individuo, no al Estado.

Ello así en razón de que desde una óptica liberal, como ya lo hemos afirmado, el bien jurídico debiera servir (si es que alguna función puede serle atribuida) sólo a la empresa de limitar el poder del Estado, y si éste viene a erigirse en titular de todos los bienes jurídicos, esa función garantizadora desaparecería, o peor, daría un giro de ciento ochenta grados para transformarse en un instrumento útil para expandir el poder estatal.

Y en este sentido es correcta la crítica de Maier (aunque, claro, como lo explicaremos, no compartimos su punto de partida) referida a que la idea del bien jurídico ha servido al Estado para confiscar el conflicto a la víctima, erigiéndose en titular de todos los bienes:

El principio del bien jurídico constituye el último y más acabado ensayo teórico de aquello que los abolicionistas expresan con las palabras expropiación del conflicto, en tanto, al objetivar a la víctima y abstraer el objeto de la lesión, transforman un conflicto social entre protagonistas reales, en un conflicto con el Estado por la desobediencia a sus normas: la víctima real, según se observa, está ausente, despersonalizada y, en principio, carece de todo poder en el sistema; sintéticamente: no interesa<sup>46</sup>.

Como lo afirmamos, la crítica de Maier es, a nuestro juicio, cierta; no obstante, lo es sólo parcialmente, y ello así en razón de que sólo surte efectos a la hora de cuestionar una teoría del bien jurídico en la cual el titular de todos los bienes sea el Estado, pero si los bienes son titularidad de cada individuo, no hay razón por la cual el Estado deba expropiar el conflicto a nadie (o al menos no desde el argumento del bien jurídico). Por eso no compartimos el punto de partida de Maier, pues sigue los lineamientos de una teoría que ve la titularidad del bien en un Estado absoluto, lo cual se contrapone con la esencia liberal del bien.

<sup>45</sup> MOLINARIO, Alfredo - AGUIRRE OBARRIO, Eduardo, *Los delitos*, t. I, TEA, Buenos Aires, 1999, ps. 104/105.

<sup>46</sup> MAIER, Julio, B. J., “La víctima y el sistema penal”, en *De los delitos y de las víctimas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, p. 185, citado por RUSCONI, Maximiliano, *Derecho penal...*, cit., ps. 86 y 87.

## 2. Disponibilidad del bien jurídico

La doctrina clasifica, normalmente, a los bienes jurídicos en *disponible e indisponibles*. Siendo los segundos aquellos sobre los cuales el individuo al cual pertenecen no podría consentir su destrucción.

Sin embargo, algunas consideraciones doctrinarias han puesto en crisis esta idea. En este sentido, Eugenio R. Zaffaroni definía al bien jurídico como "...la relación de disponibilidad de una persona con un objeto..."<sup>47</sup>. Lo cual lo llevó a eliminar la clasificación de bienes jurídicos entre disponibles e indisponibles, pues los segundos, al no ser disponibles, no podrían ser bienes jurídicos o, de lo contrario, existiría una contradicción terminológica insalvable. Así lo escribe el citado autor:

La idea de disponibilidad es criticada, particularmente por quienes clasifican los bienes jurídicos en disponibles e indisponibles, lo que se contrapone frontalmente con la disponibilidad como característica esencial del concepto. Este malentendido deriva de la identificación de disposición con destrucción. La destrucción es un límite —poco usual— de la disponibilidad, pero en un estado social y democrático de derecho la forma ordinaria de disponibilidad es el uso o aprovechamiento del objeto de la relación. En este sentido, es claro que la vida es el bien jurídico más disponible, pues a cada instante se dispone del tiempo de vida. Los casos a que usualmente se apela para negar el concepto de bien jurídico como disponibilidad son el suicidio y la destrucción del estado. Cabe observar que son dos supuestos en que el sujeto pierde de una vez y para siempre todos los bienes jurídicos y no sólo la vida o el estado: en el primer caso desaparece el sujeto; en el segundo, la protección jurídica. De allí que en el caso del suicidio pueda exigirse el recaudo de que, por lo general, sólo sea legítima la práctica directa por el propio sujeto. En el caso del estado, se trata de un bien jurídico de sujeto múltiple y, por consiguiente, un sujeto aislado no puede disponer de él en forma destructiva, lo que es característica común a todos los bienes jurídicos de sujeto múltiple<sup>48</sup>.

Luego de esta explicación, podemos entender que el bien jurídico pertenece al individuo y es él quien puede disponer de dicho bien, aunque, al parecer, sobre ciertos bienes el titular no podría consentir su lesión (o des-

<sup>47</sup> ZAFFARONI, Eugenio R., *Tratado de derecho penal. Parte general*, t. III, Ediar, Buenos Aires, 1980/1983, p. 240. Más cerca en el tiempo, el autor citado, en una obra conjunta con Alagia y Slokar, modifica la noción, reemplazando el término persona por el de sujeto: "*Relación de disponibilidad de un sujeto con un objeto...*" (ZAFFARONI, Eugenio R. - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal...*, cit., 2ª ed., p. 489).

<sup>48</sup> ZAFFARONI, Eugenio R. - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal...*, cit., 2ª ed., ps. 489 y 490.

trucción). Surge entonces un nuevo problema, que se traduce en el siguiente interrogante: ¿Cuáles son esos bienes?

Al respecto podemos tomar nuevamente una cita de Zaffaroni, Alagia y Slokar, quienes al tratar otro tópico (la legítima defensa) afirman:

La solución de este problema se ha ensayado mediante una teoría general de los bienes personales (...). Esta teoría distingue: (a) bienes de los cuales los individuos nunca pueden ser privados, ni aun mediando consentimiento del titular (torturas, vejaciones, libertad —reducción a servidumbre—, vida); (b) bienes de que los individuos pueden ser privados sólo mediando su consentimiento (actos de coerción personal del proceso, extracción de líquidos del cuerpo y otros procedimientos que causen lesión o dolor aunque sea insignificante, extracción de órganos); (c) bienes de los que el individuo puede ser privado a condición de compensar su pérdida (propiedad, intimidad, la libertad en alguna medida —detención—); y (d) bienes de los que el individuo puede ser privado sin su consentimiento ni compensación (pena privativa de la libertad por sentencia, condenas civiles)<sup>49</sup>.

En suma, podemos quedarnos con la idea de que el bien jurídico pertenece al individuo, y es él quien decide respecto de cómo dispondrá de aquél; no obstante lo cual, existen bienes que no pueden lesionarse justificadamente aun mediando el consentimiento de su titular, lo cual no excluye la idea de disponibilidad en tanto se diferencie adecuadamente aptitud de disponer y aptitud de destrucción.

## VII. CONCLUSIÓN

Queda claro que la idea de bien jurídico como criterio rector para fundar un sistema penal justo atraviesa fuertes crisis, pues recibe distintas críticas de diversos sectores de la doctrina —algunas de ellas provenientes de excelentes plumas, como las que aquí transcribimos—. Por ello resulta sumamente difícil lidiar con todos los problemas que este tópico encarna (conceptualización, capacidad de fundar el sistema, capacidad para fundar el ilícito, titularidad de los bienes, disponibilidad de los bienes, entre otros), pero, sin embargo, ello no debe distraer la cuestión central que se refiere a la capacidad concreta que esta idea, bien entendida, pueda tener a los efectos de funcionar como elemento de contención del poder punitivo (ya sea en su forma de criminalización primaria, ya sea en su forma de

<sup>49</sup> ZAFFARONI, Eugenio R. - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal...*, cit., 2ª ed., p. 605; ver NINO, Carlos, *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, Astrea, Buenos Aires, 1980, p. 475.



criminalización secundaria). Y si es cierto, como aquí lo creemos, que esta idea originariamente liberal puede proporcionar un baremo axiológico que nos permita medir la racionalidad o irracionalidad de un determinado derecho positivo y, asimismo, de su concreta aplicación, ello sólo amerita ya, sin más, la difícil tarea de encarar en extenso el desarrollo de los problemas que muy sucintamente hemos planteado —y otros que, con seguridad, surgirán—, tarea ésta aún por realizarse, y muy probablemente inacabable, pero de cuyo empeño dependerá, en gran medida, la racionalidad de las respuestas que brinde la ciencia penal del futuro, en su loable e ineludible fin de contener los violentos embates del poder punitivo estatal.



## LA CRÍTICA DE NIETZSCHE AL ESTADO MODERNO

LETICIA VITA \*

**Resumen:** El presente trabajo realiza una sistematización de la obra de Friedrich Nietzsche orientada a su crítica al Estado, la religión y el Derecho. Puede ser dividido en dos partes: la primera dedicada a un breve análisis de su crítica al pensamiento hegeliano y la influencia de Max Strimer en su obra; la segunda se dedica a desarrollar la crítica de Nietzsche a la religión y la invención de Dios por la humanidad como fundamento del poder y del Estado y el andamiaje jurídico de éste. Finalmente se refuta la construcción de un Nietzsche nazi que surge a partir de la censura realizada por su hermana a sus escritos y se pone de manifiesto el antigermanismo del pensador y su odio a lo alemán. La conclusión del presente trabajo muestra a Nietzsche como un pensador anti-Estado que se opone firmemente a la dominación política.

**Abstract:** This article presents a systematization of Friedrich Nietzsche's work, oriented towards his criticism to the State, Religion and Law. It may be divided into two sections. The first one is devoted to a brief examination of his criticism to Hegelian thought and Max Strimer's influence in his work. The second one, to explaining Nietzsche's criticism to religion and the creation of God by mankind as a justification for power, State and its legal structure. Finally, the notion of Nietzsche as a Nazi, arising out of the censorship applied by his sister to his writings, is rebutted and the thinker's anti-German ideas and his hatred towards Nazism is put across. The conclusion of the article shows Nietzsche as an anti-State thinker, firmly opposed to political domination.

**Palabras clave:** Nietzsche - Crítica - Estado - Religión - Derecho.

**Keywords:** Nietzsche - Criticism - State - Religion - Law.

\* Abogada (UBA). Docente Facultad de Derecho (UBA). Becaria de Posgrado CONICET. Investigadora adscripta, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales A. L. Gioja.

*Estado se llama al más frío de todos los monstruos fríos.  
Es frío incluso cuando miente; y ésta es la mentira  
que se desliza de su boca: "Yo, el Estado, soy el pueblo" (...)  
Pues él, el Estado, quiere ser a toda costa el animal  
más importante en la tierra; y también esto se lo cree la tierra.  
FRIEDRICH NIETZSCHE, Así habló Zarathustra*

Intentar sistematizar el pensamiento de Friedrich Nietzsche no es tarea sencilla. Su vasta obra es en sí misma un hiato con respecto a la ordenada y meticulosa tradición filosófica alemana. Sin embargo, y sin poder evitar caer en un lugar común, las palabras de Nietzsche representan una de las críticas más severas y agudas que ha recibido la modernidad occidental. De la totalidad de su obra podemos inferir una voluntad por derrumbar, pedazo a pedazo, el andamiaje sobre el que se sostienen la mayor parte de los valores y símbolos de orgullo de la modernidad. Y justamente, uno de los aspectos a demoler —si bien no ocupa los mayores esfuerzos de su obra— es la dominación política, y en particular el Estado democrático moderno. Para comprender la crítica que Nietzsche hace del Estado, es también importante abarcar su distanciamiento respecto del pensamiento hegeliano dominante. Alejándose de los presupuestos de la filosofía tradicional, desarrolla una cosmovisión vitalista que no puede dejar de ser tenida en cuenta para comprender el recorrido filosófico que le precedió. Es importante recordar que su pensamiento político difícilmente es separable de su filosofía general<sup>1</sup>.

Así, este trabajo se articulará en dos partes. En la primera se recogerán algunas de las principales rupturas del pensamiento de Nietzsche con relación a la filosofía de Georg W. F. Hegel. En especial, sus críticas al historicismo. En la segunda parte se pretende dar un panorama de sus principales ataques al Estado moderno. Su antigermanismo, la vinculación que traza entre política y religión, la crítica que desarrolla hacia la democracia y al derecho, sus reproches al pensamiento revolucionario y las derivaciones políticas que se intentaron realizar de su pensamiento.

<sup>1</sup> Mark Warren sostiene en su tesis que es imperativo relacionar a Nietzsche con la filosofía política. Esta tarea ha sido difícil, en parte, porque involucra reconstituir la manera en que la filosofía política plantea sus problemas. En WARREN, Mark, "Nietzsche and political philosophy", en *Political Theory*, vol. 13, nro. 2, 1985, ps. 183/212, [www.jstor.org/stable/191528](http://www.jstor.org/stable/191528), p. 186. Visitado el 6/8/2008.

## I.

Se ha dicho que la filosofía de Nietzsche pone en cuestión los principales supuestos sobre los que descansa la modernidad y que su mismo pensamiento es intempestivo: no sólo ha buscado ser opuesto a su época sino también influir sobre ella<sup>2</sup>. Nietzsche representa la crítica más extremada, más aguda, a la religión, la filosofía, la ciencia y la moral. Ni Hegel ni sus discípulos directos por izquierda o por derecha intentaron cuestionar los logros de la modernidad, esos de los que ella extraía su orgullo y su autoconciencia<sup>3</sup>.

El gran quiebre de Nietzsche es el de haber transitado aquello que no había sido anteriormente explorado. Consiste en haber salido de la senda predominante que marcó al pensamiento en Occidente. Pero también, al igual que Hegel, Nietzsche reflexiona sobre el pasado occidental, sopesándolo y examinándolo. En ambos encontramos la influencia de los primeros pensadores griegos, que se remontan a lo inicial<sup>4</sup>. Sin embargo entre ellos han sido más las divergencias que las continuidades.

Podríamos sostener que Nietzsche critica la misma noción de razón moderna. Rompe con el supuesto moderno que ve al proceso histórico como la odisea de la razón<sup>5</sup>. Jürgen Habermas sostiene que Nietzsche renuncia a una nueva visión del concepto de razón y que licencia a la dialéctica de la ilustración: "...dirige y aplica una vez más, ahora contra la ilustración historicista, la figura del pensamiento que la dialéctica de la ilustración representa, pero con la única finalidad de hacer explotar la envoltura de razón de la modernidad como tal"<sup>6</sup>. Y esa crítica se dirige de manera especial al sentido histórico de la modernidad<sup>7</sup>.

<sup>2</sup> ROSSI, Miguel Á., "Nietzsche y la apertura a la teoría política contemporánea", en PINTO, Julio - CORBETTA, Juan (comps.), *Reflexiones sobre la teoría política del siglo XX*, Prometeo, Buenos Aires, 2005, p. 211.

<sup>3</sup> HABERMAS, Jürgen, *El discurso filosófico de la modernidad*, Katz, Buenos Aires, 2008, p. 99.

<sup>4</sup> FINK, Eugen, "Hegel y Nietzsche son heraclíteos", en *La filosofía de Nietzsche*, Alianza, Madrid, 1994, p. 10.

<sup>5</sup> ROSSI, Miguel Á., "Nietzsche...", cit., p. 214.

<sup>6</sup> HABERMAS, Jürgen, *El discurso...*, cit., p. 102.

<sup>7</sup> Para Nietzsche, "la conciencia moderna, ahíta de saber histórico, ha perdido la fuerza plástica de la vida" (HABERMAS, Jürgen, *El discurso...*, cit., p. 101). En el prólogo a su *Segunda consideración intempestiva*, Nietzsche afirma que el carácter de intempestiva también "consiste en el intento de comprender aquello en que nuestra época deposita un orgullo justificado —que es la instrucción histórica— como daño, falencia y defecto de la época". Y por eso cree que "padecemos de una fiebre histórica y que deberíamos reconocer-

Nietzsche analiza en su *Segunda consideración intempestiva* las ventajas y desventajas de la historia para la vida. En esta obra de 1876, en la que también predomina la crítica, percibe al “sentido histórico” como un síntoma de la decadencia cultural. Esta crítica cultural parte de observar una degeneración del sentido histórico, en el sentido de una *hipertrofia de la vuelta al pasado, bajo la cual se marchita el programa vivo de una cultura*<sup>8</sup>. Distingue en esta obra tres modos de comportarse frente a la historia, tres sentidos en los que la historiografía se encuentra ligada a la vida: la historia anticuaria, la crítica y la monumental. La primera se corresponde a un tipo de hombre que no hace más que conservar y admirar a una humanidad que vive totalmente del pasado y que saca sus quehaceres de la tradición; la vida es para esta visión recuerdo y memoria. La historia crítica corresponde a una actitud básica abierta a todo el presente, presente que convierte en medida del pasado, citando así a la historia ante el tribunal de lo actual. Finalmente, la historia monumental corresponde a una actitud que se proyecta sobre todo hacia el futuro.

Ahora bien, el problema de la modernidad radica en no comprender que el conocimiento histórico debe servir a la vida. Nietzsche entiende que todo pueblo necesita de cierto conocimiento del pasado, ya sea monumental, anticuario o crítico. Sin embargo, entiende que este conocimiento de la historia debe adquirirse “siempre y únicamente para la vida y, consiguientemente, bajo el voto y el dominio de la misma”<sup>9</sup> y así servir al futuro y al presente y no debilitar el presente y desarraigar un futuro pujante. En caso contrario, “el programa vital, el proyecto del futuro de la vida decaen, el amontonamiento de saber histórico se convierte en un lastre, más aún, en un peligro para la vida; el hombre no aprende ya de la historia más que la resignación, la caducidad de todos los proyectos”<sup>10</sup>.

Con respecto a la filosofía hegeliana, Nietzsche no es menos tenaz en su crítica. El hegelianismo, al igual que la religión, conduce a una actitud paralizante frente a la vida:

Por cierto, es un pensamiento paralizante y fastidioso el creerse retoño de los tiempos; pero debe resultar terrorífico y devastador si, de repente, a causa de una osada inversión de los valores, tal creencia procediera a deificar a este retoño tardío como el verdadero sentido y propósito de todo lo acontecido en el pasado, si su sapiente miseria se identificara con la perfección de la historia universal. Tal

lo” (NIETZSCHE, Friedrich, *Segunda consideración intempestiva*, Libros del Zorzal, Buenos Aires, 2006. p. 11).

<sup>8</sup> FINK, Eugen, *La filosofía de Nietzsche*, cit., ps. 43/44.

<sup>9</sup> NIETZSCHE, Friedrich, *Segunda consideración intempestiva*, cit., ps. 50-51.

<sup>10</sup> FINK, Eugen, *La filosofía de Nietzsche*, cit., p. 44.

concepción ha acostumbrado a los alemanes a hablar del “proceso del mundo” y a justificar su propia época como la consecuencia ineludible del mismo. Esta concepción ha puesto a la Historia, a modo de la única soberana, en el lugar de las demás fuerzas del espíritu, a saber, el arte y la religión, dado que se la ha definido como “el concepto que se realiza a sí mismo”, “la dialéctica del espíritu de los pueblos” y “el juicio universal”<sup>11</sup>.

La filosofía de Nietzsche representa una verdadera ruptura con la filosofía teleológica hegeliana<sup>12</sup>, pensamiento que conocía y al que se refiere en numerosas ocasiones<sup>13</sup>. Una de las notas distintivas de Nietzsche es su crítica radical de la moral y la teología cristianas, que asocia a la filosofía hegeliana de la historia. Cree que “...mediante esa teología insidiosa, Hegel arruinó su gran iniciativa”<sup>14</sup>. Nietzsche había tomado contacto con la escuela hegeliana a través de su relación con B. Bauer. Ambos, al contrario de Hegel, entendían que la humanización de Dios —el Dios hecho Hombre, de los cristianos— significaba que se había quebrado la verdadera naturaleza del hombre. Para Hegel, la encarnación de Dios significaba la reconciliación, cumplida de una vez para siempre, de la naturaleza humana y divina<sup>15</sup>. De hecho, el mismo concepto de la muerte de Dios es fundamental para comprender las diferencias entre el pensamiento de Hegel y de Nietzsche: mientras Hegel fundamentaba la consumación de la filosofía cristiana en la crucifixión de Cristo, entendida como la muerte de la “verdad” del “ateísmo”, Nietzsche basaba su intento de superar la “mentira de milenios”, depositada en el cristianismo decadente, mediante una repetición del origen de la filosofía griega<sup>16</sup>.

<sup>11</sup> NIETZSCHE, Friedrich, *Segunda consideración intempestiva*, cit., ps. 113/114.

<sup>12</sup> “Hegel abrió el discurso de la modernidad. Introdujo el tema —la necesidad de la modernidad de asegurarse críticamente de sí misma— y dio las reglas conforme a las que hacer variaciones sobre ese tema —la dialéctica de la ilustración—. Al dar rango filosófico al momento histórico, puso a la vez en contacto lo eterno con lo transitorio, lo intemporal con lo actual y con ello introdujo un inaudito cambio en el carácter de la filosofía. Ciertamente Hegel quiso todo menos romper con la tradición filosófica; de esa ruptura sólo se tomaría conciencia en la generación siguiente” (HABERMAS, Jürgen, *El discurso...*, cit., p. 63).

<sup>13</sup> “Tenemos plenos motivos para suponer en Nietzsche un conocimiento profundo del movimiento hegeliano, desde Hegel hasta el propio Stirner. Los conocimientos filosóficos de un autor no se valoran por las citas que utiliza, ni según la relación de bibliotecas siempre fantasistas y conjeturales, sino según las direcciones apologéticas o polémicas de su obra” (DELEUZE, Gilles, *Nietzsche y la filosofía*, Anagrama, Barcelona, 1994, p. 220).

<sup>14</sup> LÖWITH, Karl, *De Hegel a Nietzsche*, Katz, Buenos Aires, 2008, p. 238.

<sup>15</sup> LÖWITH, Karl, *De Hegel...*, cit., p. 248.

<sup>16</sup> LÖWITH, Karl, *De Hegel...*, cit., p. 249.

Finalmente, su vinculación con el hegeliano de izquierda Max Stirner es innegable. En la obra de Nietzsche nunca se lo menciona, pero habría pruebas de que conocía su pensamiento<sup>17</sup>. Löwith considera que no es casual que *El Único y su propiedad* de Stirner apareciera el mismo año del nacimiento de Nietzsche. Históricamente considerado, ese hecho era hasta necesario, ya que para el intento de empezar desde la nada el *Anticristo* de Nietzsche se relaciona con el intento análogo de Stirner<sup>18</sup>.

A uno y otro los unen muchos aspectos, pero principalmente la defensa de una individualidad sin prejuicios ni culpa y la crítica de la moralidad cristiana: “Ambos podían estar separados por un mundo y, sin embargo, relacionarse por la interior coherencia de la crítica radical que dirigieron contra la humanidad cristiana”<sup>19</sup>. Nietzsche no ahorraría críticas tanto para la izquierda como para la derecha hegeliana; sin embargo, una lectura pormenorizada de Stirner nos puede dar cuenta de que, en realidad, su distanciamiento con respecto a esta figura es mucho menor de lo que se podría imaginar.

## II.

Ahora bien, ¿por qué describe Nietzsche al Estado moderno como un monstruo frío? ¿Qué aspectos de la política moderna cuestiona? ¿Por qué se lo ha vinculado al pensamiento nazi? En este apartado se intentarán abordar algunas de estas cuestiones. En primer lugar se marcarán algunas de las rupturas que desarrolla su pensamiento de las primeras épocas con

<sup>17</sup> “En su obra nunca menciona el nombre de Stirner, pero pocos años después de su derrumbamiento se encendió en Alemania una viva disputa sobre la pregunta de si Nietzsche conoció a Stirner y se dejó impulsar por él. En el debate se vieron implicados, entre otros, Peter Gast, la hermana, Franz Overbeck, amigo de muchos años, y Eduard von Hartmann. Defendieron una posición extrema los que le acusaban de plagio. Hartmann, por ejemplo, argumentaba que Nietzsche había conocido la obra de Stirner, pues en su *Segunda intempestiva* había criticado exactamente aquellos pasajes de la obra de Hartmann en los que se rechazaba explícitamente la filosofía de Stirner. O sea que, aun cuando sólo fuera por este camino, Nietzsche tenía que conocer a Stirner. Hartmann resalta además el paralelismo de ciertos pensamientos, y plantea entonces la pregunta de por qué Nietzsche, si bien se dejó influir con seguridad por Stirner, sin embargo lo silenció sistemáticamente. (...) Dada la mala fama de Stirner, es fácil imaginarse que Nietzsche no quería verse asociado a él ni por un instante. Las investigaciones de Franz Overbeck mostraron que en 1874 Nietzsche prestó a su alumno Baumgartner la obra de Stirner, sacada de la biblioteca de Basilea” (SAFRANSKI, Rüdiger, *Nietzsche. Biografía de su pensamiento*, Tusquets, Barcelona, 2001, ps. 131/137, [www.nietzscheana.com.ar/safranski\\_stirner.htm](http://www.nietzscheana.com.ar/safranski_stirner.htm). Visitado el 10/8/2008).

<sup>18</sup> LÖWITH, Karl, *De Hegel...*, cit., p. 232.

<sup>19</sup> LÖWITH, Karl, *De Hegel...*, cit., p. 246.



el alejamiento de valores y parámetros de su juventud. Luego se indicarán algunas de las críticas cardinales que formula al Estado, a la distinción entre Pueblo y Gobierno y entre Saber y Poder en su obra *Humano, demasiado humano*. A continuación se delimitarán algunos de los alcances de la vinculación que encuentra entre Estado y Religión y lo que entiende como crisis del Estado moderno y de la jerarquía. También se mencionarán sus críticas a la democracia de masas, al derecho y al pensamiento revolucionario para, finalmente, reseñarse la posterior vinculación que se hiciera de su pensamiento con el nazismo.

### 1. Wagner y Shopenhauer

Se suele categorizar a la obra de Nietzsche en etapas signadas por acontecimientos personales que influyeron en su pensamiento o giros rotundos en su obra. Es bastante común reconocer una primera etapa en su obra vinculada a su acercamiento y admiración por Arthur Schopenhauer y Richard Wagner, y una segunda, coincidente con su alejamiento de ambas figuras<sup>20</sup>. Podemos sostener que el Nietzsche de 1880 es una figura muy diferente de la de su juventud<sup>21</sup>, en los años 60 o 70. En este período se convirtió en un crítico incisivo de la política alemana moderna<sup>22</sup>.

¿Cuáles fueron los motivos de este giro en su pensamiento? Las razones de este profundo cambio en la actitud de Nietzsche hacia el nuevo Reich alemán tienen mucho que ver con su propia madurez intelectual. Es un momento en el que asume que sus esperanzas iniciales por una regeneración cultural en Alemania habían sido utópicas. Ese creciente disconformismo con el Reich alemán se lo suele vincular con su ruptura personal con Wagner. Esa enemistad desencadenó también una antipatía hacia el idealismo político y el romanticismo cultural de su juventud.

Para Eugen Fink tanto Grecia, Shopenhauer como Wagner representan para el joven Nietzsche *la trinidad del entender esencial*. Avanzada su obra todo se invierte: la ciencia, la reflexión crítica, la desconfianza metódica asumen la dirección; metafísica, religión y arte son condenados; no

<sup>20</sup> FINK, Eugen, *La filosofía...*, cit., p. 52.

<sup>21</sup> En el temprano e inédito texto de Nietzsche *El Estado griego*, aparecería un Nietzsche que construye las bases éticas de la relación entre el individuo y el Estado en una línea similar a la de Rousseau o Hegel. Allí, Nietzsche trata de mostrar los límites del pensamiento político liberal y rechaza una visión sentimental de la vida. El pensamiento político temprano de Nietzsche es similar a lo que Rousseau y Hegel querían regenerar, en una época regida por un atomizado individualismo. EN ANSELL PEARSON, Keith, *An Introduction to Nietzsche as Political Thinker: the Perfect Nihilist*, University Press, Cambridge, 1994, p. 71.

<sup>22</sup> ANSELL PEARSON, Keith, *An Introduction...*, cit., p. 96.

se los considera ya como los modos fundamentales de la verdad, sino que aparecen como una ilusión que hay que destruir<sup>23</sup>.

## 2. Estado, Pueblo y Saber

*Humano, demasiado humano* es una obra clave para comprender los cambios que se producen en la primera etapa del pensamiento nietzscheano. Sin duda, se trata de una obra que inaugura una nueva etapa<sup>24</sup>. Este libro ocupa un lugar fundamental en la biografía íntima de Nietzsche. En *Ecce Homo* la describe como la representación del “monumento de una crisis”. Pero consiste ésta en una crisis de liberación que le permite llegar a ser sí mismo, a desprenderse de aquellos vínculos que durante demasiado tiempo lo habían retenido preso<sup>25</sup>. En *La genealogía de la moral*, Nietzsche describe a *Humano, demasiado humano* como el origen de sus pensamientos sobre la causa de nuestros prejuicios morales. Lo describe como una primera aproximación parca y provisional, *un libro para espíritus libres*, que comenzó a redactar en Sorrento<sup>26</sup>.

Ahora bien, ¿qué representa el Estado moderno para Nietzsche? El Estado sería el último punto de la decadencia occidental. Sólo puede pensarse como un ente artificial<sup>27</sup>. Para Nietzsche la artificialidad del Estado es evidente ya que de hecho, allí donde todavía hay pueblo, éste inevitablemente no comprende al Estado y lo odia<sup>28</sup>.

También en *Así habló Zaratustra*, aparece una de las referencias más conocidas de Nietzsche acerca del Estado. Se refiere a él como “el nuevo ídolo” o “el monstruo frío”<sup>29</sup>. Lo describe también como el gran menti-

<sup>23</sup> FINK, Eugen, *La filosofía de Nietzsche*, cit., p. 53.

<sup>24</sup> El segundo período de Nietzsche está representado sobre todo por la obra *Humano, demasiado humano*, y en cierto modo también por *Aurora* y por *La gaya ciencia*. “Parece como que Nietzsche niega ahora de un golpe todo lo que antes ha afirmado; que hecha al fuego todo lo que había adorado, y adora todo lo que había quemado. Sus posiciones parecen estar invertidas” (FINK, Eugen, *La filosofía de Nietzsche*, cit., p. 51).

<sup>25</sup> FINK, Eugen, *La filosofía de Nietzsche*, cit.,

<sup>26</sup> NIETZSCHE, Friedrich, *La genealogía de la moral*, Alianza, Madrid, 2006, ps. 24/25.

<sup>27</sup> “Nietzsche percibe al Estado moderno como el último punto de la decadencia occidental. Estado que a diferencia de la *polis* o república antigua, sólo puede mentarse como un ente artificial; emergente de relaciones contractuales vinculadas, a su vez, al auge de la democracia y la eclosión de los partidos de masa” (ROSSI, Miguel Á., “Nietzsche...”, cit., p. 220).

<sup>28</sup> NIETZSCHE, Friedrich, *Así habló Zaratustra*, Altaya, Barcelona, 1997, p. 82.

<sup>29</sup> Michael Foucault en sus conferencias publicadas bajo el nombre de *Seguridad, territorio y población* se refiere al “monstruo frío” de Nietzsche cuando entiende que existe

roso y ladrón: “...el Estado miente en todas las lenguas del bien y del mal: y diga lo que diga, miente —y posea lo que posea, lo ha robado. Falso es todo en él; con dientes robados muerde, ese mordedor. Falsas son incluso sus entrañas”<sup>30</sup>.

El Estado no contribuye al desarrollo de la vida sino todo lo contrario. El hombre no sólo no se desarrolla en el ámbito del Estado sino que además se vulgariza, se angustia. Nietzsche llama Estado: “...al lugar donde todos, buenos y malos, son bebedores de venenos: Estado, al lugar en que todos, buenos y malos, se pierden a sí mismos: Estado, al lugar donde el lento suicidio de todos —se llama ‘la vida’”<sup>31</sup>.

Es justamente por esto que el superhombre nietzscheano se encuentra más allá del Estado, no puede ser pensado en el marco del Estado moderno: “[A]llí donde el Estado acaba comienza el hombre que no es superfluo: allí comienza la canción del necesario, la melodía única e insustituible”; y “[A]llí donde el Estado acaba —¡Mirad allí, hermanos míos! ¿No veis el arco iris y los puentes del superhombre?”<sup>32</sup>.

Con respecto a la distinción entre el Gobierno y el Pueblo, Nietzsche entiende que éstos han sido concebidos tradicionalmente como dos esferas separadas y en disparidad de fuerzas. Hablar de “Gobierno” y de “Pueblo” como realidades enfrentadas ha sido fruto de la tradición que dio lugar al nacimiento del Estado moderno. Podemos, de hecho, encontrar su mismo origen en la constitución histórica de los Estados. Asimismo, vislumbraría lúcidamente que las relaciones entre Pueblo y Gobierno, son las relaciones típicas más fuertes y que sobre ellas se modelan involuntariamente otras

---

una “sobreevaluación del problema del Estado en dos formas. En una forma inmediata, afectiva y trágica: es el lirismo del monstruo frío frente a nosotros. Tenemos una segunda manera de sobrevalorar el problema del Estado, y en una forma paradójica, pues en apariencia es reductora: el análisis consistente en reducir el Estado a una serie de funciones como, por ejemplo, el desarrollo de las fuerzas productivas, la reproducción de las relaciones de producción; y ese papel reductor del Estado con respecto a otra cosa no deja de considerarlo, empero, como blanco absolutamente esencial de los ataques y, lo saben, como posición privilegiada que es preciso ocupar. Ahora bien, el Estado no tuvo, ni en la actualidad ni, sin duda, en el transcurso de su historia, esa unidad, esa individualidad, esa funcionalidad rigurosa, y me atrevería a decir que ni siquiera tuvo esa importancia. Después de todo, tal vez no sea más que una realidad compuesta y una abstracción mitificada cuya importancia es mucho más reducida de lo que se supone. Tal vez. Lo importante para nuestra modernidad, es decir, para nuestra actualidad, no es entonces la estatización de la sociedad sino más bien lo que yo llamaría ‘gubernamentalización’ del Estado” (FOUCAULT, Michel, *Seguridad, territorio, población*, FCE, Buenos Aires, 2006, ps. 136/137).

<sup>30</sup> FOUCAULT, Michel, *Seguridad...*, cit., p. 83.

<sup>31</sup> NIETZSCHE, Friedrich, *Así habló Zaratustra*, cit., p. 84.

<sup>32</sup> NIETZSCHE, Friedrich, *Así habló Zaratustra*, cit., p. 85.

relaciones de poder como las que se dan entre profesor y alumno, amo y criado, padre y familia, jefe y soldado, patrón y aprendiz <sup>33</sup>.

Con relación a la dicotomía Política/Saber, Nietzsche se ocupa en numerosas ocasiones de dilucidar las vinculaciones entre estos términos. Suele referirse a la “ignorancia” reinante en las cuestiones políticas. Por ejemplo, señala la gran confianza que se deposita en los hombres de Estado, en muchos casos cercana a la superstición: “Del mismo modo que el pueblo supone tácitamente en el hombre que entiende del buen y del mal tiempo y los anuncia con cierta antelación, el poder de hacerlos, así también gentes incluso cultas y sabias atribuyen a los grandes hombres de Estado, con gran fuerza de fe supersticiosa, todas las revoluciones y las coyunturas importantes que han sucedido durante su gobierno”<sup>34</sup>. Así, se los considera como “indispensables”, lo cual sólo contribuye a aumentar su poder.

Señala también que es el mismo Estado el que se propone la ignorancia de las masas para sacar provecho de “este oscurecimiento”<sup>35</sup>. Por eso es que aun en el caso de que se encare una educación estatal, ella será por definición mediocre “por la misma razón que, en las grandes cocinas, se cocina todo a la sumo mediocremente”<sup>36</sup>. El poder político tampoco busca desarrollar la cultura. Y al respecto ningún modelo político queda excluido. El caso clásico griego, por ejemplo, no escapa de esta crítica, ya que la *polis* era “exclusiva y desconfiada respecto al crecimiento de la cultura; su radical instinto de violencia apenas mostraba hacia ella más que enojo y dificultades”<sup>37</sup>. Ni la cultura, ni la educación, ni el progreso eran prioridades de la *polis*. La educación buscaba mantener a las generaciones en el mismo nivel. Así, “la cultura se desarrollaba a despecho de la *polis*”<sup>38</sup>. Por tanto, dominación política y desarrollo integral del hombre parecen ser incompatibles para Nietzsche.

<sup>33</sup> NIETZSCHE, Friedrich, *Humano, demasiado humano*, Edaf, Madrid, 2001, p. 252.

<sup>34</sup> NIETZSCHE, Friedrich, *Humano...*, cit.,

<sup>35</sup> NIETZSCHE, Friedrich, *Humano...*, cit., p. 254.

<sup>36</sup> NIETZSCHE, Friedrich, *Humano...*, cit., p. 259.

<sup>37</sup> NIETZSCHE, Friedrich, *Humano...*, cit., p. 265.

<sup>38</sup> NIETZSCHE, Friedrich, *Humano...*, cit.,

### 3. El Estado y la religión. Crisis del concepto de jerarquía

Nietzsche describe al Estado moderno como un Estado en crisis. Y esta crisis consiste en la desaparición de su base religiosa, porque lo que caracteriza a la era moderna es la secularización de la autoridad política<sup>39</sup>. Así, con la declinación de la fe religiosa, las sociedades actuales carecen del trasfondo tradicional de la legitimidad del poder. Para Nietzsche es necesario reconocer que en la era moderna la creencia en una autoridad incondicional y una verdad definitiva —unívoca— ha desaparecido.

Pero, ¿cuáles son las consecuencias políticas de esta declinación en la importancia de la religión? Él cree que el resultado en la vida cultural de una comunidad o de un Estado es que las bases éticas de la obligación del individuo hacia la sociedad son gradualmente erosionadas, al mismo tiempo que los sentimientos egoístas vienen a dominar su sentido de obligación política<sup>40</sup>.

La vinculación entre religión y poder es claramente delimitada en Nietzsche<sup>41</sup>. En primer lugar sostiene que los hombres suelen comportarse con sus príncipes como con su Dios, siendo que tradicionalmente se consideró al poder político como representante del poder celestial en la tierra. Si bien percibe cierto debilitamiento en la veneración sagrada del poder político, entiende que a veces reaparece y se aplica a los personajes poderosos. De hecho, el culto del genio sería una reminiscencia de esta veneración de los príncipes-dioses. ¿Cuáles serían las consecuencias de esta operación deliberada del poder político? Ni más ni menos que la separación de la sociedad en fuertes y débiles, poderosos y relegados<sup>42</sup>.

De esta manera, el Estado siempre ha tenido la preocupación por el mantenimiento de la religión, dado que asegurar su permanencia siempre fue funcional para el mantenimiento del orden:

Pues la religión apacienta la conciencia individual en los tiempos de perdición, de penuria, de terror, de desconfianza, y, por consiguiente, allí donde el gobierno se siente incapaz para hacer directamente cualquier cosa por la suavización de los sufrimientos morales del individuo; hay más: incluso los males

<sup>39</sup> NIETZSCHE, Friedrich, *Humano...*, cit., p. 87, y ANSELL PEARSON, Keith, *An Introduction...*, p. 85.

<sup>40</sup> ANSELL PEARSON, Keith, *An Introduction...*, p. 87.

<sup>41</sup> Vínculo que desarrollaron también una multitud de autores de amplio espectro político. Sólo como ejemplos, el anarquista Mijail Bakunin y el conservador Carl Schmitt.

<sup>42</sup> Porque “por todas partes donde se hagan esfuerzos por elevar a los hombres individualmente a lo sobrehumano, nace también la inclinación a representarse capas enteras del pueblo como más groseras y más bajas de lo que son en realidad” (NIETZSCHE, Friedrich, *Humano...*, cit., p. 257).

generales inevitables y, sobre todo, ineluctables (hambres, crisis, pecuniarias, guerras), la religión asegura una actitud tranquila, expectante y confiada de la masa<sup>43</sup>.

La paz interior y la continuidad del poder también se verían garantizadas por la influencia de la religión ya que ésta evitaría la rebelión. Cada vez que el gobierno peligre en su dominación, mientras que el hombre inteligente intentará rebelarse, el ignorante creerá ver la voluntad de Dios y se guardará de agitarse. El poder, de esta manera, está *protegido y sellado* por la religión. Puede que el clero y el gobierno no estén de acuerdo en algún asunto, pero para Nietzsche esto es raro. Por lo general, el poder político sabe atraer a estos sectores, porque sabe que necesita de ellos. La relación entre legitimidad y religión es clave: “...sin la ayuda de los sacerdotes, ningún poder, incluso hoy, puede llegar a ser legítimo...”; por lo tanto, “...gobierno absoluto tutelar y mantenimiento vigilante de la religión van necesariamente de la mano...”<sup>44</sup>. Los vínculos entre la Iglesia y el Estado son también vínculos de esencia: “Así hablé yo ante el perro de fuego: entonces él me interrogó gruñendo y preguntó: ¿Iglesia? ¿Qué es eso? ¿Iglesia?. Respondí yo, eso es una especie de Estado, y ciertamente, la especie más embustera de todas”<sup>45</sup>.

Sin embargo, en el moderno Estado democrático —en crisis— la religión se vuelve algo privado. Esto ocurre cuando el Estado ya no puede sacar utilidad de la religión o cuando reina en el pueblo una gran diversidad de opiniones acerca de las cosas religiosas. Así, a fin de que le sea posible al gobierno guardar en las medidas concernientes a la religión una conducta uniforme, la considerará como un asunto privado y lo remitirá a la conciencia y a las costumbres de cada uno<sup>46</sup>. La “muerte del Estado” se conectaría así con la aparición de la democracia de masas y la conversión de la religión en un asunto privado.

Resumiendo, Nietzsche comprende que el interés del gobierno tutelar y el interés de la religión son complementarios. Así, si la religión empieza a perecer, también lo hará el fundamento del Estado. Considerar a lo político en consonancia con un cierto orden divino tiene un origen religioso, por lo que si la religión desapareciera, el Estado perdería el respeto por parte de la sociedad. Esta desaparición del Estado como forma política es vista por Nietzsche como algo que una *raza futura* podrá vislumbrar. Sin embargo, a diferencia de las

<sup>43</sup> NIETZSCHE, Friedrich, *Humano...*, cit., p. 261.

<sup>44</sup> NIETZSCHE, Friedrich, *Humano...*, cit.,

<sup>45</sup> NIETZSCHE, Friedrich, *Así habló Zaratustra*, cit., p. 195.

<sup>46</sup> NIETZSCHE, Friedrich, *Así habló Zaratustra*, cit., ps. 261/262.

corrientes revolucionarias que ya se conocían en su época, considera que la tarea de propiciar la caída del Estado es un asunto delicado: “...hay que tener una elevada idea de su razón y no comprender la historia más que a medias para poner inmediatamente la mano en el arado, en un tiempo en que nadie aún es capaz de enseñar las semillas que habrán de sembrarse en el terreno labrado”<sup>47</sup>.

El tema de la autoridad tampoco es dejado de lado por Nietzsche. En *Humano, demasiado humano*, describe la pérdida de autoridad del Estado: “...la subordinación, tan altamente apreciada en el Estado militar y administrativo, nos parecerá pronto tan increíble como lo es ya la táctica particular de los jesuitas...”<sup>48</sup>. Nietzsche, al igual que Weber, entiende que la autoridad no puede interpretarse sólo como una cuestión de coacción, sino que debe hacerse referencia a otros sentidos de la dominación. En particular, Nietzsche habla de la “sacralidad” de la autoridad, concentrándose en la vinculación de lo político con lo religioso. Y lo plantea no en un sentido nostálgico, sino esperando el derrumbe total de esos valores y la posibilidad de asumir el nihilismo como destino<sup>49</sup>. Esta “desacralidad” de lo político —que caracterizó al Estado griego, el medieval y el absolutista— provocó en la sociedad el descrédito por el bien común. El agotamiento de la metafísica y de la teología han implicado “la pérdida sustancial de los valores”, valores que terminan entrando en la lógica del mercado<sup>50</sup>.

Pero, por otra parte, Nietzsche describe una dimensión positiva de la jerarquía. Elabora una doctrina que discute, no sólo contra el igualitarismo moderno, sino también contra la idea cristiana de la igualdad de los hombres ante Dios. Podríamos afirmar que para Nietzsche los hombres son desiguales y así es como podríamos intentar comprender que para él, también en el reino del hombre, dominan la voluntad del poder y la contradicción. Así, para Nietzsche, la jerarquía es ordenación de poder<sup>51</sup>.

Gilles Deleuze, por su parte, entiende que esta palabra tiene dos sentidos en Nietzsche. Significaría, en primer lugar, la diferencia de las fuerzas activas y reactivas, la superioridad de las fuerzas activas sobre las reactivas. Pero también jerarquía designaría al “triunfo de las fuerzas reactivas, el contagio de las fuerzas reactivas, y la organización compleja que viene detrás, donde los débiles han vencido, donde los fuertes son contaminados, donde el esclavo que no ha dejado de ser esclavo prevalece sobre un señor

<sup>47</sup> NIETZSCHE, Friedrich, *Así habló Zaratustra*, cit., p. 264.

<sup>48</sup> NIETZSCHE, Friedrich, *Humano...*, cit., ps. 248/249.

<sup>49</sup> ROSSI, Miguel Á., “Nietzsche...”, cit., p. 223.

<sup>50</sup> ROSSI, Miguel Á., “Nietzsche...”, cit.

<sup>51</sup> FINK, Eugen, *La filosofía de Nietzsche*, cit., p. 207.



que no ha dejado de serlo: el reino de la ley y de la virtud. Y en este segundo sentido, la moral y la religión son teorías de la jerarquía”<sup>52</sup>.

#### 4. Contra la democracia de masas y el Derecho

Nietzsche entiende que el demérito, la declinación, la muerte del Estado y también la emancipación de la persona privada son consecuencia directa de la idea democrática de Estado. La democracia moderna es la forma histórica de la decadencia del Estado. Esta decadencia no es negativa en todos los aspectos: para Nietzsche, cuando el Estado no responda ya a las exigencias de estas fuerzas, no le sucederá el caos, sino una nueva forma política más apropiada a sus fines<sup>53</sup>.

Entiende que la democracia moderna se caracteriza por transformar todo en mercancía, porque lo lleva todo a un terreno mercantil. Así, la dinámica del mercado termina filtrándose en la esfera política, una prueba más de la absolutización de lo privado en la modernidad<sup>54</sup>. Es también por esto que se puede afirmar que Nietzsche es un pensador antidemocrático, en el sentido de que la rechaza por su economicismo manifiesto.

No sólo encuentra este trasfondo económico en la forma democrática moderna, sino que también lo percibe en el sentimiento que predomina en la cultura judeo-cristiana dominante. Nietzsche cree que esta idea tan arraigada de una equivalencia entre perjuicio y el dolor encuentra su origen en la relación contractual entre acreedor y deudor, tan antigua como la existencia de “sujetos de derechos” y que, por su parte, remite a las formas básicas de compra, venta, cambio, comercio y tráfico<sup>55</sup>.

Por otra parte, su crítica a la democracia de masas es también una crítica a la moderna cultura de masas. Toda institución de masas —el proceso parlamentario, la votación, y todos los movimientos democráticos socialistas— caerán bajo su crítica<sup>56</sup>.

<sup>52</sup> DELEUZE, Gilles, *Nietzsche...*, cit., p. 88.

<sup>53</sup> DELEUZE, Gilles, *Nietzsche...*, cit., p. 263.

<sup>54</sup> ROSSI, Miguel Á., “Nietzsche...”, cit., p. 221. Ahora bien, también encontrará Nietzsche un ejemplo de esta invasión de la lógica mercantilista en la vida moderna cuando se refiera a la profesionalización de la ciencia: “La sólida mediocridad se vuelve cada vez más mediocre; la ciencia, en un sentido económico, cada vez más utilitaria. Los eruditos más recientes, en realidad, son sabios en un solo punto, pero, en él, son más sabios que todos los hombres del pasado. En los demás puntos sólo son infinitamente distintos —hablando cautelosamente— de todos los eruditos de la vieja escuela” (NIETZSCHE, Friedrich, *Segunda consideración intempestiva*, cit., p. 101).

<sup>55</sup> NIETZSCHE, Friedrich, *La genealogía de la moral*, cit., p. 104.

<sup>56</sup> WARREN, Mark, “Nietzsche...”, cit., p. 206.



En su *Zaratustra*, Nietzsche sostiene que el Estado democrático ha sido creado para las masas, ya que es para los ignorantes que ha sido inventado y justamente son estas personas quienes se sienten atraídas por él: “Nacen demasiados: ¡para los superfluos fue inventado el Estado! ¡Mirad cómo atrae a los demasiados! ¡Cómo los devora y los masca y los rumia!”<sup>57</sup>. Nietzsche desprecia de las masas. Considera que sólo son dignas de atención en tres sentidos: como copias borrosas de los grandes hombres, hechas en papel malo y con planchas de impresión gastadas; como núcleos de la resistencia contra los grandes y, por último, como instrumentos de los grandes. En todo lo demás, ¡que a las masas se las lleve el diablo y la estadística”<sup>58</sup>.

La crítica al Estado de Nietzsche se completa con ataques al andamiaje jurídico de éste. El derecho no es más que otro engaño de la modernidad. Es parte del idealismo dominante en el horizonte de sentido occidental. Distingue dos tipos de Derecho que son fruto de debate entre los juristas acerca de cuál debiera prevalecer en el ordenamiento de la sociedad. Por un lado, el modelo de Derecho romano, incomprensible para el profano, para aquel que no se educó en sus principios. Por otro, el modelo de Derecho popular, como, por ejemplo, el Derecho germánico, basado en la costumbre y la superstición, accesible a todos. ¿Cuál es el problema de la modernidad? Pues que el Derecho ya no es una tradición. Esto lleva a que no pueda, por tanto, ser más que un imperativo, una coacción. Así, el sentimiento de Derecho tradicional está perdido y, entonces, debemos contentarnos con derechos arbitrarios. Para Nietzsche, la relación entre delito y pena se fija siempre arbitrariamente<sup>59</sup>.

## 5. Contra el pensamiento revolucionario y el socialismo

Las críticas de Nietzsche se dirigen tanto hacia la derecha como hacia la izquierda, ya que trata de desenmascarar la puesta en escena tanto de revolucionarios como conservadores<sup>60</sup>. Su crítica a la modernidad no

<sup>57</sup> NIETZSCHE, Friedrich, *Así habló Zaratustra*, cit., p. 83.

<sup>58</sup> NIETZSCHE, Friedrich, *Segunda consideración intempestiva*, cit., p. 133.

<sup>59</sup> NIETZSCHE, Friedrich, *Humano...*, cit., ps. 256/257.

<sup>60</sup> “Priva de su aguijón dialéctico a la crítica de esa razón contraída a racionalidad con arreglo a fines, a la crítica de la razón centrada en el sujeto, y se comporta con respecto a la razón en conjunto como los jóvenes hegelianos respecto de sus sublimaciones: la razón no es otra cosa que poder, que la pervertida voluntad de poder a la que tan brillantemente, empero, logra tapar” (HABERMAS, Jürgen, *El discurso...*, cit., p. 69).

busca consagrar un sentido emancipatorio; de hecho, renuncia a esta pretensión<sup>61</sup>.

En *Humano, demasiado humano*, por ejemplo, encontramos numerosas críticas de Nietzsche tanto al sentimiento revolucionario como al socialismo. Con respecto a este último, se podría decir que son dos los ejes centrales de su crítica. El primero consiste en identificarlo como heredero del Estado y del despotismo. El segundo, su crítica al igualitarismo que pretende implantar en la sociedad. Con relación al primer eje, Nietzsche vincula al socialismo con el despotismo, sosteniendo que es “su hermano menor” cuyo legado quiere recoger. Cree que en el fondo todos los esfuerzos del socialismo son reaccionarios, porque prioriza al Estado por sobre el individuo, al igual que el autoritarismo, pero incluso lo supera, ya que trabaja en el “aniquilamiento formal del individuo”<sup>62</sup>. Nietzsche desconfía fuertemente del estatismo socialista.

Asimismo, y en relación con la pretensión del socialismo de consagrar la igualdad entre las personas, recela de sus dirigentes y del alcance de su lucha. Cree que una concepción socialista sólo es posible entre las clases poderosas y, en este caso, se ejerce la justicia por medio de sacrificios y abdicaciones. En cambio, la igualdad de derechos entre las clases sometidas, “no es nunca la emanación de la justicia, sino de la concupiscencia”. La acción de los dirigentes busca la justicia sin poder alcanzarla: “...si le enseñamos a una fiera trozos de carne sangrando y luego se los retiramos, hasta que la fiera ruja, ¿hemos de creer que este rugido significa justicia?”<sup>63</sup>.

¿Qué buscan aquellos que claman por una transformación de la sociedad? Nietzsche distingue entre los que quieren algo para sí mismos y los que lo buscan para sus hijos y posteriores generaciones. Al contrario de lo que podríamos imaginar, Nietzsche sostiene que son estos últimos los más peligrosos, dado que “tienen la fe y la buena conciencia del desinterés”. En cambio, a los primeros —los que sólo buscan algo para sí— se los puede satisfacer fácilmente. El peligro comienza allí donde el objetivo se hace impersonal. Este tipo de revolucionario considera a los conservadores como egoístas y, de esa manera, se siente superior a ellos<sup>64</sup>.

Ahora bien, Nietzsche encuentra a un inspirador de estas pretensiones “peligrosas” de los revolucionarios altruistas. Y éste no es ni más ni menos que Rousseau, ya que sus ideas habrían confundido a estos justicieros: “...en estos sueños peligrosos persiste un eco de la superstición rousseau-

<sup>61</sup> HABERMAS, Jürgen, *El discurso...*, cit., p. 111.

<sup>62</sup> NIETZSCHE, Friedrich, *Humano...*, cit., p. 264.

<sup>63</sup> NIETZSCHE, Friedrich, *Humano...*, cit., p. 253.

<sup>64</sup> NIETZSCHE, Friedrich, *Humano...*, cit., p. 254.

niana que cree en una bondad de la naturaleza humana, maravillosa, primitiva, pero, por así decir, soterrada por culpa de las instituciones de la civilización, en la sociedad, el Estado, la educación”. El movimiento revolucionario sólo es atribuible a Rousseau, ya que fue su apasionamiento el que despertó el espíritu revolucionario, no así “la naturaleza de Voltaire, con su moderación, su tendencia a arreglar, purificar, a modificar”<sup>65</sup>.

Finalmente, podríamos afirmar que mientras el primer eje de crítica al socialismo estaría dirigido principalmente al socialismo de Estado, el segundo eje —el de la crítica al igualitarismo— podría extenderse también a un rechazo por las corrientes de corte anarquista, que si bien coinciden en el desprecio por toda forma de autoridad, tienen como objetivo la igualdad de los hombres en sociedad.

## 6. La construcción de un Nietzsche nazi

Si bien Nietzsche no se caracterizó por ser un pensador predominantemente político, de su obra se han desprendido las más diversas interpretaciones y justificaciones políticas. Esto no es particularmente raro, ya que Nietzsche desarrolló sus ideas en mil aforismos, y de manera no sistemática, por lo que es posible encontrar en él lo que se quiere encontrar<sup>66</sup>.

Sin embargo, es cierto que no podemos inferir una afiliación automática entre el pensamiento de Nietzsche y el nazismo si leemos su obra completa. Bastaría con tomar los escritos de Nietzsche contra Wagner o las referencias fuertemente antigermanas de *Ecce Homo*, obra de 1888, en la que podemos encontrar un antigermanismo manifiesto, casi virulento. Estas lecturas sólo fueron posibles después de que se incorporaran aquellos párrafos censurados por su hermana filonazi en 1908<sup>67</sup>. En este escrito incluso presume de

<sup>65</sup> NIETZSCHE, Friedrich, *Humano...*, cit., p. 258.

<sup>66</sup> LÖWITH, Karl, *De Hegel...*, cit., p. 253.

<sup>67</sup> Es interesante traer a cuenta los dichos de Karl Löwith con anterioridad a que se divulgara, sin las censuras de su hermana, la obra completa de Nietzsche. En 1944, en ocasión del centenario del natalicio de Nietzsche, Löwith publica un artículo en el que proponía dejar de lado la distinción artificial entre una abstracción llamada Nietzsche y otra llamada Nazis, y darse cuenta del simple pero fundamental dato de que ambos son alemanes. Löwith descreía de una discriminación entre dos Alemanias cuando en los hechos habría solo una. Lo mejor y lo peor suelen ser parte de un mismo país. Además, lo peculiar de la filosofía alemana desde Kant hasta Nietzsche ha sido el radicalismo, el coraje por cavar en lo profundo de las raíces de las cosas y obtener conclusiones últimas. Ahora bien, Löwith entiende que la transición del diseño filosófico de Nietzsche a su aplicación política no estuvo ni en sus manos ni en la de los actores políticos de su tiempo. Se trata del efecto de la historia en ambos. El esfuerzo de quitar al pensamiento de Nietzsche de toda culpa por sus efectos históricos es igual de inútil que el intento opuesto de cargarlo con toda la responsabilidad.

su odio a lo alemán: “Yo me enorgullezco de pasar por el despreciador de los alemanes por excelencia. El recelo que me inspiraba el carácter alemán ya fue expresado por mí a la edad de veintiséis años”; y continúa: “Los alemanes son para mí una cosa imposible. Cuando yo quiero imaginar una especie de hombres absolutamente contraria a todos mis instintos, lo que se presenta siempre a mi espíritu es un alemán”<sup>68</sup>.

Es entonces un error intentar introducir a Nietzsche en la política del momento, el presentarlo como glorificador de la violencia o del imperalismo alemán, o como el abanderado alemán en contra de los valores de la cultura mediterránea. “Nietzsche no ha podido escapar al destino de los grandes filósofos de ser vulgarizados y trivializados”, y el hecho de que se haya abusado políticamente de él no es un argumento en contra suya, ya que no es posible demostrar que el nazismo se haya originado en una comprensión genuina de su auténtica filosofía<sup>69</sup>.

Nietzsche advierte acerca de la peligrosidad del nacionalismo<sup>70</sup>. En *Humano, demasiado humano* afirma que es tan peligroso como lo fue el catolicismo artificial, ya que es, por esencia, un estado de coacción. Asimismo, el nacionalismo siempre es impuesto por una minoría y por eso *necesita de la astucia, de la mentira y de la violencia para mantener su crédito*. El interés de la mayoría suele confundirse con el de las minorías poderosas en la treta nacionalista, y otro tanto sucede con ciertos intereses del comercio y de la sociedad a los que las ideas nacionalistas son sumamente funcionales<sup>71</sup>.

Nietzsche se refiere en *Humano, demasiado humano* también a los judíos. Considera que han despertado la envidia y el odio de las naciones, en especial de aquellas que se dan más aires de nacionalismo. Y así se ha propagado la idea de “llevar a los judíos al matadero como los representantes de todos los males posibles públicos y privados”<sup>72</sup>. El problema para Nietzsche no está en la condición de un pueblo en especial; de hecho,

LÖWITH, Karl, “Friedrich Nietzsche (1844-1900)”, en: *Church History*, vol. 13, nro. 3, 1944, ps.163/181, [www.jstor.org/stable/3160583](http://www.jstor.org/stable/3160583), visitado el 6/8/2008

<sup>68</sup> NIETZSCHE, Friedrich, *Ecce Homo*, Siglo Veinte, Buenos Aires, 1978, p. 111.

<sup>69</sup> FINK, Eugen, *La filosofía de Nietzsche*, cit., p. 11.

<sup>70</sup> Para Löwith, algunas de las predicciones de Nietzsche sobre el futuro de Europa se han cumplido, aunque de maneras imprevistas, y expresiones que en su época fueron inauditas se han tornado lugares comunes entre los que hoy se mueve todo el pensamiento moderno (LÖWITH, Karl, *Heidegger, pensador de un tiempo indigente. Sobre la posición de la filosofía en el siglo XX*, FCE, Buenos Aires, 2006, p. 298).

<sup>71</sup> NIETZSCHE, Friedrich, *Humano...*, cit., p. 266.

<sup>72</sup> NIETZSCHE, Friedrich, *Humano...*, cit.

entiende que cuando se trata de producir y criar *una raza mezclada de europeos lo más fuerte posible, el judío es un ingrediente tan útil y deseable como ningún otro resto nacional*<sup>73</sup>.

Nietzsche también reivindica el papel de los judíos en Europa. Reconoce que en los tiempos más oscuros de la Edad Media fueron ellos quienes mantuvieron la luz del saber y independencia de espíritu aun siendo perseguidos y coaccionados. Fueron ellos quienes defendieron Europa contra Asia. También sostiene que así como el cristianismo ha hecho todo lo posible por *orientalizar* a Occidente, el judaísmo ha contribuido a *occidentalizarlo* de nuevo; o en otras palabras, a hacer de la misión y la historia de Europa una continuación de la historia griega<sup>74</sup>.

### III.

Se pueden plantear diversas lecturas de las críticas de Nietzsche a toda forma de dominación política y particularmente al Estado moderno. Tal vez las más interesantes sean aquellas que lo presentan como un pensador anti-Estado. Su demoledora sentencia acerca de la artificialidad de esta forma política, su vínculo con la decadencia de la Humanidad, su incompatibilidad con el desarrollo de la vida, parecieran que no dejan lugar a dudas.

De lo que sí podemos dudar es de lo que avizora Nietzsche después del Estado, si es que se define por una forma política futura. Su filosofía del Hombre permite sospechar que el futuro se vincula con la idea del Superhombre, por lo que intentar una interpretación teleológica o una filosofía del progreso hacia algún tipo de dominación, sería un grave error de lectura en Nietzsche.

Sí podemos estar seguros de algo, y es de que su filosofía no busca una emancipación humana en el sentido racional que han pretendido otras. Su crítica a las ideologías de izquierda y de derecha son un ejemplo de esto.

