

PENSAR EN DERECHO N°2

 *Ceudeba*



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

PENSAR EN DERECHO
NRO. 2 AÑO 2

Comité editorial

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

Colaboraron en la revisión

Nahuel Maisley y Nadia Uman

Coordinación de la revista

Bárbara Weinschelbaum

Comité Académico

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



Eudeba
Universidad de Buenos Aires

1º edición: agosto 2013

© 2013 Eudeba
Editorial Universitaria de Buenos Aires
Sociedad de Economía Mixta
Av. Rivadavia 1571/73 (1033) Ciudad de Buenos Aires
Tel: 4383-8025 / Fax: 4383-2202
www.eudeba.com.ar

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

ISSN: 2314-0194



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



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

Autoridades

Decana: *Dra. Mónica Pinto*

Vicedecano: *Dr. Alberto J. Bueres*

Consejo Directivo

Claustro de profesores

Consejeros titulares

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

Consejeros suplentes

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

Claustro de graduados

Consejeros titulares

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

Consejeros suplentes

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

Claustro de estudiantes

Consejeros titulares

Tomás González Vera
Luciana Gallardo
Lucas Lagos
Julián Hofele

Consejeros suplentes

Diego Cortese
Leandro Mutchinick
Carlos Plaza
Camilo Alejandro López

Secretarios

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

Subsecretarios

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

Índice

Multilateralismo, incertidumbre y reputación. Las disputas argentinas en la OMC	9
<i>Valentina Delich</i>	
El acuerdo argentino-iraní sobre el caso AMIA. Expectativas y decepciones.....	33
<i>Omar Alberto Álvarez</i>	
El antinegacionismo jurídico: derecho internacional vs derecho local.....	81
<i>Valeria Thus</i>	
Sociología del Derecho, sexualidades e identidad de género	123
<i>Mario Gerlero</i>	
Justicia y eficiencia: aportes al debate desde la informalidad.....	157
<i>Martín Krause</i>	
Cambios en el régimen de los privilegios en la Reforma del Código Civil y Comercial.....	185
<i>Mariana Mariani de Vidal</i>	
El Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012 y el derecho real de propiedad horizontal	205
<i>Claudio M. Kiper</i>	
Crisis actual del Sistema Penitenciario y de la Política Penal	239
<i>José Deym</i>	

El “Ciclo de Guilgamesh” y las primeras ideas sobre los límites al poder legítimo.....	283
<i>Ricardo Rabinovich-Berkman</i>	
Regulación, desregulación y re-regulación financiera.....	299
<i>Carlos G. Gerscovich</i>	
AGÓN - ΑΓΩΝ.....	355
• ¿Dolo como reproche? Observaciones sobre método y axiología en la propuesta de abandono de la idea de dolo como estado mental	357
<i>Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno</i>	
• Reproche al “Dolo como reproche”	387
<i>María Laura Manrique</i>	
• Réplicas a Fernando Córdoba e Íñigo Ortiz de Urbina.....	413
<i>Gabriel Pérez Barberá</i>	
Comentario Bibliográfico	423
<i>Enrique Zuleta Puceiro</i>	
Laura Pautassi y Gustavo Gamallo (dir.), <i>¿Más derechos, menos marginaciones? Políticas sociales y bienestar en la Argentina</i> . Buenos Aires, Biblos, 2012.	

Multilateralismo, incertidumbre y reputación. Las disputas argentinas en la OMC

*Valentina Delich**

Sumario

El presente artículo presenta y analiza las controversias comerciales que involucran a la Argentina en la OMC. Para hacerlo, por un lado recorre la participación argentina en el sistema de solución de controversias desde 1995 a la fecha y por el otro examina tanto el contexto económico nacional como las circunstancias de la organización internacional donde ocurren.

Palabras clave: OMC – Argentina – disputas comerciales

Abstract

This article presents and analyzes trade disputes involving Argentina at the WTO. To do so, the author reviews Argentine participation at the WTO dispute settlement system since 1995 and examines both the economic local context and the WTO political circumstances.

Keywords: WTO- Argentina-Commercial disputes

* Doctora en Derecho (UBA), profesora e investigadora, FLACSO-Argentina.

Introducción

La Argentina tiene abiertas, actualmente, cinco disputas comerciales encauzadas a través del sistema de solución de controversias de la Organización Mundial del Comercio (OMC). ¿Es un número pequeño, promedio o importante de disputas? ¿Tienen elementos comunes o son conflictos puntuales y autónomos entre sí? ¿Cómo se relacionan con la política argentina? ¿Qué expresan del escenario internacional?

Aunque las disputas en la OMC incluyen (y por ende los países necesitan) una alta dosis de estrategia y argumentos jurídicos, proponemos incorporar al análisis la dimensión política de los conflictos así como el problema de legitimidad y efectividad de la arquitectura institucional internacional (*¿gobernanza?*). Es que sería parcial una evaluación, por ejemplo, de las 9 demandas que tuvo la Argentina entre 1995 y 2001 en la OMC si no incluyéramos en el análisis tanto la vigencia de la Ley de convertibilidad en Argentina como la recién estrenada –en aquel tiempo– arquitectura comercial multilateral. En esta misma línea, sería también parcial evaluar los reclamos y consultas que actualmente impulsa o recibe la Argentina sin considerar los rasgos principales de su política comercial, así como la crisis que la arquitectura institucional global hoy intenta sortear.

Las premisas de este artículo son variadas pero bien documentadas: convivimos en un sistema global financiero en riesgo; en la expectativa de un liderazgo ascendente de los BRICS; con Europa en recesión y Estados Unidos en línea de flotación; con una OMC que lleva 12 años negociando la Ronda del Desarrollo sin poderla cerrar; con una América Latina que muestra tasas positivas de crecimiento del PBI per cápita hace más de 10 años (excepto el año 2009). Y en este marco, y en nuestra misma región, coexisten opciones nacionales, márgenes de maniobra y discursos políticos diversos.

El análisis de las disputas se desarrollará entonces a caballo del cuestionamiento, desequilibrio y eventual mutación de la arquitectura global. Y también las explicará en el marco de las opciones de política nacionales. Para ello, en la primera sección se presenta el sistema de solución de controversias vis-à-vis la OMC. Luego, se aborda la participación argentina en el sistema de solución de controversias en el período 1995-2011. En la tercera sección se examinan las causas abiertas en el año 2012 y, en la cuarta sección, se presentan las conclusiones.

1. La trama institucional de la OMC

El sistema de solución de diferencias es considerado la joya de la corona de la OMC. Es que se trata de una instancia jurisdiccional internacional que puede funcionar sin, y aun contra, la voluntad de la parte demandada. Reforzado para promover y eventualmente garantizar que los países cumplieran con los compromisos asumidos en la negociación de la Ronda Uruguay del GATT (1986-1994), entró en vigor simultáneamente con la creación de la OMC y la regulación detallada de las disciplinas comerciales en 1995. Para ser miembro de la OMC deben aceptarse no sólo los principios y compromisos en materia de comercio de bienes, servicios y propiedad intelectual negociados en la Ronda Uruguay, sino que debe aceptarse además su sistema de solución de controversias para las disputas que surjan de su aplicación.

A poco de andar, en 2001, la OMC abrió una ronda de negociación (la Ronda de Doha o del Desarrollo) con vistas a incorporar reclamos de los países en desarrollo, en particular la amortiguación de los efectos de los compromisos en propiedad intelectual en relación a las políticas públicas de salud. Hace ya unos años (en 2008) hacíamos notar que el escándalo y calado de la crisis financiera no sólo le quitaba protagonismo al fracaso de siete años de negociaciones en la OMC, sino que lo hacía lucir como un proceso predecible, regulado y menos violento. Más estancado que fracasado. Más contenido (por la OMC) que desbocado.¹ ¿Qué podríamos agregar sobre la dinámica negociadora, cinco años más tarde y con la Ronda de Doha todavía paralizada? Sólo que al momento de escribir este artículo se ha elegido Director General de la OMC a Roberto Azevedo, un experto en comercio brasileño. Por su trayectoria y nacionalidad, la expectativa es que Azevedo pueda reconvertir a la OMC para que exprese la nueva configuración del poder mundial y, así, ésta recupere influencia y poder negociador.

En contraste con la parálisis de la negociación, en el marco del sistema de solución de controversias se comenzaron rápidamente a resolver casos. En el andar, esta instancia se fue fortaleciendo, ganando legitimidad y, finalmente, se convirtió en el engranaje “vivo” del sistema multilateral de comer-

1. Valentina Delich, “Normas y resolución de conflictos en la OMC: pautas para su evaluación”, *Revista Puente Europa*, Año 6, Número Especial, diciembre 2008.

cio administrado por la OMC. Si algo ocurre en la OMC, es en su sistema de solución de disputas.

Hasta el 1 de mayo de 2013 se presentaron 456 consultas, muchas de las cuales derivaron en casos que se resolvieron de acuerdo a los procedimientos previstos: conformación de un grupo especial y apelación de su recomendación ante el Órgano de Apelación. En algunos casos se llegó a la instancia de solicitar autorización para implementar medidas de retaliación comercial frente al incumplimiento de las recomendaciones de la OMC. Sin embargo, aún con algunos casos problemáticos, otros sensibles en términos de políticas nacionales y algunos que importaron incumplimientos reiterados de recomendaciones, el sistema siguió funcionando, resolviendo la mayoría de los casos que las partes decidieron llevar adelante más allá de las consultas, y los países siguieron cumpliendo con las recomendaciones de la OMC.

En este sentido, se tramitaron 145 conflictos (que suelen incluir más de una consulta) a través de consultas, paneles y apelaciones. En su gran mayoría, terminaron con el cumplimiento de las recomendaciones. En 77 disputas se logró una solución mutuamente convenida, a veces sólo luego de las consultas, las más de las veces luego del panel de expertos y otras después de la apelación. Y en otras 46 disputas los países cumplieron con las recomendaciones. Es decir, que en 123 sobre 145 disputas llevadas adelante, los países cumplieron con las recomendaciones de la OMC. Aunque en 22 disputas se llegó a la instancia de solicitar medidas de retaliación comercial, sólo en 5 casos fueron autorizadas, mientras que en otros 5 casos se llegó a una solución mutuamente convenida.²

En trazos generales, los Estados Unidos y la Unión Europea, actores dominantes y casi excluyentes de las disputas durante los cincuenta años de GATT, siguen hoy en día protagonizando la mayoría de las disputas, ya sea como demandados o demandantes (así como también siguen teniendo un buen número de casos entre ellos). Sin embargo, otros actores, noblemente algunos países en desarrollo están protagonizando muchas de las consultas y disputas.

Al 1 de mayo de este año, Estados Unidos ha realizado 105 consultas, mientras que ha recibido 119 (es decir, de las 456 consultas totales, 224 involucran a los Estados Unidos como reclamante o reclamado directo). Sin

2. WT/DSB/58/Add.1.

duda, una tasa de casi 50% de participación individual es muy alta. Los países europeos han realizado 100 consultas y recibido 112. Entre ellos –europeos y norteamericanos– todavía tienen muchos conflictos: de las 105 consultas que presentó Estados Unidos, 42 fueron a Europa. Y Estados Unidos recibió de los europeos 33 (que es justo el 33% de las consultas que realizó Europa y el 40% de las que recibió de todo el mundo).

Es decir, el protagonismo de Europa y Estados Unidos sigue siendo importante, así como también son significativas las disputas transatlánticas. Tal vez sea porque, como nota Valladao, “hoy vivimos en una economía planetaria conducida por la producción transnacional y la lógica financiera, que descansa en el apetito de los consumidores europeos y estadounidenses de comprar bienes, en las estrategias cambiantes de las corporaciones mundiales y en el buen funcionamiento de los mercados financieros integrados del mundo, fuertemente dependientes de la liquidez y la profundización financiera que ofrecen principalmente Wall Street y la City de Londres”.³

Ahora bien, si la atención se posa en los países en desarrollo y en las llamadas potencias emergentes en particular (China, India y Brasil), aparecen algunos datos interesantes. China, cuyo ingreso a la OMC data del año 2001, ha sido demandada 30 veces y demandó 11: 8 veces a Estados Unidos y 3 a la UE. Es decir, todas sus demandas se dirigieron a países desarrollados. Este mismo patrón (más demandas a países desarrollados que a países en desarrollo) sigue también Brasil, que de sus 26 consultas, 10 fueron a los Estados Unidos, 7 a la UE y 3 a Canadá, es decir 20 de 26 consultas se dirigieron a países desarrollados. La India, a su turno, registra 16 de sus 21 consultas como reclamante a Estados Unidos o a la Unión Europea. Como veremos en la próxima sección, éste no fue el patrón argentino sino hasta el año 2012.

2. Participación argentina 1995-2011

Desde 1995, fecha en que entró en vigor la propia OMC, y por tanto su sistema de solución de controversias empezó a funcionar, se pueden distinguir, al menos, tres patrones distintos de participación argentina en su

3. Alfredo Valladao, “Los BRICS, ¿abridores o seguidores remisos?”, en *Archivos del Presente*, año 16, N°59, 2012, página 60.

seno. A grandes trazos, se podría argumentar que existió una primera etapa, 1995-2002, caracterizada por “Argentina demandada”; luego, entre el 2003 y el 2011, una etapa de “Argentina libre de reclamos” (aunque litigó 2 casos iniciados con anterioridad, contra Chile y la UE); y, finalmente, la etapa más reciente, iniciada en el 2012, caracterizada por un patrón claro de conflictos Argentina- países desarrollados, sea Argentina demandante o demandada.

En efecto, en una primera etapa, Argentina recibió un número excesivo de consultas si lo comparamos con las que recibían otros países con mayor participación en el comercio internacional. Entre 1995 y 2002, Argentina recibió 14 consultas, la misma cantidad que Canadá (que suele estar individualmente entre el puesto 11 y 13 de liderazgo mundial de exportaciones/importaciones y es un país en el cual el comercio internacional aporta casi el 60% del PBI) o más consultas que la India (13), Brasil (12), Chile (10), México (7), etc. Se podrían limpiar más estos números, tomando en cuenta los conflictos y no las consultas, ya que a veces el mismo conflicto desata consultas de distintos países. Aun así, las estadísticas mostrarían que Argentina tuvo una mayor cantidad de casos litigados comparada con países de igual o notoriamente mayor participación en el comercio internacional.

Estos casos se refirieron a medidas de defensa comercial adoptadas por el gobierno en aquel entonces (como derechos específicos, salvaguardas y derechos anti-dumping). Tal vez en este punto radique la mayor diferencia con el recorrido brasileño, por ejemplo, en el sistema de solución de disputas en la OMC: no sólo Brasil recibió menos consultas en aquel período participando más en el comercio mundial, sino que las cuestiones que le generaron disputas no se referían a medidas de restricción de importaciones sino destinadas a promover la inversión o a abordar la cuestión de los precios de los medicamentos. Visto con la perspectiva (y ventaja) del día después, la trayectoria de participación brasileña tendió a hacerse cada vez más ofensiva y focalizada en litigar con los países desarrollados cuestiones “sistémicas” (es decir cuestiones que impactan sobre la negociación de los Acuerdos o sobre el mercado global) mientras que dejó casi de recibir consultas por su política comercial.

En esta línea, Brasil, séptima economía mundial,⁴ recibió 12 consultas en aquel primer periodo (de las 14 totales que tiene hasta el día de la fecha), pero 4

4. Fuente: Banco Mundial, <http://www.worldbank.org/en/country/brazil/overview>.

consultas se refieren a la misma disputa (automóvil) presentadas por Estados Unidos (2), Japón (1) y la Unión Europea (1) y 2 consultas se refieren a una disputa con Sri Lanka por el coco disecado. Brasil, sin embargo, tuvo al menos dos disputas relevantes en aquel período para la estructuración de su mercado interno y la planificación de políticas: la disputa conocida como Bombardier-Embraer con Canadá por los subsidios a la exportación de aeronaves y la disputa con los Estados Unidos que involucraba el precio de los medicamentos para tratar el sida.⁵

En contraste, la experiencia argentina en este primer periodo está marcada por una política nacional que hizo uso de todas las medidas de defensa comercial disponibles en un contexto local de pérdida de competitividad e imposibilidad de variación del tipo de cambio (por la Ley de convertibilidad). Pero además, ese uso de derechos anti-dumping o salvaguardias se hizo en un nuevo marco normativo: los acuerdos de la Ronda Uruguay, que entraron en vigor con la OMC en 1995 y que son más restrictivos que sus predecesores del GATT. Por ello, Argentina quedó tan vulnerable: después de 5 años de tipo de cambio fijo, y con el peso sobrevaluado, extremó el uso de instrumentos que ya no eran tan flexibles en los nuevos acuerdos, con menos excepciones para los países en desarrollo y que además ahora eran administrados en una organización más rígida y con un sistema de solución de disputas que visibilizaba las prácticas y situación argentina.

5. Para más detalles de esas disputas, consultar: "The Political Economy of Strategic Trade Policy and the Brazil–Canada Export Subsidies Saga", Andrea E. Goldstein y Steven M. McGuire (2004), en *The World Economy*, Vol. 27, Issue 4, <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/twec.2004.27.issue-4/issuetoc>>, pp. 541–566, abril;"Should the WTO deal with private sector initiatives?", por Pedro da Motta Veiga y Sandra Polónia Rios, en *The Future and the WTO: Confronting the Challenges - A Collection of Short Essays*, publicado por ICTSD, editado por Ricardo Meléndez-Ortiz, Christophe Bellmann y Miguel Rodríguez Mendoza, julio de 2012; *Asimetrías, conflictos comerciales e instituciones internacionales. El caso del Mercosur en el sistema de solución de controversias de la OMC*, por Larua Valentina Delich (2011), Buenos Aires, Eudeba.

Argentina demandante 1995-2002

Demandado	Cuestión	Devenir
Hungría (6 reclamantes) (1996)	Subv. Exp prod agropecuarios.	Australia notificó en nombre de todos los reclamantes una solución mutuamente aceptable (Hungría se comprometió a notificar a la OMC cambios en su Lista).
Estados Unidos (1997)	Contingente arancelario import maní	No se solicitó la formación de un panel.
Chile (2000)	Sistema de bandas de precios	Tanto el informe del panel como del Órgano de Apelación favoreció a Argentina (2002). Argentina solicitó Grupo especial para verificar el (no) cumplimiento y el GE le dio la razón a la Argentina en su reclamo (2006). Chile apeló pero la apelación volvió a favorecer a la Argentina (2007).
Chile (2001)	Medida de salvaguardia prov aceites comestibles	No se solicitó la formación de panel. ¹
Comunidades Europeas (2002)	Medidas que afectan a la producción de vino	No se solicitó la formación de panel.

Estados Unidos (2002)	Derechos anti-dumping tubos para campos petrolíferos.	Los informes del Grupo Especial y del Órgano de Apelación fueron adoptados en 2004. Este caso llegó a instancias en las cuales Argentina solicitó arbitraje para determinar el monto para suspender concesiones por incumplimiento de los Estados Unidos. Finalmente, Argentina y Estados Unidos en el año 2007 pidieron conjuntamente la suspensión del proceso de arbitraje porque habían llegado a un acuerdo.
Perú (2002)	Derechos antidumping provisionales sobre los aceites vegetales	No se solicitó la conformación de un panel. En ese caso, el producto era el mismo que en el caso de las bandas de precio en Chile. La experiencia con el caso con Chile en la OMC (sobre todo la duración y costo y el hecho de que Chile se mostraba reacio a cumplir con las recomendaciones) convencieron a los privados de no presionar por realizar un caso en la OMC sino más bien buscar una solución entre actores privados de los dos países.
Chile (2002)	Medida de salvaguardia definitiva sobre las importaciones de frutuosa.	No se solicitó la conformación de un panel. Ver nota al pie en la consulta con Chile por la salvaguardia de los aceites en el año 2001.

Fuente: Elaboración propia en base a OMC y Delich (2011).

1. Como las salvaguardias en Chile se colocan como máximo por un año, el tiempo de litigar en la OMC sumado al hecho que las recomendaciones de la OMC son hacia el futuro, hacen que la recomendación de la OMC “llegue tarde” en los casos de salvaguardias en Chile.

Argentina demandada

Demandante	Cuestión	Devenir
Estados Unidos (1996)	Medidas s/ calzado, textiles, prendas de vestir y otros	Los informes del Grupo Especial y del Órgano de Apelación fueron adoptados en 1997 y 1998 respectivamente. La recomendación favoreció a Estados Unidos. Argentina redujo la tasa de estadística al 0,5 por ciento al 1º de enero de 1999 y estableció un límite máximo del 35% para los derechos específicos aplicables a los textiles y el vestido.
Comunidades Europeas (1997)	Medidas s/ textiles, las prendas de vestir y el calzado.	Aunque se conformó un panel, el mismo fue suspendido a pedido de las partes y no se reactivó luego.
Comunidades Europeas (1998)	Salvaguardia sobre calzado	Los informes del Grupo Especial y del Órgano de Apelación se adoptaron en 1999. Los informes favorecieron a la Unión Europea.
Indonesia (1998)	Salvaguardia sobre el calzado	Nunca se estableció un panel para tratar este caso.
Comunidades Europeas (1998)	Derechos compensatorios sobre el gluten de trigo	No se estableció un panel para tratar este caso.
Comunidades Europeas (1998)	Medidas s/ la exportación de pieles y a la importación de cueros acabados.	Los informes del Grupo Especial y el Órgano de Apelación se adoptaron en 2000 y 2001 respectivamente. En cuanto a la reglamentación de las exportaciones, las constataciones favorecieron a Argentina (no las encontraron incompatibles) pero no en relación a la recaudación de impuestos por adelantado.

Comunidades Europeas (1999)	Medidas anti-dumping definitivas a las brocas de Italia	No se estableció panel para tratar este caso.
Estados Unidos (1999)	Medidas que afectan al calzado	Aunque se solicitó la formación del panel, éste no se formó y nunca se reclamó por su formación.
Estados Unidos (1999)	Patentes sobre prod farmac y prot datos de prueba de prod quím agricultura.	Solución mutuamente convenida notificada en el año 2002.
Comunidades Europeas (2000)	Medidas anti-dumping definitivas sobre baldosas de Italia	El informe del Grupo Especial (2002) encontró que la Argentina había actuado de manera incompatible con el Acuerdo Anti-dumping. Argentina notificó que el 24 de abril de 2002 dejó sin efecto los derechos anti-dumping.
Brasil (2000)	Salvaguardia tejidos de algodón y sus mezclas	Solución mutuamente convenida en junio del año 2000 (Argentina retiró la salvaguardia)
Estados Unidos (2000)	Patentes y datos de prueba	Solución mutuamente convenida notificada en el 2002 (ver más arriba la consulta por el mismo tema en 1999)
India (2001)	Medidas que afectan la importación de productos farmacéuticos	No se solicitó al conformación de un panel. La Argentina contestó los cuestionarios enviados por India en el marco de las consultas y con esa información se dio por finalizada la consulta.
Chile (2001)	Salvaguardia definitiva sobre duraznos en conserva	El informe del Grupo Especial se adoptó en el año 2003 y benefició a Chile. En diciembre de 2003 Argentina retiró la salvaguardia.

<p>Brasil (2001)</p>	<p>Derecho anti-dumping definitivo sobre los pollos</p>	<p>El Grupo Especial encontró que la Argentina había actuado de manera incompatible con el Acuerdo anti-dumping y aunque constató también algunas compatibilidades, recomendó a la Argentina derogar el derecho anti-dumping así colocado.</p>
--------------------------	---	--

Fuente: elaboración propia en base a datos oficiales OMC y Delich (2011).

Como se puede apreciar por los cuadros, entre las primeras consultas que recibe Argentina, cinco consultas corresponden al mismo producto y el reclamo se extiende entre 1996 y 1999: calzado (salvaguardia) y prendas de vestir (derechos específicos). También en esa época se reclama sobre los derechos de exportación al cuero crudo y el derecho anti-dumping colocado a las brocas (porcelanato italiano). Todavía durante los años 2000 y 2001 siguen los reclamos a la Argentina por derechos anti-dumping: Brasil se queja del derecho anti-dumping sobre los pollos y Chile sobre los duraznos. Estos datos refuerzan todavía más la presunción de que la OMC representó, para la Argentina y durante los primeros años, un escenario fundamentalmente de demandas por el uso que hizo de los mecanismos de defensa comercial, mecanismos que la Argentina utilizó más intensivamente en ese período para contrarrestar los efectos de convertibilidad sobre la (pérdida de) competitividad argentina.

Como adelantamos, luego del año 2002 se inicia un periodo de muy baja actividad, tanto en términos de recibir como de realizar consultas con una sola excepción llamativa: sin tener actividad durante años (2003, 2004, 2005, 2007 y 2008) en el año 2006 Argentina inicia 5 consultas. Y desde el 2003 al 2011 sólo recibió dos consultas que no implicaron la conformación de un panel.

Con poca información adicional puede apreciarse por qué Argentina dejó de ser demandada: la devaluación de enero del año 2002, que al principio fue formalmente del 40% (se colocó el valor del dólar a 1,40), luego se dejó flotar y llegó, un mes más tarde, en febrero a 2,40 y en marzo de 2002 a casi a 4 pesos (300%). No fue necesario entonces imponer restricciones a

las importaciones: éstas se desplomaron y rápidamente en nuestros socios más cercanos, los países del Mercosur, creció el miedo a la “avalancha” de productos argentinos.

Luego del desplome y a partir del 2003, empieza la recuperación argentina y los términos del intercambio de algunos de nuestros productos de exportación mejoran (notablemente el precio de las *commodities*, entre ellas la soja). En este marco, sólo sobresalen las 6 consultas que Argentina inicia en el año 2006... ¿de qué se trataron? Una de las consultas se refiere a un tema con años en la agenda comercial argentina (los tubos petrolíferos con Estados Unidos), dos se refieren a la salvaguardia chilena sobre lácteos (la provisional y la definitiva), pero al durar sólo un año en Chile la salvaguardia, el recurso a la OMC es meramente para dejar sentado el malestar argentino, ya que por los tiempos de la OMC no se logrará una solución con panel más rápida que el desmantelamiento normal de la medida (un año). El otro caso es con Brasil por el derecho anti-dumping sobre las resinas, que se resolvió sin formación de un panel, lo mismo que el caso con la Unión Europea por el tema del contingente arancelario del ajo (que la Unión Europea le dio a China y que perjudicaría las exportaciones argentinas). Así pues, ninguna de las 5 consultas del año 2006 derivaron en la conformación de paneles. Más bien pareciera que, haciendo gala de saber y poder utilizar el sistema, la Argentina utilizó el sistema para tener un poco más de margen negociador.

A su vez, la Argentina fue reclamada sólo en dos ocasiones (y ninguna de ellas dio lugar a la formación de panel): en 2005 por la Unión Europea en relación a un conflicto sobre derechos compensatorios sobre aceite de oliva, gluten de trigo y duraznos y por el Perú por los cierres y cremalleras. Es decir, por problemas puntuales de acceso a mercado de un producto en particular.

Sin embargo, Argentina litigó durante estos años: llevó adelante el caso con Chile por las bandas de precios que se había iniciado en el año 2002 y el caso con la Unión Europea por los organismos genéticamente modificados que se inició en el año 2003 y sólo se resolvió definitivamente con una solución mutuamente acordada en el año 2006.

Argentina consultada 2003-2011

País que consulta	Motivo	Devenir
Comunidad Europea (2005)	Derechos compensatorios sobre el aceite de oliva, el gluten de trigo y los duraznos	Nunca se conformó el panel.
Perú (2010)	Derechos antidumping sobre cierres de cremallera y cadenas del Perú	Nunca se conformó el panel.

Fuente: elaboración propia en base a datos oficiales provistos por la OMC.