Podríamos concluir que sus sospechas hacia el Estado no son otra cosa que una derivación más de la gran sospecha de Nietzsche hacia las verdades del pensamiento occidental. Estas verdades y valores falsos, negadores de la vida, se derrumbarán en el pronóstico de Nietzsche. Y allí, comprende que se daría lo que identifica como nihilismo, esa desvaloración de los valores supremos existentes hasta ahora, *ese tiempo intermedio*

<sup>73</sup> NIETZSCHE, Friedrich, *Humano...*, cit., p. 267.

<sup>74</sup> NIETZSCHE, Friedrich, *Humano...*, cit.

en que final y comienzo se confunden, el tiempo menesteroso en que las antiguas estrellas se desvanecen y no se divisan todavía otras nuevas<sup>75</sup>. Desde este punto de vista, el nihilismo es la posibilidad de la liberación del espíritu del niño del Zaratustra. Un niño<sup>76</sup> que construirá nuevos valores y que, por supuesto, ya no necesitará del Estado.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

- ANSELL PEARSON, Keith, *An Introduction to Nietzsche as Political Thinker: the Perfect Nihilist*, University Press, Cambridge, 1994.
- D'AURÍA, Anibal, *Rousseau: su crítica social y su propuesta política (una lectura actual y libertaria)*, La Ley, Facultad de Derecho, UBA, Buenos Aires, 2007.
- DELEUZE, Gilles, *Nietzsche y la filosofía*, Anagrama, Barcelona, 1994.
- FINK, Eugen, *La filosofía de Nietzsche*, Alianza, Madrid, 1994.
- FOUCAULT, Michel, *Seguridad, territorio, población*, FCE, Buenos Aires, 2006.
- HABERMAS, Jürgen, *El discurso filosófico de la modernidad*, Katz, Buenos Aires, 2008.
- LÖWITZ, Karl, "Friedrich Nietzsche (1844-1900)", en *Church History*, vol. 13, nro. 3, 1944, ps. 163/181, [www.jstor.org/stable/3160583](http://www.jstor.org/stable/3160583), visitado el 6/8/2008.
- *Heidegger, pensador de un tiempo indigente. Sobre la posición de la filosofía en el siglo XX*, FCE, Buenos Aires, 2006.
- *De Hegel a Nietzsche*, Katz, Buenos Aires, 2008.
- NIETZSCHE, Friedrich, *Ecce Homo*, Siglo Veinte, Buenos Aires, 1978.
- *Así habló Zaratustra*, Altaya, Barcelona, 1997.
- *Humano, demasiado humano*, Edaf, Madrid, 2001.
- *Segunda consideración intempestiva*, Libros del Zorzal, Buenos Aires, 2006.
- *La genealogía de la moral*, Alianza, Madrid, 2006.

<sup>75</sup> FINK, Eugen, *La filosofía de Nietzsche*, cit., p. 185.

<sup>76</sup> Se podría identificar al "niño" del Zaratustra con el "salvaje bueno" rousseauiano. En especial en cuanto a que ambos no serían ni buenos ni malos en sentido propio, sino inocentes. Se encontrarían antes de cualquier distinción moral. Para un mejor análisis de la figura del salvaje bueno de Rousseau ver D'AURÍA, Anibal, *Rousseau: su crítica social y su propuesta política (una lectura actual y libertaria)*, La Ley, Facultad de Derecho, UBA, Buenos Aires, 2007.

- ROSSI, Miguel Á., “Nietzsche y la apertura a la teoría política contemporánea”, en PINTO, Julio - CORBETTA, Juan (comps.), *Reflexiones sobre la teoría política del siglo XX*, Prometeo, Buenos Aires, 2005.
- SAFRANSKI, Rüdiger, *Nietzsche. Biografía de su pensamiento*, Tusquets, Barcelona, 2001, ps. 131/137, [www.nietzscheana.com.ar/safranski\\_stirner.htm](http://www.nietzscheana.com.ar/safranski_stirner.htm), visitado el 10/8/2008.
- STIRNER, Mark, *El Único y su propiedad*, Reconstruir, Buenos Aires, 2007.
- WARREN, Mark, “Nietzsche and political philosophy”, en *Political Theory*, vol. 13, nro. 2, 1985, ps. 183/212, [www.jstor.org/stable/191528](http://www.jstor.org/stable/191528), visitado el 6/8/2008.





## ALGUNOS PROBLEMAS EN TORNO A LA TENTATIVA DE CONTRABANDO

CECILIA HOPP \*

**Resumen:** El presente ensayo intenta proponer una interpretación de las disposiciones referidas a la tentativa de contrabando que permitan aplicar la ley en forma razonable. El principio de culpabilidad está en el centro de los problemas abordados y es el que determina la decisión aquí tomada a favor de una teoría subjetivista del ilícito, de la que derivan las propuestas de este trabajo.

**Abstract:** This work is intended to propose an interpretation of the provisions referred to attempted smuggling so as to apply the law in a reasonable way. The principle of liability is primarily connected with the problems under consideration and determines the stance herein adopted in favor of a subjective theory of illegal acts, from which the proposals herein stated are derived.

**Palabras clave:** Tentativa - Contrabando - Principio de culpabilidad - Comienzo de ejecución

**Keywords:** Attempt - Smuggling - Principle of liability - Partial commission of a crime

### I. OBJETIVO DEL TRABAJO

En la presente monografía pretendo analizar la aplicación de las disposiciones del Código Aduanero referentes a la tentativa de contrabando y proponer interpretaciones razonables para su aplicación e interacción con el sistema de la tentativa en el Código Penal.

Prestaré especial atención a los principios constitucionales del Derecho penal material, que guiarán las soluciones propuestas en este trabajo.

\* Estudiante de Abogacía (UBA).

## II. PLANTEOS PRELIMINARES, A MODO DE INTRODUCCIÓN

La persecución y la penalización del delito de contrabando presentan una serie de dificultades particulares que motivaron una especial preocupación por parte del legislador en lograr un grado razonable de efectividad de la persecución, de modo tal que la existencia de los tipos penales referidos al contrabando no sea una mera declaración de principios o de reprobación abstracta de ciertas conductas.

Esta preocupación resulta particularmente acertada, teniendo en cuenta la importancia del correcto funcionamiento del control aduanero y la dificultad que presenta realizar ese control hoy en día, debido a los sofisticados métodos engañosos o clandestinos que se utilizan para burlar ese control.

No se debe olvidar que la finalidad del control aduanero no tiene que ver exclusivamente con el adecuado cumplimiento de las obligaciones fiscales de los importadores y exportadores de mercaderías<sup>1</sup>, sino que también se controla en la aduana el respeto por las prohibiciones absolutas de importar o exportar mercaderías. Esas prohibiciones están siempre relacionadas con la protección de bienes jurídicos colectivos<sup>2</sup> o supraindividuales<sup>3</sup> de la sociedad, cuya importancia suele ser fundamental.

En efecto, y a modo de ejemplo, la aduana debe controlar que no se importen ni exporten estupefacientes; esta prohibición tiene como fundamento la protección de la salud pública. Otras muchas prohibiciones directas se relacionan con la protección del orden público económico, como lo es la prohibición de salir del país con una suma de dinero mayor a la determinada en la ley<sup>4</sup>, que tiene la finalidad de evitar la fuga de capitales.

El Código Aduanero tipifica el delito de contrabando e instituye un régimen especial dentro del Derecho Penal material. El mismo Código es-

<sup>1</sup> En este sentido existe abundante jurisprudencia. Se define el bien jurídico protegido por los tipos penales del Código Aduanero, por ejemplo, en Corte Sup., 19/10/1989, "Legumbres S.A. y otros", Fallos 312:1920; id., 9/12/1993, "Maggi, Esteban F.", Fallos 316:2797; id., 9/11/2000, "Vigil, Constancio y otros", Fallos 323:3426; C. Nac. Casación Penal, sala 3ª, 31/8/1995, "Surfabril SRL", LL 1996-A-54 y ss.; id., sala 3ª, 25/3/1998, "Zankel, Juan A. R. y otros", LL 1998-C-836 y ss.; C. Nac. Penal Económico, sala B, 8/11/2006, LL 2007-B-511.

<sup>2</sup> RIGHI, Esteban, *Derecho penal económico comparado*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, p. 316.

<sup>3</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho penal económico. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 33.

<sup>4</sup> Me refiero aquí a la ley en sentido material, que puede no ser la ley formal emitida por el órgano constitucionalmente competente para legislar, el Poder Legislativo.

tablece, en concordancia con el art. 4º, CPen., que se aplicará el Código Penal en todo lo que no se regule distinto en las leyes especiales, es decir que se aplica el principio general *lex* especial deroga *lex* general, conocido en este caso como el principio de especialidad. Este principio resulta importante en materia aduanera, pues constituye un ordenamiento jurídico extenso, con ciertas reglas, conceptos jurídicos y características particulares, de modo tal que es razonable que se puedan establecer principios específicos que resulten útiles para la efectividad del sistema.

Por otro lado, no se debe olvidar que tanto el Código Aduanero como el Código Penal son dictados por el Congreso de la Nación, el cual tiene amplios poderes dados por la Constitución Nacional para legislar sobre estas materias. El principio de especialidad, regido por el art. 861, CAD. y el art. 4º, CPen. ha sido la opción elegida por los legisladores y ambas normas tienen la misma jerarquía. Establecer ciertos principios especiales para la persecución de un delito es, por regla y respetando el principio de razonabilidad (art. 28, CN), una opción de política legislativa.

En materia de delitos aduaneros, el bien jurídico protegido es el efectivo control del servicio aduanero sobre la importación y exportación de mercaderías<sup>5</sup>. El legislador eligió proteger este valor mediante normas penales. Como se sabe, el Derecho Penal no protege bienes jurídicos en un sentido material, pues él por regla comienza a funcionar cuando el bien jurídico ya fue afectado<sup>6</sup>, es decir, a modo de ejemplo, que el Derecho Penal no protege la vida de cada persona, pues ante un homicidio el Derecho Penal entrará en acción una vez que la víctima haya muerto. Entonces, vemos que la vida de la víctima es el objeto de la acción, o de la agresión (perdido e irrecuperable), y que la vida, como un valor para la sociedad, es el bien jurídico protegido por la norma que impone no matar (art. 79, CPen.). Ésta es la razón por la cual la tentativa de cometer un delito es punible como regla general (art. 44, CPen.).

En definitiva, quien intenta cometer el delito pone en riesgo al bien jurídico, definido como un valor, ya con el intento razonablemente idóneo de destruir el objeto de bien jurídico, con la exteriorización de su decisión

<sup>5</sup> Además de los fallos citados en la nota 1, ROMERO VILLANUEVA, Horacio, “Un paso atrás sobre el delimitamiento del bien jurídico protegido en el delito de contrabando”, LL 1999-D-303 y ss. También VIDAL ALBARRACÍN, Héctor G., “El dinero no es todo, pero ¿es mercadería? Necesidad de unificar criterios”, LL 2005-F-573 y ss.

<sup>6</sup> Cfr. WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán*, trad. de Bustos Ramírez y Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1970, p.13.

de actuar contra él<sup>7</sup>. Según otra formulación, pero en el mismo sentido, el que intenta cometer un delito niega la norma<sup>8</sup> y el valor que ella protege: el autor de un delito declarará, mediante la comisión de una acción prohibida, o la omisión de la acción mandada, que la norma no rige para él, lesionando la vigencia y la confianza de la sociedad en esa norma. El autor de un delito defrauda las expectativas normativas de la sociedad<sup>9</sup>.

En este sentido, la culpabilidad es la capacidad de comprender la norma y motivarse en ella y el reproche penal debe estar basado en la culpabilidad y limitado por ella<sup>10</sup>. Éste es el principio fundamental del Derecho Penal de acto y de culpabilidad, basado en la responsabilidad personal del autor: el reproche, reflejado en la pena, debe ajustarse estrictamente a la culpabilidad, y solamente se puede tener la culpa por aquello que la propia voluntad controla<sup>11</sup>.

### III. PLANTEO DE ALGUNOS ASPECTOS PROBLEMÁTICOS

En este marco, me interesa reflexionar acerca de la penalización de la tentativa de contrabando. Alrededor de este tema surgen varios cuestionamientos. El primero es el planteo de inconstitucionalidad de la equiparación de la pena por tentativa a la del delito consumado y la respuesta a esos argumentos. Luego me interesará observar los problemas de aplicación e interpretación que generó esta regla; en particular, intentaré definir en forma razonable cuándo hay comienzo de ejecución.

<sup>7</sup> ROXIN, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil Band II*, C.H. Beck, München, 2003, § 29, 1, p. 333.

<sup>8</sup> JAKOBS, Günther, *Estudios de derecho penal*, Civitas, Madrid, 1997, p. 326.

<sup>9</sup> SANCINETTI, Marcelo, *Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, p. 40.

<sup>10</sup> Cfr. ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*, t. I, *Fundamentos, la estructura de la teoría del delito*, trad. de Diego Luzón Peña Díaz, Miguel García Conlledo, y Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997, cit., §19, 18-20, ps. 799-800, 46 y 47, ps. 813-814.

<sup>11</sup> Cfr. SANCINETTI, Marcelo A., *Teoría del delito y disvalor de la acción*, Hammurabi, Buenos Aires, 1991, ps. 59-66. También ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, cit., §19, 1-7, ps. 791-794; ZAFFARONI, Eugenio R., *Manual de Derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 1986, ps. 511-512.

#### IV. LOS ARGUMENTOS SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD

Repetidas veces se planteó ante los estrados judiciales la inconstitucionalidad de la equiparación punitiva de la tentativa de contrabando a la del delito consumado<sup>12</sup>. Los jueces, acertadamente, han rechazado el planteo.

En este contexto, habrá que hacer algunas consideraciones acerca de la práctica jurisprudencial del control de constitucionalidad. Las leyes son dictadas por el órgano más representativo de la voluntad del pueblo, el Poder Legislativo, que es además el órgano instituido con ese fin por la Constitución<sup>13</sup>. La elección popular directa de los legisladores les da amplios poderes para establecer las políticas legislativas y tienen un amplio margen para elegir entre varias opciones de regulación de los derechos, siempre y cuando esas opciones legislativas no sean contrarias a la Constitución, que es la ley superior y está por encima de los tres poderes constituidos<sup>14</sup>.

Frente a esto, los jueces gozan de una legitimación democrática indirecta y es por ello que están atados a las leyes<sup>15</sup> y no tienen discrecionalidad para aplicarlas o dejar de hacerlo, según les parezca mejor. La única posibilidad que tienen de no aplicar una ley dictada por el Congreso es cuando esa norma es contraria a la Constitución, no porque el Poder Judicial esté sobre el Poder Legislativo, pudiendo por eso anular sus decisiones, sino porque anulando un acto de otro poder que se excedió en sus funciones, ejerce un razonable control de él y pone por encima de ambos a la Constitución<sup>16</sup>.

<sup>12</sup> C. Nac. Casación Penal, sala 4ª, 20/12/2001, “Steiger”, LL 2002-D-956; C. Nac. Penal Económico, sala B, 5/4/1999, “Suit”, LL 2000-C-447; íd., íd., 22/4/2008, “Cetti”, LL Online; íd., íd., 17/2/2005, “Gil Padilla, Samuel E.”, LL 2005-E-79.

<sup>13</sup> En este sentido, Balbín sostiene que existe un ámbito de reserva del Poder Legislativo. Cfr. BALBÍN, Carlos, *Curso de derecho administrativo*, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2007, ps. 55-61.

<sup>14</sup> Cfr. HAMILTON, Alexander, *El Federalista*, LXXVIII, FCE, México DF, 2000, p. 331. Esta argumentación fue tomada, además, por el juez Marshall de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso “Marbury v. Madison”.

<sup>15</sup> Esto es así según la concepción tradicional y más difundida de la función judicial. Sin embargo, a partir de la lectura de cualquier sentencia se puede advertir que la “vía de escape” de la aplicación estricta de las leyes es la interpretación, que permite atribuir a un mismo texto distintos significados, dando al juez, en verdad, un amplio margen de discrecionalidad. Cfr. GARGARELLA, Roberto, “De la alquimia interpretativa al maltrato constitucional. La interpretación del derecho en manos de la Corte Suprema argentina”, en GARGARELLA, Roberto (coord.), *Teoría y crítica del Derecho Constitucional*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, ps. 234/247.

<sup>16</sup> HAMILTON, Alexander, *El Federalista*, cit., nota 14.

Teniendo en cuenta que la legitimación democrática de los jueces es indirecta y, por ello, menos intensa que la de los demás poderes constituidos<sup>17</sup>, ellos deberían interpretar las leyes de modo tal que sean compatibles con la Constitución, si ello es posible. La declaración de inconstitucionalidad de una norma es la *ultima ratio*<sup>18</sup>, debido a que es un acto de suma gravedad institucional anular el acto de otro poder constituido, especialmente si se trata del órgano más representativo de la República.

## 1. El principio de igualdad

A favor de la inconstitucionalidad se sostiene que la penalización equivalente de la tentativa y del hecho consumado de contrabando afecta al principio de igualdad (art. 16, CN), puesto que quien comete una tentativa de un delito del Código Penal estará en mejor situación que el que cometa tentativa de contrabando. Sin embargo, la jurisprudencia ha contestado a este argumento sosteniendo que tal derecho no se ve afectado, puesto que el derecho a la igualdad opera en situaciones iguales o equivalentes, y que la concepción de la igualdad es dinámica y permite estas regulaciones diferenciadas<sup>19</sup>.

Se sostuvo además que es razonable la equiparación, pues la alarma social provocada por la tentativa de contrabando es mayor que en otros delitos<sup>20</sup>.

En este sentido, las especiales características del delito de contrabando, que hacen difícil distinguir cuál es el momento exacto de la consumación, por no ser un delito de resultado, hacen permisible un régimen diferencial respecto de los demás delitos que no presentan estas dificultades. Se agrega que justamente por esta dificultad de establecer el momento de consumación, se deriva también la dificultad de probar cuál es ese momento.

<sup>17</sup> Cfr., entre otros, NINO, Carlos, *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997. En este sentido, piénsese, por ejemplo, en el juez de la Corte Suprema Fayt; él fue elegido juez de ese tribunal hace más de veinte años, el presidente que lo seleccionó ya no lo es más y probablemente tampoco estén en el Senado la enorme mayoría de quienes aprobaron su nominación. El pueblo eligió repetidas veces otros representantes desde entonces, pero Fayt podrá ser juez hasta que muera, se jubile o lo destituyan por mal desempeño en su cargo. Por ello es difícil sostener que él sea un representante del pueblo, pues muchos de los que ahora votamos, no votábamos en ese entonces, incluso muchos electores ni siquiera habían nacido en la época en que fue elegido por los poderes políticos de la Nación.

<sup>18</sup> En este sentido fallo de la C. Nac. Casación Penal, sala 4ª, 20/12/2001, “Steiger”, LL 2002-D-956, voto de la jueza Berraz de Vidal, consid. I.

<sup>19</sup> C. Nac. Casación Penal, sala 4ª, 20/12/2001, “Steiger”, cit. voto de la jueza Berraz de Vidal.

<sup>20</sup> C. Nac. Penal Económico, sala B, 17/2/2005, “Gil Padilla”, LL 2005-E-79.

## 2. La proporcionalidad

Se ha planteado que es contrario al principio de proporcionalidad penalizar de la misma forma la tentativa que el contrabando consumado. Esto es, que no es proporcional a la gravedad del injusto penar de igual forma un hecho tentado que uno consumado. Este principio es importante en todo el ámbito sancionatorio. No cabe olvidar que en materia de penas, ellas deben estar ajustadas, *proporcionadas*, a la culpabilidad y a la gravedad del injusto<sup>21</sup> —un hurto no podría lícitamente tener más pena que un homicidio—. Se verá que este argumento a favor de la inconstitucionalidad del art. 872, CAd., tampoco puede ser aceptado, al menos desde nuestro punto de vista, puesto que el injusto de un acto tentado (tentativa acabada) es el mismo que el de un hecho consumado, a la vez que la tentativa acabada de contrabando no demuestra una menor culpabilidad que un hecho de contrabando consumado.

## 3. Argumentos dados a favor de la constitucionalidad del art. 872

### 3.1. La posibilidad de graduar la pena

Antes de entrar a considerar si la pena impuesta para la tentativa de contrabando en el art. 872, CAd., es ajustada a la culpabilidad, es importante mencionar que en cualquier caso los jueces pueden apreciar, según las circunstancias, la gravedad del injusto cometido, graduando la pena al momento de su determinación, dentro de los amplios marcos penales que contienen los tipos penales del Código Aduanero<sup>22</sup>.

### 3.2. Es difícil distinguir entre tentativa y consumación

Se fundó en algunos fallos la constitucionalidad de la equiparación punitiva de tentativa y consumación de contrabando en que es difícil diferenciar la consumación de la tentativa. Esto se relaciona también con que el “peligro” para el bien jurídico es igual en la tentativa que en el hecho consumado. Se argumentó también a favor de la disposición del art. 872, CAd., porque la mayoría de los hechos descubiertos de contrabando son tentativas, dado que una vez consumados los contrabandos son difíciles de

<sup>21</sup> Cfr. ZIFFER, Patricia, *Lineamientos de la determinación de la pena*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, ps. 36-40; DEMETRIO CRESPO, Eduardo, “Notas sobre la dogmática de la individualización de la pena”, en *Nueva Doctrina Penal*, 1998-A-20.

<sup>22</sup> C. Nac. Casación Penal, sala 4ª, 20/12/2001, “Steiger”, LL 2002-D-956, voto de la jueza Berraz de Vidal; en el mismo sentido, C. Nac. Penal Económico, sala B, 17/2/2005, “Gil Padilla”, LL 2005-E-79.

investigar. Esto provocaría la ineficacia de la persecución e iría en contra de los fines para los que la tipificación del contrabando fue prevista<sup>23</sup>.

### 3.3. *Es una opción de política criminal*<sup>24</sup>

Por otro lado, hay que mencionar el argumento más importante para rechazar los planteos de inconstitucionalidad: la equiparación punitiva es una opción de política criminal<sup>25</sup>.

En la práctica es claro que una regulación distinta provocaría la inefectividad del sistema de protección penal del control aduanero, puesto que la enorme mayoría de los hechos de contrabando que son detectados por las autoridades aduaneras se descubren antes de que se vulnere efectivamente el control, esto es, antes de la consumación del delito. Sucede que una vez que se logró pasar por el Servicio Aduanero sin que la importación o exportación irregular sea descubierta, resulta muy difícil y poco probable que se advierta la operación en un momento posterior, salvo en los casos de contrabando documentado<sup>26</sup>. Una vez que las mercaderías fueron traspasadas de un territorio aduanero a otro, lo que suele descubrirse en forma idónea para lograr una condena en un juicio penal es el encubrimiento de contrabando por parte de quienes adquieren las mercaderías entradas al país en forma ilegal. De modo tal que si la enorme mayoría de los casos que se logra juzgar son tentativas y ellas fueran desvaloradas en forma menos intensa que los hechos consumados, el sistema de persecución aparecería como insuficiente e ineficaz.

De todas maneras, resulta evidente que el argumento de la política criminal no es suficiente, puesto que si la regulación fuera irrazonable o incompatible con un principio constitucional, no sería admisible la aplicación de tal norma. De modo tal que habrá que seguir analizando los argumentos que postulan la inconstitucionalidad del art. 872, CAD.

<sup>23</sup> C. Nac. Casación Penal, sala 4ª, 20/12/2001, “Steiger”, LL 2002-D-965, voto de la jueza Berraz de Vidal, consid. II.

<sup>24</sup> Cfr., por ejemplo, C. Nac. Penal Económico, sala B, 22/4/2008, “Cetti”; id., id., 17/12/2005, “Gil Padilla”; id., id., 5/4/1999, “Suit”. En estos casos se sostiene que el contrabando y su tentativa provocan gran alarma social.

<sup>25</sup> Cfr. VIDAL ALBARRACÍN, Héctor, *Delitos aduaneros*, Mave, Buenos Aires, 2004, p. 270.

<sup>26</sup> Cfr. VIDAL ALBARRACÍN, Héctor, *Delitos aduaneros*, cit.



#### 4. Más a favor de la inconstitucionalidad: la razonabilidad y la culpabilidad

Se podría plantear también la irrazonabilidad de los medios para lograr la finalidad de política criminal del legislador de dar efectividad a la persecución del contrabando, pues afecta sustancialmente el principio de culpabilidad y lo desnaturaliza. La razonabilidad de las normas está impuesta por el art. 28, CN, que impone al legislador el límite de que la reglamentación de los principios, las garantías y los derechos sea razonable, que no destruya la esencia misma del derecho. En el caso se plantea que el principio presuntamente desnaturalizado es el de culpabilidad, pues se sostiene que normalmente es un hecho más grave el que es consumado que el que queda como meramente tentado. Esto aparece como cierto en el Código Penal, que pena más severamente la consumación que la tentativa y cubre de sospechas a la norma del Código Aduanero.

Sin embargo, si se vuelve sobre el concepto de culpabilidad, se ve que no hay afectación alguna a este principio y, si se mira bien, se verá que en verdad el art. 872 es más ajustado al principio de culpabilidad que el art. 44, CPen.<sup>27</sup>

En efecto, una persona solamente puede tener la culpa por aquello que su voluntad controla. Es por eso que los que no son capaces de comprender el hecho que están cometiendo, o quienes no pueden comprender la ilicitud de éste, carecen de culpabilidad por él. Lo mismo sucede con quien no puede internalizar el juicio de reproche que implica la norma prohibitiva, o quienes no conocen la norma y ese conocimiento no es exigible. Otros casos de inculpabilidad son aquellos en los que el autor comprende el hecho y la ilicitud, pero no puede controlar su conducta debido a una enfermedad psíquica. Existen, además, las causas de inculpabilidad, como el estado de necesidad disculpante. Si estas circunstancias no concurren, entonces se entiende que el sujeto es capaz de motivarse en la norma y que si la infringe actúa culpablemente. Lo central, entonces, es el control de la propia voluntad, haberse decidido a actuar en forma contraria a la norma<sup>28</sup>.

El autor de un delito solamente puede controlar aquello que de él depende. Puede planificar su acción y llevarla a cabo. Sin embargo, una vez que hizo todo lo que según su razonable representación debía hacer para lograr el resultado (tentativa acabada), no puede controlar otros elementos del mundo que son externos a él. De modo tal que el resultado siempre se

<sup>27</sup> Cfr. ZIELINSKI, Diethart, *Disvalor de acción y disvalor de resultado*, Hammurabi, Buenos Aires, 1990, p. 166; y SANCINETTI, Marcelo A., *Teoría...*, cit., p. 62.

<sup>28</sup> STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general*, t. I., *El hecho punible*, Edersa, Madrid, 1982, ps. 165/199.

produce por una conjunción entre la acción voluntaria y controlada del sujeto (la acción final que constituye tentativa acabada) y la suerte.

Piénsese en un sencillo caso: “A” se propone matar a “B”. Para eso le apunta con una pistola, viendo que “B” se encontraba en un lugar en el que tenía 90% de chances de darle en el corazón y así matarlo. “A” dispara y la bala da directamente en el pecho, pero “B” no muere porque lleva debajo de su ropa un chaleco antibalas que no era perceptible para los demás. La no consumación del hecho no modifica en nada la voluntad y la acción de “A”. Veamos ahora otro caso: “C” quiere matar a “D” y se representa que va a poder realizarlo disparándole al corazón, disponiéndose a disparar desde un lugar en el que tenía un 90% de chances de acertar. Dispara y “D” muere al instante. No se ve entre estos dos casos una diferencia en la acción ni en el dolo, la infracción a la norma es la misma, la culpabilidad también.

No cabe olvidar, de todas maneras, que la finalidad atribuida al Derecho Penal es la de proteger bienes jurídicos, y aunque hayamos descartado la posibilidad de que se proteja en un sentido material al bien jurídico o, más bien, al objeto de la acción, parece que es más grave y que “impresiona” más un hecho consumado que uno meramente tentado, en el que no hubo consecuencias concretas dañosas<sup>29</sup>. Es cierto que el hecho es más grave desde un punto de vista social, pero desde el punto de vista de la imputación personal como reproche por una decisión contraria a la vigencia de la norma, o contra el bien jurídico, resulta que no hay una verdadera diferencia.

Por ello cabe concluir que es posible interpretar que el principio de igualdad estaría mejor protegido si no se tomara en cuenta la consumación para la determinación de la pena: a igual acción final, igual reproche, a igual culpabilidad, igual pena, pues el *plus* de pena por la consumación no tiene relación alguna con una decisión de actuar y con la acción final llevada a cabo por el autor; excede la culpabilidad<sup>30</sup>.

## V. PROBLEMAS INTERPRETATIVOS DEL ART. 872 DEL CÓDIGO ADUANERO

Esta norma parece haber traído tras de sí el adelantamiento, en algunos casos, de la punibilidad, con la circunstancia agravante de que además

<sup>29</sup> JESCHECK, Hans - HEINRICH, *Tratado de derecho penal. Parte general*, 4ª ed., Comares, Granada, 1993, ps. 465-466.

<sup>30</sup> SANCINETTI, Marcelo A., *Teoría...*, cit., ps. 61-64.

parecería que es posible imponer la misma pena a cualquier tentativa que al contrabando consumado.

Un Derecho Penal basado y ceñido estrictamente a la culpabilidad no debería admitir que el art. 871, CAD., que describe a la tentativa como la acción de intentar el delito y no consumarlo por circunstancias ajenas a la voluntad del autor, sea interpretado en el sentido de que una tentativa inacabada pueda ser penada tan severamente como una tentativa acabada o un hecho consumado.

Desde el comienzo de ejecución, el autor puede representarse distintas acciones que son necesarias para completar el delito, esto es el *iter criminis*: si el autor desea exportar diamantes sin pagar los impuestos correspondientes, llevándolos en cajas, traspasando la frontera en un camión, disimulándolos dentro de muñecos para niños, deberá adquirir los diamantes, adquirir los muñecos, esconder dentro de ellos las piedras preciosas, adquirir las cajas, ordenar los muñecos dentro de ellas, obtener el camión, introducir las cajas en el camión, alistar el vehículo para recorrer el camino hasta el lugar donde venderá los diamantes, dirigirse hacia el paso fronterizo y pasarlo. Todas estas acciones abarcadas por su plan constituyen el *iter criminis*; sin embargo, no todas deberían ser consideradas como tentativa de contrabando, pues los actos preparatorios deben quedar, por regla general, impunes, salvo cuando ellos constituyen una lesión a un bien jurídico autónomo<sup>31</sup> u otro delito<sup>32</sup>. Esto plantea el problema de determinar cuándo existe, en el contrabando, el comienzo de ejecución, tema que abordaré más adelante en este ensayo.

Antes de entrar en el problema del comienzo de ejecución, me parece importante continuar con el de la gradación del ilícito. Supongamos que tenemos claro cuándo comienza la ejecución del delito de contrabando, aun así no es correcto sostener que corresponde aplicar la misma pena a una tentativa comenzada, pero no acabada, que a un contrabando consumado, pues si el autor no hizo todo lo que debía hacer según su representación para consumir el contrabando, entonces su culpabilidad es menor que la de quien llegó al control aduanero, proponiéndose vulnerarlo mediante ardid o engaño, o escondiendo alguna mercadería prohibida. En cambio, sí es la

<sup>31</sup> Como sucede, por ejemplo, con la asociación ilícita, delito sobre el que se reconoce que es un acto preparatorio y, por tanto, se cuestiona su constitucionalidad, sin embargo, se acepta como constitucionalmente válido, pues tiene ya un disvalor autónomo. Cfr. ZIFFER, Patricia S., *El delito de asociación ilícita*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, ps. 44-53. Por la inconstitucionalidad de la figura, CASTEX, Francisco, "Asociación ilícita y principios constitucionales del derecho penal", *el Dial* del 20/4/2004.

<sup>32</sup> Como la tenencia de estupefacientes, su tenencia para comercialización y el transporte o tráfico de estupefacientes.

misma culpabilidad la que tiene quien no es descubierto y pasa el control aduanero, que la de quien sí es descubierto y no logra vulnerarlo<sup>33</sup>.

No ignoro que el Código Aduanero manda a aplicar la pena del delito consumado a la tentativa sin hacer las consideraciones acerca del grado de realización del intento de contrabando, pero interpretar que la pena del delito consumado se puede aplicar, por ejemplo, a quien está 300 metros de llegar al aeropuerto, tiene un pasaje para viajar al exterior y lleva en un bolso drogas, no es acorde con el principio de culpabilidad, pues el ilícito está en ese momento lejos de consumarse, podría aún ser desistido y en verdad es ciertamente discutible que en ese momento hubiera ya comienzo de ejecución<sup>34</sup>.

La interpretación que se propone aquí, entonces, es que para que se pueda aplicar la pena del delito consumado, el autor debe, en el caso del contrabando simple, y a modo de ejemplo, presentarse en el servicio aduanero y realizar una maniobra ardidosa con el fin de vulnerar su control y evitar que lo ejerza sobre la importación o exportación de la mercadería que se lleve, con independencia de si esa maniobra ardidosa tiene éxito, se traspasa el control y se lo vulnera efectivamente (consumación) o si el autor es descubierto en ese momento por los funcionarios aduaneros.

En el caso del art. 864, inc. a), CAd., quien se encuentre traspasando mercadería para importarla o exportarla por la frontera en horarios o por lugares no permitidos, sin guardarse la posibilidad de no traspasar la frontera y es descubierto, es responsable por tentativa acabada, y quien tiene éxito traspasándola consumó el contrabando.

En el caso del art. 864, inc. b), es tentativa merecedora de la pena del art. 872 cuando se presentan los documentos que indican la circunstancia falsa que amerita un tratamiento aduanero distinto al correspondiente. Lo consume quien consigue el tratamiento inadecuado.

En el caso del art. 864, inc. c), es tentativa acabada presentar ante la aduana los documentos que habilitan el privilegio en el tratamiento aduanero que en verdad es inadecuado. Es contrabando consumado traspasar el control recibiendo el tratamiento privilegiado que no le corresponde.

<sup>33</sup> Siempre hay que atender a las circunstancias del caso, pero ante dos personas que escondieron del mismo modo lo que no estaban autorizados a importar o exportar, no cambia la culpabilidad del que tuvo éxito respecto de la del que fue descubierto *in fraganti*, de modo tal que el art. 872 demuestra dar una solución acertada.

<sup>34</sup> En sentido afirmativo, acerca de que existe comienzo de ejecución en esa situación, C. Nac. Penal Económico, sala 3ª, 30/4/1980, "Djouríán, Pedro", ED 1981-162.

Comete tentativa acabada del art. 864, inc. d), quien se presenta al control aduanero con las mercaderías que deberían ser sometidas a control ocultas o disimuladas. Consuma el delito el que traspasa la aduana sin ser detenido.

El art. 864, inc. e), se comete en grado de tentativa cuando el autor, que se presenta ante el servicio aduanero alegando un destino determinado para las mercaderías, pretende un beneficio económico. Lo consuma el que consigue que le crean y obtiene tal beneficio.

En estos casos se ve como casi irrelevante o arbitrario el traspaso de tentativa a consumación; y en verdad, justamente, las particulares características del contrabando muestran esto claramente, de modo tal que es más evidente que en otros casos que el disvalor de la acción es el mismo en la tentativa y en el hecho consumado y que, por tanto, la culpabilidad es la misma y que la decisión que tomó el legislador en el art. 872, CAD., es acertada<sup>35</sup>.

Tenemos, entonces, que la pena del art. 872 solamente se debe aplicar a las tentativas acabadas de contrabando. ¿Qué pasa entonces con las tentativas inacabadas? Creo que es acertado resolver este problema mediante el art. 4º, CPen., pues no existe una norma para la tentativa inacabada en el Código Aduanero, de modo tal que se debe aplicar el art. 44, CPen., como escala para aplicar una pena disminuida a casos que no merecen la misma pena que la del delito consumado.

Pero éste no es el único problema que debe llevar a acudir al art. 44, pues también debe aplicarse este artículo para aquellas tentativas inidóneas de contrabando que no deberían ser tratadas según las disposiciones de la tentativa del Código Aduanero, esto es, no en todos los casos.

## VI. LA TENTATIVA INIDÓNEA DE CONTRABANDO, LOS ARTS. 871 Y 872 DEL CÓDIGO ADUANERO Y 44 DEL CÓDIGO PENAL

El último párrafo del art. 44, CPen., permite disminuir a la mitad la pena en las tentativas inidóneas o directamente eximir de pena al autor. Ésta es una disposición muy importante y no se puede considerar que esté prevista por el régimen del Código Aduanero.

<sup>35</sup> Un interesante artículo de Zysman, sostiene que no es tan sencillo distinguir entre tentativa y consumación y argumenta a favor de concentrarse en resolver este punto, pues ello tiene consecuencias jurídicas importantes: prescripción, momento hasta el cual se puede desistir de la tentativa (según la doctrina mayoritaria), (ZYSMAN BERNARDO DE QUIRÓS, Diego, "Tentativa y consumación del delito de contrabando. Una aproximación al tema a partir del supuesto de contrabando del art. 864, inc. d), del Código Aduanero", LL Sup. especial de Derecho Económico, febrero 2004, ps. 202).

Hay distintos tipos de inidoneidad de las tentativas; éstas son: por el objeto, por el sujeto, por los medios y las tentativas absolutamente inidóneas<sup>36</sup>.

En el caso de la tentativa inidónea por el objeto, es difícil encontrar un caso posible en el que el autor se represente que va a impedir o vulnerar el control aduanero, pero en verdad el control no será ejercido de todas maneras por circunstancias ajenas a él, que él desconoce. Puede imaginarse un caso en el que una persona traspase el control aduanero con drogas escondidas y es controlado por un funcionario que, si bien aparenta estar cuerdo, es demente y no podría ejercer el control de todas maneras. En este caso, considero que se trata de una tentativa no abarcada por el último párrafo del art. 44, CPen., puesto que se trata de una acción que *ex ante* es idónea para vulnerar el control que parece estar establecido. Se aplican, por tanto, los arts. 871 y 872, CAd.<sup>37</sup>

En el caso de tentativa inidónea por el sujeto, estas tentativas sí deben ser tratadas según el art. 44, CPen., o bien no deberían ser consideradas como típicas, pues se trata de casos en los que el sujeto debe tener alguna calidad especial para poder cometer el delito y no tiene esa calidad, de modo tal que esa situación no se encuentra abarcada por el tipo y por ello no debería ser punible<sup>38</sup>. Por ejemplo, la persona a la que le han prometido que será designada funcionario público de un ministerio que expide certificados que motivan un tratamiento aduanero diferencial piensa que ya puede emitir certificados desde esa promesa y certifica algo que no es cierto, pensando que está abusando de las funciones que en verdad no ha llegado a tener. Esta persona está cometiendo una tentativa inidónea de cometer el tipo penal del art. 865, inc. c), que no debe ser punible, según el art. 44, CPen.

El caso de inidoneidad de los medios es el que puede merecer, en algunas ocasiones, una especial disminución de la pena. Según el art. 44, CPen., cuando el medio aparece como bastante inadecuado para poder consumar el delito, teniendo en cuenta que esto refleja una deficiencia en la confección del plan, un descuido o cierta indiferencia por afectar el bien jurídico<sup>39</sup> y

<sup>36</sup> STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal...*, cit., p. 210/217.

<sup>37</sup> Se trata de un caso similar al del chaleco antibalas (ver *supra*); por lo demás, no debe olvidarse que toda tentativa vista *ex post* es inidónea, pues ya sabemos que fracasó.

<sup>38</sup> Se trata de un caso de delito putativo, impune, pues la norma es objetiva y es irrelevante que el autor se represente una prohibición inexistente (cfr. SANCINETTI, Marcelo, *Teoría...*, cit., ps. 456-460).

<sup>39</sup> En palabras de Welzel, el autor tiene una “menor energía criminal” (WELZEL, Hans, *Derecho penal...*, cit., ps. 261-262).

una acción que verdaderamente no representa un riesgo alto para el bien jurídico. Un caso de éstos puede ser el que lleva todo su equipaje de mano lleno de armas de fuego y lo pasa normalmente por el control de equipaje de mano, por el visor de rayos X, siendo descubierto de inmediato.

Sin embargo, si el autor razonablemente cree que los medios que eligió son idóneos para causar el resultado, no existen razones para desplazar la aplicación del art. 872, CAD. Esto sería así, por ejemplo, si el autor presenta ante la aduana un certificado falsificado, que había comprado de un experto falsificador de este tipo de documentos, con el fin de obtener un tratamiento aduanero más beneficioso que el que le corresponde. Sin embargo, el certificado es inidóneo para engañar a la aduana, pues el falsificador era, en verdad, un agente encubierto, que emitía esos certificados falsos de tal manera que todos los funcionarios de la aduana pudieran advertir la falsedad de aquél.

Por último, la tentativa irreal, o burdamente insensata, es absolutamente inidónea para afectar al bien jurídico, que *ex ante* no representa riesgo alguno y que no es abarcada por el tipo penal. Se trata de casos en los que el curso causal que se representa el autor como idóneo para producir el resultado, no es un curso causal que desde el punto de vista de un observador objetivo y *ex ante* pudiera causar el resultado<sup>40</sup>. Un ejemplo de esto sería que el autor planea traspasar el control aduanero con un arma en la mano, pintada con una pintura especial, en la creencia de que eso la hará invisible. Se trata entonces de otro caso de tentativa no abarcada por el tipo a la que se debe aplicar la eximición de pena prevista por el último párrafo del art. 44, CPen. Otro caso de tentativa irreal puede ser la representación errónea de que llevar escondido un libro al traspasar el control aduanero constituye contrabando; esta suposición de la prohibición es un delito putativo no punible, pues la norma siempre debe existir objetivamente.

## VII. EL DESISTIMIENTO DE LA TENTATIVA Y LA APLICACIÓN SUPLETORIA DEL ART. 43 DEL CÓDIGO PENAL

El art. 871, CAD., dispone que comete tentativa de contrabando quien comienza su ejecución pero el hecho no se consuma por circunstancias ajenas a su voluntad. No contiene este ordenamiento una disposición referida al desistimiento de la tentativa. Sin embargo, consideramos que, nuevamente, corresponde aplicar en forma supletoria el Código Penal, particularmente su art. 43, que deja impune las tentativas abandonadas voluntariamente por

<sup>40</sup> SANCINETTI, Marcelo, *Teoría...*, cit., ps. 487-509.



su autor. Esta posición es avalada además por la jurisprudencia<sup>41</sup>, y ello es correcto no solamente porque la interpretación *a contrario sensu* del art. 871, CAD., así lo sugiere, sino, también, por el principio de igualdad, pues si el legislador valoró que no es necesario imponer pena a quien voluntariamente desiste de su delito del Código Penal, no se advierte razón alguna de política criminal por la cual se debiera excluir de ese perdón a quien decide abandonar la ejecución del delito de contrabando.

No me propongo en este trabajo abordar las complejas discusiones acerca del desistimiento de la tentativa, solamente creo pertinente mencionar que, como se dijo, las tentativas de contrabando deben poder ser desistidas voluntariamente (art. 43, CPen) y el desistimiento funciona como una causal de exclusión de la punibilidad<sup>42</sup>.

En este contexto, teniendo en cuenta el criterio aquí propuesto acerca de que el ilícito está completo en el momento en que la tentativa es acabada y que el resultado no agrega nada al ilícito, es necesario sostener que las únicas tentativas que se pueden desistir son las inacabadas<sup>43</sup>, criterio que parece ajustado a la norma del art. 872, CAD., conforme a la interpretación que aquí se propone.

## VIII. EL COMIENZO DE EJECUCIÓN

Los actos preparatorios de un delito pertenecen, aún, a la esfera de libertad del individuo y no pueden ser prohibidos ni interferidos por el Estado, como principio general que admite algunas excepciones<sup>44</sup>.

El último problema que me interesa abordar, en consecuencia, es el del comienzo de ejecución de la tentativa de contrabando. La determinación es

<sup>41</sup> C. Nac. Casación Penal, sala 2ª, 19/3/2003, “Wasser”, LL 2003-E-6; C. Nac. Penal Económico, sala 2ª, 30/4/1985, “Navarrete”, LL 1985-D-474 y ss.

<sup>42</sup> Sobre la discusión acerca de si el desistimiento de la tentativa es una excusa absoluta o implica falta de tipo, ver FREILE, Guillermo E., “Algunas cuestiones básicas del desistimiento en la tentativa”, LLC, 2004 (junio), p. 473.

<sup>43</sup> SANCINETTI, Marcelo, *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa*, Temis, Bogotá, 1995, ps. 68-89 y 79. En contra de esta postura, C. Nac. Penal Económico, sala B, 8/11/2006, “R. A., L. M. P.”, LL 2007-B, 771.

<sup>44</sup> Como se mencionó antes, es un caso de ello la asociación ilícita, art. 210, CPen., o la falsificación de moneda o de sellos, art. 288, CPen., o el caso de la *actio libera in causa*, en la que al autor se le reprocha el momento anterior a la comisión del delito. Todos estos reproches son cuestionables desde el punto de vista constitucional por constituir actos preparatorios, art. 19, CN y, en el caso de la *actio libera in causa*, por ser contrario al principio de culpabilidad, art. 18, CN. Sobre el problema de la *actio libera in causa*, por ejemplo, ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, t. I, cit., §19, 54 y 55, ps. 817-818.



siempre difícil de realizar. Aquí intentaré buscar un criterio razonable para separar actos preparatorios de actos ejecutorios del tipo. Este problema resulta muy importante, pues separa los actos atípicos de los típicos, que pueden ser penados<sup>45</sup>; esto es, los actos que pueden ser penados de los que están protegidos por el art. 19, CN, por constituir acciones privadas de los hombres, exentas de la autoridad de los magistrados.

El Código Aduanero nos brinda un posible criterio de determinación. Su art. 5° define la zona primaria aduanera como aquella “parte del territorio aduanero habilitada para la ejecución de operaciones aduaneras o afectada al control de las mismas, en la que rigen normas especiales para la circulación de personas y el movimiento y disposición de mercadería”. Luego enumera los lugares que se encuentran comprendidos en la zona primaria aduanera:

- a) los locales, instalaciones, depósitos, plazoletas y demás lugares en donde se realizan operaciones aduaneras o *se ejerce el control aduanero*;
- b) los puertos, muelles, atracaderos, aeropuertos y pasos fronterizos;
- c) los espejos de agua de las radas y puertos adyacentes a los espacios enumerados en los incs. a) y b)...
- d) los demás lugares que cumplieren una función similar a la de los mencionados en los incs. a), b) y c)... que determinare la reglamentación;
- e) los espacios aéreos correspondientes a los lugares mencionados...

Además, el art. 7° CA., describe cuáles son las zonas de vigilancia especial:

1. Zona de vigilancia especial es la franja de la zona secundaria aduanera sometida a disposiciones especiales de control, que se extiende:

- a) en las fronteras terrestres del territorio aduanero, entre el límite de éste y una línea interna paralela trazada a una distancia que se determinará reglamentariamente;
- b) en las fronteras acuáticas del territorio aduanero, entre la costa de éste y una línea interna paralela trazada a una distancia que se determinará reglamentariamente;
- c) entre las riberas de los ríos internacionales y nacionales de navegación internacional y una línea interna paralela trazada a una distancia que se determinará reglamentariamente;
- d) en todo el curso de los ríos nacionales de navegación internacional;
- e) a los espacios aéreos correspondientes a los lugares mencionados en los incisos precedentes.

<sup>45</sup> ZAFFARONI, Eugenio R., *Manual de derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 1986, p. 606.

2. En los incs. a), b) y c) del apartado 1, la distancia a determinarse no podrá exceder de cien kilómetros del límite correspondiente.

3. Salvo disposición expresa en contrario, los enclaves constituidos a favor de la Nación y sus correspondientes espacios aéreos constituyen zona de vigilancia especial, en cuanto no integren la zona primaria aduanera.

Tener en cuenta, los arts. 5° y 7°, CAD., puede servir, entonces, para determinar que quien se encuentre en estos lugares —zona primaria aduanera y zona especial de vigilancia— y sea encontrado con mercaderías que no pueden ser exportadas o importadas (arts. 865, incs. g] y h], 866 y 867), o que sí pueden serlo, pero se encuentran disimuladas u ocultas, de modo tal que se pueda pensar razonablemente que están preparadas para lograr eludir el control del servicio aduanero (arts. 863 y 864, inc. d]), o que tenga mercaderías en la zona primaria aduanera fuera de las horas indicadas (art. 864, inc. a]), o que se lo encuentre en las zonas de especial vigilancia con mercaderías (arts. 864, inc. a] y 865, inc. e]), o tenga mercadería y documentación falsa que pueda motivar un tratamiento inadecuado o privilegiado de la mercadería por parte del servicio aduanero (arts. 864, incs. b], y c], y 865, inc. f]), a modo de ejemplo, puede ya ser imputado por tentativa *inacabada* de contrabando, si las circunstancias del caso indican que ése es el propósito del sujeto.

Sin embargo, es útil también revisar la doctrina de la parte general del derecho penal, pues es importante saber cómo se resuelve este problema usualmente, teniendo en cuenta que no existen especificaciones en el Código Aduanero que permitan separarnos de los criterios generales. Por otro lado, me parece necesario indagar un poco más, pues hubo casos de jurisprudencia en los que este criterio aparece como demasiado amplio y otros en los que se lo consideró muy restringido<sup>46</sup>. Veamos.

<sup>46</sup> En el caso C. Nac. Penal Económico, sala 3ª, 30/4/1980, “Djourrián, Pedro”, ED 1981-162, se consideró que sí era clara la intención de cometer contrabando, pues el imputado tenía la mercadería oculta entre sus ropas y su equipaje, ya había tentativa, es decir que había principio de ejecución. En cambio, en el caso “Walter, Margarita”, la C. Nac. Penal Económico, sala A, consideró que cuando la imputada se aprestaba a viajar al exterior, antes de los trámites migratorios y aduaneros, no hay comienzo de ejecución. Es cierto que en el primer caso ya había ocultamiento y en el segundo no era claro si lo había, pero la pasajera del segundo caso tenía en su equipaje de mano mercadería no autorizada para llevar a bordo. Ver también C. Nac. Casación Penal, sala 3ª, 12/8/2002, “Rodríguez, Néstor L. s/ rec. de casación”, LL 2003-A-335. Asimismo, C. Nac. Penal Económico, sala A, 3/7/2008, “M.C.E. SA”, LL del 3/10/2008, donde se considera que hay comienzo de ejecución si se exterioriza el ardid presentando al servicio aduanero documentación apócrifa para importar. Otro fallo interesante sobre comienzo de ejecución, C. Nac. Penal Económico, sala B, 8/11/2006, “Seabrokers”, LL 2007-B-511.

Jescheck adhiere a la teoría ecléctica acerca del comienzo de ejecución, o la teoría de la impresión. Según él, hay comienzo de ejecución toda vez que el autor considere subjetivamente que ha comenzado a realizar el tipo y ha exteriorizado su voluntad de realización de modo tal que sea objetivamente constatable y cause “impresión” en la sociedad que afecte la vigencia de la norma<sup>47</sup>. Pero este criterio no determina, en el caso del contrabando, cuándo se comienza a realizar el tipo. Habrá que seguir indagando.

Welzel sostenía que el comienzo de ejecución se da cuando el autor se dispone inmediatamente a realizar el tipo<sup>48</sup>.

Carrara sostenía que existe comienzo de ejecución cuando la acción está dirigida directamente a la comisión de un delito determinado, creando un peligro para el bien jurídico<sup>49</sup>.

Un criterio expuesto por Sancinetti, es el de determinar que existe comienzo de ejecución cuando se puede ya perder el control sobre la propia acción<sup>50</sup>, es decir, cuando, a causa de las acciones ya realizadas, se podría adelantar el resultado, sin que, desde el punto de vista de la representación del autor, pueda revocar con seguridad su voluntad de cometer el delito<sup>51</sup>. De modo tal que el comienzo de ejecución es el primer acto que entra dentro del tipo, el primer acto prohibido<sup>52</sup>.

Todas estas afirmaciones de la dogmática son bastante abstractas y no resuelven, por sí solas, la pregunta que nos hicimos al principio de este apartado.

<sup>47</sup> JESCHECK, Hans, H., *Tratado de derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1981, ps. 700-703. La “impresión” social es también en Jescheck y en muchos otros autores el motivo determinante de la penalización de la tentativa.

<sup>48</sup> WELZEL, Hans, *Derecho penal...*, cit., ps. 262-265. Una definición sustancialmente similar se encuentra en WESSELS, Johannes, *Derecho penal. Parte General*, Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 174.

<sup>49</sup> Citado en VIDAL ALBARRACÍN, Héctor, *Delitos...*, cit., p. 261.

<sup>50</sup> El criterio se refiere en verdad al comienzo de ejecución del autor mediato; sin embargo, se puede aplicar también al autor. Cfr. SANCINETTI, Marcelo A, *Teoría...*, cit., ps. 717-727.

<sup>51</sup> SANCINETTI, Marcelo, *Casos de derecho penal. Parte General*, t. III, 3ª ed. reelaborada y ampl., Hammurabi, Buenos Aires, 2005, ps. 47-52.

<sup>52</sup> SANCINETTI, Marcelo, *Teoría...*, cit., ps. 409-429. Aquí el autor parte de la base de que el ilícito se desarrolla progresivamente, de modo tal que, desde el comienzo de ejecución, el disvalor de acción crece con cada acción sucesiva hasta quedar completo el ilícito en el momento de la tentativa acabada, momento en el cual el dolo se manifestó exteriormente en forma completa; esto es contrario a la idea de que el dolo se debe encontrar completo al momento del comienzo de ejecución (ps. 410-411).

En primer lugar, deberíamos pensar en el plan del autor. Éste puede, como se vio en el ejemplo de esconder diamantes en osos de peluche, tener que realizar varias actividades para poder llegar a realizar el contrabando, el plan puede estar claro y la *intención* de contrabandear puede estar presente y completa desde el primer acto. Sin embargo, no todos los actos, como, por ejemplo, cargar nafta al camión que llevará las cajas para pasarlas por la frontera, pueden ser considerados como parte de la ejecución del delito. Muchos actos que forman parte del plan son perfectamente lícitos y aunque sean llevados a cabo con la *intención* de luego cometer contrabando, no se los puede considerar como actos que conforman una tentativa, sino meros actos preparatorios, amparados por el art. 19, CN.

Tampoco importa entonces la intención de cometer el contrabando, pues, como se vio, ella suele estar presente durante todo el plan y no determina necesariamente el comienzo de ejecución<sup>53</sup>. En este sentido, parece más razonable y justo establecer algún criterio objetivo que separe los actos preparatorios de las tentativas, y esto no debería depender exclusivamente de una actitud subjetiva del autor. Ello sería, por otro lado, muy dificultoso para ser probado. Pues ¿cómo sabemos cuándo el autor considera que está cumpliendo con el tipo?

Una primera cuestión a tener en cuenta es que el autor realice acciones que inequívocamente conduzcan a realizar un hecho ilícito; a esto podría sumársele que sea reconocible qué tipo penal se está realizando<sup>54</sup>, es decir que el comienzo de ejecución y todos los actos progresivos de ejecución deben ser actos que no se realicen normal y lícitamente y que se dirijan inequívocamente a cumplir con un tipo penal determinado<sup>55</sup>.

Según este criterio, podemos decir que podría ser principio de ejecución esconder los diamantes en los ositos. Pero lo cierto es que allí no es del todo claro qué delito se quiere cometer. Según estas ideas, deberíamos ubicar el comienzo de ejecución más cerca del momento de consumación que es, como dijimos antes, aquel en que efectivamente se pasó los controles del servicio aduanero sin que se descubra la mercadería o sin tributar lo mandado por las normas, mediante ardid o engaño o cuando efectivamente

<sup>53</sup> Hay que recordar que en este trabajo se parte de la base de que *intención* no es lo mismo que *dolo*, pues el dolo implica actuar con conocimiento de que se está cumpliendo con los elementos del tipo. Una fundamentación extensa y cuidadosa de esta postura se encuentra en SANCINETTI, Marcelo A., *Teoría...*, cit, ps. 145-255.

<sup>54</sup> CARRARA, Francesco, *Programma del corso di Diritto Criminale. Parte Generale*, (1859), t. I § 356 y ss., citado en SANCINETTI, Marcelo, *Dogmática del hecho punible y ley penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, p. 37.

<sup>55</sup> Cfr. ROXIN, Claus, *Fundamentos político-criminales del derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2008, ps. 430-432.

se pasó de un territorio aduanero a otro sin someter las mercaderías importadas o exportadas al control de la aduana.

El criterio de Welzel parece acercar demasiado el comienzo de ejecución al momento de consumación, teniendo en cuenta las características del delito de contrabando.

La posición de Sancinetti puede llevarnos a volver a considerar los conceptos de zona primaria aduanera y zona de especial vigilancia. En efecto, si éstas son las zonas en las que el servicio aduanero debe ejercer su control, el autor debe saber que estando en ese ámbito puede ser controlado por la aduana, de modo tal que si está preparado para cometer el delito de contrabando, al entrar en la zona primaria o en la zona de especial vigilancia pierde el control seguro sobre su acción, pues es previsible que los funcionarios del servicio aduanero pretendan ejercer sus funciones de control y es previsible que de ese modo el autor puede ser descubierto estando preparado para cometer contrabando, provocando la frustración del propósito delictivo *ya exteriorizado* e impidiendo el posterior desistimiento<sup>56</sup>.

## IX. ALGUNAS CONCLUSIONES

Las particulares características del delito de contrabando justificaron el establecimiento de una regla sobre su tentativa distinta de la del Código Penal. Como hemos visto, esta opción no es problemática desde el punto de vista constitucional.

Los planteos de inconstitucionalidad del art. 872, CAd., nos han llevado a analizar los argumentos dados en tales presentaciones y ello confirmó que no es dudosa la legitimidad de la inclusión de esta norma, y que, además, ella es, en general, más apegada al principio constitucional de culpabilidad y de igualdad que el art. 44, CPen.

Sin embargo, al indagar en la aplicación del art. 872, encontramos ciertos aspectos que no pueden estar incluidos en tal norma, a los cuales cabe aplicar las reglas de la parte general del Código Penal.

Por último, intentamos establecer un criterio aceptable para determinar cuándo comienza la ejecución del contrabando, buscando que este criterio sea coherente con las propuestas para los otros aspectos problemáticos que presenta el tema.

<sup>56</sup> Un criterio similar a esta posición puede encontrarse en el fallo C. Nac. Penal Económico, sala B, 8/11/2006, “Seabrokers”, LL 2007-B-511, pues allí se sostiene que si las actividades engañosas no se desarrollan en el ámbito de control del servicio aduanero, no hay comienzo de ejecución. También acompaña este criterio, C. Nac. Casación Penal, sala 4ª, 20/12/2001, “Steiger”, LL 2002-D-956.

Como palabras finales, podemos decir que la voluntad exteriorizada en este ensayo fue la de proponer una aplicación de los tipos penales relacionados con el contrabando regida por la afirmación de que el ilícito penal es la acción final contraria a la norma y sólo ella, idea que parece ser reflejada por las disposiciones del Código Aduanero en materia de tentativa. Sea que este intento fue exitoso o que permaneció tentado, lo mismo valió la pena intentarlo.

## X. BIBLIOGRAFÍA

### Libros

- GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*, Ariel, Barcelona, 1996.
- “De la alquimia interpretativa al maltrato constitucional. La interpretación del derecho en manos de la Corte Suprema argentina”, en GARGARELLA, Roberto (coord.), *Teoría y crítica del Derecho Constitucional*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2008.
- JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, 2ª ed., corregida, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- *Estudios de derecho penal*, Civitas, Madrid, 1997.
- JESCHEK, Hans - Heinrich, *Tratado de derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1986.
- *Tratado de derecho penal. Parte general*, 4ª ed., Comares, Granada, 1993.
- MILLER, Jonathan - GELLI, María Angélica - CAYUSO, Susana, *Constitución y derechos humanos*, Astrea, Buenos Aires, 1991.
- NINO, Carlos, *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997.
- *Ética y derechos humanos*, Paidós, Buenos Aires, 1984.
- *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2002.
- RIGHI, Esteban, *Derecho penal económico comparado*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid.
- ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general. t. I, Fundamentos, la estructura de la teoría del delito*, trad. de Diego Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997.
- *Strafrecht. Allgemeiner Teil Band II*, C.H. Beck, München, 2003.
- *Fundamentos político-criminales del derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2008.
- *La teoría del delito en la discusión actual*, Grijley, Lima, 2007.

- SANCINETTI, Marcelo, *Teoría del delito y disvalor de la acción*, Hammurabi, Buenos Aires, 1991.
- *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa*, Temis, Bogotá, 1995.
- *Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997.
- *Dogmática del hecho punible y ley penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003.
- *Casos de derecho penal. Parte General*, t. I, 3ª ed. reelaborada y ampl., Hammurabi, Buenos Aires, 2005.
- *Casos de derecho penal. Parte general*, t. III, 3ª ed. reelaborada y ampl., Hammurabi, Buenos Aires, 2005.
- STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general*, t. I, *El hecho punible*, trad. de la 2ª ed. alemana de Gladys Romero, Edersa, Madrid, 1982.
- VIDAL ALBARRACÍN, Héctor, *Delitos aduaneros*, Mave, Buenos Aires, 2004.
- WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán*, trad. de Bustos Ramírez y Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1970.
- WESSELS, Johannes, *Derecho penal. Parte General*, Depalma, Buenos Aires, 1980.
- ZAFFARONI, Eugenio R., *Manual de derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 1986.
- En coautoría con ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2000.
- ZIELINSKI, Diethart, *Disvalor de acción y disvalor de resultado*, Hammurabi, Buenos Aires, 1990.
- ZIFFER, Patricia, *Lineamientos de la determinación de la pena*, Ad- Hoc, Buenos Aires, 1996.
- *El delito de asociación ilícita*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004.

### Artículos de doctrina

- CASTEX, Francisco, “Asociación ilícita y principios constitucionales del derecho penal”, *el Dial* del 20/4/2004.
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo, “Notas sobre la dogmática de la individualización de la pena”, en *Nueva Doctrina Penal*, 1998-A-20.
- FREILE, Guillermo E., “Algunas cuestiones básicas del desistimiento en la tentativa”, LLC 2004 (junio).
- ROMERO VILLANUEVA, Horacio, “Un paso atrás sobre el delineamiento del bien jurídico protegido en el delito de contrabando”, LL 1999-D-303 y ss.

VIDAL ALBARRACÍN, Héctor G., “El dinero no es todo, pero ¿es mercadería? Necesidad de unificar criterios”, LL 2005-F-573 y ss.

ZYSMAN BERNARDO DE QUIRÓS, Diego, “Tentativa y consumación del delito de contrabando. Una aproximación al tema a partir del supuesto de contrabando del art. 864, inc. d), del Código Aduanero”, LL Sup. especial de Derecho Económico, febrero 2004.



VII CONCURSO DE ENSAYOS  
“DR. IGNACIO WINIZKY” DE DERECHO PENAL



## LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN EN UN DELITO ESPECIAL

### A propósito de la autoría y la participación en el tipo penal de “torturas”

MARIANO KIERSZENBAUM \*

**Resumen:** Una gran cantidad de tipos penales enuncian al sujeto activo utilizando un término que alude a una especial cualidad (“el conductor”, “el funcionario público”, “el obligado”, etc.), en lugar de referirse simplemente “al que”. Esta característica ha llevado a la doctrina a reflexionar en busca del fundamento de la restricción de sujetos para resolver, principalmente, problemas de autoría y participación. Uno de esos delitos es el de “tortura”, que se refiere al sujeto activo como “el funcionario público”, para luego afirmar que es punible, también, “el particular”. Esta referencia ambivalente (primero al sujeto especial y luego al sujeto genérico) conduce a la jurisprudencia a respuestas verdaderamente extrañas. La salida más sencilla para explicar esa confusa referencia ambivalente conduce al intérprete a tachar de incorrecta la ley. Se tomará aquí un camino distinto.

**Abstract:** Many categories of criminal offenses name the active party making reference to a particular characteristic (“the driver,” “the public officer,” “the obligor,” etc.) instead of just referring to “any person who”. This has led scholars to study the justification for such restriction of subjects in order to solve, mainly, liability and participation related problems. One of such crimes is that of “torture”, which names the active party as “the public officer”, and then states that “private individuals” shall also be punished. This ambivalent reference (in the first place to the specific subject and then to the generic one) leads to strange courts’ decisions. The easiest way out to explain such confusing ambivalent ref-

\* Abogado (UBA). Dedico este trabajo a mi buen amigo Nicolás Laino. Agradezco la atenta lectura y las atinadas sugerencias a Darío Rolón. Por último, agradezco a todos aquellos que me brindaron espacios de desarrollo en el mundo del derecho penal, en particular a Mary Beloff, Maximiliano Rusconi y a Norberto Spolansky y toda su cátedra, especialmente: Claudia Neira, Jonatan Firún, Noemí Rempel y Gustavo Recio Antón.

Este trabajo obtuvo el Primer Premio en el VII Concurso de Ensayos “Dr. Ignacio Winizky” de Derecho Penal.

erence is for the interpreter to state that the law is inaccurate. In this article, a different path is proposed.

**Palabras clave:** Delito especial - Infracción de deber - Delito de organización - Delito de institución - *Extraneus* - *Intraneus* - Torturas - Actuar en lugar de otro.

**Keywords:** Special crime - Duty infringement - Crimes of organization - Crimes of institution - *Extraneus* - *Intraneus* - Tortures - Act on someone's behalf

## I. INTRODUCCIÓN

§ 1. Uno de los problemas que, sin lugar a dudas hoy día —y desde hace tiempo— ocupa buena parte de las agendas de la dogmática del derecho penal, es el de la autoría y la participación en los delitos especiales propios. En estos delitos, el tipo penal refiere al sujeto activo mediante un término que alude a una especial cualificación como, por ejemplo: “el funcionario público”<sup>1</sup>, “el obligado”<sup>2</sup>, “el conductor”<sup>3</sup>, entre otros; en lugar de referirse al tradicional “el que”<sup>4</sup>, que alude a cualquier persona. En razón de lo dicho, “(l)a doctrina dominante afirma que los delitos especiales son aquellos delitos cuya conducta a título de autor sólo es punible si es realizada por determinados sujetos. En los delitos especiales propios”<sup>5</sup>,

<sup>1</sup> V. gr., art. 248, CPen.: “Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial por doble tiempo, *el funcionario público* que dictare resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes nacionales o provinciales o ejecutare las órdenes o resoluciones de esta clase existentes o no ejecutare las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere”.

<sup>2</sup> V. gr., art. 1°, ley 24.769: “Será reprimido con prisión de dos a seis años *el obligado* que mediante declaraciones engañosas, ocultaciones maliciosas o cualquier otro ardid o engaño, sea por acción o por omisión, evadiere total o parcialmente el pago de tributos al fisco nacional, siempre que el monto evadido excediere la suma de cien mil pesos (\$ 100.000) por cada tributo y por cada ejercicio anual, aun cuando se tratase de un tributo instantáneo o de período fiscal inferior a un año”.

<sup>3</sup> V. gr., art. 193 bis, primera parte, CPen.: “Será reprimido con prisión de seis (6) meses a tres (3) años e inhabilitación especial para conducir por el doble del tiempo de la condena, *el conductor* que creare una situación de peligro para la vida o la integridad física de las personas, mediante la participación en una prueba de velocidad o de destreza con un vehículo automotor, realizada sin la debida autorización de la autoridad competente”.

<sup>4</sup> V. gr., art. 83, CPen.: “Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, *el que* instigare a otro al suicidio o le ayudare a cometerlo, si el suicidio se hubiese tentado o consumado”.

<sup>5</sup> Como subgrupo de los delitos especiales, la doctrina refiere a los propios, que son los que aquí interesan, y a los impropios, que son aquellos en los cuales la especial cualificación es constitutiva de una agravante, mas no de la punibilidad por la figura básica.

si quien realiza la conducta no ostenta la cualificación requerida no puede ser en ningún caso autor”<sup>6</sup>.

§ 2. Estos delitos plantean problemas en cuanto a cómo debe interpretarse la calidad del sujeto, pues si el injusto sólo puede ser realizado por ellos, algún fundamento ha de existir para realizar tamaña restricción en la órbita del sujeto activo. Como respuesta a esta problemática, podemos enunciar, al menos, dos posturas diferentes: (a) la especial calidad refiere a la existencia de un deber extrapenal, que el sujeto calificado infringe, y éste es el núcleo de la conducta típica (delitos de infracción de deber<sup>7</sup>); (b) la “restricción a ciertos sujetos activos obedece a que se hallan en una posición idónea para lesionar el bien jurídico” (delitos de posición)<sup>8 y 9</sup>.

§ 3. La respuesta que a dicha pregunta se dé no tiene un impacto menor, pues influirá directamente en la decisión que se tome respecto de cómo debe tratarse (punitivamente hablando) (a) a quien no teniendo la especial calidad exigida por el tipo<sup>10</sup> domina el hecho lesivo realizando la acción típica; (b) a quien sin dominar el hecho lesivo, tiene la especial cualidad<sup>11</sup>; y (c) a quien sin dominar el hecho lesivo y sin tener la especial cualidad, participa de algún modo en el hecho.

§ 4. Seguramente el tópico no ha sido trabajado, al menos en nuestro medio, de manera exhaustiva. Pero el problema fundamental finca en la interpretación, ya no de la problemática en general, sino en su aplicación a

<sup>6</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 225.

<sup>7</sup> “El primero en plantear directamente un concepto material de los delitos especiales para solucionar cuestiones dogmáticas es Roxin. En su escrito de habilitación (...) califica (...) a los delitos especiales como delitos de infracción de un deber (Pflichtdelikte)...” (GARCÍA CAVERO, Percy, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, p. 254).

<sup>8</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito...*, ps. 240/241.

<sup>9</sup> En esta postura podríamos enrolar a Shünemann, para quien “(e)l delito especial, al establecer un especial elemento de autoría, lo que hace simplemente es presuponer en el autor un especial dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico [vid. SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität*, p. 93.]” (GARCÍA CAVERO, Percy, *La responsabilidad penal...*, cit., p. 261).

<sup>10</sup> Quienes no poseen la especial cualificación son denominados *extraneus*, ver: BACIGALUPO, Silvina, *Autoría y participación en delitos de infracción de deber. Una investigación aplicable al derecho penal de los negocios*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 46. Utilizando los términos: “cualificados o *intraanei*”, LÓPEZ PEREGRIN, María del Carmen, *La complicidad en el delito*, Tirant Monografías, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 84.

<sup>11</sup> Quienes poseen la especial cualificación son denominados *intraaneus*, ver: BACIGALUPO, Silvina, *Autoría...*, cit., p. 46. Utilizando los términos “no cualificados o *extranei*”, LÓPEZ PEREGRIN, María del Carmen, *La complicidad...*, cit., p. 84.

los casos concretos, es decir, respecto de la interpretación de un tipo penal determinado en cuanto a la valoración de un hecho determinado.

§ 5. Uno de esos tipos penales, que aduna a la problemática de los delitos especiales una particular cláusula, es el contenido en el art. 144 *ter*, inc. 1º, CPen. argentino, el cual reza:

Artículo 144 *ter*.— 1. Será reprimido con reclusión o prisión de ocho a veinticinco años e inhabilitación absoluta y perpetua el funcionario público que impusiere a personas, legítima o ilegítimamente privadas de su libertad, cualquier clase de tortura.

Es indiferente que la víctima se encuentre jurídicamente a cargo del funcionario, bastando que éste tenga sobre aquélla poder de hecho.

Igual pena se impondrá a particulares que ejecutaren los hechos descritos.

§ 6. Ya sea por una incorrecta técnica legislativa, esto es, por una mala redacción del artículo, —lo que violaría el mandato de ley cierta (derivado del principio de legalidad)—, ya sea por una incorrecta interpretación de la legislación penal vigente —es decir, por un deficiente manejo de las instituciones que nos proporciona la dogmática penal (como aquí se cree)—, o por ambos en forma concurrente (como lo sugiere recientemente Nicolás Laino<sup>12</sup>), lo cierto es que el tipo penal en cuestión ha generado no pocos problemas tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

§ 7. Puntualmente, el inconveniente se genera en cuanto a la interpretación que debe dársele al último párrafo del inc. 1º del art. 144 *ter*, el cual reza: “...igual pena se impondrá a particulares que realicen los hechos descritos”.

Ello así en tanto que es sencillo apreciar que si el tipo penal contenido en el art. 144 *ter*, inc. 1º, se refiere a un “funcionario público”, estaremos, según la definición de la cual partimos, ante un delito especial propio, porque sólo quien sea funcionario público podrá cometer el delito; sin embargo, la cláusula con la que culmina el artículo extiende la punibilidad a los particulares. Las preguntas que debemos hacernos entonces serían las siguientes: ¿Es incorrecta esta cláusula? ¿Cómo debe ser interpretada?

§ 8. Para abordar la problemática, seguiremos un método que consistirá en exponer primero nuestro punto de partida respecto del fundamento de la especial calidad en los delitos especiales propios, así como los requisitos de la autoría. Como segundo paso reseñaremos los hechos de un reciente

<sup>12</sup> Conf. LAINO, Nicolás, “¿Los particulares como sujetos activos del tipo penal de ‘tortura?’” LLBA, año 15, nro. 5, junio 2008, p. 487.

fallo de un tribunal oral de Mar del Plata<sup>13</sup> (sumamente polémico) y transcribiremos algún párrafo de un comentario crítico (muy reciente) respecto de él, que se adentra, someramente, en el tema bajo estudio adscribiendo a una posición “derogatoria de la ley” (afirmando que la norma penal violaría, en este punto, el mandato de *lex certa*), para luego, finalmente, brindar nuestra propia opinión crítica del precedente jurisprudencial, explicando, de acuerdo con los puntos de partida que serán explicitados previamente, cómo debería interpretarse racionalmente la figura en cuestión.

## II. NUESTRO PUNTO DE PARTIDA

§ 9. Es necesario, en forma previa a adentrarnos en la interpretación de una cláusula en particular, aplicada a un caso particular, exponer nuestra idea de qué se entenderá aquí por delito especial propio y de cuáles son los requisitos de la autoría en esta clase de delitos.

§ 10. Como ya dijimos en la introducción, estos delitos sólo pueden ser realizados por el sujeto cualificado. Respecto de cuál es el sentido de la cualificación, si es una infracción de deber, si es una referencia a la posición preferente del sujeto activo respecto de la lesión del bien jurídico, o si dentro de la categoría delitos especiales hay de los unos y de los otros, creemos aquí que los delitos especiales son sólo aquellos que fundamentan la punibilidad del autor cualificado en un especial deber y negamos la existencia de los delitos de posición<sup>14</sup>. A esta afirmación arribamos sobre

<sup>13</sup> Nos referimos a la sentencia dictada el 22 de abril del corriente año, por el Trib. Oral Crim. Mar del Plata n. 3, en el marco de la causa “V.O.V. s/robo con armas, tortura y tenencia ilegal de arma de fuego”.

<sup>14</sup> Como se puede advertir, en este trabajo serán identificadas las nociones de delito de infracción de deber y delito especial. No obstante, no desconocemos que la doctrina tiende a diferenciar las nociones, pero ello se debe, según aquí se cree, a la separación entre sujetos que tienen una especial posición respecto del bien y sujetos que tienen un especial deber, la cual, como dijimos, rechazamos. En sentido diferenciador de las nociones de delito de infracción de deber y delito especial, CARO JOHN, José A., “Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber”, en *Anuario de Derecho Penal*, Asociación Peruana de Derecho Penal, 2003, “Una cuestión a subrayar es que los delitos de infracción de deber se diferencian de las figuras delictivas conocidas como ‘delitos especiales’. Como ya se ha visto, mientras que los deberes positivos ocupan el centro de los delitos consistentes en la infracción de un deber, el núcleo de los delitos especiales lo constituye la descripción típica de los elementos personales del autor, o de la acción, o bien la forma en que un determinado objeto de bien jurídico puede ser lesionado. Por tanto, no deben equipararse los delitos de infracción de deber con los delitos especiales porque ello sólo evidencia ‘una confusión de planos, pues mientras la dicotomía *delitos comunes/delitos especiales* se basa en condicionamientos formales establecidos por el legislador, la dicotomía *delitos de dominio/de-*

la base de analizar detenidamente qué consecuencias traería creer que la referencia al sujeto tiene sentido respecto de su posición preferente en relación con la lesión del bien. Veamos: si pensáramos que la enunciación de sujetos cualificados responde a que ellos están en mejor posición para lesionar el bien con respecto al resto de los sujetos (es decir, una presunción de dominio), ante la comprobación fáctica de que otro sujeto, no enunciado en el catálogo, lesiona efectivamente el bien, no tendremos prurito en admitir su autoría, toda vez que él ha demostrado que también estaba en una posición idónea de lesionar el bien, pues así ha ocurrido. Y, *contrario sensu*, si quien ostenta la especial calidad (la cual hace presumir su dominio) demuestra que no estaba en efectivo dominio, entonces la autoría no podría configurarse, pues de lo contrario se trataría de una presunción *iure et de iure*, inadmisibles en Derecho penal<sup>15</sup>. En síntesis, pensar en posiciones especiales carece de total sentido, pues en el concreto análisis advertiremos que todo el que haya lesionado el bien ha estado en una posición que le permitió hacerlo, con lo cual la referencia a su calidad especial deviene en innecesaria.

---

*litos de infracción de deber* sí recoge una diferenciación material' (García Cavero, 1999, p. 42). En el delito de infracción de deber el autor tiene una relación institucional con el bien consistente en un haz de deberes para la protección y fomento del bien jurídico a él encomendado, siendo irrelevante la forma de cómo ha de ejercitarse la acción. En cambio, en el ámbito de los delitos especiales la realización delictiva descrita en el tipo es lo que produce la relación del autor con el bien jurídico; como los elementos de configuración de la acción vienen dados por el tipo, entonces no hace falta que el autor sea portador de ningún deber. Además los delitos especiales pertenecen al grupo de los delitos de dominio, cuestión que se hace evidente cuando el tipo penal, al cerrar los contornos de sus fronteras mediante la descripción de las cualidades del autor y de la forma en que la acción ha de ser desarrollada, permite que el autor se mueva dentro del tipo como dueño y señor del hecho, siendo relevante para la configuración del injusto las lesiones en los bienes de terceros que se deriven de la incorrecta administración de su ámbito de organización”.

<sup>15</sup> Sostienen Zaffaroni, Alagia y Slokar, al analizar la presunción de legítima defensa establecida en el art. 34, inc. 6º, de la parte general del Código Penal argentino, que tal presunción no puede ser entendida sino como una presunción *iuris tantum*, ya que las presunciones *iuris et de iure* no son admisibles en derecho penal, puesto que presumir algo *iuris et de iure* no es otra cosa que aseverar una falsedad; dicen —textualmente— los nombrados juristas, acerca de la legítima defensa: “La doctrina dominante (Soler, Núñez, Fontán Balestra, Creus) entiende con razón que se trata de dos supuestos de presunción *iuris tantum* (...) no sólo es la interpretación acorde con todos los antecedentes legislativos, sino también la que no violenta la incompatibilidad de las presunciones *iuris et de iure* con los principios del derecho penal” (ZAFFARONI, Eugenio R. - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 602). No podemos menos que coincidir con la solución dada por los lúcidos juristas de la Universidad de Buenos Aires.



§ 11. Decimos entonces que la referencia al sujeto cualificado siempre tiene como trasfondo la infracción de un especial deber extrapenal<sup>16</sup> que trasciende (y complementa) al mandato negativo genérico de no dañar a otro (*neminem laedere*) que fundamenta la punición de los delitos de dominio o de organización<sup>17</sup>. Con esto establecemos una diferencia entre dos tipos de *deberes*: uno, genérico (que recae en cabeza de todo ciudadano), que se limita a generar en el sujeto una obligación negativa: la de no dañar (el objeto de bien jurídico, si se quiere); y el otro, el *deber especial*, que no se conforma con el simple “no dañar”, sino que impone al sujeto hacia el cual está dirigido una obligación positiva: la obligación de hacer una institución. Son acertadas las palabras de Jakobs vertidas en el siguiente párrafo:

Siempre que el autor no actúa en el papel de “cualquiera”, que sólo tiene el contenido negativo de que no debe lesionar a otros, sino que actúa cumpliendo

<sup>16</sup> Es Roxin quien utiliza el término “deber extrapenal” como fundamento de los delitos especiales, pues “para Roxin los delitos de infracción de deber son aquellos en los que el tipo penal requiere que el autor haya lesionado un deber extrapenal” (BACIGALUPO, Silvína, *Autoría...*, cit., p. 85).

<sup>17</sup> En la obra de Jakobs aparecen diferenciados dos clases de roles que le competen al sujeto, los institucionales y los de organización. Respecto de estos últimos, dice Jakobs, que se trata de roles comunes, genéricos, sobre los cuales interesa su contenido negativo, “es decir, el deber de no lesionar a otros...”. “(A)l producirse el quebrantamiento de un rol común se trata de la infracción de aquellas normas que imponen a todos respeto frente a sus congéneres: no mates, no lesiones, no robes, etc; el ‘no’ respectivo resalta el lado negativo del rol” (JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en derecho penal*, trad. de Manuel Cancio Meliá, Civitas, Madrid, 1996, p. 75). Más claro: se trata de delitos “en los que quien interviene tiene con la víctima (potencial) una relación exclusivamente negativa: Quien toma parte debe mantener su ámbito de organización en tal estado que no tenga *output* alguno en detrimento del ámbito de organización ajeno. Estos delitos se llaman delitos de dominio, porque la responsabilidad surge de un acto organizativo” (JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., Marcial Pons, p. 730, parág. 16). En palabras de Sánchez-Vera: “La institución negativa a la que me estoy refiriendo es conocida desde el derecho romano, y se resume en la sentencia ‘no dañar a nadie’ (*neminem laedere*). Que esta institución debe ser garantizada por el derecho penal es tan obvio como que ninguna sociedad puede renunciar a ella, al menos sin dejar de ser precisamente eso: sociedad, y no ‘estado natural’ en donde reina la guerra de todos contra todos. Y así, aunque con diferencias terminológicas, este principio aparece recogido en los sistemas iusfilosóficos más destacados: para Kant, se trata de no inmiscuirse en las ‘esferas de libertad’ ajenas; en la *Filosofía del derecho* de Hegel, la máxima se concreta en el conocido ‘respeta a los demás como personas’ (parág. 36), y para Schopenhauer ‘el deber jurídico ante los demás es: ¡no dañes!’; por citar solamente algunas de las formulaciones de este principio. El quebranto de esta institución negativa da lugar a los llamados delitos de organización o de dominio del hecho” (SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, “Delito de infracción de deber”, en AA.VV., *Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. El funcionalismo en el derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 273).

un rol con contenido positivo, (...) tiene el cometido de realizar una institución, y por ello la denominación de lesión de un bien jurídico es completamente inadecuada para tales infracciones de deber.

Un policía que da una paliza a un ciudadano lesiona la salud de su víctima; esto se puede denominar, ciertamente, lesión de un bien jurídico. Pero la infracción de su rol específicamente como policía no queda designado de este modo, en todo caso, no de manera adecuada; materialmente se trata de una infracción del deber especial de participar en la realización de una policía íntegra<sup>18</sup>.

Por ejemplo cuando a un padre se le imponen deberes respecto de su hijo, *no sólo le incumbe el deber de no dañarlo o evitar que otros lo dañen* (obligación negativa)<sup>19</sup>, sino que también le incumben obligaciones positivas (brindarle las condiciones adecuadas para proporcionarle un buen desarrollo, etc.). En suma: el imperativo proveniente del deber negativo le dice al individuo: “No empeores el estado de cosas respecto de otro (de un objeto de bien jurídico)”; mientras que el imperativo emergente del deber positivo prescribe: “Mejora el estado de cosas respecto de otro (de un objeto de bien jurídico)”. La infracción a esta obligación positiva es la que funda, según lo que aquí se entenderá, el *mayor injusto* en los delitos especiales, pues el sujeto encargado de mejorar la situación del bien jurídico no sólo no lo hace, sino que además realiza una acción tendiente a su destrucción.

§ 12. Ahora bien, admitir la punición exclusivamente por la infracción a un deber extrapenal que impone una obligación positiva (la de hacer una institución) implicaría un riesgo evidente respecto de la delimitación de las

<sup>18</sup> JAKOBS, Günther, “¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”, en AA.VV, *Libro homenaje...*, cit., ps. 43 y 44.

<sup>19</sup> A pesar de la total coincidencia que tenemos con Jakobs en el párrafo previamente citado, nuestra postura aquí es ostensiblemente diferente a la adoptada por el mismo Jakobs en *Derecho penal...*, cit., pues el autor, en aquella obra, a pesar de referirse a deberes positivos (deberes que surgen de institución), no lo hace con el mismo contenido que aquí quiere dársele (y que el propio Jakobs parece querer otorgarle en “¿Qué protege el Derecho penal...”, cit.). Pues en la obra mencionada, Jakobs, si bien entiende que el deber especial le impone al sujeto una obligación *extra* respecto de no dañar, esa obligación se traduce en *evitar que otros lo dañen*; en definitiva, el deber, tanto positivo como negativo, tendría la función de “evitar daños” (ya sea infringidos por el propio autor o por un tercero), es decir, *mantener un estado de cosas*, y no la de generar algo extra, la de modificar el estado de cosas a favor del sujeto, como aquí se cree. Véase en este sentido el siguiente párrafo: “Entre los delitos de infracción de deber se cuentan todos los delitos cuyos autores están obligados, en tanto que garantes, a la tutela, institucionalmente asegurada de un bien” (*Derecho penal...*, cit., p. 791). De hecho, Jakobs, al ejemplificar, afirma, en sentido completamente contrario al ejemplo que nosotros utilizamos, que el deber institucional del padre, respecto del hijo, se refiere a la obligación del padre de evitar que terceros dañen al niño, es decir, a “mantener incólume el ámbito de organización ajeno”.

fronteras del poder punitivo en un Estado constitucional de Derecho, pues bastaría con la mera infracción a la norma para fundar la punibilidad. Por consiguiente, se entenderá aquí que la referencia al *bien jurídico* lesionado, o al *daño a otro* no pierde protagonismo, o mejor, no es reemplazada por la infracción de deber. El daño a otro siempre debe ser requisito de punibilidad en cualquier clase de ilícito.

§ 13. Con esto afirmamos que los delitos especiales propios contienen un disvalor integrado por el daño a otro (representado en el caso particular por la tendencia de la acción a lesionar el objeto de bien jurídico protegido) y *a este disvalor se le suma la infracción a un especial deber positivo* que recae en cabeza del sujeto activo. Cuando un agente de las fuerzas de seguridad tortura a un ciudadano no lesiona simplemente el deber negativo *neminem laedere* (esto sería mediante la tendencia de su acción a lesionar los bienes jurídicos libertad, integridad física y/o dignidad de las personas), sino que también infringe el deber positivo de hacer una institución (el deber que fundamenta la punibilidad más gravosa de los delitos de infracción de deber). En suma, ambos requisitos deben estar presentes en el caso.

§ 14. De lo expuesto, para determinar la autoría de un sujeto respecto de un delito especial propio, necesitaremos comprobar que ha violado el mandato genérico *neminem laedere*, que fundamenta la punibilidad en los llamados “delitos de dominio” o “de organización”, que *exigen el dominio del hecho* por parte del sujeto activo y, adicionalmente, *debe ser el portador del deber positivo infringido*. Es decir, en los delitos especiales propios, el dominio del hecho, desde nuestro punto de vista, no se desplaza por la mera infracción, sino que ambos requisitos confluyen, siendo necesaria la presencia de uno y otro para imputar a título de autor.

§ 15. A partir de lo afirmado, y para dar cumplimiento al objetivo propuesto en la introducción, comenzaremos el análisis de la forma en que se ha interpretado la cláusula extensiva de punibilidad en el caso del delito de torturas en un precedente jurisprudencial, para luego de reseñar una reciente opinión, dar nuestro punto de vista.

## II. BIS. EXCURSO: EL DEBER DE INSTITUCIÓN, ¿FACTOR AGRAVANTE DE LA RESPONSABILIDAD O FACTOR DE IMPUTACIÓN?

§ 16. En este excursus nos referiremos a un punto que estimamos de suma importancia. Como lo hemos visto, al hablar de delitos de infracción de deber, este trabajo se refiere a un componente que fundamenta una punición más gravosa; sin embargo, cuando la doctrina habla de los “delitos de

institución” o de los “delitos de infracción de un deber”, se menciona como una de sus características centrales el hecho de que las reglas de imputación se modifican, “relajándose”. En efecto, en el ya mencionado caso del padre respecto del hijo, los autores afirman que el padre responderá como autor de homicidio aun cuando no realice ninguna acción con capacidad objetiva de pretender el resultado, no domine el hecho ni nada que se le parezca; pues simplemente responde por la infracción al deber institucional (tanto por acción como por omisión).

Desde este punto de vista, estos deberes se nos presentan como instrumentos que influyen pura y exclusivamente como factores de disminución de las reglas generales de la imputación de autoría: teniendo la calidad, para imputar autoría se requieren menos elementos o exigencias.

Sin embargo, *esa definición no puede explicar el porqué de la mayor pena para esta clase de delitos.*

§ 17. A poco que se observe la descripción de conductas relativas a “delitos especiales”, se advertirá que la pena con la cual se reprimen esa clase de conductas es notoriamente superior a la pena con la cual se reprime la comisión de delitos “comunes”. Así, por ejemplo, la tortura (delito de funcionario público) tiene una pena que va de los 8 a 25 años (misma pena que el homicidio simple) y el homicidio cometido por un agente de las fuerzas de seguridad o el parricidio tienen una pena de prisión o reclusión perpetua.

Este notable agravamiento en la situación punitiva del autor tiene que tener una explicación que, según el desarrollo por nosotros efectuado, es, estimamos, clara: *la mayor pena se debe a la infracción del deber positivo sumada al deber negativo.*

§ 18. Ahora bien, si lo que decimos es cierto, quienes sostengan que en los delitos de infracción de deber o de institución el dominio del hecho es un elemento totalmente ajeno, porque lo que determina la autoría es la mera infracción al deber, no podrán brindar una explicación para el aumento de pena que ostenta esta clase de delitos, ¿porque el elemento “violación al deber” ya ha sido valorado para “relajar” las reglas de imputación!

Véase en este sentido la postura de Politoff respecto de admitir el instituto del delito impropio de omisión para imputar parricidio:

La cuestión a resolver es si puede existir parricidio por omisión. Como se sabe, para que pueda darse el homicidio por omisión, que es sin duda impropia, deberá darse en el autor el papel de garante con respecto al bien jurídico. Como una de las fuentes de la posición de garante es el parentesco, luego la posibilidad del parricidio por omisión es cierta y posible. Sin embargo, Politoff ha advertido sobre este punto al afirmar que, si el parentesco es la fuente de la posición de

garantía y por ende de la atribución del resultado, no puede operar a la vez como fuente de agravación, ya que se quebrantaría el *non bis in idem*<sup>20</sup>.

Creemos que la opinión de Politoff es sumamente atinada y, en consecuencia, creemos que el elemento infracción de deber es complementario a la hora de determinar la autoría, y no exclusivo. En suma: la infracción al deber se aduna al dominio, no lo desplaza. Asimismo, los conceptos de acción y de omisión no tienen por qué confundirse en los delitos de infracción de deber, pues ello no surge de la ley. Como lo dijimos, el único dato concreto y comprobable que surge de la ley respecto de este grupo de delitos es que su pena es ostensiblemente mayor en proporción con los delitos comunes. Y eso es lo que aquí se explica. Pues es cierto que “(l)os juristas se ocupan de sistematizar el orden jurídico, reemplazando conjuntos de normas por principios más generales y pretendidamente equivalentes a ellas. De este modo se logra una mayor economía del sistema, presentándolo como un conjunto de pocos principios, cuyas consecuencias lógicas es más fácil determinar. Esta actividad no implica una modificación del sistema jurídico, siempre que se limite a formular enunciados con un alcance equivalente a los sancionados originariamente por el legislador”. Es decir, podemos sostener válidamente que el concepto delito especial o delito de infracción de deber nos ha de servir para generalizar un grupo de casos que responden a ciertas características comunes, y será válida esta utilización de la dogmática siempre que no extienda el alcance de la norma (imperativa de prohibición o mandato), pero en ocasiones es común que “...los juristas dogmáticos traspongan ese límite, proponiendo principios generales en reemplazo de varias normas del sistema, pero que a la vez tienen un campo de referencia mayor que el del conjunto de normas reemplazadas, permitiendo derivar de aquéllos nuevas normas no incluidas en el sistema originario y cubriendo, de este modo, posibles lagunas de dicho sistema. Las nuevas normas se introducen prácticamente en forma imperceptible, inclusive para los mismos juristas que las proponen, pues aparecen como meras consecuencias lógicas de las normas reemplazadas por un principio aparentemente equivalente a ellas”<sup>21</sup>. Creemos que eso ocurre cuando se pretende hacer decir a la ley que los delitos especiales (de infracción de deber o de institución) pueden “relajar” las reglas de imputación, equiparando acción y omisión, o prescindiendo del dominio del hecho. Nada de eso puede ser extraído de la ley positiva, al menos no

<sup>20</sup> DONNA, Edgardo, *Derecho penal. Parte especial*, t. I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 31.

<sup>21</sup> NINO, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1980, p. 333.

de la argentina. Y posturas del estilo deben ser, al menos en el campo de la dogmática penal, rechazadas.

### III. LA REFERENCIA A UN CASO PARTICULAR: UN FALLO POLÉMICO

§ 19. El fallo al cual nos referimos tuvo lugar respecto del juzgamiento de hechos que “consistieron en el ingreso de dos individuos a una vivienda, obligando a sus moradores, con la exhibición de armas y con violencia física, a entregarles diversos objetos de valor. Durante los treinta minutos que se prolongó el atraco, los asaltantes sometieron al padre de familia a reiteradas amenazas, golpes contundentes, puntazos con cuchillo en la zona dorsal, simulacros de fusilamiento, encañonamientos y pasaje de corriente eléctrica por el cuerpo”<sup>22</sup>.

§ 20. El tribunal condenó a los imputados, calificando los hechos como robo agravado por el uso de armas en concurso real con torturas.

§ 21. Entendió el tribunal que la cláusula extensiva de punibilidad permitía calificar como tortura al hecho de los particulares, sin que medie ninguna participación, ni aun en cuanto a la privación de la libertad, de un funcionario público.

#### 1. La reciente opinión crítica

§ 22. Con motivo de tan controvertido pronunciamiento, las críticas no se hicieron esperar.

Nicolás Laino, en su comentario crítico a la sentencia dictada el 22 de abril de 2009, por el Tribunal Oral en lo Criminal n. 3 de Mar del Plata, en el marco de la causa “V.O.V. s/robo con armas, tortura y tenencia ilegal de arma de fuego”, considera sumamente incorrecta la solución del tribunal, pues no comparte la idea de que un particular sea penado como autor de torturas cuando un hecho es cometido con total ausencia de un funcionario público; pero claro, esta objeción de Laino debe sortear, lógicamente, el escollo de la cláusula extensiva de punibilidad. Luego de hacer un interesante análisis de la temática referida al delito de torturas y de los pactos internacionales que informan al tipo penal, aprovecha, además de cuestionar con mucho tino la decisión y el modo de interpretar la norma por parte de los magistrados, a deslizar críticas respecto de la redacción del art. 144 *ter*,

<sup>22</sup> Relato de los hechos extraído del artículo de LAINO, Nicolás, “¿Los particulares...?”, cit., p. 487.

inc. 1º, aduciendo la existencia de un problema relativo al principio de *lex certa*, derivado del principio de legalidad.

Así se pronuncia Laino:

(L)a norma del art. 144 tercero, inc. 1º, *in fine*, cuando hace a los particulares acreedores de la misma sanción que la prevista para los funcionarios, no cumple con el recaudo de certeza de la ley penal (*nullun crimen, nulla poena sine lege certa*), uno de los cuatro pilares del principio constitucional de legalidad, lo cual se pone en evidencia en el hecho que el alcance del tipo haya dado lugar a opiniones divergentes al respecto. De haberse cumplido acabadamente con el principio de certeza de la ley penal, estas divergencias interpretativas tan marcadas no se hubieran siquiera generado.

§ 23. Como se aprecia, Laino le achaca a la propia ley parte de la *culpa* en cuanto al problema que acerca de su interpretación se genera; es decir, toma una decisión “derogatoria de la ley”. No obstante, si se analiza detalladamente el asunto, advertiremos que nada malo hay en la ley, sino que el problema finca pura y exclusivamente en su errónea interpretación. Ello será explicado a continuación.

## 2. Nuestro punto de vista

§ 24. En lo que nos importa a los efectos de exponer nuestro punto de vista respecto de la cuestión en debate, el fallo del Tribunal Oral de Mar del Plata dice lo siguiente:

No advierto en la literalidad del art. 144 ter, CPen., que para que un particular pueda ser sancionado por tortura sea menester que la privación de libertad de la víctima esté relacionada con la actuación de un funcionario público y menos aún que la víctima esté a cargo de la autoridad, los cuales constituyen requisitos típicos que la ley no prevé (...) se trataría incluso de una exigencia innecesaria por redundante toda vez que los particulares que de cualquier modo participaren en los actos de tortura “impuestos” por funcionarios ya resultaban punibles conforme las reglas generales de participación de los arts. 45, 46, CPen.<sup>23</sup>.

§ 25. El párrafo transcrito merece varias consideraciones, las cuales trataremos de desarrollar con la mayor claridad posible, veamos:

a) El tribunal interpreta que la disposición que extiende la punibilidad a los particulares sólo puede ser entendida de modo tal que tenga

<sup>23</sup> Del voto en mayoría del juez Alemanno, al cual adhiere el juez Trogu. Vota en disidencia el juez Sueyro.



incidencia en aquellos supuestos en los que no intervenga, de ningún modo (ni siquiera en cuanto a la privación de la libertad), una autoridad pública.

b) A esa conclusión llega sobre el entendimiento de que si un particular tomara intervención, cuando en el hecho participa una autoridad pública, quedaría atrapado por las reglas de accesoriedad del partícipe contenidas en los arts. 45 y 46, CPen. Lo cual tornaría en innecesaria la disposición última del inciso.

§ 26. Veremos que la conclusión a la cual llega el Tribunal es, según nuestro punto de partida, errada. Ello así en virtud de que parte de premisas falsas, por interpretar erróneamente las reglas de accesoriedad de la participación.

§ 27. Los defectos que podemos advertir en ese planteo son, fundamentalmente, dos. El primero vinculado con *qué se entiende por participar* “en los actos de tortura ‘impuestos’ por funcionarios” públicos; y el segundo, que debe analizarse una vez que se haya estudiado el primero, relacionado con la *posibilidad (o la ausencia de ella) de que un particular pueda efectivamente ser partícipe en el hecho de un funcionario público*.

### 2.1. El tipo del partícipe

§ 28. Cuando el Tribunal afirma que el particular quedaría siempre atrapado por las reglas de accesoriedad al intervenir en el hecho un funcionario público, lo que permitiría interpretar a la cláusula última del inciso como extensiva de punibilidad a hechos en los que no intervenga de ningún modo un funcionario —ni siquiera en la privación de la libertad—, está desconociendo cómo se construye el tipo del partícipe (o al menos no queda claro cómo los jueces construyen el tipo del partícipe). En esta comprensión, debemos decir que la tipicidad del partícipe se construye, en su tipo objetivo, con a) “toda la tipicidad (tipo objetivo y subjetivo) del autor”<sup>24</sup>, lo cual *implica que el hecho principal del autor se encuentre completo*, respecto de su tipicidad objetiva y de su tipicidad subjetiva, esto quiere decir, en nuestro caso, que el funcionario haya sido *autor de tortura*; y b) por su propio “favorecimiento objetivo”<sup>25</sup> al hecho principal, esto es, que el particular haya brindado algún aporte (necesario o no) a la tortura realizada por el funcionario. Con ello tenemos como saldo que *para establecer que alguien es partícipe, debemos primero establecer que alguien es autor*. Así las cosas, el planteo del Tribunal da por supuesto que el particular participa

<sup>24</sup> SANCINETTI, Marcelo, *Casos de derecho penal*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1986, 3ª reimpr., 2003, p. 118.

<sup>25</sup> SANCINETTI, Marcelo A., *Casos...*, cit., p. 119.



en un hecho en el cual *el funcionario público ha sido autor de torturas* y así, estando completo el tipo del funcionario, el particular realiza un aporte.

§ 29. Ahora bien, tal interpretación, que en principio parece muy sencilla, deja sin explicar un grupo de casos complejos que merecen tener algún espacio de imputación razonable en cualquier teoría de la autoría y de la participación. Por ejemplo, *¿qué ocurriría en el caso en que el funcionario privara de la libertad a una persona e indujera a un particular para que realice sobre la víctima los tormentos?* En este caso, según nuestro punto de partida, el funcionario público habría cometido solamente el delito de privación ilegítima de la libertad (si es que la privación de la libertad no fue legítima), pues *él jamás habría sido autor de las torturas*, en tanto los apremios *habrían sido realizados íntegramente por el particular, quien teniendo el dominio del hecho (infringiendo el deber negativo neminem laedere), no es sujeto calificado para realizar el tipo penal de torturas (no puede infringir el deber positivo)* y, si consideramos que el delito especial propio se conforma con la infracción al deber y también con el dominio del hecho en forma concurrente, jamás sería autor el funcionario; a esto alguien podría responder que al inducir al particular para que “torture”, el funcionario sería instigador de torturas, pero mal puede ser instigador quien induce a alguien que no puede por sí mismo ser autor, pues *la instigación es una forma de participación y no de autoría*<sup>26</sup> (al menos en nuestro Código Penal), con lo cual el funcionario sólo sería instigador de lesiones.

En suma, para el caso en el cual el funcionario público privara de la libertad a un sujeto e indujera a un particular para realizar la tortura, existiría una verdadera laguna de punibilidad (respecto del delito de torturas, claro está, pues siempre subsiste la punibilidad por otros delitos: privación de la libertad, lesiones, privación de la libertad en concurso real con instigación a lesiones, etc.), pues *ni el particular ni el sujeto calificado podrían ser partícipes de un hecho sin autor*; laguna que viene a suplir el último párrafo del inciso y es éste el primer sentido que, entendemos aquí, debe dársele. Es decir, *la cláusula extensiva de punibilidad opera, en primer lugar, en aquellos casos en los cuales un funcionario prive de la libertad*

<sup>26</sup> Solución similar a la que damos aquí puede leerse en STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general*, t. I, “El hecho punible”, 4ª ed., trad. de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 382: “...en los delitos especiales sólo puede ser autor quien tiene el correspondiente deber especial. Si un no cualificado (*extraneus*) ejecuta la acción típica inducido por el destinatario del deber especial (*intra-neus*), si bien tendrá aquél, bajo ciertas circunstancias, el dominio sobre el acontecer del hecho, no será autor, justamente en razón de que le falta la cualificación requerida. Según los principios generales, el portador del deber especial ni siquiera podría ser responsable por instigación; la instigación presupone la autoría de otro”.

a alguien y un particular ejerza los tormentos, permitiendo penar como autor de torturas al particular<sup>27</sup>. En definitiva, la mentada cláusula no se trata más que de la ya famosa figura “del actuar en lugar del otro”, la cual es utilizada en supuestos en los cuales un delito especial es realizado por una persona que no es aquella que posee la especial característica exigida por el tipo, pero que actúa en lugar de ella. En estos casos, los elementos del tipo no se verifican plenamente en un único sujeto de imputación, sino que se reparten entre quien tiene la especial característica y quien realiza la conducta típica<sup>28</sup>. Como observamos, los dos elementos que la autoría requiere en los delitos especiales, esto es a) tener la especial característica y b) dominar el hecho, se presentan escindidos y, para solucionar esta laguna, los distintos ordenamientos jurídicos introducen la figura del *actuar en lugar de otro* que permite imputar el hecho a quien realiza la acción aunque no posea la característica especial exigida en el tipo. Y éste es uno de aquellos casos<sup>29</sup>.

<sup>27</sup> Vale aclarar que nos referimos siempre a supuestos de instigación, que presuponen un autor particular que obra libremente, que no es fungible y que tiene el dominio del hecho. Pues si el particular obrara en condición de no punibilidad (por error, coacción, etc.) y el funcionario tuviera el dominio del hecho, estaríamos ante un caso de autoría mediata clásica en cabeza del funcionario y, si el particular fuera fungible, estaríamos hablando de un supuesto de autoría mediata por dominio subjetivo de un aparato de poder en cabeza del funcionario, supuestos ambos en los cuales no se necesitaría ninguna cláusula especial extensiva de la punibilidad.

<sup>28</sup> Véase GARCÍA CAVERO, Percy, *La responsabilidad penal...*, cit., p. 234.

<sup>29</sup> La cláusula del “obrar en lugar de otro” es utilizada, comúnmente, para los casos en los cuales el sujeto portador de la calidad especial es una persona jurídica, pues aquella jamás podría ser penada. Así, podemos mencionar como ejemplo las siguientes normas del derecho argentino: la ley 23.737 de Represión y Lucha contra el Tráfico de Estupefacientes, dice en su art. 27: “En todos los casos en que el autor de un delito previsto en esta ley lo cometa como agente de una persona jurídica y la característica requerida para el autor no la presente éste sino la persona jurídica, será reprimido como si el autor presentare esa característica”; la ley 24.769 sobre Derecho Penal Tributario dice en su art. 14: “Cuando alguno de los hechos previstos en esta ley hubiere sido ejecutado en nombre, con la ayuda o en beneficio de una persona de existencia ideal, una mera asociación de hecho o un ente que a pesar de no tener calidad de sujeto de derecho las normas le atribuyan condición de obligado, la pena de prisión se aplicará a los directores, gerentes, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, administradores, mandatarios, representantes o autorizados que hubiesen intervenido en el hecho punible inclusive cuando el acto que hubiera servido de fundamento a la representación sea ineficaz”.

Sin embargo, la cláusula del obrar en lugar del otro no es de uso exclusivo para aquellos casos en los cuales el sujeto cualificado sea una persona jurídica, sino que la ley lo reconoce en otros casos cuando el sujeto cualificado es una persona física, como, por ejemplo, el siguiente: la ley 10 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por la que se sancionó el Código Contravencional, dice en su art. 27: “El que actúe en representación de otro/a responde

## 2.2. *La participación del extraneus*

§ 30. Con la exposición que hicimos precedentemente, tenemos en claro que el autor sólo sería aquel que detentara la calidad especial y que, a su vez, dominara el hecho. Y la cláusula que se agrega en el último párrafo del inciso adquiere lógica, en el contexto expuesto, para extender la punibilidad a los particulares que ejercen los tormentos sobre un sujeto privado de la libertad por un funcionario público. Ahora bien, a nuestro planteo se podría responder con una muy sencilla afirmación: los delitos especiales de infracción de deber no requieren ningún dominio en el autor, con lo cual, aun en el caso de que el funcionario indujera a un particular para que éste realizara los tormentos, el funcionario de todos modos infringiría el deber positivo que recae en cabeza suya, constituyéndose en autor del injusto. Así, la solución que ofrece Robles Planas:

...el funcionario que induce a un *extraneus* a realizar un delito especial (propio) debe responder como autor, esto es, como si él mismo hubiera cometido de propia mano ese delito. (...) resulta claro que lo injusto del hecho queda fundamentado por la organización defectuosa de la esfera de libertad del *intraeus* concurriendo un deber especial<sup>30</sup>.

Amén de que dicha solución, como expondremos luego, no resulta compatible con la redacción del artículo referenciado, creemos que puede afirmarse en este punto que sea como sea, quien adopte la postura relativa a que en los delitos de infracción de deber la idea de dominio del hecho es un concepto totalmente ajeno, debería admitir también que la punibilidad del partícipe que no posee la especial calidad, en esa clase de delitos, es de una muy endeble fundamentación (por no decir imposible) por la sencilla razón

---

personalmente por la contravención, aunque no concurren en él y si en el representado/a las calidades exigidas por la figura para poder ser sujeto activo de la contravención”.

La solución tiene compañía en la doctrina, como es el caso de Gracia Martín, quien dice lo siguiente: “La opinión mayoritaria en la doctrina española ha estimado que el problema de las actuaciones en lugar de otro se plantea de igual modo en el caso de que el sujeto en lugar del cual se actúa sea una persona física. Según la construcción que proponga, sin embargo, creo que lo correcto es prescindir de toda referencia a la clase de sujeto (persona jurídica, física o ente sin personalidad jurídica) que aparezca como cualificado por el tipo que realiza el sujeto actuante. Lo decisivo, a mi juicio, es únicamente la comprobación de que un sujeto que carece de la cualidad formal de la autoría de un determinado delito, haya accedido al ejercicio del dominio social implícito en aquella cualificación típica y, en tal circunstancia, haya realizado la acción típica” (GRACIA MARTÍN, LUIS, *El actuar en lugar de otro en derecho penal. II. Estudio específico del art. 15 bis del Código Penal español (doctrina, legislación y jurisprudencia)*, Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza, 1996, p. 4.

<sup>30</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito...*, cit., p. 246.

de que los *extraneus* no tienen ese especial deber. Y así, coherentemente, lo sostiene Robles Planas:

...la presencia de un *extraneus* no es irrelevante, pues pese a que su conducta es atípica en el sentido del delito especial de deber, es tácticamente necesaria para transportar la infracción de la norma del *intraneus*. Este último será siempre autor del delito. La secretaria que destruye los documentos por encargo del funcionario queda al margen de la imputación del tipo de infidelidad en la custodia de documentos, pues su conducta es tácticamente necesaria para el delito pero inocua para la norma aisladamente considerada<sup>31</sup>.

§ 31. En este sentido, siguiendo lo afirmado en el párrafo anterior, podemos destacar una vertiente de la más lúcida doctrina española que suscribe a la carencia de sentido de la noción de dominio en los delitos especiales de infracción de deber, dentro de la cual se generan dos posturas claramente definidas respecto a qué debe hacerse con los *extraneus* cooperadores, a saber: quienes consideran que debe mediar una atenuación de pena para el partícipe *extraneus* y quienes consideran que el partícipe *extraneus* no puede ser punible.

Podemos identificar a estas dos posiciones de la doctrina española en dos renombrados juristas. La primera, defendida por Jesús María Silva Sánchez; y la segunda, como ya lo adelantamos, por su discípulo Robles Planas. Veamos algunos párrafos de Silva Sánchez al respecto:

En estos casos [en los delitos especiales de infracción de un deber] sí está justificada, a mi entender, la atenuación de la responsabilidad del *extraneus* cooperador. En efecto, las condiciones de dominio son absolutamente ajenas a la lógica específica de los delitos especiales de infracción de un deber (...). Tanto el cuasicoautor o “coautor material” del delito especial de infracción de deber como el autor mediato “material”, el cooperador o inductor a aquél sólo infringen el deber general (un deber negativo) de no determinar o contribuir a la comisión del delito especial de infracción de deber por un tercero *intraneus*, pero no pueden infringir el deber (positivo) que vincula personalmente a este último. (...) Son estas razones dogmáticas las que impiden una asimilación (en cuanto al marco penal) entre la autoría del delito especial de infracción de deber y las formas de coautoría material, autoría mediata material, cooperación necesaria o inducción.

La cuestión es, entonces, si lo procedente es la impunidad de los *extranei* en estos casos o simplemente la atenuación cualificada de su responsabilidad. Como se ha indicado, Robles Planas entiende que procede la impunidad, pues el *extraneus* que favorece la lesión del deber institucional por parte del *intraneus*

<sup>31</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito...*, cit., p. 246.

no “participa” en dicha infracción sino que está infringiendo un deber distinto a aquél. En concreto un deber general de no perturbar, desde afuera, el buen funcionamiento de las instituciones. Este deber general habría de ser necesariamente tipificado de modo expreso por el legislador, no siendo admisible su construcción dogmática<sup>32</sup>.

§ 32. Aclarado este punto, debemos decir que los jueces del tribunal oral —aun en el caso de que pensarán que un delito de infracción de deber se fundamenta sólo por esa infracción, y no por el dominio del hecho— no pueden decir tan livianamente que ante una hipotética ausencia del párrafo que extiende la punibilidad al particular se podría, de todos modos, penar al partícipe *extraneus* de conformidad con las reglas generales de la participación, porque justamente esto es lo que está puesto en crisis.

§ 33. De no ser por la inclusión de la cláusula extensiva de punibilidad, por nuestra parte estamos convencidos de que no sería posible penar a un particular partícipe por el hecho de tortura de un funcionario, pudiendo penarlo, solamente, por la figura residual que abarque su conducta, quizá lesiones, quizá privación de la libertad con violencias, o, en el peor de los casos, penarlo como partícipe con una pena disminuida, porque sólo ha podido contribuir a la infracción del deber negativo genérico de no dañar a otro, pero jamás al deber positivo. Todo ello por varias razones. Veamos:

a) En primer lugar, y como así lo anota Robles Planas, el especial deber que infringe el funcionario público no lo infringe (ni puede infringirlo) el sujeto que actúa “desde afuera”. Y ello es un obstáculo insalvable a la hora de extender la punibilidad, pues ese deber especial, justamente, es el que fundamenta el mayor disvalor del injusto. Veamos lo que dice Robles Planas:

...en mi opinión, en los delitos especiales de deber lo que se pretende castigar es la infracción de normas muy específicas. El ejemplo paradigmático de esas normas (...) es el de las que establecen deberes especiales de lealtad frente a la Administración Pública (delitos de funcionarios)<sup>33</sup>.

...la imputación en los delitos especiales de deber es más restrictiva que en los delitos comunes o de posición. A diferencia de éstos, sólo el obligado por aque-

<sup>32</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Autoría y participación del *extraneus* en el delito de defraudación tributaria”, en *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, Atelier, Barcelona, 2005, ps. 67 y 68.

<sup>33</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito...*, cit., p. 242.

llos deberes (*intraneus*) será el que se halle en una posición típicamente idónea para lesionar el deber”<sup>34</sup>.

b) Una vez establecido que el delito en cuestión es indudablemente un delito de infracción de deber<sup>35</sup> (véase que, justamente, es el caso al cual hace referencia Robles Planas: el delito del funcionario público), que en estos delitos la punibilidad se funda en esa infracción y que el *extraneus* no posee esa especial calidad, la solución que se impone es la de la impunidad del *extraneus* respecto de ese delito (siempre quedarán los tipos residuales). Véase nuevamente a Robles Planas:

En efecto, en la medida en que se trate de auténticos delitos especiales de deber, la responsabilidad de quien, interviniendo en ellos, no ostenta la cualificación específica no puede construirse en virtud de su contribución al hecho típico, pues ésta presupone la concurrencia de la situación de la obligación especial en cada uno de los intervinientes. [lo cual] supone afirmar la impunidad de todo *extraneus* en un delito especial de deber<sup>36</sup>.

c) De esta forma advertimos que el *extraneus* debería permanecer impune o, en todo caso, debería ser penado por otro delito (p. ej., lesiones, privación de la libertad con violencias), pero jamás por tortura (o nunca como autor, o participe con igual pena que el autor), por no poseer la especial calidad exigida por el tipo. Así las cosas, como afirma Robles Planas, “es necesaria una previsión expresa del legislador de esa delicada forma de

<sup>34</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo, *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, Atelier, Barcelona, 2007, p. 134. Cabe aclarar que en su obra anterior (*La participación en el delito...*, cit.), Robles Planas incluía un párrafo idéntico al aquí citado; sin embargo, tomamos la cita de su obra posterior porque en aquella, evidentemente por un error involuntario, el autor culminaba el párrafo refiriéndose a una “posición típicamente idónea para lesionar *el bien*”, lo cual, el lector podrá advertir, sonaba como una contradicción, pues qué importancia tendría el bien si de lo que se trata es de la lesión de un deber. La aclaración viene sólo a título de prevenir al lector atento que al revisar la cita en *La participación en el delito...*, cit., se topará con ese confuso párrafo.

<sup>35</sup> En igual sentido en cuanto a la consideración del delito de torturas como un delito de infracción de deber, puede leerse a Roxin: “...en el ejemplo de partida [torturas § 343 stgb] se revela que no es la condición de funcionario ni tampoco la cualificación abstracta como director de la investigación lo que convierte a un sujeto en autor: más bien es el deber específico (que se deriva de tener encomendada una concreta materia jurídica) de los implicados de comportarse adecuadamente, cuya infracción consciente fundamenta la autoría” (ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, trad. de la 6ª ed. alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 384).

<sup>36</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito...*, cit., p. 242.

imputación”<sup>37</sup>, lo cual ha sido introducido en nuestro Código Penal, en el párrafo que extiende la punibilidad a los particulares.

### 2.3. *La cláusula extensiva de punibilidad y la necesidad de dar sentido a las palabras de la ley*

§ 34. Como lo dejamos pendiente en el punto anterior, nos referiremos aquí al problema que conlleva el hecho de admitir como válida la idea de que en los delitos especiales la idea de dominio es totalmente ajena y que, adicionalmente, el *extraneus* cooperador puede ser penado como partícipe, todo ello a la luz del tipo penal bajo estudio.

§ 35. Si se admitiera, ya en el plano teórico, que en los delitos especiales el sujeto cualificado que induce (o tiene algún tipo de injerencia en el suceso, v. gr., priva de la libertad a alguien) a un no cualificado a la realización del tipo es autor y, adicionalmente, se admite también que el no cualificado es partícipe necesario, la cláusula extensiva de punibilidad resultaría completamente innecesaria a los fines que aquí proponemos, y se pensaría entonces, para dar sentido a las palabras de la ley, en la posibilidad de admitir como válida, finalmente, la solución propuesta por el Tribunal de Mar del Plata en el resolutorio que cuestionamos. Pues si los particulares, de todos modos, ya eran punibles en aquellos casos, entonces resultaría, en principio, admisible dar una interpretación más amplia, en la cual se prescindiera, en un todo, de la actuación de un funcionario público. Sin embargo, si se aceptara esta postura con el fin de salvar el sentido de la ley (lo cual parece intentarse en el fallo mencionado), deberíamos entender que la enunciación de “el funcionario público”, contenida en la descripción típica, podría haber sido reemplazada por la enunciación “el que”. Esto nos llevaría, nuevamente, a presumir “que la ley se ha equivocado”, es decir que ha existido un error en la redacción y transformaríamos en “letra muerta” al término “el funcionario público” contenido en la ley. Esto es sencillamente inadmisibles, pues coincidimos con Soler en que

Cuando la ley ha dicho algo, debe entenderse que ha querido algo y que por regla general, ha querido precisamente lo que dice. A esta conclusión solamente le cabe la reserva resultante de la contradicción con otros preceptos, lo cual obliga a una interpretación gramaticalmente distinta, por prevalecencia del principio de unidad sistemática. Por eso, entre dos interpretaciones del mismo complejo de

<sup>37</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito...*, cit., p. 242.



preceptos, es mejor la que da valor al contenido dispositivo de las palabras de la ley que la que se ve forzada a negárselo<sup>38</sup>.

Ante este problema, entendemos que la interpretación aquí propuesta salva el sentido de la ley, por lo que debe ser la que prime.

#### IV. CONCLUSIÓN

§ 36. A modo de cierre de este ensayo, podemos afirmar en que la cláusula extensiva de punibilidad responde a lo que la doctrina ha denominado “obrar en lugar de otro”, y opera, según nuestra consideración, en dos grupos de casos: a) para penar como autor al particular que ejerce tormentos sobre un sujeto detenido por autoridad pública y b) para penar como partícipe al particular que realiza un aporte en la tortura realizada por un funcionario público, pero jamás para penar a un particular en un hecho en el cual no ha tenido ninguna intervención un funcionario público.

§ 37. Así las cosas, esa cláusula extensiva de la punibilidad, muy por el contrario de lo que recientemente afirmara Nicolás Laino, se presenta, según aquí se cree, como correcta, pues viene a zanjar problemas de imputación que pueden presentarse en los grupos de casos reseñados. La contrariedad no finca en la ley, no hay violación al mandato de *lex certa*, sino que el defecto radica *solamente* en la interpretación que algunos jueces hacen de los tipos penales, esto es, una violación al mandato de *lex stricta*.

§ 38. Finalizando, creemos que es de suma importancia dejar en claro que *la ley no siempre es la culpable de nuestros males, y no siempre es conveniente endilgarle culpas acerca de la interpretación que los jueces hacen del derecho*, sino que es más propicio encontrar su correcta interpretación.

Usualmente se olvida la importancia que la ley tiene como objeto de estudio de la ciencia del derecho. En este sentido, pensamos que, *mutatis mutandis*, se aplican actualmente las mismas palabras que Soler profririera respecto de los embates destructivos que nuestro Código Penal sufriera provenientes de la pluma de los autores del positivismo criminológico.

*Las reiteradas críticas de la ley penal determinan cierta actitud de indiferencia, según lo hemos visto entre jóvenes alumnos. La ley aparece con frecuencia como una opinión más, dentro de un conjunto de teorías, y esa opinión, por añadidura, es generalmente tenida por poco sensata. De este modo, en vez de fomentarse el esfuerzo por presentar la ley en su mejor sentido, fructifica cierta*

<sup>38</sup> SOLER, Sebastián, *La interpretación de la ley*, Ariel, Barcelona, 1962, p. 168.



*inclinación demoledora, olvidando que entre el más gran tratado y la más modesta ley penal existe una diferencia cualitativamente insalvable*<sup>39</sup>.

Pues no deben olvidarse nunca las palabras del maestro Soler:

El derecho puede ser examinado dogmática, crítica, histórica, filosóficamente, etc.; los puntos de vista son infinitos. Lo que nos importa afirmar es que la construcción dogmática no debe ser barrocammente confundida con apreciaciones extranormativas, con opiniones personales, con teorías derogatorias de la ley. Una cosa es la ley y otra es nuestra opinión; cuando éstas no coincidan nadie nos privará de decir lo que pensemos; pero debemos saber distinguir lo que es la ley de lo que sólo es nuestro deseo<sup>40</sup>.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- BACIGALUPO, Silvina, *Autoría y participación en delitos de infracción de deber. Una investigación aplicable al derecho penal de los negocios*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- CARO JOHN, José A., “Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber”, en *Anuario de Derecho Penal*, Asociación Peruana de Derecho Penal, 2003.
- DONNA, Edgardo, *Derecho penal. Parte especial*, t. I, 2ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003.
- GARCÍA CAVERO, Percy, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2004.
- JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en derecho penal*, trad. de Manuel Cancio Meliá, Civitas, Madrid, 1996.
- *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1997 (2ª ed. alemana, 1991).
- “¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”, en AA.VV., *Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. El funcionalismo en el derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- LAINO, Nicolás, “¿Los particulares como sujetos activos del tipo penal de ‘tortura’?” LLBA, año 15, nro. 5, junio 2008.

<sup>39</sup> SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, t. I, La Ley, Buenos Aires, 1945, prólogo de la 1ª ed. de la Parte General.

<sup>40</sup> SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, cit., t. I, prólogo de la 1ª ed. de la Parte General.