Argentina demandante 2003-2011

País demandado	Motivo	Devenir
Comunidades Europea (2003)	Biotecnología	Se formó panel y se resolvió a favor de la Argentina.
Estados Unidos (2006)	Tubos de acero sin costura	Nunca se formó el panel.
Comunidades Europea (2006)	Contingente arancelario sobre los ajos	Nunca se formó el panel.
Chile (2006)	Salvaguarda sobre productos lácteos	Nunca se formó el panel.
Brasil (2006)	Medidas anti dumping sobre resinas	Nunca se formó panel.
Chile (2006)	Salvaguarda definitiva sobre productos lácteos	Nunca se formó panel.

Fuente: elaboración propia en base a datos oficiales de la OMC.

3. Argentina *vis-á-vis* los países desarrollados

Después de años de no recibir consultas, en el año 2012, cinco miembros de la OMC iniciaron consultas contra Argentina, alegando, de manera general, reglas demasiado restrictivas para la importación. Uno de los cinco, México, más tarde retiró su denuncia luego de que se firmara un acuerdo en la cuestión de los automóviles. A su turno, la Argentina presentó 3 consultas en 2012 y una en lo que va de 2013, dos por la cuestión del biodiesel (una por la restricción española y otra por los derechos anti-dumping/compensatorios de la Unión Europea) y dos a Estados Unidos, una por la cuestión de la carne y a otra por los limones.

a) Argentina demandada 2012

Demandante	Motivo
Unión Europea (mayo 2012)	Cuestionar el sistema de licencias de importación argentinas
Estados Unidos (agosto 2012)	Cuestionar el sistema de licencias de importación argentinas
Japón (agosto 2012)	Cuestionar el sistema de licencias de importación argentinas
México (agosto 2012)	Cuestionar el sistema de licencias de importación argentinas
Panamá (diciembre de 2012)	Trato tributario menos favorable en el cobro del impuesto a las ganancias y otras medidas

Fuente: elaboración propia en base a datos disponibles en la OMC.

Aunque Argentina recibió cinco consultas, se refieren a tres disputas: una con Estados Unidos, la Unión Europea y Japón por las licencias de importación, otra con México sobre el comercio de automóviles y una última con Panamá por cuestiones tributarias.

Como adelantamos, la consulta con México se dirimió con una negociación no sobre las licencias de importación –motivo formal de la consulta–, sino sobre el régimen automotriz. En efecto, la negociación giró en torno a cupos de exportación de automóviles entre México y Argentina hasta el año 2015, fecha en la cual deberá liberarse el intercambio automotriz. La Argentina había suspendido, en junio del año 2012, el libre intercambio de automóviles (a través de la no aplicación de un acuerdo comercial con México que así lo disponía, el ACE 55) y por ende los automóviles mexicanos debían pagar el arancel consolidado por Argentina en la OMC (35%). La primera respuesta mexicana fue el retiro de las preferencias comerciales para los automóviles argentinos. Más allá del acuerdo que Argentina haya logrado con México, debe remarcar que el ACE 55 es un acuerdo Mercosur - México y que la negociación de las cuotas de exportación no sólo fue con Argentina, sino también, y muy especialmente, con Brasil. En realidad, en principio México aceptó negociar cuotas con Brasil, posibilidad que primero le negó y luego aceptó con Argentina. Es interesante destacar que la consulta de México no fue formalmente por la disputa de los automóviles, sino más bien México acompañó a la Unión Europea, Japón y los Estados Unidos en su queja general sobre la política comercial argentina. Este acompañamiento tiene un valor en la construcción del discurso político internacional: no serían sólo los países desarrollados contra Argentina, sino también habría países en desarrollo cuestionando la política argentina.

A la primera consulta que recibió la Argentina por las licencias de importación de la Unión Europea, se le sumaron rápidamente otros países como terceros: Australia, Canadá, China, Ecuador, Guatemala, India, Israel, Corea, Noruega, Arabia Saudita, Suiza, Taipei Chino, Tailandia y Turquía. Y además de los terceros, pocos meses después replicaban la consulta como demandantes Estados Unidos, México y Japón. A los efectos del panel que entenderá el asunto, tres consultas se unificaron (la de la UE, Estados Unidos y Japón).

Uno de los cuestionamientos centrales de estos países a la Argentina es la instrumentación, desde febrero de 2012, de las Declaraciones Juradas Anticipadas. La Unión Europea (*et al.*) alega que “las condiciones para la validación de las DJAI no están enunciadas en instrumentos jurídicos de la Argentina ni se publican o dan a conocer de otro modo a los demás Miembros

ni a los comerciantes”.⁶ También alegan que “el requisito de DJAI constituye un procedimiento de trámite de licencias no automáticas de importación y tiene en las importaciones efectos de restricción o distorsión adicionales a los resultantes del establecimiento de cualquier restricción que esta medida pretende aplicar; porque el requisito de DJAI es más amplio, en cuanto a su alcance y duración, que cualquiera de las medidas a cuya aplicación está destinado; y porque entraña más cargas administrativas que las absolutamente necesarias para administrar cualquiera de esas medidas”.

Adicionalmente, apuntan contra las “prescripciones restrictivas relacionadas con el comercio”, alegando que “por separado y/o en combinación con las medidas antes descritas (...), la Argentina exige que los operadores económicos adopten determinadas medidas para tratar de conseguir los objetivos de política declarados por la Argentina de eliminación de los déficits de la balanza comercial y sustitución de las importaciones. Esas medidas incluyen: 1) exportar un determinado valor de mercancías desde la Argentina relacionado con el valor de las importaciones; 2) limitar el volumen de las importaciones y/o reducir su precio; 3) abstenerse de repatriar fondos desde la Argentina a otro país; 4) realizar inversiones en la Argentina o aumentar las existentes (incluso en instalaciones de producción); y/o 5) incorporar contenido nacional en las mercancías producidas en el país”.⁷

Aparecen enmarcando así también como en la fundamentación de la disputa elementos de naturaleza diversa: habría que diferenciar las medidas de las políticas y las implicancias en términos de acceso a mercado de los costos de reputación. Además habría que considerar la incidencia de la disputa en el déficit de legitimidad de la OMC como foro de negociación.

En esta línea, cabe remarcar que la política comercial argentina ha sido en los últimos años discrecional; también ocurre que el importador debe compensar con exportaciones equivalentes (para mantener equilibrada la balanza comercial); y en Argentina no se puede ahorrar ni transar en dólares. Y podríamos seguir enumerando medidas que son efectivamente llevadas adelante por el gobierno para lidiar con la pérdida de competitividad, la falta de inversiones y la necesidad de dólares para la importación de energía. Sin embargo, la incompatibilidad de algunas de esas medidas con las reglas

6. WT/DS438/11, página 2.

7. WT/DS438/11, página 4.

de la OMC es una dimensión menor del problema que enfrenta nuestro país. Que sean o no efectivas para el problema que el gobierno pretende solucionar es más importante (al menos para el bienestar de los argentinos).

Además, también habría que diferenciar medidas puntuales, que pueden o no ser incompatibles con políticas: el hecho de que la Argentina decida promover una política de sustitución de importaciones no es disputable en el sistema de solución de controversias de la OMC. Esta distinción fue fundamental en la disputa sobre el acceso a los medicamentos baratos: mientras que los Estados Unidos iniciaron un panel contra Brasil por tener en la ley de patentes una cláusula de fabricación local (lo cual no está permitido en el Acuerdo sobre Propiedad Intelectual de la OMC), Brasil replicó con una solicitud al Consejo que administra el Acuerdo una declaración que explícitamente estableciera que no se debía interpretar el Acuerdo de Propiedad Intelectual de ninguna manera que impidiera la consecución de políticas públicas de salud. Es decir, al mismo tiempo que Brasil se ocupó de contestar “técnicamente” el panel dentro del marco del sistema de solución de controversias por una medida puntual, elevó la cuestión de políticas al órgano de negociación, el Consejo que administra el Acuerdo implicado y eventualmente llegó a la Conferencia Ministerial (donde se aprobó en el año 2001 la Declaración sobre el ADPIC y la Salud Pública).

En segundo lugar, es necesario diferenciar las implicancias de esta disputa en términos de acceso a mercado (menor en este caso) del menoscabo a la reputación argentina. La (buena) reputación es necesaria para negociar, entre otras cosas, acuerdos comerciales (o al menos la facilita y la hace menos costosa).

Y, finalmente, del lado de los países reclamantes debe señalarse la intención de que la disputa apunte y fortalezca la reglas existentes mediante la producción y acumulación de fallos que solidifiquen y naturalicen el contenido de las reglas comerciales actuales. A contrario sensu, del lado argentino, esta disputa puede incidir en la construcción (simbólica) de una nueva arquitectura global marcando los déficits del actual. Aún sin articular una visión del orden emergente (que además ni los propios BRICS parecen tener), podría trabajarse en la dimensión política de la OMC (las Conferencias Ministeriales y los diferentes Consejos) reafirmando la diferencia entre medidas y políticas, documentando los resultados asimétricos que se obtienen de la implementación de las reglas que se negociaron en la Ronda Uruguay e interpellando con sus propias prácticas a los principales actores económicos.

b) Argentina reclamante

País reclamado	Producto
Comunidades Europeas (España) Agosto de 2012	Biodiesel
Estados Unidos Agosto de 2012	Carnes
Estados Unidos Septiembre 2012	Limonos
Unión Europea Marzo de 2013	Biodiesel

Fuente: www.wto.org.

En agosto de 2012 Argentina presentó una solicitud de consultas a las Comunidades Europeas por las restricciones a la importación de biodiesel argentino al mercado español. Básicamente, en cumplimiento de la norma europea de ir reemplazando fuentes de energía no renovables por renovables, España estaba importando biodiesel de Argentina por casi mil millones de dólares (2011). Era el principal destino de las exportaciones argentinas. En realidad, la Unión Europea llegó a constituir en el año 2011 el 51% de nuestros mercados de destino con mil novecientos millones de dólares.

Argentina, a su turno, primer exportador de aceite de soja, se convirtió en pocos años en un exportador líder y competitivo de biodiesel de soja. Según datos de la Cámara Argentina de Biodiesel, las exportaciones argentinas no hicieron otra cosa que crecer: 168,364 (tn/ms) en 2007; 724,792 en 2008; 1,149,663 en 2009; 1,363,506 en 2010 y 1,692, 891 en 2011.⁸ Por un lado, entonces, Argentina es un jugador global de este producto que genera importantes ganancias, y por tanto, es un producto que amerita, en términos de su impacto en la economía local, un litigio en la OMC para recuperar el acceso a mercado.

8. http://www.carbio.com.ar/es/?con=bio_estadisticas.

Sin embargo, la OMC tiene –y en su propia creación es verificable– la capacidad de ser un espacio de negociaciones cruzadas o pagos laterales. La propia Ronda Uruguay fue una muestra de hasta dónde se podían cruzar las mesas negociadoras: los estándares mínimos de protección de la propiedad intelectual fueron negociados para compensar concesiones comerciales en agricultura y textiles. Y no sólo eso, como ya se ha advertido en otros trabajos, el sistema de solución de controversias no sólo provoca que, eventualmente, se retiren las medidas incompatibles con las obligaciones comerciales asumidas, sino que impacta en la reputación de los actores, proveyendo un espacio de construcción de imagen y discursos.⁹

Es en esta dimensión del sistema de solución de diferencias donde cobra relevancia la política del conflicto: es que la medida española puede ser mejor explicada en el marco del conflicto del gobierno argentino con la compañía española Repsol por la estatización de YPF. Basta revisar las declaraciones explícitas de las autoridades españolas para verificar la *liason* entre una y otra medida. Y la reacción argentina de exponer la medida española en la OMC tiene entonces una razón comercial –recuperar acceso al mercado–, pero sobre todo, una dimensión política: exponer la política (comercial) de España y eventualmente a toda la Unión Europea al examen internacional.

Esta consulta en particular no derivó en la formación de un panel porque España retiró la medida cuestionada. De vuelta, no parece haberla retirado por temor al fallo de la OMC, que hubiera sobrevenido un año y medio después y no tendría efectos retroactivos de reparación, sino porque la primera consecuencia de la limitación de las importaciones fue la suba del precio del combustible a nivel nacional. Sin embargo, y en el marco de que la Argentina es el principal proveedor europeo de biodiesel (junto con Indonesia) apenas España retiró la medida, la Unión Europea anunció que había iniciado una investigación por dumping y subsidios sobre el biodiesel argentino (al momento de escribir esta nota se especula con que se colocarán derechos compensatorios sobre el biodiesel argentino).

Si la primera movida, la acción española de restringir las importaciones argentinas, tuvo una intencionalidad de castigo por la expropiación de la Repsol y, en ese marco, apenas los costos se hicieron demasiados onerosos, se la retiró, la segunda movida, en cambio, la europea, es una medida

9. Ver Delich (2011).

“clásica” de mera protección del mercado frente a la competencia “limpia” de Argentina: es fácil documentar las ventajas comparativas argentinas en la producción y exportación de biodiesel de soja (recursos naturales, tecnología, infraestructura).

También en agosto de 2012, la Argentina solicitó la celebración de consultas con los Estados Unidos en relación con medidas que afectan a las importaciones de animales, carne y otros productos del reino animal procedentes de la Argentina. Y unos días más tarde, a principios de septiembre, Argentina presentó otra consulta a los Estados Unidos por la cuestión de los limones. Ambas consultas deben ser entendidas, en primera instancia, como una respuesta del gobierno argentino a las críticas que había recibido un tiempo antes en la OMC por su política de licencias de importación.

En efecto, el Ministerio de Relaciones Exteriores hizo pública la decisión de accionar contra Estados Unidos apenas unas horas después de que Estados Unidos y Japón presentaran quejas en la OMC. El propio canciller, en conferencia de prensa, explicó que era una manera de denunciar el “el doble estándar de los países más poderosos en la OMC, que exigen a los países en desarrollo reglas que no cumplen”.

Así pues, la OMC no aparece como un foro técnico y neutral de resolución de conflictos, sino como un espacio de disputa de la construcción del discurso y reputación de los países. No es que la Argentina no tenga un caso técnicamente solvente en carnes o limones (y en todo caso la evaluación del mérito técnico del caso requeriría de otro tipo de análisis), sino que el impulso de esos casos es un impulso político y, a veces, su derrotero también, como hemos sugerido ocurrió en el caso Brasil-Estados Unidos por las patentes medicinales.

Sólo a efectos de completar la información, en ambos casos, carnes y limones, nos encontramos frente a medidas sanitarias y fitosanitarias. Desde que se firmó el Acuerdo SPS, este tipo de medidas deben poseer justificación científica, entre otros requisitos. Sin embargo, aun con el disciplinamiento que produjo el Acuerdo SPS, estas medidas han proliferado. En parte como resultado de la liberalización agrícola post Ronda de Uruguay y en parte porque todavía queda un margen de discrecionalidad importante a la hora de generar y evaluar la justificación científica de una medida.

Tenemos entre manos productos competitivos –carne y limones– que enfrenta medidas para arancelarias de tipo sanitario y fitosanitario cuyo efecto es restringir las exportaciones argentinas. De manual. En este sentido, en el

caso de las carnes y cordero frescos, el conflicto data de hace mucho tiempo y se relaciona con el brote de aftosa que se declaró en Argentina hace más de 10 años. Mientras que la OIE (Organización Internacional de Epizootias u Organización Mundial de la Sanidad Animal) nos certifica como libre de aftosa con vacunación desde 2002 y sin vacunación en una parte importante de nuestro territorio desde 2007, los Estados Unidos demoran este reconocimiento. En términos técnicos, sin justificación científica, es una barrera para arancelaria no compatible con las normas de la OMC.

En lo que se refiere a los limones, tampoco es una cuestión reciente: se está cuestionando una medida norteamericana que lleva ¡11 años! Cabe notar que la producción y exportación de limones involucra un complejo altamente concentrado de grandes firmas integradas que producen, empaacan, industrializan y exportan. Los limones son básicamente para exportación, tanto como fruta fresca como en la forma de jugo concentrado. Argentina produce alrededor de un millón de toneladas al año (la producción mundial es alrededor de 6 millones) y figura como sexto productor mundial después de China, Brasil, Estados Unidos, México, entre otros. En términos de participación en el comercio mundial, Argentina posee el 17,6% del comercio global (FEDERCITRUS, 2011). La producción argentina además es de excelencia: la provincia de Tucumán, principal productora, está libre de cancro-sis y las variedades que se producen son de primera calidad.

En ambos casos, aunque llevar los casos en la OMC requiere habilidad técnica jurídica, la Argentina debería poder generar, razonablemente, argumentos fuertes para cuestionar y eventualmente probar que las medidas norteamericanas no son compatibles, para empezar, con el Acuerdo SPS de la OMC. Pero si se quiere evaluar la disputa con el objetivo de construir una estrategia que incluya alguna visión y acción de más largo plazo de la política internacional argentina, debe trabajarse el mensaje y las acciones políticas que las acompañen.

4. Nota final

Nos preguntábamos inicialmente por el sentido y alcance de las disputas comerciales que involucran a la Argentina en el sistema de solución de controversias de la OMC.

Brevemente, este artículo ha tratado de argumentar que, por un lado, los períodos en cuales Argentina ha sido objeto desmedido de consultas (en

relación con su participación en el comercio mundial) coinciden con períodos de políticas comerciales nacionales “tensadas” para dar cuenta del deterioro de la competitividad (eventualmente compensarla) o de la política económica más generalmente. Tienen ancla “técnica” de alguna manera en la desprolijidad y discrecionalidad de muchas de las medidas nacionales. Sin embargo, debiera preocuparnos primero su fracaso como política pública si fuera el caso y, luego, notar que el impacto mayor no ha sido históricamente ni parece ser en la actualidad sobre el acceso a mercado, sino sobre la reputación del país. Además, funcionan como factor consolidador de las reglas existentes (en la medida en cada fallo las ratifica). Por ello, este artículo aboga por desplegar, simultáneamente a los argumentos jurídicos en el marco del panel en el sistema de solución de controversias, un discurso político sobre estas disputas que pueda ser llevado adelante en los foros políticos de la OMC (Conferencias Ministeriales y Consejos) y que no focalice en las medidas concretas sino en los problemas de políticas que ellas intentan abordar.

En este último sentido, en el primer período en que Argentina fue altamente demandada (1995-2002), la arquitectura comercial internacional estaba de estreno y asistíamos al auge de sus reglas. Ya en el segundo período (2002-2010) esta arquitectura entró en revisión (inicio de la Ronda del Desarrollo en 2001) para caer, estos últimos dos o tres años, en franca crisis. Crisis de legitimidad de la OMC porque no puede articular un acuerdo entre países desarrollados, en desarrollo y emergentes. Crisis del FMI y de la ONU y del orden financiero y muchos más. Pero, sobre todo, crisis e incertidumbre.

En este marco, la mirada de los países en desarrollo tiende a posarse en los BRICS, en el camino que están recorriendo y las políticas que están tomando. En nuestro pequeño mundo de las disputas omeceanas, tanto China como Brasil han decidido litigar activamente contra los países desarrollados y por cuestiones sistémicas. Sin embargo, en el foro político de la OMC, todavía no dan señales de los rasgos del futuro a construir (ni en términos de la organización ni de las reglas substantivas). Es más, algunos autores juzgan que los BRICS están ausentes de la política internacional dura y que pecan de ingenuos si apuestan a que el nuevo orden se puede construir sin un actor hegemónico que garantice el orden.¹⁰

10. Por ejemplo, Valladao expresa “Fuera del pedido de tener más voz en la gobernanza de las instituciones internacionales como el Fondo Monetario Internacional o el Banco

Por todo esto, a mi entender, tomar operativamente en cuenta todas las dimensiones que enmarcan la disputa formal en la OMC significaría que además de desarrollar los argumentos jurídicos de acuerdo a las reglas y procedimientos vigentes en la disputa abierta, debiera prestarse atención a: a) del origen local del conflicto (¿Por qué a pesar de las restricciones a la importación estas siguen creciendo? ¿Cómo recuperamos competitividad? ¿Cuánto más puede funcionar una política comercial atomizada, que se organiza producto por producto?); y b) de la construcción del discurso internacional sobre la legitimidad y eficacia de la arquitectura institucional global.

Referencias

- Valentina Delich (2008): “Normas y resolución de conflictos en la OMC: pautas para su evaluación”, *Revista Puente Europa*, Año 6, Número Especial.
- Thomas Kristie (2011): *China and the WTO Dispute Settlement System: From Passive Observer to Active Participant?* Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1866259> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1866259>
- Henrik Horn, Petros C. Mavroidis y Håkan Nordström, “Is the Use of the WTO Dispute Settlement System Biased?” (1999), en *The WTO and International Trade Law*, ed. Petros C. Mavriodis and Alan O. Sykes (Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005).
- Alfredo Valladao (2012): “Los BRICS, ¿abridores de caminos o seguidores remisos?”, en *Archivos del Presente*, año 16, n 59, Buenos Aires, Argentina.

Mundial, las contribuciones que las economías emergentes han hecho en términos de propuestas o nuevas ideas sobre cómo superar la crisis mundial y cómo organizar el orden mundial son nulas”. Y liquida: “no se puede capear el temporal y preservar lo adquirido del orden liberal mundial existente, menos aun construir un nuevo modelo social y económico más sustentable, sin un garante como último recurso”.

El acuerdo argentino-iraní sobre el caso AMIA. Expectativas y decepciones

*Omar Alberto Álvarez**

Resumen

El atentado terrorista del 18 de julio de 1994 ocurrido en Buenos Aires en la Asociación Mutual Israelita Argentina (AMIA) y su antecedente, del 17 de marzo de 1992, en la Embajada de Israel en la Argentina fueron los hechos de mayor gravedad producidos por el terrorismo internacional en nuestro país y produjeron consecuencias políticas y jurídicas que se prolongan hasta nuestros días. Especialmente, en el caso AMIA, las distintas causas judiciales que se abrieron como consecuencia del atentado se mantienen hasta ahora sin resolverse, luego de innumerables marchas y contramarchas en las que se llegó hasta un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con evidencias contundentes acerca de actos de corrupción, nulidades, interferencia de los servicios de inteligencia, intervención del poder político y participación de actores internacionales que, en su conjunto, provocaron una profunda y terrible distorsión en la búsqueda de la verdad y de la justicia sobre el caso.

El resultado de esta situación es, por un lado, la impunidad y el doloroso reclamo de las víctimas del atentado que luchan por una revisión del caso con un cercano juicio oral en el horizonte judicial. Por el otro, una exhaustiva investigación en manos del fiscal especial para la causa, con la intervención del juez competente, cuyas principales conclusiones son la acusación

* Profesor Regular Adjunto de Derecho Internacional Público y de Fuentes del Derecho Internacional y Profesor de Posgrado, Facultad de Derecho (UBA). Asesor de la Comisión de Relaciones Exteriores y Culto de la H. Cámara de Diputados de la Nación.

del atentado al gobierno de la República Islámica de Irán, es decir terrorismo de Estado y la emisión de órdenes de captura internacional de Interpol para altos funcionarios iraníes a quienes se responsabiliza de la organización del atentado.

El gobierno argentino instó al gobierno iraní, hace ya varios años, a emprender negociaciones mutuas para acordar una eficaz cooperación judicial bilateral. Luego de varias negativas, Irán aceptó y el producto de esa negociación fue el Memorándum de Entendimiento, suscripto por los gobiernos de ambos Estados, en Addis Abeba, el 27 de enero de 2013. El acuerdo logrado crea una Comisión de la Verdad, con sede en Teherán (Irán), órgano investigador que tendrá por función estudiar y revisar las evidencias existentes para elaborar un informe final, luego de una eventual audiencia en la que los acusados serán interrogados. El informe final proporcionará recomendaciones que ambos Estados deberán tener en cuenta en sus acciones futuras con respecto al juicio.

Evidentemente, este acto jurídico internacional, de gran relevancia por las circunstancias y el contexto en que se produce, debería impulsar enormes expectativas en la consecución de la verdad y la justicia. Sin embargo, está lleno de ambigüedades, vacíos y dudas y, más grave aún, de sospechas jurídicas y políticas que conspiran contra sus objetivos y contra la transparencia que debería guiar la negociación y el resultado de la misma. Esta investigación, y las reflexiones sobre este tratado internacional especialmente delicado por las implicancias que conlleva, tratan de aportar algo de luz en medio de las sombras que acechan para evitar que se deleve el misterio de un verdadero crimen internacional.

Palabras clave: terrorismo internacional – atentado terrorista– AMIA – Irán – Argentina – memorándum de entendimiento – Comisión de la Verdad – procedimiento judicial - juicio

Abstract

The terrorist attack of 18 July 1994 that took place in Buenos Aires – at the Argentine Israelite Mutual Association (AMIA) – and its antecedent, the March 17 1992 bombing of the Israeli Embassy in Argentina were the gravest incidents of international terrorism in our country and they resulted in

political and legal implications that are continue until our days. Especially, in the AMIA case, the various judicial cases that were opened as a result of the attack, have not yet been resolved and have seen comings and goings that resulted in a decision by the Supreme Court of Justice of the Nation, with convincing evidence about acts of corruption, procedural nullities, interference by the intelligence services, intervention of the political power and participation of international actors that, as a whole, led to a profound and terrible distortion in the search for truth and justice on the case.

The result of this situation is, on the one hand, the impunity and the painful claim of the victims of the attack who are fighting for a case review, with a nearby oral proceeding in the horizon. On the other hand, a thorough investigation in the hands of the special prosecutor for the cause, with the intervention of a competent judge, whose main conclusions are the attribution of the attack to the government of the Islamic Republic of Iran – that is to say, an indictment of State terrorism – and the issuance of Interpol international arrest warrants for senior Iranian officials who are responsible for the organization of the attack.

The Argentine government urged the Iranian government, several years ago, to undertake negotiations to agree to an effective mutual bilateral judicial cooperation. After several negatives, Iran accepted and the product of this negotiation was the Memorandum of Understanding, signed by the governments of both States, in Addis Abeba, on January 27th 2013. The agreement creates a Truth Commission, with headquarters in Tehran (Iran), an investigating body that will study and review the existing evidence to produce a final report, after hearings in which the accused shall be questioned. The final report will provide recommendations to both States must take into account in their future actions with respect to the trial.

Obviously, this international legal act of great relevance for the circumstances and the context in which it is produced, should boost huge expectations in the pursuit of truth and justice. However, it is full of ambiguities, gaps and doubts, and, even more serious, of legal and political suspicions that conspire against its goals and against the transparency which should guide the negotiation and its result. This research and the reflections on this particularly sensitive international treaty (by the implications that entails) try to cast some light in the midst of the shadows that lurk and that attempt to prevent the resolution of the mystery of a true international crime.

Keywords: international terrorism – terrorist attack - AMIA – Iran – Argentina – Memorandum of Understanding – Truth Commission – judicial proceedings - trial

I- La negociación diplomática y la celebración del tratado

La República Argentina y la República Islámica de Irán suscribieron en Addis Abeba (Etiopía), en ocasión de la 20ª Cumbre de la Unión Africana, un Memorandum de Entendimiento sobre el caso AMIA (Asociación Mutual Israelita Argentina), el día 27 de enero de 2013.¹ Este acuerdo entre ambos países fue el fruto de las negociaciones entre ambas Cancillerías, iniciadas oficial y formalmente en septiembre de 2012, a partir de las declaraciones de los presidentes de ambos Estados, en la 67ª reunión ordinaria de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Anteriormente, y en el mismo ámbito, desde 2005, la Argentina había solicitado infructuosamente la cooperación internacional judicial del gobierno iraní para la resolución del caso y, desde 2010, una solución de la controversia con intervención de un tercer país, propuesta que fue rechazada por Irán.