- LÓPEZ PEREGRIN, María del Carmen, *La complicidad en el delito*, Tirant Monografías, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- NINO, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed., Astrea, 1980.
- ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid, 2003.
- *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, Atelier, Barcelona, 2007.
- ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, trad. de la 6ª ed. alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1998.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, “Delito de infracción de deber”, en AA.VV., *Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. El funcionalismo en el derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- SANCINETTI, Marcelo, *Casos de derecho penal*, 3ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2005.
- *Casos de derecho penal*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1986, 3ª reimpr., 2003.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Autoría y participación del *extraneus* en el delito de defraudación tributaria”, en *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, Atelier, Barcelona, 2005.
- SOLER, Sebastián, *La interpretación de la ley*, Ariel, Barcelona, 1962.
- *Derecho penal argentino*, t. I, La Ley, Buenos Aires, 1945.
- STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general*, t. I, “El hecho punible”, 4ª ed., trad. de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, 2005.
- ZAFFARONI, Eugenio R. - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2000.

## TENTATIVAS, RIESGOS Y RESULTADOS

SANTIAGO LÓPEZ WARRINER \*

**Resumen:** En el derecho penal la doctrina mayoritaria sostiene que no debe otorgarse relevancia alguna a los cursos causales hipotéticos. El presente artículo se propone esbozar algunos considerandos objetando esta postura, para así efectuar algunas observaciones sobre el principio de imputación concebido por Marcelo Sancinetti para resolver estos supuestos, denominado “principio de subrogación”. Se pone de manifiesto que la argumentación elaborada en este sentido por Sancinetti importa reconocer al disvalor de resultado como determinante, lo que se manifiesta como contrario al pensamiento medular del propio doctrinario. Finalmente, se propone una solución al problema expuesto acorde a una teoría subjetivista del derecho penal sobre la base de una autoría mediata imprudente.

**Abstract:** The prevailing view among Criminal Law scholars is that hypothetical causal courses should not be acknowledged any significance at all. This article is aimed at presenting some statements against such view, so as to make some remarks concerning the principle of attribution developed by Marcelo Sancinetti to solve such cases, called “principle of subrogation”. It is stated that the line of reasoning developed in that respect by Sancinetti implies considering the negative result as decisive, which appears to be in contradiction to the central idea of the author. Finally, a solution to the problem in question is suggested, in accordance with a subjective theory of Criminal Law and on the basis of a reckless indirect liability.

**Palabras clave:** Cursos causales hipotéticos - Principio de subrogación - Disvalor de resultado - Imputación objetiva.

**Keywords:** Hypothetical causal courses - Principle of Subrogation - Negative result - Objective attribution.

\* Estudiante de Abogacía (UBA). Este trabajo obtuvo el Segundo Premio en el VII Concurso de Ensayos “Dr. Ignacio Winizky” de Derecho Penal.

## I. INTRODUCCIÓN

Siguiendo con la saludable costumbre de acercar literatura jurídica alemana a nuestra lengua sudamericana, los Profs. Dres. Patricia S. Ziffer y Marcelo A. Sancinetti nos han brindado la posibilidad de conocer el pensamiento de Erich Samson en su texto *Cursos causales hipotéticos en el derecho penal*, publicado por la editorial Hammurabi. Libro de comienzos de los años setenta, aborda con claridad uno de los temas medulares de la teoría de la imputación: si debe otorgarse alguna relevancia a aquellos cursos que si bien no se realizan en el resultado, ya se encontraban en marcha al momento de darse la acción que produce el curso real.

Para tratarlo con las propias palabras del autor: “Cuando, siguiendo la fórmula de la *conditio*, se debe preguntar si el resultado no habría ocurrido en caso de que no se hubiera producido la circunstancia cuyo carácter causal se investiga, pueden ser problemáticos, para este interrogante, los casos en los cuales la circunstancia, por cierto, fue necesaria para la producción del resultado, pero otra circunstancia, en caso de que faltara aquélla, habría ocurrido en su lugar y producido el resultado igualmente”<sup>1</sup>.

En la actualidad, estos problemas parecen abordarse de manera tangencial, sin ser tratados decididamente. Con la propuesta formulada por Engisch de resolver los problemas de causalidad con su *condición ajustada a una ley de la naturaleza*, lo decisivo no es lo que habría sucedido, sino lo que ha sucedido realmente. De esta manera, “una conducta se manifestará como causal de un resultado cuando a aquella conducta le han seguido modificaciones en el mundo exterior temporalmente sucesivas, que estaban ligadas a la conducta y entre sí en una secuencia, según una ley (de la naturaleza), y que han desembocado en alguna parte integrante de la situación de hecho concreta que está delimitada como resultado conforme a la ley penal”<sup>2</sup>.

Sin abrir juicio, por el momento, sobre la postura a adoptar, es cierto que la doctrina dominante no deja mucho espacio a los cursos hipotéticos<sup>3</sup>. Suele mencionarse que importa la causalidad de un curso causal

<sup>1</sup> SAMSON, Erich, *Cursos causales hipotéticos en el derecho penal*, trad. de Marcelo A. Sancinetti y Patricia S. Ziffer, Hammurabi, Buenos Aires, 2003, p. 23.

<sup>2</sup> ENGISCH, Karl, *La causalidad como elemento de los tipos penales*, trad. de Marcelo A. Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, 2008, p. 49.

<sup>3</sup> Más allá del mencionado Samson, el núcleo central de la doctrina alemana, Jescheck, Wessels, Schönke/Schröder/Lenckner y las decisiones del Tribunal Supremo, no le otorgan ninguna relevancia a los cursos hipotéticos. Incluso Jakobs, quien suele tomar posiciones que buscan poner en crisis las estructuras clásicas del derecho penal, acompaña en este aspecto a la mayoría (p. 232 de su *Tratado*).

concreto, por lo que un curso hipotético no puede eliminar la causalidad ni disminuirla; al no ser parte de la realidad, no pueden imputarse jurídicamente y, por tanto, el curso relevante para el resultado es aquel que se ha realizado. Como se verá, esta afirmación es parcialmente cierta.

No sólo intentaré esbozar algunos considerandos objetando esta postura, sino que desde allí se realizarán algunas observaciones sobre el principio de imputación que Sancinetti ha denominado “principio de subrogación”<sup>4</sup>, mediante el cual se pretenden resolver los casos donde un curso causal ya perfecto es reemplazado por otro, no llegando a realizarse ese primer riesgo en el resultado, a pesar de lo cual Sancinetti entiende que debe responder por consumación el primer autor por una especie de subrogación invertida. En opinión de este autor, debe existir un criterio de imputación que le “reste a la responsabilidad”, en compensación, todo lo que habría ocurrido si no se hubiera realizado la acción de reemplazo.

Creo pertinente, previo a ingresar en el núcleo de la discusión, a fin de refrescar algunos conceptos importantes, repasar el camino que ha recorrido la doctrina causal hasta la actualidad.

## II. BREVE HISTORIA DE LA CAUSALIDAD

*Teoría de la condición.* Han sido múltiples las respuestas que se han dado a la pregunta: ¿Cuándo está causado por la conducta humana un resultado que debe ser sujeto a un tipo penal? Los esfuerzos en este sentido se han orientado a reducir los ámbitos de prohibición que surgen del tipo objetivo; situación que, como veremos, no estuvo exenta de complicaciones.

La primera respuesta la podemos obtener al consultar la teoría de la condición propuesta por Von Buri, para quien un resultado está causado por una acción humana, “cuando esta conducta no puede ser suprimida mentalmente sin que también el resultado desaparezca, cuando, sin la conducta, el resultado no se habría producido”<sup>5</sup>. Se inauguraba de este modo

<sup>4</sup> Extraído de los trabajos del Prof. Sancinetti “¿Incidencia de los cursos causales hipotéticos en el Derecho penal?” *elDial.com*, Suplemento de Derecho Penal, 12/5/2008, y “Reflexiones sobre la obra de Karl Engisch: la causalidad como elemento de los tipos penales” *elDial.com*, Suplemento de Derecho Penal, 14/7/2008, publicados ambos en <http://www.eldial.com>. Allí se menciona la publicación, por parte del autor, de los trabajos ¿Son irrelevantes los cursos causales hipotéticos para el Derecho penal?, para el homenaje a Gimbernat Ordeig y “Cursos causales hipotéticos y ‘teoría de la diferencia’”, para el homenaje a Struensee, los que con seguridad serán de interesante lectura.

<sup>5</sup> ENGISCH, Karl, *La causalidad...*, cit., p. 30. Si bien Von Buri fue su defensor más reconocido, algunos postulan a Glaser (1858) como su primer introductor: “Hay (...) un punto de apoyo seguro para examinar el nexo causal; si se intenta suprimir mentalmente el supuesto

la teoría de la *conditio sine qua non* en materia penal, donde no se renuncia a ninguna causa que explique el resultado.

Más allá de algunos esfuerzos por considerar el resultado abstrayente, lo que observo como el primer intento, aunque muy débil, de acercar hipótesis a la imputación penal<sup>6</sup>, el estudio realizado por Max L. Müller terminó por imponerse en la época. Aquí se sustenta el resultado concreto, pues no puede analizarse el carácter de condición de la conducta con relación a un resultado definido en abstracto, sino que más bien debe uno preguntarse por lo que ha sucedido en el resultado concreto.

Esta formulación de Müller domina, aunque con ciertos matices, la escena del derecho penal actual, y se debe sobre todo a Engisch su imposición<sup>7</sup>, admitiendo una delimitación de lo jurídicamente relevante sólo al campo de lo que realmente sucede, fuera de la órbita de lo moral. Según este autor, deben tenerse en cuenta las modificaciones sucesivas en el mundo exterior que, ligadas a la conducta, pueden explicarse según una ley de la naturaleza.

Resulta complejo poder determinar las causas del apego histórico a estos conceptos, y de la estrecha vinculación que ha tenido, y aún tiene, nuestro derecho penal con el dogma de la causación. El naturalismo positivista, quizá, haya sido quien trasladó sus conceptos hacia el derecho, y desde allí se fueron incorporando sus mecanismos, permitiendo que diversos institutos de la ciencia jurídica admitan sus fundamentos<sup>8</sup>.

*Delimitaciones a la teoría de la condición.* Como se había anticipado en el texto de Engisch, si bien la teoría de la condición intentó racionalizar

---

originante de la suma de los acontecimientos, y entonces se ve que a pesar de eso se produce el resultado, que a pesar de eso la serie sucesiva de las causas intermedias sigue siendo la misma, está claro que el hecho y su resultado no pueden reconducirse a la eficacia de esa persona. Si por el contrario se ve que, si se suprime mentalmente a esa persona del escenario del acontecimiento, el resultado no se podría producir en absoluto o que hubiera tenido que producirse por otra vía totalmente distinta; entonces está justificado con toda seguridad considerarlo como efecto de su actividad” (citado a través de ROXIN, Claus, *Tratado de derecho penal. Parte general*, t. I, *Fundamentos: la estructura de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 1997).

<sup>6</sup> Entre otros autores, Thyren, Traeger, Tarnowski, Hönig y Mezger.

<sup>7</sup> Se puede ver, a modo de ejemplo, los pensamientos de Welzel, Jescheck, Baumann, entre otros. Recién con la incorporación de la teoría funcionalista, y a través de sus máximos expositores Roxin y Jakobs, si bien no admiten la incorporación de los cursos hipotéticos, sí los utilizan para resolver problemas de imputación. Ya volveremos sobre eso.

<sup>8</sup> En este sentido, conforme la influencia del naturalismo en la prohibición de regreso, NAUCKE, Wolfgang (*Über das Regressverbot im Strafrecht*, ZStW, t. 76 [1964]), *Sobre la prohibición de regreso en derecho penal*, trad. de Manuel Cancio Meliá, Universidad Externado de Colombia, 1998, ps. 17 y ss. Desde la óptica filosófica, véanse los textos de Kant y Mill quienes proponen un concepto causal ajustado al naturalismo.

el concepto de imputación de resultados, sus consecuencias iban demasiado lejos, y era necesario recurrir a elementos propios de la tipicidad subjetiva a fin de delimitar su influencia.

El primer intento corrector fue fundado por Von Kries (1889) mediante la teoría de la adecuación, soltando de sus brazos el elemento naturalista. Una acción será causal de un resultado, en el sentido jurídico-penal, cuando posee una tendencia general a provocar el resultado típico, mientras que las condiciones que sólo por casualidad han desencadenado el resultado deben ser consideradas irrelevantes<sup>9</sup>.

Esta teoría intentaba considerar qué acciones desde la experiencia general son jurídicamente relevantes y, por tanto, imputables al universo de autores posibles. Quizá de este modo se exceptuaba de consideración a aquellas conductas que “desde el ojo del lego” ya eran causaciones extraordinarias con el hecho principal. Sin embargo, bajo esta fórmula, cursos causales *anormales* pueden ser típicamente relevantes y, por tanto, pueden traspasar la barrera de la tipicidad objetiva<sup>10</sup>.

Antes de la llegada de la imputación objetiva, fue Mezger quien propuso corregir la causalidad natural por intermedio de la teoría de la relevancia típica. Existiendo causalidad natural entre acción y resultado, es preciso verificar la relevancia típica del nexo causal a través de la interpretación del tipo penal. “Cuando causalidad y relevancia están corroboradas, cuando consta la tipicidad de la acción, puede plantearse la cuestión referida a la culpabilidad por el resultado”<sup>11</sup>.

A pesar de ser correcta la intención de la teoría, en el sentido de delimitar la imputación a aquellas conductas que se verifiquen como causales basadas en criterios de imputación sobre el tipo penal, lo cierto es que a nuestro entender su principal virtud es haber construido las bases (*Grund*) para el nacimiento de la imputación objetiva, incorporando tímidamente criterios normativos a la relación causal<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> KRIES, VON Johannes, *Die Prinzipien der Wahrscheinlichkeitsrechnung*, 1886, citado por ROXIN, Claus, en *Tratado...*, cit., Civitas, Madrid, 1997, p. 359.

<sup>10</sup> En un ejemplo de Jakobs: “Si un veneno común, en una persona que se droga con un medicamento sumamente raro, a causa de una constitución modificada a través de esa adicción, no surte efecto en el estómago, como suele suceder, sino en el esófago, a pesar de la extrema improbabilidad del curso causal concreto no cabe aportar ninguna razón para no imputar el resultado; pues la consecuencia constituye la realización del peligro causado por el autor en las condiciones del caso concreto”.

<sup>11</sup> MEZGER, Edmund, *Derecho penal. Libro de estudio*, trad. de Conrado Finzi, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958, ps. 122 y ss.

<sup>12</sup> No es parte de este trabajo pronunciarme sobre el tiempo de la causalidad posterior al finalismo, pero sí quisiera aclarar lo que entiendo un error conceptual de aquellos críticos

*Teoría de la imputación objetiva.* Si bien su evolución se remonta a la teoría de la imputación de Puffendorf, en los años treinta fue Hönig, revisando la teoría hegeliana de Larenz, quien extrajo la idea de “perseguibilidad objetiva de una finalidad” (*objektive Bezweckbarkeit*)<sup>13</sup>, eliminando cursos causales naturales e inadecuados, y tomando como criterio decisivo un juicio de imputación autónomo.

De este modo, lo relevante pasó a ser si el resultado podía verse como conducta humana adecuada y, por ende, imputable. Es desde esta idea donde parte Roxin para explicar que lo decisivo será si el autor ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado, o si, por el contrario, se trata de una conducta que conlleva un riesgo general de la vida y, por tanto, aceptable socialmente.

Con esto, Roxin coloca en el centro de la discusión el ámbito de protección de la norma, es decir, cuáles son las conductas que la norma busca impedir y cuáles, por el contrario, si bien son cercanas a ésta, se encuentran fuera de su ámbito de resguardo. Habrá que preguntarse qué busca impedir la norma, y para ello tendrá especial relevancia cuál es el sentido de la pena en nuestro sistema: si se busca reafirmar la vigencia de la norma, darle un sentido retributivo o resocializante al castigo, o si se pretende lograr cierta influencia sobre el conjunto social, los límites de injerencia de la imputación objetiva irán variando.

Más allá de estos considerandos, debe resaltarse la importancia de la estructura social en la actualidad. La industrialización moderna y las costumbres sociales han modificado la frontera de lo punible, y con ello han permitido absorber al riesgo permitido campos que eran antiguamente punibles. La sociedad de riesgo en la que vivimos ha acrecentado los peligros potenciales, ha hecho más complicada la interacción entre los seres humanos y ha vuelto más complejas las relaciones económicas, creando

---

de la teoría del puro disvalor de acción, idea que apoyo. No es cierto que en su afán por sostener a la tentativa acabada como modelo de ilícito, el subjetivismo deba considerar absurdas anticipaciones punitivas, incluso tentativas inidóneas (Zaffaroni). Se sostiene a la decisión de voluntad como núcleo del ilícito, pero siempre limitada por el ámbito de aplicación de la norma; es decir que la cabeza del autor puede estar dispuesta a la realización del hecho, incluso haber librado fuera de su competencia cualquier posibilidad de revocación (tentativa acabada), pero si objetivamente dicha acción se encuentra fuera del ámbito alcanzado por la norma, su conducta será impune. A modo de ejemplo, no será responsable penalmente quien pretenda matar a otro dándole a su víctima un vaso con agua, pues cree que ello resultará mortal.

<sup>13</sup> Si bien puede ser un matiz, el término *Zweck* en el sentido idealista está referido a la finalidad de una conducta, a una acción conforme a un fin determinado. Véanse, entre otros, los textos de filosofía de García Morente y Carpio.



un sentimiento de inseguridad, todo ello a costa de mantener en funcionamiento a la sociedad industrial<sup>14</sup>, que posee como estandarte al tiempo como objeto de valor.

La teoría de la imputación objetiva ha sido el último y más serio intento por limitar el poder penal del Estado, tratando de llevar a la realidad el concepto de *ultima ratio*. Si bien, como se mostrará más adelante, no es ajena a ciertas incongruencias, es cierto que ha racionalizado un aspecto de la teoría del delito que hasta su aparición era propio de la pura valoración intelectual, y ello se debe en gran medida a los desarrollos de Roxin y Jakobs con sus respectivas teorías del riesgo y de los roles<sup>15</sup>.

### III. INCORPORACIÓN TÁCITA DE LOS CURSOS CAUSALES HIPOTÉTICOS

La inserción de los cursos hipotéticos en el derecho penal ha sido siempre resistida por parte de la opinión dominante, siendo tan sólo un puñado de autores quienes los han aceptado bajo ciertas circunstancias<sup>16</sup>. No obstante ello, como bien observa Sancinetti, a pesar de mostrarse en desacuerdo con incluir algún curso hipotético, esta doctrina acepta algunas soluciones donde su incidencia resulta evidente.

Tomemos uno de los correctivos dados por Roxin a la imputación objetiva. Según el principio de *disminución del riesgo*, no sería relevante el curso que causa el resultado si éste, en comparación con el curso que reemplaza, *ex ante*, mejora o disminuye el peligro ya existente para la víctima, por cuanto beneficia al bien jurídico.

<sup>14</sup> Sobre un estudio de la sociedad de riesgo, MENDOZA BUERGO, Blanca, *El derecho penal en la sociedad de riesgo*, Civitas, Madrid, ps. 23 y ss. No es el lugar para desarrollarlo, pero esta restricción de ámbitos punibles no se ha dado de manera equivalente en todos los bienes jurídicos, sino que, por el contrario, este sentimiento de inseguridad ha hecho que el legislador expenda en otros ámbitos la injerencia del derecho penal, creando en muchos casos bienes jurídicos difícilmente compatibles con principios constitucionales elementales.

<sup>15</sup> Sobre sus cimientos teóricos, en relación con los cursos hipotéticos, se hablará seguidamente. Cabe aclarar que no resulta unánime la aprobación de la teoría de la imputación objetiva. Algunos la creen innecesaria, pues la dogmática posee el instrumental suficiente para resolver los conflictos (Hirsch y Küpper), otros observan que la excesiva normativización del derecho penal deja las puertas abiertas a la inseguridad jurídica (A. Kaufmann), o se le cuestiona dejar por fuera conductas que deberían tener alguna relevancia (Kindhäuser), mientras que una última objeción soslaya que no se trata en verdad de una teoría, sino más bien de ciertos tópicos ciertamente inútiles (Frisch).

<sup>16</sup> El intento más serio en este sentido, SAMSON, Erich, *Cursos...*, cit. En nuestro país, los trabajos recientes e introductorios de SANCINETTI, Marcelo, “¿Incidencia...?”, cit., y “Reflexiones...”, cit., publicados ambos en <http://www.eldial.com> del 12/5/2008 y 14/7/2008, respectivamente.

Sin discutir la eficacia de este principio, no caben dudas de que para arribar a una solución de este tipo es necesario considerar un curso causal que no se realiza en concreto, sino que más bien es una hipótesis (A arroja una enorme piedra a B, y previo al impacto en el rostro de éste, C lo empuja, evitando el golpe, pero provocando una caída que le ocasiona algunas heridas leves: de acuerdo con este principio, C no resulta imputable pues la acción de salvamento mejora la situación de A). Esta fórmula para resolver problemas de imputación requiere, sin excepción, de un curso hipotético. Tan sólo podemos considerar atípica la conducta de C si inferimos, de acuerdo con las leyes de la naturaleza, tal el pensamiento de Engisch, ya no en el plano concreto, sino en el plano de las hipótesis, que la primera acción será *más lesiva* para el sujeto pasivo<sup>17</sup>.

“Se reconoce que falta ya la tipicidad de una acción, cuando ella, según una perspectiva *ex ante*, disminuye un riesgo preexistente, incluso en caso de que *ex post* haya influido en el curso causal *concreto*, efectivamente realizado. La opinión dominante se conforma aquí con la explicación de que si el riesgo sigue siendo *el mismo*, se da una mera variación irrelevante dentro de un riesgo ya existente y *por eso* no habría de responder aquel que ha causado esa mera variación”<sup>18</sup>.

La consecuencia es negarle todo efecto a los cursos hipotéticos: la pregunta *por qué habría sucedido* resulta irrelevante. De modo consecuente con este pensamiento, pero igualmente contradictorio, se excluye la imputación si la conducta alternativa conforme a derecho hubiera conducido con seguridad al mismo resultado, en razón de no haberse realizado la superación del riesgo permitido en el curso real del acontecimiento<sup>19</sup>. Misma directriz de pensamiento y equivocación. Según este principio, “debe enjuiciarse el incremento del riesgo conforme a criterios normativos, es decir que hay que ‘examinar si la norma formulada *ex ante*, operando también sobre la base del conocimiento *ex post*, puede seguir siendo reconocida

<sup>17</sup> En los supuestos de homicidio, Roxin sostiene una posición contradictoria, pues cuando el autor de reemplazo no empeora la situación del bien jurídico también se lo debe responsabilizar, reafirmando el valor del bien jurídico en discusión. No hay modificación del bien jurídico vida, el peligro no se intensifica ni empeora su situación jurídica, pero, no obstante, el *segundo autor* es imputable. Similar resulta la argumentación de Frisch, quien apoya a la opinión dominante en razón de los efectos psicológico-sociales que conllevaría no imputar el resultado al causante real por existir un riesgo hipotético.

<sup>18</sup> SANCINETTI, Marcelo A., ¿Incidencia...?, cit. Apoyando esta solución, JAKOBS, Günther, *Estudios de derecho penal*, trad. de Enrique Peñaranda Ramos, Carlos Suárez González y Manuel Cancio Meliá, Civitas, Madrid, 1997, p. 274.

<sup>19</sup> ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*, t. I, trad. de la 2ª ed. de Diego Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Reseñal, Civitas, Madrid, 2006, p. 379.

como una prohibición con sentido y que reduce el riesgo del resultado, o si partiendo del nuevo estado de los conocimientos, la misma parece en concreto inidónea o al menos impracticable”<sup>20</sup>.

Volvemos sobre lo mismo. Todos estos conocimientos previos y posteriores al hecho que me servirán para imputar o desgravar una conducta deben ir unidos en algún momento a juicios hipotéticos. Los conocimientos *ex ante* y *ex post* son lo único certero del juicio imputativo, es decir, la ejecución y el resultado; el resto es vacío. Determinar si la conducta incrementó o, como vimos, disminuyó el riesgo, no es posible con la certeza que se pretende. Ello se infiere de la experiencia general, donde en *condiciones normales* la acción A es correspondida por el resultado B, pero ello siempre requiere trabajar en el ámbito de las hipótesis.

Esto parece reconocerlo en algún punto parte de la doctrina, al aceptar que este tipo de casos están muy cercanos a las constelaciones en las que los cursos causales hipotéticos resultan relevantes para la imputación, en palabras del propio Roxin. Sin embargo, la doctrina camina de espaldas a esta idea.

También el propio Jakobs descrece de la utilidad de los cursos hipotéticos. “Importa la causalidad del curso causal concreto, de manera que, frente a la fórmula de la *conditio sine qua non*, un resultado hipotéticamente igual no elimina el resultado. Como los cursos hipotéticos, por falta de realidad, no son imputables, la imputación depende de cuál, de entre los diversos cursos relevantes para el resultado, se ha realizado”<sup>21</sup>. A modo de ejemplo: una noche de intensa niebla, el conductor de una motocicleta es golpeado por detrás por un vehículo, saliendo despedido por el aire y resultando lesionado a causa del impacto contra el suelo; la colisión lo salvó de chocar, segundos después, contra un obstáculo y fallecer inmediatamente<sup>22</sup>. Aquí sostiene que la solución del caso por medio de cursos hipotéticos nos haría arribar a la absurda conclusión de que el riesgo no se realizó, nadie sería responsable por el curso lesivo, y todo ello a pesar del comportamiento incorrecto.

De este modo se niega la posibilidad de que el curso hipotético anule la imputación por el curso real. En contraste, Jakobs le otorga incidencia a los cursos hipotéticos al momento de medir la pena, buscando atenuar la responsabilidad del autor. Esto parece irracional, pues, como observa con

<sup>20</sup> ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, cit., p. 381.

<sup>21</sup> JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 232.

<sup>22</sup> JAKOBS, Günther, *Estudios...*, cit.

agudeza Sancinetti, al curso lesivo se le *resta* algún *quantum* de reprochabilidad; por tanto, los hechos son diferentes: la consumación de un curso de acción normal será tratada de modo diferenciada en relación con la conducta a la que pueda endilgársele algún curso hipotético.

Desentenderse de los cursos hipotéticos al momento de la tipicidad objetiva, para terminar arrojándolos al ámbito más irracional de las ciencias penales, carece de sentido, pues no existe lógica que permita demostrar la utilidad del traslado de un problema propio de la tipicidad a la punibilidad<sup>23</sup>.

Es cierto que en la actualidad se apoya el *dogma causal*, otorgándole al resultado una importancia vital. El quebrantamiento perfecto de la norma no se realiza con la última posibilidad de revocación de la acción por parte del autor, sino que se considera la identidad, a veces azarosa, de la conducta en el resultado. Más allá de las objeciones que pudieran sostenerse, como se planteara párrafos atrás, el creer que quien realiza el resultado lo hace mediante un curso concreto y real, sin sesgos hipotéticos, me resulta aún más sorprendente. Todo curso concreto no es más que el resultado de la experiencia general, que fue tomando forma con el correr del tiempo, y por ello se lo considera *real*. Pero esto no inhibe de alguna modificación a futuro, y ello por el contenido hipotético del nexa. Como se dijo, ejecución y resultado son reales, el resto...

#### IV. PRINCIPIO DE SUBROGACIÓN

Hasta aquí hemos podido observar que, sobre la base del criterio de causalidad de Engisch y su fórmula de *condición ajustada a una ley de la naturaleza*, sólo interesa subsumir la acción en atención a una ley de la naturaleza, y desde allí concluir si la conducta determinó el resultado. De este modo se elimina la pregunta por lo que habría sucedido suprimiendo el curso causal natural; no obstante, como hemos podido ver, ello no se cumple en diversos supuestos.

<sup>23</sup> Para una lectura acabada del problema mencionado, ZIFFER, Patricia, *Lineamientos de la determinación de la pena*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, ps. 120 y ss. Jakobs también considera adecuada la utilización de hipótesis cuando se trata de simples variaciones dentro de un riesgo idéntico, pero no cuando concurren varios riesgos diferenciados. Sobre este punto, el viejo caso de la vivienda en llamas donde se gira la posición de un sillón, modificando el discurrir futuro de su destrucción (*Estudios...*, cit., p. 273). Esta mera variación para Jakobs resulta irrelevante debido a que el riesgo es el mismo. Esta conclusión es gracias a utilizar cursos hipotéticos en la imputación.

Para la doctrina dominante sólo interesa lo que sucedió efectivamente. No se reconoce la propuesta de la minoría sobre la carencia de sentido de proteger un bien jurídico que ya está perdido, sino que las acciones anti-jurídicas de terceros no pueden ser consideradas. “Quien comete un hecho punible no puede desgravarse invocando que, si no, lo habría cometido otro. La concepción contraria anula la prohibición de agredir al afectado; ello lo dejaría sin protección jurídica”<sup>24</sup>.

La relevancia de los cursos hipotéticos es defendida en Argentina por el Prof. Marcelo Sancinetti. A partir de esta postura, ha incorporado un nuevo principio que intenta resolver los casos de participación de doble neutralización<sup>25</sup>, donde resulta complejo atribuir la consumación. A modo de ejemplo: A coloca una acción de reemplazo que no agrava la situación de B, a quien ya se dirigía una acción puesta por C. De esta manera, A argumentaría que su conducta no empeora el bien jurídico protegido, no existe incremento del riesgo; por otro lado, C podría responder que su riesgo no se ha realizado en el resultado, sino que ha sido reemplazado por otro.

“¿Por qué no puede haber, junto a la causalidad, un criterio de imputación que le ‘reste a la responsabilidad’, en compensación, todo lo que habría ocurrido si no se hubiera realizado la acción en cuestión? Mi propuesta consiste en que responda el primero, a pesar de que su acción quede como causa de reserva, por haber generado la irrelevancia ulterior del curso real: respondería por una suerte de subrogación o representación”<sup>26</sup>.

“La pregunta de si la responsabilidad por una acción que causa un resultado adecuado al tipo de una ley penal puede quedar *excluida* por completo, por la circunstancia de que, al momento de la realización de la acción, ya existiera un curso causal que habría causado el mismo resultado, si no hubiera sido por la acción del autor, la cual, al poner la condición que produjo el resultado, anuló simultáneamente el primer curso causal que

<sup>24</sup> STRATENWERTH, Günther, *Derecho penal. Parte general I*, “El hecho punible”, trad. de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 161.

<sup>25</sup> Como nos cuenta el autor, la *responsabilidad por subrogación* se inspira en una solución dada por el civilista Heinrich Titzte (*Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschen bürgerlichen Recht*, 1900, S. 127): dos proveedores están obligados a entregarle a un fabricante, en determinado plazo, cada uno, una parte de una máquina. Debido a la demora de los fabricantes, la máquina no puede comenzar a operar y sufre el consecuente daño. Como el lector puede advertir, utilizando la fórmula de la *conditio*, ambos autores podrían argumentar que ninguna de sus acciones por separado es causa en el resultado, pues éste, aun actuando conforme a derecho, se habría producido. Titzte pretendía reconocer en favor del fabricante un derecho de indemnización contra cada proveedor, en razón de que, debido a su retraso, aquél no podía demandar al otro fabricante.

<sup>26</sup> SANCINETTI, Marcelo A., “Reflexiones sobre la obra de Karl Engisch...”, cit.

quedó reducido así a una hipótesis, curso hipotético este que, según una prognosis razonable, habría podido producir el mismo resultado con una probabilidad de realización *ex ante* igual o mayor a la que generaba la acción que realmente terminó causando el resultado o bien que habría podido producirlo incluso con una probabilidad rayana en la certeza”<sup>27</sup>.

Esta forma de modificación de la realización del riesgo propuesta por el autor entiendo es contraria a su pensamiento medular. Como bien explicara, se trata de una argumentación que considera al disvalor de resultado como determinante, algo que no va de la mano con su producción bibliográfica<sup>28</sup>.

Considero razonable dividir los planos de análisis según se trate de conductas imprudentes o dolosas.

Traslademos este pensamiento al hecho doloso de ambos autores. El problema que plantea este tipo de casos no obtiene solución mediante la opinión dominante, debido a no poder imputar el resultado cuando el primer curso ya perfecto (tentativa acabada) es interrumpido por otro que se realiza en el resultado, excepto que uno tome la construcción de Jakobs de sostener que sólo se trata de una mera variación y, por tanto, el riesgo resulta el mismo que al inicio. Se trata de dos cursos diferentes y, en consecuencia, sus realizaciones también deben diferenciarse.

Sostener el principio de subrogación permite responsabilizar por el resultado, pero no resulta necesario. Para una teoría subjetiva del ilícito, que sostiene a la decisión de voluntad del autor como el núcleo de aquel, no existe problema. Ambos autores responderían por tentativa acabada y fin del conflicto. Si bien el curso originario es anulado por otro, esto queda sin explicación para una doctrina de resultados, ya que ninguno de los autores respondería por la consumación, y ello conlleva una enorme ventaja. Sin embargo, desde la óptica subjetiva, la consumación no cumple ningún papel, sino sólo el disvalor de acción, con lo cual este aparente conflicto posee una simple solución.

<sup>27</sup> SANCINETTI, Marcelo A., “Reflexiones sobre la obra de Karl Engisch...”, cit.

<sup>28</sup> Sancinetti es un fuerte crítico de la teoría del bien jurídico, pues cree errada la misión que se pretende anudar al derecho penal de protegerlos. Según cree, la ley penal no es un “escudo protector” que busca la desaparición del delito, por la simple razón de que ello no es posible. Más allá de la corrección de esta afirmación, cierto es que nuestro derecho positivo no la apoya, y la lesión del bien jurídico ocupa un papel central en la teoría de la imputación: el ejemplo más claro en este sentido lo puede otorgar la figura del art. 43, CPen., que otorga una doble vía al autor de eximirse de la pena desistiendo de su conducta delictiva (en forma pasiva y activa), todo ello en busca de no lesionar el bien jurídico.

Similar camino podría aplicarse al caso de un primer autor doloso y un autor de reemplazo imprudente, con la sola variante de las consecuencias de punibilidad que responden a la acción culposa.

No me es ajeno el conflicto que esta solución tiene con nuestro derecho positivo, como tampoco me son extrañas las complejas relaciones entre una teoría de resultados y este tipo de casos. De ello no escapa el principio de subrogación: o en las malas acciones decide la voluntad del autor (*in maleficiis voluntas spectatur, non exitus*), en cuyo caso no será necesario este principio; o la realización del riesgo deberá concretarse en el resultado y el autor deberá responder únicamente por su acción (*cogitationis poenam nemo patitur*), con lo cual cobrará vigencia el principio de acto constitucional (art. 19); y todo aquello que no forme parte de la exteriorización del individuo no le podrá ser imputado, abarcando un resultado que efectivamente no concreta. Por ser innecesario o contrario a mandatos constitucionales, el principio de subrogación no es aconsejable como criterio de imputación en un hecho doloso.

Otro punto, de solución no muy compleja, sería tratar el supuesto de un primer actuante imprudente seguido por otro que neutraliza su actuar mediante una conducta dolosa. Aquí pareciera ser razonable que la segunda conducta desplazara a la imprudente, quedando esta última sin pena. Esto pareciera aconsejable, sin mayor discusión, desde una óptica político-criminal racional no punitiva.

Pensemos ahora en el problema de dos autores imprudentes. En el caso de que la conducta de los autores se neutralice y éstos actúen sin dolo, ello nos llevaría a la impunidad, pues el hecho quedaría en el estadio de la tentativa y, por tanto, no serían punibles.

Una solución de este tipo no parece ser llevadera, pues a pesar de su actuar antijurídico y no realizar comportamientos positivos en busca del desistimiento, los autores se verían beneficiados por el hecho del otro. En este punto pareciera interesante la propuesta de solución dada por Sancinetti, pues se cubriría una laguna de punibilidad que de otro modo resultaría intolerable, incluso para aquellos que no sostienen una fundamentación subjetiva del ilícito.

Sin embargo, propongo aquí otro ángulo de solución. No haría falta recurrir a esta modificación de realización del riesgo, que como se ha visto presenta algunos reparos. Uno podría solucionar el conflicto, *de lege lata*, recurriendo a una *autoría mediata imprudente*: podría responsabilizarse al primer actuante imprudente por *cometer el hecho por medio de otro*, pues su actuar se completa a través de la acción de otro autor, ya no realizando la acción de propia mano, sino a través de un instrumento que posee un claro



defecto de conocimiento, no con relación a su acción, sino con respecto a la acción del primer actuante.

La raíz de la figura de autor mediato, que a mi entender se desprende del concepto natural de causalidad buscando su arista normativa, pretende solucionar fisuras de punibilidad, y su versión imprudente no tiene mayores aspiraciones. Esta posibilidad vendría a responder la pregunta sobre cómo hacer responder a un autor imprudente que origina la conducta punible pero que, sin esfuerzo de su parte, su porción causal es reemplazada y su riesgo introducido queda sin realizarse. Admitir la impunidad no parece la mejor solución, y creo que la autoría mediata imprudente puede cubrir ese espacio.

El hecho del autor, que finalmente no se realiza, es realizado por medio de otro. Tanto la posición de inferioridad del instrumento como la realización en su persona de los elementos característicos del ilícito se encuentran presentes, así como el aprovechamiento del autor principal del defecto de conocimiento que posee el *hombre de adelante*: este defecto no se presenta en su propia acción, sino en relación con la conducta precedente que desconoce y afecta de igual forma al sujeto pasivo. Hablamos aquí de un *error sobre las consecuencias de la acción*, debiendo reconocerse autoría mediata, pues el hecho del interviniente no es relevante en el hecho concreto, sino que tan sólo viene a completar una acción que se encontraba determinada con antelación.

Ésta es mi propuesta de solución.



# COMENTARIO BIBLIOGRÁFICO



## UN ANÁLISIS DEL PRESUPUESTO DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS

### *Comentario a Derecho constitucional presupuestario de Horacio Corti \**

DIEGO FREEDMAN \*\*

La obra *Derecho constitucional Presupuestario*, de Horacio Corti, no sólo se constituye en un “Tratado” sobre la materia, sino que es una propuesta política y jurídica para analizar y regular las finanzas públicas en un Estado respetuoso de los derechos humanos. En consecuencia, es una lectura recomendable no sólo para los estudiosos del derecho financiero, sino para toda persona interesada en el derecho público.

El autor describe con suficiencia los vericuetos de una legislación desperdigada y confusa y una práctica institucional por momentos inconsistente y anómica<sup>1</sup> al analizar diversos temas estrictamente del derecho presupuestario como el principio de reserva de ley, el procedimiento de preparación, aprobación, ejecución y modificación de la ley de presupuesto, la vigencia temporal de la ley de presupuesto, el presupuesto participativo y el acceso a la información presupuestaria, entre otros. Asimismo, su abordaje lo lleva a analizar otras temáticas generales como el derecho financiero, el sistema federal de gobierno, las funciones del Jefe de Gabinete y de la Auditoría General de la Nación, el rol del Congreso y del Poder Judicial, las facultades del Poder Ejecutivo para dictar decretos de necesidad urgente y decretos delegados, la deuda pública, las facultades estatales durante la emergencia pública y la razonabilidad al momento de regular los derechos humanos.

\* 1ª ed., LexisNexis, Buenos Aires, 2007, 986 ps.

\*\* Abogado (UBA).

<sup>1</sup> Utilizamos el criterio de anomia postulado por NINO, Carlos, *Un país al margen de la ley*, Ariel, Buenos Aires, 2005. Ver, en particular, el capítulo II, en el que analiza la anomia en la vida institucional de la Argentina.

La extensión y la complejidad de la obra me obligan a limitar mi comentario a algunas de las que considero como las propuestas centrales.

Uno de los objetivos del autor es evitar que la actividad presupuestaria quede al margen de las regulaciones impuestas por el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos. Es que tradicionalmente, los estudiosos del derecho financiero se centraron en la actividad tributaria del Estado dejando de lado el análisis jurídico de la presupuestaria. Esto significó que no se hayan desarrollado en forma sistemática principios jurídicos rectores de la actividad estatal en este ámbito. Es por ello que Horacio Corti, como lo ha venido desarrollando en trabajos anteriores, advierte esta falencia en el ámbito del derecho financiero y lo denomina “la asimetría conceptual entre los gastos y los recursos públicos”. Por ello, después de señalar esta falencia, se dedica a realizar una de las tareas principales del derecho público: construir y desarrollar principios jurídicos deducidos de la normativa constitucional para encarrillar las prácticas institucionales. Asimismo, la obra de Corti cubre el hueco de los estudiosos del derecho internacional de los derechos humanos que pocas líneas han dedicado a la actividad presupuestaria, ya que su abordaje se ha centrado en describir y delimitar el alcance de los derechos humanos. De modo que el trabajo de Corti se constituye en una propuesta de subordinar la actividad presupuestaria a los principios constitucionales y a los derechos humanos. La preocupación es que el gasto público del Estado garantice eficientemente los derechos reconocidos en la normativa constitucional.

Con este objetivo desarrolla una serie de principios sustanciales derivados del texto constitucional:

- a) Proporcionalidad
- b) Equidad
- c) Solidaridad
- d) Igualdad

El principio de proporcionalidad significa que el gasto público federal debe distribuirse a través de la coparticipación federal y de la ley de presupuesto respetando las funciones establecidas para cada ente político. Es decir que debe hacerse una estimación del costo de las actividades públicas realizadas en cada ente y a partir de allí realizarse la distribución. Por su parte, el principio de solidaridad implica que cuando una provincia no tiene suficientes recursos propios para cumplir con sus funciones debe recibir el apoyo presupuestario del resto de los entes políticos. Entonces, podemos afirmar que ambos principios van a implicar que la decisión presupuestaria debe garantizar que se cubra con suficiencia las funciones de las entidades políticas, que deben ser fijadas por la normativa constitucional.

El principio de equidad consiste en exigir que la decisión presupuestaria respete los derechos humanos. De modo que Corti postula un contenido al concepto jurídico de “equidad”, introducido en el art. 75 de la Constitución Nacional, abandonándose las diferentes lecturas que pueden hacerse de este término vago y ambiguo.

El último de los principios enumerados exige que el gasto público garantice cierta igualdad en el goce de los derechos humanos en nuestro territorio. Considero que éste es uno de los ejes principales para analizar la efectividad de los derechos sociales en nuestro país. No sólo es posible advertir serias deficiencias en garantizar plenamente ciertos derechos, sino que también es posible apreciar marcadas desigualdades. Sin ánimos de ser exhaustivos, es posible señalar algunos datos, por ejemplo, la inversión educativa en 2005 tuvo un promedio de \$ 2.321 por alumno, pero la Ciudad Autónoma de Buenos Aires llegó a invertir \$ 3.282, mientras que Salta invirtió \$1.182 y Misiones sólo \$1.211. Ahora, cuando analizamos la composición del gasto en las jurisdicciones provinciales se aprecia que no siempre la provincia que más porcentaje de su presupuesto total invierta en educación sea la que más gaste por cada alumno. Por ejemplo, Buenos Aires invirtió en 2005 un 34,6% de su gasto en educación, pero el gasto per cápita por alumno fue de \$ 2.121. Por el contrario, Tierra del Fuego hizo un esfuerzo presupuestario mucho menor en educación (22,4%), pero llega a gastar \$ 5.570 por alumno<sup>2</sup>. Un análisis profundo y detallado de estos indicadores debe procurar que el gasto por alumno tienda a la igualdad y que el esfuerzo presupuestario de las provincias sea similar. Así se podrá realizar tanto el principio de igualdad como el de solidaridad.

Como correlato de estos principios sustanciales, Corti desarrolla ciertos principios que deben regular el procedimiento de creación y aplicación de la decisión presupuestaria. En primer lugar, se explora en el principio de reserva de ley en materia presupuestaria, en donde postula que sólo el Congreso Nacional debe tomar la decisión presupuestaria en el ámbito federal. Ésta es una apuesta, que ya hizo nuestro texto constitucional, por la forma democrática de gobierno. Justamente, es el Congreso donde deben estar representados todos los intereses de la sociedad y las decisiones deben ser adoptadas con cierto grado de consenso (por lo menos, la mayoría de los presentes) tras un proceso de deliberación pública. Este proceso ha sido considerado como el medio por el cual es más probable adoptar decisiones

<sup>2</sup> “Monitoreo de la Ley de Financiamiento Educativo. Informe anual período abril 2006-abril 2007”, mayo 2007, equipo de trabajo: Axel Rivas (director del Programa de Educación), Luciano Di Gresia, Martín Scasso, Alejandro Vera y Analía Viola. Ver en [www.cippec.org/mlfe](http://www.cippec.org/mlfe).

correctas en términos morales<sup>3</sup>. Precisamente, la decisión sobre el gasto público tiene tal relevancia que debemos garantizar que se adopte en el ámbito parlamentario.

Un aspecto importante a complementar con esta idea es el régimen federal de gobierno, por el cual, las provincias e incluso los municipios tienen facultades presupuestarias y toman las decisiones a través de los poderes legislativos locales. De este modo, se realiza en forma más perfecta la decisión democrática, ya que uno de los objetivos de la organización federal es descentralizar las decisiones. Los poderes legislativos locales pueden representar mejor los intereses provinciales o municipales y atender a sus problemáticas. En conclusión, una decisión presupuestaria adoptada por medio de los poderes legislativos y descentralizada es una mejor forma de ejercicio de la democracia. Sin embargo, hay que tener en cuenta que durante los años noventa, como advierte Corti, se han ido erosionando las libertades de las provincias y los municipios en las decisiones presupuestarias para limitar el déficit provincial. Del mismo modo que durante el siglo XX se fueron restringiendo las competencias tributarias locales, en los últimos años, vemos que también se restringieron las competencias presupuestarias locales. Lo cual, indudablemente, afecta sustancialmente la forma federal de gobierno, ya que sin política financiera se ven limitadas la generación e implementación de políticas públicas.

El autor se encarga de precisar el principio de reserva de ley dándole un contenido al exigir ciertos requisitos a la Ley de Presupuesto: que sea única (unicidad), contenga separadamente todos los recursos y los gastos (universalidad y generalidad) y especifique sus finalidades y cantidades (especificación cuantitativa y cualitativa). Lo que procura Corti es evitar que se vacíe de contenido al principio y pase a ser una mera formalidad, por la cual el Poder Ejecutivo de la Nación remita un proyecto de ley sin suficientes detalles, previendo una suma general o gastos parciales y estimados ligeramente, obteniendo luego un cheque en blanco para disponer de los recursos públicos.

A la par, el autor detalla cómo debería ser el mecanismo institucional de preparación, aprobación y ejecución de la Ley de Presupuesto para respetar este principio. Ésta es otra propuesta que implica modificar las prácticas

<sup>3</sup> Para Carlos Nino la democracia “(s)e trata de un método válido para acceder al conocimiento moral, que incluye entre sus componentes esenciales tanto al debate como al acuerdo mayoritario y nos acerca así a la verdad moral” (“La relevancia moral epistémica de la democracia”, en MAURINO, Gustavo (ed.), *Los escritos de Carlos Nino, Derecho, Moral y Política*, t. II, Gedisa, Buenos Aires, 2007, p. 229. Para un desarrollo más extenso de la teoría democrática de este autor: NINO, Carlos, *Constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Madrid, 1997.

de los órganos de gobierno. En particular, propone que el jefe de Gabinete se encargue de la elaboración del Anteproyecto de Ley de Presupuesto y que la Auditoría General de la Nación asista al Congreso durante todo el procedimiento de aprobación, de ejecución, de modificación y de control. Asimismo, el Jefe de Gabinete debería acudir al Congreso una vez por mes para informar sobre la ejecución del presupuesto y, en su caso, proponer modificaciones, acudir anualmente junto con el ministro de Economía y enviar información trimestralmente sobre la ejecución de la ley.

Cuando analiza el rol del Poder Ejecutivo admite la posibilidad de dictar decretos de necesidad urgencia en materia presupuestaria para hacer modificaciones durante la ejecución si resulta imposible el cumplimiento del procedimiento constitucional. De este modo, la propuesta de Corti limita esta facultad del Poder Ejecutivo preservando el principio de reserva de ley y el rol del Congreso. En relación con los decretos delegados, admite que sean dictados cuando se ha declarado la emergencia pública, y respecto de los aspectos administrativos de la aplicación del derecho presupuestario. Esta delegación debe realizarse en cabeza del Jefe de Gabinete, exclusivamente, para evitar que se fortalezca el hiperpresidencialismo<sup>4</sup>.

Por el contrario, las prácticas vigentes en nuestro país se alejan del ideal propuesto. En la reciente modificación a la Ley de Administración Financiera (ley 24.156) le ha otorgado facultades al jefe de Gabinete para hacer modificaciones discrecionales durante la ejecución del presupuesto (salvo respecto del endeudamiento y del monto total autorizado a gastar), el Congreso ha ejercido en forma tibia su tarea de contralor<sup>5</sup>, el Jefe de Gabinete no cumple con el deber de acudir mensualmente al Congreso y hubo años en que el Presidente modificó la Ley de Presupuesto o que dispuso de fondos superavitarios por medio de decretos de necesidad y urgencia.

Se advierten dos dificultades para cumplir con la ley presupuestaria derivadas de la marcha de la economía. Cuando la economía nacional estuvo en crisis, principalmente desde mediados de los años noventa hasta

<sup>4</sup> Para un análisis del hiperpresidencialismo en la Argentina, ver el cap. III de NINO, Carlos, *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992.

<sup>5</sup> En un informe sobre la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas de la Administración se consideró que hay “falta de dictamen sobre las cuentas de inversión del Poder Ejecutivo Nacional. Esto indica que, en los hechos, la ejecución del presupuesto de los últimos años no fue objeto de control por el legislativo, incumpléndose de esa forma la disposición constitucional. Además, se concluyó que hay “una excesiva imprecisión de los proyectos de resolución elaborados por la Comisión, lo que facilita a los organismos auditados la falta de cumplimiento de las recomendaciones”. *En busca del control perdido*, Informe de la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (Buenos Aires, 2005).

2001, el déficit registrado cuando era subestimado generaba que no se pudiera cumplir con la ley por falta de recursos. Entonces, se dejaba de lado la decisión presupuestaria democrática. A partir de 2002, cuando se comienzan a registrar presupuestos superavitarios por el crecimiento económico que registraba nuestro país, el incumplimiento se produce por los recursos no estimados en la ley presupuestaria. Estos recursos son dispuestos por parte del Poder Ejecutivo, por ende, la decisión presupuestaria democrática pierde alcance sobre una determinada cantidad de recursos.

Como complemento a este importante principio procedimental, Corti desarrolla los principios de transparencia, publicidad y participación que deben guiar la producción de la decisión presupuestaria. En este punto, describe brevemente la mecánica de los presupuestos participativos. Hasta el momento, este mecanismo de toma de decisiones fue aplicado en ámbitos locales (comenzó en Porto Alegre<sup>6</sup> y en nuestro país se implementó en la Ciudad de Buenos Aires y en Rosario, entre otras localidades). La idea básica es procurar que una parte del presupuesto sea asignada a objetivos y proyectos definidos directamente por la ciudadanía, que interviene en el proceso directamente. Considero que este mecanismo fortalece la participación democrática y se constituye en una mejor forma de asignar los recursos a las necesidades de las personas. También puede constituirse en una vía para limitar o evitar el clientelismo político al disponer la ciudadanía en forma directa de sus recursos. Sin embargo, se necesita como complemento una total y transparente información presupuestaria (incluyendo la etapa de ejecución). Por otro lado, debe percatarse que se permite la participación en la decisión presupuestaria, pero no en la decisión tributaria. Por ende, habría cierta descompensación que puede frustrar los fines de

<sup>6</sup> En relación con el impacto se ha considerado: “A lo largo de los años, el Presupuesto ha dado prioridad a las obras de saneamiento básicas. Esto ha permitido un incremento del suministro de agua, entre 1990 y el principio de 1995, de 400.000 hasta 465.000 familias. Hoy, la red de abastecimiento de agua aprovisiona al 98% de las familias. Con respecto al sistema de alcantarillado, el incremento ha sido aún mayor. En 1989, el sistema de alcantarillado llegaba al 46% de las familias y, en la actualidad, al 74%. Con las inversiones que se prevé realizar el próximo ejercicio, se debería llegar al final de 1996 con un 85% de la población conectada al sistema de alcantarillado. Otra cuestión prioritaria para el Presupuesto Participativo es la pavimentación de las calles de los suburbios. Anualmente se pavimentan entre 25 y 30 kilómetros de calles en los suburbios y zonas más pobres de la ciudad. El alcantarillado, el alumbrado público y la urbanización de zonas, la salud y el alojamiento, son otras cuestiones que se consideran prioritarias. En el campo de la educación, las inversiones decididas por el Presupuesto Participativo permitieron aumentar el número de matrículas a más del doble entre 1988 y 1995, además de una considerable mejora de la calidad de la enseñanza” (“La experiencia del Presupuesto Participativo de Porto Alegre [Brasil]”, [www.romaeconomia.it/attachment/303905Porto%20Alegre.pdf](http://www.romaeconomia.it/attachment/303905Porto%20Alegre.pdf)).



los ciudadanos cuando no sean suficientes los recursos o se obtengan en forma poco igualitaria. Otra problemática es que no siempre se garantiza el control ciudadano de la forma en que se gasta; en consecuencia, pueden adquirirse bienes o servicios de baja calidad, incumpliendo así las necesidades de los participantes.

Un punto central, en el cual Horacio Corti controvierte con otros juristas, es en el rol que le otorga al Poder Judicial frente a las decisiones presupuestarias. Su planteo es que tiene la facultad para ejercer un control de constitucionalidad de la Ley de Presupuesto, con el mismo alcance que lo hace con respecto al resto de las normas jurídicas. Esta posición se encuentra en las antípodas de la opinión de otros juristas, que han considerado que la decisión presupuestaria es una “cuestión política no justiciable” (como si hubiera decisión jurídica que no fuera política) o tiene el carácter de “acto institucional”<sup>7</sup>. Por consiguiente, para Horacio Corti los jueces están facultados para declarar la invalidez de una decisión presupuestaria porque controvierte algún principio constitucional o porque no ha asignado los fondos necesarios para cumplir con una obligación constitucional o legal<sup>8</sup>. Esto se va a traducir en que no puede subordinarse un derecho a su reconocimiento en la Ley de Presupuesto.

Evidentemente, esta intervención del Poder Judicial tensiona con el principio de reserva de ley, ya que el juez en el caso concreto estaría disponiendo que el Estado asigne recursos financieros. Debemos percatarnos, además, que los jueces no son elegidos directamente por el pueblo y no son representativos de la ciudadanía<sup>9</sup>. Sin embargo, esta tensión es propia del control de constitucionalidad, que admite que los jueces declaren la invalidez de las normas dictadas por los otros poderes políticos representativos. A su vez, debemos advertir que el ejercicio de esta facultad debe fundarse en una argumentación jurídica en la que manifiesten que se protege un derecho reconocido en la Constitución Nacional. Para moderar la afectación al principio de reserva de ley y, por ende, a la decisión democrática, Corti plantea la posibilidad de que intervenga el Congreso luego de dictada la

<sup>7</sup> Ver al respecto, BARRA, Rodolfo, “Aspectos jurídicos del presupuesto”, RAP nro. 98, noviembre 1986, p. 7.

<sup>8</sup> Para justificar esta tesis, Horacio Corti introduce el principio de preferencia de ley, por el cual hay determinados regímenes jurídicos dictados por el Congreso que autolimitan la sanción de leyes. De este modo, se restringe el principio de que la ley posterior deroga a la ley anterior. En materia presupuestaria va a significar que haya regímenes jurídicos que reconozcan ciertos derechos que impliquen obligaciones estatales que pueden ser exigidas, pese a que no haya previsión presupuestaria.

<sup>9</sup> Para un análisis de su actuación como poder contramayoritario, ver GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno*, Ariel, Barcelona, 1995.

sentencia, o que el Jefe de Gabinete realice una modificación en la asignación de las partidas presupuestarias.

En los últimos capítulos de la obra analiza con mayor detalle la conexión existente entre presupuesto y derechos humanos. Debemos precisar previamente que es un tema de debate las limitaciones que implica a las decisiones de los órganos nacionales la normativa internacional de derechos humanos y la interpretación realizada por los organismos internacionales, que muchas veces va más allá de una aplicación literal. Esto ha generado que desde algunos sectores se considere que se afectan garantías constitucionales en desmedro de la protección de ciertos derechos humanos<sup>10</sup>, se responda a objetivos políticos foráneos o que se adopten criterios de órganos no democráticos y alejados de las realidades locales<sup>11</sup>. En su análisis, Corti se pronuncia por la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos al momento de adoptar la decisión presupuestaria.

Esta posición va a implicar que se deba garantizar cierto contenido esencial de los derechos humanos (aun en situaciones de emergencia pública) en la decisión presupuestaria. Asimismo, la decisión presupuestaria debe respetar el deber de progresividad en la eficacia de los derechos humanos. Lo cual va a implicar que año tras año se asignen una mayor cantidad de recursos a satisfacer los derechos sociales y a proteger a determinados grupos vulnerables (mujeres y niños, entre otros). Para ello, pueden utilizarse indicadores como el porcentaje del PBI o el porcentaje del presupuesto total. Esta progresividad debe ser garantizada con todos los medios disponibles, es decir, todos los recursos que pueda obtener el Estado, no limitándose al régimen financiero vigente. A su vez, del deber de progresividad se deduce la prohibición de regresividad, por la cual, no se debe disminuir la eficacia de un derecho. Por lo tanto, la decisión presupuestaria no debe disminuir los recursos asignados a los derechos sociales y a determinados grupos vulnerables. Se admiten reducciones excepcionales y temporales en tiempos de crisis graves, debiendo el Estado justificar la medida como necesaria<sup>12</sup>. Por nuestra parte, consideramos que no

<sup>10</sup> Daniel Pastor considera que los avances en el castigo de los delitos de lesa humanidad ha provocado la restricción de ciertas garantías constitucionales como la prescripción. Ver al respecto su trabajo "La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos", *Revista Nueva Doctrina Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 74.

<sup>11</sup> Para una defensa, ver ABRAMOVICH, Víctor, "Editorial", *Revista Nueva Doctrina Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007.

<sup>12</sup> Ver el ya clásico artículo de ABRAMOVICH, Víctor - COURTIS, Cristián, "Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales", *Revista Contextos*, nro. 1, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 52.

es admisible la regresividad respecto del gasto social a la infancia, donde debe regir una prohibición de regresividad absoluta. Otro de los principios del derecho internacional de los derechos humanos es el *pro homine*, por el cual se debe aplicar la norma que reconoce con mayor alcance o restringe en menor medida un derecho humano<sup>13</sup>. Finalmente, un principio reconocido en numerosos tratados de derechos humanos es la prohibición de discriminación; por lo tanto, resulta exigible que la decisión presupuestaria no trate en forma desigual a las personas al momento de distribuir los derechos. Desde ya, resulta complejo en ciertas circunstancias advertir cuándo hay un trato desigual, más cuando hay distinciones que son justificadas<sup>14</sup>. Por otro lado, las situaciones de desigualdad estructural requieren de medidas de acción positivas, que implican en sí un trato discriminatorio a favor de grupos tradicionalmente discriminados.

Otra de las consideraciones fundamentales es que para Horacio Corti no resulta una excusa esgrimible por el Estado la falta de recursos asignados para incumplir con una obligación, ya que considera que la existencia de un derecho es independiente de la decisión presupuestaria.

Cuando analiza la posibilidad de que exista una jerarquía entre los derechos humanos, considera que deben subordinarse los derechos propietarios a los demás derechos fundamentales. De modo que ofrece un criterio para resolver conflictos de derechos.

<sup>13</sup> PINTO, Mónica, *Temas de derechos humanos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 81.

<sup>14</sup> Corti justifica los privilegios para promover una actividad en que sean otorgados por ley, limitados temporalmente, sean un medio para obtener un bien general, exista relación causal entre la ventaja y el beneficio general y haya control público.



# LITERATURA Y DERECHO



## BORGES Y LA LOTERÍA DE LOS INFORTUNIOS

JAIME F. COAGUILA VALDIVIA \*

**Resumen:** El cuento “La lotería en Babilonia” (1941) del escritor Jorge Luis Borges permite reflexionar en qué medida el azar está presente en el Derecho y si es factible plantear una Teoría de los Juegos en las decisiones jurídicas que englobe los juegos jurídicos normativos, los juegos no jurídicos y el juego de la anomia, todo ello respaldado por una razón lúdica en contraposición con la razón estratégica.

**Abstract:** The tale *The Lottery in Babylon* (1941) by the writer Jorge Luis Borges allows a reflection on the extent up to which chance is present in the Law, and whether it is possible to create a theory of games in legal decisions that includes normative games, non-legal games and anomia games, everything backed by a playful reason as opposed to a strategic reason.

**Palabras clave:** Lotería - Juegos del Derecho - Juegos jurídicos normativos - Juegos no jurídicos - Juegos de la anomia - Razón lúdica.

**Keywords:** Lottery - Law games - Normative legal games - Non-legal games - Anomia games - Playful reason.

### I. LA LOTERÍA DE LOS INFORTUNIOS

“Soy de un país vertiginoso donde la lotería es la parte principal de la realidad: hasta el día de hoy, he pensado tan poco en ella como en la conducta de los dioses indescifrables de mi corazón”<sup>1</sup>. Así comienza el cuento intitulado “La lotería en Babilonia” (1941) del gran escritor argentino

\* Abogado (Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa), Perú.

<sup>1</sup> BORGES, Jorge L., *Ficciones*, Oveja Negra, Bogotá, 1984, p. 60.

Jorge Luis Borges, que narra la historia de una sociedad en la que el Estado es reemplazado por un organismo todopoderoso llamado la *Compañía* y que está encargado de llevar a cabo cada sesenta días una lotería de carácter secreto, gratuito y generalizado que sorteaba muchas veces números favorables, pero también en gran medida graves infortunios.

En opinión de Jean-Paul Braudillard, la originalidad del cuento consiste en extender este juego (la lotería) a todo el espectro social, invirtiendo la sólida infraestructura de las relaciones sociales por la superestructura del juego que hace de la indeterminación la instancia determinante, en una forma de *democracia radical*<sup>2</sup>, en la cual la suerte de los hombres se encuentra librada totalmente al azar. Sin embargo, cabe cuestionarse, si el desarrollo de esta lotería en realidad depende exclusivamente de la incertidumbre o es siempre necesario un conjunto de reglas mínimas para lograr su perfecto funcionamiento. El propio narrador reconoce que la lotería adquirió cada vez ribetes más sofisticados al introducirse al principio suertes adversas, luego días de prisión y finalmente someter todas las decisiones a otras loterías subsidiarias en las que se resolvía la forma de ejecución de la suerte obtenida. Así, en el caso de dictar la muerte de un hombre, el procedimiento era el siguiente:

Para su cumplimiento se procede a un otro sorteo, que propone (digamos) nueve ejecutores posibles. De estos ejecutores cuatro pueden iniciar un tercer sorteo que dirá el nombre del verdugo, dos pueden reemplazar la orden adversa por una orden feliz (el encuentro de un tesoro digamos), otro exacerbará la muerte (es decir la hará infame o la enriquecerá de torturas), otros pueden negarse a cumplirla<sup>3</sup>.

De la lectura de este fragmento se advierte la complejidad de los mecanismos de ejecución del azar que necesariamente se acompañaban de reglas estrictas y obligatorias, sin perjuicio de dejar un cierto campo de maniobrabilidad para las decisiones humanas, las que inclusive podrían cambiar el destino predestinado por la lotería. Entonces, si los hombres finalmente estaban permitidos en algunas ocasiones de renegar del azar, se puede concluir que la lotería sólo constituye una superestructura mental y que en realidad el desorden del mundo contemporáneo se comprende mejor apelando a la teoría de los juegos. La lotería de los infortunios tiene, pues, implícito un infinito juego de azares.

<sup>2</sup> HOLZAPTEL, Cristóbal, "Apuntes 'La lotería de Babilonia'", [www.plataforma.uchile.cl/fg/semestre1/\\_2004/juego/modulo2/clase2/doc/temas.doc](http://www.plataforma.uchile.cl/fg/semestre1/_2004/juego/modulo2/clase2/doc/temas.doc).

<sup>3</sup> BORGES, Jorge L., *Ficciones*, cit., p. 64.



## II. LOS JUEGOS DEL DERECHO EN BABILONIA

François Ost y Michel van der Kerchove han apuntado que “lejos de ser pura libertad o pura indeterminación, el juego radica más bien en la tensión misma que se establece entre dos polos y el despliegue de una actividad que aparece alejada de la creación de una novedad imprevisible como de una simple reproducción mecánica de los condicionamientos iniciales”<sup>4</sup>. Para estos autores, además de su objeto, el juego está regido por reglas específicas, las que tienen una textura lo suficientemente abierta como para permitir que exista una parte de incertidumbre interpretativa y una parte de juego, lo que no descarta la intervención de la arbitrariedad ni el empleo de la fantasía<sup>5</sup>.

En el tema de “La lotería en Babilonia” es evidente que el cumplimiento del azar implicaba la dación de una serie cada vez más compleja de reglas de Derecho, que permite encontrar al principio un *juego compuesto de normas* con carácter coercitivo para los gobernados, y luego un *juego puramente jurisdiccional* que institucionaliza tribunales para enjuiciar determinados comportamientos que en el caso del cuento se reducen a un complicado y quizás infinito proceso de ejecución de decisiones. En todo este ínterin aparecen *reglas formales* equiparables a las normas jurídicas coercitivas y *reglas empíricas* sustentadas en la probabilidad de que se produzcan determinados resultados sobre la base de un comportamiento<sup>6</sup>. Estas *reglas empíricas* se ilustran claramente cuando la decisión está librada a una persona, normalmente el verdugo, hecho que denota el sometimiento del destino a la magnitud humana de las meras probabilidades.

No obstante, la libertad del intérprete no deberá generar muchas expectativas, debido a que los *juegos jurídicos* con *reglas formales* y *empíricas* representan una parte de la amplia gama de los juegos, quedando además por descubrir aquellos *juegos no jurídicos*, como el *juego de la anomia*, en el que el poder deja sin regular ciertas cuestiones, abandonando a los gobernados a la inseguridad o a la perplejidad jurídicas, porque resulta en algunos casos más conveniente<sup>7</sup>. Esta última parece ser la situación en Babilonia, cuando entre las conjeturas sobre el funcionamiento de la *Compañía* se insinúa: “Hace ya siglos que no existe la Compañía y que el sacro desorden de nuestras vidas es puramente hereditario, tradicional”,

<sup>4</sup> OST, François - VAN DER KERCHOVE, Michel, *Elementos para una Teoría Crítica del Derecho*, trad. Pedro Lamas, UNIBIBLOS, Bogotá, 2001, p. 298.

<sup>5</sup> OST, François - VAN DER KERCHOVE, Michel, *Elementos...*, cit., ps. 298/299.

<sup>6</sup> CAPELLA, Juan R., *Elementos de análisis jurídico*, Trotta, Madrid, 1999, ps. 46 y 57/59.

<sup>7</sup> CAPELLA, Juan R., *Elementos...*, cit., p. 46.

mientras que otra sugiere: "...la Compañía es omnipotente pero que sólo influye en las cosas minúsculas", o por último: "...no ha existido ni nunca existirá".

Aparte de los juegos de lenguaje borgianos, es factible anotar que el Derecho tiene diferentes *juegos jurídicos normativos* y que incluso la lotería babilónica tiene la imperiosa necesidad de contar con reglas *formales* y *empíricas*, para hacer posible el proyecto de una sociedad gobernada por los infortunios. La reflexión iniciática de Borges sobre asumir a Babilonia como el territorio sagrado de la incertidumbre, se transmuta ahora en imaginarla como una suerte de resultado del entrelazamiento de *juegos jurídicos normativos* y *juegos no jurídicos* que pugnan por colocar la pieza faltante en un difícil rompecabezas jurídico.

### III. ¿HACIA UNA RAZÓN LÚDICA EN EL DERECHO?

Una vez un esclavo robó un billete carmesí, que en el sorteo lo hizo acreedor a que le quemaran la lengua. El código fijaba esa misma pena para el que robaba un billete<sup>8</sup>. Esto justificaba de alguna manera el poder místico de la Compañía y le brindaba un sostén metafísico a su omnímodo poder, pues era posible la imposición de una sanción "justa" con ayuda de la lotería. Más extensivamente Luis Pla Vargas agrega que la lotería de Babilonia brinda un ejemplo de cómo el azar interviene en el mundo, o cómo el mundo mismo es azar y el tiempo se ramifica infinitamente en opciones diversas<sup>9</sup>.

Aunque cabe pensar si detrás de esta arquitectura compleja de juegos se encuentra una especie de *razón lúdica*, algo que para Cristóbal Holzapfel permite la suspensión de la razón en el estadio existencial al no recalar en el fundamento suficiente, y que significa además esperar sencillamente que los fenómenos se apoderen de cada uno, como ocurre con el juego, la fiesta o el arte<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> BORGES, Jorge L., *Ficciones...*, cit., p. 64.

<sup>9</sup> PLA VARGAS, LUIS, "El Mundo Apalabrado", en *Astrolabio, Revista Internacional de Filosofía*, 2006, nro. 2. Ver: [www.ub.edu/astrolabio/Recensiones2/Luis%20Pla%20Vargas.pdf](http://www.ub.edu/astrolabio/Recensiones2/Luis%20Pla%20Vargas.pdf).

<sup>10</sup> CASTAÑEDA ZÚÑIGA, Fernanda, *El Homo Sacer y el Hombre Moderno. Ensayo guiado por Cristóbal Holzapfel*, Universidad de Chile, Programa Académico de Bachillerato, 2007. Ver: [www.cristobalholzapfel.cl/alumnos/fernanda%20casta%F1eda.pdf](http://www.cristobalholzapfel.cl/alumnos/fernanda%20casta%F1eda.pdf).

Creo advertir que esta percepción del juego pone el acento en su aspecto subjetivo y renuncia al asunto ideológico que de manera inevitable subyace en toda manifestación humana. Si bien la *razón lúdica* quiere suspender la fundamentación, es notorio que en el campo del Derecho la contemplación ontológica no puede estar ajena al ejercicio del poder.

“La lotería en Babilonia” ha retrotraído los juegos al escenario del Derecho y ha contribuido a cuestionar el modelo de la razón estratégica acostumbrado a la planificación perpetua, en tanto que la concepción de una sociedad con incertidumbres y debilidades retrata a los seres humanos desde un ángulo más cálido, más lúdico y tal vez menos artificioso.



# TRADUCCIÓN Y AFINES



## LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN LOS ESTADOS UNIDOS Y LA ARGENTINA

JULIO CÉSAR RIVERA (H) Y SANTIAGO LEGARRE \*

**Resumen:** En el trabajo se analiza la forma en que se expanden los efectos de la sentencia declarativa de inconstitucionalidad en dos sistemas de control de constitucionalidad difuso con efectos *inter partes*: el de Estados Unidos y el de la Argentina. Se destacan ciertas diferencias significativas entre ambos sistemas, concluyéndose que si bien en el derecho constitucional argentino, la regla general es que la declaración de inconstitucionalidad sólo tiene efectos *inter partes*, se produce una *expansión directa* de los efectos de las sentencias dictadas en los procesos relativos a derechos de incidencia colectiva, por lo que no presenta diferencias significativas con el sistema estadounidense, en donde esa *expansión directa* se produce, también, a través de las sentencias dictadas en acciones de clase. En cambio, a diferencia de lo que sucede en el derecho constitucional estadounidense, en la Argentina no hay una *expansión indirecta* de los efectos de los fallos de la Corte Suprema, puesto que en nuestro país no rige el principio de *stare decisis* vertical.

**Abstract:** This paper seeks to analyze how the effects of a declaratory judgment on constitutionality spread in two systems of diffuse constitutionality control with *inter partes* effects —that of the United States and Argentina. Certain significant differences are highlighted, and the conclusion is that although the general rule under the Argentine constitutional system is that the judgment on constitutionality is only effective *inter partes*, there is a direct spread of the effects of

\* Julio César Rivera (h) profesor adjunto de Derecho Constitucional (Pontificia Universidad Católica Argentina) y profesor de la Maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos (Universidad de Palermo). Santiago Legarre es profesor titular de Derecho Constitucional y de Escritura (Pontificia Universidad Católica Argentina), e investigador del CONICET. Los autores agradecen a Alberto B. Bianchi, Sebastián Elías, Juan J. Galeano, María Legarre, Clara Minieri y Héctor Sabelli sus valiosos comentarios.

decisions entered in proceedings relative to collective rights. That is why it does not differ much from the American system, where this spread is also produced by judgments entered in class actions. In Argentina, as opposed to the United States, there is no indirect spread of the effects of Supreme Court rulings because the vertical *stare decisis* doctrine is not in force.

**Palabras clave:** Declaración de inconstitucionalidad - Efectos - *Stare decisis* vertical - Expansión directa e indirecta.

**Keywords:** Order of unconstitutionality - Effects - Vertical *stare decisis* - Direct and indirect spread.

## I. CLASIFICACIÓN DE LOS SISTEMAS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN FUNCIÓN DEL ÓRGANO DE CONTROL Y DE LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

Los sistemas de control de constitucionalidad pueden ser clasificados de acuerdo con diversos criterios<sup>1</sup>. A los fines de este trabajo, sólo resulta necesario analizar la clasificación de los sistemas de control en función, por un lado, del órgano que ejerce el control de constitucionalidad, y por otro, de acuerdo con los efectos de las sentencias declarativas de inconstitucionalidad.

En lo que respecta al órgano de control, los sistemas de control de constitucionalidad se clasifican de la siguiente manera<sup>2</sup>:

(i) Control a cargo de órganos judiciales, que a su vez puede ser *difuso* (cualquier juez puede declarar la inconstitucionalidad de una norma)<sup>3</sup>, *concentrado* (existe un único órgano jurisdiccional con facultades exclusivas para ejercer el control de constitucionalidad)<sup>4</sup> o *mixto* (tanto un tribu-

<sup>1</sup> Para un examen detallado de las diversas clasificaciones, véase SAGÜÉS, Néstor P., *Recurso extraordinario*, t. I, 3ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1992, ps. 40-101.

<sup>2</sup> Cfr. BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. I-A, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 439.

<sup>3</sup> Adelantamos ya que el sistema de control judicial difuso existe, por ejemplo, en los Estados Unidos y en la Argentina.

<sup>4</sup> Este sistema ha sido adoptado en diversos países europeos, tales como Alemania, Austria, Italia, España y Portugal. Debe señalarse que en algunos de estos países (por ejemplo, en Austria, Italia y España) el tribunal constitucional es un “órgano *extra poder*” que se sitúa fuera del Poder Judicial. Sin embargo, estos tribunales constitucionales son asimilados a órganos judiciales porque la Constitución les da el nombre de “tribunales” o porque su forma de operar es muy similar a la de un tribunal judicial (cfr. SAGÜÉS, Néstor P., *Recurso...*, cit., p. 45).



nal constitucional —o corte suprema— como los jueces inferiores tienen la facultad de declarar la inconstitucionalidad de una norma, mediante distintas vías procesales<sup>5</sup>.

(ii) Control a cargo de órganos no judiciales, tales como el Consejo Constitucional en Francia<sup>6</sup>.

En lo que concierne a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, los sistemas de control se clasifican en dos grupos<sup>7</sup>:

(i) Aquellos en los que la declaración de inconstitucionalidad importa la derogación de la norma (sistemas de control de constitucionalidad con efectos *erga omnes*). Este efecto *erga omnes* constituye una de las características esenciales del sistema de control jurisdiccional *concentrado* de la mayoría de los países europeos<sup>8</sup>.

(ii) Aquellos en los que la declaración de inconstitucionalidad causa la no aplicación de la norma impugnada en el caso concreto, sin que la vigencia general de la norma se vea afectada (sistemas de control de constitucionalidad con efectos *inter partes*). El efecto *inter partes* parece ser una de las notas distintivas de los sistemas de control jurisdiccional *difuso* de los Estados Unidos<sup>9</sup> y de la Argentina<sup>10</sup>.

## II. LA EXPANSIÓN DE LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN LOS SISTEMAS DE CONTROL CON EFECTOS *INTER PARTES*: CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

En los sistemas de control de constitucionalidad con efectos *inter partes* la declaración de inconstitucionalidad implica, como dijimos, la no aplicación de una norma en el caso concreto. Sin embargo, los efectos de

<sup>5</sup> Es el caso de Perú, Venezuela, Brasil, Guatemala, Honduras y México (cfr. BIANCHI, Alberto B., “El control abstracto de constitucionalidad según el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires”, ED, Diario Serie Especial de Derecho Constitucional del 19/10/2000, p. 6).

<sup>6</sup> Cfr. BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado elemental...*, cit., t. I-A, p. 439.

<sup>7</sup> BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado elemental...*, cit., p. 441.

<sup>8</sup> Cfr. DORSEN, Norman - ROSENFELD, Michel - SAJÓ, Andrés - BAER, Sussanne, *Comparative Constitutionalism*, Thomson West, St. Paul, Minnesota, 2003, p. 138.

<sup>9</sup> DORSEN, Norman - ROSENFELD, Michel - SAJÓ, Andrés - BAER, Sussanne, *Comparative...*, cit.

<sup>10</sup> Cfr. BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado elemental...*, cit., t. I-A, p. 442. Sin embargo, debe advertirse que existen ejemplos de sistemas de control con efectos *erga omnes* en el derecho público provincial argentino. Véanse, por ejemplo, los arts. 175 de la Constitución de Chubut y 208 de la Constitución de Río Negro.

la sentencia declarativa de inconstitucionalidad pueden expandirse de dos formas, que llamaremos respectivamente “directa” e “indirecta”<sup>11</sup>. Esta *expansión directa* o *indirecta* no debe confundirse con el efecto derogatorio de la norma que produce la declaración de inconstitucionalidad en los sistemas de control de constitucionalidad con efectos *erga omnes*. En los sistemas de control *inter partes*, los jueces carecen del poder para derogar la norma impugnada. Por ello es preferible reservar la noción de efecto *erga omnes* para los sistemas de control de constitucionalidad en los cuales la sentencia declarativa de inconstitucionalidad produce la derogación de la norma. En los sistemas de control con efectos *inter partes*, es más correcto hablar de *expansión directa* o *indirecta* de los efectos de la sentencia declarativa de inconstitucionalidad. Sin embargo, la doctrina argentina utiliza con frecuencia la terminología de “efectos *erga omnes*” para referirse a la *expansión directa* o *indirecta* de los efectos de una sentencia, facilitando así la confusión de dos cosas que en realidad son distintas<sup>12</sup>.

Los efectos de la sentencia declarativa de inconstitucionalidad se expanden *directamente* cuando se permite a ciertos sujetos cuestionar la constitucionalidad de una norma en “representación” de un grupo de personas que posee un interés común<sup>13</sup>. El ejemplo más claro es el que surge del art. 43 de la Constitución Nacional, que autoriza al defensor del pueblo y a ciertas asociaciones a interponer la acción de amparo en tutela de derechos de incidencia colectiva. En estos casos, los efectos de la sentencia declarativa de inconstitucionalidad no se limitan exclusivamente al defensor del pueblo o a las asociaciones demandantes, sino a todas las personas

<sup>11</sup> Tomamos esta terminología de Alejandro Boulin, quien distingue entre efectos generales directos (como los generados por las sentencias dictadas en los procesos relativos a derechos de incidencia colectiva) e indirectos (que son los efectos que generan los fallos de un tribunal superior cuando resultan obligatorios para los tribunales inferiores). Cfr. BOULIN, Alejandro, “Los efectos de la sentencia declarativa de inconstitucionalidad”, LL Suplemento Actualidad, 20/5/2004, *passim*. La noción de *expansión indirecta* de los efectos de la sentencia como consecuencia del principio del *stare decisis* también ha sido utilizada por Mairal (cfr. MAIRAL, Héctor A., “Los efectos de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, ED 177-795/797).

<sup>12</sup> Véase, por ejemplo, BIANCHI, Alberto, B., *Control de constitucionalidad*, t. I, 2ª ed., Buenos Aires, 2002, ps. 351/352; BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado elemental...*, cit., t. I-A, p. 442; CASSAGNE, Juan Carlos, “Acerca de la eficacia *erga omnes* de las sentencias anulatorias de reglamentos”, ED 185-103.

<sup>13</sup> Cfr. BOULIN, Alejandro, “Los efectos de la sentencia...”, cit., *passim*. Según Boulin, los efectos generales de una sentencia “se generan directamente cuando una generalidad de personas se ven alcanzados por la sentencia, *sin que deban realizar actividad alguna, sino que simplemente, merced a la actuación procesal de otro sujeto, resultan comprendidos en una sentencia de mérito dictada en un proceso en el que no intervinieron*” (énfasis en el original).

“representadas” por estos sujetos. Esta expansión *directa* de los efectos de la acción declarativa de inconstitucionalidad se produce a partir de una expansión del concepto de parte<sup>14</sup>, ya que se reconoce como *partes* a sujetos que no intervienen personalmente en el proceso ni han otorgado mandato alguno a otros sujetos para que los representen.

La expansión *indirecta* de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad se produce a través del principio del *stare decisis* vertical, que consiste en la obligación de los jueces de resolver los casos que se encuentran pendientes de decisión ateniéndose al *holding* de las sentencias precedentes dictadas en casos similares por jueces de jerarquía superior<sup>15</sup>. En los sistemas de control con efectos *erga omnes*, la existencia de este principio, en materia de derecho constitucional, es irrelevante porque: (i) la norma declarada inconstitucional queda automáticamente derogada de manera tal que no puede ser aplicada en casos posteriores, y (ii) el control de constitucionalidad está generalmente concentrado en un solo órgano, de modo que los jueces inferiores carecen de la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de una norma. En cambio, el principio del *stare decisis* vertical tiene una importancia vital en los sistemas de control de constitucionalidad con efectos *inter partes*. En efecto, si los tribunales inferiores se encuentran obligados a adecuar sus decisiones en materia constitucional a lo resuelto por sentencias precedentes de tribunales de jerarquía superior, las diferencias entre los sistemas con efectos *inter partes* y con efectos *erga omnes* se diluyen significativamente (aunque subsisten siempre algunas diferencias)<sup>16</sup>. En este sentido, Bidart Campos sostiene que

Sin estar institucionalizado el sistema de efecto amplio o *erga omnes*, puede ocurrir que la sentencia declarativa de inconstitucionalidad, cuyo efecto se limita al caso, adquiera *ejemplaridad* y funcione como *modelo* que suscite *seguimiento*, en cuyo caso la fuente judicial, *sin derogar la norma*, consigue que el precedente se reitere, o que voluntariamente el órgano que dictó la norma la derogue. *De existir un sistema de jurisprudencia vinculatoria [sic], que obliga*

<sup>14</sup> Cfr. MAIRAL, Héctor A., *Control judicial de la Administración Pública*, t. II, Depalma, Buenos Aires, 1984, p. 845.

<sup>15</sup> Respecto de este tema, remitimos al lector interesado a: LEGARRE, Santiago - RIVERA (h), Julio César, “Naturaleza y dimensiones del *stare decisis*”, LL 2005-F-850, *passim*.

<sup>16</sup> Por ejemplo, en un sistema de control de constitucionalidad con efectos *inter partes*, si la Corte Suprema declara la inconstitucionalidad de una norma y con posterioridad cambia su jurisprudencia, la norma podría ser aplicada directamente, sin necesidad de una nueva sanción legislativa, puesto que no fue derogada por la declaración de inconstitucionalidad (cfr. DORSEN, Norman - ROSENFELD, Michel - SAJÓ, Andrés - BAER, Susanne, *Comparative...*, cit., p. 139).

*a determinados órganos judiciales a acatar la sentencia dictada en un caso, se acentúa el rigor del efecto que acabamos de mencionar*<sup>17</sup>.

El propósito de este trabajo es analizar la forma en que se expanden los efectos de la sentencia declarativa de inconstitucionalidad en dos sistemas de control de constitucionalidad difuso con efectos *inter partes* —el de los Estados Unidos y el de la Argentina— a los fines de destacar ciertas diferencias significativas entre ambos sistemas, y dejar planteados ciertos problemas e interrogantes que intentaremos responder en trabajos futuros.

### III. LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN LOS ESTADOS UNIDOS

El sistema de control de constitucionalidad estadounidense es de carácter jurisdiccional y difuso, con efectos *inter partes*. Sin embargo, se ha advertido, con razón, que la descripción del sistema de control estadounidense como un sistema con efectos exclusivamente *inter partes*, peca de simplista<sup>18</sup>. Ello es así, pues el sistema estadounidense presenta ciertas características que lo aproximan, en buena medida, a los sistemas con efectos *erga omnes* a la europea<sup>19</sup>.

En primer lugar, las virtualidades de la sentencia declarativa de inconstitucionalidad se expanden *directamente* en las acciones de clase, a partir de una expansión del concepto de parte: los miembros de una clase pueden accionar como “representantes” de toda la clase, de forma tal que los efectos de la sentencia alcanzan a todos los integrantes de esa clase, a pesar de su no participación en ese proceso. En segundo lugar, en los Estados Unidos los efectos de la declaración de inconstitucionalidad se expanden *indirectamente* en virtud de la obligación de los tribunales inferiores de atenerse a lo resuelto por sentencias precedentes dictadas por los tribunales de jerarquía superior —lo que algunos autores, a quienes nos sumamos, llaman *stare decisis* vertical<sup>20</sup>—. A continuación, analizaremos

<sup>17</sup> BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado elemental...*, cit., t. I-A, p. 442 (énfasis añadido). Conf. LEGARRE, Santiago, “*Stare decisis* y derecho judicial: a propósito de las enseñanzas del profesor Bidart Campos”, ED, Serie Derecho Constitucional, 2005-676, *passim*.

<sup>18</sup> JACKSON, Vicki C. - TUSHNET, Mark, *Comparative Constitutional Law*, Foundation Press, New York, 1999, p. 458.

<sup>19</sup> Para un análisis de estas similitudes, véase SHAPIRO, Martin - STONE SWEET, Alec, “Abstract and Concrete Review in the United States”, en SHAPIRO, Martin - STONE SWEET, Alec, *On Law, Politics & Judicialization*, Oxford University Press, New York, 2002, ps. 347 y ss.

<sup>20</sup> Cfr. LEGARRE, Santiago - RIVERA (H), Julio César, “Naturaleza y dimensiones del *stare decisis*”, cit., p. 853. En este trabajo intentamos explicar el sentido del *stare decisis* en general y analizamos sus dos dimensiones: horizontal y vertical.

ambos supuestos de extensión de los efectos de la sentencia declarativa de inconstitucionalidad.

### **1. La expansión directa de los efectos de la sentencia declarativa de inconstitucionalidad en los Estados Unidos**

Como ya adelantamos, la *expansión directa* de los efectos de la sentencia declarativa de inconstitucionalidad se produce cuando se autoriza a ciertos sujetos a impugnar la constitucionalidad de una norma en “representación” de un grupo indeterminado de personas que tienen un interés común, pero que no participan en el proceso en cuestión. Esa representación atípica permite que los efectos de la sentencia se extiendan a todas las personas “representadas” por dicho sujeto.

En el derecho estadounidense, esta atípica representación se concreta a través de las acciones de clase, establecidas por la Regla 23 de las Reglas Federales de Procedimiento Civil<sup>21</sup>. El examen detallado del funcionamiento de las acciones de clase del sistema estadounidense excede el objeto de este trabajo. Nos limitaremos, por lo tanto, a esbozar las características esenciales del sistema:

— Debe existir una clase identificable de personas, cuyos integrantes se encuentran ligados por la presencia de cuestiones de hecho o de derecho comunes a todos ellos.

— El o los sujetos que invocan la representación de los intereses de la clase deben ser miembros de la clase y demostrar al juez que ejercerán adecuadamente la representación de los restantes integrantes de la clase.

— El juez debe certificar que la acción tramitará como un proceso de acción de clase y notificar a todos los miembros de la clase, de la mejor manera posible, el inicio del proceso.

— La sentencia que se dicte en este proceso tendrá efectos vinculantes respecto de todos los integrantes de la clase, hayan o no participado en el proceso y, por ello, a todas esas personas beneficiará (o, en su caso, perjudicará)<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> Para un análisis completo de las acciones de clase del derecho estadounidense, véase, en la Argentina, CUETO RÚA, Julio C., “La acción por clase de personas (*class actions*)”, LL 1998-C-952, y BIANCHI, Alberto B., *Las acciones de clase*, Ábaco, Buenos Aires, 2001.

<sup>22</sup> Ello no sucede en todos los casos. Por ejemplo, los integrantes de la clase que no participaron en el proceso pueden argumentar que la sentencia no les es oponible porque no fueron debidamente notificados o porque sus intereses no estuvieron adecuadamente representados. Para un desarrollo de esta cuestión, véase BIANCHI, Alberto B., *Las acciones de clase...*, cit., ps. 96/101.

El uso de las acciones de clase se ha extendido, principalmente, en cuestiones de derecho civil y comercial. Sin embargo, estas acciones también han sido utilizadas, entre otras cosas, para tutelar derechos constitucionales, en especial en el marco de lo dispuesto por la Regla (23) (b) (2) de las Reglas Federales de Procedimiento Civil, que dispone la procedencia de la acción de clase cuando se cuestiona una conducta (activa u omisiva) de la parte contraria a la clase y los representantes de la clase buscan obtener órdenes o prohibiciones (*final injunctive relief*) o medidas declarativas (*declaratory relief*) en beneficio de todos los integrantes de la clase<sup>23</sup>. Por ejemplo, en “Pettit v. Gingerich”<sup>24</sup>, un tribunal certificó la existencia de una clase de personas constituida por todos los abogados de raza afroamericana que no habían aprobado el examen del Colegio de Abogados del estado de Maryland, los cuales alegaban que dicho Colegio realizaba conductas discriminatorias intencionales, violando, de esta manera, el principio de igualdad ante la ley consagrado por la Enmienda Decimocuarta de la Constitución Federal.

Las acciones de clase también han sido utilizadas para impugnar el reparto de viviendas sin respeto del debido proceso<sup>25</sup> y para cuestionar el tratamiento médico en un establecimiento carcelario, que se consideraba violatorio de las Enmiendas Octava y Decimocuarta de la Constitución Federal<sup>26</sup>. En todos estos supuestos, los efectos de la sentencia alcanzan *directamente* a todos los integrantes de la clase, a pesar de que no hayan intervenido en el proceso.

## **2. La expansión indirecta de los efectos de la sentencia declarativa de inconstitucionalidad**

Como adelantamos en el acápite II de este trabajo, la *expansión indirecta* de los efectos de la sentencia declarativa de inconstitucionalidad es consecuencia de la obligación de los tribunales inferiores estadounidenses de atenerse a lo resuelto por las sentencias precedentes dictadas por los

<sup>23</sup> Cfr. CUETO RÚA, Julio C., “La acción...”, cit., ps. 959/960, y BIANCHI, Alberto B., *Las acciones de clase...*, cit., ps. 74/75.

<sup>24</sup> 427 F. Supp. 282 (Tribunal de Distrito de Maryland, 1977), citado en CUETO RÚA, Julio C., “La acción...”, cit., p. 960.

<sup>25</sup> “Singleton v. Drew”, 485 F. Supp. 1020 (Tribunal de Distrito Este de Wisconsin, 1980), citado en BIANCHI, Alberto B., *Las acciones de clase...*, cit., p. 74.

<sup>26</sup> “Hines v. Anderson”, 439 F. Supp. 12 (Tribunal de Distrito de Minnesota, 1977), citado en BIANCHI, Alberto B., *Las acciones de clase...*, cit., p. 74.

tribunales de jerarquía superior, en virtud de lo que hemos llamado *stare decisis* vertical.

A los fines de comprender la forma en que se produce esta *expansión indirecta* a partir de la vigencia del principio del *stare decisis* vertical, resulta conveniente analizar la distinción entre la declaración de inconstitucionalidad *on its face* y la declaración de inconstitucionalidad *as applied*.

### 2.1. La distinción entre la declaración de inconstitucionalidad *on its face* y *as applied*: una primera aproximación

Los tribunales estadounidenses carecen del poder para derogar una norma<sup>27</sup>. Al igual que en el derecho constitucional argentino, la declaración de inconstitucionalidad de una norma inferior no produce su derogación. Sin embargo, los efectos de la declaración de inconstitucionalidad dependen, en cierta medida, de los argumentos utilizados por el tribunal para justificar su decisión.

En efecto, un tribunal judicial puede, en algunos casos, concluir que una norma es inconstitucional tal como la aplica en un determinado caso (*as applied*). Ello implica que los órganos del estado pueden continuar aplicando esta norma en circunstancias diferentes a las que motivaron su declaración de inconstitucionalidad<sup>28</sup>. Por ejemplo, la Corte Suprema estadounidense declaró la inconstitucionalidad de una norma que prohibía a todos los funcionarios estatales recibir una remuneración por la realización de un discurso o por la publicación de un artículo<sup>29</sup>. La norma fue declarada inconstitucional *as applied* a las partes (funcionarios estatales de jerarquía inferior), pero la Corte expresamente anticipó que la norma podía ser aplicada válidamente a funcionarios estatales de mayor jerarquía<sup>30</sup>. Dorf opina que la declaración de inconstitucionalidad de una norma *as applied* está sustentada en la presunción de que las aplicaciones constitucionales e inconstitucionales de una norma son separables<sup>31</sup>.

Por otro lado, un tribunal judicial puede declarar que la norma impugnada resulta inaplicable no solamente para el caso concreto sino en toda circunstancia. Esto es lo que la doctrina estadounidense denomina “decla-

<sup>27</sup> Cfr. FALLON (JR.), Richard H., “As-Applied and Facial Challenges and Thrid-Party Standing”, 113 *Harvard Law Review* 1321, 1339 (2000).

<sup>28</sup> Cfr. DORF, Michael C., “Facial Challenges to State and Federal Statutes”, 46 *Stanford Law Review*, 235, 236 (1994).

<sup>29</sup> “United States v. National Treasury Employees Union”, 115 S.Ct. 1003 (1995).

<sup>30</sup> 115 S.Ct. 1003, 1018-1019 (1995).

<sup>31</sup> DORF, Michael C., “Facial Challenges...”, cit., p. 250.



ración de inconstitucionalidad *on its face*". Esta declaración de inconstitucionalidad *on its face* —o *facial*— es admisible en dos supuestos:

(i) Cuando el vicio constitucional que padece la norma no es susceptible de ser subsanado mediante la separación de los aspectos constitucionales y los inconstitucionales de la norma, en razón de extenderse el vicio a toda aplicación posible de aquélla. Es decir, la aplicación de la norma resultaría inconstitucional en cualquier circunstancia imaginable<sup>32</sup>.

(ii) Cuando la norma impugnada es *overbroad*, o sea, cuando la norma tiene tanto aplicaciones constitucionales como inconstitucionales, pero existen razones de política constitucional (*constitutional policy*) que desaconsejan ir delimitando los contornos constitucionales de la norma caso por caso y llevan a que el tribunal declare la inaplicabilidad total de la norma, es decir, su inconstitucionalidad "*facial*"<sup>33</sup>.

<sup>32</sup> Véase, por ejemplo, "United States v. Salerno", 481 U.S. 739, 745 (1987). En este caso, la Corte Suprema afirmó que el éxito de la impugnación de una norma *on its face* exigía la demostración de que ella no podía ser válidamente aplicada en ninguna circunstancia (481 U.S. 739, 745 [1987]). Este tipo de declaración de inconstitucionalidad *on its face* se da generalmente en casos en los que el demandante plantea lo que se llama un *facial challenge*. Sin embargo, la doctrina estadounidense ha relativizado la distinción entre *facial challenges* (pedido de declaración de inaplicabilidad total de la norma) y *as-applied challenges* (pedido de declaración de inaplicabilidad de la norma en el caso concreto) (FALLON [JR.], Richard H., "As-Applied and Facial Challenges...", cit., p. 1321. Es este mismo sentido, véase, DORF, Michael C., "Facial Challenges...", cit., p. 294). Según Fallon, toda cuestión constitucional se origina con la afirmación del peticionante de que la aplicación de una determinada norma en el caso concreto es inconstitucional (FALLON [JR.], Richard H., "As-Applied and Facial Challenges...", cit., p. 1327). Al analizar esta cuestión constitucional, Fallon destaca que el tribunal debe aplicar el test de constitucionalidad correspondiente y es este test el que, en ciertos casos y debido a sus notas características, conduce al tribunal a declarar la inconstitucionalidad de una norma no sólo *as applied* en el caso concreto sino *on its face* (ps. 1327/1328). De esta manera, Fallon concluye que la declaración de inconstitucionalidad *on its face* depende del test de constitucionalidad que corresponda aplicar en cada caso (p. 1321). Pareciera, pues, que la declaración de inconstitucionalidad *on its face* es independiente del tipo de *challenge* formulado por el demandante, porque hay ciertos tests de constitucionalidad que necesariamente llevan al tribunal a examinar la validez de la norma *on its face*. Estos tests identifican defectos constitucionales que se extienden necesariamente a toda la norma impugnada, de manera tal que ésta no puede ser aplicada de forma válida bajo ninguna circunstancia. En otras palabras, el vicio constitucional que sufre la norma no es susceptible de ser subsanado mediante una interpretación restrictiva o una declaración parcial de inconstitucionalidad. En estos casos, los tribunales estadounidenses pueden declarar la inconstitucionalidad de la norma *on its face*, tal como sostuvo la Corte Suprema en "Salerno".

<sup>33</sup> De acuerdo con esta doctrina del *overbreadth*, que en principio se aplica exclusivamente en materia de libertad de expresión, los tribunales judiciales pueden declarar la inconstitucionalidad *on its face* de una norma que es *overbroad*. Según la jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense, una norma es *overbroad* cuando: (i) tiene demasiadas



## 2.2. *Las diferencias existentes entre la declaración de inconstitucionalidad as applied y on its face en relación con la declaración de inconstitucionalidad*

La distinción entre la declaración de inconstitucionalidad *on its face* y *as applied* es relevante a los fines de determinar los efectos de la declaración de inconstitucionalidad en el sistema legal estadounidense y después poder comparar dicho sistema con el argentino.

En principio, y en teoría, tanto la declaración de inconstitucionalidad *on its face* como la *as applied* generan efectos directos solamente entre las partes del litigio, respecto de las cuales la decisión goza de autoridad de cosa juzgada y, por tanto, no puede volver a ser discutida<sup>34</sup>.

Sin embargo, como ya adelantamos, los efectos de la declaración de inconstitucionalidad se extienden —indirectamente— como consecuencia del *stare decisis* vertical<sup>35</sup>. Ya dijimos que en el derecho estadounidense los jueces tienen la obligación de resolver los casos que se encuentran pendientes de decisión ateniéndose al *holding* de las sentencias precedentes dictadas en casos similares por jueces de la misma jurisdicción de jerarquía superior. Por ello, cuanta más jerarquía tiene el tribunal que dicta la sentencia, más se expanden los efectos de sus decisiones, dado que los tribunales inferiores no pueden apartarse de lo decidido en casos análogos por tribunales jerárquicamente superiores.

Esta extensión indirecta de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad —que se genera como consecuencia del *stare decisis* vertical— se potencia claramente cuando la norma es declarada inconstitucional *on its face* por la Corte Suprema. En estos casos, la norma queda “totalmente inoperativa”<sup>36</sup>. ¿Cómo se genera esta inoperatividad total de la norma inconstitucional? Recordemos que la declaración de inconstitucionalidad *on its face* implica que la norma deviene inaplicable en toda circunstancia. Si el tribunal que efectúa la declaración de inconstitucionalidad *on its face* es

---

aplicaciones potencialmente inconstitucionales (es decir, la norma sería inconstitucional en la mayor parte de los casos en que resultase aplicable), y (ii) no resulta posible realizar una interpretación restrictiva que subsane el defecto constitucional que la norma padece (cfr. FALLON [JR.], Richard H., “Making sense of overbreadth”, 100 *Yale Law Journal* 853, 863 [1991]; TRIBE, Laurence, *American Constitutional Law*, 2ª ed., The Foundation Press, Mineola, New York, 1988, p. 1022).

<sup>34</sup> Cfr. FALLON [JR.], Richard H., “As-Applied and Facial Challenges...”, cit., ps. 1339/1340.

<sup>35</sup> Véase lo explicado al comienzo del acápite III de este trabajo.

<sup>36</sup> “*Ada v. Guam Society of Obstetricians and Gynecologists*”, 506 U.S. 1011, 1012 (1992) (disidencia de Scalia, J.).

la Corte Suprema, los tribunales inferiores se encuentran obligados —en virtud del *stare decisis* vertical— a atenerse al *holding* del precedente *in point* de la Corte Suprema. Por lo tanto, los tribunales inferiores no pueden aplicar *en ninguna circunstancia* la norma declarada inconstitucional *on its face* por la Corte Suprema<sup>37</sup>. Además, la Corte Suprema —como cualquier tribunal judicial federal— puede ordenar a la Administración estatal o federal que se abstengan de aplicar la norma declarada inconstitucional *on its face* y la Administración no puede desobedecer dicha orden sin incurrir en el delito de *contempt of court* (que se asemeja al delito de desobediencia previsto en el art. 239 de nuestro Código Penal)<sup>38</sup>.

Ello constituye una diferencia importante con la declaración de inconstitucionalidad *as applied*, pues en estos casos los tribunales inferiores y demás órganos del estado pueden continuar aplicando la norma en circunstancias diferentes a aquellas que justificaron su declaración de inconstitucionalidad<sup>39</sup>.

En cambio, las diferencias entre los efectos de la declaración de inconstitucionalidad *on its face* y los efectos de la declaración de inconstitucionalidad *as applied* se diluyen significativamente cuando la decisión es

<sup>37</sup> Debe hacerse una distinción en relación con este punto. Si la norma declarada inconstitucional *on its face* es de naturaleza federal, los tribunales inferiores no pueden eludir el *holding* de la Corte Suprema mediante una interpretación restrictiva de la norma (cfr. ISSERLES, Marc E., “Overcoming Overbreadth: Facial Challenges and the Valid Rule Requirement”, 48 *American University Law Review* 359, 360, n. 2 [1998]). Pero si se trata de una norma estatal, los tribunales estatales podrían, en principio, realizar una interpretación restrictiva de la norma impugnada (con el fin de subsanar sus defectos constitucionales) y continuar aplicando dicha norma en el futuro (ISSERLES, Marc E., “Overcoming...”, cit.). Sin embargo, Fallon sostiene —y parece razonable— que no podría sancionarse a persona alguna por las conductas realizadas con anterioridad a la formulación de esa interpretación restrictiva (FALLON [JR.], Richard H., “As-Applied and Facial Challenges...”, cit., p. 1341, n. 109).

<sup>38</sup> Cfr. MAIRAL, Héctor, *Control judicial...*, cit., p. 855. Respecto de la facultad de los tribunales federales de los Estados Unidos para ordenar a los funcionarios estatales o federales que no apliquen una norma inconstitucional, véase CHERMERINSKY, Edwin, *Federal Jurisdiction*, Aspen Publishers, United States, 2007, ps. 432/435 y 633/634. Debe tenerse presente, sin embargo, que el Poder Ejecutivo puede excepcionalmente volver a plantear la cuestión en un nuevo caso (cfr. MAIRAL, Héctor A., “Los efectos de las sentencias...”, cit., p. 797).

<sup>39</sup> Por ejemplo, como vimos en el caso “United States v. National Treasury Employees Union”, citado en la nota 29 *supra*, la prohibición de recibir una remuneración por la realización de un discurso o la publicación de un artículo fue declarada inconstitucional solamente respecto de los funcionarios públicos de jerarquía inferior, de manera tal que los tribunales judiciales podían continuar aplicando esta prohibición respecto de los funcionarios estatales de mayor jerarquía.

dictada por un tribunal federal de distrito<sup>40</sup>. En ambos casos, la decisión no resulta obligatoria para los otros tribunales federales de distrito, que pueden adoptar una conclusión diferente<sup>41</sup>. Por otro lado, si bien los tribunales de distrito también tienen la facultad de ordenar a los funcionarios estatales o provinciales que se abstengan de aplicar una norma inconstitucional, el efecto de dicha orden es relativo, ya que la Administración —estatal o federal— podría continuar ejecutando dicha norma fuera de la jurisdicción del tribunal.

### 3. Síntesis del sistema constitucional estadounidense en materia de efectos de la declaración de inconstitucionalidad

Resumiendo lo explicado hasta aquí:

— En los Estados Unidos, la declaración de inconstitucionalidad no produce la derogación de la norma declarada inconstitucional.

— La norma puede ser declarada inconstitucional *as applied* u *on its face*.

— Una norma es declarada inconstitucional *as applied* cuando su aplicación es inconstitucional en el caso concreto, pero puede ser constitucionalmente aplicada en otros supuestos fácticos. Es muy importante destacar que *ésta es la regla general* en el derecho constitucional estadounidense<sup>42</sup>.

— Excepcionalmente, los tribunales estadounidenses pueden declarar la inconstitucionalidad *on its face* de una norma: (i) cuando el vicio constitucional que padece se extiende a toda aplicación posible de la norma, de forma tal que su aplicación resultaría inconstitucional en cualquier circunstancia; y también (ii) cuando la norma es inconstitucional en la mayor parte de los casos en que podría ser aplicada y existen razones de política constitucional que tornan desaconsejable ir delimitando los contornos constitucionales de la norma caso por caso.

— En ambos supuestos (*on its face* y *as applied*), los efectos de la declaración de inconstitucionalidad se *expanden indirectamente* a través del principio del *stare decisis* vertical. Por ello, cuanta más jerarquía tiene el tribunal que dicta la sentencia, más se expanden sus efectos, puesto que los tribunales inferiores no pueden (*rectius*: no *deben*) apartarse de la doctrina establecida por los tribunales jerárquicamente superiores.

<sup>40</sup> FALLON (JR.), Richard H., “As-Applied and Facial Challenges...”, cit., p. 1340. Los tribunales de distrito son jueces federales de primera instancia.

<sup>41</sup> FALLON (JR.), Richard H., “As-Applied and Facial Challenges...”, cit.

<sup>42</sup> FALLON (JR.), Richard H., “As-Applied and Facial Challenges...”, cit., p. 1328.

— Esta *expansión indirecta* de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad—que se genera como consecuencia del *stare decisis* vertical—se potencia cuando la norma es declarada inconstitucional *on its face* por la Corte Suprema. En este caso, la norma queda totalmente inoperativa, acercando bastante el sistema de control de constitucionalidad estadounidense al sistema de control con efectos *erga omnes*, aunque no del todo<sup>43</sup>. Esta inoperatividad se ve reforzada cuando la Corte Suprema ordena a la Administración —estatal o federal— que se abstenga de aplicar la norma declarada inconstitucional.

— Los efectos de la sentencia declarativa de inconstitucionalidad también pueden *expandirse directamente* en las acciones de clase, como consecuencia de una expansión del concepto de parte.

#### IV. LOS EFECTOS DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN LA ARGENTINA

La doctrina tradicional de la Corte Suprema argentina es que la declaración de inconstitucionalidad de una norma tiene solamente efectos *inter partes*. La declaración de inconstitucionalidad implica, en el derecho argentino, la no aplicación de la norma en el caso concreto<sup>44</sup>. Por ello, Bianchi afirma que “la declaración de inconstitucionalidad en realidad constituye una declaración de inaplicabilidad”<sup>45</sup>.

Sin embargo, en los últimos años, se han identificado algunos supuestos excepcionales en donde los efectos de las sentencias trascienden el caso concreto<sup>46</sup>. El propósito de este acápite es analizar esos supuestos a los fines de determinar de qué forma y en qué medida los efectos de las sentencias judiciales se expanden fuera del caso concreto en el derecho argentino. Nuestra tesis es que en la Argentina sólo existen supuestos de *expansión directa* de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad que se originan a partir de un concepto ampliado de parte. En cambio, la *expansión indirecta* de los efectos de los fallos de la Corte Suprema es mucho más limitada porque no existe en el derecho argentino el principio del *stare decisis* vertical y, por lo tanto, los tribunales inferiores pueden,

<sup>43</sup> Cfr. nota 16 y texto que la acompaña *supra*.

<sup>44</sup> Véase, en este sentido, Corte Sup., 13/5/1966, “Rubén Malenky s/art. 302, Código Penal”, Fallos 264:364/365.

<sup>45</sup> BIANCHI, Alberto, B., *Control de constitucionalidad*, cit., t. I, p. 343.

<sup>46</sup> Véase, por ejemplo, BIANCHI, Alberto B., “Algunas reflexiones sobre los efectos de las sentencias”, RDA 2002-1, *passim*.

dadas ciertas condiciones, apartarse del *holding* de los precedentes de los tribunales jerárquicamente superiores.

## **1. Los supuestos de *expansión directa* de los efectos de la acción declarativa de inconstitucionalidad**

### *1.1. Las sentencias relativas a derechos de incidencia colectiva*

Como adelantáramos en la Sección II, *supra*, el art. 43, párr. 2º, de la Constitución Nacional (incorporado por la reforma de 1994), establece que se encuentran legitimados para interponer una acción de amparo contra “cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen el ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general”, el afectado por dicho acto, el defensor del pueblo y las asociaciones. El otorgamiento de legitimación al defensor del pueblo de la Nación y a las asociaciones en materia de tutela de derechos de incidencia colectiva representó un cambio sustancial en nuestra estructura constitucional, en la medida en que reconoció el derecho a interponer una acción de amparo a sujetos potencialmente distintos de los afectados en forma directa por el acto u omisión que, “en forma actual o inminente, lesiona, restringe, altera o amenaza, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos o garantías reconocidos por la Constitución, un tratado o la ley”<sup>47</sup>. Amén de lo dispuesto por el art. 43 de la Constitución Nacional, el Congreso se encuentra facultado para ampliar la legitimación colectiva a otros supuestos no contemplados en la norma constitucional. Por ejemplo, el art. 52 de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor —recientemente reformada por la ley 26.361— otorga también legitimación para accionar en tutela de intereses colectivos de los consumidores a la autoridad de aplicación nacional o local y al Ministerio Público Fiscal.

Como explican Maurino, Nino y Sigal, las asociaciones del art. 43 y el defensor del pueblo no litigan un derecho propio, sino que ejercen una forma de función representativa<sup>48</sup>. En otras palabras, tanto el art. 43, párr. 2º, de la

<sup>47</sup> Si bien el art. 43, CN, solamente hace referencia a la acción de amparo, la Corte Suprema ha sostenido que la defensa de los *derechos de incidencia colectiva* puede también tener lugar por vías procesales distintas al amparo (cfr. Corte Sup., 3/5/2005, “Verbitsky, Horacio”, LL 2005-E-39, consid. 17 del voto de la mayoría).

<sup>48</sup> Cfr. MAURINO, Gustavo - NINO, Ezequiel - SIGAL, Martín, *Acciones colectivas*. LexisNexis, Buenos Aires, 2005, p. 290.

MAURINO, Gustavo - NINO, Ezequiel - SIGAL, Martín, *Acciones...*, cit., p. 190.

Constitución Nacional, como el art. 52, ley 24.2460, autorizan a diversos sujetos a arrogarse la “representación” de un grupo indeterminado de personas y obtener una sentencia judicial cuyos efectos se extienden a todo el grupo.

En virtud de esta *expansión directa* de los efectos de la sentencia a todos los miembros del grupo (a pesar de su no participación en este proceso colectivo), la mayor parte de la doctrina argentina ha concluido que las sentencias dictadas en juicios relacionados con derechos de incidencia colectiva tienen efectos prácticamente *erga omnes*<sup>49</sup>.

Esta terminología es, sin embargo, imprecisa. En primer lugar, porque la noción de “efectos *erga omnes*” está ligada a la derogación de la norma declarada inconstitucional, característica, como vimos, de sistemas de control a la europea, distintos del nuestro. Y, además, porque ni siquiera en sentido impropio podría sostenerse que una sentencia dictada en este tipo de procesos colectivos tiene “efectos *erga omnes*”, ya que los efectos de la sentencia se extienden *exclusivamente* a los integrantes del grupo representado por los legitimados institucionales.

Veamos un caso concreto para comprender con mayor claridad este tema. La Dirección General de Defensa del Consumidor de la Ciudad de Buenos Aires —en su carácter de autoridad de aplicación de la ley de Defensa del Consumidor de la Ciudad de Buenos Aires— inició una acción colectiva contra la Banca Nazionale del Lavoro a fin de que cesara en el cobro de ciertos cargos ilegítimos, impuestos por dicho Banco a los usuarios de tarjetas de crédito y restituyera a cada uno de ellos las sumas percibidas de forma ilegítima<sup>50</sup>. Los efectos de la sentencia condenatoria dictada por la Cámara Comercial se extendieron *directamente* a todo el grupo representado por el legitimado institucional (la Dirección General de Defensa del Consumidor de la Ciudad de Buenos Aires): o sea, los usuarios de tarjeta de crédito —clientes de la Banca Nazionale del Lavoro— en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires. En cambio, los efectos de esta sentencia no

<sup>49</sup> Cfr. BALBÍN, Carlos, “Sobre la legitimación en el proceso de amparo”, LL 2001-B-1172; BIANCHI, Alberto B., *Control de constitucionalidad*, cit., t. I, p. 386; BOULIN, Alejandro, “Los efectos de la sentencia...”, cit.; GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, t. II, 5ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, p. II-4; SAGÜÉS, Néstor P., “Los efectos expansivos de la cosa juzgada en la acción de amparo”, en TORICELLI, Maximiliano (coord.), *El amparo constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1999, ps. 19 y 27. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema no es tan clara al respecto. En este sentido, véase “Prodelco v. Poder Ejecutivo nacional” (Corte Sup., 7/5/1998, LL 1998-C-574), en donde la mayoría de la Corte Suprema cuestiona, en el consid. 27, el efecto *erga omnes* de la sentencia de la Cámara de Apelaciones.

<sup>50</sup> C. Nac. Com., sala E, 10/5/2005, “Dirección General de Defensa del Consumidor de la Ciudad de Buenos Aires v. Banca Nazionale del Lavoro”, LL 2005-C-726.

se extienden a los usuarios de tarjeta de crédito y clientes de sucursales de la Banca Nazionale del Lavoro con asiento en otras jurisdicciones ni a los usuarios de tarjetas de crédito de otros bancos que impusieran los mismos cargos ilegítimos en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires.

Ahora bien, ¿constituye esto una excepción al principio tradicional de que la declaración de inconstitucionalidad tiene solamente efectos *inter partes*? Creemos que no. Como ya hemos señalado, el sujeto activo o legitimado institucional que cuestiona la constitucionalidad de una norma —ya sea el defensor del pueblo, una asociación de las mencionadas en el art. 43, CN o el afectado— está “representando” a todas las personas afectadas por la norma impugnada. O sea, esas personas también son, de alguna manera, *parte* en el proceso colectivo (en virtud de la “representación” que ejerce alguno de los sujetos del art. 43, CN)<sup>51</sup>. Por ello es que la sentencia dictada en estos procesos colectivos alcanza *directamente* a todas las personas representadas por el demandante<sup>52</sup> y estas personas podrán: (i) solicitar el cumplimiento de la sentencia mediante la vía del proceso de ejecución de sentencia y (ii) oponer la defensa de cosa juzgada si la parte demandada intentara hacer valer contra ellos la norma declarada inconstitucional.

Como acertadamente explican Maurino, Nino y Sigal, “el fenómeno normativo de la cosa juzgada en los procesos colectivos [comprende] a todo el grupo que ha sido defendido; no por alguna transformación en las reglas o principio sobre este instituto, ni por una supuesta incorporación de acciones populares, sino por la existencia de casos (causas, controversias) colectivos”<sup>53</sup>. De forma tal que “al afirmar esta regla sobre la cosa juzgada en los casos colectivos no están siendo negados u olvidados ni el principio de que los tribunales sólo deben fallar en ‘causas’, ni el principio de que la cosa juzgada —fenómeno jurídico— comprende subjetivamente a aquellos cuyas posiciones jurídicas se han debatido en el proceso, pues en el caso colectivo el alcance subjetivo de la causa comprendería, en principio, al grupo que ha sido defendido de acuerdo con lo pedido y a la causa de pedir”<sup>54</sup>.

<sup>51</sup> Por lo tanto, parece un error afirmar, como hace Manili, que la declaración de inconstitucionalidad realizada en el marco de un amparo colectivo “tiene un efecto que excede al de las partes en el pleito” (cfr MANILI, Pablo L., “Las nulidades en el derecho constitucional [un debate pendiente]”, LL 2005-C-1000, p. 1014).

<sup>52</sup> Cfr. BOULIN, Alejandro, “Los efectos de la sentencia...”, cit, *passim*.

<sup>53</sup> Cfr. MAURINO, Gustavo - NINO, Ezequiel - SIGAL, Martín, *Acciones...*, cit., p. 283.

<sup>54</sup> MAURINO, Gustavo - NINO, Ezequiel - SIGAL, Martín, *Acciones...* cit.



En síntesis, las sentencias dictadas en cuestiones relativas a derechos de incidencia colectiva extienden sus efectos de forma *directa* a todas las personas representadas por el sujeto activo (defensor del pueblo, asociación del art. 43, CN, o el afectado). Pero, cabe reiterarlo, esta *expansión directa* de los efectos de las sentencias, que se origina a partir de una expansión del concepto de *parte*, no puede ser concebida como un supuesto de “efectos *erga omnes*” y carece de toda relación con el principio de *stare decisis* vertical, que genera una *expansión indirecta* de los efectos de las sentencias, como consecuencia de la obligación de los tribunales inferiores de seguir el *holding* de los precedentes de los tribunales jerárquicamente superiores —cuando esta obligación existe—.

### 1.2. La autoatribución de efectos *erga omnes* por parte de la Corte Suprema

En “Monges c. UBA”<sup>55</sup>, la Corte Suprema declaró la nulidad de una resolución del Consejo Superior de la Universidad de Buenos Aires que había declarado la invalidez del Curso Preuniversitario creado por resolución del Consejo Directivo de la Facultad de Medicina. La Corte sostuvo que

...dada la naturaleza de la materia de que se trata, corresponde declarar que la autoridad de esta sentencia deberá comenzar a regir para el futuro, a fin de evitar perjuicios a los aspirantes a ingresar a la Facultad de Medicina quienes, aun cuando se hallaban ajenos al conflicto suscitado, ante la razonable duda generada por éste, asistieron y eventualmente aprobaron el denominado “Ciclo Básico Común” de la Universidad Nacional de Buenos Aires o, en su caso, el “Curso Preuniversitario de Ingreso” creado por el Consejo Directivo de la Facultad de Medicina. En tal sentido, cada estudiante podrá proseguir hasta su conclusión el régimen por el que hubiere optado, con los efectos para cada uno previstos<sup>56</sup>.

Resulta evidente que la Corte extendió *directamente* los efectos de la sentencia a todos los estudiantes de la carrera de Medicina a pesar de que no habían sido parte en este proceso<sup>57</sup>. Pensamos que este caso presenta muchas similitudes con los procesos colectivos a los que hicimos referencia en el punto anterior, en donde una persona asume la representación de los intereses de todo un grupo y, por lo tanto, una sentencia favorable

<sup>55</sup> Fallos 319:3148 (1996).

<sup>56</sup> Fallos 319:3161 y 3162 (consid. 34).

<sup>57</sup> Así lo hace notar Cassagne, aunque usando una terminología distinta de la nuestra, como surge ya del título mismo de su artículo: CASSAGNE, Juan Carlos, “Acerca de la eficacia *erga omnes*...”, cit., ps. 104/105.



se extiende *directamente* a todos los miembros de ese grupo. Monges fue el “representante” de todos los estudiantes de Medicina que se encontraban afectados por el conflicto entre la Universidad de Buenos Aires y la Facultad de Medicina<sup>58</sup>.

De esta manera, una vez más, la expansión de los efectos de la sentencia de la Corte no deriva de la vigencia del principio del *stare decisis* vertical. Dado que la *expansión directa* de los efectos de la sentencia hace innecesario el inicio de un nuevo juicio por cada estudiante afectado por la resolución de la Universidad de Buenos Aires, no va a haber —ni sería necesario que hubiera— casos análogos en donde pudiera eventualmente discutirse si el precedente de la Corte Suprema es obligatorio o no para los tribunales inferiores.

## 2. ¿Existe una *expansión indirecta* de los efectos de la sentencia declarativa de inconstitucionalidad en el derecho argentino?

Como ya hemos explicado, la *expansión indirecta* de los efectos de una sentencia que declara la inconstitucionalidad de una norma se sigue del principio del *stare decisis* vertical (en aquellos países donde este principio rige). Esta *expansión indirecta*, como hemos visto, es una de las notas esenciales del sistema constitucional estadounidense; y, en cambio, está ausente, según la opinión que hemos adelantado provisoriamente, en el derecho argentino<sup>59</sup>, aunque, como veremos, algunos autores sostienen lo contrario. Aquí no haremos una exposición acabada del tema ni analizaremos a fondo todas las posiciones de la Corte, los tribunales inferiores

<sup>58</sup> Nótese que la Corte Suprema resuelve tanto la situación de los estudiantes de Medicina que habían asistido al Ciclo Básico Común de la Universidad Nacional de Buenos Aires como la de aquellos que habían cumplido con el “Curso Preuniversitario de Ingreso” creado por el Consejo Directivo de la Facultad de Medicina. Por lo tanto, si bien Monges había realizado el “Curso Preuniversitario de Ingreso”, su “representación” abarca a todos los estudiantes afectados por el conflicto y no solamente a aquellos que habían asistido a dicho curso.

Algunos autores han, sin embargo, minimizado los alcances del consid. 34 de la decisión de la Corte Suprema en “Monges”. En este sentido, Garay y Toranzo sostienen que el consid. 34 es un claro *obiter dictum* (GARAY, Alberto F. - TORANZO, Alejo, “Los efectos de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, JA 2005-IV-1085, p. 1088).

<sup>59</sup> Durante la efímera vigencia de la Constitución de 1949, los tribunales inferiores estaban obligados a seguir la jurisprudencia de la Corte nacional en los términos del art. 95 de esa Constitución, que establecía que “la interpretación que la Corte Suprema de Justicia haga de los artículos de la Constitución por recurso extraordinario, y de los códigos y leyes por recurso de casación, será aplicada obligatoriamente por los jueces y tribunales nacionales y provinciales”.

y las autoridades doctrinales sobre si en la Argentina rige el *stare decisis* vertical, es decir, si los fallos de la Corte obligan a los tribunales inferiores. Albergamos la esperanza de poder ocuparnos más a fondo del asunto en una investigación futura. Valga, pues, lo que sigue como un adelanto provisional.

### 2.1. *El apartamiento de los precedentes de la Corte Suprema como causal de arbitrariedad de sentencia a los fines del recurso extraordinario federal*

La Corte Suprema ha sostenido que, si bien sus fallos no resultan obligatorios para casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquéllos y, por ende, “carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de los precedentes anteriores sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el Tribunal, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia”<sup>60</sup>.