Sin embargo, versiones periodísticas en la Argentina, en su momento rechazadas por inexactas, consideraron el inicio de reuniones secretas en enero de 2011 entre ambos gobiernos, llevadas a cabo en Siria, que siguieron desarrollándose hasta la apertura oficial de las negociaciones.² Posteriormente esas versiones fueron confirmadas por fuentes oficiales iraníes.³

La primera reunión bilateral, realizada el 27 de septiembre de 2012, en la sede de la organización internacional en Nueva York (EE.UU.), tuvo el propósito de explorar un mecanismo legal que no estuviera en contradicción

1. Ver texto completo en el Anexo. _

2. Ver Notas del periodista José Eliashev en el diario *Perfil* del 26 de marzo y del 23 de junio de 2011 en: http://www.radiojai.com.ar/online/notiDetalle.asp?id_Noticia=54402 y en: http://www.perfil.com/ediciones/2011/7/edicion_592/contenidos/noticia_0014.html.

3. Ver nota (en inglés) de M. Soroush en el periódico iraní *Tehran Times*. Volume 11654, publicada el 24/02/2013 y titulada “*Iran and Argentina deal a serious blow to Zionists*” en: <http://tehrantimes.com/opinion/105896-iran-and-argentina-deal-a-serious-blow-to-zionists?tmpl=component&print=1&page>.

con los sistemas legales de Argentina e Irán, para encontrar una solución mutuamente acordada para todos los asuntos, entre ambos gobiernos, sobre el caso AMIA. Asimismo se decidió que el proceso de las negociaciones continuaría hasta lograr el objetivo buscado.⁴

Con posterioridad, en la sede de las Naciones Unidas en Ginebra (Suiza), durante el mes de octubre de 2012, una delegación de expertos legales y funcionarios diplomáticos de ambos países mantuvieron varias reuniones a fin de hacer avanzar las negociaciones emprendidas, esbozando los lineamientos del acuerdo y su instrumentación jurídica. Hubo un cuarto intermedio a partir del 31 de octubre, con el compromiso de presentar proyectos del acuerdo para el mes de noviembre.⁵

El 27 y 28 de noviembre de 2012, las delegaciones diplomáticas de ambos países compartieron en Zurich (Suiza) dos sesiones de trabajo para seguir avanzando en la resolución legal de la causa AMIA. En dichos encuentros, se analizaron distintas fórmulas históricas que fueron utilizadas para situaciones similares que tuvieran en cuenta el derecho interno de cada Estado, a fin de cumplir con el cronograma de trabajo establecido. Asimismo, se consideró la presentación de un plan de acción a discutirse en enero de 2013.

Los cancilleres de ambos países se reunieron en Zurich (Suiza), el 3 de enero de 2013, dando lugar a una sesión de trabajo sobre el atentado terrorista perpetrado contra la AMIA el 18 de julio de 1994, destinada a lograr el avance de los procedimientos judiciales en la causa AMIA. A partir de ese encuentro, se elaboró el texto final del acuerdo suscripto en Addis Abeba.

El acuerdo fue denominado Memorándum de Entendimiento, término utilizado para designar un instrumento internacional de índole menos formal.⁶ A menudo, sirve para establecer disposiciones operativas bajo un acuerdo marco internacional. También se utiliza para la regulación de

4. Ver: Comunicado conjunto sobre la reunión de los cancilleres de la República Argentina y de la República Islámica de Irán del 27 de septiembre de 2012, emitido por la Cancillería con el N° 313/12.

5. Ver: Comunicado de la Cancillería N° 360/12 del 31 de octubre de 2012.

6. Velázquez Elizarrarás, Juan Carlos, *El Derecho Internacional Público en la Agenda Política de las Relaciones Internacionales*. México, UNAM-Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, 1ª.ed., 2005, pág. 359.

cuestiones técnicas o para la implementación de medidas ya acordadas. Por lo general, toma la forma de un instrumento único y no requiere ratificación. Sin embargo, esta imprecisión requiere un marco jurídico de Derecho internacional que nos aporte mayor esclarecimiento. Ese marco jurídico lo proporciona la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, celebrada en 1969 y vigente desde 1980 que, además de ser un tratado internacional, se constituye en receptora de gran parte de la costumbre internacional sobre el tema.⁷

Para la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, conforme a su art. 2, inc. 1, ap. a), un “**tratado**” es “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estado y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”. En consecuencia, **no cabe duda que el Memorándum de Entendimiento del 27 de enero de 2013 es un tratado de acuerdo con el derecho internacional**, ya que la denominación asignada no cambia su naturaleza jurídica. Es un acuerdo internacional, celebrado entre dos Estados –Argentina e Irán–, ha sido hecho por escrito y se rige por el Derecho Internacional, consta en un instrumento único y su denominación es irrelevante a los efectos de su consideración como tratado internacional.

Si quisiéramos remitirnos directamente a la doctrina⁸ y al derecho consuetudinario internacional, mucho más amplios en conceptualizar un “**tratado internacional**”, también coincidiríamos en que es un acuerdo entre dos o más sujetos de derecho internacional –en este caso los dos Estados mencionados– con el propósito de establecer entre ellos una relación jurídica internacional, consistente en la creación, modificación o extinción de derechos y obligaciones recíprocos.

En lo que respecta al caso particular, debe determinarse cuál es la situación de la República Argentina y la República Islámica de Irán con relación a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969. En el caso de la Argentina, la ha firmado en su fecha originaria, el 23 de mayo de 1969, la ha ratificado el 5 de diciembre de 1972 y es Estado Parte desde su

7. Ver texto en: http://www.oas.org/XXXVGA/espanol/doc_referencia/Convencion_Viena.pdf.

8. Jiménez de Aréchaga, Eduardo, *El Derecho Internacional Contemporáneo*. Madrid, Tecnos, 1ª ed., 1980, págs. 46/50.

vigencia internacional, el 27 de enero de 1980. Irán en cambio, también la firmó en su fecha originaria, el 23 de mayo de 1969, pero nunca la ratificó, por lo que no está en vigencia con respecto a él.⁹

¿Qué consecuencias jurídicas surgen de la información suministrada anteriormente? En principio, para Argentina, como Estado Parte, la Convención es aplicable en su totalidad, desde su vigencia internacional, con lo cual puede ejercer los derechos que de ella derivan y, correlativamente, le son exigibles las obligaciones que ella establece. Por el contrario, Irán solamente es un Estado contratante al que la Convención no puede aplicársele, porque no ha entrado en vigencia a su respecto. Esto redundaría en una relación bilateral asimétrica, de mínima vinculatoriedad para Irán.

Sin embargo, como Irán ha firmado este tratado internacional, ha iniciado la expresión de su consentimiento en obligarse, sin que este proceso voluntario se haya cumplido totalmente. En consecuencia, y a pesar de que no está vigente para él, queda ligado a una obligación que la propia Convención establece para estos casos, surgida de su art. 18, que implica abstenerse de actos, en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin del tratado, si lo ha firmado o ha canjeado instrumentos que lo constituyen –a reserva de ratificación, aceptación o aprobación–, mientras no haya manifestado su intención de no llegar a ser parte del mismo. Obviamente, la Argentina, al ser Estado Parte, también ha contraído esta obligación, pero mucho más allá de ella, está obligada a cumplir el tratado en su totalidad.¹⁰

¿Por qué surge esta obligación para Irán si no podemos aplicarle el tratado por su no vigencia? Porque existe un principio general de Derecho, que también constituye derecho consuetudinario internacional, conocido como “*pacta sunt servanda*”, cuyo significado es que “lo pactado obliga”, y que implica que los acuerdos –pactos, contratos y, en este caso, tratados internacionales– deben ser cumplidos de buena fe.¹¹ En este sentido, el propio art.

9. Ver el estatus de los Estados participantes en la Convención en: http://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?&src=TREATY&mtdsg_no=XXIII~1&chapter=23&Temp=mtdsg3&lang=en.

10. De La Guardia, Ernesto y Delpech, Marcelo. *El Derecho de los Tratados y la Convención de Viena de 1969*. Buenos Aires, La Ley, 1ª.ed., 1970, págs. 236/240.

11. Barberis, Julio A. *Fuentes del derecho internacional*. La Plata, Editora Platense, 1ª. ed., 1973, págs. 108/112.

26 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados establece que “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”. Por consiguiente, la Argentina debe cumplir con el art. 18 citado anteriormente, pero puede exigirle a Irán una conducta similar.

La no aplicabilidad general con relación a Irán de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, por no estar vigente a su respecto, no evita la aplicación del mencionado art. 18 y tampoco impide que le apliquemos normas similares a las de la Convención, provenientes de la costumbre internacional, ya que Irán está obligado a cumplir el derecho consuetudinario internacional, a menos que pudiese probar su oposición constante y permanente a esas prácticas consideradas obligatorias.¹²

Las observaciones realizadas anteriormente son necesarias porque esclarecen la posición de cada uno de los Estados, la Argentina e Irán, en el vínculo jurídico bilateral que los une, a través del tratado internacional que han denominado “**Memorándum de Entendimiento entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República Islámica de Irán sobre los temas vinculados al ataque terrorista a la sede de la AMIA, en Buenos Aires, el 18 de julio de 1994**”. No obstante, una de las tareas más difíciles consiste en determinar el objeto y el fin de este tratado, ya que el título es demasiado vago para aportarnos elementos de juicio.

Nadie ignora las circunstancias y características del atentado terrorista. El 18 de julio de 1994, 85 personas perdieron la vida en un atentado con explosivos perpetrado contra la sede de la AMIA en la ciudad de Buenos Aires. El incidente provocó la suspensión de relaciones diplomáticas entre Buenos Aires y Teherán, tras el fallo del juez argentino encargado del caso, Juan José Galeano, que acusó al gobierno iraní de estar involucrado en el suceso, imputación rechazada por la República Islámica, la cual siempre ha negado su participación en el hecho, manifestando diplomáticamente su disposición a colaborar con el país sudamericano en el esclarecimiento del caso, pero con profundas y permanentes reticencias en la práctica. El juicio se llevó a cabo en el período 2001/2003 y terminó con una sentencia del Tribunal Oral en el año 2004 decidiendo la nulidad de la mayor parte de lo

12. Barberis, Julio A. *Formación del Derecho Internacional*. Buenos Aires, Ábaco, 1ª. ed., 1994, págs.118/122.

actuado y la absolución de la mayoría de los imputados, confirmada por la Cámara de Casación Penal.

Posteriormente, Galeano fue destituido al haberse producido numerosas infracciones y el sabotaje del proceso de investigación en torno al caso AMIA, habiéndose revelado, incluso, que algunos testigos habían dado falso testimonio tras recibir sobornos del mismo juez. Esto fue la causa fundamental de la nulidad de todo el proceso y motivó la continuación del proceso judicial ante el juez federal Canicoba Corral y recientemente, por derivación, también ha intervenido el juez federal Lijo.

En 2009, la Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo lugar a los recursos contra la sentencia confirmada y ordenó diversas medidas que reactualizaron el proceso, aún en trámite. Estados Unidos, Israel y la comunidad judía en Argentina apoyan la investigación realizada últimamente y coinciden con las conclusiones obtenidas por la justicia, en lo que se conoce como “la pista iraní”.¹³ Al mismo tiempo, el Congreso de la Nación creó, en 1995, la Comisión Bicameral Especial de Seguimiento de la Investigación de los Atentados a la Embajada de Israel y al Edificio de la AMIA que funcionó hasta 2001, produciendo varios informes durante su funcionamiento, de gran relevancia por su espíritu crítico y por la calidad de la información recopilada.¹⁴

Mediante el Decreto N° 812/05¹⁵ del presidente Néstor Kirchner, del 12 de julio de 2005, publicado en el Boletín Oficial del día siguiente, se aprueba el Acta de fecha 4 de marzo de 2005, firmada en la ciudad de Washington, EE.UU., en la audiencia celebrada en el marco del 122° período ordinario de sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la

13. Ver un resumen del desarrollo histórico del caso AMIA en el Mensaje del Poder Ejecutivo de fecha 08/02/2013, que acompaña el Proyecto de Ley aprobatorio del Memorandum de Entendimiento del 27/01/2013, como así también en el Discurso de la Presidente de la Nación del 07/02/2013, en: <http://www.presidencia.gob.ar/informacion/actividad-oficial/26354-el-ejecutivo-remite-al-congreso-el-anteproyecto-de-ley-sobre-memorandum-de-entendimiento-entre-argentina-e-iran>.

14. CIPPEC y Di Natale, Martín. “Consideraciones generales y Conclusiones de la Comisión Investigadora de Seguimiento a los atentados a la AMIA y a la Embajada de Israel”, *Anuario 2001- Congreso de la Nación*, 2001, págs. 129-131.

15. Ver texto completo del Decreto 812/05 en: http://defenpo3.mpd.gov.ar/defenpo3/def3/legislacion/decretos/textos/812_05txt.htm.

petición N° 12.204 del registro de la citada Comisión, en la que se reconoce la responsabilidad del Estado Nacional en los términos expresados en los considerandos de la norma y se adopta, para la solución amistosa del asunto, la agenda allí expuesta, delegando en los ministerios de Interior y de Justicia y Derechos Humanos el dictado de las resoluciones necesarias para el cumplimiento de los objetivos propuestos.

La petición había sido formulada ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por las organizaciones no gubernamentales Memoria Activa, Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), en la que éstas denunciaron, en relación con el atentado perpetrado el 18 de julio de 1994 contra la sede de la Asociación Mutual Israelita Argentina (AMIA) la violación, por el Estado argentino, de los derechos a la vida (art. 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), a la integridad física (art. 5, ídem), a las garantías judiciales (art. 8, ídem) y a la tutela judicial efectiva (art. 25, ídem) así como el deber de garantía (art. 1.1, ídem). En consecuencia, el mencionado organismo regional de protección de los derechos humanos convocó a la audiencia citada a efectos de escuchar a las partes una vez finalizado el juicio oral y público de la denominada “conexión local” del atentado contra la AMIA. Y, en dicha audiencia, las partes acordaron formalmente iniciar un proceso de arreglo amistoso conforme lo contemplado por el art. 41 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

El Estado argentino, como consta en el acta suscripta en dicha oportunidad, reconoció la responsabilidad que le incumbe por las violaciones denunciadas, en cuanto existió incumplimiento de la función de prevención por no haber adoptado medidas idóneas y eficaces para prevenir el atentado –teniendo en cuenta que dos años antes se había producido un hecho terrorista contra la Embajada de Israel– y porque existió encubrimiento de los hechos y medió incumplimiento grave y deliberado de la función de investigación adecuada del ilícito, lo cual produjo una clara denegatoria de justicia, conforme lo declaró, en su sentencia del 29 de octubre de 2004, el Tribunal Oral Federal en lo Criminal N° 3.

La sustanciación del juicio ante el mencionado tribunal fue seguida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, mediante su observador, el profesor y decano de la Facultad de Derecho de la American University, Dr. Claudio Grossman, quien, en su informe final, concluyó que las dificultades para hacer justicia en este caso, emblemático en la lucha contra

la impunidad, eran innumerables y estaban extraordinariamente agravadas por el solo paso del tiempo, lo que permitió a los autores de este criminal ataque terrorista amplias oportunidades de esconder sus huellas. Sin embargo, también afirmó que la búsqueda de justicia no es una alternativa sino un deber y que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos puede contribuir a que ese deber se transforme en realidad concreta.

La justicia argentina llegó a la conclusión de que la investigación estuvo plagada de irregularidades cometidas en forma sistemática para sostener una hipótesis incriminatoria más allá de lo realmente acontecido, sin que funcionaran, por mucho tiempo, los numerosos órganos de control que habrían debido corregir el curso de los hechos. La actitud adoptada por el Estado argentino en la audiencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos manifiesta el trascendente cambio en el tratamiento institucional del caso en el ámbito local, coincidiendo con el comienzo del juicio oral y público, con garantías de transparencia y de imparcialidad. El Poder Ejecutivo, a partir de la segunda mitad del año 2003, había dictado medidas que levantaron el secreto de la actividad de inteligencia, evidenciando el propósito del gobierno de avanzar decididamente hacia la recuperación de la verdad y la justicia. La Agenda, que se incluye en los considerandos del decreto y cuyo cumplimiento se asume como obligatorio, contiene la acción de gobierno y la hace operativa para llevar adelante el compromiso contraído en el marco de la instancia de diálogo con los peticionantes.

Desde 2006, se había dispuesto la participación de un fiscal especial para el caso, Alberto Nisman, que acumuló una considerable evidencia sobre la causa e impulsó y obtuvo la orden de detención internacional de funcionarios iraníes por medio de Interpol, acusando a altos dignatarios del gobierno de Irán, en complicidad con el grupo libanés Hezbollah.

El 29 de mayo de 2013, el fiscal Nisman, en un extenso informe de más de 500 páginas,¹⁶ sostiene que Argentina sólo fue una parte en el cuadro de terror que Irán ha intentado instaurar en Latinoamérica, ya que acusa al régimen iraní no sólo de preparar el atentado de 1994, sino de haber instalado en Sudamérica “estaciones de inteligencia” destinadas a cometer, fomentar y patrocinar actos terroristas. Esas redes podrían estar

16. Ver parte del Informe Nisman en: <http://www.lanacion.com.ar/1586572-el-fiscal-de-la-causa-amia-acuso-a-iran-de-infiltrarse-en-la-region-para-perpetrar-atentados>.

operando aún hoy en día en Brasil, Paraguay, Uruguay, Chile, Colombia, Guyana, Trinidad y Tobago y Surinam, según sus conclusiones. Nisman señala que, antes del atentado, en Argentina se reclutaba en las mezquitas a futuros agentes terroristas y desde la embajada y consejería cultural de Irán en Buenos Aires se les facilitaba cobertura legal. Supone que situaciones similares podrían estar ocurriendo en varios países de Centro y Sudamérica, por lo cual ha emitido copia de su informe a las distintas autoridades de esos países, ante la eventualidad de que en ellos pudieran estar desplegándose, con distinto grado de desarrollo, actividades de igual tenor a las verificadas en nuestro país tiempo antes del atentado terrorista de 1994.

Nisman informa que el inicio de la actividad terrorista de Irán se produce en 1982 en Teherán, cuando el régimen convocó a 380 clérigos procedentes de 70 países y se acordó la exportación de la revolución iraní, entendida como la penetración cultural, política y religiosa, destinada a expandir una visión radicalizada del islam, exportación que se realizaría, si fuere necesario, de manera violenta y por medio de atentados. Asimismo, asegura contar con pruebas de que Irán infiltró su red de espionaje en Argentina en 1983 a través del entonces agregado cultural iraní Mohsen Rabbani, que no solamente fue un elemento clave en el atentado de Buenos Aires, sino el coordinador de la operación en Sudamérica.

El fiscal se apoya en la reiteración de conductas de agentes iraníes verificadas en distintos lugares del mundo, de las que extrajo patrones comunes de actuación que permitieron desechar cualquier consideración aislada. Observa la repetición de la intervención de líderes religiosos en terceros países cuya misión es infiltrar, con la ayuda de las embajadas, las mezquitas y los centros culturales, a las comunidades locales y de ese modo construir una “estación de inteligencia” con capacidad para facilitar y apoyar los actos terroristas que el régimen iraní eventualmente decida perpetrar, otorgándoles a las embajadas una función protectora, brindando cobertura a sus integrantes y proveyéndoles de inmunidad diplomática. El dictamen concluye que eran el canal ideal para la transmisión de información necesaria y el monitoreo de eventuales reacciones del gobierno local.

La Agencia de Noticias de la República Islámica (IRNA) negó rotundamente las acusaciones de Nisman. Dijo que el gobierno iraní no tiene participación en el terrorismo latinoamericano ni tiene intención de cometer actos terroristas, ya que no hay razón para hacerlo. Agregó que, como consecuencia

de los antecedentes y del carácter sionista del fiscal, no se consideran importantes sus declaraciones.¹⁷

El Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Relaciones Exteriores, no vio con buenos ojos el informe del fiscal Nisman, ya que por sus repercusiones nacionales e internacionales, afecta seriamente las relaciones argentino-iraníes y pone en peligro la vigencia del Memorandum de Entendimiento.¹⁸

El renovado proceso prosigue luego de 19 años, colocando en el banquillo de los acusados a varios de los protagonistas del proceso anterior y espera llegar a juicio oral en este año 2013. Por lo tanto, podemos decir que la justicia argentina, luego de un juicio muy controvertido y exageradamente extenso, estaría, en poco tiempo más, en condiciones de dictar sentencia, aunque con pocas garantías de lograr el esclarecimiento de los hechos, dado el tiempo transcurrido, la corrupción que lo contaminó y las presiones políticas y las razones de Estado que tornan borrosa e incierta cualquier conclusión.

Por otra parte, cabe agregar que el juicio sobre encubrimiento del atentado –cuya sentencia original dictada por el juez Cavallo, en 1997, sobreseyó a los acusados–, está actualmente y desde 2007, por apelación, en manos de la Cámara de Casación Penal, tribunal ante el cual ha padecido un largo abandono procesal generador de la excepcional intervención de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, quien el 22 de mayo de este año le reclamó celeridad a dicho tribunal y le pidió que dicte sentencia a la brevedad en la causa. La resolución de la Corte señaló en sus considerandos que la Cámara estaría incurriendo en retardo de justicia al no haber resuelto aún sobre al recurso ingresado a esa instancia en el 2007.¹⁹ El pronunciamiento del alto tribunal se generó en un recurso de queja por parte de la querrela de los familiares que integran la Asociación Memoria

17. Ver declaraciones del portavoz de la cancillería iraní en Notimerica.com (12/06/2013): <http://www.europapress.es/latam/argentina/noticia-argentina-iran-teheran-afirma-acusaciones-fiscal-argentino-caso-amia-no-merecen-respuesta-20130612040352.html>.

18. Ver noticia del periódico “La Voz del Interior” del 31/05/2013: <http://www.lavoz.com.ar/noticias/politica/timerman-relativizo-informe-nisman-sobre-iran>.

19. Ver Fallo de la CSJN del 22/05/2013. A.210.XLIX en: <http://www.csjn.gov.ar/docus/documentos/novedades.jsp>.

Activa, quienes interpretan, además, que el fallo del máximo tribunal es también un mensaje respecto del trámite que deberá imprimirse a otro juicio similar, a cargo del Tribunal Oral Federal N° 2, iniciado en 2011, por encubrimiento del atentado, en la que están imputados el ex juez Galeano, Hugo Anzorreguy, Rubén Beraja, Carlos Telleldín y otros, por el armado de pistas falsas y la realización de pagos y detenciones ilegales para desviar la investigación del atentado.

En su resolución, la Corte manifestó que la garantía constitucional de defensa en juicio incluye el derecho a obtener un pronunciamiento rápido dentro de un plazo razonable, plazo que, en este caso, no ha sido debidamente observado. Además, consideró que la dilación injustificada de los litigios implica que los derechos pueden quedar indefinidamente sin su debida aplicación y con grave e irreparable perjuicio de quienes los invocan.

Como consecuencia de lo expuesto, las negociaciones diplomáticas entre los gobiernos argentino e iraní procuran una solución de la controversia, teniendo en cuenta que la justicia argentina apunta a la responsabilidad del Estado iraní y sus aliados, lo que impidió la prescripción de la causa y bloqueó la circulación internacional de los funcionarios iraníes por medio de una orden de captura internacional con notificación roja de Interpol. En 2006, a través de Interpol, se reclamaron las capturas del ex presidente de Irán Alí Akbar Rafsanjani, del ex ministro de Seguridad e Información Alí Fallahijan y del excanciller Alí Velayati. Asimismo, se encuentran entre los acusados, el ex viceministro de Defensa iraní, Ahmad Vahidi, el ex jefe de la Guardia Revolucionaria Moshen Rezai, el ex consejero cultural de la misión diplomática iraní en Buenos Aires, Moshen Rabbani, el ex secretario diplomático de la embajada Ahmad Reza Ashgari, el ex embajador Hadi Soleimanpour, y el ex jefe del servicio de seguridad exterior de la milicia Hezbollah, Imad Fayez Moughnieh –posteriormente asesinado en un atentado. El obstáculo fundamental en la investigación consiste en la imposibilidad de interrogar a los funcionarios iraníes acusados y en la falta de cooperación del gobierno y la justicia iraní en la investigación del atentado terrorista. La relación entre la Argentina e Irán, si bien antigua en su vínculo –más de cien años–, ha sido poco productiva en tratados bilaterales y se obstaculizó desde la ruptura de relaciones diplomáticas, manteniéndose activa, en cambio, en el plano comercial.

II- El objeto y el fin del tratado

Dados estos antecedentes y el consenso de ambos gobiernos en promover una acción conjunta en busca de la verdad y en elaborar un mecanismo jurídico y político que produzca una solución definitiva satisfactoria, no solamente para los intereses políticos sino también que responda a la justicia y a los damnificados por el atentado, respetando los derechos internos de ambos Estados, se intenta poner en marcha ese consenso instrumentándolo mediante el tratado internacional suscripto en Addis Abeba.

Del propio texto del tratado no surge, específicamente, su objeto y fin. La creación de una Comisión de la Verdad imparcial, integrada bilateralmente, es solamente el medio para lograr el objetivo, consistente en su informe final, al que deberá llegar luego del cumplimiento de sus funciones, mediante el análisis de la información y la evidencia aportadas con relación a la causa AMIA, y que contendrá recomendaciones que ambas partes se comprometen a tener en cuenta en sus acciones futuras sobre cómo proceder con el caso, en el marco de sus derechos internos.

Para una mejor interpretación del tratado en este punto, es sumamente útil recurrir al discurso que la presidente argentina, Cristina Fernández de Kirchner, pronunció el 25 de septiembre de 2012 en la Asamblea General de las Naciones Unidas que, en su parte pertinente, decía:

“Finalmente y vinculado también con lo que empecé, con el repudio y la condena a la muerte del embajador Christopher Stevens en Libia, quiero referirme también a lo que para nosotros, los argentinos, constituye y sigue constituyendo una llaga abierta porque todavía no ha habido justicia y que es la voladura de la mutual israelita AMIA en el año 94 y también de la embajada de Israel en el año 92, hechos absolutamente condenables y deplorables.

En reiteradas oportunidades, tanto el ex presidente Kirchner como quien les habla han pedido a la República Islámica de Irán, que ha sido acusada por la Justicia argentina de tener participación en dicho crimen, su colaboración y su cooperación.

En el año 2010 y en el año 2011, ante la falta de respuesta a ese pedido de colaboración y de cooperación, ofrecí, como alternativa a esto, si es que la República Islámica de Irán no tenía confianza en la equidistancia, en la independencia de la Justicia argentina, adoptar una doctrina que

es la doctrina del caso Lockerbie, que todos ustedes recordarán, y que se refiere al atentado contra un avión estadounidense por parte de terroristas libios y que, finalmente, tuvo lugar un juicio en un tercer país y allí pudo repararse, si es que la muerte puede tener reparación, algo del daño que se había hecho.

Ofrecimos, precisamente, la elección de común acuerdo entre ambos países de un tercer país para que se desarrolle allí un juicio que garantice a las partes que todos van a poder acceder a la justicia y, por sobre todas las cosas, que se va a conocer la verdad sobre este hecho tan terrible.

Empecé hablando sobre acciones del terrorismo internacional y terminé también hablando sobre estas mismas acciones, no ya cometidas en un lejano país africano y contra un miembro del cuerpo diplomático estadounidense; estoy hablando de algo sucedido en mi país, en mi tierra y contra ciudadanos argentinos en clara violación también a la soberanía territorial.

El día miércoles pasado, 19 para ser más exactos, hemos recibido por parte de la República Islámica de Irán un pedido de reunión bilateral precisamente para dialogar entendemos que sobre este tema. Mi país, que sigue reclamando el diálogo como un instrumento universal y también como un instrumento particular en el caso de Malvinas, ha decidido instruir a nuestro canciller para que tenga lugar aquí en Naciones Unidas, tal cual lo ha solicitado la República Islámica de Irán, una reunión bilateral entre ambas cancillerías.