Sobre la base de esta doctrina judicial, el profesor Bianchi concluye que la Corte implementa *en la práctica* el principio del *stare decisis*<sup>61</sup>. Creemos, sin embargo, que es un error equiparar la doctrina de la Corte argentina con el principio del *stare decisis* vertical del derecho estadounidense (y anglosajón en general). En primer lugar, la posibilidad que la Corte Suprema argentina otorga a los tribunales inferiores de apartarse de los precedentes de la Corte si aquellos tribunales ofrecen nuevos argumentos resulta manifiestamente incompatible con el principio del *stare decisis* vertical, tal como rige en los Estados Unidos. La esencia de la doctrina del *stare decisis* vertical es justamente la *obligatoriedad* del precedente que emana del tribunal jerárquicamente superior. En los países del *common law*, el precedente —o, más precisamente, su *holding* o *ratio decidendi*— es la regla de derecho aplicable al caso y basta con que haya una sola decisión *in point*, es decir, aplicable al caso presente, para que los jueces inferiores estén obligados a seguirla<sup>62</sup>.

<sup>60</sup> Corte Sup., “Cerámica San Lorenzo”, Fallos 307:1094 (1985) (consid. 2°).

<sup>61</sup> BIANCHI, Alberto B., *Control de constitucionalidad*, cit., t. I, p. 368. En una conversación personal el profesor Bianchi nos aclaró que él defiende la tesis según la cual la Corte aplica *de hecho* el *stare decisis* vertical, pero en ningún momento sostuvo que los jueces estén *de derecho* obligados a seguir la jurisprudencia de la Corte.

<sup>62</sup> GOODHART, Arthur L., “Precedent in English and Continental Law”, 50 *Law Quarterly Review* 40, esp. p. 41, donde se refiere a “la doctrina del precedente *individual* obligatorio” (énfasis añadido).

Por el contrario, la doctrina de la Corte Suprema argentina sobre los alcances de la obligatoriedad de sus fallos parte de la premisa de que sus fallos no son vinculantes; o sea, no constituyen una regla de derecho que los jueces inferiores *deben* aplicar de forma obligatoria a los casos análogos. En la medida en que los fallos del máximo tribunal no constituyen una regla de derecho —no son “la norma aplicable al caso concreto”—, los jueces inferiores pueden apartarse de lo decidido por ella mediante el simple recurso de “aportar nuevos argumentos”. Este estándar, como correctamente observan Garay y Toranzo, es fácilmente superable y está en las antípodas de la tesis de la obligatoriedad de los fallos de la Corte Suprema<sup>63</sup>. En este sentido, señalan que la Corte no agota la cantidad de razones en las que basa sus decisiones —jamás podría hacerlo, agregamos nosotros, porque es una institución compuesta de mujeres y hombres de carne y hueso que siempre podrán (¡ojalá!) ver *más* (cosas)—, de forma tal que si un juez inferior se quiere apartar de lo resuelto por la Corte, es muy probable que encuentre, con relativa facilidad, “nuevos argumentos” para resolver en sentido contrario<sup>64</sup>.

En segundo lugar, consideramos que la efectiva vigencia del *stare decisis* vertical no debe ser analizada solamente mirando la jurisprudencia de la Corte Suprema, sino también, y sobre todo, la de los tribunales inferiores. Bianchi omite la perspectiva de estos tribunales, que son los destinatarios del principio del *stare decisis* vertical. Los tribunales inferiores argentinos no se sienten (o no se consideran) obligados por la jurisprudencia de la Corte Suprema. Existen innumerables decisiones de tribunales inferiores que se apartan expresamente de los *holdings* de los precedentes de la Corte Suprema<sup>65</sup>. En este sentido, por ejemplo, la Cámara Comercial ha sostenido:

Los suscriptos no desconocen el reciente pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, recaído en autos “Yacuiba SA s/quiebra s/incidente de extensión de quiebra a Ismael Olivares y Timbo SAC” del 2/12/2004; mas sin desconocer la importancia institucional que revisten los precedentes del

<sup>63</sup> GARAY, Alberto F. - TORANZO, Alejo, “Los efectos de las sentencias...”, cit., p. 1094.

<sup>64</sup> GARAY, Alberto F. - TORANZO, Alejo, “Los efectos de las sentencias...”, cit.

<sup>65</sup> Para un análisis detallado de la perspectiva de los tribunales inferiores respecto del carácter vinculante de los fallos de la Corte Suprema, véase RIVERA (H), Julio César - LEGARRE, Santiago, “La obligatoriedad de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde la perspectiva de los tribunales inferiores”, JA 2006-IV-1333.

Superior Tribunal Federal, debe destacarse que sus fallos no resultan vinculantes —y por ende obligatorio— sino en la específica causa que son dictados<sup>66</sup>.

En este mismo sentido, la Cámara del Trabajo ha afirmado:

Cabe indicar que la sentencia citada de la Corte, al carecer de fuerza de casación, no obliga a esta alzada. Al respecto, cabe indicar que como el Alto Tribunal no es organismo de casación, su doctrina no es procesal ni sustancialmente obligatoria porque si así fuese, bastaría una sola computadora gigante (tal vez denominada para estar a la moda *Legal Computerized Mother*) que insertara en los casos el precedente indicado, ahorrando costos sin dudas, pero generando otros, los surgidos del deseo insatisfecho de Justicia, motor que empuja la creación jurídica (...) De ello se deduce que no funcionando como tribunal de casación, la autoridad *jurígena* del Alto Tribunal *con respecto a los restantes*, emana de la *seriedad* de sus posiciones, lo que tornaría *difícil* rebatirlas. Al contrario, cuando los argumentos utilizados son escasos o endeables, el precedente no obliga a nadie...<sup>67</sup>.

Estas decisiones de los tribunales inferiores, que constituyen tan sólo un par de ejemplos, son manifiestamente incompatibles con la vigencia del *stare decisis* vertical y demuestran, al menos provisionalmente, que este principio no rige en el derecho argentino.

La única jurisprudencia que los tribunales inferiores consideran obligatoria es la que surge de los fallos plenarios. No conocemos caso alguno en donde un juez se haya apartado de la doctrina de un fallo plenario con el argumento de que no comparte el criterio establecido. Sin embargo, el fallo plenario no es un medio para expandir indirectamente los efectos de la sentencia declarativa de inconstitucionalidad, ya que la Corte Suprema ha sostenido que resulta extraña a la competencia de un tribunal en pleno la cuestión vinculada con un planteo de inconstitucionalidad porque por esa vía se vendría a crear una interpretación general obligatoria de orden constitucional, ajena a las atribuciones del tribunal en pleno<sup>68</sup>.

<sup>66</sup> C. Nac. Com., sala B, 28/2/2005, “Rozic, María Elena s/quiebra s/incidente de concurso especial”.

<sup>67</sup> C. Nac. Trab., sala 6<sup>a</sup>, 4/3/2004, “Andrada, Roberto Hugo v. O’Mari SA y otro s/accidente ley 9688”, ED 208-419, p. 421. Debería colegirse del voto transcrito del juez Capón Filas que, para él, la Corte Suprema de los Estados Unidos es una “computadora gigante”. Pues allí sí que los jueces no tienen la libertad que él dice tener. Parecería ser una tesitura un tanto desmesurada, especialmente teniendo en cuenta el enorme (y, en buena medida, merecido) prestigio de aquella supuesta “*Legal Computerized Mother*”.

<sup>68</sup> Corte Sup., 9/9/1980, “Gómez, Carlos y otros v. García, Héctor R.”, Fallos 302:980. Siguiendo la doctrina establecida por la Corte Suprema en este caso, la Cámara Civil recientemente rechazó el pedido de autoconvocatoria —formulado por el fiscal de Cámara— a los fines de fijar una doctrina uniforme acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad.

Desde nuestro punto de vista, lo único parecido al principio del *stare decisis* vertical en la Argentina era el art. 19, ley 24.463, que establecía: “la sentencia definitiva de la Cámara Federal de la Seguridad Social será apelable ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación por recurso ordinario, cualquiera fuera el monto del juicio. *Los fallos de la Corte Suprema serán de obligatorio seguimiento por los jueces inferiores en las causas análogas*”<sup>69</sup>. Si bien esta disposición fue declarada inconstitucional en el caso “Itzcovich”<sup>70</sup>, y posteriormente derogada por la ley 26.025, su pasada existencia demuestra la no vigencia del principio del *stare decisis* vertical en el derecho argentino, pues si dicho principio efectivamente rigiera no habría hecho falta que el Congreso estableciera la obligatoriedad de los fallos de la Corte Suprema en una determinada materia mediante la sanción de una ley.

## 2.2. *La declaración de inconstitucionalidad por vicios de forma (o declaración de nulidad)*

El profesor Bianchi ha sostenido que las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una ley por vicios de forma tienen efectos *erga omnes*:

Quando la ley es inconstitucional por el fondo, su invalidez se refiere solamente al contexto fáctico en el cual la norma ha sido juzgada. En cambio, cuando se decreta la nulidad de una norma (inconstitucionalidad formal), el efecto es diferente y tiende necesariamente a que la norma cese de producir efectos. Parecería que no puede haber nulidades según el caso. La norma es nula o no lo es<sup>71</sup>.

Bianchi ha sido el primero en advertir que en el derecho argentino hay algunos casos en que la declaración de inconstitucionalidad de una norma es independiente del contexto fáctico en el cual aquélla ha sido sancionada (o sea, que la norma es inconstitucional en cualquier situación fáctica imaginable). Esta noción de que una norma puede ser declarada inconstitucional sobre la base de argumentos que trascienden el caso concreto y que conducen a la imposibilidad de aplicar válidamente la norma en cualquier

---

dad de las normas de emergencia económica (C. Nac. Civ. en pleno, 14/9/2004, Acordada 1033/2004).

<sup>69</sup> Énfasis añadido.

<sup>70</sup> Corte Sup., 29/3/2005, “Itzcovich, Mabel v. Administración Nacional de la Seguridad Social”, Fallos 328:56 (2005).

<sup>71</sup> BIANCHI, Alberto B., *Control de constitucionalidad*, cit., t. I, ps. 370/371.

contexto fáctico está presente, como ya hemos explicado<sup>72</sup>, en el sistema de control de constitucionalidad estadounidense: es la denominada declaración de inconstitucionalidad *on its face*.

La tesis de Bianchi es, sin embargo, susceptible de algunas críticas. En primer lugar, consideramos que es errónea la categórica distinción que formula entre la declaración de inconstitucionalidad por el fondo y por la forma (a esta última la llama también declaración de nulidad). Según Bianchi, la característica esencial de la inconstitucionalidad formal es que “no puede haber nulidades según el caso”. Cuando la ley es inconstitucional por el fondo, Bianchi sostiene que “su invalidez se refiere solamente al contexto fáctico en el cual la norma ha sido juzgada”. El error de Bianchi radica, a nuestro juicio, en que limita la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de una norma en todos los supuestos fácticos posibles, al supuesto en que aquélla padece algunos vicios de forma. Desde nuestro punto de vista, los vicios de forma no son los únicos que pueden generar la inaplicabilidad total de una norma en toda circunstancia fáctica, sino que estos vicios pueden ser tanto de forma como de fondo. En el derecho argentino, es posible imaginar diversos supuestos de declaración de inconstitucionalidad por razones de fondo que conducen, en virtud del razonamiento o del test utilizado, a la invalidez constitucional de la norma en todas las circunstancias posibles (y no solamente respecto del caso concreto). Veamos algunos ejemplos de ello:

— Una norma que estableciera la responsabilidad objetiva en materia de responsabilidad civil por noticias falsas o inexactas que afectasen a funcionarios públicos. Sin necesidad de determinar si la doctrina de la real malicia ha sido o no adoptada por la Corte Suprema, dicha norma sería inconstitucional *en todas las circunstancias posibles*, con prescindencia de los hechos del caso concreto, puesto que la Corte Suprema ha sostenido que el factor de atribución, en materia de responsabilidad civil por noticias falsas o inexactas, debe ser subjetivo cuando la noticia se refiere a cuestiones de interés público<sup>73</sup>.

— Una norma que impusiera la separación entre hombres y mujeres en los establecimientos educativos estatales. Si se siguiera la postura delineada por el juez Petracchi en el caso “González de Delgado”, dicha norma sería inconstitucional en todas las circunstancias posibles, puesto que el juez Petracchi afirma que la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (que goza de jerarquía consti-

<sup>72</sup> Véase lo explicado en el acápite III, punto 2.1. de este trabajo.

<sup>73</sup> Cfr. Corte Sup., 2/7/1993, “Pérez Arriaga v. Arte Gráfica Editorial Argentina”, LL 1993-E-83.

tucional, según lo establecido en el art. 75, inc. 22, CN) impide dicha separación entre sexos en materia de educación<sup>74</sup>. En cambio, si se aplicara el criterio defendido por el juez Boggiano en ese mismo caso, la constitucionalidad de dicha norma dependería de cada caso concreto, puesto que el juez Boggiano sostiene que la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer garantiza a las mujeres el acceso pleno a la misma enseñanza que los varones, pero no necesariamente en el mismo establecimiento y por los mismos docentes<sup>75</sup>.

— Una norma que prohibiera a estudiantes de determinada raza o religión asistir a los establecimientos de educación pública. Dicha norma podría ser declarada inconstitucional con argumentos aplicables a cualquier circunstancia fáctica en que se quisiera ejecutar la norma.

Por otra parte, y esto es más importante aun, Bianchi soslaya que el mero hecho de que la Corte Suprema utilice un razonamiento que conduce a la inaplicabilidad total de una norma (ya sea por vicios de forma o de fondo) no sirve para justificar la afirmación de que estas decisiones de la Corte gozan de efectos *erga omnes*. Aun cuando la Corte Suprema concluyera que la norma impugnada resultase inconstitucional en todos los supuestos posibles, la declaración de inconstitucionalidad de dicha norma no causaría su derogación (la cual sí se daría en los sistemas de control a la europea) y, además, podría ser aplicada por los jueces inferiores en casos análogos, dado que, como vimos, basta que aquéllos agreguen nuevos fundamentos para que puedan apartarse del precedente de la Corte Suprema (algo que no podría darse en los Estados Unidos, en virtud del *stare decisis* vertical).

En realidad, el hecho de que los tribunales detecten vicios constitucionales (de forma o de fondo) que tornan inconstitucional una norma en cualquier circunstancia es irrelevante en ausencia del principio de *stare decisis* vertical. Sólo si los precedentes de la Corte Suprema resultan obligatorios, se puede concluir que en virtud de la declaración de inconstitucionalidad una norma puede quedar “totalmente inoperativa”<sup>76</sup>, como cuando en el derecho estadounidense los tribunales detectan vicios que la tornan totalmente inaplicable —algo que se da, como vimos, con la inconstitucionalidad *on its face*—.

<sup>74</sup> Corte Sup., 19/9/2000, “González de Delgado, Cristina y otros v. Universidad Nacional de Córdoba”, LL 2000-F-128. Véase, en particular, los consid. 5º y 7º del voto del juez Petracchi.

<sup>75</sup> Consid. 6º del voto del juez Boggiano en la causa citada en la nota precedente.

<sup>76</sup> Cfr. “Ada v. Guam Society of Obstetricians and Gynecologists” (disidencia de Scalia J.), cit. en nota 36, *supra*.



Si los tribunales inferiores pueden apartarse de las sentencias de la Corte Suprema, entonces poco importa si la Corte declaró la inconstitucionalidad con argumentos exclusivamente aplicables a los hechos del caso o con argumentos que la tornarían inaplicable en cualquier circunstancia: los tribunales inferiores siempre podrían, en principio, continuar aplicando la norma en casos posteriores porque no se encuentran obligados a adecuar sus fallos a los precedentes de los tribunales superiores.

Por ejemplo, en el caso “Fayt v. Estado nacional”, la Corte Suprema de la Nación declaró nula de nulidad absoluta la cláusula del art. 99, inc. 4º, párr. 3º, de la Constitución Nacional, que disponía que los jueces que alcanzaban la edad de setenta y cinco años debían obtener un nuevo nombramiento para continuar en sus cargos<sup>77</sup>. Según la Corte Suprema, la Convención Nacional Constituyente no se encontraba habilitada por la ley 24.309, declarativa de la necesidad de la reforma constitucional, para introducir dicha cláusula. Como puede observarse, los fundamentos de la decisión de la Corte Suprema llevan a la imposibilidad de aplicar válidamente el art. 99, inc. 4º, párr. 3º, de la Constitución Nacional en cualquier contexto fáctico.

En un sistema de control de constitucionalidad con “efectos *erga omnes*” como el de la mayoría de los países europeos, la norma inconstitucional habría quedado derogada. En el sistema judicial estadounidense, en donde los tribunales inferiores tienen el deber de atenerse a lo resuelto por las sentencias precedentes dictadas por los tribunales de jerarquía superior, el art. 99, inc. 4º, párr. 3º, habría quedado “totalmente inoperativo”, pero seguiría vigente.

En cambio, en el sistema constitucional argentino, la declaración de inconstitucionalidad no deroga la norma, ni nada que se le parezca. Además, como ya explicamos en el apartado 2.1 de este capítulo IV, los tribunales inferiores se encuentran facultados para apartarse de la doctrina sentada por la Corte Suprema, debiendo solamente agregar “nuevos fundamentos”. En consecuencia:

(i) la declaración de nulidad del art. 99, inc. 4º, párr. 3º, de la Constitución Nacional realizada por la Corte Suprema en el caso “Fayt” no causa su derogación, y

(ii) los tribunales inferiores pueden válidamente apartarse del *holding* de la Corte Suprema en el caso “Fayt” mediante el simple recurso de aportar “nuevos argumentos”.

<sup>77</sup> Corte Sup., 19/8/1999, “Fayt, Carlos S. v. Estado nacional”, LL 1999-F-33.



Ambas conclusiones han sido reafirmadas en un caso reciente —análogo a “Fayt”<sup>78</sup>— resuelto por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal. En dicho caso, el juez Edmundo Carbone —a cargo del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal n. 1— promovió una acción declarativa a fin de que se declarara la inconstitucionalidad del art. 99, inc. 4º, párr. 3º, de la Constitución Nacional. El mero hecho de la presentación de esta demanda constituye un fuerte indicio de que la norma constitucional declarada nula en “Fayt” se encontraba vigente, ya que, de lo contrario, no se entiende por qué el juez Carbone habría considerado necesaria su presentación. Por otro lado, el tribunal —al hacer lugar a la pretensión de Carbone— entendió que la norma estaba vigente y que causaba un estado de incertidumbre que justificaba la admisibilidad de la acción declarativa. Si el tribunal hubiera entendido que la norma estaba derogada, habría entonces declarado abstracta la acción de Carbone.

Por último, el tribunal tampoco interpretó que la declaración de nulidad del art. 99, inc. 4º, párr. 3º, de la Constitución Nacional realizada por la Corte en “Fayt” tenía efectos vinculantes diferentes a los de una declaración de inconstitucionalidad por razones de fondo. En este sentido, nótese que la mayoría de la Cámara en ningún momento le asigna efectos vinculantes a la decisión de la Corte Suprema en “Fayt” sino que, por el contrario, se esfuerza en justificar que la Convención Nacional Constituyente no se encontraba habilitada por la ley 24.309 para introducir el art. 99, inc. 4º, párr. 3º. Por su parte, la Dra. Garzón de Conte Grand, en su voto en disidencia, concluyó “que no existió exceso en las facultades que disponía la Convención, conforme el procedimiento regulado por el art. 30 de la Constitución Nacional y a lo dispuesto en la declaración de necesidad instrumentada mediante ley 24.309”<sup>79</sup>, y resolvió “declarar que el actor se encuentra alcanzado por lo dispuesto en el art. 99, inc. 4º, párr. 3º, de la Constitución Nacional”<sup>80</sup>. Como puede observarse, para la Dra. Garzón de Conte Grand, la decisión de la Corte en el caso “Fayt” no era vinculante más que para las partes y la Cámara se encontraba, por ende, facultada para controvertir los argumentos dados por la Corte en dicho caso aportando otros nuevos<sup>81</sup>.

En síntesis, la declaración de inconstitucionalidad por vicios de forma no tiene un efecto vinculante más fuerte que el de una declaración de

<sup>78</sup> Véase, en este sentido, C. Nac. Cont. Adm., sala 2ª, 13/12/2007, “Carbone, Edmundo José v. Estado nacional - Ministerio de Justicia y DD.HH.”, LL Online.

<sup>79</sup> Voto en disidencia de la Dra. Garzón de Conte Grand, consid. XI.

<sup>80</sup> *Ibidem*, consid. XIII.

<sup>81</sup> *Ibidem*, consid. V.

inconstitucionalidad por razones de fondo. La cuestión de la existencia o inexistencia de vicios de forma en la sanción de una determinada norma puede resurgir nuevamente en cualquier otro proceso y, si no existe el principio de *stare decisis* vertical, los tribunales inferiores podrían adoptar un criterio distinto al de la Corte Suprema y declarar la constitucionalidad de la norma impugnada. Bastaría que en su sentencia aportasen “nuevos fundamentos que justifiquen modificar la posición sentada por el Tribunal”, como concedió la propia Corte en el conocido caso “Cerámica San Lorenzo”<sup>82</sup>, y como hizo la Dra. Garzón de Conte Grand en el caso “Carbone”.

### 2.3. *Los efectos de las sentencias que decretan la nulidad de los reglamentos administrativos*

La doctrina administrativista ha debatido en profundidad la cuestión relativa a los efectos de las sentencias que decretan la nulidad de los reglamentos administrativos. Este debate excede significativamente los límites de este artículo, dado que un reglamento puede ser nulo no solamente por infringir una regla de raigambre constitucional, sino también por violar una norma legal. En materia constitucional, un reglamento puede ser nulo tanto por vicio de forma (por ejemplo, si no se cumple con los requisitos formales exigidos para el dictado de un reglamento de necesidad y urgencia) como de fondo (por ejemplo, si un reglamento de necesidad y urgencia regula algunas de las materias prohibidas por el art. 99, inc. 3°).

Desde nuestro punto de vista, es correcta la afirmación de Bianchi en el sentido de que el carácter difuso de la jurisdicción contenciosoadministrativa hace imposible el reconocimiento de efectos *erga omnes* a cualquier sentencia que declara la nulidad de un reglamento administrativo<sup>83</sup>. Como afirma este autor, si cualquier tribunal judicial “pudiera decretar la nulidad de un reglamento con fuerza derogatoria, podría sobrevenir el caos. Un reglamento que está siendo aplicado por varios tribunales a la vez podría correr suertes muy diversas”<sup>84</sup>.

También Mairal ha cuestionado la tesis de los efectos *erga omnes* de las sentencias declarativas de nulidad de un reglamento administrativo, sin perjuicio de que observa que cuando una sentencia declara nulo un reglamento, puede tener lugar una expansión indirecta de la sentencia mediante el acatamiento de los órganos administrativos que son parte en el proce-

<sup>82</sup> Cfr. Corte Sup., “Cerámica San Lorenzo”, Fallos 307:1094 (consid. 2°)

<sup>83</sup> BIANCHI, Alberto B., *Control de constitucionalidad*, cit., t. I, p. 375.

<sup>84</sup> BIANCHI, Alberto B., *Control de constitucionalidad*, cit., t. I.

so<sup>85</sup>. En suma, se trata de un problema de difícil dilucidación, sobre el cual hay opiniones contrarias a las recién expuestas que son, *prima facie*, las que nos convencen más.

## V. CONCLUSIÓN

En el derecho constitucional argentino, la regla general es que la declaración de inconstitucionalidad sólo tiene efectos *inter partes*. Las sentencias dictadas en procesos relativos a derechos de incidencia colectiva extienden sus efectos *de forma directa* a todas las personas “representadas” por el sujeto activo que inició la demanda colectiva (el defensor del pueblo, las asociaciones del art. 43 o el afectado). Esta *expansión directa* de los efectos de las sentencias dictadas en esta clase de proceso se genera a partir de una expansión del concepto de *parte*. Desde este punto de vista, el sistema constitucional argentino no presenta diferencias significativas con el sistema estadounidense, en donde esa *expansión directa* se produce, también, a través de las sentencias dictadas en acciones de clase.

En cambio, a diferencia de lo que sucede en el derecho constitucional estadounidense, en la Argentina no hay una *expansión indirecta* de los efectos de los fallos de la Corte Suprema, puesto que en nuestro país no rige el principio de *stare decisis* vertical. Ello constituye una diferencia esencial con el sistema estadounidense, el cual se aproxima bastante, en la práctica, al sistema de control de constitucionalidad con efectos *erga omnes*, en virtud de la vigencia del principio del *stare decisis* vertical. Lo cual nos debe llevar a reflexionar más acerca del sistema de control de constitucionalidad argentino: ¿Es viable el sistema de control jurisdiccional difuso si no rige el principio de *stare decisis* vertical? ¿Es eficiente un sistema de control de constitucionalidad con efectos *inter partes* sin *stare decisis* vertical? Dejamos planteadas estas preguntas, a las que podrían agregarse otras. Ojalá podamos en un futuro no muy lejano estar en condiciones de ofrecer una respuesta más satisfactoria a nuestro amable lector.

<sup>85</sup> MAIRAL, Héctor A., “Los efectos de las sentencias...”, cit., p. 799.



**RECENSIÓN CRÍTICA DE JOSÉ MARTÍNEZ DE SOUSA,  
*DICCIONARIO DE USO DE LAS MAYÚSCULAS  
Y MINÚSCULAS* \***

MARIANO VITETTA \*\*

José Martínez de Sousa es una autoridad en varios campos de la lengua española, en especial en ortografía y ortotipografía. Cuenta en su haber con una cuantiosa cantidad de obras destinadas a resolver ciertos problemas lingüísticos olvidados por la Real Academia Española (RAE) y otras fuentes de autoridad; asimismo, en muchas otras oportunidades, las soluciones que este autor propone no resultan de un vacío en la normativa española, sino de errores académicos que pretende salvar. A lo largo de toda su obra, ha incursionado en el tratamiento de las mayúsculas mediante secciones de libros o artículos desperdigados. Con anterioridad a la publicación del libro objeto de esta reseña, su trabajo más completo sobre el tema era el capítulo 6 de *Ortografía y ortotipografía del español actual* (Ediciones Trea, Gijón, 1ª ed., 2004; 2ª ed., 2008). También en el *Manual de estilo de la lengua española* (Ediciones Trea, Gijón, 1ª ed., 2000; 2ª ed., 2001; 3ª ed., 2007) trata esta cuestión, aunque si bien incluye una sucinta referencia a la materia al principio de la obra, las principales directivas en relación con las mayúsculas y minúsculas sobre casos en particular se encuentran en cada entrada del libro, cuya parte principal está estructurada en forma de diccionario. En esta ocasión, Martínez de Sousa ha decidido tomar el toro por las astas y abocarse al estudio de las mayúsculas y minúsculas en una obra completamente dedicada a ellas, una verdadera novedad en la bibliografía disponible en la actualidad, ya que nunca antes se había escrito una obra enteramente referida al tema.

Históricamente, el uso de las mayúsculas y minúsculas es uno de los temas más relegados de la ortografía española. Es probable que ello se

\* Ediciones Trea, Gijón, 2007

\*\* Mariano Vitetta es traductor público de inglés (UBA) y estudiante de abogacía (UBA).

deba a lo complicado que resulta encontrar reglas en esta materia, que en muchas ocasiones depende de la subjetividad del escribiente. De esto, precisamente, da cuenta José Martínez de Sousa en su diccionario, obra que, sin resultar pretenciosa, constituye un aporte fundamental y único. Una demostración clara y palpable de lo poco que se ha escrito sobre la materia puede encontrarse al final de la obra, en la bibliografía, donde sólo constan treinta referencias, que, en un autor como Martínez de Sousa, obsesionado por suministrar siempre la mayor cantidad de material de consulta para el lector, parece poco. Sin embargo, las treinta obras mencionadas sólo son un reflejo del poco tratamiento que se ha acordado a este tema.

Tres partes bien diferenciadas componen el núcleo de la obra: las dos primeras, más bien teóricas, representan un pequeño (aunque profundo) tratado de las mayúsculas y minúsculas. Sigue un diccionario en el que se pueden consultar dudas particulares en la entrada de cada palabra conflictiva.

Ya en el prólogo, al presentar la obra y dejar en claro la dificultad que impone la materia de que trata, el autor adelanta algunas directivas y reflexiones sobre el uso de las mayúsculas. Extrema importancia reviste la reflexión referida al desacierto de la Academia cuando dispone que “los nombres, latinos o no, de los grupos taxonómicos zoológicos y botánicos superiores al género (...)” se escriben con mayúsculas. El autor arguye que esa norma sólo es válida en textos científicos, pues en otras circunstancias la grafía es con minúscula inicial, aun cuando los términos se usen en aposición. De esta manera, Martínez de Sousa introduce una directiva muy útil para ponderar el uso de la mayúscula: ciertos términos, en contextos especializados, pueden llevar mayúscula inicial, pero fuera de este contexto —es decir, en textos no especializados—, se debe usar minúscula inicial. Podría resultar muy práctico extender este precepto a otros términos de otras áreas especializadas del conocimiento; por ejemplo, los juristas tienden a escribir la palabra *derecho*, en su sentido objetivo, con mayúscula inicial. Este uso debería ser avalado en textos de especialidad y no en textos divulgativos.

En la introducción, el autor hace un repaso de la evolución de las mayúsculas y las minúsculas desde sus formas manuscritas hasta su uniformización con la llegada de la imprenta. Luego sigue un pequeño análisis de los estudios hechos por la Real Academia Española sobre el tema. Finalmente Martínez de Sousa concluye esta sección tomando una posición clara con respecto al uso de las mayúsculas: “Hubo un tiempo en que el hombre escribió solo con mayúsculas, y se entendió razonablemente bien con sus semejantes. ¿Por qué ahora no con las minúsculas?”. Con esta sentencia, el autor adelanta su postura minusculista, hilo conductor de toda la

obra. Resulta particularmente interesante y loable la postura que adopta frente a las nuevas decisiones de la Academia, que, según él, cada día se inclina más por la letra capitular. La postura crítica de una autoridad ajena a la entidad española ayuda a pensar sobre el tema y a promover una actitud analítica y reflexiva sobre las normas de nuestra lengua.

En la primera parte, “Mayúsculas y minúsculas”, se analiza la tipificación de la materia. El autor parte de una definición y luego se sumerge en las funciones demarcativa y distintiva de la lengua. Dentro del análisis de la primera, incluye una directiva muy útil referente al uso de la mayúscula luego de los dos puntos: si lo que viene después del signo de puntuación es independiente de la oración anterior, corresponde la mayúscula; en cambio, si entre los enunciados separados por los dos puntos hay una relación lógica cercana, conviene usar la minúscula. Otra explicación interesante contenida en este capítulo es la relacionada con las mayúsculas y los correferentes, es decir, aquellas palabras que se utilizan para designar un concepto expresado con anterioridad. Martínez de Sousa explica que sólo debe utilizarse la mayúscula cuando se utiliza el nombre específico como correferente y no el genérico. Veámoslo con un ejemplo: en el sintagma *Ministerio de Educación*, *ministerio* es nombre genérico, pues el de Educación no es el único, y *educación* es el específico. Si bien la norma resulta lógica, es necesario ponderar su aplicación en contraste con el uso actual de las mayúsculas en los correferentes. Es preciso tener en cuenta que al usar la mayúscula en un texto en que se nombra una institución se despeja toda duda sobre la referencia del genérico. Por otro lado, este uso está tan arraigado que resulta inconveniente proponer algo distinto. Otro es el caso de los nombres genéricos con modificadores previos que no sean artículos. No es lo mismo decir *la Dirección* que *la mencionada dirección*. En el primer caso, la referencia es al genérico, pero como parte del nombre oficial; en el segundo, la referencia no es al nombre de la entidad, sino a su naturaleza. Y, en este último caso, no cabe inducción a error por cuanto el modificador citado elucida toda duda de referencia anafórica. Es también de notar que el autor utiliza este criterio al referirse a *la Academia* en referencia a la Real Academia Española. Esa mayúscula no puede explicarse sino del modo anterior, pues en el nombre oficial de la corporación española *academia* funciona como genérico y la RAE no es la única academia de España.

En la segunda parte, “Aplicación de las mayúsculas y minúsculas”, se estudian las diferentes reglas divididas por temas y sus excepciones, con abundantes ejemplos. Esta sección es un complemento imprescindible de la tercera, el diccionario. Muchas de las normas que se brindan en él se basan en argumentos dados en la segunda parte. Si bien en general todos

los temas de esta parte están debidamente explicados y fundamentados, resulta difícil estar de acuerdo con algunas soluciones en particular. Esto sucede, por ejemplo, con lo que el autor dice respecto de los sintagmas Primera Guerra Mundial y Segunda Guerra Mundial. Según él, deben llevar minúsculas, pues no son nombres propios sino una mera enumeración. Nuevamente teniendo en cuenta el uso, resulta complicado adoptar esta justificación, dado que el tiempo ha acordado a esos sintagmas que indican una enumeración el carácter de nombres propios.

La tercera parte, el diccionario en sí, contiene 1.173 entradas, compuestas de una breve definición a título orientativo y luego una explicación de si corresponde mayúscula o minúscula y algunos ejemplos. En ciertos casos, se hace especial referencia a lo dispuesto por la Academia en sus obras normativas, lo cual resulta valiosísimo, pues rara vez pueden encontrarse opiniones contrarias a los dictámenes de la Academia que sean producto de un razonamiento claro y coherente de parte de un autor con autoridad. Ejemplos de lo anterior son todas aquellas entradas referentes a títulos de la nobleza. El autor critica la disposición del *Diccionario panhispánico de dudas* (DPD) que dice que los títulos de los miembros de la familia reinante en España se escriben con mayúsculas, aun seguidos del nombre propio, por razones de respeto. Martínez de Sousa deja en claro que la gramática de una lengua y el respeto por las instituciones o las personas que ocupan cargos en ellas son conceptos distintos, por lo cual la mayúscula está injustificada. Otro de los aciertos del diccionario son las razonadas entradas con explicaciones que abarcan un gran espectro del debate en torno a la mayúscula o minúscula de ciertos términos. Es de notar la explicación ofrecida en 'internet', donde se tiene en cuenta que muchos consideran que la grafía adecuada es con minúscula inicial en razón de que no es más que un medio de comunicación, como la televisión o la radio; luego, el autor explica una segunda postura y toma partido por ella: hay quienes consideran que la Internet es, más bien, un fenómeno complejo que trasciende el ser una mera red y se convierte en algo así como una entidad, una institución. De todos modos, no es ésta la única razón por la cual considera adecuada la mayúscula inicial; el autor pondera la entrada al respecto del DPD y el uso corriente, todo lo cual lo lleva a colegir que lo más apropiado es la letra mayúscula inicial.

Finalmente, el diccionario tal vez podría ser completado con algunos términos que se incluyen en la segunda parte. Si uno consulta el libro porque desconoce la grafía correcta de *Europa del Este*, deberá recurrir al apartado 3.2.2. (sobre los puntos cardinales), por ejemplo. Tal vez resultaría útil incluir en el diccionario una entrada con la palabra *Europa*.



¿A quién puede resultar de interés este libro? Pues a todos aquellos que estén en contacto con la escritura, en especial, los profesionales que utilizan la lengua española como usuarios especializados. Ellos son, entre otros, los abogados, los traductores, los investigadores y los periodistas. Estos profesionales tienen el deber de expresarse con claridad y de manera tal que la comunicación se genere del modo más adecuado; a ello contribuye, en muchas ocasiones, un uso racional y medido de las mayúsculas. En esta obra se pueden encontrar normas generales para la aplicación de este tipo de letras, soluciones particulares fáciles de ubicar y los razonamientos que guiaron al autor.



## ENTREVISTA AL TRADUCTOR RICARDO CHIESA<sup>1</sup>

—¿*Qué es la traducción?*

—(Risas). Esta pregunta me recuerda las que les hacían al doctor Zaffaroni o al doctor Bossert sobre qué es el poder o qué es el derecho, porque es de esas preguntas sencillas pero desafiantes, que a veces tienen respuestas simplificadoras o, si no, más o menos pirotécnicas.

Si buscamos una respuesta que tenga que ver con cómo uno ejerce el trabajo de traducción, a mí me gusta citar una frase del libro *Thinking Spanish Translation*, que dice que el proceso de traducción consiste más en minimizar las diferencias que en maximizar las semejanzas. Y eso significa reconocer que hay una brecha y que hay que salvarla, lo cual echa por tierra con la noción de la transposición total de la equivalencia o la idea de correspondencia absoluta. Admite como parte integrante de la traducción la noción de pérdida, como un elemento inherente a la traducción. Y el traductor tiene que avenirse a eso.

Desde un punto de vista más técnico, está la distinción entre la traducción como proceso y la traducción como producto. Como proceso, es un conjunto de procedimientos para la toma de decisiones y la resolución de problemas, que es como se lo ha visto en los últimos veinte años aproximadamente, para la producción de un texto en la lengua término que sea, en la mayor medida de lo posible, igual en contenido semántico al original, y que respete además muchos otros aspectos, fundamentalmente la intención o el objetivo comunicativo del emisor. En este aspecto, es muy interesante ver el catálogo de decisiones estratégicas que tiene que tomar el traductor y las opciones de que dispone. En cambio, en la traducción como producto, que es el resultado, lo que se obtiene de ese proceso, lo más relevante es el análisis retrospectivo de las estrategias de traducción específicas que se emplearon (por ejemplo, la equivalencia cultural, la traducción literal, la glosa o la nota del traductor) y cuál es el efecto que genera el uso de cada una de esas estrategias. Los Estudios de Traducción o la Traductología, —aunque hay quienes dicen que no existe tal disciplina— se concentran

<sup>1</sup> Entrevista realizada en julio de 2008

más que nada en la traducción como proceso. En la traducción como producto se concentran más los Estudios de Crítica de la Traducción, ya sea contrastiva o bien simplemente como un ejercicio semejante al que hacemos cuando revisamos un texto traducido, y hacemos lo que en inglés se llama *proofreading* para ver cómo fluye ese texto.

—¿Cómo nació su vocación por la traducción y por el derecho?

—Cómo nació mi interés por el derecho sí lo recuerdo; mientras estudiaba en la escuela secundaria tenía una noción más o menos difusa y romántica del ideal de justicia, pero no tenía una idea clara de cómo iba a ejercer la profesión jurídica. Lo que me interesaba era estudiar el Derecho, de lo cual no había visto nada en la secundaria; en algunos ciclos se estudian aunque sea esas materias que en mi época se llamaban Derecho Usual, Práctica Forense y demás. No fue mi caso; como sea, yo sentía que tenía que venir un nuevo orden, teniendo en cuenta que hice la secundaria entre el 74 y el 78 a caballo del gobierno de Perón y el comienzo del Proceso. Entonces éramos muchos los que sentíamos la necesidad de encontrar algo que permitiera organizar el caos, porque en eso vivíamos. Y mientras estudiaba Derecho —algo que disfruté enormemente durante los seis años de la carrera— me di cuenta de que en eso no me había equivocado, de que había encontrado una disciplina que organiza la convivencia, la realidad social y política, los objetos jurídicos, pero que además permite organizar el pensamiento de una manera que a mí, al menos, me convenía mucho, porque me permitía adoptar una mirada crítica pero ordenada de la sociedad.

La vocación por la traducción no existe; existe la vocación por la comunicación, por esto que dice el doctor Barcia de ser como un puente, un vehículo de transmisión de conocimientos, de experiencias, de emociones. La traducción es una técnica (para otros, un arte; no importa), por lo que no hay vocación por la traducción. Y de hecho, lamentablemente, la mayor parte de las personas que en el mundo se dedican a la traducción dicen haber llegado a ella casi como un mal necesario o por mera necesidad. No es casual, por eso, que la traducción se haya profesionalizado tan tarde en el tiempo en comparación con otras disciplinas. Pero en mi caso surgió de una manera más o menos accidental; ingresé en la Facultad de Derecho en el año 79 y cursé todo el primer año. Pero había estudiado inglés muchos años —estaba ya también por estudiar italiano, que es un idioma al que me dediqué durante casi diez años— y sentía que faltaba algo, que había que unir dos puntas. Y un día acerté a pasar por lo que se llamaba la Escuela de Traductores Públicos. Entonces me informé del programa de estudios, que en esa época constaba de nueve materias, y dije “esto es para mí”, porque más parecía que se prestaba a un ejercicio de derecho comparado que otra cosa. El Traductorado Público me pareció entonces una conjunción per-

fecta entre los tres objetos de estudio que me apasionaban: el idioma castellano, el inglés y el Derecho. Tampoco inicié la carrera de Traductorado pensando en la práctica de la traducción. Eso es algo que creo que a mí me benefició. En suma, no hice ninguna de las dos carreras pensando en cómo iba a ejercerlas. Me dediqué plenamente a disfrutar del estudio, al mismo tiempo que trabajaba (porque me costé las dos carreras yo; si no, no hubiera podido hacerlas). Era docente, daba clases de inglés. La recompensa, por así decirlo, fue la de poder amalgamar esos dos mundos: el de la lengua, expresiva además del mundo jurídico, y el de las instituciones jurídicas en sí, las nuestras y las de una cultura jurídica extranjera (que para mí era, por aquel entonces, casi totalmente desconocida en esa faz, sobre todo la británica). En esa época, se estudiaba mucho más derecho británico que estadounidense, algo que no tenía demasiado sentido, porque si se analizaba el mercado de traducción de principios de los ochenta, se advertía que no necesariamente había mucho más trabajo de traducción que llegara en inglés británico; era una concepción que simplemente arraigaba en la tradición de enseñar el idioma inglés en su versión británica, pero no se correspondía luego con lo que pasaba en el mercado de la traducción. Y así fui llevando las dos carreras juntas, en un ejercicio de alta intensidad, porque iba a cursar a la mañana, volvía a cursar a la tarde, pasaba días y días en la biblioteca; cuando no fumaba, en la silenciosa, y cuando empecé a fumar, en la parlante. Fue mi segundo hogar, *a home from home*, durante siete años.

—¿Cómo fue la experiencia de ejercer las profesiones de traductor público y abogado a la vez?

—Eso duró diez años nada más; me recibí con dos meses de diferencia, a fines del 85. Tuve mis títulos en el 86 y hasta el 96 ejercí ambas profesiones, en una actividad sumamente esquizofrenizante. El ejercicio de la abogacía consistía en el ejercicio de la profesión libre, salvo dos instancias de trabajo en las que, en un caso, me desempeñé como contratado, y en otro, en relación de dependencia, porque tuve un fugaz paso por el Registro Nacional de Buques de la Prefectura Naval Argentina. En el año 89 rendí uno de los exámenes más severos que he dado en mi vida para ganar el concurso como escribano del Registro, para lo cual no hacía falta tener el título de escribano; bastaba con ser abogado, como hasta el día de hoy. Allí fui escribano de la sección Matrícula Mercante del Registro, pero estuve menos de un año en ese puesto. Años más tarde fui asesor jurídico del Tribunal de Conducta del Colegio de Traductores Públicos de la Ciudad de Buenos Aires, en una tarea de asesoramiento y de investigación que me resultó sumamente interesante.

El ejercicio libre de la profesión lo compartí con una colega, que fue quien me guió, la doctora Estela Lamas, hoy secretaria letrada de la Fiscalía Federal en Rawson; fue, por así decirlo, más esporádico y volcado al litigio, lo cual no me gustó nunca, menos en la Ciudad de Buenos Aires o en alguna otra jurisdicción en la que me tocó actuar, donde está claro que el proceso estaba —y supongo que sigue estando— altamente burocratizado. Y para los abogados que estábamos entrando en la profesión por las nuestras, sin tener grandes estructuras de estudios que nos ampararan, y que además no nos especializábamos en nada en particular, sino que hacíamos un poco de todo lo que estaba a nuestro alcance, era una tarea tremendamente ardua, desgastante; pero además, para mí, no era placentera.

El flujo de trabajo de traducción era constante, lo cual a mí me ofrecía, por un lado, una gran paleta de temas o disciplinas de las que ocuparme, aun dentro de lo jurídico. En segundo lugar, la traducción me permitía organizar mi tiempo de otra manera. Si bien las presiones para entregar los trabajos de traducción en plazos muy acotados existieron siempre, así como existen los plazos procesales que hay que cumplir, uno podía organizarse de otro modo, porque una traducción es una obra, un producto, y uno sabe que comienza y termina esa obra en algún momento; no es un proceso que tiene instancias e instancias, una detrás de la otra. Y elegí lo que más placer me daba, aunque no fuera lo que más dinero generaba; coincido en esto con lo que decía el doctor Bossert, jamás me interesó ese aspecto como norte. Entonces, alrededor del año 96 o 97, después de ir dejando en manos de otros colegas algunos casos que todavía tenía, decidí abocarme exclusivamente a la traducción. Pero mientras tanto ya había empezado a ejercer la docencia universitaria. En el año 88, dos o tres años después de que me recibí, empecé a trabajar como ayudante de segunda en la carrera de Traductorado; después me presenté al concurso para ayudante de primera en Lengua II, y en 1990 me designaron profesor adjunto interino en Lengua III (lo de la designación y el interinato era, digamos, inevitable, dadas las circunstancias en la carrera); finalmente, en 2001 fui titular de Traducción IV. A la tarea docente siempre le dediqué mucho tiempo de preparación, de dictado, de seguimiento; nunca la consideré un mero aditamento. La mayor parte de los profesionales que, además de ejercer su profesión, enseñan, dicen: “y además doy clases”; en mi caso, no. Para mí era y es una vocación, y uno de los pilares de mi trabajo, aunque, de nuevo, como se imaginarán, tampoco me proveía una fuente de ingresos interesante.

—¿Considera que, dadas las circunstancias del mercado en la actualidad, se puede ejercer ambas profesiones a la vez?

—Sí, se puede. Depende de qué objetivos profesionales tenga cada uno. Pero si se trabaja en soledad, es muy difícil. Yo he trabajado casi siempre solo, salvo en los casos de los proyectos de traducción compartidos. En cambio, si se trabaja en sociedad, o bien con alianzas, aunque más no sea eventuales, con colegas con los que uno pueda compartir el trabajo de traducción y también la llevanza de casos, se hace bastante más fácil. En soledad es muy difícil.

En segundo lugar, hay que elegir una especialidad y decidir perseguirla, porque, de lo contrario, el gran peligro es la dispersión. Un abogado que hace un poco de civil, un poco de comercial, un poco de laboral, algo de penal que viene adjunto a algún caso civil o de familia, necesita formarse continuamente en todas esas áreas y es muy poco el tiempo que le va a quedar, no sólo para vivir sino también, por ejemplo, para desarrollar otra profesión —en especial la de traducción, que tiene esta restricción tan fuerte de los tiempos en las entregas, que son acuciantes—. Tal vez sea más compatible el ejercicio de la traducción con el ejercicio de la profesión de abogado en un área distinta del litigio; por ejemplo, el caso de un abogado que se dedique al asesoramiento o a la investigación, o que trabaje en un ente público, desarrollando tareas que no sean administrativas, pero que tengan que ver con aspectos jurídicos sobre los que tenga que dictaminar, etc. De hecho, hoy hay colegas que trabajan a tiempo completo en algún ente como abogados y luego, en el resto del tiempo que les queda en la semana, incluidos los fines de semana, se dedican a la traducción. Son profesiones perfectamente compatibles, pero, insisto, en la medida de que objetivos de desarrollo profesional tenga cada uno.

—¿Traductor público y traductor jurídico son lo mismo?

—Como decía en un artículo que se publicó en la revista del Colegio de Traductores Públicos, “El traductor y el abogado”<sup>2</sup>, el traductor público es el que se identifica por un estatus que la ley le ha reconocido como profesional fedatario, que entraña la habilitación para realizar las traducciones denominadas “traducciones públicas” para su presentación ante determinados entes u organismos públicos, administrativos y judiciales, de los lugares que la ley designa. En cambio, el traductor jurídico es el que, siendo o no traductor público, se ocupa específicamente (y podríamos decir, habitualmente) de la traducción de textos jurídicos. La ley no es clara en materia de contenidos. El traductor público que tiene esa habilitación

<sup>2</sup> “El traductor y el abogado: distinciones necesarias”, en *Revista del Colegio de Traductores Públicos de la Ciudad de Buenos Aires*, nro. 74, julio-agosto 2005.

profesional puede, en su actividad, encontrarse con textos pertenecientes a disciplinas de lo más diversas; una es el derecho, claro, pero también pueden ser la economía, las finanzas, la contabilidad; puede tener que trabajar con textos sobre política, sociología, criminalística, sociología criminal, informática, textos técnicos (es muy común, por ejemplo, que en pericias judiciales se pida la traducción de patentes). En suma, estos rótulos no son sinónimos, ni uno supone necesariamente el otro.

—*¿Considera, entonces, que el traductor público se encuentra capacitado para ejercer la profesión en estas áreas que escapan a lo estrictamente jurídico?*

—No. En realidad, no está definida la incumbencia disciplinar del traductor público; al menos, no está en la ley 20.305. La ley no se ha ocupado de eso; lo único que dice es quién es el profesional en quien el Estado deposita su confianza para que presente traducciones fieles en determinados lugares y con determinados propósitos, pero no hace una distinción entre traducciones científico-técnicas, jurídicas, literarias o “generales”. Tal vez porque al legislador no le interesó, o porque no hubo, en la propuesta de elevación del proyecto, alguien que se detuviera a pensar en esto que me preguntan sobre si un traductor, por ser traductor público, está capacitado para traducir cualquier tipo de texto. La respuesta es que no, de ninguna manera. El traductor público, en todo caso, debería aceptar, tal como lo dice el Código de Conducta del CTPCBA, sólo aquellos trabajos para los que se sienta idóneo. Con lo cual, no es desdorado ni violento rechazar un trabajo porque a uno lo excede en su magnitud o en su complejidad; al contrario, lo más ético, desde ese punto de vista, sería derivarlo a un traductor más especializado en el área de que se trate. Pero se ha creado la fantasía, políticamente correcta, de que el traductor público es una especie de *good-for-all*, es decir, de genio que todo lo puede resolver porque es traductor público. Por lo que acabo de decir, por la definición misma de traductor público, eso no garantiza solvencia en todas las áreas disciplinarias ni en ninguna de ellas.

—*En realidad es extraño, porque esa percepción que usted indica se da desde el punto de vista de los que son traductores públicos, pero, del otro lado, está extendida entre los traductores no públicos la idea de que el traductor público sólo puede dedicarse a traducir decretos, leyes y estatutos.*

—Sucede que tenemos que distinguir lo que la ley permite hacer, lo que las casas de estudios que forman traductores vienen haciendo desde hace al menos treinta años, y lo que los traductores públicos efectivamente hacemos en nuestra labor diaria. Y ahí hay un mosaico muy, pero muy rico.



Es imposible dar una definición abarcativa, porque la carrera de Traductor Público, por ejemplo en La Plata, es muy distinta de la nuestra en la UBA, y ni qué decir de la que se cursa en Córdoba o en el Comahue, por poner otros casos. La nuestra da prioridad a los contenidos jurídicos, lo cual, a mi modo de ver, hasta el día de hoy garantiza que el traductor público que egresa de la carrera de Traductorado de la UBA sea el que mejores armas tenga para abordar textos jurídicos. Y aclaro que esto va más allá de la tendencia de que muchos traductores además se formen como abogados; eso es absolutamente tangencial y bien puede no ocurrir. Pero en otras casas de estudio, el énfasis está puesto en la formación en lingüística, sobre todo en lingüística aplicada, en teoría de la traducción o estudios de traducción, en el idioma español, en complementar la formación con materias como Literatura o Historia o Sociología, que permiten más que nada el acceso a otro tipo de discursos, para que el plan de estudios no se torne tan “unidireccional”.

—*Esta prioridad que se le da a lo jurídico, en especial en la Universidad de Buenos Aires, ¿está justificada? ¿Es imperativo que el traductor público posea tanto conocimiento sobre derecho?*

—No, se ha creado la impresión de que el traductor público es el que más sabe de lo jurídico sólo porque la carrera de Traductor Público de la UBA ha estado siempre o casi siempre bajo el ala de la Facultad de Derecho. Antes estaba en la Facultad de Ciencias Económicas, en una época en la que la profesión no tenía tanta difusión. Pero por estar donde está y por permanecer donde permanece es que se genera esa ilusión. No hay que olvidar que la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, al menos en el edificio en que está, se deshizo de las carreras de Sociología y de Relaciones Laborales, y nos conserva a los traductores públicos y a los calígrafos públicos, que son un puñado. Entonces, por estar allí se sigue pensando que, primero, la formación debe ser preeminentemente jurídica, lo que habría que poner sobre el tapete y discutir; y, segundo, se genera el equívoco de que traductor público es sinónimo de traductor jurídico. En el año 1984, cuando yo todavía era estudiante —estaba cursando Lengua III—, hubo un proyecto mentiroso, según nos enteramos con el tiempo, de crear una Facultad de Lenguas en la UBA. El rector era entonces Francisco Delich. Recuerdo haber ido en dos ocasiones a reuniones en el Rectorado, en las que se nos prometió la creación de una Facultad de Lenguas. Si se hubiera creado una o si se la creara, eso generaría una independización de varias carreras, entre otras, la de Traductor Público; y permitiría tal vez la creación de traductorados técnico-científicos o literarios o una carrera de interpretariado de nivel universitario. Pero esa Facultad de Lenguas, que ya tienen la Universidad de Córdoba, la Universidad del Comahue y muchas otras universidades priva-

das, como la Universidad de Belgrano, por ejemplo, que tiene la Facultad de Lenguas Modernas y Estudios Extranjeros, no la tiene la UBA.

—¿Sería beneficiosa la creación de dicha Facultad, teniendo en cuenta el prestigio que comparte la carrera de Traductor Público con la de Abogacía, al estar en el ámbito de una facultad llena de historia y signada por haber formado a muchos de los líderes históricos de este país?

—Sí, sin ninguna duda. De cualquier modo, la creación de una Facultad de Lenguas no significaría la creación de una entidad absolutamente aislada y autónoma, porque si se quieren conservar contenidos jurídicos, no habría obstáculo para que se cursaran ciertas materias jurídicas en la Facultad de Derecho. Es más, probablemente se generaría la necesidad de que el estudiante de esa Facultad de Lenguas se desplazara a otros lugares en tanto no hubiera un solo edificio al que acudieran los profesores de las diferentes áreas. Para sintetizar, el traductor público debería poder prepararse, si hablamos de la etapa de grado, en muchas áreas, *entre otras, la jurídica*; ése sería el punto de partida. La realidad hoy es que en la UBA se preparan sobre todo en la jurídica, un poco en otras y nada en muchas. Porque si yo les pregunto cuán intensa es la preparación en traducción médica, tal vez me respondan que hicieron una o dos traducciones en Traducción I. Entonces, ¿puede un traductor público hacer traducciones médicas? Sí, de hecho hay muchos que sólo hacen traducción médica y química porque trabajan exclusivamente para laboratorios. Pues al menos deberían ofrecerse herramientas sólidas para acceder a esas otras disciplinas. Ése es un primer punto. Lógicamente, nos vamos a encontrar con la reacción de quienes no quieren perder un lugar ya ganado, pero creo que los que van a ganar son los estudiantes; y en la puja, lo que hay que tener en claro es a quién quiere uno beneficiar, si al prestigio bien ganado que mencionaron antes o a las futuras generaciones. Por algo se han creado otras facultades en los últimos años, en el interior, en fin...

En segundo lugar, una eventual Facultad de Lenguas de la UBA sí podría declaradamente decidir que forma traductores públicos especialistas en lo jurídico. Esto ya lo decía hace muchos años el Dr. Witthaus, que se podría generar un *streaming*, como una separación por disciplinas y una habilitación profesional por disciplinas dentro de ese paraguas que es el Traductorado Público, de modo tal que ciertos textos sólo pudieran ser encarados por profesionales idóneos para esa disciplina. Tal opción por parte de la Facultad debería ser declarada expresamente, lo cual sería imprescindible para que cualquier estudiante de Traductorado o aspirante a serlo diera su “consentimiento informado” y supiera cabalmente qué tipo de traductorado va a estudiar: si un traductorado público con énfasis en

lo jurídico o si uno más o menos pluralista en cuanto a las disciplinas a las que da cabida. Ahora, el traductorado público ideal en este sentido no existe en ninguna universidad que yo conozca de la Argentina, porque significaría armar un plan de estudios de una extensión tal que quizás muchos no podrían abarcar. ¿Cuál sería la solución, entonces? Pues establecer un núcleo predominante y otros optativos. Entonces cada estudiante podría elegir si quiere hacer una carrera de cuatro o cinco años (deberían ser cinco años, en realidad) con un núcleo predominante (por ejemplo, el jurídico) y otra especialización, como, por poner un ejemplo, petróleo y gas, que es otra de las áreas que hoy demanda muchísimo el mercado, o bien decidir seguir estudiando y cursar la especialidad de traducción en otras temáticas, del mismo modo que ustedes pueden elegir sumar puntos en la carrera de Abogacía y seguir haciendo materias por gusto, más allá de que ya tengan todos los puntos que necesitan para graduarse.

—¿Qué importancia tiene la decisión de definir el perfil del traductor público?

—Es indiscutible la necesidad de definir el perfil del traductor público, o sea, definir qué tipo de profesional queremos preparar para los tiempos que corren y en un plazo de más o menos cinco a diez años, porque el mercado va evolucionando al compás de las ciencias humanas, la ciencia en general, la técnica y demás, y no podemos pensar con verdadera claridad de acá a veinte años. Pero si no se define ese perfil, no se pueden definir ni los contenidos del plan de estudios ni los objetivos didácticos. Y todas las buenas ideas que se aporten tienen que estar subordinadas a ese primer consenso de cuál es el perfil. Como dijimos antes, en primer lugar, hay que definir al traductor público según el estatus que le da la ley, pero además aclarar que se forman traductores públicos que tal vez en gran parte de su actividad profesional van a hacer traducciones no públicas. En segundo lugar, formar a un traductor público en determinadas áreas disciplinares. Si la UBA quiere persistir en recalcar la formación en lo jurídico, no está mal; pero que lo haga declaradamente. Tal vez eso ahora va a quedar más “blanco sobre negro” con el nuevo plan de estudios si se independizan las materias de Derecho en el idioma extranjero. Pero creo que también hay que tener en cuenta que hay otras áreas en las que los servicios del traductor público son requeridos y que no tienen nada que ver con lo jurídico, como, por ejemplo, el área económico-financiera o la de la política, y otras áreas que son conexas pero no estrictamente jurídicas, como el derecho humanitario o el campo de los derechos humanos en general, donde muchos textos tienen condimentos de sociología o de antropología. Y ni hablar de las tipologías textuales, que pueden ser tan variadas y que en muchos casos

nada tienen que ver con el estándar de “documento” que tenemos en la cabeza los traductores públicos.

—Eso también se relaciona con la distinción que Bryan Garner traza entre *legal writing* y *legal drafting*, ¿verdad?

—Exactamente. *Drafting* es todo lo que se puede estandarizar sobre la base de tres o cuatro áreas típicas, como la redacción de testamentos que él menciona, tal vez porque la práctica de testar es mucho más común en Estados Unidos que en países como el nuestro. En cambio, *writing* es una actividad muchísimo más amplia, que puede incluir, por dar sólo un ejemplo, la preparación de un trabajo monográfico sobre un tema jurídico para presentar en ámbitos académicos.

En suma, hay que definir ese perfil. No digo que necesariamente el traductor público pueda transformarse en un profesional competitivo y con igual solvencia que los traductores que se forman como técnico-científicos o literarios en otras casas de estudios, como en el Lenguas Vivas, que tiene un prestigio muy bien ganado. Pero se debe procurar que al menos tenga la idoneidad mínima para no amedrentarse frente a textos diferentes; que puedan tomar las primeras decisiones, al menos; que no se confunda pensando que un texto es simple y lo puede encarar sólo porque tiene algunos términos técnicos cuando, en realidad, el problema radica en la articulación del discurso científico-técnico, que no conoce. Entonces, si no se define ese perfil de entrada, se va a seguir confundiendo la figura del traductor público con otras, por ejemplo con la del traductor jurídico. Y éste, para terminar de definirlo, es un traductor que se define por la especialidad de los textos que traduce, y bien puede ser que eso lo haga un traductor que tenga el título de traductor público o un traductor que tenga título de traductor de otra cosa o quien no sea traductor, que es algo que no resulta políticamente correcto decir. Pero en el mercado globalizado de hoy hay que decirlo con todas las letras: hay una competencia, cada vez más intensa, de parte de traductores *de facto*, muchos de los cuales son muy buenos, muy avezados, y están muy entrenados porque se han procurado una formación, aun asistemática, y que no tienen un título profesional de traductor obtenido en una casa de estudios. Esto es muy común en Europa y en los Estados Unidos, y nosotros venimos a representar una competencia peligrosa, no sólo en términos de precio —eso ya es otra cuestión—, sino en términos de que podemos presentar el aval de un título universitario o de una institución terciaria frente a otros traductores del exterior, lo cual parecería ser una enorme ventaja, sin ninguna duda. Pero ya en nuestro mercado estamos empezando a sentir una intensa competencia de parte de traductores sin título profesional.

—*¿Qué formación requiere un traductor jurídico? ¿Es necesario ser abogado para traducir textos de derecho?*

—En los aspectos básicos, la formación del traductor jurídico no difiere, para mí, de la que debería tener todo traductor; me gusta describirla como un triángulo en el que los tres vértices son, en primer lugar, la formación en las dos lenguas de trabajo, es decir, la preparación y profundización continuas en la lengua madre y en la extranjera elegida; en segundo lugar, el vértice de la lingüística comparativa, donde encuadran lo que se denominan estudios de traducción, la teoría de la traducción o la traductología, y de donde tomamos una cantidad de herramientas, estrategias y métodos que nos permiten a los traductores encarar nuestra materia de trabajo, que es el texto; y en tercer lugar está el área de los contenidos temáticos. Ahora sí, hablando de los contenidos y, por lo tanto, de un traductor jurídico, podemos caracterizarlo como aquel que se forma en lenguas, obtiene herramientas de la traductología y de la teoría de la traducción, y se forma, específicamente, en áreas jurídicas. Lo que hay que debatir es con qué intensidad y en cuáles ramas del Derecho más que en otras. Éste es un debate muy amplio, en el que todos tendremos algo para decir.

Una variable que se tiene muy en cuenta para decidir los contenidos es el mercado en un momento dado. Hubo una época, a fines de los ochenta, en que se decía “el 90% del trabajo existente es de corte societario, corporativo; entonces carguemos las tintas ahí, porque la documentación que más abunda en el mercado de la traducción son estatutos, instrumentos constitutivos y toda la documentación societaria auxiliar”. “No perdamos el tiempo con otra cosa”, era la fuerza ilocucionaria de ese enunciado. La verdad es que, para empezar, no era tan así, y aunque lo hubiera sido, en un país como el nuestro, que está atravesado por la incertidumbre, esas tendencias cambian cada cuatro o cinco años. Entre 2001 y 2004, un altísimo porcentaje de mi trabajo, por ejemplo, tuvo que ver con el litigio y con vicisitudes concursales. Con lo cual, la mayor parte de los encargos de traducción en relación con empresas —esas mismas que antes instalaban subsidiarias y para las cuales había que traducir estatutos—, ahora se vinculaban con sus problemas cuando entraban en concurso, quebraban o tenían litigios con sus inversores. Y, por eso, toda la traducción giraba en torno al derecho concursal, al derecho financiero y al derecho procesal civil y comercial, algo que hasta ese entonces había sido esporádico, si se quiere. Entonces, me parece que hay que estar atentos al mercado, sí, para definir cuáles son los temas históricamente ineludibles, como contratos, ciertas áreas societarias, o el derecho procesal civil y comercial. Pero no podemos dejar de lado campos como el derecho procesal penal, porque

quien hoy se dedique a trabajar como perito traductor en la Justicia muy probablemente tenga mucho y muy interesante trabajo en el área penal y no tanto en otras. Y me parece que lo que se ve de traducción en las áreas de penal sustantivo y procesal penal es comparativamente poco en la carrera. En suma, habría que ir definiendo, debate de por medio, todos los campos temáticos relevantes.

De cualquier modo, y enlazando este tema con la cuestión del perfil profesional del traductor público que comentábamos antes, aun cuando un plan de estudios de Traductor Público ponga énfasis en la formación jurídica, nunca va a poder abarcar todas las áreas que sean de interés, incluidas las nuevas que van apareciendo. Miren lo que es el universo del derecho comunitario europeo, que sería hoy una fuente de trabajo interesantísima para muchos traductores del mundo, porque estamos hablando en términos de globalización, no ya en términos domésticos. El que quiera acceder a trabajar como traductor *freelance* para un organismo de la Unión Europea va a necesitar una formación muy sólida en derecho comunitario europeo. Así, podría seguir la lista. Sería inagotable y se recargaría un plan de estudios de una cantidad de conocimientos tal que siempre parecería que falta algo, y los estudiantes terminarían abrumados. Entonces, me parece que, en rigor, la cuestión no está tan ligada a cuáles son los contenidos; sí debe haber, repito, un consenso sobre los contenidos mínimos, como lo hay en todas las carreras universitarias. Pero lo que no tiene que faltar es un énfasis en el desarrollo de *habilidades*. Yo me inclino por este tipo de formación: la que se basa en el desarrollo de habilidades. Voy a dar un ejemplo: un traductor público puede graduarse como tal y estar orgulloso de serlo sin haber traducido nunca una letra de cambio, sin haber visto nunca un conocimiento de embarque. Esto bien puede ser así, y de hecho ocurre con esos documentos que nombré o con cualesquiera otros. Lo que no puede hacer un traductor público es egresar sin las capacidades necesarias para analizar un texto según las situaciones discursivas —discriminar un texto argumentativo de uno persuasivo, o de uno explicativo o de opinión, por ejemplo—. No puede egresar sin saber hacer una síntesis de un texto, para cuando se le pide una traducción condensada, donde es él quien tiene que seleccionar las ideas que le parecen más trascendentes. No puede egresar si, en vista de un proyecto propuesto por un cliente que consta de cien documentos, no puede brindarle asesoramiento a ese cliente acerca de qué documentos son más importantes para el fin que persigue el cliente con la traducción. Eso se llama *triage*, que es una noción que viene de la medicina militar y supone establecer preferencias o prioridades entre las víctimas de un conflicto bélico para el tratamiento que se les ha de dispensar; se tratará primero a los

que tienen las lesiones más severas, pero a lo mejor se dejará de lado a los que no tienen posibilidades de sobrevivir, etc. Esta noción estrictamente médica se trasladó al mundo de las organizaciones en el área de gestión de proyectos y de documentos. Hoy, todas las organizaciones privadas y públicas están altamente burocratizadas, a pesar de la despapelización, que es parcial; no todo hoy existe en formato digital, ni podría existir exclusivamente sin el soporte papel. Y, aunque así sea, la gestión de documentos sigue existiendo, salvo que en otro formato, el electrónico. Decía, entonces, que cuando un cliente tiene un proyecto en el que intervienen decenas de documentos (por ejemplo, toda la documentación necesaria para litigar en otro país), muchas veces no sabe cuáles son más necesarios que otros para traducir, a los fines de la aventura que va a emprender, por ejemplo, un litigio en los Estados Unidos. Pues bien, el traductor profesional tiene que estar en condiciones de prestar al menos un mínimo asesoramiento en cuanto a eso que se llama *triage* de documentos, es decir, el establecimiento de prioridades, para organizar el proyecto en el tiempo. Esto es un servicio invaluable para el cliente, que por supuesto también se cobra; no es un servicio de cortesía, y suele ser muy provechoso porque ahorra tiempo y costos. El traductor público no necesita ser un perito en las cuestiones que maneja ese cliente, pero sí puede mínimamente identificar, por ejemplo, en un expediente de derecho de familia tramitado en la Argentina, ciertas providencias simples con nuestro lenguaje ritualista y tonto que no necesitan ser traducidas, porque sólo generan un cúmulo de papeles que nadie va a leer, incrementan los costos innecesariamente y disminuyen aún más el tiempo escaso del que generalmente se dispone.

También es importante adquirir habilidades como la de acceder a las nuevas tecnologías y al mundo de la investigación por medios electrónicos con eficacia. Un abogado, por ejemplo, por hacer una comparación, ¿es bueno porque conoce el Código Civil de memoria? Toda la vida se ha dicho que no; es bueno porque, ante un determinado conflicto, sabe a qué parte del Código Civil debe dirigirse para poder evacuar una duda. Eso sigue siendo así; no ha cambiado. Mejor dicho, se ha acentuado: ahora que el Código Civil está *online*, lo que se busca se encuentra con mayor rapidez, porque se pueden hacer búsquedas de conceptos por palabras clave.

También hay que desarrollar la capacidad de trabajar bajo presión con altos niveles de calidad. La capacidad de revisar la traducción de otro y hacer lo que se llama crítica razonada de la traducción. Hay que aprender a escuchar. Como dice Ivonne Bordelois, “el verdadero políglota no es el que habla muchas lenguas, sino el que *escucha* muchas lenguas”. Y el traductor es un ser que ya está muy dispuesto a su futuro aislamiento; está



tan encerrado que no puede escuchar, y es algo que se nota desde la etapa de formación. No tolera, a veces, la versión distinta, la versión encontrada. Primero tiene que asumir que las versiones tienen que ser distintas, incluso las propias, porque uno vive mejorando lo que ha hecho.

Ahora bien, lleva mucho tiempo desarrollar estas habilidades. Y lleva tiempo instalar la noción de que el eje de trabajo es el texto, y no la materia. El texto es el disparador de todos los problemas, propone una serie de preguntas que uno tiene que resolver antes de ponerse a traducir y que entrañan esas decisiones estratégicas que uno va a tomar en lo que se llama el proceso de traducción. De lo contrario, va a tropezar innecesariamente con preguntas que debería haberse contestado antes. Por ejemplo, yo recibo una sentencia para traducir del inglés al castellano. Si no pregunto para quién es, muy probablemente me encuentre con problemas que podría haberme evitado; puedo estar explicitando de más o bien mezquinando información, porque no sé si es para presentar en un juicio, donde va a ser leída por técnicos, o si la necesita alguien con fines meramente informativos para una investigación. Esa diferencia, que tiene que ver con el propósito de la traducción y que arraiga en lo que se llama la teoría funcionalista de la traducción, es fundamental que el traductor la tenga clara antes de empezar a traducir. También es importante el análisis del texto en sí, en cuanto a género y tipología textual, que es imprescindible hacer antes y con mucha solvencia. El traductor público a veces se forma casi exclusivamente en formatos estándar, es decir, en ciertos tipos de documentos que se especifican como tales, y se siente perdido ante escritos creados mucho más libremente, como pueden ser las opiniones legales, que tienen una estructura argumentativa, persuasiva y en parte también informativa, pero que no se corresponden con los “documentos” tradicionales.

Otro tema es el de la extensión. A veces se insiste en clase con traducir íntegro un determinado documento. En rigor, para desarrollar las habilidades de traducción, basta con traducir una página, incluso un párrafo. Y otro problema es despegar al traductor de la idea de que un texto es difícil por el léxico que presenta. Todavía egresan traductores que dicen que un texto es difícil por el alto contenido de léxico especializado, lo cual es un índice errado. Que un texto es “difícil” es algo que se aprecia solamente cuando uno lo leyó con profundidad y advierte que el discurso está articulado en forma confusa, que los conceptos utilizados o aludidos son tal vez muy abstractos o ajenos al saber propio, etc.; pero, normalmente, el problema no es el léxico. Hoy en día, con todas las herramientas de consulta que tenemos disponibles, podríamos decir que, al menos en lo jurídico, el léxico es el problema menos serio. Y eso hace que muchos traductores rechacen



trabajos: le dan una primera mirada al texto y cuando ven una cantidad de términos que no conocen dicen que el texto es difícil, que no pueden encarar el trabajo. Y si hablamos de la terminología, a veces son mucho más peligrosos ciertos textos *innocent-looking* que, cuando uno los lee, no parece que ofrecen problemas léxicos, de “palabras nuevas”, pero contienen muchas palabras que uno sí conoce si bien con un significado distinto, como sucede en las ciencias humanas. Cuando un neófito en la disciplina del Derecho ve las palabras responsabilidad, culpa o convención, piensa primero que se usan con el significado que tienen en el lenguaje general, y sólo después entiende que tienen acepciones propias del lenguaje jurídico. Pero, en principio, ¿no parecían difíciles! Ahora, si ve términos como recusación, peculado o excepción de arraigo, cree que la dificultad es mayor. En realidad, el grado de dificultad es el mismo, sólo que el significante se aparta más o menos de la lengua general.

—Entonces, no es necesario ser abogado para traducir textos jurídicos, ¿verdad?

—No, de ninguna manera. Yo creo que no, porque el traductor que traduce textos jurídicos persigue un propósito distinto que el abogado que genera textos jurídicos. El traductor es siempre un comunicador que trabaja a partir de una obra original y que va a producir una obra derivada; nunca va a generar un texto jurídico original en el sentido en el que lo crea un profesional del derecho, sea un abogado, un juez u otro. Por lo tanto, sus primeras habilidades tienen que ser las que nombramos antes, las del manejo de las lenguas, de las estrategias que aporta la teoría de la traducción, y un conocimiento lo más acabado posible de los contenidos que le permita abordar ese texto con solvencia y generar un correlato fiel en la lengua término. Y esa formación en lo jurídico es equivalente a la que se requiere en lo económico, en lo sociológico, en lo químico, y así siguiendo en otras áreas. De lo contrario, se llegaría a ese cliché de afirmar que un traductor médico tiene que ser médico, otro que se dedica a la antropología debe ser antropólogo, y caeríamos en la falacia de que se necesita un especialista del área sustantiva para cada trabajo de traducción. Lo que sí yo preconizo es que el traductor jurídico trabaje más codo a codo con el abogado, algo que, paradójicamente, parece que no ocurre. Digo paradójicamente porque pienso especialmente en la carrera de Traductorado en la UBA: a pesar de que hay tantas materias que se cursan en común con estudiantes de Abogacía, pareciera que se establece una relación de competencia, más que de colaboración. Se supondría que los traductores que egresan de la UBA hoy tendrían que conservar al menos amigos abogados, a los cuales puedan consultarles, el día de mañana, las dudas que tengan. Lo que veo es que los traductores

que van egresando, si no son abogados ellos mismos, se alejan de los que son abogados como si sufrieran una *capitis diminutio*. “Yo soy traductor público solo”, dicen...

El traductor jurídico tiene que tener el arsenal de conocimientos necesarios para poder satisfacer las necesidades de un texto determinado. Si no los tiene, debe poseer todas las herramientas de información e investigación a su alcance, como en cualquier otra área temática que encare.

—*La formación que brinda la universidad, ¿es completa o constituye sólo el puntapié inicial?*

—La formación que da la universidad no es completa ni tiene por qué serlo. La de ninguna universidad. El concepto mismo de universidad apunta a algo que es el pluralismo pero no la exhaustividad, porque la exhaustividad es algo así como la muerte o el fin del deseo. Entonces, de ningún modo puede pretenderse que un plan de estudios sea completo, porque para el día que lo sea y entre en vigor, el mercado de trabajo habrá cambiado. Por esta misma razón, digo que hay que establecer un plan de estudios de contenidos mínimos que se consideren ineludibles y luego trabajar con la mira puesta en el desarrollo de habilidades. Es decir, habría que trabajar sobre las habilidades básicas que mencionábamos antes y, además, en un mayor contacto con realidades textuales concretas en el marco de un proyecto de trabajo, que le generen problemas al traductor sobre los cuales tenga que tomar decisiones y que le permitan obtener un entrenamiento lo más parecido posible a lo que luego va a ser la actividad profesional. Pero de ningún modo puede pretenderse que la universidad satisfaga todas las necesidades formativas que tiene un traductor. Efectivamente, la universidad es el puntapié inicial, como es en todas las demás carreras. Y todos los traductores, en especial los jurídicos, tienen la obligación de seguir formándose, por varias razones: primero, para profundizar en todo lo que ya han adquirido; segundo, para ponerse al corriente de las novedades; tercero, para decidir si van a especializarse en algo. Hoy, la especialización es creciente y deseable en todos los ámbitos. Lo que ocurre es que muchas veces no es fácticamente posible porque todavía uno no ha encontrado un nicho del mercado en el cual asentarse. La especialización es también deseable dentro de la traducción jurídica misma; por ejemplo, hay colegas que sólo se dedican a Seguros, o a Derecho Ambiental, y no sólo son muy exitosos en eso, sino que tienen el incentivo de seguir fortaleciéndose en un área que los hace hipercompetitivos y generan eso que se llama la ventaja comparativa respecto de otros profesionales, precisamente por el grado de especialización que han alcanzado; mientras que los generalistas,

aun dentro de un área tan amplia como la traducción jurídica, pueden llegar a correr con una cierta desventaja.

—¿De qué manera se puede adquirir esa especialización que viene después de la formación de grado?

—Podría ser de tres maneras: una es dentro del sistema universitario, si un posgrado se presentara con esas características. Se podrían diseñar posgrados en traducción con énfasis en una determinada área, como si habláramos, por ejemplo, de la formación del traductor jurídico procesalista o tributarista. Habría que hacer un estudio de mercado para ver qué nivel de convocatoria podrían llegar a tener. No cabe duda de que hay ciertas áreas en las que habría muchos interesados, como la de derecho aduanero o la de derecho penal. Otra es concurriendo a cursos y seminarios sobre temas específicos, como los que ofrece el Colegio de Traductores, por ejemplo. La tercera posibilidad es la formación autodidacta. Yo, como espíritu libre que siempre he sido, he confiado más en la formación que uno se procura por su propio interés que en los encorsetamientos que muchas veces exige la formación que imparten las instituciones. Siempre es fecundo asistir a congresos, mesas redondas, cursos y demás, pero todo esto debe complementarse con una línea de trabajo individual intransferible —es decir, que muchas veces uno no puede compartir con nadie— que tiene que ver con los propios intereses y con el devenir del propio trabajo. Cuando uno se va interesando por un área, aun sin habérselo propuesto, sabe que tiene que fortalecerse; entonces compra libros, consulta en bibliotecas, con técnicos en el tema, etc. Tomemos el caso del fideicomiso. Hasta antes de 1995, la verdad es que yo nunca había traducido un contrato de fideicomiso. Después de la ley 24.441 y el auge de los fideicomisos financieros, me tuve que fortalecer en un área que conocía sólo en sus conceptos generales. Y aunque no puedo decir que “me especialicé” en fideicomisos, sí recuerdo que, impulsado por la necesidad, ahondé en esa área temática recurriendo a todas las fuentes de información que encontré disponibles.

—La traducción jurídica, ¿es una rama de la traducción técnica o es una especialidad sui generis?

—Es una rama de la traducción especializada, pero no necesariamente de la traducción técnica. En algún momento consideré que sí, pero, pensándolo mejor, diría que lo que comparte con la traducción técnica es, fundamentalmente, un aspecto interesante: el alto grado de especificidad. No se advierte a simple vista, tal vez por lo que dijimos antes, que, si bien el lenguaje jurídico ha tomado mucho del lenguaje general, el léxico es de alto contenido técnico; mientras que en los lenguajes formalizados parecería que el léxico técnico salta mucho más rápido a la vista. Pero cuando

uno se detiene en el sentido de esos términos que parecen conocidos, es fácil advertir que el grado de especificidad es alto. En cuanto a los tipos de discursos que se encaran, la traducción jurídica está claramente enmarcada en las ciencias humanas. Desde ese punto de vista no se podría decir que es una rama de la traducción técnica; bien podría ser, si se quiere, una rama *sui generis*. Pero en todo caso, ¿cuál es la clave que la aparta del resto de las especialidades? Yo diría que lo único que puede justificar esta separación es que ciertos formatos textuales son únicos, propios del derecho, como, por ejemplo, una sentencia o un testamento. Pero nada más.

—*¿Qué importancia tiene el uso del idioma español como lengua de trabajo para los profesionales del derecho? ¿Piensa que es posible incorporar materias relacionadas con el idioma en la carrera de Abogacía?*

—Tiene suma importancia porque, como sabemos, los profesionales de la comunidad jurídica necesitan de la palabra como vehículo no sólo de expresión sino también de acción. Entonces, tiene toda la importancia saber trabajar agudamente con esa herramienta que es la lengua madre. El primer problema que se plantea es el de concebir al idioma como un don, que no necesita ningún refinamiento ni trabajo adicional, aun en el caso de quienes utilizan el idioma con un alto grado de corrección; pero el prejuicio existe y lo tenemos todos. Pensamos que, porque hemos adquirido el idioma naturalmente, ya lo dominamos, y se generan espejismos, como, por ejemplo, el de que podemos enseñar a extranjeros. Si me permiten la digresión, ustedes habrán advertido que, sobre todo en los últimos años, los docentes de idiomas extranjeros mayormente notaron este fenómeno y se preocuparon por formar docentes de español pero para extranjeros, y aparece entonces como nuevo nicho en el mercado el ELE, español como lengua extranjera. Gran parte de ese mercado está en manos de profesionales de la enseñanza del inglés. Y hoy hay congresos, cursos y jornadas sobre ELE. Es algo de los últimos cinco años; no tiene más que eso, y es saludable que esta actividad se haya profesionalizado.

Pero volviendo al uso de nuestro idioma, además de ese prejuicio que compartimos casi todos los hablantes de la lengua, la crisis en el mundo jurídico es seria, porque la mayoría de los usuarios del español jurídico tienen enormes dificultades para expresarse con claridad, precisión y eficacia.

—*¿Considera, entonces, viable la posibilidad de incluir materias sobre el español?*

—Yo diría que es indispensable, absolutamente indispensable. Por ejemplo, en la carrera de Abogacía o bien en cursos de posgrado para la magistratura o para cualquier otro miembro de la comunidad jurídica. Y si

no se incorporan materias vinculadas con el español en el plan de estudios, sería provechoso que, al menos, se dictaran talleres de productividad textual y de corrección de textos, a la manera de los que se dictan en muchos estudios jurídicos de envergadura, como una herramienta de apoyo para una comunicación más clara y fluida. Pero habría que definir objetivos y contenidos específicos. Si se enseñara español, se lo tendría que enseñar como español con fines específicos. El español aplicado a la necesidad de generar textos jurídicos y de cierta índole, con funciones discursivas determinadas. Por ejemplo, ¿cómo se genera un texto argumentativo? Para eso hay que estudiar nociones básicas de retórica. ¿Cómo se genera un texto persuasivo? ¿Y una réplica frente a la argumentación de otro? Eso es contestar una demanda. ¿Cómo se sintetiza información? Cuando he leído una docena de casos de jurisprudencia y debo hacer una síntesis de lo que me sirve, ¿cómo transvaso esa información distinguiendo entre la que es nuclear y la que es periférica? Y todo a contrarreloj, porque muchas veces también el abogado trabaja bajo presión. Entonces, por un lado, hay que trabajar en habilidades receptivas, en cómo comprendo e interpreto un texto cuando lo leo; y luego, en las habilidades productivas, para articular el discurso con calidad, utilizando la sintaxis adecuada, además del léxico especializado. Porque parecería ser que el léxico es el único patrimonio que los miembros de la comunidad jurídica utilizan con cierta destreza. Y aun así, están contaminados de vicios, de prácticas fraseológicas absolutamente perimidas y arcaizantes. No puede ser que un abogado, en 2008, siga pensando que persuade mejor a un juez porque en su demanda pone: “No escapará al alto criterio de Su Señoría que...”, que, de paso, es uno de los ripios con los que nos encontramos los traductores jurídicos y luego tenemos que resolver. O que utilicen la sinonimia referencial hasta el hartazgo y entonces la Corte Suprema se transforme después en el Máximo Tribunal, el Más Alto Tribunal, el Tribunal Cimero...

Ahora bien, a toda crítica hay que encontrarle el porqué; la crítica no puede tener la misma motivación que el chisme. Muchas veces, en cursos sobre *Plain English* o sobre otros temas relacionados, se critica por criticar. A uno le dicen que no use “Tribunal Cimero”; muy bien, pero ¿por qué? Ocurre que la infrecuencia en el uso de ciertos términos puede provocar distracción del objeto principal del argumento, y obliga a relecturas que serían más provechosas si tuvieran como objeto el *contenido* del texto, más que la *forma*. Es decir, si quiero releer, que sea porque mi intención es profundizar en el argumento, no entender cómo algo está dicho ni por qué está dicho de esa manera. Ésta es una premisa básica y tendría que incluirse en un curso de español para abogados. En esto trabajábamos, si bien en inglés,

con los abogados en la Universidad Austral, en un curso de posgrado que dictamos con la doctora Moira Parga y la doctora Patricia Fajardo durante seis años, entre 2000 y 2005; no llegamos a trabajar tanto en producción de textos, pero cuando hacíamos lectura y crítica de textos, advertíamos las grandes dificultades que tienen los abogados para reexpresar o parafrasear lo que acababan de leer y así manifestar su comprensión de los contenidos. Y digamos, de paso, que este mismo problema lo tienen muchos docentes en Abogacía.

—¿Es posible acercar el idioma del derecho a todos los ciudadanos sin menoscabo de la tecnicidad propia de esta rama del saber? ¿De qué manera?

—Hay un autor, Peter Tiersma, que escribió un libro maravilloso que se llama *Legal Language* y que distingue entre lo que se llaman *internal documents* del resto. Hay que diferenciar, por un lado, por tipologías textuales, todos los textos que están dirigidos exclusivamente a la comunidad jurídica de aquellos que están dirigidos al público en general. De otro modo, la discusión se torna estéril y terminamos diciendo que todos tenemos derecho a entenderlo todo en lo jurídico, y eso es mentira. Voy a hacer un breve paralelo con lo médico: yo tengo derecho a entender mi historia clínica, pero no tengo por qué pelear por el derecho de entender todo un protocolo que explica cómo se ha desarrollado la investigación de un virus. Es decir, hay áreas y textos que están reservados a los especialistas, y esto no tiene que ver con el derecho al conocimiento sino con las posibilidades de acceso a éste en sus distintos grados. Entonces, por dar un ejemplo, en todas las áreas del Derecho que tocan al consumidor, la gran figura de los últimos veinte años, me parece muy bien que se procure allanar el léxico, en la medida de lo posible, para facilitar su comprensión. De cualquier modo, ésta es una tarea para equipos de especialistas en el discurso y en lo jurídico. Si yo digo que en el derecho bancario hay que explicitarle al cliente qué es el interés punitivo o qué es la mora, hay que tener en cuenta las particularidades del caso. Sobre este último concepto, en nuestro Derecho, hay capítulos enteros de tratados escritos para definir si la mora es o no es el incumplimiento, o si es el efecto de éste. O sea, es un concepto mucho más complejo, mucho más oscuro de lo que tal vez esté capacitado para entender el consumidor que recibe una nota que dice “Usted estará en mora si...”. Hay ciertos términos que van a ser inevitables, aun en la comunicación con el lego, y, como mucho, lo que se puede hacer es agregar una suerte de explicación subsidiaria, con la aclaración de que ésta no puede utilizarse como argumento técnico para un eventual reclamo o queja. Algo así como si yo le diera a un paciente una serie de instrucciones médicas de cómo llevar adelante su tratamiento, pero aclarándole “son para que usted

las entienda, pero no están expresadas en el lenguaje que técnicamente corresponde”.

Más allá del léxico, el problema de acercar el lenguaje jurídico a determinado público radica en la articulación y organización del discurso, en cómo se distribuye la información en el texto, cómo se la organiza, cómo se facilita la comprensión hasta en la distribución gráfica, hasta en el tamaño de la letra. Todo el mundo se queja de eso. Trabajemos entonces en transformar la letra chica en textos que generen voluntad de leer en los consumidores. Este aspecto es muy interesante en el ámbito de la publicidad. Si ustedes compran una revista estadounidense, por ejemplo, y miran la publicidad de un auto a dos páginas, notarán que en una está la foto del auto y en la opuesta hay para leer unos diez o quince renglones con todas las características técnicas del producto. En nuestro país, figuran sólo el auto y un eslogan; nada más. No hay nada porque se presume que el consumidor argentino no tiene ganas de leer todo eso. Lo mismo en las publicidades de aparatos electrónicos, electrodomésticos, etc. Entonces, primero hay que ver qué predisposición hay hacia la lectura; hay que averiguar si hay verdadero interés en acercarse a textos jurídicos por parte de esa comunidad cuyos derechos parece que no se respetan, y si ese interés no existe, por qué. Segundo, hay que mejorar la articulación del discurso. Y tercero, trabajar con el léxico en estas dos vías: manteniendo la terminología técnica y proveyendo una explicación subsidiaria, cuando sea necesario. Mi profesor de Contratos, el doctor Huberman, decía: “Cada vez que hagan un contrato que sea más o menos enjundioso, lo primero que tienen que presentar es el glosario. Aun si ustedes redactan un contrato de locación de cosa, el más sencillo de todos, su cliente no tiene por qué saber qué es el arriendo o qué significa ‘oblar el canon locativo’; entonces, si esos términos son, por alguna razón, inevitables, defínanlos, a la manera estadounidense de trabajar los textos”. La definición de términos para conocimiento del usuario es una práctica extendida y muy tradicional en el mundo angloamericano. Así que eso también podría hacerse: generar un vocabulario de términos clave y explicar de una manera más o menos sencilla los conceptos.

—*El español, ¿se encuentra amenazado?*

—No lo creo. Hoy en día, en 2008, goza de excelente salud y se expande cada vez más. Es el segundo idioma más hablado del mundo, después del chino mandarín. De hecho, hay fenómenos muy interesantes: en Estados Unidos, la difusión del español es absolutamente imparable, a tal punto que se ha llegado, en lugares como Florida y California, a la sanción. Cuando se llega a la sanción, un fenómeno es imparable. Las sanciones se imponen, por ejemplo, por colocar en los comercios carteles solamente en inglés. Del mismo modo que aquí, en una época, estuvo el proyecto de



sancionar a quienes pusieran carteles en inglés. Hay ya más de cuarenta millones de hablantes de español en Estados Unidos. También es el idioma extranjero más estudiado en ese país.

—*Más allá de eso, ¿considera que el avance del inglés va en detrimento del idioma español?*

—No, porque cuando se habla de ese avance, el único ejemplo que puede darse es el del léxico. El cambio lingüístico no ocurre sólo en ese nivel; también ocurre en el sintáctico, el fonético, en el nivel de la estructuración del discurso todo. El cambio léxico se vincula con apenas uno de los estratos, tal vez el más visible o el más llamativo. A mí, particularmente, me interesan más otros fenómenos, como el de la expresión telegráfica que viene a colación de la comunicación electrónica, y redundante en que muchas personas, hoy, respondan a todo con tres monosílabos y nada más. Y eso viene de la necesidad de expresarse cada vez con más brevedad, lo cual no significa con más elocuencia, de ninguna manera; más bien, a veces, todo lo contrario. Me preocupa mucho más ese fenómeno que el hecho de que se diga *cool*. Además, éste es un fenómeno que afecta a todos los idiomas; en el italiano, por poner un ejemplo, se aprecia con muchísima mayor intensidad que en el español.

En suma, esa penetración en el léxico, para mí, no es preocupante. Primero, porque afecta a ciertos segmentos etarios, es decir, no afecta a la población en general. Segundo, la penetración se observa en ciertos segmentos que se distribuyen según su nivel educativo y cultural, tal que les permite luego irse depurando de eso mismo. O sea, los mismos que aprenden a usar la palabra *cool* un día se deshacen de ella. Pero hay ciertos sectores, como las clases más bajas, que no van a usar la palabra *cool* ni ahora ni nunca. Es decir, los sectores que más expuestos están son los más ávidos de esnobismo, como dice Ivonne Bordelois, y son los que más preparados están para deshacerse de eso y luego cambiar por otra moda; como en otra época también fue la de hablar a la francesa, a principios del siglo XX. Y a nadie le parecía que el español estuviera amenazado por eso. Sí hay que destacar lo que destacan los estudiosos de este fenómeno: esto ocurre en la Argentina, en México y hoy en España, y se terminó. No ocurre en todos los países hispanohablantes, de ninguna manera. Este problema del avance del inglés hay que circunscribirlo al geolecto de la España ibérica, a México, por la proximidad con EE.UU., en parte a Colombia, y a la Argentina, y dentro de ésta habría que ver si no estamos hablando sólo de Buenos Aires y otros centros urbanos importantes. El resto de los países no sufren estos problemas de manera acuciante: Venezuela, Uruguay, Chile, Paraguay, de ningún modo. Y están expuestos al flujo de intercambio de la



información con la misma intensidad que nosotros; en suma, esto tiene que ver con una predisposición de los usuarios del idioma, y más que preguntarnos —como lo dice Ivonne Bordelois en *El país que nos habla*— qué podemos hacer para parar el avance del inglés, debemos averiguar qué podemos hacer nosotros para ser menos superficiales. Agregaría yo: hay que dejar de poner siempre la culpa afuera, dejar de encontrar siempre algún responsable que nos hace daño, para empezar a pensar nosotros por qué elegimos lo que elegimos.

—¿Se puede traducir al idioma extranjero?

—(Risas). Sí, es una cuestión espinosa para algunos... En principio, hay una tendencia muy fuertemente impulsada por los traductores de Europa, principalmente, y también en parte de Estados Unidos, que sugiere traducir sólo a la lengua madre por una razón de mercado, por cuidar las parcelas que cada uno se ha ganado en sus respectivos territorios. La verdadera razón es ésa. En la Europa actual, sobre todo, donde hay una gran competencia entre todos los traductores por ver quién se queda con la tajada de la traducción a cada idioma, es natural que el traductor francés quiera traducir a esa lengua todo lo que exista en los idiomas extranjeros que conoce y que trate de denostar a cualquier otro que no sea francés e intente hacer lo mismo. Porque lo que está en juego es una cuota del trabajo disponible en el mercado. Luego, a colación de eso, vienen los argumentos más decorosos.

Ahora bien, hay que hacer una distinción muy clara entre los lenguajes de especialidad y la lengua general. Si se trata de esta última y, por lo tanto, de traducir textos generales, como los de temas de actualidad, que normalmente encuadran en lo que se llama la traducción periodística (una rama de la traducción que en realidad se caracteriza por el formato en que aparece el texto, pero que nada dice sobre los discursos ni sobre los temas), es muy probable que sea mucho mejor que el traductor traduzca siempre a su lengua madre, porque hay una cantidad de elementos culturales que van a poder presentarse en la lengua término con mayor naturalidad, soltura y efecto; todas estas características cuentan muchísimo. Pero el ejemplo más palmario es la traducción literaria: siempre va a ser mejor que la acometa un nativo de la lengua término, porque, dando por sentado que tiene una comprensión cabal del original, va a estar mejor capacitado que un hablante no nativo para manejar todos esos aspectos.

En los lenguajes de especialidad, no es así necesariamente. Y aquí hay que agregar algo más: si, por ejemplo, estoy traduciendo en el ámbito jurídico, económico, financiero o técnico-científico, me encuentro con que hay discursos altamente estandarizados, y que si yo los frecuento en las lenguas

extranjeras lo suficiente como para poder apropiármelos, puedo producir textos de esa naturaleza en la lengua extranjera con la misma soltura con la que lo haría un hablante nativo de esa lengua. En lo financiero, por ejemplo, es clarísimo, porque no hay una gran variedad de articulaciones discursivas y, además, el léxico está ya analizado, compendiado incluso en versiones bilingües o plurilingües, con lo cual hay muchas dificultades que están zanjadas, o al menos ya se ha ofrecido una primera punta para el análisis. Lo que sí se exige es una frecuentación muy aguda de toda clase de textos en la lengua extranjera y en el área disciplinar a la que uno se dedica. Concretamente, si quiero traducir del castellano al inglés en lo jurídico, tengo la obligación de exponerme constantemente a toda clase de textos jurídicos en inglés. Hoy en día, no hay disculpa en cuanto a la disponibilidad de esa información. Cuando yo estudiaba, hace veinticinco años, si no iba al Centro Lincoln —después del fin de la Guerra Fría, EE.UU. lo cerró y le pasó lo que quedaba a ICANA—, no tenía dónde consultar textos sobre, por ejemplo, patentes o marcas en inglés. Era imposible; tenía que mandar a comprar un libro afuera o esperar que alguien viajara y demás. La realidad ha cambiado tanto en apenas diez años que hoy uno puede acceder, con gran facilidad, a textos auténticos —no pasteurizados, como los que se usan muchas veces en la enseñanza— a través de los que uno adquiere las claves del discurso jurídico en las distintas tipologías textuales. Eso se puede hacer en lo jurídico, en lo económico, en lo financiero, en el discurso médico o el de las ciencias en general.

En otras áreas, entiendo que es mejor que traduzca un traductor nativo, pero volvemos a lo que dije antes: siempre dando por descontado que ese traductor que traduce a la lengua madre tiene una comprensión perfecta del original, cosa que muchas veces no ocurre; en el área jurídica eso es lamentablemente frecuente. Por el prejuicio de que hay que traducir sólo a la lengua madre, muchas veces se encomienda la traducción de textos de español a inglés, por tomar un caso, a hablantes nativos de inglés, que no conocen las instituciones jurídicas de la comunidad hispanohablante de partida, no se preocupan por investigarlas, no terminan de comprender los conceptos, pero eso sí: escriben en excelente inglés. Entonces lo que uno lee fluye, tiene una gramática impecable tal vez, tiene el espíritu y el genio de la lengua inglesa; pero es una traducción infiel. La solución de compromiso se ha encontrado en estos últimos años con la técnica de trabajo que incorpora al editor o revisor. Es decir, si se traduce al inglés, se recurre a un revisor, hablante nativo de la lengua meta, que va a concentrarse en algunos aspectos de organización del texto, uso de la lengua, uso de la gramática, sintaxis, frecuencia de uso de ciertos términos, propiedad, localización

del texto. El texto jurídico también se localiza; ni hablar cuando se traduce para EE.UU., donde cada estado es como un nicho jurídico distinto. Es posible que en Nueva York te pidan que utilices ciertos términos que en Texas sonarían extraños y viceversa. Entonces, contar con un hablante nativo perito en el uso de esa lengua completa, por así decir, el proceso.

Además hay que agregar que, en el caso de la Argentina, con el mercado globalizado que hoy tenemos, hay que formar traductores capacitados para traducir a la lengua extranjera. En el caso del inglés, es imperioso, porque hay mucho trabajo de traducción inversa y porque hay un “algo más” que no todos los traductores hispanohablantes de otros países tienen, que es el prestigio y la calidad de la enseñanza del inglés en nuestro país. Entonces, el traductor argentino está especialmente capacitado, a diferencia, por ejemplo, del traductor español —y me hago cargo de lo que digo— para utilizar un idioma extranjero como el inglés y producir en él con mucha más habilidad. No hay que perderse esta oportunidad de mercado; hay que trabajar mucho en ella, si bien con estos recaudos, de que cuando hablamos de traducir a un idioma que no es el propio, lo acotamos a determinadas áreas del saber y a determinados productos textuales. En fin, por dar un ejemplo: aunque me tentara el proyecto, yo no me atrevería a traducir una obra de teatro al inglés.

—*¿Qué opina sobre el uso de doublets y triplets en inglés? ¿Es necesario traducirlos buscando siempre un equivalente para cada palabra?*

—En inglés se utilizan desde hace siglos, por razones históricas, que ustedes deben de conocer, que tienen que ver con la necesidad de expresar una misma idea con dos palabras, una tomada del inglés antiguo y otra del francés antiguo o del normando, para dejar en claro que las dos palabras tenían el mismo rango semántico. Esa reduplicación respondía a fines de mayor claridad; otros dicen que tenía una finalidad puramente retórica o esteticista. Sea como fuere, la tradición continúa en muchas áreas a pesar de los denodados esfuerzos del *Plain English Movement* de abolir estos dobles y tripletes léxicos. Lo concreto es que esas dos o tres palabras juntas, que históricamente se usan así, no denotan sino un sentido, un significado. Como el traductor se dedica a traspasar sentido y no palabras, es obvio que la respuesta es que no hace falta encontrar tantas palabras como las que contienen esos dobles o tripletes, sino que basta con encontrar una sola, porque el efecto que producen esos dobles en inglés no necesariamente tiene que reproducirse en la lengua término. Al contrario, se generaría un efecto distractivo. Además, aunque se quieran encontrar tantas palabras como tiene el doblete o triplete, normalmente es imposible. *Last will and testament*, que es el ejemplo paradigmático, sería ridículo traducirlo como

“última voluntad y testamento”, porque se generaría un neologismo que nos es extraño e innecesario. En cambio, en otros casos, sí: uno puede decir, por *null and void*, “nulo y de ningún valor” o “nulo y sin ningún efecto”, porque se parece más a la frase ya acuñada como frase hecha en nuestro español jurídico.

—*En realidad, en ese caso las dos palabras tienen el mismo efecto, sólo que la segunda explica un poco más qué es nulo, ¿no?*

—Pero eso ocurre con todos los dobletes, porque se dice que están contruidos sobre la base de la sinonimia y no es exactamente así en todos los casos. En muchos, es así, pero en otros, hay subordinaciones de género a especie; en otros, la segunda palabra denota algo acerca del primero de los componentes o expande el sentido de éste. Pero no todos los dobletes tienen exactamente la misma carga semántica, ni la misma connotación en cada uno de sus componentes. Pero el valor en contexto es el mismo; entonces, como regla general, basta con encontrar una sola palabra.

—*¿Cuál es su opinión sobre el uso de la fórmula “y/o” en general, y particularmente en el ámbito jurídico?*

—Hay argumentos lógicos, que además son bastante intrincados, a favor de aceptar o no “y/o” y en torno de la discusión de los tipos de disyunción que genera “o”. Yo defiendo el uso de “y/o”, en aras de la economía de expresión, en los casos en que van asociadas, en un mismo enunciado, las nociones de opción y de acumulación. Para mí es una expresión sumamente económica, y la economía de expresión no es un bien despreciable en la lengua. El argumento de que es un anglicismo cae por su propio peso frente a tantos otros que se han incorporado sin mengua para la solidez del idioma español. Hay también argumentos semánticos. ¿Por qué se dice que no hay que permitir “y/o”? Se dice que hay que elegir entre la conjunción “y” copulativa o la conjunción “o” disyuntiva según el contexto. Se suelen dar ejemplos que me parecen banales: se dice que no hay que decir “derechos y/u obligaciones”, sino “derechos y obligaciones” o “derechos u obligaciones”. Si vamos a tomar ejemplos puramente semánticos, despojados de toda aplicación pragmática, la discusión es estéril.

Pero en la lengua en general y en lo jurídico en particular, sobre todo en enunciados en los que se conceden o reconocen derechos o atribuciones, o se expresa la posibilidad de ejercerlos, hay muchos casos en los que el uso de “y/o” permite interpretar que esos derechos o atribuciones son acumulables y que, además, el titular puede optar por cualquiera de ellos, mientras que el elegir sólo “y” o sólo “o” generaría, en el primer caso, la idea de que todos deben acumularse, y, en el segundo, la de que debe optarse excluyentemente por uno u otro, o por unos u otros, o por uno solo y

no los otros. “Y/o”, en cambio, sobre todo cuando se enumeran tres o más argumentos, permite asociar las dos ideas, la de que los tres argumentos pueden acumularse y la de que puede optarse por cualquiera de ellos. Si yo digo, por ejemplo, que “el voto a distancia de los accionistas podrá enviarse por correo electrónico, por correo normal o entregarse personalmente”, uno puede decir que está claro que hay tres posibilidades y que basta con elegir una de ellas para que el derecho se entienda bien ejercido o la obligación, desde el punto de vista complementario, se reputa cumplida. Sin embargo, alguien podría interpretar que hay una relación de exclusión, tal que si yo ya ejercí el derecho por una vía no puedo ejercerlo por la otra, por lo cual si ya voté por correo electrónico, no puedo votar luego por correo normal. Con lo cual al votar por correo en un momento posterior, anularía el voto que mandé por correo electrónico. En cambio, si digo “y/o”, acumulo los tres métodos y dejo claro que puedo optar, pero que al optar por dos de ellos en lugar de uno solo no hago mella en ninguno, y que luego se decidirá cuál es el que vale (por ejemplo, según un criterio de prelación cronológica, según la regla del envío, o la de la recepción, etc.). También se argumenta que podrían utilizarse expresiones como “por tres cualesquiera de éstos” o “por a, por b o por c o por cualquier combinación de...” como enunciados antepuestos a la enumeración, o las frases “o ambos”, “o todos ellos”, etc., como enunciados pospuestos. Esas posibilidades que nuestra lengua ofrece me parece que no son económicas; al contrario, suelen ser rípidas. En enumeraciones en las que no hay sólo tres sino cuatro o más argumentos (por ejemplo, las enumeraciones de tipos de gravámenes, que pueden llegar a tener hasta diez o doce argumentos), el uso de “y/o” deja muy en claro la posibilidad de acumular todos junto a la posibilidad de que resulten aplicables uno, dos o más cualesquiera de todos los nombrados. Y me parece de una síntesis maravillosa. “Y/o” es particularmente útil cuando la enumeración está posmodificada. Si decimos “cuando los derechos económicos y políticos sobre las acciones ordinarias antes mencionadas se transmitan a un tercero...”, debe entenderse que lo que se prevé es la transmisión *tanto* de un tipo de derechos como del otro. Si se reemplaza la frase nuclear por “derechos económicos *o* políticos”, la conjunción “o” genera la eterna duda sobre si la opción es o no excluyente, esto es, si la previsión se aplica cuando se transmiten solamente derechos económicos o sólo derechos políticos, o si también se aplica cuando se transmiten ambas clases, ya sea en forma simultánea o sucesiva.

Si el sentido que quiere darse al enunciado es el de que la previsión se aplica en *tres* casos posibles, es decir, tanto cuando se transmiten sólo derechos económicos, como cuando se transmiten sólo derechos políticos,

como cuando se transfieren ambos tipos de derechos, la conjunción combinada “y/o” tiene un sentido indubitable y es de una concisión encomiable. De lo contrario, tendríamos que decir, por ejemplo, “cuando se transmitan los derechos políticos sobre las acciones ordinarias antes mencionadas, o bien sólo los económicos sobre éstas, o bien ambos tipos de derechos...”, lo cual me parece de una verbosidad perfectamente prescindible.

—*¿Qué importancia tiene la teoría de la traducción para los traductores y en especial para los traductores jurídicos?*

—La importancia de comprender, primero, que hay una cantidad de problemas de la traducción que ya han sido discutidos por autores respetables, que han aportado soluciones o ideas al menos provisionales (y también definitivas en muchos casos, pues no vale la pena seguir debatiendo algunas cuestiones) y que echan luz sobre problemas con los que el traductor jurídico se encuentra a diario. Lo que falta es articular muchas de las nociones de la teoría de la traducción con el discurso jurídico y la traducción jurídica. Es cierto que la mayoría de los estudios de traducción toman como área de trabajo la traducción literaria, la periodística y, a veces, la traducción científico-técnica; muy pocos se han ocupado de la traducción jurídica o de hacer este engarce entre las nociones de la teoría de la traducción y la traducción jurídica. Realmente es poquísimo lo escrito en esa área. Para mí, la contribución más importante es la de proveerle al traductor un fundamento teórico para la toma de decisiones; nada menos que eso. Es decir, explicar que las decisiones no van a ser producto del capricho sino del razonamiento y del conocimiento de ciertas pautas y criterios que ya han sido analizados. Y eso hay que incorporarlo en la enseñanza de lengua y de traducción en la etapa universitaria, porque es imprescindible.

—*¿De qué manera se puede lograr eso? ¿Mediante la creación de una materia aparte o mechando conceptos teóricos dentro de los talleres de traducción?*

—Dentro del taller, dentro de la materia Traducción, que es esencialmente un taller de esa disciplina; ése es el lugar para hacerlo. Las nociones tienen que haberse procurado antes, tal vez en una materia que se llamara Teoría de la Traducción o Estudios de Traducción; pero la articulación con la traducción jurídica debe hacerse en las materias de traducción que se dedican específicamente a lo jurídico. Un ejemplo concreto es el tema de la ambigüedad: cuando uno se plantea, en un texto jurídico, que un término es ambiguo y que, por lo tanto, propone un desafío a la hora de traducirlo, ¿puede creerse que nunca nadie en el mundo de los estudios de traducción se planteó el problema de la ambigüedad? Esto está discutido hasta el hartazgo, sólo que no se lo ha abordado suficientemente en relación con textos

jurídicos. Primero hay que ir a leer todo lo que hay sobre el tema de la ambigüedad, los distintos tipos que hay, para poder distinguir de qué clase estamos hablando en nuestro texto (semántica, sintáctica, referencial); cómo se generó, ver por qué el emisor la generó, si inadvertida o deliberadamente. Y luego, sobre esa base, ver qué problemas se le presentan al traductor. Segundo, ver si la ambigüedad es reproducible o no en la lengua término. Tercero, ver *si es deseable* reproducirla cuando se pueda. Y, de paso, tirar abajo ese cliché de pasillo de que “hay que conservar la ambigüedad”, que viene importado de la traducción literaria, quizás porque se piensa que la ambigüedad es siempre una elección del autor del original. Ojalá pudiera uno, en la traducción jurídica, mantener siempre la ambigüedad. Hay casos en que es absolutamente imposible. La ambigüedad que genera en castellano la falta del pronombre en relación con algunas inflexiones verbales, donde la primera persona puede confundirse con la tercera y viceversa (por ejemplo, “podía” o “si tuviera...”), es imposible de preservar en inglés, porque tengo que elegir entre *I* y *he* o *she*. Esa ambigüedad sintáctica desaparece en la traducción. No queda otro remedio.

En fin, primero hay que leer todo lo escrito, ver qué soluciones se aportaron en otras áreas y luego transportarlas a la traducción jurídica. Como este problema de la ambigüedad, podemos enumerar decenas. El problema de la omisión, de la pérdida de significado, los errores del original, los errores que tienen que ver con la cohesión o la coherencia —cuando en una parte del texto se argumenta algo que se da de patadas con lo que se dijo dos párrafos más arriba—, etc. También están los errores en cuanto al señalamiento de objetos culturales: cuando se hace referencia, por ejemplo, a la ley nro. x sobre transplante de órganos y el número está errado; ¿qué se hace con ese error? Bueno, todo eso ya está debatido.

En mayor o menor medida, estos problemas se han abordado, sólo que hay que aplicarlos a la traducción jurídica, donde adquieren un matiz distinto. Y en el caso del traductor público que se dedica a lo jurídico, el problema se complica porque el traductor público es un ser muy temeroso, un profesional al que se le enseña el miedo. Y que tiene mucho temor de erigirse como verdadero autor de su traducción y de, por ejemplo, hacer cambios o incorporar notas, hacer lo que se llama intervenciones en ese texto que es su traducción, porque la traducción es pública. ¡Como si las intervenciones del traductor dirigidas a preservar el sentido y la cohesión del texto que traduce fueran a acarrearle algún tipo de responsabilidad penal!

—¿*El traductor tiene que asumir la misma actitud cuando hace una traducción pública que cuando hace una traducción que no tiene ese carácter?*



—Absolutamente. El traductor es siempre una misma persona y no puede disociarse, ni puede tener una ética distinta por el hecho de que el formato o el envase de su trabajo sean distintos.

—*Pero más allá de la ética, el caso de la corrección de errores en la traducción...*

—No importa... No está escrito en ningún lado, ni en la ley que rige nuestra profesión ni en el Reglamento del Colegio ni en el Código de Ética que el traductor público no pueda ni deba corregir un error. Lo que va a justificar una actitud como ésta va a ser, por ejemplo, lo que el traductor evalúa como propósito de la traducción, propósito del texto original, destinatario de esa traducción. Evalúa el beneficio o el perjuicio que causaría para quien va a recibir la traducción que el error se conserve o no. La decisión es de sentido común. Yo cito siempre un ejemplo tonto, pero que está tomado de la vida real, el de “liberar letras de cambio”, una frase que figuraba así en un poder. Algunos argumentarían que habría que traducirla literalmente, porque eso es lo que el original decía. Pero, en realidad, se trataba de un claro error de pluma, “liberar” por “librar”. Ése es uno de los obvios, pero hay otros que son de coherencia, donde, por ejemplo, el nombre de una parte aparece por el de otra y, leyendo el contexto, uno advierte que ciertas obligaciones y derechos se están predicando de la otra parte, no de la mencionada. Pues el traductor tiene la posibilidad y a veces el deber de corregir, creo yo, en aras de la integridad de sentido del texto.

Ahora bien, como el traductor está interviniendo, tiene que hacer uso de las herramientas de que dispone para poner de manifiesto su intervención. Una de ellas es la nota del traductor, que a nadie le gusta y nadie termina de explicar muy bien por qué; éste es otro mito que viene de las editoriales, que no tienen nada que ver con los traductores jurídicos. Es decir, importamos mitos a nuestro trabajo, como si todo lo que traducimos fuera publicable o tuviera la publicación como destino. Si tomamos todo el universo de trabajo existente, los traductores jurídicos muy pocas veces traducimos textos que se van a publicar por intermedio de una editorial. Pero aun así, es muy deseable que aparezca la nota del traductor para explicar. Además, no se traduce “para nadie”; la traducción siempre tiene un destinatario. Y la nota del traductor es un servicio que legítimamente presta al destinatario ese mediador que es el traductor. Las intervenciones pueden incluirse en una traducción pública o en una que no lo sea. La actitud del traductor no tiene por qué variar por el hecho de que el formato cambie. De lo contrario, si los clientes estuvieran advertidos de esto, por las dudas siempre pedirían una traducción pública sin legalizar, aunque más no sea para asegurarse de que esa traducción va a ser más “fiel” que una traducción no pública. Es un absurdo, pero así se forma a los traductores en la



universidad. “¡Ojo, que es traducción pública!”. ¿Ojo por qué? ¿Entonces, si no es una traducción pública, me puedo dar lujitos? Es un disparate...

—*Teniendo en cuenta las particularidades del surgimiento de la profesión de traductor público en la Argentina y en el Uruguay y la falta de regulación en otros países, ¿qué opinión tiene al respecto? ¿Qué es mejor?*

—Sobre eso les puedo dar una respuesta muy breve. Yo creo que la colegiación de los traductores públicos nos ha dado un núcleo de pertenencia, nos ha permitido algo que es un reclamo muy antiguo en nuestra profesión: obtener mayor visibilidad. Sólo desde ese punto de vista, ya está muy bien. Luego, el Colegio como tal viabiliza una gran cantidad de otros beneficios, como son jerarquizar la profesión ante determinados actores, especialmente las autoridades públicas, y brindar posibilidades de capacitación permanente. Un punto para discutir sería si la colegiación debe ser voluntaria u obligatoria, que es la discusión que se generó al momento de todas las colegiaciones obligatorias. Pero es un privilegio, una prerrogativa que se ha obtenido —lo cual hay que agradecer— frente a otros actores del mundo de la traducción que hasta el momento no la han obtenido o no se han preocupado por obtenerla. Nadie sabe bien por qué los traductores técnico-científicos no han hecho el *lobby* necesario ante el Congreso para obtener su ley de colegiación. Desconozco si les interesa y si alguna vez se planteó esa discusión.

Desde una óptica exclusivamente práctica, y en vista del variadísimo mercado de trabajo de hoy en día, no me parece que sea necesario para trabajar tener el título de traductor público, puesto que este profesional realiza muchísimas traducciones no públicas que bien podrían estar en manos de traductores distintos de un traductor público; y de hecho, así ocurre en la práctica. Y no me parece que la colegiación, en los países en los que no se produjo, sea un factor decisivo para definir el rumbo de la profesión, para nada... Creo mucho más firmemente en el efecto positivo que generan, por acumulación, los buenos trabajos individuales de los profesionales que en el sustento nominal que pueda procurarles una entidad que los nuclea. Por otra parte, hay traductores públicos que distorsionan el cometido del Colegio; me sorprende ver que, en sus currículum en inglés, algunos colegas ponen “*accredited at*” o “*admitted to* Colegio de Traductores Públicos de la Ciudad de Buenos Aires”. No hay tal cosa, ni una acreditación ni un examen de admisión; la condición de miembro del Colegio se adquiere con la presentación del título y el pago de un arancel de matriculación, y es un requisito para ejercer la profesión de traductor público en las circunstancias previstas en la ley; pero eso es todo, el Colegio no da ningún aval respecto de la solvencia profesional como el que puede dar una institución que primero los somete a un examen.

—*¿Cuál es su opinión sobre la ley 20.305, reglamentaria de la profesión de traductor público?*

—En su momento fue un instrumento muy valioso para hacer visibles a una cantidad de profesionales que estaban dispersos, no reconocidos, y permitió organizar una profesión que desde entonces no dejó de crecer, y no sólo gracias a la ley, cuyo principal objetivo fue la creación del Colegio.

La ley está llena de problemas desde su inicio, que en algún momento van a corregirse. Ya hay un proyecto de reforma. Pero hay cantidades de disposiciones erradas. Una es la que establece el requisito de la nacionalidad argentina para poder acceder a la matriculación en el Colegio. Es claramente discriminatorio y lo fue siempre, incluso antes de la Constitución de 1994, por el solo reconocimiento constitucional a todos los habitantes de la Nación del derecho de ejercer su profesión.

—*La ley 20.305 habilita al traductor público como único profesional competente para actuar en calidad de intérprete ante los tribunales. Debido a que la mayoría de los planes de estudio relegan la interpretación, ¿considera que es correcta esta disposición?*

—No podría decir que es incorrecta en la medida en que la interpretación no es una carrera universitaria en el país, es decir, no le quedan al legislador muchas opciones: tiene que elegir algún profesional que ejerza esa función ante los organismos públicos, y se queda con el profesional de una actividad vecina que le parece más confiable y que es justamente el traductor público, al que designa como profesional fedatario; así que, desde el punto de vista de las opciones que el legislador tuvo o pueda tener en el futuro, no me parece nada mal, me sigo quedando con el traductor público, sin desconocer, lógicamente, que en el país se forman intérpretes —y de muy buena calidad— en instituciones privadas de todo tipo. Desde el punto de vista del sistema de formación universitaria y la actuación ante organismos públicos, no me parece irrazonable. Lo que sí es una discordancia es que teniendo una ley que habilita al traductor público para desempeñarse en ese carácter, las universidades del país que forman traductores públicos no hayan actuado en consecuencia, es decir, no hayan formado ni formen traductores públicos verdaderamente idóneos para desempeñarse como intérpretes en sede judicial o ante los organismos públicos en general, porque la verdad es que no se ofrece esa formación. En el caso particular de la UBA, me constan todos los esfuerzos que ha hecho Margarita Moschetti sobre todo, por dedicar tiempo de la escasísima carga horaria que siempre tuvimos a dar clases de interpretación en el laboratorio, que no está precisamente bien equipado para ese tipo de tareas;

pero ha procurado material, ha dedicado tiempo de las clases de Lengua III para que los alumnos adquieran mínimamente algunas habilidades en interpretación consecutiva, y creo que a veces también algo de simultánea; ha invitado a profesores del exterior, como Anne Martin, a dictar cursos de interpretación en la Facultad, de los que hemos participado los profesores. En fin, se han hecho algunos movimientos en torno a la formación del traductor como intérprete. Pero, primero, son insuficientes. En segundo lugar, el traductor público no se prepara para actuar como intérprete *en general*, se prepara para actuar como intérprete consecutivo en sede judicial o en ámbitos que exceden la sede judicial; por ejemplo, el ámbito carcelario, o, como me ha tocado a mí, ante tribunales arbitrales, en los cuales se genera un entorno, un *setting* como se dice en inglés, que de algún modo habría que tratar de reproducir en la etapa de formación. Porque quienes ejercen la formación de intérpretes saben perfectamente que todos los elementos situacionales son condicionantes extremos. Por eso la profesión de intérprete es tan distinta de la del traductor; el traductor puede trabajar en forma aislada, en un lugar que nadie presume ni siquiera cómo es, y generar un texto de excelente calidad sin tener ningún factor del mundo físico que esté condicionando su tarea, más allá de tener una computadora o un pedazo de papel. El intérprete está condicionado por un montón de factores. El intérprete simultáneo, para empezar, por las condiciones de sonido. Están condicionados todos los intérpretes por la oralidad del orador, es decir, por su inteligibilidad y por todos los aspectos fonológicos en el uso de la lengua, cosa que, obviamente, no le ocurre al traductor. Para citar un ejemplo burdo, sería como si el traductor tuviera que leer un texto todo borroneado. Así le pasa al intérprete a veces, tiene que interpretar a alguien que habla todo borroneado. Pues bien, esas condiciones hay que reproducirlas en la etapa de formación. Tomando el caso del inglés, muchas veces hay que interpretar a personas que hablan un inglés muy malo, un inglés prestado, porque no son hablantes nativos y formulan su discurso en situaciones en las que ellos mismos están bajo presión, y las condiciones de trabajo distan muchísimo de ser las que, me parece, se presentan en la etapa de formación. Así que, en suma, lo que habría que hacer es no sólo fortalecer la formación de interpretación, sino enderezarla claramente a lo que la ley permite y requiere. Es un esfuerzo mal orientado el formar intérpretes simultáneos, por ejemplo, porque la Facultad no tiene por qué ofrecer ese entrenamiento para un traductor público, y tampoco sirve formar intérpretes consecutivos en áreas o temáticas que nada tengan que ver con las que más probablemente se van a presentar en los ámbitos de actuación que prevé la ley.

—*¿Qué opina respecto de cómo se investiga sobre traducción en la Argentina? ¿Sería necesario implementar algún tipo de política para fomentar la investigación?*

—Sería irresponsable de mi parte si hablara de la traducción en general, porque no conozco con profundidad todos los escenarios. Hay ámbitos, en la Argentina, en los que se investiga en traducción. El Instituto Lenguas Vivas, por ejemplo, tiene proyectos de investigación internos dentro de su programa de fortalecimiento institucional; y hay financiación e incentivo para la investigación, si bien acotada, ya que no podemos decir tampoco que sean proyectos de gran envergadura. La Universidad de Córdoba, a través de la Facultad de Lenguas, tiene proyectos de investigación, y creo que también La Plata. Lo que no hay es una política de investigación de traducción a nivel nacional; y, concretamente, en el caso de la traducción jurídica, directamente la investigación es inexistente, no es orgánica, es aislada: se forman a veces equipos y hay esfuerzos también individuales por investigar en algunas áreas, pero de manera muy asistemática. No hay financiación tampoco para eso.

Hay varias vías: una, los colegios de traductores del país, que podrían destinar parte de sus recursos a financiar proyectos de investigación, definir qué necesidades de investigación hay, en qué áreas, y generar un proceso de selección de becarios. Otro canal lo constituirían las universidades mismas, es decir, las carreras de Traductor Público de las distintas universidades podrían impulsar sus proyectos de investigación. Para mí, lo importante es que todos esos proyectos de investigación finalmente se traduzcan en una publicación, en alguna comunicación escrita, que tenga garantizada su difusión. Esto es algo que siempre comentamos con el profesor Parini; si es importante que se escriba, es para que lo que se escribe circule, se transmita, se difunda. De nada sirve, por ejemplo, que las actas de un congreso terminen arrumbadas en un anaquel y que casi nadie tenga acceso a ellas o, peor aún, que los responsables de la formación de grado y de posgrado las ignoren. En la bibliografía para la materia Traducción de Textos Económicos y Jurídicos, que dicto desde hace unos años en la Maestría en Traducción de la Universidad de Belgrano, he incluido gran parte del material presentado en forma de ponencias en congresos y jornadas vinculados con la traducción; en primer lugar, porque lo considero pertinente, y en segundo lugar, porque creo que es saludable socializar esa información y valorarla en la medida del aporte que puede representar en nuestra formación permanente.