Debo decirles que espero resultados de esa reunión, resultados en la manifestación que ha hecho la República Islámica de Irán de querer cooperar y colaborar por el esclarecimiento del atentado. Si no lo quiere hacer frente a la Justicia argentina o si no lo quiere hacer frente a un tercer país, esperamos resultados de esa reunión en cuanto a propuestas de cómo encaminar este conflicto tan profundo que data del año 1994.”

Muchas de estas consideraciones se repiten en el Mensaje que el Poder Ejecutivo ha enviado al Congreso de la Nación, el 8 de febrero de 2013, acompañando el proyecto de ley para aprobar el Memorándum de Entendimiento firmado en Addis Abeba, cuando afirma:

“Más allá de estos ataques al acuerdo, quien analice el tema con sinceridad sabrá ver que la opción a él era la continuidad del reclamo con la verdad de una resignación a que nunca se lograra ningún avance por la insistencia en esa vía.

Ese era el camino fácil. Consistía en no intentar nada nuevo para evadir cualquier riesgo. Pero eso condenaba a la causa a su congelamiento. Se trataba entonces de aparentar avances y saber que nada se lograría.

Desde el mismo momento en que reclamábamos diálogo y cooperación a Irán, pensábamos que podíamos lograr avanzar o por lo menos, obtener cada vez más apoyos para nuestra causa por la justicia del reclamo hasta que éste fuera ya irresistible.

Nunca se trató de reclamos huecos. Fue perseverancia para lograr frutos en pos de la justicia. Este Memorándum consagra un paso más para destrabar la situación y lograr avances que nos acerquen a la verdad y nos aproximen al castigo de los culpables.

Como cuando disentía con la mayoría de la Comisión Bicameral, como cuando el presidente Kirchner efectuaba actos concretos para aportar en la medida de lo posible al esclarecimiento de la verdad en las causas de los atentados, como cuando difundíamos en ambos períodos de gobierno mundialmente nuestro pedido de justicia y reclamo de colaboración en Naciones Unidas y por parte de la República Islámica de Irán, como cuando proponíamos un tercer país para que las actuaciones se realizaran, no sólo perseguíamos la realización de un juicio justo y adecuado a la normativa: perseguíamos la VERDAD y el castigo de los culpables.

El Memorándum de Entendimiento suscripto en Addis Abeba busca ese mismo objetivo y es un indudable paso de avance. Respeto la actuación judicial, la preserva y la asegura en sus resultados. Respeto la voluntad popular en cuanto sólo podrá avanzarse si el Honorable Congreso de la Nación lo ratifica y pone con ello en ejecución la constitución de la Comisión de la Verdad.”

El Mensaje del Poder Ejecutivo intenta descartar toda otra causa de este tratado, especialmente cuando se recurre a especulaciones políticas o económicas. En tal sentido, explica:

“Sabemos bien los afectados que nuestra idea es perseguir la verdad tanto en esas causas como en el caso del castigo a los responsables de la violación de los derechos humanos, como camino para posibilitar poner fin a la impunidad de cualquier tipo en nuestra Patria.

Sin embargo, no faltan quienes quieren ver en cada paso una intención aviesa. Por eso es necesario hacer referencia a ciertos temas.

Se dice que no hay que negociar con la República Islámica de Irán, tratando de instalar el ‘no diálogo’ como principio. La República Argentina tiene todo el derecho a negociar con el país que quiera en función de su soberanía y sin subordinarse a sugerencias o tácticas de terceros países sino a su propia conveniencia...

...Máxime cuando el acuerdo al que se arriba no desmerece la soberanía ni el imperio de la justicia argentina en el caso, que podrá resolver en qué carácter interrogar a los acusados en presencia de una comisión de juristas que avale el cumplimiento de la ley, con lo que, por fin, puede resolverse un punto nodal de la actividad judicial tendiente al esclarecimiento, hasta hoy imposible de lograr.

El único camino era negociar con el país de residencia de los acusados, hasta ahora remiso a colaborar. Por lo demás, los miembros permanentes del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, con más Alemania, negociarán a partir del 26 de febrero un Acuerdo Nuclear con la República Islámica de Irán...

Se ha querido también plantear como una agresión a la soberanía o renuncia a ella el tener que interrogar a los acusados en Teherán, cuando existen, según detallamos más arriba y ampliamos en el anexo correspondiente, innumerables casos de actos procesales similares efectuados por jueces argentinos en el exterior.

Se quiere presentar el acuerdo como una especie de argucia para “iniciar” el comercio con Irán. Lo cierto es que ese comercio existe desde 1990 y, salvo los años 2004 y 2005, ha sido superavitorio desde cifras que van de 46,006 miles de dólares a 1,448.541 miles de dólares a favor de nuestro país. El resultado de los años 2004 y 2005, deficitario, lo fue por vigencia de un boicót iraní al comercio con Argentina...

...Más allá de estos ataques al acuerdo, quien analice el tema con sinceridad sabrá ver que la opción a él era la continuidad del reclamo con la verdad de una resignación a que nunca se lograra ningún avance por la insistencia en esa vía.

Ese era el camino fácil. Consistía en no intentar nada nuevo para evadir cualquier riesgo. Pero eso condenaba a la causa a su congelamiento. Se trataba entonces de aparentar avances y saber que nada se lograría. Desde el mismo momento en que reclamábamos diálogo y cooperación Irán, pensábamos que podíamos lograr avanzar o por lo menos, obtener cada vez más apoyos para nuestra causa por la justicia del reclamo hasta que éste fuera ya irresistible.

Nunca se trató de reclamos huecos. Fue perseverancia para lograr frutos en pos de la justicia. Este Memorándum consagra un paso más para destrabar la situación y lograr avances que nos acerquen a la verdad y nos aproximen al castigo de los culpables.”

También resultan de gran utilidad las declaraciones realizadas por el presidente de Irán, Mahmoud Ahmadinejad, luego de su discurso en el mismo ámbito internacional, en las que afirmó que aspira a que su país amplíe las relaciones con la Argentina, deterioradas a raíz del atentado contra la Asociación de Mutuales Israelitas Argentinas (AMIA) en 1994 en Buenos Aires.

“Queremos expandir nuestras relaciones”, dijo Ahmadinejad en rueda de prensa, un día después de que la Argentina anunciara, a través de la presidenta Cristina Kirchner, que aceptó reunirse con Irán para tratar el tema del atentado en la mutual judía argentina AMIA. Luego amplió:

“Ha habido malentendidos en los lazos de Irán con Argentina debido a la interferencia y la intromisión de otros. Espero que el diálogo de los dos Ministros de Relaciones Exteriores pueda establecer las bases para alcanzar este objetivo de mejores lazos entre los países. Irán no tuvo ninguna participación en estos eventos y eso quedará claro; se llegará a la verdad. Cualquier persona que sea culpable debe ser enjuiciada: sionistas, no sionistas, estadounidenses, iraníes, argentinos, africanos y asiáticos”.²⁰

20. Ver Artículos periodísticos: “Ahmadinejad busca acercarse a la Argentina”. *La Nación*, 26/09/2012 y “Nuevas señales de sintonía entre la Argentina e Irán”. *La Nación*, 27/09/2012.

Posteriormente, en Teherán, el 2 de octubre, aseguró:

“Mi gobierno y la Argentina iniciaron conversaciones ‘transparentes’ sobre la causa que investiga el atentado a la AMIA que revelarán la realidad y prepararán el terreno para una mejora de las relaciones entre los dos países. Los dos cancilleres se reunieron recientemente y acordaron coordinar el resto de la ruta. Creemos que el estudio de este tema definitivamente debe dar lugar a la transparencia y a la búsqueda de la realidad. Estoy seguro de que cuando las investigaciones tengan lugar de manera precisa e imparcial, a continuación, se avanzará en la ampliación de las relaciones entre Irán y Argentina. Los gobiernos de Estados Unidos e Israel acusan a Irán del atentado a la AMIA, aunque en 18 años de esfuerzos no han logrado avanzar ni probar nada en contra de Irán, lo que indica que es inocente.”²¹

A fines de octubre de 2012, en Teherán, el vocero del Ministerio de Asuntos Exteriores de Irán, Ramin Mehmanparast expresó:

“El gobierno está dispuesto a discutir el atentado de la AMIA. Los ministros de Exteriores de Irán y Argentina acordaron conversaciones mutuas hace un mes. Irán está listo para investigar cuidadosamente e identificar a los autores de la explosión, pero insiste en su negación de que los ciudadanos iraníes estuvieron involucrados en el letal ataque terrorista. Condenamos el terrorismo, rechazamos las acusaciones contra nuestros ciudadanos y declaramos que estamos dispuestos a hacer una revisión detallada de quiénes fueron los autores de este hecho. Las negociaciones están en curso y continuarán hasta que una conclusión clara que se alcance.”²²

21. Nota periodística “Ahmadinejad aseguró en Teherán que Irán y la Argentina iniciaron ‘conversaciones transparentes’ sobre la causa AMIA” en *News Iton Gadol*, 02/10/12. Ver en: <http://www.itongadol.com.ar/index.html>

22. Nota periodística: “Irán está dispuesto a identificar a los autores del atentado a la AMIA” en *The Jerusalem Post*, 31/10/2012

Si tenemos en cuenta toda esta información, llegaremos a la conclusión de que, al menos en una primera mirada, que no es la definitiva y que da lugar a muchas y disímiles interpretaciones, el tratado tiene como finalidad **poder esclarecer, con verdad y objetividad, las circunstancias y los hechos del atentado, como así también poder atribuir las responsabilidades correspondientes, nacionales e internacionales, civiles y penales, para lograr que el accionar de la justicia llegue rápida y eficazmente a reparar los daños causados, sobre la base de la realidad y el derecho aplicable, y que las relaciones entre ambos países se reconstituyan no solamente en el campo diplomático, sino también en sus vínculos políticos, sociales y culturales.**

III- El marco jurídico y el contenido del tratado

Indudablemente, existen muchas interpretaciones posibles acerca de las declaraciones emitidas y de las motivaciones que han llevado a ambos gobiernos a avanzar en un diálogo restringido aunque superador, como así también muchas dudas y sospechas con respecto al entendimiento logrado como producto del acuerdo. Pero lo que debe analizarse jurídicamente es si el Memorándum de Entendimiento suscripto se enmarca en el derecho internacional y en los derechos internos de ambas partes.

Los mecanismos elaborados en las negociaciones diplomáticas, destinados a obtener los objetivos buscados, se centran en la creación de una Comisión de la Verdad integrada por cinco comisionados, con las mayores garantías posibles de imparcialidad y excelencia, ya que la conformarán juristas internacionales, seleccionados por su prestigio legal y por sus condiciones morales, que no podrán ser nacionales de las partes. Cada Estado elegirá dos miembros y, conjuntamente, acordarán la elección de uno más, que actuará como Presidente de la Comisión (punto 1).

En realidad, es poco feliz la denominación elegida, como lo afirmó el juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dr. Eugenio Zaffaroni, en declaraciones al periódico *El Tribuno* de Salta, el 30 de enero de 2013, quien cuestionó la denominación Comisión de la Verdad, considerando que debió haberse llamado Comisión Asesora, ya que “las Comisiones de la Verdad que se han aplicado en el mundo han sido para no aplicar sentencias”, además de opinar acerca de la constitucionalidad del tratado. En general, este tipo de organismos surgen como reacción a conflictos políticos internos

o internacionales muy profundos, incluso acompañados de violación grave de derechos humanos, procurando el conocimiento de la verdad histórica a los fines de pacificación y reconciliación nacional o internacional (ej.: Argentina, Grecia, Sudáfrica, Chile, Guatemala, El Salvador, Indonesia, etc.).

Esta Comisión dictará sus propias reglas de procedimiento, previa consulta a ambos Estados y su posterior aprobación por los mismos²³ y, una vez constituida, recibirá de ambas partes la evidencia y la información que posean sobre la causa AMIA, las que serán revisadas detalladamente por los comisionados con respecto a cada uno de los acusados. Podrá, además, consultar a las partes con respecto a información adicional (puntos 2 y 3).

Una regla de importancia fundamental es la que regula el interrogatorio de los funcionarios iraníes, con respecto a los cuales Interpol ha emitido una notificación roja. En este caso, la audiencia en la que se llevará a cabo el interrogatorio se realizará en Teherán (Irán) con la participación de la Comisión y las autoridades judiciales iraníes y argentinas en uno o más encuentros. La Comisión tendrá facultades para realizar preguntas a los representantes de cada parte, quienes tendrán derecho de dar explicaciones o de presentar nueva documentación (punto 5). Con relación a esta situación, y a fin de salvaguardar los derechos de las personas involucradas, garantizados por ley, se establece que ninguna disposición del acuerdo los pondrá en riesgo (punto 8). Esta cláusula es totalmente coherente con lo estipulado en el Principio N° 3, inciso 14 de la Constitución iraní, que dice: “14.- Garantizar todos los derechos a la persona, tanto a la mujer como al hombre, y crear las garantías jurídicas justas para todos, y la igualdad de derechos ante la ley”.

La Comisión habrá cumplido con su cometido, una vez analizada la información recibida por ambas partes y efectuadas las consultas necesarias a las partes y a los individuos, cuando exprese su opinión mediante un informe con recomendaciones que deberán ser tenidas en cuenta por las partes en sus acciones futuras. Estas recomendaciones indicarán cómo proceder con el caso AMIA, en el marco de los derechos internos de ambos países (punto 4). No queda claro si la Comisión realizará la audiencia antes o

23. Aunque no se aclara, sería coherente que se efectuara por el mismo procedimiento que el Memorándum de Entendimiento, es decir por un tratado internacional. Sin embargo, no debe descartarse el uso de la vía de los acuerdos ejecutivos para evitar un nuevo debate parlamentario.

después del informe final, ya que la audiencia está prevista en el punto 5 y el informe en el punto 4, aunque parece lógico que el informe sea posterior.

Con relación a la vigencia del Memorándum de Entendimiento, su punto 6 dispone el requerimiento de la ratificación o aprobación por los órganos estatales nacionales competentes, conforme a sus propios derechos internos. La curiosa redacción (“ya sean el Congreso, el Parlamento u otros cuerpos...”) tiene su explicación en la particular organización institucional iraní, en la que existen diversos órganos con funciones distintas pero, en alguna medida, vinculadas para la aprobación de los tratados internacionales.²⁴

En el ordenamiento jurídico iraní, corresponde a la Asamblea Consultiva Islámica (Parlamento), la aprobación de los tratados internacionales como el que estamos analizando, según lo dispone su Constitución, en el Principio N° 77. No obstante, conforme a su Principio N° 72, no puede promulgar leyes que estén en contradicción con los principios y preceptos de la doctrina religiosa oficial de la nación (Principio N°4) o de la Constitución. La determinación de este asunto está a cargo del Consejo de Guardianes de acuerdo con el Principio N° 96, quien ejerce el control religioso y de constitucionalidad de todas las decisiones del Parlamento, incluso de la aprobación de los tratados internacionales. Finalmente, también puede intervenir, en última instancia, cuando existen discrepancias entre el Parlamento y el Consejo de Guardianes sobre una ley, el denominado Consejo de Discernimiento de Conveniencia del Sistema, a solicitud del Líder, conforme lo establecido por el Principio N° 112. Una vez aprobado el tratado internacional, es facultad del Presidente de la República la firma del mismo (Constitución de Irán, Principio N° 125) y, consecuentemente, su ratificación y el canje de notas final –se habla del “intercambio de la última nota verbal”.

En el caso de la Argentina, lo que se requiere es la aprobación del Congreso de la Nación (C.N., art. 75, inc.22), la subsiguiente ratificación por parte del Poder Ejecutivo y el canje de notas final, dando cuenta del cumplimiento de los respectivos requisitos exigidos por nuestro derecho interno (punto 6).

Como puede verse, el Memorándum de Entendimiento no estará vigente entre ambos Estados hasta que no se produzca entre ellos el intercambio de

24. Ver texto de la Constitución de la República Islámica de Irán en español en: http://www.mexicodiplomatico.org/art_diplomatico_especial/iran_constitucion.pdf.

la última nota verbal notificándose recíprocamente del cumplimiento de los requisitos constitucionales exigidos por los respectivos derechos internos, tal como fueron enunciados anteriormente. Evidentemente, este es el acto jurídico internacional que formaliza el consentimiento mutuo de obligarse por el tratado internacional en análisis.²⁵

En lo que respecta al mecanismo de solución de controversias dispuesto por el tratado en su punto 8, ya sea por razones de implementación o interpretación normativas, es sumamente simple y de naturaleza esencialmente política, ya que lo remite a consultas entre ambos Estados. Asimismo, cabe agregar que el Memorándum de Entendimiento se redactó en dos ejemplares, en los idiomas farsi, español e inglés, siendo la versión en esta última lengua la que prevalecerá en caso de disputas sobre su implementación.²⁶

IV- Análisis crítico del tratado

Es necesario, luego del análisis antecedente, hacer las observaciones generales y específicas pertinentes a este tratado bilateral, con el fin de poner de manifiesto dificultades en la interpretación del texto por ambigüedad, oscuridad, imprecisión o vaguedad o, incluso, cuestiones que puedan llegar a colisionar con el derecho internacional o con los derechos internos de los Estados involucrados.

A- En primer lugar, conforme a lo dispuesto por el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”, lo que dicho en otras palabras supone la supremacía del Derecho Internacional sobre el derecho interno y la prevalencia de la norma internacional si entrare en conflicto con la norma interna. Esto es coherente con una visión monista de la relación entre el Derecho Internacional y el derecho interno.

25. Conforme a lo dispuesto por el art. 24 de la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados.

26. Conforme a lo dispuesto por el art. 33, inc. 1 de la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados.

Para la Argentina, Estado Parte de la Convención, este principio normativo tiene total vigencia, a tal punto que la reforma constitucional de 1994 modificó la Constitución Nacional en este sentido, estableciendo en su nuevo art. 75, inc. 22 que “los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”. Esto significa que los tratados internacionales vigentes para nuestro país, en caso de conflicto con normas internas –leyes o cualquier otra norma de jerarquía inferior–, prevalecerían sobre ellas y las harían inaplicables. En consecuencia, el Memorándum de Entendimiento en análisis, una vez vigente, prevalecería sobre leyes tales como el Código Penal, el Código Procesal Penal de la Nación, las normas de organización de la justicia federal e incluso sobre las Acordadas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y reglamentos judiciales, entre otras normas nacionales. **Es decir, se utilizaría para dar un marco judicial y procesal excepcional y *ad hoc* para parte del proceso relativo a la causa AMIA, sin que esto signifique apartarse del ordenamiento jurídico argentino, aunque puedan aplicarse reglas extraordinarias y diferentes a las rigen en nuestro derecho, en circunstancias similares pero ordinarias.**²⁷

Sin embargo, no debe olvidarse que la prevalencia del Derecho Internacional sobre el derecho interno presenta una excepción, prevista indirectamente en el art. 46 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados y es nuestra propia Constitución Nacional, cuando en su art. 27 dispone que “el Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”.

Por consiguiente, no podría prevalecer ni aplicarse un tratado internacional, a pesar de la suprallegalidad otorgada por el art. 75, inc. 22 de la misma Constitución, si afectara los principios constitucionales de derecho público. **Entonces, la inconstitucionalidad de un tratado internacional no permitiría aplicarlo válidamente y el Memorándum de Entendimiento de Addis Abeba también deberá ser sometido a**

27. Sagüés, Néstor P. “Los tratados internacionales en la reforma constitucional argentina”, en *Revista La Ley*, Buenos Aires, tomo 1994-E, pág. 1036 y ss.

este control de constitucionalidad para ser aprobado por el Congreso de la Nación y para entrar en vigencia.²⁸

En cambio, la situación es muy diferente para la República Islámica de Irán, república religiosa que solamente es Estado signatario de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, para el que ella no está en vigencia. En la relación entre el Derecho Internacional y el derecho interno, Irán es dualista, es decir no acepta la prevalencia del primero sobre el último y un tratado internacional se aplicará en ese país solamente si no afecta todo el derecho interno, en especial la propia Constitución y los principios islámicos, base esencial de todo su ordenamiento jurídico. En este sentido, la aprobación del tratado por la Asamblea Islámica, el Consejo de Guardianes y, eventualmente el Consejo de Discernimiento sobre la Conveniencia del Sistema, a solicitud del Líder, **implica sortear una serie de controles religiosos, políticos y jurídicos, que evita cualquier posibilidad de incorporar una norma internacional al derecho interno, sin la conformidad del mecanismo institucional de creación normativa, a favor del Derecho Internacional.²⁹**

B- El Memorándum de Entendimiento presenta cuestiones expresadas con demasiada vaguedad o ambigüedad que requerirán de una posterior instrumentación jurídica. Algunas podrán incluirse en la reglamentación del procedimiento de la Comisión de la Verdad, a ser aprobada por ambos Estados, pero otras podrían requerir la suscripción de nuevos Memorándums de Entendimiento, tales como: la sede de la Comisión y sus plazos de constitución, de funcionamiento y de presentación del Informe, la elección del Presidente, las características y aspectos operativos de la audiencia donde se producirán los interrogatorios dispuestos en el punto 5, indicando su condición procesal y sus efectos jurídicos en el proceso judicial y en la aplicación de los derechos internos de ambos Estados, los derechos y obligaciones de

28. Travieso, Juan Antonio. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1ª ed. 2012, págs. 149/166.

29. Barboza, Julio. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires, Zavalía, 1999, págs. 53/59. Analiza las diferencias entre las teorías monistas y dualistas aplicables a la relación entre el Derecho Internacional y el derecho interno, según los distintos ordenamientos jurídicos estatales.

los interrogados, el carácter facultativo o vinculante de las recomendaciones incluidas en el Informe final, entre otros asuntos no determinados.

Dos temas requieren especial atención. Uno es la naturaleza jurídica de los interrogatorios y su valor procesal, ya que pueden considerarse como declaraciones indagatorias de los acusados o como declaraciones testimoniales de testigos involucrados en la causa, con efectos procesales y jurídicos completamente diferentes. No surge del tratado ninguna apreciación, ni siquiera indicios, que puedan esclarecer esta duda. El otro tema es la naturaleza y los efectos jurídicos del Informe que debe elaborar la Comisión y de las recomendaciones que contendrá, destinadas a orientar el accionar futuro de las partes en el caso AMIA. La emisión de recomendaciones como expresión de la voluntad de un órgano implica, generalmente, que no tendrán carácter vinculante. Esa interpretación, incluso, puede colegirse del propio Mensaje del Poder Ejecutivo argentino cuando envía al Congreso el proyecto de ley aprobatorio del Memorándum de Entendimiento. Sin embargo, la redacción que se desprende de su punto 4 deja vacíos en cuanto a este asunto, ya que menciona que “ambas partes **tendrán en cuenta** estas recomendaciones en sus acciones futuras”. ¿El “**tener en cuenta las recomendaciones**” es una obligación o una facultad de las partes? ¿Qué consecuencias jurídicas derivarían de las conductas positivas o negativas de las partes en cuanto a esas recomendaciones? ¿En qué medida y de qué manera los distintos poderes del gobierno, a saber el Legislativo, el Ejecutivo y, en especial el Judicial, tendrán en cuenta las recomendaciones aconsejadas? ¿Podrán ambos Estados reclamarse mutuamente, con efectos penales y civiles, los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de las recomendaciones? No hay respuestas unívocas ni precisas a estas preguntas.

Otro aspecto abordado tangencialmente es la responsabilidad internacional de las partes por incumplimiento del tratado. Se indica, en su punto 9, que la solución de controversias entre las partes se efectuará por medio de consultas recíprocas. Pero, ¿cuál sería el o los pasos siguientes en caso de desacuerdo? Si el incumplimiento del tratado produjera daños y perjuicios a alguna de las partes o si de su cumplimiento se derivaran nuevas obligaciones por cumplirse, cumplidas o incumplidas, ¿cuál sería la responsabilidad internacional de cada Estado frente a una conducta violatoria de la obligación contraída? ¿Qué sistema de solución de controversias se aplicaría entre ellos para resolver los desacuerdos?

C- La constitucionalidad del Memorándum de Entendimiento, en general y específicamente de cada una de sus cláusulas, considerará la eventual incompatibilidad con los principios de derecho público de la Constitución,³⁰ tales como el de territorialidad de la ley penal argentina y el del juez natural ante delitos cometidos en nuestra jurisdicción, el del debido proceso, ante la posibilidad de que los interrogatorios sean considerados meramente testimoniales y no indagatorias dada la situación procesal de las personas a interrogar, y el de imparcialidad, ya que gran parte de las diligencias judiciales y del funcionamiento de la Comisión se producirán en jurisdicción iraní sin las garantías de un tercer Estado que brindaría las seguridades y la prescindencia que el proceso judicial requiere, como ha sucedido en el caso Lockerbie.³¹

El Memorándum de Entendimiento vulnera varios artículos de la Constitución Nacional que contienen los principios de derecho público que deben ser respetados por los tratados internacionales:

1. El artículo 18, en cuanto prohíbe el juicio por comisión es especiales o la separación de los jueces designados por ley antes al hecho de la causa (principio del juez natural). Si bien la Comisión de la Verdad no es exactamente un tribunal o una comisión especial juzgadora, sino meramente una comisión investigadora o asesora (*fact-finding commission*), cierto es que tiene funciones judiciales tales como la revisión de pruebas o evidencia, el interrogatorio a imputados o a representantes de las partes, la consulta a las partes, el dictado de recomendaciones a ser tenidas en cuenta por las partes, entre otras. También es cierto que, si bien la causa no se saca directamente del juez natural, se somete a un proceso extraño al mismo, fuera de la jurisdicción argentina, sin dar cumplimiento al derecho procesal y a las garantías judiciales que le son aplicables a los involucrados en dicha causa, por medio de un tratado internacional *ad hoc* de dudosa constitucionalidad.
2. El artículo 109, que prohíbe absolutamente al Presidente de la Nación el ejercicio de funciones judiciales, arrogarse el conocimiento

30. Conforme a lo dispuesto por el art. 27 de nuestra Constitución Nacional.

31. Ver un completísimo informe sobre el caso Lockerbie en idioma inglés en: <http://www.nodo50.org/csca/miscelanea/lockerbie.pdf>.

de causas pendientes o el restablecimiento de las fenecidas. No cabe duda de que la negociación y firma del Memorandum de Entendimiento por el Poder Ejecutivo ha sido conforme a la facultad que le otorga el art. 99 de la Constitución Nacional (*treaty-making power*), pero también es posible que esa facultad sea ejercida en forma incompatible con la propia Constitución. En este caso, en particular, ha intervenido en la causa AMIA, como causa que está pendiente, influyendo en su tramitación y afectando su sustanciación, a tal punto que ha determinado un derecho procesal *ad hoc*, excepcional y extraordinario, por fuera del ordenamiento jurídico vigente.

3. El artículo 116 determina la jurisdicción argentina y la competencia federal para la causa AMIA y en ningún caso se ha aplicado otra jurisdicción y otra competencia. Sin embargo, a través del Memorandum de Entendimiento, se prorroga esa jurisdicción, derivándola, aunque sea temporalmente y con alcance limitado, a la jurisdicción iraní en tanto allí funcionará la Comisión de la Verdad, y a la competencia de este organismo y sus reglas de procedimiento. Recordemos que este tratado tiene jerarquía supralegal y, por lo tanto, prevalece por sobre el del derecho penal y el derecho procesal argentino, creando un procedimiento penal especial y extraordinario para la causa AMIA.

También el Memorandum de Entendimiento viola tratados e instrumentos jurídicos internacionales que gozan de jerarquía constitucional en nuestro derecho interno, sean los enumerados en el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional o los incorporados posteriormente porque se está afectando el derecho de las víctimas y el derecho a la verdad.³² Están en juego el derecho a la justicia imparcial, el derecho al debido proceso, el derecho de igualdad ante la ley, el derecho a la protección judicial y a las garantías judiciales (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Declaración Universal de los Derechos Humanos y Convención Americana sobre Derechos Humanos, mejor conocida como Pacto de San José de Costa Rica).