—*¿Es posible traducir al español, o a cualquier otro idioma, de manera tal que entiendan destinatarios de diferentes culturas jurídicas?*

—Les puedo hablar del caso del español o del inglés. En principio, sí; si tomamos el español jurídico, nos encontramos con que, afortunadamente, los derechos de los diferentes países hispanohablantes tienen la misma raíz y, por lo tanto, los grandes institutos y figuras jurídicas son coincidentes. Hay construcciones enteras en lo jurídico, en distintas ramas del derecho, que son muy semejantes. Lo que varía mucho es el léxico que se utiliza para significar esos conceptos; entonces, la construcción jurídica en torno a la sucesión testamentaria o no testamentaria, en Paraguay, aquí, o en España, bien puede ser semejante, pero los nombres que se dan a los derechos de cada uno de los derechohabientes son muy distintos, y a veces sorprendentes. La dificultad mayor radica en encontrar una suerte de español neutro, de denominador común para institutos específicos para todos los países de habla hispana. Eso, a mi modo de ver, es una empresa inabordable. De hecho, hay muy poca lexicografía jurídica. Hay diccionarios jurídicos, monolingües y bilingües, pero son escasos. En México está el excelente diccionario de Javier Becerra, de castellano a inglés (y ahora parece que va a sacar la edición inglés a castellano), pero es sólo un diccionario de términos jurídicos mexicanos; y ya con sólo consultar ese diccionario, uno va repasando las diversas entradas y ve, por ejemplo, cuántos términos existen en el propio ordenamiento pero con un sentido distinto, y cuántos institutos, es decir, cuántos conceptos iguales, se designan de manera distinta. En suma, hace falta un alto grado de localización para cada jurisdicción. Y esto es algo que quienes encomiendan servicios de traducción en, por ejemplo, Estados Unidos o Europa, desconocen. Para ellos, Latinoamérica o Hispanoamérica es una suerte de territorio común, donde todo puede reducirse a denominadores comunes. Es cierto que hay áreas en las que esa reducción es más fácil, como el área de contratos, pero de cualquier modo, sería muy difícil traducir un contrato de compraventa de un inmueble que está en inglés al español peruano si uno no tiene un conocimiento más o menos acabado de las instituciones del derecho civil y del derecho inmobiliario de Perú. Un traductor de otra jurisdicción lo podrá hacer, como primera versión, pero con un editor en Perú que luego haga todas las adaptaciones que sean necesarias. Lo importante para tener en cuenta, más allá de todo esto que para nosotros es obvio, es que para quienes encomiendan traducciones desde Estados Unidos no suele ser para nada obvio, tanto que no especifican muchas veces el país a cuyo español necesitan hacer traducir el texto; entonces dicen “necesitamos la traducción al español” y uno, a vuelta de correo, tie-

ne que pregunta: “¿Al español de dónde?”. “¡Ah! De México”, o “para la población hispanohablante de Estados Unidos”. Y esa tarea no siempre es abordable por quien no está en contacto con las distintas variedades regionales; hay muchas cosas que uno desconoce absolutamente, por ejemplo, cuáles serán las expectativas que hoy tiene un hispanohablante en Estados Unidos, ya sea un técnico, un abogado o un lego, respecto del uso de ciertos términos jurídicos. Así que es muy difícil.

—¿Es beneficioso traducir buscando equivalentes en el sistema jurídico del idioma de llegada?

—Sí, beneficioso es, porque la estrategia de la equivalencia funcional o cultural es, en lo jurídico sobre todo, muy útil, muy provechosa y, además, muy satisfactoria. El traductor jurídico, creo, se siente “realizado” cuando logra dar con un término en la lengua de llegada que reúne prácticamente todos los componentes de sentido que posee el término de la lengua fuente; entonces dice: “Encontré el equivalente, éste va justo”. Christiane Nord, que ha trabajado mucho sobre este tema, lo dice en sus artículos sobre la equivalencia: la equivalencia es la meca del traductor. No me parece mal como un punto de partida. Lo que ocurre es que el traductor que confía excesivamente en esta estrategia corre el riesgo de decepcionarse; hay muchas áreas del derecho en las que la equivalencia cultural es muy escasa, porque la superposición en las construcciones culturales es escasa y, por ende, no hay significantes que puedan reputarse equivalentes. Entonces, el efecto es el opuesto: uno se frustra. En esos casos, la equivalencia deja de ser beneficiosa, en el sentido de que a veces —y volvemos a lo que decía al principio sobre qué consideraba que era la traducción—, en tren de encontrar un equivalente, se fuerzan las equivalencias y se argumentan similitudes entre dos instituciones que en realidad no terminan de tenerlas, o si las tienen, las tienen en aspectos muy residuales. Lo mejor en esos casos, entonces, sería traducir explicando, mediante la estrategia que se llama, precisamente, “explicación” o mediante alguna suerte de equivalente descriptivo, que es un concepto de Newmark, o mediante el calco o mediante los dobles (los “*couplets*”, según Newmark), donde se transcribe y además se agrega una explicación o glosa; esto es algo que yo hago muy habitualmente. Por ejemplo, al traducir de castellano a inglés textos de derecho procesal civil, uno tiene que recurrir a procedimientos distintos de la equivalencia si es que quiere decir algo con verdadera elocuencia.

—*¿Qué diferencias encuentra entre el estudio del Derecho en los países angloparlantes y la Argentina? ¿Considera que aquí usamos más libros?*

—Yo no tengo una experiencia directa, sino una experiencia por contacto con colegas de Estados Unidos, con colegas argentinos que han hecho estudios de grado o de posgrado en Estados Unidos, y algunos en el Reino Unido. Hay una diferencia fundamental que radica en la metodología de estudio: en el mundo angloamericano se trabaja fundamentalmente con el método del estudio de casos, y la fuente principal de consulta y de construcción de criterios es la jurisprudencia, junto, por supuesto, con la ley; pero la jurisprudencia es, diríamos, el corpus de consulta indispensable para la interpretación del texto de la ley. A diferencia de lo que ocurre en países como los nuestros, de tradición romanista, la doctrina en el mundo angloamericano —si bien existe, porque hay comentaristas, tratadistas, libros sobre distintos temas— tiene una importancia ínfima en relación con la que damos a la doctrina como fuente de derecho en la Argentina, por ejemplo. En nuestro medio, a mi modo de ver, la doctrina es la gran fuente de consulta de los abogados; luego, la jurisprudencia. La ley, por supuesto, siempre. Pero la doctrina, en los países de Latinoamérica, y también en los países europeos en general, es una construcción que los abogados de Estados Unidos no intuyen que tiene la magnitud que tiene. Por eso se sorprenden tanto ante la abundancia de citas de autores de doctrina que se hacen en los escritos que se presentan en litigios. Se sorprenden también por la extensión de los escritos, que muchas veces quedan tan abultados por esas citas. Fue interesante lo que la profesora Mariana Bozetti comentó el otro día, en el Encuentro Latinoamericano sobre el español, sobre estas nuevas normas de redacción de recursos extraordinarios (por ejemplo, que ahora los escritos deben limitarse a cuarenta páginas y demás); ésa es una modalidad típica de Estados Unidos, donde los recursos de apelación, en el ámbito federal, también tienen un número de páginas como límite (creo que treinta).

Pero la manera de estudiar es una manera que podríamos llamar básicamente mucho más práctica desde el principio, y que además tiende nítidamente a la especialización; al punto de que, en Estados Unidos, un abogado que se gradúa como tal, se gradúa como especialista en un área determinada del derecho sin el mínimo pudor de confesar que ignora todo lo relativo a otras áreas. Además, por las características institucionales y geopolíticas de Estados Unidos, se gradúa con los conocimientos jurídicos relativos al sistema federal y los propios del estado en el cual es admitido para ejercer la profesión, o como mucho de dos estados. Un abogado que



se especializa en derecho societario en el estado de Nueva York puede a lo mejor presentarse al examen de admisión en Connecticut o en Rhode Island, pero muy probablemente desconozca absolutamente qué es lo que pasa en Georgia, y si necesita litigar en esa jurisdicción, va a trabajar con un corresponsal. Los abogados de la Argentina, por ejemplo, por el tipo de ordenamiento que tenemos, por el concepto nuestro de derecho común y por tantas otras razones, tenemos una visión mucho más integral.

—*¿Cuál es su opinión sobre el mercado de la traducción en la actualidad?*

—En términos generales, está en franca expansión. Por un lado, en el área temática, es decir, hay muchas áreas novedosas, por así decirlo, que están produciendo una cantidad de material textual que antes no se veía —el área de la publicidad, por ejemplo—. En el ámbito de la traducción jurídica específicamente, estamos, luego de tres o cuatro años de cierta contracción, en un repunte.

Además de todos los campos temáticos y disciplinares, el mercado se divide por la dirección en la que se traduce: hay que distinguir un mercado de traducción al castellano para la Argentina y un mercado de traducción al idioma extranjero, por ejemplo, el inglés, para Estados Unidos o Inglaterra, o para otros países del mundo que piden de todos modos la traducción al inglés. En ambas direcciones el mercado está en expansión. La globalización de los servicios de traducción, a través de la prestación de servicios en forma electrónica, ha permitido el crecimiento de la oferta de trabajo y ofrece posibilidades de diversificarse cada vez mayores.

En lo jurídico, las áreas en las que hoy hay más demanda son, claramente, el área corporativa societaria, el área contractual, el área de litigio y el área penal; y hay un incremento en áreas como derecho aduanero, comercio internacional y derecho de los recursos naturales.

—*¿Cuál es su opinión respecto de la situación tarifaria? ¿Considera que los estudiantes o recién graduados, por el hecho de serlo, deben cobrar menos?*

—La situación tarifaria es caótica, porque es uno de los temas de los que, por así decir, no se habla; los traductores tienen mucho pudor de tocar el tema. El rango entre honorario mínimo y honorario máximo hoy se ha ampliado de manera insospechada. Ésta es una situación que durante los años ochenta y noventa no existía; había parámetros muchos más claros, más allá de los aranceles orientativos que el Colegio publicaba. Hoy en día sigue publicando aranceles orientativos, pero más que nada pensando en la labor del traductor público como perito judicial, y muchos opinan,



como es mi caso, que los aranceles que publica el Colegio para la actividad extrajudicial son incobrables.

En cuanto a la diferenciación de tarifas entre profesionales de distintas partes del mundo, no me parece correcta porque, en términos de tarifa, el traductor compite con otros profesionales en determinadas zonas donde la moneda tiene un determinado valor, pero ofrece el mismo producto, un producto que, se supone, será de calidad semejante. Por lo tanto, si un traductor argentino, por ejemplo, traduce hoy para un cliente en Europa y compite para eso con otros traductores del resto del mundo, tiene derecho a cotizar su producto a la misma tasa a la que, en promedio, coticen los traductores de cualquier otro país; eso desde el punto de vista del traductor, del proveedor del servicio. El cliente, lógicamente, como siempre va a querer pagar menos por el mejor producto, peleará el honorario argumentando a veces que el traductor de un país en el que el tipo de cambio es tan favorable no “necesita” cobrar tanto porque el trabajo igualmente le resulta rentable a una tarifa más baja. Es decir, se mete con los criterios de rentabilidad del proveedor. Pero ese argumento, por más que exista, no es el que debe regir los criterios de fijación de honorarios cuando uno se presenta ante el mundo; eso tiene que estar claro. Luego sí debe haber, creo yo, un espacio para la negociación, y ese espacio tiene un límite, que es el de la dignidad absoluta, donde uno va a establecer un piso por debajo del cual lisa y llanamente no va a trabajar.

Acá se plantea una cuestión en cuanto a qué tipo de profesional cada traductor quiere ser, más allá de qué tipo de traductor forman las universidades. Y hay básicamente dos clases de traductores, dos modelos en cuanto a la manera de producir su trabajo: por un lado, los artesanos (entre los que me incluyo), que trabajamos pieza por pieza y que, más allá de que produzcamos un gran número de palabras en determinadas ocasiones porque tenemos esa capacidad de producción, no somos productores de palabras en masa; no somos ni queremos serlo, y tal vez, aunque quisiéramos, no podríamos serlo porque no tendríamos la capacidad de producir cantidad a expensas de la calidad. Por otro lado, está el otro grupo de traductores, el de los “cuantitativistas”: son los que se venden por número de palabras que producen, cosa que, además, responde a lo que muchas agencias y estudios de traducción de Europa y de Estados Unidos preguntan. Más de una vez me han llamado por teléfono y me han preguntado: “¿Hablo con fulano de tal?”. “Sí”. “¿Cuántas palabras por día hace?” (“*What’s your output?*”). Ese tipo de carta de presentación, o ese tipo de indagación para contratar a un proveedor, claramente indica que lo que les interesa es satisfacer demandas de velocidad. Mucho en poco tiempo, no importa cómo, ni de qué. Pero

muchos comitentes han dado un paso más adelante, han empezado —gracias a las nuevas tecnologías, sobre todo a las memorias de traducción, que le están causando un daño terrible a la producción artesanal de la traducción— a exigir calidad y, además, uniformidad en el uso de la terminología o la fraseología, a veces hasta el límite de lo absurdo. Primero exigían velocidad, cantidad de palabras y cumplimiento con los plazos, el *time is of the essence*, sin detenerse demasiado en la calidad del producto. Por dar un ejemplo, esto era típico en la época en que traducíamos constantemente, y siempre apremiados por plazos exigüos, toda la documentación relacionada con emisiones de títulos de deuda. Con el ingreso de las nuevas tecnologías, se dice “bueno, además, calidad”, con lo que el traductor pasa a ser una especie de mago que genera una enorme cantidad de palabras con regularidad, es decir, todos los días cinco mil, por ejemplo, además de excelente calidad y, como si fuera poco, con la obligación de utilizar herramientas a través de las cuales exporta una cantidad de información que le expropian.

Estos dos grupos ya están, por así decirlo, claramente definidos, y hay traductores que, obviamente por razones de necesidad, fluctúan entre uno y otro. Un día son traductores artesanos y a la semana siguiente se transforman en productores de palabras en masa.

Ésa es una opción ética, que tiene que ver con cómo uno *quiere* trabajar, más allá de cómo uno *puede* trabajar. Y estas cuestiones deberían abordarse en las universidades, y también desde el Colegio de Traductores; pero hay un límite, el de las propias convicciones, es decir, hasta dónde cada uno quiere obtener placer de lo que hace o dejarse explotar porque, como a veces he escuchado, “total, si me pagan...”. Y creo que bajar línea desde, por ejemplo, una norma que prescribiera determinadas conductas, no sería demasiado útil. Sí creo en la persuasión; para empezar, creo en la necesidad de poner el tema sobre la mesa, porque esto es algo de lo que prácticamente no se habla. Hay temas de los que yo mismo no tenía conocimiento, como la instalación de agencias en nuestro país, por ejemplo en Córdoba, que contratan personal en relación de dependencia al que ponen a trabajar diez, doce horas por día por sueldos miserables en comparación con la producción que tienen, cuando en realidad esos profesionales que están trabajando de esa manera bien podrían trabajar de otro modo; no advierten que hay posibilidades de mercado para trabajar mucho más dignamente.

Por lo demás, como en muchas otras disciplinas, el mercado de la traducción padece del cáncer de la intermediación, sobre todo cuando la practica quien no es profesional de la traducción. La intermediación no

necesariamente es mala, porque el profesional individual a veces no tiene canales de comunicación directa con clientes significativos, ya sean personas físicas o empresas; así que el hecho de que alguien le allane esa parte del camino puede estar muy bien. El tema es qué es lo que se pierde o sacrifica en ese camino y cuáles son las exigencias de ese intermediario, y cuáles son los recaudos que el traductor puede adoptar para, primero, salvar su responsabilidad y, segundo, asegurarse el cobro de lo que ha hecho. Y otro problema es qué capacidades tiene el intermediario para interpretar el alcance y la complejidad de la labor del traductor. Hay muchos traductores hoy que, por incorporarse a estos proyectos de miles o millones de palabras y tener asegurado un trabajo, ni siquiera firman una orden de trabajo; todo lo que tienen como encomienda es un *e-mail*, que no les va a servir para mucho si tienen que hacer un reclamo judicial por el cobro de lo que les adeudan. Menos aún firman un contrato, que es otro tema para debatir y sobre el que se debería trabajar en la materia Régimen Legal de la Traducción y del Traductor Público, concretamente, sobre la recomendación del uso del contrato de traducción. Hay instituciones que ya tienen un modelo de contrato de traducción, muy sencillo, que el traductor público podría utilizar, si no es con el cliente directo al menos con los intermediarios, que son las agencias.

Pero, fundamentalmente, quiero recalcar que cada traductor tiene que hacer una elección para el futuro: si va a ser un traductor artesano o si va a ser un traductor “industrial”; ésa es su elección. Mercado hay para las dos cosas, que quede claro. Sigue habiendo clientes que quieren la traducción artesanal y hay clientes que quieren la cantidad. No es verdad que al cliente no le importe nada la calidad o que sea siempre un tonto que no puede evaluar los méritos de una traducción. Eso es una mentira. Aparte, habría que definir de qué cliente estamos hablando. Hace poco, apareció un artículo en una de las ediciones de *The ATA Chronicle*, escrito por una traductora que trabaja para el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y da cuenta de que, justamente, a pesar de que el volumen de traducción es a veces impresionante, lo único que cuenta, lo que decide si la traducción pasa el filtro, es la calidad. Y podríamos dar cantidades de ejemplos como éste.

En lo que respecta a estudiantes o traductores recién graduados, es torpe querer establecer una distinción tarifaria sólo sobre esa base. Para el caso, debería haber una escala, tal que la tarifa fuera ascendiendo a medida que se acumulan años en la profesión. Y todos sabemos que hay traductores que en sólo tres o cuatro años, por ejemplo, han llegado a un nivel de calidad encomiable, mientras que otros hace veinte años que repiten las mismas prácticas y los mismos errores. Sí me parece correcto establecer

diferencias según el grado de apoyo, previo al trabajo de traducción o posterior a éste, que le pueda prestar otro colega que le derive un trabajo o lo comparta con él. Ese apoyo en términos de recomendaciones, de precisiones, de evacuación de consultas o de revisión posterior, representa tiempo de trabajo para el colega referente, que no siempre se puede cargar en el honorario que se cobra al cliente. Entonces se justifica que la tarifa sea menor; pero no porque se reduzca la tarifa que se abona al traductor novel de tu pregunta, sino porque hay una porción de ella que paga un *know-how* y un tiempo que brinda otro traductor. Y en cualquier caso, me adhiero a las voces que han empezado a levantarse contra la explotación de la mano de obra barata que aparentemente representan los estudiantes o los traductores con pocos años de experiencia. En suma, la vara con la que debe medirse la paga es la de las bondades del trabajo realizado, y es con eso que se construyen el prestigio y la trayectoria; no con años. Las cifras están bien para el currículum, pero, una vez más, el criterio de evaluación, de selección y de recompensa es cualitativo, no cuantitativo.

—*¿Es posible realizar traducciones finales o todas las traducciones deberían estar sujetas a una ulterior revisión?*

—Siempre es bueno que haya otro par de ojos que revise lo que uno ha hecho. Eso es indudable. Es una tranquilidad, por un lado, y es, además, un factor que genera mayor exigencia, a pesar de que a algunos les pueda generar la impresión contraria. El saber que hay otro que no es el cliente, sino un colega, por ejemplo, que va a revisar el propio trabajo genera la exigencia de pulir el producto lo más posible. Pero lo que muestra la realidad del mercado es que, a veces, esta tripartición es imposible por razones de tiempo; entonces lo ideal sería que siempre hubiera al menos un revisor, si no un editor. Cuando se traduce a la lengua extranjera, o bien, cuando se traduce a la propia, pero, como dijimos, para una variedad geolectal distinta, es imprescindible. Si traduzco para el español de España, y salvo que ya esté muy avezado en el español jurídico de España y no tenga dudas sobre las opciones que hice, es muy conveniente que un traductor cuya lengua materna sea el español ibérico revise la traducción o, al menos, le eche una mirada. Eso es lo ideal. En las nuevas normas de calidad, que se han introducido tanto en Europa como en Estados Unidos, se incorpora al editor en el proceso de traducción.

—*En el mercado actual se instaló la noción de que la traducción es una industria; se habla de la industria del lenguaje ¿Qué piensa acerca de ello?*

—A mí no me molesta, porque me impacta más qué se esconde detrás de la palabra industria que la palabra industria en sí. En todo caso, la

palabra industria está tomada como una transferencia negativa de *industry* en inglés, en el sentido de actividad. Es decir, no tiene necesariamente una connotación negativa, ni disvaliosa, ni denigrante. Hablar de la actividad de la traducción tal vez sea más aceptable. Pero, curiosamente, a mí, que trabajo con las palabras todo el tiempo, no me impresionan ni me asustan ciertos usos de las palabras en la medida de que yo pueda detectar a qué obedecen. Del mismo modo, *a contrario sensu*, no me impresionan los eufemismos ni me parecen necesarios, y me parece incluso tonto que hoy, por ejemplo, haya que hablar de las personas en desventaja —como se dice *the disadvantaged* en inglés— en vez de los discapacitados, y así siguiendo con una larga lista. Lo importante es la intencionalidad que hay detrás. Si hablar de la industria de la traducción o de la industria de las lenguas va a servir, por ejemplo, para que se le dé difusión a una política lingüística poniendo plata para que se hagan ferias, para que se dé publicidad a esa política en los medios masivos y demás, pues que se llame industria, qué importa. Si la industria de la traducción se va a llamar así para que ingrese junto con otras actividades en un primer plano, que se llame así. Lo que no quiero es que, porque se llame industria, se interprete que el producto es algo que se fabrica en masa. De cualquier modo, sería también ingenuo que se hablara de la traducción como “el arte de la traducción”, ya que, por lo que hemos comentado antes, no todos los traductores son artesanos. Pero bueno, al fin y al cabo, *what's in a word?*

—¿Qué le falta a la profesión de traductor para ser reconocida como tal en la sociedad a la par de otras profesiones que gozan de reconocimiento social, si es que le falta algo?

—Primero, que a los traductores les interese verdaderamente hacerse visibles. Se habla mucho de la visibilidad del traductor en el sentido de trascender hacia la sociedad como un profesional que existe y que presta un servicio; no hablo de la visibilidad o invisibilidad del traductor detrás del texto traducido de la que habla Lawrence Venuti. Pero ocurre que hay muchos profesionales de la traducción a los que más les interesa vivir en forma, por así decir, aislada, no sólo de la comunidad ante la cual deberían presentarse como traductores, sino de sus propios colegas, de los propios foros de encuentro entre colegas. El traductor argentino, al menos —no puedo opinar sobre los traductores del mundo— tiende al aislamiento. Es cierto que falta reconocimiento por parte de la comunidad, pero también falta que los propios interesados den el primer paso para presentarse como profesionales de la traducción ante ella. Hay muchas maneras de hacer eso. Una pequeña, pero que tiene que ver con el uso de la palabra, la había introducido el Colegio de Traductores en una de sus conducciones, que era

la de llamar a todos los traductores por el apelativo “traductor” o “traductora”; uno iba al Colegio de Traductores y se presentaba como “el traductor Chiesa”, cosa que hago hasta el día de hoy. Esta práctica se abandonó en los últimos seis o siete años, con lo cual hemos vuelto a ser señor, señora, señorita, Juan o Pedro. El uso del apelativo “traductor” es mucho más útil que el ficticio “doctor” de los abogados, que llama a confusión y mejor estaría reservado para el profesional que tiene un doctorado. Presentarse ante clientes existentes o potenciales como el traductor fulano de tal puede parecer una tontería, pero para mí, sirve. En segundo lugar, sirve que el Colegio de Traductores despliegue una política de visibilidad en los medios, lo cual, de algún modo, ha venido haciendo durante los últimos años con más intensidad; pero se advierte que no es suficiente. En tercer lugar, creo que hay una cuestión de penetración en la sociedad de ciertas profesiones que no se entienden como tan necesarias, y hay que conseguir que se las conozca y se las valore. El ser traductor, para muchos, es simplemente una habilidad más, no una profesión. Falta que los que somos traductores expliquemos en los ámbitos en los que podamos cómo se forma un traductor. Falta una política orgánica de difusión en las escuelas medias. Hay que hacer ese trabajo de hormiga, hay que dar charlas, y donde uno está, tiene que presentarse y explicar qué es lo que uno hace, y cuando dice: “Yo soy traductor”, contestar hasta el cansancio la pregunta “Ah, ¿sabés inglés?”. “Veamos: además de saber inglés, esto y lo otro...”.

—*El traductor ¿es un experto en lenguas?*

—No, justamente, no es sólo un experto en lenguas. Puede ser un experto en dos o más lenguas, una persona que tenga un dominio de todos los aspectos de uno o más idiomas —su gramática, su sintaxis, su léxico, sus capacidades discursivas y demás—. Pero el traductor necesita, además, lo que mencionábamos antes: formación en todos los aspectos relevantes de la teoría de la traducción, en todo lo atinente a la complejidad del proceso traductivo, y en las áreas temáticas de las que se ocupe o en las que se especialice. Es decir, el traductor es un profesional que trabaja siempre sobre esos tres pilares: primero, las dos lenguas; segundo, la parte de la lingüística comparada que se encarga de establecer el nexo y de estudiar las maneras de tender puentes; y tercero, el área temática de la que se ocupe, como, por ejemplo, la jurídica, y en ese caso, cada una de las ramas del Derecho en las que intervenga. Pero no es sólo un experto en lenguas, que es, lamentablemente, lo que se cree en muchas partes del mundo. En Estados Unidos y en Europa, se vuelcan continuamente a la traducción personas que dicen —o creen— dominar dos idiomas y se presentan como eso, como expertos en dos o más lenguas que, además, sólo por eso estarían

en condiciones de traducir. Pero del proceso de traducción en sí no tienen idea. Afortunadamente, ya hay campañas de educación de la comunidad en relación con esta diferencia entre “saber idiomas” y poder traducir; los esfuerzos de la American Translators Association son particularmente notables en este sentido.

—¿Qué bibliografía recomienda sobre el discurso jurídico en castellano y en inglés y sobre la traducción?

—Sobre el discurso jurídico en inglés hay una obra capital, *The Language of the Law*, de Mellinkoff, que se sigue imprimiendo en su edición original, del año 63. Más cerca en el tiempo, *Legal Language*, de Peter Tiersma. No hay una bibliografía muy abundante sobre el discurso jurídico. Sí ha habido una proliferación de textos con recomendaciones sobre redacción y escritura; sobre *legal drafting and writing* hay cantidades, y muchos recogen todas las pautas del Plain English Movement. Uno de ellos, que es muy útil, es *The Fundamentals of Legal Drafting*, de Reid Dickerson. Otro es *Legal Writing and Drafting*, de Paul Rylance.

En castellano, *Notas sobre derecho y lenguaje*, de Genaro Carrió, sobre todo la primera mitad de la última edición: todos los capítulos que tienen que ver con el lenguaje normativo, los lenguajes naturales, el léxico jurídico en general son fundamentales. Hay otros dos libros muy interesantes, uno es *La lengua del derecho*, de Muguillanes Mendía y Russo, y *Análisis del lenguaje jurídico*, de Astrid Gómez y Olga María Bruera.

Sobre traducción hay mucho más. De todo lo que se conoce como textos de divulgación en traducción, *A Textbook of Translation*, de Peter Newmark, es un ejemplo de curso de traducción, y tiene una muy buena traducción al español (un difícil ejercicio de traducción metalingüística) de Virgilio Moya, que se llama *Manual de Traducción*. Otro es *Meaning-Based Translation*, de Mildred Larson, y tiene traducción en castellano: *La traducción basada en el significado*. Tiene ejemplos muy claros y desarrolla todas las estrategias y problemas fundamentales de la traducción.

Más elaborado es *In Other Words*, de Mona Baker. Es de principios de los años noventa y es un curso en el que se estructura el análisis del texto desde la palabra hacia el macrotexto.

Otro muy buen libro es *Thinking Spanish Translation*, de Hervey, Higgins y Haywood, que no tiene demasiada utilidad para quienes no hacemos traducciones literarias, pero es un libro fascinante de leer. La lista es muy larga, pero estos cuatro aportan un panorama muy importante sobre estudios de traducción tradicionales.



—*De su época como alumno, ¿recuerda a algún profesor con particular afecto?*

—De la carrera de Abogacía, recuerdo especialmente a la doctora Graciela Guidi, profesora de Derecho Administrativo en la cátedra del doctor Mairal. Una docente solidísima, con una maravillosa organización mental para presentar los temas y la capacidad de llevarnos a la crítica y a la discusión con fecundidad, y una persona sumamente accesible y sencilla. También al doctor Juan Gilibert, profesor de Derecho Laboral. Fue el único docente que, apenas estalló la Guerra de Malvinas en abril del 82, dedicó una clase entera a despertarnos del aturdimiento y a hacernos reflexionar sobre las atrocidades de una guerra y el sinsentido en el que se seguía sumiendo a nuestro país. De la carrera de Traductorado, tengo un recuerdo muy grato del profesor Pascual Masullo, que años más tarde se graduaría como Doctor en Lingüística en Estados Unidos. Fue él quien nos introdujo en el mundo de la lingüística comparativa, precisamente, dentro del programa de entonces de Lengua II; con él hice estudios de semántica tiempo después. Era tremendamente exigente, pero lo que más recuerdo era su entusiasmo contagioso por la investigación y el análisis riguroso.

—*¿Recuerda alguna experiencia particularmente curiosa que haya vivido en el mundo de la traducción?*

—Puedo mencionar una no muy agradable, y se vincula con la honestidad intelectual y el respeto por el trabajo ajeno. En 1999, asistí a un congreso de traducción en Mons, Bélgica, organizado por la Federación Internacional de Traductores (FIT). Estos congresos de la FIT están entre los acontecimientos más significativos en el ámbito de la traducción, y se celebran cada tres años. Al llegar, me encontré con una colega argentina, traductora de francés, que participaba en el único panel dedicado a la traducción jurídica. Por supuesto, asistí. El día anterior, en un aparte, la colega me había comentado que “me citaba en la bibliografía” de la ponencia que iba a presentar. Me sentí halagado, sobre todo porque, para entonces, yo tenía muy pocos trabajos publicados. Grande fue mi sorpresa cuando escuché, leídos en francés, extensos párrafos que se correspondían hasta en los mínimos matices con partes de un artículo que yo había publicado tres años antes. En ningún momento de la lectura, y aun cuando yo estaba allí presente, la disertante destacó que eso que estaba leyendo había sido pensado y expuesto así por otro colega. El discurso era, además, de tipo argumentativo, no descriptivo ni informativo, con lo cual, quien lo escuchara fácilmente podía creer que esas definiciones, categorizaciones y conclusiones que ella vertía eran de su propia cosecha. En realidad, lo único



que había hecho, en lo que respecta a esa parte de su presentación, era la traducción de esos párrafos enteros del castellano al francés.

Lo que quiero destacar con esta anécdota es un aspecto que entiendo muy importante a la hora de presentar un trabajo en el mundo académico: una cosa es citar a un autor, y otra muy diferente es copiarlo sin siquiera mencionar su nombre en la presentación oral. Una cosa es construir el propio pensamiento sobre la base de ideas ajenas, y otra cosa es apropiárselas; y en ninguno de los dos casos, basta con mencionar al autor en una extensa ristra bibliográfica al final de un trabajo. Por lo demás, las actas de ese congreso no estuvieron disponibles sino varios años después, y aun con ellas a la vista, es imposible discriminar el pensamiento de la autora del de los demás autores que figuran en la cita bibliográfica. Las reglas de la escritura académica mandan que se intercale el nombre del autor cuando la cita es textual, o bien que se haga una cita inequívoca para cada oración o párrafo, y lo ético es que, en ambos casos, se invoque el nombre del autor citado cuando se hace la lectura en público. Finalmente, debo decir que la colega ha tenido una actitud consecuente; hace poco encontré un trabajo presentado por ella en otro congreso más reciente en el exterior en el que, nuevamente, tomó párrafos enteros de un trabajo mío (y creo que también de otros colegas), prolijamente traducidos al francés.

Y “en el mismo orden de ideas”, como diríamos en jerga abogadil, en 2007 me encuentro con la publicidad de un curso de inglés jurídico para abogados organizado por el departamento de traductorado de una prestigiosa universidad porteña. ¡Oh, casualidad! Los objetivos didácticos y la descripción de la estructura del curso eran idénticos, salvo dos o tres palabras, a los que diseñamos y publicamos en la Universidad Austral allá por el 2000. Tal vez sea cierto, como se dice en inglés, eso de que “great minds think alike”...

En fin, vayan estas anécdotas como ejemplos de lo que *no* debe hacerse si queremos que nuestra profesión cobre el vuelo y obtenga el reconocimiento que realmente merece.

—*Traductor Chiesa, muchas gracias.*



# MISCELÁNEAS



## LOS DERECHOS HUMANOS COMO EMANCIPACIÓN

### Recepción del pensamiento de Boaventura de Sousa Santos en Europa. Transición paradigmática, hermenéutica diatópica y diálogo intercultural

FLOR ÁVILA, LUZ MARTÍNEZ DE CORREA Y JESÚS MEDINA \*

El Estado social y democrático de derecho ha transformado la exigencia social de “fraternidad” en el valor institucional de “solidaridad”, ordenador de la convivencia social, jurídica y política, conjuntamente con la “igualdad”, “libertad” y “seguridad”. Del mismo modo, la globalización en la sociedad total ha consolidado el proceso del individualismo posesivo, por el cual la persona se ha anulado y reducido a mercancía. En este contexto y como resultado de las contradicciones entre la concentración de la riqueza de las empresas y empobrecimiento general, emergen y se intensifican desde la base, diversas manifestaciones de solidaridad hacia los sectores más desfavorecidos del mundo, presentándose como una renovada conciencia colectiva, copartícipe del sufrimiento del “otro”. Esta investigación analiza, desde la perspectiva sociojurídica, la renovada solidaridad y el aporte del pensamiento de Boaventura de Sousa Santos, especialmente de sus obras en Europa, a la actual discusión sobre el cosmopolitismo jurídico.

Reseñar la reflexión europea (con particular referencia a Italia) sobre la utopía crítica de Boaventura de Sousa Santos es una tarea que intentaremos realizar con prudencia, comunicando y resaltando algunas premisas del pensamiento del sociólogo portugués sobre la globalización y el derecho.

Meditaciones que se alimentan y difunden, por un lado, a raíz de los diversos encuentros internacionales del *Social Forum* y, por el otro, por el interés de los intelectuales europeos, especialmente de los sociólogos del derecho, de acercarse a la comprensión del pluralismo jurídico o norma-

\* La Dra. Flor Ávila es profesora asociada de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad del Zulia, Venezuela. La Dra. Luz Martínez de Correa es profesora titular de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad del Zulia, Venezuela. El Dr. Jesús Medina es asistente de la revista *Frónesis*.

tivo en una lectura posmoderna del derecho, de las diversas formas de la exclusión social, ante el drama de grandes contingentes humanos en pobreza y guerra y ante el colapso del modelo clásico occidental de la legalidad positiva, engendrado casi exclusivamente por fuentes estatales y fundamentado en los valores del individualismo liberal<sup>1</sup>. En este sentido, la Utopía crítica de De Sousa se une al conjunto de reflexiones sobre la multiplicidad de la transición histórica contemporánea; inclusive, en palabras de algunos intelectuales europeos, su propuesta de lectura holística de la modernidad constituye una profecía que anuncia, con valor y coraje, un proyecto pragmático-utópico a favor de un cambio en nuestra época<sup>2</sup>. Lo cual constituye el atractivo de su obra. Al mismo tiempo, el pensamiento de De Sousa cobra gran actualidad, al analizar las transformaciones actuales del orden mundial y su incidencia en el mundo jurídico.

## I. DE SOUSA: EL SOCIÓLOGO

La concepción que tiene De Sousa sobre el pluralismo jurídico como concepto clave de la concepción posmoderna del derecho ha sido acogida positivamente en Italia por algunas escuelas sociológicas del derecho (Faralli), mediante la cual concibe, de forma dinámica, el enlace y la interrelación entre los diversos tipos de normas (interlegalidad) que orientan los comportamientos, sean de origen religioso, tradicional, consuetudinario, estatal, supranacional y transnacional<sup>3</sup>.

En efecto, Fariñas sigue esta tesis de De Sousa, al sostener que nuestra vía jurídica consiste en la intersección de diferentes órdenes jurídicos, es decir, la interlegalidad.

Se constata este interés en particular por el pluralismo jurídico, en virtud del hecho de que en Europa los estudios sobre éste han sido impulsados básicamente por fenómenos relacionados con la crisis del Estado - nación, que por un lado han puesto en evidencia la necesidad de reconocimiento de las nuevas identidades colectivas y, por el otro, se observa la imposi-

<sup>1</sup> Cfr. WOLKMER, Antonio C., "Pluralismo jurídico: nuevo marco emancipatorio", en formato electrónico: [bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/derecho/wolk.rtf](http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/derecho/wolk.rtf). Consulta: febrero 2007.

<sup>2</sup> ARTOSI, Brighenti, "Paradigma e mutamento. La molteplicità della transizione storica contemporanea", 2007, en formato electrónico: [www.ces.uc.pt/bss/documentos/Artosi-Brighenti\\_new.pdf](http://www.ces.uc.pt/bss/documentos/Artosi-Brighenti_new.pdf). Consulta: febrero, 2007.

<sup>3</sup> DE SOUSA SANTOS, Boaventura, *Toward a New Common Sense. Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, New York, London, 1995.

ción de modelos económicos que generan nuevos modelos culturales sin fronteras<sup>4</sup>.

De Sousa Santos, interrogándose sobre el verdadero significado de la palabra derecho, replica que éste no es otro que la imaginación o la representación y descripción de la sociedad.

En este sentido, la misma Faralli acusa la cultura jurídica europea, dominada por el positivismo y poco receptiva respecto de los estudios sobre la pluralidad de los ordenamientos jurídicos, reflejando un etnocentrismo muy presente todavía en el ámbito jurídico.

Entonces valoramos como enriquecedor esta mirada de las escuelas jurídicas italianas al pensamiento de De Sousa.

Asimismo, la escuela española de Sociología del Derecho (Fariñas en la Universidad Carlos III de Madrid) indica la necesidad de la búsqueda de nuevos paradigmas para la adecuada comprensión del derecho en Europa, por cuanto se requiere el “surgimiento de una racionalidad plural y compleja (...) que prohíbe contentarse con una respuesta monológica (sí/no) a las cuestiones jurídicas fundamentales”<sup>5</sup>.

## II. LA TRANSICIÓN PARADIGMÁTICA

Es conocido el análisis que realiza De Sousa sobre el actual período histórico, por él llamado “transición paradigmática” y su epistemología sobre la ciencia moderna. Con este término, el sociólogo portugués quiere indicar nuestro ingreso en un nuevo paradigma social, dominado por el neoliberalismo económico y la globalización.

Al respecto, el ingreso a “un nuevo paradigma” es objeto de discusión por algunos intelectuales europeos, es decir, su propuesta del paradigma de un nuevo sentido común emancipatorio, signado por un “conocimiento prudente para una vida decente”.

La dura crítica que formula De Sousa a la ciencia moderna se orienta en este sentido a los dos elementos racionalizantes de la sociedad moderna: el derecho y la ciencia. Las promesas que legitimaban la primacía del conocimiento científico desde el siglo XIX, las promesas de paz y racionalidad, de libertad e igualdad, de progreso y de distribución de sus frutos, además de no haberse realizado ni siquiera en el centro del sistema mundial, se han

<sup>4</sup> Cfr. FARALLI, Carla - FACCHI, Alessandra, *Pluralità delle fonti e modelli teorici: dalle premesse storiche agli sviluppi attuali*.

<sup>5</sup> VAN DER KERCHOVE, Michel - OST, François en ARNAUD, André-Jean - FARIÑAS DULCE, María José, “Sistemas jurídicos: elementos para un análisis sociológico”, *Boletín Oficial del Estado*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1996, p. 301.

transformado en los países periféricos y semiperiféricos en una ideología que ha legitimado la subordinación al imperialismo occidental.

A pesar de estos sucesos, resalta De Sousa que el derecho no permanece indiferente a ellos, intensificando su transnacionalización así como su “ecumenización”. En la transición paradigmática, el sociólogo evidencia la insuficiencia actual de la teoría política liberal para explicar la realidad del derecho, así como la esfera jurídica como un conjunto de legalidad (e ilegalidad) diferentes, que obran en diversos espacios locales, nacionales y transnacionales. Desde esta perspectiva, De Sousa Santos vislumbra dos potencialidades fundamentales del derecho: una de regulación, que se traduce en orden, y otra emancipadora o de progreso. El potencial emancipador del derecho residirá en la tensión irresuelta entre emancipación y regulación a nivel holístico. Tal tensión era evidente en el redescubrimiento del derecho romano; sin embargo, la remoción de tal tensión fue un gran error histórico que se realizó paralelamente a la formalización del derecho<sup>6</sup>.

El enlace internacional de política y economía, la fuerte interdependencia entre países ricos y pobres, los peligros de las catástrofes ecológicas de tipo global, la intensificación de flujos migratorios, así como las diversas formas de exclusión social que un gran porcentaje de la población mundial sufre cotidianamente, representan sólo algunos de los problemas prácticos y morales de primer orden que las sociedades occidentales tienen el deber de afrontar, según De Sousa.

En este sentido, la transición histórica contemporánea evidencia la crisis del concepto mismo del “cuerpo jurídico”, el cual ya no se desarrolla solamente según una lógica interna, sino que reacciona a los cambios sociales y políticos, perdiendo coherencia.

### III. LA CRISIS DE REGULACIÓN Y EMANCIPACIÓN

En la meditación de nuestro sociólogo, se pone de manifiesto que en la modernidad la sociedad buscó la construcción de su racionalización con la idea del orden racional y del progreso, este último como principio fundamental de emancipación.

A pesar de esto, De Sousa advierte que, entre las principales contradicciones de este modelo, con base en el cual fueron construidas las sociedades actuales, es que, en el mismo momento en que las democracias occidentales pretendían exportar a todo el mundo la democracia como el único modelo político legítimo, fueron creadas menos condiciones para

<sup>6</sup> Cfr. ARTOSI, Brighenti, “Paradigma e mutamento...”, cit.



la participación democrática<sup>7</sup>. Consideramos importante la denuncia que hace De Sousa a la baja intensidad de las democracias occidentales, incluidas las europeas.

En este período de transición, identifica dos grandes crisis: la crisis de regulación y la crisis de emancipación.

De Sousa observa que los dos mayores proyectos de la modernidad, esto es, el Estado Social de Bienestar y la Revolución Social, fracasaron, dejándonos como herencia sociedades injustas y excluyentes: “La desregulación de la economía, de la sociedad, del Estado de Bienestar (...) y al mismo tiempo no hay realmente ningún refuerzo de la idea emancipadora; estamos en una situación de estancamiento”<sup>8</sup>.

Por otra parte, la crisis del paradigma político impactó en las estrategias reformistas, así como sobre las revolucionarias. La crisis reformista, que en los principales países industrializados se manifestó con la crisis del Estado social, en los países de la periferia mundial se evidenció con los programas de modificaciones estructurales y reducciones del presupuesto previsto para los gastos sociales. Frente a esta doble crisis, la propuesta hegemónica fue el neoliberalismo, que nuestro autor concibe, no como una nueva forma de liberalismo, sino como una nueva versión del conservadurismo.

Al mismo tiempo, este paradigma económico impuso un determinado modelo jurídico, que esté dispuesto a satisfacer los requisitos del mercado.

Frente al fracaso del paradigma moderno o del pretendido tránsito del caos como punto de inicio al orden como punto final, De Sousa plantea pasar del actual estadio definido por él como “colonialismo” al “cosmopolitismo”, cuya base fundamental es la “*solidaridad*”, como principio de emancipación posible en las actuales sociedades multiculturales.

#### IV. LA EPISTEMOLOGÍA COSMOPOLITA DEL DERECHO

En este sentido, De Sousa propone una “epistemología cosmopolita del derecho”, que propugna la intensificación de la función emancipadora de éste para reducir el abismo existente entre las experiencias de los individuos y sus expectativas sociales.

<sup>7</sup> DE SOUSA SANTOS, Boaventura, “Ciencia, Sociedad y Derecho frente al debate Modernidad/Posmodernidad”, en *Frónesis. Revista de Filosofía del Derecho del Instituto de Filosofía del Derecho*, Maracaibo, 1996, p. 197.

<sup>8</sup> DE SOUSA SANTOS, Boaventura, “Ciencia, Sociedad y Derecho...”, cit., p. 199.

En efecto, De Sousa denuncia el actual proceso de exclusión social que reviste dos formas básicas: del poscontractualismo y el precontractualismo. El primero, con la exclusión de aquellos que gozando de la ciudadanía, pero habitando en la periferia, son considerados de rango social inferior respecto de los grupos privilegiados, que viven al centro del sistema social. Por su parte, el precontractualismo es el proceso mediante el cual los grupos son excluidos del contrato social, como, por ejemplo, el derecho de ciudadanía, que no está extendido a todas las personas de igual manera.

## V. EL ORDEN COSMOPOLITA DE LOS DERECHOS

Son dos las premisas básicas para la construcción de un orden cosmopolita de los derechos humanos: a) La formulación de una “nueva teoría de la ciudadanía” que extinga la lucha entre derechos humanos y derechos del ciudadano. b) La inscripción intercultural de los derechos humanos.

### 1. Una nueva teoría de la ciudadanía

En primer lugar, para la construcción de una nueva teoría de la ciudadanía, ésta tiene que dar respuesta a los desafíos que se presentan en el régimen internacional de los derechos humanos. La ciudadanía debe ser desterritorializada (menos racional y más igualitaria) y desacralizada (menos sagrada y más democrática), para superar los fetichismos jurídicos como el pasaporte y la visa que laceran la dignidad humana.

### 2. La inscripción intercultural de los derechos humanos

Por otra parte, De Sousa ha entrado a formar parte del extenso debate europeo, de las diversas escuelas de la filosofía del derecho, sobre la universalidad de los derechos humanos.

Al respecto, De Sousa advierte los peligros de entender la universalidad de los derechos bajo la ideología de la globalización<sup>9</sup>, es decir, concebir la expansión de los derechos humanos como parte del fenómeno

<sup>9</sup> Por globalización el autor entiende el proceso a través del cual una determinada condición o ente local extiende su ámbito de influencia en todo el globo y, haciéndolo, adquiere la capacidad de identificar como locales las condiciones o los entes competidores. Estos argumentos son profundizados en la reciente obra del autor *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), 1998, p. 56.

propio de la globalización que él define como “localismo global”, “glocalismo” o como una suerte de lucha por el dominio de Occidente hacia el resto del mundo. Bajo esta perspectiva, los derechos humanos esconden las desigualdades del sistema mundial económico y la pertenencia cultural diferenciada.

Por “localismo global” (*globalized localism*) De Sousa entiende el procedimiento mediante el cual un determinado fenómeno local es adecuadamente globalizado, por ejemplo, la transformación del inglés en lengua franca. El localismo global es un procedimiento cultural a través del cual una cultura local hegemónica come y digiere, como un caníbal, a otras culturas subordinadas.

Y con respecto a la universalidad de los derechos, De Sousa se interroga si es una cuestión exclusiva de la cultura occidental, si es un producto cultural o puede explicarse desde una cultura global.

En sus reflexiones, termina afirmando que la concepción de los derechos humanos descansa bajo la égida del paradigma liberal occidental: la naturaleza humana, la dignidad irreductible del hombre que debe ser defendida contra la sociedad y el Estado y la libertad del individuo, que rechaza cualquier forma jerárquica de organización social.

Un ejemplo emblemático del discurso occidental de los derechos humanos es la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* de las Naciones Unidas y lejos de concebirla como el ideal universal de la humanidad o conciencia común de los pueblos, De Sousa desenmascara la exclusión de la gran mayoría de los pueblos en su elaboración, así como la superioridad del reconocimiento de los derechos individuales, civiles y políticos con respecto a los derechos económicos, sociales y culturales.

Para evitar los peligros de la falsa universalidad de los derechos humanos, propone una política cosmopolita para transformar esta universalidad en una nueva universalidad del cosmopolitismo.

Con base en lo anterior, nuestro autor propone reinscribir los derechos humanos multiculturalmente. Bajo esta perspectiva, De Sousa concibe el multiculturalismo como “la precondition para una relación equilibrada entre competencias globales y legitimidad local, los dos aspectos de una política de los derechos humanos contrahegemónica de estos tiempos”.

Para eludir la amenaza de que los derechos humanos puedan convertirse en una nueva forma de colonialismo de Occidente o glocalismo, De Sousa reafirma la importancia de la promoción de diálogos interculturales basándose en principios transculturales.

Este diálogo puede comenzar a través de conceptos isomorfos (*isomorphic concerns*) para varias culturas, por ejemplo, “dignidad humana”,

“*umma*” y “*dharmā*” entre las culturas occidentales, islámicas e hindúes. De esta manera, el mayor objetivo es la transformación práctica de los derechos en un proyecto cosmopolita. Asimismo, de este modo, se podrá eventualmente formular una concepción “mestiza” de los derechos humanos, que se libere del falso universalismo y que pueda tener significación para las diversas culturas.

A pesar de lo anterior, el sociólogo puntualiza algunos aspectos necesarios que sirvan de plataforma para dar inicio a la función emancipadora de los derechos humanos, entre los cuales están:

— Trascender el ámbito o el debate del universalismo y del relativismo cultural, el cual conduce a un falso debate, por cuanto ambos términos van en detrimento de una concepción emancipadora de los derechos. De Sousa reafirma el hecho de que todas las culturas son relativas y, por consiguiente, el relativismo cultural como aproximación filosófica es inadecuado. Al mismo tiempo, todas las culturas pretenden la imposición de valores y conceptos absolutos; por consiguiente, es inadecuada la posición del universalismo cultural.

De igual forma, es necesario distinguir distintos criterios procedimentales interculturales que permitan diferenciar las políticas progresivas de aquellas regresivas, el *empowerment* del *disempowerment*, la emancipación de la regulación: “*Against universalism, we must propose cross-cultural dialogues on isomorphic concerns. Against relativism, we must develop cross-cultural procedural criteria to distinguish progressive politics from regressive politics, empowerment from disempowerment, emancipation from regulation*”<sup>10</sup>.

— La reconstrucción cultural de los derechos humanos tiene como premisa la existencia de “políticas de reconocimiento de las diferencias” que sean capaces de acoger y encauzar las exigencias locales de los colectivos con la emancipación adecuadamente entendida. Algunas de las claves para alcanzar estos objetivos son los derechos colectivos y los de grupos. En consecuencia, el cosmopolitismo jurídico deberá prever una política de los derechos en la cual tanto los derechos individuales como aquellos colectivos, en vez de canibalizarse entre sí, se refuercen. En este sentido, coincide con esta perspectiva la escuela conflictualista-realista italiana de Florencia de Danilo Zolo.

Sin embargo, los desafíos de esta propuesta son, por una parte, promover la creación de esferas públicas subalternas por parte de grupos mar-

<sup>10</sup> DE SOUSA SANTOS, Boaventura, “Toward a Multicultural Conception of Human Rights”, en HERNÁNDEZ - TRUYOL, Berta (ed.), *Moral Imperialism. A Critical Anthology*, New York University Press, New York, 2002.

ginales o excluidos, e incrementar la capacidad de movilizar sus estrategias políticas y por otra, el cosmopolitismo jurídico.

— Todas las culturas tienen una concepción particular de la dignidad humana.

— Todas las culturas tienen una formulación incompleta y problemática de la dignidad humana. En efecto, ellas tienen diferentes versiones de la dignidad humana, algunas más amplias y otras más restrictivas, otras más abiertas y otras más cerradas. Al mismo tiempo, las insuficiencias de las culturas se verifican y refuerzan en el hecho de su diversidad. Y la misma idea de plenitud e integridad obedece a la propensión de exceso de significado que penetra todas las culturas.

## VI. LA HERMENÉUTICA DIATÓPICA

Además del diálogo intercultural, De Sousa completa su propuesta con lo que él mismo define como “hermenéutica diatópica”. Esta aproximación metodológica tiene como fundamento principal la idea de que “*el topoi* de una cultura individual, no importa que tan fuerte sea, es incompleto como la cultura misma”.

El objetivo de la hermenéutica diatópica no es adquirir perfección o plenitud por parte de la cultura, sino que cada cultura pueda alcanzar el reconocimiento recíproco de sus insuficiencias y debilidades, porque éste es un hecho común a todas las culturas. Ésta es la condición que De Sousa señala como requisito *sine qua non* para empezar el diálogo intercultural. Así, partiendo de un *topoi* occidental, se puede realizar una hermenéutica diatópica que evidencie las debilidades y las carencias de todas las culturas.

Sin embargo, nuestro sociólogo se ha dado cuenta de que la hermenéutica diatópica conduce a la creación de un conocimiento que tiene que ser colectivo, interactivo, intersubjetivo y en red. De este modo, De Sousa propone un método constructivista y rechaza el análisis hermenéutico de posiciones aisladas y desde una sola perspectiva cultural.

Esta forma de generar conocimiento se ha puesto en práctica con la realización de los Foros Sociales, donde la premisa fundamental es “otro mundo es posible”.



¿LO SABÍA?





## APELACIÓN: UNA JOYA JURÍDICA

JUICI DE FALTES 48/02

31

ARJAT DE PRIMERA INSTÀNCIA I INSTRUCCIÓ  
MURA DE GIRONA  
14 MAIG 2003  
ENTRADA

M-5-03  
MIGUEL PÉREZ LOBO  
DNI. 40512515 Q

No estoy de acuerdo con la sentencia por que, de haberme presentado a la hora citada, la sentencia podría ser otra.

El motivo por el cual llegé 10 minutos tarde, es que justo cuando decidí salir de casa para presentarme a la citación, me entraron ganas de cagar y no podía aguantarme.  
y por estos motivos presento el recurso de apelación



**CLARA ISABEL PUERTOLLANO DE LOS RISCOS, SECRETARIA DE LA SECCION TERCERA (PENAL) DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE GIRONA, DOY FE:**

**Que en el rollo de apelación 422/2003 dimanante de APELACIÓN FALTAS nº 48/2002 seguidas ante el Juzgado Primera Instancia 5 Girona (ant.IN-5) se ha dictado y publicado en igual fecha la resolución del tenor literal siguiente:**

**AUDIENCIA PROVINCIAL  
SECCION TERCERA (PENAL)  
GIRONA**

**ROLLO Nº 422/03  
JUICIO DE FALTAS Nº 48/02  
JUZGADO DE INSTRUCCION Nº 5 DE GIRONA**

**SENTENCIA Nº 80**

En Girona, a 2 de febrero de 2004.

Visto por el Ilmo. Sr. Magistrado D. ADOLFO GARCIA MORALES, el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 5 de Girona, en el Juicio de Faltas nº 48/02 por una presunta falta de lesiones del Código Penal, habiendo sido parte apelante MIGUEL PEREZ LOBO.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** En la indicada resolución se dictó el Fallo que literalmente copiado es como sigue: " Que debo condenar y condeno a MIGUEL PEREZ LOBO en concepto de autor por la falta de lesiones de que había sido denunciado a la pena de tres fines de semana de arresto, y al pago de las costas causadas en este



procedimiento.

Que debo condenar y condeno a MUSTAPHA EL BAKRIOUI en concepto de autor por la falta de malos tratos de que había sido denunciado a la pena de 10 días multa a razón de 1,2 euros días, apercibiéndole de que en caso de impago quedará sujeto a la responsabilidad subsidiaria del art. 53 C.P. y al pago de las costas causadas en este procedimiento."

**SEGUNDO:** El recurso contra la mencionada sentencia se interpuso por MIGUEL PEREZ LOBO con los fundamentos expresados en el escrito en que se deduce.

**TERCERO:** Se aceptan los hechos probados de la sentencia impugnada.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO:** Se alza la parte recurrente frente a la resolución de la instancia sobre la base de un singular motivo cual es el de que llegó 10 minutos tarde al acto del juicio, lo que impidió su comparecencia, porque cuando decidió salir de casa para presentarse a la citación le entraron ganas de cagar y no pudo aguantarse. Simple y llanamente así.

Sin duda alguna, en la tesitura de escoger entre una y otra deposición, una, por evacuación del vientre, otra, por manifestación ante el Juez como acusado, cualquier persona habría de optar por la primera por los graves apremios que supone el caso de no ser satisfecha esa necesidad fisiológica, siendo poco higiénica la presentación ante un Tribunal en otras condiciones que no sean las de un completo descargo. Precisamente el recurrente sostiene que por hacer una cosa no pudo hacer la otra, lo que le supuso la inasistencia al acto del plenario y la condena por atender el Juzgador a una sola de las versiones, la del contrario. Sin embargo, pese a lo expuesto con anterioridad no podemos acceder a lo que se nos solicita porque la parte ni demuestra la existencia del sorpresivo apretón que refiere, ni acredita que, cuando después de sofocar sus presurosas consecuencias, acudió inmediatamente al acto del juicio, este ya había concluido.

Mucho nos tenemos que la que el recurrente llama causa de su inasistencia no sea sino una forma de burlarse de la administración de justicia que le ha condenado, que si bien admitimos con sentido del humor desdeñamos como motivo de apelación.

**SEGUNDO:** No existiendo costas en la apelación de la presente causa, resulta ocioso pronunciarse sobre las mismas.

**VISTOS** los preceptos y principios citados y demás de general y pertinente aplicación,

#### FALLO

**DESESTIMANDO** el recurso de apelación presentado por MIGUEL PEREZ LOBO contra la sentencia dictada por el Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 5 de Girona, en el Juicio de Faltas nº 48/02 por una presunta falta de lesiones del Código Penal, del que este rollo dimana, **CONFIRMANDO** la meritada resolución en todos sus pronunciamientos sin hacer



Esta imposición de las costas causadas en la presente alzada.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y a las partes personadas.

Librense certificaciones de la presente resolución para unir al rollo de su razón y remisión al Juzgado de procedencia junto con las actuaciones originales, quien cuidará del cumplimiento de lo acordado.

Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgando, lo pronuncio, mando y firmo.-rubricado.-GARCÍA MORALES.-Lo inserto concuerda bien y fielmente con su original, al que me remito y para que conste, para su remisión al Juzgado de procedencia, extendiendo y firmo la presente en Girona a dos de febrero de dos mil cuatro.



Audiencia provincial de Girona  
Sección (penal)  
Fe pública judicial  
Secretaría

## CÓMO PUBLICAR EN *LECCIONES Y ENSAYOS*

### Requisitos de publicación

- Trabajo INÉDITO.
- Hoja: A4.
- Tipografía (tipo de letra): Times New Roman 12.
- Copias: 3 en papel y 1 en *diskette* (en formato Word o similar).
- Incluir un *abstract* del trabajo (resumen).
- Citas bibliográficas y bibliografía utilizada. Las citas deben ser incluidas en nota al pie de la siguiente manera: Para citar libros: nombre de autor, nombre del libro, editorial, lugar de publicación, año, página/s.  
Para citar artículos: nombre del autor, “título del artículo”, nombre del libro o revista, volumen/tomo/número, lugar de publicación, fecha, página/s.
- El trabajo debe firmarse bajo un seudónimo.
- En sobre aparte: datos del autor (nombre, apellido, dirección, teléfono y dirección de correo electrónico, indicando si el autor o autora es estudiante, abogado/a, año en que se recibió y si tiene algún cargo docente).

El trabajo debe entregarse en sobre cerrado dirigido a *Lecciones y Ensayos*, en la Mesa de Entradas o en el Departamento de Publicaciones de la Facultad, sita en Av. Figueroa Alcorta 2263.

La presentación también puede realizarse vía correo electrónico. En tal caso, deberán enviarse dos archivos a [lye@derecho.uba.ar](mailto:lye@derecho.uba.ar): uno con los datos personales y el seudónimo utilizado; el otro con el trabajo. Asunto: “Publicación”.

### Pautas de publicación

Los trabajos serán sujetos al sistema de referato. En consecuencia, serán puestos a consideración del cuerpo de redactores de la revista *Lecciones y Ensayos*.

Los trabajos publicables tendrán por objeto contribuir al conocimiento y estudio del Derecho, así como cumplir la función académica que nos caracteriza.

La presentación de trabajos para la consideración del Consejo de Redacción implica la autorización para su publicación en la revista *Lecciones y Ensayos*, tanto en su versión en papel como en su versión digital, en el Portal Académico de la Facultad de Derecho de la UBA.

### **CÓMO PARTICIPAR**

Si querés participar de *Lecciones y Ensayos*, podés acercarte a nuestras reuniones los días jueves a las 20 hs.

Las reuniones tienen lugar en nuestra oficina ubicada en la Planta Principal, Pasillo Sumarios (al lado del Salón Verde) de la Facultad de Derecho.

También podés comunicarte con nosotros por teléfono (5411) 4809-5667 o enviándonos un *e-mail* a [lye@derecho.uba.ar](mailto:lye@derecho.uba.ar).

El único requisito para formar parte de *Lecciones y Ensayos* es ser alumno regular de alguna de las carreras de grado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.