32. Derecho reconocido en Naciones Unidas por el Consejo de Derechos Humanos en su Resolución 12/12 del 1° de octubre de 2009. Ver texto en: <http://eoirs.mrecic.gob.ar/userfiles/Resolucion%20derecho%20a%20la%20verdad.pdf>.

No debe olvidarse que la justicia argentina ha acusado al Estado iraní, responsabilizándolo del atentado terrorista, a través del accionar delictivo de funcionarios del más alto nivel, por lo que se generan sospechas de parcialidad y protección cómplice, agravadas por la falta total de cooperación judicial internacional. Irán nunca aceptó la jurisdicción argentina, ni quiso presentarse en los juicios que se sustentan o sustentaron sobre el atentado contra la AMIA, porque siempre negó absolutamente su participación estatal o la de algún ciudadano iraní en los hechos.

También deben considerarse las características y la valoración de la evidencia presentada, ya que puede proporcionarse información sensible que afecte la seguridad nacional o los servicios de inteligencia. Caeríamos en la paradoja de que Irán conseguirá toda la información existente en la causa, incluso la más reservada o secreta, sin ser parte de ella. Finalmente, no resulta claro el rol del Informe de la Comisión y sus recomendaciones, en cuanto a que pueden dar impulso a medidas inconstitucionales o generar incumplimiento del tratado por cualquiera de las partes, sin consecuencias jurídicas previstas. Es el Congreso de la Nación el órgano encargado de efectuar este control político de constitucionalidad y, en tal sentido, el Poder Ejecutivo le ha sometido a su consideración el Memorandum de Entendimiento, con el trámite ordinario de cualquier tratado internacional, para que lo apruebe o lo deseche. No podrá hacer ninguna modificación ni agregados al texto del tratado, ni tampoco formular reservas o declaraciones interpretativas, dado el carácter bilateral que posee.³³ Obviamente, esto no impide el control judicial de constitucionalidad, en manos del Poder Judicial ante un planteamiento de inconstitucionalidad de la norma.

En lo que respecta a Irán, con mayor razón, el Memorandum de Entendimiento debe superar los controles constitucionales y religiosos, dadas las particulares características propias de una república islámica, a través de un intrincado procedimiento inter-órganos. También en este sentido, y en consonancia con cualquier democracia laica occidental, con la diferencia del substrato religioso que influye y se expande por todo el ordenamiento jurídico iraní, la Constitución de este país protege los derechos de los ciudadanos en lo que respecta a sus garantías de defensa en juicio y de respeto al debido proceso y a los principios de territorialidad de la ley penal y de sometimiento

33. Conforme a lo dispuesto por el art. 75, inc.22 de la Constitución Nacional.

a la jurisdicción del juez natural (ver: Constitución de Irán, Principios N° 14, 32, 34, 36, 37 y 165, entre otros).

D- Resulta curioso el punto 7 del Memorándum de Entendimiento, ya que dispone que su mera suscripción por las partes –producida el 27 de enero de 2013– las obliga a remitirlo conjuntamente al Secretario General de Interpol, en cumplimiento de los requisitos exigidos por esa organización internacional con relación al caso AMIA, sin esperar a que entre en vigencia. La intervención de Interpol ha consistido en la emisión de una notificación roja³⁴ para dar cumplimiento a la orden de captura internacional de varios funcionarios iraníes librada por la justicia argentina, en virtud de considerarlos responsables del atentado terrorista del 18 de julio de 1994. En consecuencia, la remisión del tratado internacional a Interpol tendría por objeto, aunque no surge de su texto, salvaguardar la responsabilidad del Estado iraní en lo que respecta a garantizar la efectivización de la orden emitida pero postergando cautelarmente su ejecución hasta la vigencia del tratado y su cumplimiento definitivo.³⁵

Con relación a este punto, cabe agregar que se ha transformado en el eje de un debate de trascendencia entre Irán, la Argentina e Interpol, ya que ha habido un intercambio de manifestaciones ambiguas y contradictorias acerca del mantenimiento o levantamiento de las sanciones impuestas por la organización internacional.

En principio, el 15 de marzo de 2013, el canciller Timerman relató que la Oficina de Asuntos Jurídicos de Interpol envió una nota oficial, firmada por el consejero jurídico Jöel Sollier, en la que manifiesta que dicho acuerdo no implica ningún tipo de cambio en el estatus de las certificaciones rojas aplicadas en relación a los crímenes investigados en la causa AMIA y considera que el referido acuerdo es un desarrollo positivo en el esclarecimiento de la causa.³⁶ Unos días después, el ministro de Relaciones Exteriores de

34. Ver el Sistema de Notificaciones Internacionales de Interpol en: http://www.interpol.int/content/download/786/6299/version/14/file/Factsheets_ES_feb2012_GIO2.pdf.

35. Ver Reglamento de Interpol sobre Tratamiento de Datos, arts. 72/87 en: <https://secure.interpol.int/public/icpo/legalmaterials/constitution/control/RPDEs.pdf>.

36. Ver cable de Telam (15/03/2013) en: <http://www.telam.com.ar/notas/201303/10470-el-canciller-timerman-dara-a-conocer-hoy-una-importante-declaracion.html>.

Irán, Ali Akbar Salehi, exigió que Interpol dejara de emitir sus alertas rojas de detención por el atentado a la AMIA contra cuatro funcionarios persas y justificó el reclamo en base al memorándum de entendimiento que firmó con Argentina, en clara contradicción con su par argentino.³⁷ Esta divergencia provocó las dudas en la oposición argentina y en observadores internacionales, que se despejaron con la reunión entre el canciller Timerman y el Secretario General de Interpol, Ronald Noble, en Lyon, el 30 de mayo de 2013, ya que la organización policial internacional insistió en el mantenimiento de las notificaciones rojas aplicables a varios ciudadanos iraníes y consideró la utilidad del tratado argentino-iraní para la cooperación internacional bilateral en materia penal y procesal penal.³⁸

E- El Memorándum de Entendimiento prevé uno o más encuentros de la Comisión y de las autoridades judiciales argentinas e iraníes, en la ciudad de Teherán (Irán), un lugar no imparcial, sujeto a la jurisdicción del Estado iraní, que podría aplicársele a los comisionados o a los funcionarios judiciales argentinos de forma intempestiva o perjudicial para sus derechos o funciones, a pesar de lo dispuesto en el punto 8 acerca de la imposibilidad de poner en riesgo los derechos de las personas, garantizados por ley. Sin cuestionar la pertinencia del traslado al exterior de los jueces argentinos para ejercer su jurisdicción en otros Estados por características propias de ciertos procesos judiciales, autorización otorgada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde hace varios años, mediante la Acordada 21/93,³⁹ cabe la advertencia de la inexistencia de un tratado de extradición entre la Argentina e Irán y la negativa iraní a hacerla efectiva por reciprocidad y a brindar la cooperación judicial internacional habitual entre Estados. El

37. Ver nota del 18/03/2013 en: <http://www.redaccion24.com.ar/nota/40575/iran-no-acepta-las-alertas-rojas-de-interpol.html>.

38. Ver Comunicado de la Cancillería del 30/05/2013. Información para la prensa N° 122/13 en: <http://www.mrecic.gov.ar/interpol-reafirma-el-apoyo-al-memorandum-con-iran-y-la-vigencia-de-las-notificaciones-rojas>.

39. Ver texto en: <http://www.csjn.gov.ar/achist/docPdf?res=9339>. Por ejemplo, el viaje del juez federal Yalj a España para cumplir funciones jurisdiccionales en: http://www.noticiasjudiciales.info/Nota_Principal/Autorizacion_excepcional_para_viaje_del_Juez_Federal_Jose_Manuel_Yalj_a_Espana.

derecho interno iraní no admite la extradición de nacionales, según lo establece su Ley de Extradición del 4 de mayo de 1960, art.8, inc. 1.⁴⁰

Asimismo, no se ha mencionado la alternativa de haber negociado con Irán la inclusión de cláusulas que dispusieran la realización de la audiencia y los interrogatorios en la representación diplomática argentina en Teherán o la posibilidad del uso de la videoconferencia como medio procesal, admitida por el derecho procesal actual en ámbitos nacionales e internacionales, con las garantías más estrictas del caso, ya sea por acuerdo específico de ambas partes o por la aplicación indirecta de otras normas internacionales específicas como, por ejemplo, el Convenio Iberoamericano sobre el Uso de la Videoconferencia en la Cooperación Internacional entre Sistemas de Justicia y su protocolo Adicional, suscriptos en Mar del Plata (Argentina), el 3 de diciembre de 2010, en tratamiento por el Congreso de la Nación.⁴¹

Todo el derecho procesal penal argentino aplicable a la causa está afectado por el procedimiento *ad hoc* establecido por el Memorándum de Entendimiento: los requisitos y características de la indagatoria, la presencia de los acusados, el fiscal, el juez y los abogados defensores, las facultades del juez durante y después de la indagatoria, la posibilidad de la prisión preventiva, las garantías de defensa en juicio de los acusados, etc. A tal punto es irregular su aplicación y es tan vago, impreciso y confuso el texto, que puede provocar la nulidad, la suspensión o el cierre total de la causa.

V- Las conclusiones

Del análisis efectuado surgen varias conclusiones. Sin duda, hay una tentadora tendencia a generar reflexiones de índole política y económica que apuntan a las relaciones bilaterales entre Irán y Argentina en materia

40. Ver texto en: https://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:bcmmshYHYMJ:www.bia-judiciary.ir/LinkClick.aspx?fileticket%3DE817BdoT_Io%253D%26tabid%3D3706%26mid%3D6999+Iran+laws+extradition&hl=es-419&gl=ar&pid=bl&srcid=ADGEESHl3mzA3qllrHDaWVU5dyGNPsLB7y5Rkb537OLsmKF1xZJCjfJFScPSBOvYkek0WczWp6I-hrU4Q6yQsPz5PoQJ8dlcMm5_e7Z7EXdpEELrvmN0t6CmIELf8LNP_To99nRf70lh3&sig=AHIEtbQEybKbcfotRO6ziU82s-qnZXS1g

41. Ver texto en: <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dsecretaria/NUEVO/Periodo2012/PDF/0020-S-12.pdf>

económica y comercial, al interés argentino por el petróleo iraní, a la comprometida y aislada posición de Irán en las relaciones internacionales en virtud de su política nuclear y al próximo entendimiento con los países centrales para lograr un acuerdo en tal tema, a la política exterior y a la política de derechos humanos del gobierno iraní y a sus implicancias en el estado actual de las relaciones internacionales y en la región sudamericana, a la integración actual de Argentina como miembro no permanente del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, a los requerimientos de política interna que presentan los próximos procesos electorales internos en ambos países, al especial involucramiento en este proceso judicial del Estado de Israel y de las comunidades judías nacionales e internacional, teniendo en cuenta sus características y consecuencias, a la relación directa del caso con el terrorismo internacional y a su vinculación con distintos actores internacionales implicados en el atentado de julio de 1994, a la redefinición de la política exterior argentina en busca de un protagonismo regional y una relación afín a los países musulmanes y árabes, y a muchas más consideraciones con mayor o menor fuerza en sus argumentos y con más o menos evidencias para comprobar las hipótesis formuladas.⁴²

Sin embargo, en este trabajo, nos dedicaremos a elaborar conclusiones jurídicas, con el propósito de colaborar a resolver este prolongado proceso judicial, sin afectar la verdad y la justicia y respetando el derecho internacional, el derecho argentino y el derecho iraní.

42. Ver opiniones diferentes y contradictorias sobre el tema en varios artículos periodísticos:

- <http://www.itongadol.com.ar/noticias/val/68921/-amia-iran-la-daia-reconocio-que-hay-un-%E2%80%9Cresquemor-en-la-comunidad-judia-por-el-acuerdo-que-la-argentina-firmo-con-iran.html>
- <http://www.itongadol.com.ar/noticias/val/69002/por-familiares-de-amia-lo-que-el-memorandum-de-entendimiento-entre-argentina-e-iran-debe-decir-y-no-dice-y-viceversa.html>
- <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-213503-2013-02-08.html>
- <http://www.offnews.info/verArticulo.php?contenidoID=43724>
- http://www.bbc.co.uk/mundo/movil/noticias/2013/02/130208_amia_iran_argentina_preguntas_nc.shtml
- <http://tiempo.infonews.com/2013/02/09/argentina-96149-causa-amia-mayoritario-apoyo-al-acuerdo-con-iran.php>

A- En principio, coincidiremos en que la aprobación de un tratado internacional, de las características del Memorándum de Entendimiento analizado, necesita un consenso nacional que va más allá del oficialismo y la oposición parlamentarios, para extenderse a otras instituciones públicas y privadas y a todos los sectores sociales o comunidades, directa o indirectamente afectados por el atentado de julio de 1994. Están en juego la justicia argentina, la política de derechos humanos, la política exterior argentina, el estado de Derecho, los principios republicanos y el carácter multicultural e igualitario de nuestra sociedad. No deben existir resquicios que motiven legítimos planteos de inconstitucionalidad ni errores que posibiliten una responsabilidad internacional posterior.

También, como el atentado ha sido una afrenta nacional, toda decisión gubernamental que se vincule con su investigación o resolución judicial requerirá, para no generar críticas ni resistencias con efectos inesperados, un amplio respaldo que no puede ser partidario ni sectorial, sino masivo y universal, en defensa de una solución eficaz y pacífica, que respete y garantice la verdad y la justicia, aunque no satisfaga plenamente a todas las partes involucradas. No sirve, en este caso, una coyuntural mayoría parlamentaria, sino que se requiere la unanimidad o poco menos para evitar una gran debilidad del gobierno. Incluso, no debería descartarse un referéndum o consulta popular, como fue el caso de la aprobación del Tratado de Paz y Amistad con Chile en 1984.⁴³

B- La aprobación del Memorándum de Entendimiento por ley del Congreso le otorga, en su carácter de tratado internacional, jerarquía supralegal, es decir su prevalencia sobre toda la legislación argentina incluyendo las normas penales, civiles y procesales, las que, en caso de conflicto normativo, resultarán inaplicables. De esta manera, se legalizaría un proceso judicial con características únicas y propias, eventualmente distinto cualquier otro proceso judicial nacional sometido a la legislación vigente, porque ha surgido del acuerdo de las partes en una negociación internacional *ad hoc*, instrumentado en el tratado internacional aprobado. **No se afectaría la jurisdicción**

43. La consulta popular se realizó el 25 de noviembre de 1984 y obtuvo un mayoritario apoyo. Ver Nota periodística en: <http://www.diarioinedito.com/Nota/12011>.

soberana si el propio Estado argentino ha cedido facultades a través de dicho acuerdo.

La única posibilidad de cuestionar este tratado y sus efectos jurídicos sobre la jurisdicción argentina sería su inconstitucionalidad, conforme a lo dispuesto por el art. 27 de nuestra Constitución Nacional. En consecuencia, se requiere un minucioso control político de la constitucionalidad del Memorandum de Entendimiento por parte de ambas Cámaras del Congreso y sus Comisiones especializadas para detectar aquellas disposiciones que son incompatibles con los principios de derecho público de la Constitución, específicamente en lo que respecta a la legislación penal y procesal, sin descuidar la legislación civil y administrativa. En caso de constatarse alguna inconstitucionalidad, el Congreso debería rechazar el tratado por esa razón, conforme lo dispone el art. 75, inc. 22 de nuestra Constitución.

Como una consecuencia derivada de lo dicho anteriormente, consideremos que, en caso de aprobarse como ley, el tratado internacional genera responsabilidad internacional entre las partes, por su incumplimiento o su violación grave. En este caso, Argentina debería hacerse cargo de sus obligaciones incumplidas e Irán podría reclamar reparaciones por los daños y perjuicios sufridos. Esto adquiere aquí especial trascendencia por la vaguedad del Memorandum de Entendimiento y por las ambiguas o imprecisas interpretaciones a que puede dar lugar. Si bien la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 es el marco de referencia fundamental en el derecho internacional, no debe olvidarse que no está vigente con respecto a Irán, siendo la Argentina Estado parte de la misma.

C- Uno de los criterios de interpretación de los tratados, más allá del texto y el contexto, es el teleológico que apunta al objeto y fin de los mismos.⁴⁴ Ya hemos reflexionado con respecto al objeto y fin del Memorandum de Entendimiento. Por lo tanto, repitiendo lo expresado anteriormente, consiste en **poder esclarecer, con verdad y objetividad, las circunstancias y los hechos del atentado, como así también poder atribuir las responsabilidades correspondientes, nacionales e internacio-**

44. Conforme a lo dispuesto por el art. 31, inc.1 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969.

nales, civiles y penales, para lograr que el accionar de la justicia llegue rápida y eficazmente a reparar los daños causados, sobre la base de la realidad, el derecho internacional y los derechos internos aplicables, y que las relaciones entre ambos países se reconstituyan no solamente en el campo diplomático, sino también en sus vínculos políticos, sociales y culturales.

Sin embargo, este objetivo también nos conduce a un dilema esencial: ¿los resultados obtenidos por la investigación bilateral del atentado terrorista ocurrido en la AMIA, según tuvieran efectos facultativos o vinculantes, podrían dejar sin efecto o hacer inaplicables las decisiones de la justicia argentina ya tomadas o en curso de producirse, ya que no se trata de la jurisdicción de un tribunal internacional sino de un asesoramiento judicial *ad hoc* para llevar adelante un proceso judicial de jurisdicción nacional que pone en juego el poder soberano del Estado argentino? ¿De qué manera estos resultados podrían incorporarse al proceso judicial en marcha sin afectar el ordenamiento jurídico argentino y la Constitución nacional?

¿Por qué la Argentina debe desconocer o menospreciar la verdad relativa conseguida por su poder judicial, aun con la autocritica reconocida por el propio Estado en el ya mencionado Decreto 812/05 y suscitada por los mecanismos de corrupción, encubrimiento y arbitrariedad empleados para prolongar o hacer inactiva la causa, y queda obligada a someterla a la jurisdicción iraní y a una Comisión investigadora internacional con funciones judiciales, en la inteligencia de que su labor proporcionará un resultado que podrá sustituir, modificar o descartar la investigación judicial llevada a cabo hasta ahora por el fiscal Nisman y por el juez Canicoba Corral, en su búsqueda de la verdad y la justicia? No resulta creíble que el resultado coincida totalmente con la justicia argentina y que, entonces, el propio Irán deberá aceptar ir al banquillo de los acusados y autocondenarse.

Al mismo tiempo debemos preguntarnos: ¿los resultados obtenidos podrían ser suficientemente contundentes y su logro gozaría de las garantías necesarias como para comprometer a Irán, o a los funcionarios acusados, a aceptar su responsabilidad en la comisión del atentado y las consecuencias que esta aceptación produciría, conforme al derecho internacional, cuando hasta ahora ha rechazado absolutamente la acusación de la justicia argentina acerca de su participación en los hechos y se ha negado a cooperar internacionalmente en el proceso judicial, evitando el suministro de información, el aporte de pruebas, la gestión de diligencias procesales y toda otra

conducta estatal que colabore en la investigación de los hechos y las responsabilidades?

D- El Memorándum de Entendimiento no parece ser equitativo en las contraprestaciones, aunque son las partes las que establecen los derechos y obligaciones recíprocos, que no siempre son simétricos según las particularidades del caso. Irán parece haber exigido y logrado en la negociación mayores ventajas comparativas, que se manifiestan de la siguiente manera:

1. Ha preferido una Comisión de la Verdad, formada por juristas internacionales que ella elige, en parte, aunque la Argentina goza de los mismos derechos. No se convino la actuación de un tribunal internacional permanente o de un tribunal arbitral específico. De acuerdo a sus funciones es una Comisión jurídica asesora, que no podría dictar sentencias, pero sí influir en su dictado.
2. La Comisión no tiene sede fijada, aunque sería justo un lugar neutral. Sin embargo, la audiencia donde se producirán los interrogatorios a los funcionarios iraníes acusados se llevará a cabo en Teherán (Irán), con la presencia de la Comisión y de las autoridades judiciales argentinas e iraníes. Esta situación implica el cumplimiento de actos procesales en el territorio de una de las partes y bajo la jurisdicción iraní, en cuyo ámbito, excepcionalmente, se permite el ejercicio de funciones jurisdiccionales restringidas por parte de las autoridades argentinas, en el marco del tratado.
3. No se aclaran ni la naturaleza jurídica ni el valor procesal de los interrogatorios a cargo de la Comisión que, por otra parte, solamente podrán llevarse a cabo respecto de aquellas personas que hubieran sido pasibles de una notificación roja por parte de Interpol, quedando algunos funcionarios iraníes excluidos de tal procedimiento. Esta situación restringe la investigación judicial.
4. El Informe final de la Comisión contendrá recomendaciones para el accionar futuro de las partes adecuando el caso AMIA al marco de sus derechos internos. No surge del texto, aunque puede inferirse del contexto, si esas recomendaciones son facultativas o vinculantes. Si bien esta situación afecta a ambas partes, puede tender a mantener el *statu quo*.

5. Si bien la entrada en vigencia del tratado se producirá con el canje de ratificaciones, ambos Estados están obligados a no frustrar el objeto y fin del tratado, conforme a lo dispuesto por el art. 18 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969. Pero, mientras que, para la Argentina, que es Estado parte de la Convención, es una norma vigente en su ordenamiento jurídico; para Irán, que solamente es un Estado signatario, la Convención no está vigente.

6. A pesar de no estar en vigencia el tratado, ambos Estados asumen la obligación de remitirlo a Interpol, en principio, aunque el texto no lo aclara, para dar cumplimiento a requisitos de la organización internacional con respecto al caso AMIA. Esta gestión podría favorecer a Irán intentando interrumpir o suspender temporalmente los efectos de la notificación roja a los acusados.

7. Se establece una protección genérica para que no se pongan en riesgo los derechos de las personas garantizados por ley, que, predominantemente está destinada a los acusados o a cualquier otra persona, de nacionalidad iraní u otra, que pueda ser involucrada en el proceso judicial.

8. El sistema de solución de controversias elegido por el tratado bilateral es básico y de naturaleza política, ya que se recurre a consultas recíprocas, sin arbitrar otros medios que ofrecen mayores garantías y mejores resultados.

VI- El desenlace

Con fecha 27 de febrero de 2013, ambas Cámaras del Congreso de la Nación han sancionado la ley aprobatoria del Memorándum de Entendimiento entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República de Irán sobre los temas vinculados al ataque terrorista a la sede de la AMIA, en Buenos Aires, el 18 de julio de 1994. El Poder Ejecutivo ha promulgado la norma al día siguiente, 28 de febrero y la ha publicado en el Boletín Oficial el 1º de marzo de 2013, como ley N° 26.843. Realmente, todo ha sido hecho en un trámite sumarísimo, pocas veces visto en la legislación argentina para una norma internacional de esta envergadura.

Mientras tanto, la República de Irán no ha iniciado el tratamiento del proyecto de ley aprobatorio del Memorándum que, aparentemente, ya fue enviado a la Asamblea Consultiva Islámica (Parlamento). Han trascendido

noticias periodísticas que, si bien aseguran la aprobación parlamentaria de este tratado, dejan traslucir diferencias internas por la eventual afectación de los derechos de los acusados y serias rivalidades políticas en un proceso electoral con resultados inesperados, ya que ha triunfado el único candidato reformista, opuesto al presidente Ahmadinejad. A esto se une, en estos momentos, un grave peligro de recesión económica que afecta al país y preocupa especialmente para la aprobación parlamentaria del presupuesto y del programa nuclear sujeto a conversaciones con el Grupo 5 + 1 (los miembros del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y Alemania).⁴⁵

Sorpresivamente, el 20 de mayo de este año, el diplomático persa Alí Pakdaman, encargado de negocios de Irán en la Argentina, informó que su gobierno lo puso en vigencia en base a las condiciones planteadas en el punto 6 del Memorándum de Entendimiento. El artículo mencionado establece que el pacto “será remitido a los órganos relevantes de cada país, ya sean el Congreso, el Parlamento y otros cuerpos, para su ratificación o aprobación de conformidad con sus leyes”. Insistió en que no hace falta que vaya al Parlamento, porque basta con la aprobación del presidente Ahmadinejad.⁴⁶ Sin embargo, hasta la fecha Irán no notificó la ratificación del Memorándum de Entendimiento, a pesar del comunicado aparentemente tranquilizador de la cancillería iraní, acerca de que “el caso continúa a través de su normal procedimiento”.⁴⁷ El gobierno argentino, si bien no se ha pronunciado directamente sobre el tema,⁴⁸

45. Ver: Nota periodística: *Tehran Times* del 27/02/2013 en: <http://tehrantimes.com/politics/106018-iranian-parliament-starts-examining-amia-agreement>.

Nota periodística: Ángeles Espinosa, *El País* de España, 5/2/2013 en: http://internacional.elpais.com/internacional/2013/02/05/actualidad/1360064312_277552.html.

Nota periodística: AFP, 27/02/2013 en: <http://es.noticias.yahoo.com/ir%C3%A1n-borde-recesi%C3%B3n-sanciones-internacionales-104907737.html>, y

Nota periodística: Siavosh Gazi, AFP, 27/02/2013 en: <http://es.noticias.yahoo.com/nueva-cita-entre-ir%C3%A1n-y-grandes-potencias-tras-161421369.html>.

46. Ver nota en: *Clarín* del 21/05/2013 en: http://www.clarin.com/politica/Iran-decreto-acuerdo-Argentina-AMIA_0_923307680.html.

47. Ver nota de la agencia IRNA (18/06/2013) en: <http://es.irna.ir/SPNewsShow.aspx?NID=80704533>

48. Ver Comunicado oficial de la Cancillería del 21/05/2013. Información para la Prensa N° 110/13 en: <http://www.mrecic.gov.ar/la-cancilleria-informa-sobre-el-memorandum-de-entendimiento-con-la-republica-islamica-de-iran>.

tiene muchas reservas acerca de la ratificación esperada, sobre todo por la endeblez constitucionalidad del decreto aprobatorio y por el fin del mandato de Ahmadinejad y la asunción del nuevo presidente electo en las elecciones del 14 de junio de 2013, Hassan Rowhani.⁴⁹

Una vez que finalice el proceso legislativo en Irán y el Memorándum de Entendimiento sea aprobado por sus autoridades competentes –resta saber si basta la aprobación por simple decreto del Presidente–, corresponde que ambos países ratifiquen definitivamente las normas aprobatorias del tratado, por actos de los Poderes Ejecutivos respectivos y, finalmente, intercambien las ratificaciones para hacer entrar en vigor el tratado bilateral. Posteriormente, sus normas deberán cumplirse y los derechos y obligaciones que establece para ambas partes serán exigibles y ejecutables. Incluso, por medio de acuerdos ulteriores, si las partes lo deciden, según la evolución de la relación jurídica.

En este estado de la cuestión, aun antes de la entrada en vigencia efectiva del tratado, queda en pie el control judicial de la constitucionalidad del tratado por parte del Poder Judicial. Por lo tanto, cualquier persona física o jurídica y, en especial, quienes tengan legitimación activa para actuar judicialmente en la causa AMIA o en sus derivadas, u organizaciones defensoras de los derechos humanos o de otro tipo de la sociedad civil, podrán iniciar el cuestionamiento del Memorándum de Entendimiento por violar la Constitución Nacional, pretendiendo su inaplicabilidad, sea por nulidad, suspensión o terminación.

El 26 de febrero de 2013 presentaron una acción de amparo el ex senador Terragno y la diputada Margarita Stolbizer con el fin de suspender el tratamiento del proyecto de ley, que aún no fue resuelta, pero que no alcanzó su objetivo, vista la sanción ya obtenida.⁵⁰ Por su parte, las organizaciones de la comunidad judía en la Argentina, la AMIA y la DAIA decidieron entablar acciones judiciales en este sentido. Los abogados Wiater, Richarte y Sznurewicz, en representación de las víctimas del atentado, piden al juez federal

49. Ver nota periodística de: *La Nación* (13/06/2013) en: <http://www.lanacion.com.ar/1591421-amia-preocupa-al-gobierno-la-indefinicion-de-iran-por-el-acuerdo>.

50. Ver Nota periodística de *La Prensa*, 28/02/2013 en: <http://www.laprensa.com.ar/403216-Terragno-y-Stolbizer-presentan-un-amparo-para-que-se-frene-el-tratamiento.note.aspx>.

competente, Rodolfo Canicoba Corral, que declare la inconstitucionalidad, invalidez, inaplicabilidad del Memorándum de Entendimiento como también la inconstitucionalidad de la ley 26.843, que dispuso su aprobación. La acción de amparo está en trámite luego de una cuestión de competencia resuelta por la Cámara Federal interviniente que involucraba a la justicia federal en lo criminal y correccional y a la justicia federal en lo contencioso administrativo.⁵¹

Asimismo, APROPE (Asociación de Abogados en Propuesta Peronista) presentó, ante la Corte Suprema, un pedido de inconstitucionalidad de la ley 26.843, basándose en la competencia originaria del máximo tribunal, conforme al artículo 117 de la Constitución Nacional, en razón de la cuestión controvertida. La Procuradora General de la Nación, Alejandra Gils Carbó, rechazó la acción, estando aún pendiente la resolución del tribunal.⁵²

VII- El epílogo

En consecuencia, la Argentina poco podrá conseguir por medio del Memorándum de Entendimiento del 27 de enero de 2013, en cuanto a los objetivos que se ha fijado al suscribirlo, salvo información adicional para enriquecer la evidencia del proceso judicial y para lograr estar más cerca de la verdad acerca de los hechos y las conductas y de una imputación más certera y completa de responsabilidad para los culpables del atentado, procurando la justa sanción, de acuerdo con el marco jurídico nacional e internacional por parte de la actuación de nuestro Poder Judicial. Sin embargo, la endeblez jurídica de la información a obtener y la posibilidad de una escasa profundización en la investigación, a pesar de la intervención y del análisis experto de la Comisión de juristas internacionales, no auguran grandes avances para lograr una solución eficaz, justa y definitiva en un caso judicial emblemático para nuestro país.

51. Ver Nota periodística de *Ámbito Financiero* (10/06/2013) en: <http://www.ambito.com/noticia.asp?id=692282>.

52. Nota de Telam del 10/04/2013 en: <http://www.telam.com.ar/notas/201304/13195-para-gils-carbo-la-corte-suprema-carece-de-competencia-para-resolver-el-amparo.html>.

Indudablemente, el Memorándum de Entendimiento suscripto entre la Argentina e Irán no asegura respuestas a los innumerables interrogantes formulados. Más aún, demuestra incapacidad o falta de pertinencia para responderlos porque pone de manifiesto con cierta rigidez, el respeto y el ejercicio de soberanías estatales sin proporcionar un espacio ni mecanismos políticos y jurídicos internacionales que las superen con eficiencia y eficacia en la obtención de resultados para resolver, con cierto carácter vinculante, la controversia planteada. Conforme al Derecho Internacional, es un instrumento muy rudimentario, tal vez el máximo compromiso posible entre ambas partes, que han privilegiado un acuerdo mínimo, básico, que creen efectivo a pesar de sus imperfecciones, frente a un tratado más complejo, menos ambiguo y más preciso que sería imposible de aceptar por ambas partes, en especial por la intransigencia iraní. No abrimos debate sobre las innumerables y posibles causas materiales de este tratado, pero su misterio, su gravedad, su profundidad y amplitud y su oscuridad son el ténpano bajo el agua que sostiene una punta visible, casi ingenua en su debilidad jurídica. Los próximos acontecimientos nos mostrarán los signos de las intenciones de los gobernantes pero, lamentablemente, los presagios no son auspiciosos.

El pueblo iraní se dirigió a las urnas, el 14 de junio próximo pasado, para votar en las elecciones presidenciales y eligió al candidato del campo reformista unido, Hassan Rowhani, el cual se enfrentó a los candidatos conservadores, Said Jalili, jefe negociador nuclear de Irán; Mohammad Baqer Qalibaf, alcalde de Teherán, ex militar y comandante policial; y el diplomático veterano Ali Akbar Velayati. No obstante, todos responden fielmente al líder supremo, ayatollah Ali Khamenei. Esta circunstancia puede ofrecer esperanzas de cambio en la actitud iraní con respecto a su política internacional. Sin embargo, no parece que afecte a la relación con la Argentina, aunque se abren profundas dudas acerca de la ratificación del Memorándum de Entendimiento porque no sería constitucional el tratamiento que ha recibido por parte del Ejecutivo iraní, al marginar al Parlamento (Majlis) de su consideración y aprobarlo por decreto, y es poco previsible la actitud que adoptará el nuevo Presidente electo frente a esta cuestión, considerando que ha sido un fuerte opositor del anterior Presidente Ahmadinejad y su gestión.

Entonces, la sociedad y el Estado argentinos deben tener conciencia de que el tratado internacional suscripto no ofrece una solución eficiente ni definitiva al problema para el que fue celebrado y su aprobación crea más dificultades que facilidades para resolverlo. Parece estar diseñado para pro-

porcionar beneficios a una de las partes en detrimento de la otra, con una proyección dirigida unilateralmente hacia la consecución de sus propios intereses. Debemos entender que se corre el riesgo de que los resultados obtenidos no conformen ni a los Estados, ni a los pueblos, ni a los damnificados por el atentado y revelen el deterioro de la justicia y el Derecho Internacional ante la *realpolitik*, la corrupción nacional e internacional, el terrorismo internacional y las dudosas razones de Estado. Lo más grave, sin embargo, no es esa conformidad, sino el reclamo incommensurable de los heridos y muertos en el atentado, a través de sus familiares y amigos, que permanece sin satisfacer, en la memoria de la sociedad y de la historia, pero lejos de la verdad y la justicia y, tal vez, lejos de la patria.

Bibliografía

- BARBERIS, Julio, *"Fuentes del Derecho Internacional"*. Editora Platense. Buenos Aires. 1973.
- *"Formación del Derecho Internacional"*. Editorial Ábaco. Buenos Aires, 1994.
- BARBOZA, Julio. *"Derecho Internacional Público"*. Edit. Zavalia. Bs.As., 2001.
- DE LA GUARDIA, Ernesto y DELPECH, Marcelo. *"El Derecho de los Tratados y la Convención de Viena de 1969"*, Edit. La Ley, Buenos Aires, 1970.
- DE LA GUARDIA, Ernesto. *"Derecho de los Tratados Internacionales"*, Edit. Ábaco. Buenos Aires, 1997.
- GUERRERO VERDEJO, Sergio. *"Derecho Internacional Público: tratados"* Editorial Plaza y Valdés. México. 2004.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. *"El Derecho Internacional Contemporáneo"*. Edit. Tecnos, Madrid, 1980.
- MONROY CABRA, Marco Gerardo. *"Derecho de los Tratados"*, Segunda Edición, Editorial Leyer. Bogotá, 1995.
- NACIONES UNIDAS. Oficina de Asuntos Jurídicos, Sección de Tratados. *"Manual de Tratados"*, Nueva York, 2001.
- REUTER, Paul. *"Introducción al Derecho de los Tratados"*. Edit. Fondo de Cultura Económica. México, 2004.
- REY CARO, Ernesto, SALAS, Graciela y DRNAS de CLÉMENT, Zlata. *"Los tratados internacionales y la Constitución Nacional"*. Marcos Lerner Editora. Córdoba, 1995.

- SAGÜÉS, Néstor P. “Los tratados internacionales en la reforma constitucional argentina”, en *Revista La Ley*, Buenos Aires, tomo1994-E, pág.1036 y ss.
- SÊVE DE GASTON, Alberto. “*Los tratados ejecutivos en la República Argentina*”. Edit. Depalma, Bs.As., 1970.
- TRAVIESO, Juan Antonio. - “*Derecho Internacional*”. Edit. La Ley. Bs.As., 2004.
- “*Derecho Internacional Público*”. Edit. Abeledo-Perrot. Bs. As., 2012.
- VARELA QUIRÓS, Luis A. “*Las Fuentes del Derecho Internacional*”, Editorial Temis, Bogotá, 1996.
- VELÁZQUEZ ELIZARRARÁS, Juan Carlos, “*El Derecho Internacional Público en la Agenda Política de las Relaciones Internacionales*”. México, UNAM-Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, 1ª.ed., 2005.
- VILLAGRÁN KRAMER, Francisco. “*Derecho de los Tratados*”, Editorial F&G. Guatemala, 2003.

Nota: Se han utilizado distintos sitios de Internet, en especial, periódicos o bases de datos documentales nacionales o internacionales jurídicas y no jurídicas, que no se detallan en esta bibliografía, pero cuyos enlaces se agregan, en cada caso, a las citas respectivas como notas al pie.

ANEXO

Memorándum de Entendimiento entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República Islámica de Irán sobre los temas vinculados al ataque terrorista a la sede de la AMIA en Buenos Aires el 18 de Julio de 1994

1. Establecimiento de la Comisión

Se creará una Comisión de la Verdad compuesta por juristas internacionales para analizar toda la documentación presentada por las autoridades judiciales de la Argentina y de la República Islámica de Irán. La Comisión estará compuesta por cinco (5) comisionados, dos (2) miembros designados por cada país, seleccionados conforme a su reconocido prestigio legal internacional. Estos no podrán ser nacionales de ninguno de los dos países. Ambos países acordarán conjuntamente respecto a un jurista internacional con alto standard moral y prestigio legal, quien actuará como presidente de la Comisión.

2. Reglas de Procedimiento

Luego de consultar a las partes, la Comisión establecerá sus reglas de procedimiento que serán aprobadas por las partes.

3. Intercambio de Información

Una vez que la Comisión haya sido establecida, las autoridades de Irán y de la Argentina se enviarán entre ellas y a la Comisión la evidencia y la información que se posee sobre la causa AMIA. Los comisionados llevarán adelante una revisión detallada de la evidencia relativa a cada uno de los acusados; la Comisión podrá consultar a las partes a fin de completar la información.

4. Informe de la Comisión

Luego de haber analizado la información recibida de ambas partes y efectuado consultas con las partes e individuos, la Comisión expresará su visión y emitirá un informe con recomendaciones sobre cómo proceder con

el caso en el marco de la ley y regulaciones de ambas partes. Ambas partes tendrán en cuenta estas recomendaciones en sus acciones futuras.

5. Audiencia

La Comisión y las autoridades judiciales argentinas e iraníes se encontrarán en Teherán para proceder a interrogar a aquellas personas respecto de las cuales Interpol ha emitido una notificación roja.

La Comisión tendrá autoridad para realizar preguntas a los representantes de cada parte. Cada parte tiene el derecho de dar explicaciones o presentar nueva documentación durante los encuentros.

6. Entrada en vigencia

Este acuerdo será remitido a los órganos relevantes de cada país, ya sean el Congreso, el Parlamento u otros cuerpos, para su ratificación o aprobación de conformidad con sus leyes.

Este acuerdo entrará en vigencia después del intercambio de la última nota verbal informando que los requisitos internos para su aprobación o ratificación han sido cumplimentados.

7. Interpol

Este acuerdo, luego de ser firmado, será remitido conjuntamente por ambos cancilleres al Secretario General de Interpol en cumplimiento a requisitos exigidos por Interpol con relación a este caso.

8. Derechos Básicos

Nada de este acuerdo pondrá en riesgo los derechos de las personas, garantizados por ley.

9. Solución de controversias

Cualquier controversia sobre la implementación o interpretación de este acuerdo será resuelta por medio de consultas entre ambas partes.

Firmado el día 27 del mes de enero del año 2013 en la ciudad de Addis Abeba, Etiopía, en dos ejemplares, en los idiomas farsi, español e inglés. En el supuesto que hubiere una disputa sobre la implementación prevalecerá el texto en inglés.

Por la República Argentina

Héctor Timerman

Ministro de Relaciones Exteriores y Culto

Por la República Islámica de Irán

Ali Akbar Salehi

Ministro de Relaciones Exteriores

Fuente: Comunicado de Prensa N° 011/13 del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina, del 27 de enero de 2013.

Ver en: <http://www.mrecic.gov.ar/es/comunicado-de-prensa-3>

El antinegacionismo jurídico: derecho internacional vs derecho local.

Acerca de las armonizaciones y disonancias en el sistema de protección de derechos humanos

*Valeria Thus**

Resumen

La coexistencia de dos sistemas positivos para la protección de derechos fundamentales (el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho constitucional local) puede generar alguna disonancia e incluso conflicto. Para procurar reducir estas divergencias, existen alternativas que van desde la imposibilidad de aplicación del derecho constitucional local (uso autoritativo del derecho internacional) hasta la negación expresa del derecho internacional de los derechos humanos (la posición tradicional de Estados Unidos en materia de libertad de expresión).

Entre uno y otro extremo, Europa ha optado por un sistema que procura la confluencia de la aplicación de los dos sistemas, no siempre con éxito. La posición de algunos estados europeos a favor de la punición de las prácticas negacionistas es un ejemplo claro de ello.

Si bien en los últimos años la jurisprudencia internacional y regional europea se ha consolidado a favor del antinegacionismo jurídico, esta tendencia parece haberse revertido a partir del fallo de Tribunal Superior Constitucional de España (STC 235/2007) que declaró la inconstitucionalidad del delito de negacionismo por entender que no era compatible con el artículo 20.1 CE,

* Abogada especializada en Derecho Penal (UBA). Cursó la Maestría en Derecho Internacional de los Derechos Humanos (2011-2012). Jefe de Trabajos Prácticos del Depto. de Derecho Penal y Criminología, Facultad de Derecho (UBA). Abogada querellante en causas de derechos humanos por los crímenes cometidos en la última dictadura: "Von Wernich", "Videla - Plan sistemático de robo de bebés", "Tepedino-ABO" (Circuito Atlético, Banco y Olimpo) y "Plan Condor". Coordinadora de áreas del Instituto Espacio para la Memoria.

que garantiza el derecho a la libertad de expresión. Al desconocer los lineamientos estipulados por el DIDH frente al tratamiento de las “leyes memoriales”, reabre el debate respecto del alcance y la eficacia del sistema internacional de derechos humanos frente a los ordenamientos jurídicos locales y da cuenta de esta tensión manifiesta.

A esta situación de por sí controversial, se la suma que las directivas estipuladas desde el derecho internacional no han sido lo suficientemente claras y unívocas. Luego de exhortar a los estados a legislar el delito de negacionismo, de haber formulado condenas en sus decisiones individuales, el propio Comité de Derechos Humanos de la ONU, en su Observación General Número 34, ha vuelto sobre sus pasos al declarar con firmeza que este tipo de leyes son incompatibles con el PIDCyP.

Este tipo de contradicciones por parte de uno de los organismos más relevantes de la comunidad internacional va en desmedro de la posibilidad de reducción de las disonancias en el debate derecho local vs. derecho internacional. Resulta esencial que los órganos de derechos humanos establezcan pautas y criterios orientadores claros de modo que los estados puedan comprender en qué sentido deben adecuar su ordenamiento jurídico interno, generando mayor cohesión a la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos.

Palabras clave: Negacionismo - margen de apreciación nacional - derecho internacional de los derechos humanos - disonancia.

Abstract

The coexistence of two positive law systems for the protection of fundamental rights (international human rights law (IHRL) and domestic constitutional law) may give rise to disharmony and even conflict. To reduce such differences, there are alternatives ranging from the impossibility of applying domestic constitutional law (authoritative use of international law) to the outright denial of international human rights law (the United States' traditional position on freedom of speech).

Europe has adopted an in-between system that seeks the convergence of both extremes, though not always successfully. The position adopted by some European States in favor of punishing negationist practices is a clear example of this.

Even though international and regional European case law has lately stood for fighting legal negationism, this trend seems to have been reversed by the Constitutional Court of Spain, which declared that defining negationism as a crime is unconstitutional (STC 235/2007) on the grounds that this is incompatible with Article 20.1 of the Constitution of Spain, which guarantees the right to freedom of expression. Disregarding the IHRL guidelines on the approach to be given to “memory laws,” such ruling reopens the debate over the scope and effectiveness of the international human rights system vis-à-vis domestic laws, and accounts for this evident tension.

In addition to this already controversial ruling, the guidelines laid down by international law have proven not to be sufficiently clear or univocal. After urging the States to legislate negationism as a crime and after having condemned it in individual decisions, the UN Human Rights Committee, in its General Comment No. 34, has recently done a complete reversal on its decisions by firmly declaring that laws of this type are incompatible with the ICCPR.

This kind of contradiction by one of the most important organizations in the international community averts the possibility of reducing disharmonies in the “domestic versus international law” debate. It is essential for human rights bodies to establish clear and univocal guidelines and criteria on this issue so that States may understand in what sense they should adjust their domestic legal systems to gain greater cohesion in the application of international human rights law.

Keywords: Negationism – national margin of appreciation – international human rights law – disharmony

I. Introducción

Auschwitz se encuentra en el candelero de las investigaciones históricas, políticas y filosóficas de este siglo.¹

1. A modo de ejemplo puede señalarse que el problema de las circunstancias históricas (técnicas, burocráticas, jurídicas, fácticas, etc.) ha sido maravillosamente analizado por Hilberg y, posteriormente, por Enzo Traverso, entre otros destacados autores. Lo que sucedió en Auschwitz también ha sido relatado por sus sobrevivientes, destacándose,

Sin embargo, aunque los detalles más terribles se encuentren al alcance de la mano, sea en libros, documentales, cinematografía, etc., se evidencia una cada vez más creciente cantidad de reconocidos intelectuales que niegan la propia ocurrencia de la Shoah, así como también de las cámaras de gas y que la Solución Final fuera un exterminio.

Será, entonces, porque, como sostiene Agamben, una de las lecciones de Auschwitz es precisamente entender que la mente de un hombre común es infinitamente más ardua que comprender la mente de Spinoza o Dante (también en este sentido debe ser comprendida la afirmación de Hannah Arendt, a menudo tan malinterpretada sobre la banalidad del mal).²

Frente a la creciente propagación del fenómeno negacionista, ya sea mediante publicaciones académicas, sitios de Internet o cuanto medio de difusión comunicacional masiva exista, diversos estados europeos decidieron la represión de estas prácticas mediante su tipificación en sus respectivos códigos penales.

Como se puede observar, si bien el ordenamiento jurídico brinda una numerosa oferta de respuestas jurídicas para saldar sus cuentas con el pasado,³ en los últimos años se ha recurrido al derecho penal, es decir, a la

entre otros, el descarnado testimonio de Primo Levi. Incluso, más recientemente Giorgio Agamben ha trabajado lo que hace al significado ético y político del exterminio e incluso la simple comprensión humana de lo acontecido. (Ver especialmente: HILBERG, Raul, *Perpetrators, Victims Bystanders. The jewish catastrophe 1933-1945*, Nueva York, Harper Perennial, 1993; TRAVERSO, Enzo, *La violencia nazi. Una genealogía europea*, Ed. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2002; AGAMBEN, Giorgio, *Lo que queda de Auschwitz. El archivo y el testigo. Homo Sacer III*, Ed. PRE-TEXTOS, Valencia, 2002).

2. AGAMBEN, Giorgio, *Lo que queda de Auschwitz. El archivo y el testigo. Homo Sacer III*, ob. Cit., pág. 9.

3. Existen diversos mecanismos jurídicos del “derecho a la memoria”, tales como: a) las comisiones para la verdad y la reconciliación, b) las leyes de reparación en el ámbito civil, c) los mecanismos como los *Gacaca* en Ruanda, entre otros; d) las conmemoraciones –los denominados *días de la memoria*. Estas leyes introducen en los calendarios nacionales o en el calendario internacional las llamadas “Jornadas de la Memoria”, a través de las cuales se exhorta a la comunidad: “*es necesario recordar*”. A título ejemplificativo, mediante la ley número 211, del 20 de julio de 2000, en Italia se destina el día 27 de enero como Jornada de Conmemoración de la Shoah. En idéntico sentido, Francia adoptó la ley número 2000-644 del 10 de julio de 2000, que exhorta a recordar el 16 de julio de cada año como Jornada Nacional destinada a la Memoria de las Víctimas de los Crímenes

faz más represiva de todo estado de derecho para dar respuesta a la preocupante expansión de los fenómenos negacionistas, con el objeto de procurar y garantizar un ejercicio responsable de la memoria como modo de evitar que un acontecimiento límite⁴ como fue el aniquilamiento y exterminio del pueblo judío se produzca en el futuro.

Conciencia y responsabilidad que resultan intrínsecas al desarrollo de sociedades respetuosas de derechos humanos básicos y que, en alguna medida, dieron la impronta a los catálogos internacionales de derechos humanos en la época de posguerra y la creación y surgimiento de organismos internacionales para la protección de estos derechos. Luego de Auschwitz como hito histórico de las atrocidades a las que la humanidad puede llegar, se abre la etapa de la mundialización de los derechos humanos.⁵

Las “leyes contra el olvido” de crímenes de lesa humanidad *en sentido amplio*, tienen repercusión e incidencia en categorías de la filosofía política, en la historia⁶ y, finalmente, pero no únicamente, en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos.

Racistas y Antisemitas. A nivel supranacional, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) estableció la Jornada Internacional de la Memoria. Con la Resolución 60/7, titulada “Memoria del Holocausto”, adoptada el 1° de noviembre de 2005, la Asamblea General decidió que las Naciones Unidas proclaman el 27 de enero (fecha del aniversario de la liberación del campo de Auschwitz) como la Jornada Internacional dedicada a las Víctimas del Holocausto.

4. Aquí uso acontecimiento límite en el sentido dado por LA CAPRA como acontecimiento radicalmente trasgresor de la vida social, por ejemplo el crimen contra la humanidad. Ver: LA CAPRA, Dominick, *Historia y memoria después de Auschwitz*, Ed. Prometeo, Buenos Aires, 2009.

5. Ver especialmente RAFFIN, Marcelo, Capítulo Primero: “Del otro lado del espejo: la invención de los derechos humanos”, en *La experiencia del horror. Subjetividad y derechos humanos en las dictaduras y posdictaduras del Cono Sur*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2006, págs. 3/65.

6. Cabe señalar que reconocidos historiadores han puesto en tela de juicio el antinegacionismo jurídico a partir de mostrarse contrarios a la punición de aquellas prácticas. Resultan ilustrativas las palabras de Noam Chomsky, en el ensayo “Comentarios elementales sobre el derecho a la libertad de expresión”, donde discute el derecho a realizar y publicar investigaciones impopulares, relacionado con el notorio “Escándalo Faurisson”, nombre con el que se conocen los eventos en los que estuvo envuelto el historiador negacionista del Holocausto francés Robert Faurisson, quien a principios de 1979 escribió un libro donde se concluye que los nazis no habrían utilizado cámaras de gas, ni intentaron realizar un genocidio de los judíos

El punto de partida del presente trabajo es el análisis de estas políticas estatales en materia de antinegacionismo jurídico como acciones afirmativas

(ni de ningún otro grupo), y que el mito de las cámaras de gas fue montado por grupos sionistas para beneficiar la creación del estado de Israel en detrimento de Alemania y fundamentalmente de Palestina. En razón del escándalo suscitado con la publicación, 500 intelectuales de renombre, incluido Chomsky, firmaron una petición solicitando a las autoridades *garantizar la seguridad y el ejercicio libre de sus derechos legales* de Faurisson. En la referida petición, Chomsky expresó: “Las conclusiones de Faurisson son diametralmente opuestas a mis puntos de vista y que he expresado en publicaciones (por ejemplo, en mi libro Paz en el Oriente Medio, donde describo el holocausto como la peor muestra de locura colectiva en la historia de la humanidad). Pero es elemental que la libertad de expresión (incluyendo la libertad académica) no sea restringida a los puntos de vista que uno aprueba, y es precisamente en el caso de puntos de vista que son casi universalmente descartados o condenados que este derecho debe ser defendido con mayor fuerza. Resulta sencillo defender aquellos que no necesitan defensa o unirse a una condena unánime (y frecuentemente justificada) de la violación de los derechos civiles cometida por un oficial enemigo.” Adviértase que en el mismo tenor los críticos más prominentes de las prácticas negacionistas –reconocidos historiadores como Deborah Lipstadt, Pierre Vidal Naquet y Michel Sherman– *han declarado públicamente que se oponen a las leyes que criminalizan el negacionismo*. Vidal Naquet publicó un artículo en el diario *Le monde*, titulado “Del lado de los perseguidos”, de fecha 15 de abril de 1981, donde manifestó: “Hablemos un poco en serio de este asunto. Yo no soy de los que minimizan su importancia. Ver semejantes absurdos impresos hasta en periódicos serios es cosa que hace daño. Pero, ¿cómo reaccionar de una manera que “sea buena para los judíos”? Frente a un Eichmann real, era necesario luchar por la fuerza de las armas y, en caso de necesidad, por la fuerza de la astucia. *Frente a un Eichmann de papel, hay que responder por el papel*. Algunos lo hemos hecho y seguiremos haciéndolo. Al hacerlo, no nos situamos en el terreno en el que se ubica nuestro enemigo. No lo ‘discutamos’, desmontemos los mecanismos de sus mentiras y falsedades, lo cual puede resultar metodológicamente útil para las jóvenes generaciones. *Precisamente es por eso que no hay que encomendar a un tribunal que pronuncie la verdad histórica*. Precisamente porque la veracidad de la gran matanza surge de la historia y no de la religiosidad es que no debe tomarse demasiado en serio a la secta revisionista” (la bastardilla me pertenece). Ver: VIDAL NAQUET, Pierre, *Los Asesinos de la memoria*, Siglo XXI Editores, México, 1994, pág. 104. Vidal Naquet no sólo se pronuncia en contra de la punición de las prácticas negacionistas, sino que resalta la importancia de la palabra y del deber moral de seguir escribiendo y hablando de Auschwitz. Señala, asimismo, la importancia de no utilizar métodos propios de los nazis, porque en definitiva lo peor que le puede pasar al pueblo judío es que los negacionistas se coloquen en lugar de mártires. Por su parte, Deborah Lipstadt ha manifestado en numerosas entrevistas periodísticas que la justicia austriaca debía liberar a David Irving (ver: “Irving? Let the guy go home”, **Brendan O’Neill**, *BBC News*, 4 de enero de 2006, en página web http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/4578534.stm y “Irving held in Austria over Holocaust comments”, Tony Paterson, *New Zealand Herald*, 18 de noviembre de 2005, en <http://www.nzherald.co.nz>).

en el sentido que le otorga Owen Fiss⁷ (no meramente conmemorativas sino represivas) y las posibles resistencias de aquellos estados donde la aplicación de estas acciones puede traer aparejado la puesta en crisis de su sistema constitucional.⁸

Se procura, entonces, abordar la relación, no siempre armoniosa por cierto, entre el derecho internacional de los derechos humanos y los derechos constitucionales de los estados con el objeto de ahondar en el estado actual del debate respecto del uso autoritativo de la legislación internacional de los derechos humanos frente a las legislaciones nacionales europeas frente al “discurso del odio”.

En la referida inteligencia, luego de delinear el concepto y alcance del negacionismo y su distinción con el revisionismo histórico y de analizar sucintamente la legislación internacional, regional y nacional europea a favor de la punición del fenómeno negacionista en el marco de las políticas de la memoria, se hará especial hincapié en la sentencia del Tribunal constitucional de España del 7 de noviembre de 2007 (STC 235/2007), quien, desoyendo los lineamientos fijados desde el derecho internacional de los derechos humanos, ha declarado la inconstitucionalidad del tipo penal de negación y minimización de la Shoah (art. 607 inciso 2 CP), poniendo en crisis el uso autoritativo del derecho internacional en la materia.

7. Porque lo que, en definitiva, está en juego es el desmantelamiento de aquellas condiciones que los constituyeron –como un grupo sistemáticamente excluido, sin oportunidad de que sus integrantes realicen su autonomía– ni más ni menos que la adopción de una política de acciones estatales afirmativas, fundado en la teoría de la igualdad como no sometimiento. La concepción de la igualdad como no sometimiento –o el concepto sociológico de igualdad, ha sido abordado como respuesta crítica a la concepción individualista de la igualdad por autores como Owen FISS, Robert POST, Catherine MACKINNON, entre otros. Ver especialmente: SABA, Roberto, “Desigualdad estructural”, en Roberto GARGARELLA y Marcelo ALEGRE (coordinadores), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Lexis nexis, Buenos Aires, 2007.

8. Estados Unidos parte del criterio de que la libertad de expresión propicia un debate social completo y abierto. Respecto de las expresiones de odio, se ha mostrado contrario a su penalización por repudiables que puedan ser. El Estado ha de tolerar al intolerante quedando así asegurada su neutralidad frente a las opiniones. Salvo que la actitud del intolerante sea directa o implícitamente violenta, no hay impedimento jurídico para que la sociedad conozca lo que dice y adopte libremente posición al respecto. Ver en este sentido: BOYLE, Kevin, “Hate Speech- The United States versus the rest of the World?”, en *53 Me. L. Rev.* 487 (2001).

Finalmente se formularán algunas reflexiones, a modo conclusivo, respecto del alcance real y efectivo que puede conferírsele al derecho internacional de los derechos humanos –contemplando los cambios “de timón” que suelen suscitarse en temáticas sustanciales como rasgo de inestabilidad del sistema– y de los márgenes de discrecionalidad permitidos a los estados frente a los lineamientos fijados desde el derecho internacional.

II. Hacia un concepto del Negacionismo

El fenómeno de la “revisión del Holocausto” comenzó poco después del año 1945 como un movimiento de propaganda activo en los Estados Unidos, Canadá y Europa Occidental. Su objetivo inmediato consistió en refutar la existencia de la masacre de cerca de seis millones de judíos en Europa por el régimen nazi. Las raíces de este grupo pueden ser halladas en el propio lenguaje burocrático de la política nazi, que intentó encubrir el genocidio bajo la denominación de “Solución Final al problema judío”.

Paul Rassinier es considerado el primer negador del Holocausto, por cuanto en 1948 sostuvo por primera vez que:

- 1.- nunca hubo un plan para la aniquilación sistemática de la judeidad europea;
- 2.- el número de las víctimas judías fue de un millón;
- 3.- fueron los judíos los que declararon la guerra a Alemania; y
- 4.- los testimonios de los sobrevivientes se encuentran exagerados y son poco fieles.

Inicialmente, se les adjudicó a aquél el nombre de “revisionistas”, en el afán de procurar identificarlos con la tradición revisionista histórica de Estados Unidos de 1920 y 1930 y, con ello, adquirir legitimidad en el ámbito académico.

En este sentido, fue la historiadora estadounidense Deborah Lipstadt una de las primeras personas en denominar a este grupo como “negadores del Holocausto” y sostener que, en su opinión, éstos no estaban “revisando” la Historia, sino más bien negando lo innegable.⁹

9. En este sentido, ver LIPSTADT, Deborah: *Denying the Holocaust*, New York, 1993.

Posteriormente a ello, a partir de la década del 70, reconocidos historiadores lograron darle un tinte academicista a este grupo antisemita (Mark Weber, Bradley Smith, Freud Leuchter, Ernst Zundel, David Irving, Robert Faurisson, Roger Garaudy, Carlo Mattogno y Ahmed Rami del Institute for Historical Review).¹⁰

Más recientemente, el negacionismo se expresó también en algunos regímenes islamitas (como Irán), que dieron cobertura política al negacionismo academicista, tal como lo ilustra la celebración de una conferencia mundial organizada por el propio gobierno iraní en diciembre de 2006.¹¹

En este contexto, para los negacionistas el genocidio llevado a cabo en la Alemania nazi en perjuicio de los judíos, los gitanos y las otras categorías “subhumanas” no sólo no existió, sino que representó un mito, una mentira y un fraude.¹² En efecto, su discurso se alza en negar la existencia de las cámaras de gas, cuestionar el número de las víctimas y, entre otras cuestiones, sostener que “la Solución Final”¹³ no fue un exterminio sino una emigración.

Así las cosas, los negacionistas buscan ser reconocidos y legitimados como exponentes de una escuela historiográfica que lucha contra la “mentira de Auschwitz” (*Auschwitzlüge*) y se opone a la “verdad” oficial acerca del genocidio judío. Procuran, pues, reescribir la historia minimizando, negando o simplemente haciendo caso omiso de hechos pasados esenciales.

10. Se creó como centro educativo, de investigación y publicación, de interés público, sin fines de lucro y dedicado a la promoción de una mayor conciencia de la historia, especialmente aspectos sociopolíticos del siglo XX (cfr. www.ihr.org).

11. El 11 de diciembre de 2006, la *Conferencia Internacional para la Revisión de la Visión Global del Holocausto* fue inaugurada en Teherán en un marco de condenas mundiales contra su realización. La conferencia, promovida y organizada por Ahmadineyad, contó con la presencia de varios líderes del Ku Klux Klan, diversas organizaciones neonazis europeas, los principales rabinos estadounidenses de la agrupación antisionista Neturei Karta. En esa oportunidad, el ministro iraní de relaciones exteriores sostuvo que “el objetivo de la conferencia no es negar o probar el Holocausto, sino ofrecer la oportunidad a investigadores europeos de dar su punto de vista sobre este fenómeno histórico”.

12. VIDAL NAQUET, Pierre, *Los asesinos de la memoria*, ob. cit., pág. 106.

13. Sobre esta temática ver especialmente: ARENDT, Hannah, *Eichmann en Jerusalén. Un estudio sobre la banalidad del mal*, Ed. Lumen, Barcelona, 2001; BANKIER David y GUTMAN Israel (comps.) *La Europa nazi y la solución final*, Ed. Losada, Madrid, 2005 y TRAVERSO, Enzo, *La violencia nazi. Una genealogía europea*, Ed. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2002.

Resulta importante señalar que, partiendo de la carencia de la historiografía oficial y después de haber suministrado una interpretación desvirtuada de las pruebas documentales, tales autores no se preocupan por brindar argumentaciones que puedan fundar sus afirmaciones. Por consiguiente, a quienes deseen adherir a estas orientaciones se les requiere un acto de fe basado, principalmente, en teorías tales como la de la conspiración judía más que en tesis documentadas.¹⁴ Precisamente por ello es que los historiadores académicos no suelen aceptar la expresión *revisiónismo del Holocausto* aplicado al negacionismo, con el objeto de diferenciarlo del legítimo revisionismo histórico que, a contraposición de aquél, se adecua a los estándares académicos, a las pruebas disponibles y adoptan un método científico.

Si bien la revisión histórica de los hechos, explicaciones e interpretaciones son parte de la corriente actividad de los historiadores, los negacionistas se valen de inexactitudes y omisiones respecto de los hechos que no son admitidos por la comunidad científica.¹⁵

III.- No hay negaciones inocentes

No debe olvidarse que, tal como sugiere Daniel Feierstein, todo proceso genocida requiere de una serie de momentos que lo integran: 1) la construcción de una otredad negativa, 2) el hostigamiento, 3) el aislamiento, 4) las políticas del debilitamiento sistemático, 5) el aniquilamiento material y 6) la realización simbólica de las prácticas sociales genocidas.

En esta perspectiva se señala que el fenómeno negacionista integra el sexto momento del proceso genocida, aquel que se conoce como la “realización simbólica de las prácticas sociales genocidas”, que se refiere a los modos en que las sociedades posgenocidas representan y narran la experiencia traumática.

Se afirma desde la más calificada doctrina, Sevane Garibian en Francia es un ejemplo, que la negación no es un acto “aparte”, sino que es

14. VIDAL NAQUET, Pierre, ob. cit., págs. 207/208.

15. Ver especialmente: BLOCH, Pascal: “Response to professor Fronzas the punishment of negationism”, 30 *Vermont. L.Rev.* 627. (2006) en el marco del Simposio “Accommodating differences: the present and future of the law of diversity”, págs. 627/643.

considerada generalmente como la etapa última del proceso genocida. Perpetúa el crimen, manteniendo a los sobrevivientes y a sus descendientes en la vergüenza, sin real acceso al duelo. Los ahoga, los tritura en una *nada*, en un *no-acontecimiento*, en un *inexistentes* sosteniendo que “eso” no existió.¹⁶ Esta posición es compartida por los profesores Israel Charny y Helene Piralian respecto de lo que denominan análisis psicológico del negacionismo.¹⁷

Para Charny, la lucha contra el negacionismo deviene imperiosa. Lo considera una herramienta utilizada por los genocidas, configurando a las prácticas negacionistas como una celebración de la destrucción que renueva las humillaciones de los sobrevivientes y de todos aquellos que se preocupan por la destrucción de la vida, simboliza un ataque contra la identidad de las víctimas y fundamentalmente los considera asesinos de la verdad histórica y la memoria colectiva.¹⁸

Por ello, no sólo debe limitarse a resaltar las pruebas evidentes del genocidio, desde la construcción de la verdad histórica, sino que un efectivo combate al negacionismo debe basarse también en adoptar un modelo que comprenda sus diferentes tipos, interpretando sus propósitos políticos, las estructuras cognitivas y las estrategias de comunicación de varios tipos de negación. De allí, que se interesa en la elaboración de una clasificación de las modalidades de negacionismo (del holocausto y los otros genocidios) .

Charny desmenuza los distintos modos de negacionismo en un catálogo profuso de clasificaciones porque incluye no solamente a los perpetradores de los genocidios con sus modalidades de silenciamiento durante

16. Cfr. “Taking Denial Seriously: Genocide Denial and Freedom of Speech in the French Law”, en *The Cardozo Journal of Conflict Resolution*, vol. 9, número 2, págs. 479/488.

17. Ver especialmente: PIRALIAN, Helene, *Genocidio y transmisión*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2000 y CHARNY, Israel, “A contribution to the psychology of Denial of Genocide”, en *Journal of Armenian Studies*, publicación del National Association for Armenian Studies and Research, Belmont, USA, **Volume IV, Numbers 1 & 2: 1992, Special Issue: Genocide and Human Rights: Lessons from the Armenian Experience**, págs. 289/306.

18. CHARNY, Israel “A classification of Denials of the Holocaust and other genocides”, Chapter 15, Denial of genocide, en *The genocide Studies Reader*, Edited by Samuel Totten and Paul R. Bartrop, Ed, Routledge, Taylor and Francis Group, New, York, 2009, pág. 519.

y con posterioridad al genocidio, a los que los incorpora a la categoría de Fanatismo malvado (*Malevolent Bigotry*); sino que incluye toda posibilidad de negación, incluso la desarrollada por quienes caracteriza como “inocentes”.

En la categoría de Malevolent Bigotry reseñada incluye a los perpetradores de los genocidios así como también los gobiernos que niegan los genocidios cometidos por ese estado en el pasado; pero también a los “no perpetradores” pero con tradiciones ideológicas de fascismo, neo nazis, antisemitas, fanáticos, “skin heads”, entre otros.

No es mi intención detallar las diversas modalidades de clasificación y subclasificación (que el autor reúne en seis grupos mayoritarios que incluyen, a su vez, más de 8 o 10 supuestos en cada grupo),¹⁹ sino profundizar en el rasgo más interesante de esta clasificación, que consiste en la incorporación no sólo de las categorías tradicionales de negación de la Shoah, que corresponden a grupos con una posición ideológica antisemita manifiesta, sino también de los diversos modos de negación implícitos, que, en su opinión, configuran la más expandida forma de negacionismo.

Negacionista no es solo aquel que niega la existencia de las cámaras de gas en la Segunda Guerra Mundial, ni los gobiernos que niegan los genocidios cometidos por ese Estado en el pasado, a los que se los puede enrolar en la clasificación de Malevolent Bigotry; sino que también lo es el llamado “innocent denier”.

En esta categoría se enrolan varias modalidades: la negación entendida como un proceso psicológico de defensa frente a experiencias traumáticas, pero también se incluyen como negacionistas a aquellos que rescatan el derecho a las opiniones impopulares en las sociedades democráticas y plurales actuales, en resguardo de la libertad de expresión y académica.

Así las cosas, Charny entiende que la posición del intelectual Noam Chomsky respecto a lo que se denomina el escándalo Faurisson²⁰ configura también una modalidad de negacionismo.

En su opinión, una comprensión más profunda de las diferentes caras de las negaciones del holocausto y los genocidios en general es una base necesaria para formular campañas más efectivas para dar respuesta a los

19. En este sentido ver la Tabla 8 de clasificaciones, págs. 520/522.

20. Ver nota al pie número 6.

revisionistas. Ello porque estos grupos se amparan en las estructuras de las sociedades democráticas, como es la institución de la libertad de expresión y los principios de diversidad y tolerancia, pero, en los hechos no realizan una exploración o investigación genuina de la Historia, porque su único objeto es suprimir la verdad y reescribir aquélla.

Por su parte, Adam Jones incorpora a las tradicionales categorías de negacionismo, como la referida a la cantidad de víctimas bajo la fórmula “Hardly anybody died”, otras subjetivas en términos de intencionalidad, tales como la defensa propia (it was self defense), la existencia de violencia mutua (en alusión al genocidio de Ruanda de 1994 entre hutus y tutsis), que las muertes no fueron intencionales y que no había una directiva centralizada. Asimismo, incorpora a la mencionada categorización aquellas posiciones jurídicas que descartan la posibilidad de tipificación del genocidio (por ejemplo por no integrar las víctimas la categoría de grupo conforme los criterios de la Convención).

Sin embargo, es importante aclarar que independientemente de la clasificación en las diversas modalidades de negacionismo, el autor no es partidario de la punición en ningún caso. Entiende que la libertad de expresión sólo adquiere significancia “en los márgenes” y se pregunta si los puntos de vista de Irving y Faurisson, entre otros, tendrían remotamente la prominencia que tienen si las persecuciones penales no se hubieran llevado adelante.²¹

La criminología denominada “del daño social” (social harm approach) se ha interesado por lo que da en llamar los “estados de negación”, formulando una fuerte crítica al rol de la criminología luego de la Segunda Guerra Mundial, que paradójicamente no se abocó al estudio de estos aberrantes crímenes, remarcando su llamativo silencio: o lo que da en llamar su negacionismo omisivo.

En esta línea de pensamiento, especial atención merece la obra de Stanley Cohen *Estados de negación*.²² Debe aclararse que cuando se habla de estos estados de negación el autor no se refiere a los “simples negadores

21. JONES Adam, *Genocide. A Comprehensive Introduction.*, Ed. Routledge, USA, 2010, pág. 354.

22. COHEN, Stanley, *Estados de negación. Ensayo sobre atrocidades y sufrimiento*, Depto. de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2005.

de la Shoah”, sino que, tal como explica Zaffaroni, “penetra la intrincada fenomenología que abarca la negación misma del presente, aunque el límite entre ambos momentos lo atribuye con acierto a la comunicación masiva: una masacre comienza a entrar en el pasado cuando deja de ocupar el centro de la comunicación. La investigación se adentra en los vericuetos de la psicología para arrojar bastante luz acerca de las diferentes tipologías de la negación de atrocidades, demostrando la altísima complejidad social y psicológica del negacionismo”.²³

Cohen trabaja sobre los diversos modos de negación, que exceden a las simples prácticas negacionistas –es decir aquellas que aquí se investigan–, para abordar otros modos: a) cuando son las propias víctimas las que niegan la realidad; b) los testigos que saben pero que *ignoran*, en una ambivalencia con errores cognitivos fuertes; algo así como una suerte de decisión de *no saber más*; c) los espectadores individuales y estatales que *ignoran o no saben* por que prefieren una vida tranquila.

Es decir que teoriza sobre las limitaciones al conocimiento de las atrocidades cometidas por nuestra civilización con una alarmante indiferencia moral en el siglo de las relaciones comunicacionales. Su objetivo central es reorientar la criminología hacia la superación de esta indiferencia a la que se refiere. Para lograr este objetivo se desenvuelve en la interfase entre lo personal (de allí el abordaje de las diversas teorías psicológicas de la negación) y lo político. En su opinión, la negación personal puede ser tolerada, pero en el plano político no podemos tolerar estados de negación. Sin perjuicio de lo cual, se permite preguntar acerca del efecto disuasorio o preventivo de las leyes que criminalizan el negacionismo.²⁴

En su reciente obra *Memoria y representaciones*, Feierstein echa mano a dos conceptos que resultan de interés en el tema que nos ocupa: “pacto denegativo” e “ideología del sinsentido”.

Para el autor existe un pacto denegativo cuando se establece un acuerdo inconsciente a nivel social en la exclusión de toda referencia al suceso traumático. De este modo, se producen mecanismos colectivos de

23. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Décimo segunda conferencia: Las últimas palabras o el desbande (I), *La palabra de los muertos: Conferencias de criminología cautelara*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2011, pág. 283.

24. COHEN, Stanley, ob. cit., página 285.

ajenización y distanciamiento a través de un proceso narrativo que excluye deliberadamente a la primera persona y se estructura como la narración de algo ocurrido a otros.

Por su parte, la “ideología del sinsentido” constituye un momento superior del proceso de represión, que lejos de desafiar el pacto denegativo busca instalarlo en el plano de la conciencia, otorgarle una solidez narrativa y restablecer algún tipo de coherencia identitaria al anular la propia existencia del yo previamente arrasado.²⁵

Las ideologías del sinsentido, en las que perfectamente pueden incluirse las prácticas negacionistas aquí analizadas, intentan construir un tipo de narratividad. A través de la insensibilización y el pacto denegativo, constituyen una legitimación y justificación del arrasamiento, clausurando su visibilización al sostener que no hay nada que elaborar porque en verdad nunca hubo nada ahí.

Para el autor, una de las respuestas posibles frente a la propagación de estas ideologías la configura el derecho, cuya sola emisión produce consecuencias materiales inmediatas en su capacidad de afectar de un modo diferencial estas estructuras narrativas.

Sostiene que: “el derecho constituye un ámbito privilegiado para la elaboración de las experiencias de violencia sistemática y masiva gracias a su capacidad performativa, como gestor de verdades sancionadas colectivamente y de narraciones que alcanzan una fuerza muy superior a la construida en cualquier otro ámbito disciplinario. A dicha capacidad simbólica de sancionar una verdad aceptada colectivamente se suman las consecuencias concretas de su acción para los cuerpos y las subjetividades involucradas (su carácter performativo) pues cada sentencia tiene también entre sus características la capacidad de generar una pena, una acción que repercute de un modo directo e inmediato sobre los cuerpos”.²⁶

25. FEIERSTEIN, Daniel, *Memoria y representaciones*, Ed. Fondo de Cultura, Buenos Aires, 2012, páginas 79 y ss.

26. FEIERSTEIN, Daniel, *Memoria y representaciones*, ob. cit., página 126.

IV. Marco normativo²⁷

Los instrumentos jurídicos relevantes en esta materia son tanto internacionales, regionales europeos y nacionales europeos.

27. La República Argentina no ha receptado aún en su normativa penal el delito de negacionismo. Sin embargo, existe un borrador de proyecto de ley del Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo denominado “Prohibición de la negación de la existencia histórica del delito de genocidio”, que en su artículo 1 solicita la incorporación a la Ley Nacional N° 23.592 como artículo 3 *bis* el siguiente texto: “Será reprimida con prisión de un (1) mes a dos (2) años la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen, justifiquen o trivialicen flagrantemente la existencia histórica de conductas enmarcables en el delito de genocidio –en particular la Shoá (Holocausto), el genocidio armenio y el terrorismo de Estado que tuvo lugar durante la última dictadura militar en la Argentina– de un modo que afecte la dignidad o el derecho a la no discriminación de alguna persona o grupos de personas por cualquier pretexto, ya sea en forma directa o indirecta. En aquellos casos en los que la referida conducta se ejecute de modo tal que pueda implicar una incitación a la violencia, la persecución o el odio será aplicable lo dispuesto en el último párrafo del artículo 3”. En el mencionado proyecto de ley se sostiene que la libertad de expresión encuentra su límite en las manifestaciones denigrantes, racistas o humillantes o en aquellas que incitan directamente a dichas actitudes, constitucionalmente inaceptables. La negación, justificación o minimización de los genocidios –en particular la Shoah (Holocausto), el genocidio armenio y el terrorismo de Estado que tuvo lugar durante la última dictadura militar en la Argentina– como hechos históricos contrarios a los derechos humanos, constituye una práctica discriminatoria de las personas y grupos perseguidos y/o exterminados por el sólo hecho de pertenecer a esos grupos nacionales, religiosos, étnicos, de ideas políticas, etc. Se entiende que resulta jurídicamente válido perseguir penalmente aquellas manifestaciones que con la pretensión de enmascararse detrás de la protección amplia que posee la libertad de expresión afectan la dignidad y el derecho a la no discriminación, más aún cuando las mismas resultan capaces de incitar en forma directa a la comisión de delitos de violencia, persecución u odio; siempre que no se entienda incluida en ellas la mera adhesión ideológica a posiciones políticas de cualquier tipo, que si resultarían plenamente amparadas por el reconocimiento constitucional de tal libertad. Se afirma que el proyecto propuesto constituye una limitación constitucional a la libertad de expresión por parte de la ley penal, toda vez que no se está sancionando la mera difusión de ideas, sino que se intenta proteger el valor constitucional de la dignidad, como sustento del reconocimiento del derecho a la igualdad, a la no discriminación y de los derechos humanos en general. (cfr. www.inadi.gov.ar).

A) Ámbito internacional

El derecho internacional general contiene numerosas disposiciones que, por un lado, afirman el derecho fundamental a la libre manifestación del pensamiento y, por otro lado, prohíben en general la discriminación racial y, en particular, la propaganda racista, permitiendo en estos casos restricciones del derecho de manifestar libremente el propio pensamiento.

Los instrumentos internacionales que receptan estos derechos humanos fundamentales más relevantes son, entre otros:

a.- Declaración Universal de Derechos Humanos, que en su artículo 19 establece la libertad de opinión y expresión;

b.- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en su art. 19, párrafos 1° y 2°, prevé el derecho a la libertad de expresión, regulando, asimismo, las limitaciones al mencionado derecho, como es el respeto de los derechos o la reputación de los otros, o bien la salvaguardia de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública (art. 19, 3° párrafo), artículo 20 párrafo 2, que penaliza la incitación al odio nacional, racial o religioso que constituya una incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia;

c.- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial de 1965, que, además del principio de no discriminación, prevé, como en todos los textos mencionados hasta ahora, la prohibición de propaganda racista en sus diversas formas de incitación y difusión de ideas (art. 4).²⁸

En lo específicamente atinente a las prácticas negacionistas, además del establecimiento de la Jornada Internacional de la Memoria, se destaca la resolución A/61/L.53, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas por unanimidad –salvo el disenso de la República islámica de Irán– del 26 de enero de 2007 que condena “todo intento de negar o minimizar el Holocausto”.

28. También pueden señalarse: Carta de las Naciones Unidas de 1945, la Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen de Genocidio de 1948 y aquella contra el Apartheid de 1973, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Mujeres.

El Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, en su carácter de órgano de aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ha tenido la oportunidad de pronunciarse en *decisiones individuales* sobre cuestiones que directamente se relacionaban con el negacionismo y la eventual colisión con el derecho a la libertad de expresión, en los términos de los artículos 19 y 20 del mencionado instrumento internacional. (Robert Faurisson c. Francia; Malcolm Ross c. Canadá; Ernst Zündel c. Canadá).²⁹

Más recientemente, en el mes de julio de 2011, el Comité de Derechos Humanos dictó la Observación General N° 34, que, reemplazando y complementando a la Observación general N° 10, se pronuncia expresamente sobre el alcance de la libertad de expresión y, en lo que aquí nos interesa, sobre el negacionismo.

El Comité puntualizó con rigor categórico que “las leyes que penalizan la expresión u opiniones sobre hechos históricos son incompatibles con las obligaciones que el Pacto impone a los Estados partes en relación con el respeto a la libertad de opinión y expresión” (párrafo 49).³⁰

Seguidamente, subrayó que el Pacto no permite prohibiciones generales de aquellas expresiones que contengan una opinión errónea o conlleven una incorrecta interpretación de eventos pasados. En este sentido, no deben imponerse restricciones al derecho a la libertad de opinión y, respecto a la libertad de expresión, ellas no pueden ir más allá de lo estrictamente permitido en el artículo 19.3 del Pacto o requerido bajo el artículo 20.³¹

Un análisis pormenorizado de esta observación general conduce a sostener que, a partir de ella, el Comité efectuó un cambio de criterio respecto de las prácticas negacionistas. En efecto, ya no puede aseverarse que la punición del negacionismo es compatible con las disposiciones del Pacto y, específicamente, con el derecho fundamental a la libertad de expresión. Aún

29. Comité de Derechos Humanos, Caso N° 550/1993, *Faurisson v. France*, 8 de noviembre de 1996; Caso N° 736/1997, *Malcolm Ross v. Canadá*, 26 de octubre de 2000; Caso N° 1341/2005, *Ernst Zundel v. Canadá*, 4 de enero de 2005.

30. Comité de Derechos Humanos, *Observación General n° 34, Artículo 19: Libertad de opinión y de expresión*, 102 período de sesiones, 2011, párr. 1, Original en inglés, la traducción es propia.

31. Comité de Derechos Humanos, *Observación General n° 34*, cit, párr. 49.

menos compatible lo es el establecimiento por parte de los estados de prohibiciones genéricas de expresiones que contengan una visión u opinión, por más erróneas o reprochables que fueran, de lo sucedido en el Holocausto.

Lo que tampoco ha dejado lugar a dudas esta observación impartida por el Comité coincide en que, acaecida una restricción a la libertad de expresión por haberse negado el Holocausto, lo que corresponde es realizar un riguroso análisis del cumplimiento de los tres requisitos exigidos por el artículo 19. 3 del Pacto.

B) Ámbito regional

En el ámbito regional europeo, el artículo 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales consagra el derecho a la libertad de expresión y, simultáneamente, encuadra sus límites posibles. Paralelamente a ello, su artículo 17 impide genéricamente un ejercicio abusivo de los derechos protegidos por el Convenio.

Por su parte, el Consejo de Europa definió al delito de negacionismo como la negación, trivialización, justificación o aprobación de crímenes de genocidio y crímenes contra la humanidad. Un protocolo adicional a la Convención sobre Cibercrimen del Consejo de Europa contempló, específicamente, la negación del holocausto y de otros genocidios reconocidos como tales desde 1945 por tribunales internacionales.³²

En el ámbito de la Unión Europea merece destacarse la Acción Común adoptada el 15 de julio de 1996 por el Consejo de Europa, la que requirió a los Estados miembros aplicar las medidas necesarias para perseguir penalmente las diversas formas de manifestación racista. En relación con las prácticas negacionistas, se invitó a los Estados a reprimir la negación pública de los crímenes definidos en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal de Núremberg, cuando dicha negación incluya un comportamiento despreciativo o degradante respecto de un grupo de personas definido en base a su color, raza, religión, origen nacional o étnico.

32. Cf. Artículo 6, Sección 1º. El mencionado Protocolo fue firmado el 28 de enero de 2003, entró en vigor en 2006 y no ha sido firmado aún por Italia, Reino Unido, Irlanda, República Checa, Bulgaria y Rusia.

Más recientemente, el 19 de abril de 2007, los ministros de Justicia de la Unión Europea lograron arribar a un Acuerdo Marco por medio del cual todos los Estados miembros se comprometieron a tipificar como delito el negacionismo en un plazo de dos años.³³

Finalmente, debe observarse que desde Organismos Internacionales se han emitido recomendaciones a los estados para que controlen este tipo de posturas negacionistas.³⁴

C) Ámbito nacional europeo

Frente a este marco normativo internacional, algunos estados europeos optaron por la incorporación del delito de negacionismo en sus códigos penales (Alemania, España, Portugal y Suiza), mientras que otros lo incorporaron en una ley *extra codicem* aprobada exclusivamente para ello (Bélgica) o en la ya existente (Francia y Austria).³⁵

33. LUTHER, Jorg, “*El antinegacionismo en la experiencia jurídica alemana y comparada*”, ponencia presentada en el Congreso “Historia, verdad, derecho”, 4 de abril de 2008, Roma, publicado en *REDCE*, Número 9, enero-junio de 2008, pág. 249.

34. En este sentido, ver la Recomendación nº 9 de Política General de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, 25 de junio de 2004. En ésta, de forma directa, se recomienda a los Estados miembros que “aseguren que el Derecho Penal en el ámbito de la lucha contra el racismo abarque el antisemitismo y penalice los siguientes actos antisemitas cuando se cometan intencionadamente”. Entre estos actos se encuentra la negación, trivialización, justificación o aprobación en público del Holocausto, de crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra cometidos contra personas por motivo de su identidad u origen judíos.

35. La ley Gayssot aprobada en Francia el 13 julio de 1990 prohíbe en su artículo 24 toda expresión “racista, antisemita o xenófoba” y prevé prisión de tres años a los negacionistas o personas que expresan dudas sobre el exterminio judío. El 26 de febrero de 1992, Austria promulgó una ley similar que contempla pena de diez años de prisión (artículo 3g y 3h Verbotsgesetz 1947). De hecho, la ley austriaca, dotada de las sanciones más rigurosas de Europa, le fue aplicada a David Irving, condenado el 20 de febrero de 2006 a una pena de prisión de tres años. Por su parte, Bélgica había adoptado ya en 1981 una primera ley contra la instigación al odio racial y xenófobo. El 23 de marzo de 1995 fue aprobada la Ley para reprimir la negación, minimización, justificación o apología del genocidio cometido por el régimen nacionalsocialista alemán durante la Segunda Guerra Mundial que prohíbe el apoyo, justificación o negación pública del Holocausto. En Alemania está contemplado en el parágrafo 130 párrafo 3 (STgb § 130 Abs. 3), en España en el artículo

Otros países que tipifican esta conducta como delito en su ordenamiento jurídico, son: Luxemburgo, República Checa, Lituania, Polonia, Canadá, Nueva Zelanda, Rumania, Sudáfrica y bajo la Ley 5710-1950 el negacionismo es un delito también en Israel.

1. El caso francés: especial atención merece el caso de Francia, que da cuenta de las controversias suscitadas en torno a la sanción de la ley Gaysot del año 1990 y el derrotero legislativo a partir de ella en materia de represión penal de prácticas negacionistas.

Cabe referir que la sanción de la ley Gaysot, y las leyes memoriales posteriores a la misma, generó un profundo debate en la sociedad francesa, que básicamente se refirió a dos cuestiones centrales: a) por un lado, el debate respecto del rol de los legisladores/ jueces y los historiadores, y b) por el otro, la cuestión de la individualización de los crímenes cometidos.

a) Con relación al primer aspecto, cabe señalar, tal como explica Garibian,³⁶ que un importante debate dividió fuertemente a la sociedad francesa tras la promulgación de la ley 158 del 23 de febrero de 2005 que sólo retenía, en su artículo 4, el “rol positivo de la presencia francesa en ultramar”.

Este episodio tuvo un doble mérito: por un lado, *puso en acto* el profundo malestar contemporáneo ligado al pasado colonial de Francia; por otro lado, dio nacimiento a una reflexión sobre las relaciones entre el derecho, la Historia y la memoria, a través de la denuncia más general de las “leyes memoriales”, que los historiadores consideran restrictivas de su libertad.

El 12 de diciembre de 2005, diecinueve historiadores franceses hicieron pública una declaración contra las intervenciones políticas en su trabajo, y publicaron una petición llamada “Libertad para la Historia” en los diarios *Liberati*, *Le Monde* y *Le Figaro*, reclamando no solamente la derogación de la ley del 23 de febrero de 2005, sino también de la ley número 90

607, inciso 2 del Código Penal de 1995 y en Suiza en el artículo 261 bis. Para una lectura exhaustiva de la normativa penal en los diversos estados nacionales ver: FRONZA, Emanuela, “La protección penal de la memoria. Sobre el Delito de Negacionismo”, en *Memoria y Derecho Penal*, Colección ¿Más Derecho?, compiladores Pablo D. Eiroa y Juan M. Otero, Ed. Fabián Di Placido, Buenos Aires, 2008.

36. Ver especialmente: “Derecho, Historia, Memoria. El negacionismo: ¿ejercicio de una libertad o violación de un derecho?”, inédito, en el marco del Seminario del Núcleo Memoria- IDES en la República Argentina del 13 de noviembre de 2009.

del 13 de julio de 1990, que reprime la negación del Genocidio del Pueblo Judío (ley Gayssot) aquí analizada; de la ley 70 del 29 de noviembre de 2001 que reconoce el Genocidio Armenio de 1915; y de la ley 434 del 21 de mayo de 2001 que reconoce el carácter de Crimen contra la Humanidad a la esclavitud (ley Taubira).

El planteo de estos historiadores sirvió de modelo para que, tres días más tarde, veinticinco intelectuales de izquierda expresaran la misma demanda en nombre de la “libertad para debatir” en el diario *Le Monde*.

Se enfrentaron así dos campos a través de prensa interpósita: por un lado, los detractores de las denominadas leyes “memoriales”, a las que se apunta con el dedo como impidiendo a los investigadores “trabajar en el respeto de la separación del Estado y el conocimiento”, puesto que en un Estado libre “no corresponde ni al Parlamento ni a la autoridad judicial definir la verdad histórica”; por otro lado, los opositores a esta ola de derogaciones, quienes a través del llamamiento “No mezclemos todo” (difundido el 20 de diciembre de 2005 y suscripto por 32 personalidades, entre escritores, juristas e historiadores), afirmaban por su parte que es “pernicioso hacer la amalgama entre un artículo discutible de una ley con otras tres leyes de naturaleza radicalmente diferentes”.

Después de numerosas idas y vueltas, el artículo 4 de la ley del 23 de febrero de 2005 fue objeto de una derogación definitiva por el Decreto Número 160 del 15 de febrero de 2006, aplacando así un poco la polémica. Cabe precisar que el mencionado artículo había sido previamente deslegalizado por decisión del Consejo Constitucional (decisión número 2006-203 del 31 de enero de 2006).

Sin embargo, el 12 de octubre de 2006 la Asamblea Nacional francesa adopta una propuesta de ley que tiene por objeto penalizar la negación del Genocidio de los Armenios sobre el modelo de la ley Gayssot de 1990, la cual sanciona penalmente el negacionismo respecto de la Shoah.

Al mismo tiempo, Alemania lanza un programa de lucha contra el negacionismo en el seno de la Unión Europea, proyectando la creación de nuevos instrumentos jurídicos en la materia.

Las reacciones en Francia no se hicieron esperar: el debate se reaviva.³⁷

37. Ver en particular, sobre la penalización de la negación del Genocidio de los Armenios, las críticas de: F. TERRE, “Négation du génocide arménien : une loi au mépris du droit”,

Afirma Garibian que si la expresión “leyes memoriales” designa textos jurídicos que hacen referencia a un hecho de la Historia, esos textos tienen, sin embargo, funciones diferentes. De todas las leyes en tela de juicio, al día de hoy la ley Gayssot de 1990 es la única que contiene una *norma penal*, aplicable por los jueces: es la única en plantear una prohibición, por otro lado exclusiva (la negación del Genocidio de los Judíos), modificando la ley sobre la libertad de prensa del 29 de julio de 1881 por la inserción de un artículo 24 bis.

b) Ya adentrados en la cuestión del elemento objetivo del tipo penal de los crímenes cometidos, luego de la Ley Gayssot de 1990 que sanciona penalmente el negacionismo respecto de la Shoah, y luego de numerosas idas y vueltas, el 12 de octubre de 2006 la Asamblea Nacional Francesa adopta una propuesta de ley que tiene por objeto penalizar la negación del Genocidio de los Armenios sobre el modelo de la Ley Gayssot de 1990.

Corresponde señalar, con relación a esta propuesta de ley, que transcurrieron cinco años desde que fuera aprobado por la Asamblea Nacional y su tratamiento por parte del Senado, el 4 de mayo de 2011, que finalmente lo rechazó.

Así las cosas, no es delito en la actualidad en Francia la negación del genocidio armenio.

En este contexto, numerosas voces se alzaron contra esta decisión: el cantante franco-armenio Charles Aznavour enfáticamente había pedido a los legisladores franceses que votaran a favor del proyecto de ley tipificando la negación del genocidio armenio en el Diario *Libération*.

Sostuvo el cantante: “Así, la ley que sanciona la negación del genocidio armenio, por último, se discutirá en el Senado, este 4 de mayo. Pasaron casi cinco años antes de este texto, que fue aprobado 12 de octubre 2006 por la Asamblea Nacional, y está sujeta a ratificación. Un largo período de tiempo

Le Figaro, 13 de octubre de 2006; M. WIEVIORKA, “Les députés contre l’histoire”, *Le Monde*, 17 de octubre de 2006; J.-P. FELDMAN, “Il faut abolir la loi Gayssot!”, *Le Monde*, 18 de octubre de 2006; J. DE HEMPTINNE, “Génocide : l’engrenage”, *Libération*, 25 de octubre de 2006. Para una opinión discrepante: A. POLICAR, “Histoire: trois bonnes lois et une mauvaise”, *Le Monde*, 18 de octubre de 2006; B.-H. LEVY, “Arménie: loi contre génocide”, *Le Monde*, 2 de febrero de 2007; S. GARIBIAN, “Du négationnisme considéré comme atteinte à l’ordre public”, *Le Monde*, 13 de mayo de 2006 y “La négation, objet légitime du droit”, *Libération*, 3 de noviembre de 2006. Todos ellos citados por Garibian en la nota 14 del mencionado artículo.

ha permitido este estado de propagación de la negación en nuestro territorio a través de diversos eventos, sitios web, la profanación, el vandalismo y la provocación. Tengo la lista a disposición de quien quiera. Estos ataques son parte de la línea lógica del odio que había presidido el genocidio de 1915. Comparten la misma discriminación racial y la arrogancia, incluso penal, que había apoyado la actividad de exterminio. ¿Es posible que en Francia, el mismo lugar donde nuestros padres se refugiaron para escapar de la ignominia, sus nietos sean procesados casi un siglo después por la malicia misma, la misma ideología asesina, el flagelo mismo, todo promovido por el mismo Estado turco? Muchas de las interferencias han contaminado el debate sobre esta legislación que algunos viven como una limitación de su libertad de expresión. Pero, ¿qué libertad? La negación del Holocausto es un insulto a la verdad de los hechos, atacando a la memoria de las víctimas, una afrenta a la dignidad humana. Es un llamado a la violencia y la reincidencia. La negación del Estado es un elemento de delito. Como casi todos los armenios en Francia, mis padres estaban entre los sobrevivientes de 1915. Yo realmente recuerdo las caras de esta generación de milagros, algunos de las cuales cubrían las paredes en Francia en 1943, cuando el ‘cartel rojo’ significaba la resistencia de mano de obra inmigrante. La familia que yo construí es cosmopolita. Cubre toda la gama de las religiones. Siempre he hablado en contra de todas las formas de racismo, y extendí la mano al pueblo turco, que yo no confundo con sus gobernantes. Sin embargo, estos valores humanistas que no dejaré de defender por todo el mundo, hoy quiero que se respeten plenamente por los míos. Señores Senadores, por eso les pido reparar esta injusticia y que voten la ley que penaliza la negación del Genocidio Armenio. Nadie podía detener el proceso de aniquilación de la civilización de la llamada ‘Armenia turca’. Era la Primera Guerra Mundial. Por lo menos impidamos la negación hoy, que todavía estamos en paz”.³⁸

A esta altura del análisis, y ya por fuera del caso puntual de la legislación francesa, cabe precisar que existen distinguos de importancia en las legislaciones europeas referidas, resultando al respecto esclarecedor recurrir al cuadro comparativo ensayado por el profesor Jorg Luther.³⁹

38. <http://www.liberation.fr/monde/01012335258-il-faut-punir-le-negationnisme>.

39. El referido autor distingue las legislaciones según: a) la individualización de los crímenes negados; b) formas de concreción de los crímenes negados; c) definición de la

De esta clasificación, resulta relevante aquella referida a la *individuación de los crímenes negados*, por cuanto en algunos países se optó por limitar la protección solamente a la negación de la Shoah (Alemania, Francia y Bélgica), en tanto que otros la extienden a todos los *genocidios* (como en España, Suiza y Portugal).

En clave comparada, se aprecia inmediatamente que la disciplina francesa es más amplia que la alemana porque no se limita a los genocidios nazis, pero es también más restrictiva en cuanto que no contempla la alternativa de la minimización y presupone en cualquier caso una sentencia nacional e internacional.

La regulación suiza es más restrictiva que la alemana en cuanto exige el intento de desacreditar o calumniar sistemáticamente a los miembros de una raza, etnia o religión.

Por su parte, tal como afirma Luther, “la ley belga, aun siendo inspirada por la alemana, es incluso más amplia porque castiga también hechos en lugares no abiertos al público como por ejemplo el negacionismo en la escuela. En virtud del art. 150 de la Constitución belga, el conocimiento de los delitos de imprenta se reserva a un Tribunal de primera instancia. En 1999 la ley se flexibilizó por una disposición que permite impedir a los autores de delitos el ejercicio de ciertos derechos civiles y políticos. En 2005 se discutieron propuestas para anudar a las sentencias de condena la inelegibilidad política y para extender la prohibición también al genocidio armenio”.⁴⁰

Por otro lado, en las diversas legislaciones europeas también se observan diferencias de relevancia con relación a la *determinación del bien jurídico lesionado*.

Así, no existe un criterio unívoco en las legislaciones europeas de cuál es el bien que se decide proteger jurídicamente mediante la punición del negacionismo.

A título ejemplificativo: en Alemania se protege la “paz pública”, en tanto que en Francia el “orden público” o la “dignidad humana”.

conducta; d) definición de las modalidades; e) eventuales perfiles subjetivos; f) vulneración de bienes jurídicos específicos y g) elección de la fuente o de la denominación.

40. LUTHER, Jorg, ob. cit, pág. 265.

A la multiplicidad y heterogeneidad de bienes jurídicos posiblemente protegidos por la norma penal, se le suma que en los precedentes jurisprudenciales más relevantes *se incluyen otros no previstos expresamente por la normativa*. De la lectura pormenorizada de los fallos más reconocidos en la materia se incorpora al catálogo de los bienes jurídicos ya mencionados, “la correcta interpretación de la Historia”. Emanuela Fronza resalta que: “la calificación del delito de negacionismo varía de un Estado a otro. Dependiendo de los ordenamientos, el bien jurídico protegido se identifica con el orden público, la paz pública, la seguridad nacional o la protección de la reputación o de los derechos ajenos al honor. En las sentencias se hace referencia también a la dignidad humana o a la necesidad de las víctimas del Holocausto de ser protegidas.”⁴¹

V. Negacionismo y libertad de expresión: Jurisprudencia reciente

Desde el punto de vista del derecho constitucional, negacionismo y antinegacionismo plantean no pocos problemas.

Es necesario valorar su impacto sobre las garantías constitucionales de la dignidad humana, de la libertad de conciencia y de expresión, el principio de lesividad penal, entre otras.

Los principios fundamentales del constitucionalismo moderno quedan afectados, desde el estado de derecho hasta la democracia, especialmente para quien busca instrumentos jurídicos idóneos para preservar el pluralismo democrático y la paz social.⁴² De allí la trascendencia y complejidad de estas políticas estatales afirmativas.

En los últimos años la jurisprudencia internacional ya referida y europea⁴³ se ha consolidado a favor del antinegacionismo jurídico. Sin embargo,

41. FRONZA, Emanuela, ob. et loc. cit., pág. 171.

42. LUTHER Jorg, ob. cit., página 248.

43. TEDH, *Case of Roger Garaudy v. France*, Judgment of 24 March, 2003. En este caso, el Tribunal Europeo señaló, entre otras cuestiones, que la libertad de investigación protege más las preguntas que buscan la verdad que aquellas afirmaciones que proponen falsedades. La libertad de pensamiento en este caso se habría usado para finalidades contrarias al texto y al espíritu del Convenio, en particular a sus valores fundamentales de justicia y paz.

esta tendencia parece haberse revertido por el Tribunal Superior Constitucional de España, quien, en sentido contrario a la tendencia mayoritaria, dictó un fallo en la materia, en fecha 7 de noviembre de 2007- STC 235/2007, donde se declaró la inconstitucionalidad del artículo 607 inciso 2) del Código Penal Español que tipifica el negacionismo como delito.⁴⁴

La norma en cuestión reza: “Art. 607- 2. La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo⁴⁵, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años.”

En el precedente jurisprudencial citado se formularon una serie de precisiones del tipo penal de negacionismo y, fundamentalmente, su relación con el derecho constitucional a la libertad de expresión.

En tal sentido, con voto mayoritario el TSC declaró inconstitucional y nula la inclusión de la expresión “nieguen o” en el mencionado tipo penal, pero mantuvo incólume la punición de la difusión de ideas o doctrinas tendientes a justificar un delito de genocidio (ver fundamento jurídico 9 de la sentencia).

En el fallo se entendió:

1.- Que la libertad de expresión comprende la libertad de crítica, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu

44. Cf. Tribunal Constitucional de España, Sentencia 235/2007.

45. En referencia al inciso 1 del artículo 607 CP que reza: “Los que, con propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, perpetraren alguno de los actos siguientes, serán castigados: 1º Con la pena de prisión de quince a veinte años, si mataran a alguno de sus miembros. Si concurrieran en el hecho dos o más circunstancias agravantes, se impondrá la pena superior en grado. 2º Con la prisión de quince a veinte años, si agredieran sexualmente a alguno de sus miembros o produjeran alguna de las lesiones previstas en el art. 149. 3º Con la prisión de ocho a quince años, si sometieran al grupo o a cualquiera de sus individuos a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud, o cuando les produjeran algunas de las lesiones previstas en el art. 150. 4º Con la misma pena, si llevaran a cabo desplazamientos forzados del grupo o sus miembros, adoptaran cualquier medida que tienda a impedir su género de vida o reproducción, o bien trasladaran por la fuerza individuos de un grupo a otro. 5º Con la de prisión de cuatro a ocho años, si produjeran cualquier otra lesión distinta de las señaladas en los núms. 2º y 3º de este apartado”.

de apertura, sin lo cuales no existe “sociedad democrática”. Es decir, la libertad de expresión es válida no solamente para las informaciones o las ideas acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población (citando el precedente STEDH De Haes y Gijssels c. Bélgica, de 24 de febrero de 1997, § 49).⁴⁶

2.- Que el ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de expresión no puede verse restringido por el hecho de que se utilice para la difusión de ideas u opiniones contrarias a la esencia misma de la Constitución, a no ser que con ellas se lesionen efectivamente derechos o bienes de relevancia constitucional. Ello sin perjuicio que las ideas que difundiera el acusado Varela Geiss resultan repulsivas desde el punto de vista de la dignidad humana constitucionalmente garantizada por cuanto para la moral cívica de una sociedad abierta y democrática, sin duda, no toda idea que se exprese será, sin más, digna de respeto.

3.- Que las afirmaciones, dudas y opiniones acerca de la actuación nazi con respecto a los judíos y a los campos de concentración, por reprobables o tergiversadas que sean –y en realidad lo son al negar la evidencia de la Historia– quedan amparadas por el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE), en relación con el derecho a la libertad ideológica (art. 16 CE), pues, con independencia de la valoración que de las mismas se haga, sólo pueden entenderse como lo que son: opiniones subjetivas e interesadas sobre acontecimientos históricos (citando como precedente STC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ 8 y antecedentes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencias Chauvy y otros c. Francia, de 23 de junio de 2004, § 69; Monnat c. Suiza, de 21 de septiembre de 2006, § 57)

4.- Que a las normas penales les está vedado invadir el contenido constitucionalmente garantizado de los derechos fundamentales. La libertad de configuración del legislador penal encuentra su límite en el contenido esencial del derecho a la libertad de expresión, de tal modo que el ordenamiento constitucional no permite la tipificación como delito de la mera transmisión de ideas, ni siquiera en los casos en que se trate de ideas execrables por resultar contrarias a la dignidad humana que constituye el

46. Ibidem.

fundamento de todos los derechos que recoge la Constitución y, por ende, del sistema político.⁴⁷

5.- Ni siquiera tendencialmente puede afirmarse que toda negación de conductas jurídicamente calificadas como delito de genocidio persigue objetivamente la creación de un clima social de hostilidad contra aquellas personas que pertenezcan a los mismos grupos que en su día fueron víctimas del concreto delito de genocidio cuya inexistencia se pretende, ni tampoco que toda negación sea per se capaz de conseguirlo. En tal caso, sin perjuicio del correspondiente juicio de proporcionalidad determinado por el hecho de que una finalidad meramente preventiva o de aseguramiento no puede justificar constitucionalmente una restricción tan radical de estas libertades (citando precedente STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 12).⁴⁸

Cabe referir que distinto temperamento se adopta respecto de la difusión de ideas *que justifiquen el genocidio*. En esos supuestos, el Tribunal Constitucional español considera que tratándose de la expresión de un juicio de valor, sí resulta posible apreciar el citado elemento tendencial en la justificación pública del genocidio por cuanto la especial peligrosidad de delitos tan odiosos y que ponen en riesgo la esencia misma de nuestra sociedad, como el genocidio, permite excepcionalmente que el legislador penal sin quebranto constitucional castigue la justificación pública de ese delito, siempre que tal justificación opere como incitación indirecta a su comisión; esto es incriminándose (y ello es lo que ha de entenderse que realiza el art. 607.2 CP) conductas que aunque sea de forma indirecta supongan una provocación al genocidio. (Ver punto 2 del veredicto.)

Las críticas doctrinarias no tardaron en llegar:⁴⁹

1.- La negación de una barbarie como es el genocidio choca frontalmente con la *dignidad y el derecho fundamental al honor de las víctimas*

47. Cfr. acápite 6 del punto II.- Fundamento Jurídico.

48. Cfr. acápite 8 del punto II.- Fundamento Jurídico.

49. Se destacan las posiciones contrarias de: Roberto GARCIA-CALVO, quien defiende la constitucionalidad del delito de negacionismo como de peligro abstracto, Ramón RODRIGUEZ ARRIBAS, quien formula una fuerte crítica a las democracias “naive” donde el supremo valor de la coexistencia termina protegiendo a quienes quieren demolarla. (Ver especialmente: Pablo Salvador CODERCH y Antoni RUBI PUIG, “Genocide Denial and freedom of speech”, en *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, octubre de 2008, INdret 4/2008, páginas 1-30).

supervivientes de estos delitos o de sus descendientes. Son unos hechos lo suficientemente graves como para estimar que estas tesis negacionistas suponen una violación de la dignidad y el honor de los colectivos que lo sufrieron, siendo que el honor de las personas supone un límite o restricción al ejercicio de la libertad de expresión. Así lo ha entendido el constituyente español al nombrar expresamente el *derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen como límites externos a las libertades de comunicación.*

En palabras de María Lidia Suárez Espino: “La negación de la existencia del genocidio cometido por el régimen nazi hecha de forma que hace sospechar su utilización abusiva, deformando unos hechos históricos probados para apoyar regímenes totalitarios, choca frontalmente con el honor y la dignidad de las víctimas, límites ambos del derecho a la libertad de expresión. En este punto, merece la pena traer a colación la especial posición que ocupa dentro del texto constitucional español la dignidad humana, a la que el artículo 10 CE considera ‘fundamento del orden político y de la paz social’”.⁵⁰

2.- Detrás de las tesis negacionistas, lo que subyace es un fuerte antisemitismo y creencia en la superioridad de una raza sobre las demás, lo que puede suponer un importante desafío para las democracias actuales, donde hoy más que nunca, debido a fenómenos crecientes como la inmigración, estas posturas en el fondo intolerantes y racistas suponen un grave peligro para la convivencia pacífica e incluso para el orden público, además de suponer en sí misma un atentado contra la memoria de aquellos que sufrieron más directamente estos deleznable crímenes.⁵¹

Las críticas pivotaron entonces en la importancia del reconocimiento de la dignidad y el honor de las víctimas, que se traduce en entender a la libertad de expresión como derecho limitado precisamente por los mencionados principios, además del peligro potencial que suponen para la normalidad democrática. Se entendió que el fallo contrariaba, la integración y convivencia pacífica de nacionales e inmigrantes, constituyendo un paso hacia atrás, y una puerta abierta a movimientos antidemocráticos que podrían valerse de la destipificación del delito de negación de genocidio para

50. SUAREZ ESPINO, María Lidia, *ibidem*, página 6.

51. SUAREZ ESPINO, María Lidia, *ibidem*, página 8.

hacer propaganda de determinadas ideologías peligrosamente intolerantes y conflictivas.

VI. ¿El derecho internacional de los derechos humanos en jaque?

La sentencia del tribunal constitucional español al desconocer los lineamientos estipulados por el derecho internacional de derechos humanos frente a lo que se suele denominar el tratamiento de las “leyes memoriales” reabre el debate respecto del alcance y la eficacia del sistema internacional de derechos humanos frente a los ordenamientos jurídicos locales.

A poco que reflexionamos sobre el tema se observa que esta relación aparece controversial por cuanto en la actualidad el uso autoritativo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ámbito de los estados nacionales europeos no se halla consolidado. O aun más, la Corte Europea de Derechos Humanos permite ciertos “márgenes de discrecionalidad”, tal como se verá.

En definitiva, la pregunta que trasunta este texto es si una sentencia como la aquí analizada resulta una práctica aceptada en atención al margen de discrecionalidad que gozan los estados europeos frente a la normativa internacional. ¿Cuál es el alcance real y efectivo del derecho internacional de los derechos humanos?

Dicho en otros términos: ¿estos precedentes jurisprudenciales “ponen en jaque” el uso autoritativo del derecho internacional de los derechos humanos?

La respuesta no es unívoca y su abordaje no resulta sencillo.

Ahora bien, entiendo necesario aclarar que una visión crítica respecto de la actuación efectiva del DIDH no implica descalificar la importancia que el mismo ha tenido en la protección de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos.

Sólo se trata de procurar formular un diagnóstico sincero para vislumbrar los posibles modos de armonización de los derechos locales e internacionales.

Estoy convencida de que al “no hablar de ciertos temas”, lejos de reducir su peligrosidad, se colabora de un modo involuntario a la concreción del mito del eterno retorno, porque sin animarnos a ensayar nuevos intentos de explicación –incluso asumiendo el riesgo de equivocarnos– seguiremos

construyendo discursos políticamente correctos a favor de la internacionalización de los derechos humanos, pero carentes de sentido e irrelevantes en cualquier intento real de confrontación con el discurso del odio.

Para poder dar una respuesta lo más abarcativa posible a este debate derecho local vs. derecho internacional, resulta necesario entender al derecho internacional de los derechos humanos como parte de un sistema de prácticas interrelacionadas de procesos de protección de derechos.

Así entendido, y teniendo en consideración el todavía temprano estado de desarrollo histórico, el DIDH se ha mostrado como una útil herramienta para la protección de derechos.

Desde esta perspectiva, al sistema de protección internacional de derechos humanos se le reconocen efectos directos e indirectos.

Douglass Cassel rescata la importancia de los denominados efectos indirectos por cuanto la articulación entre el derecho internacional y el derecho local ha permitido que a nivel de los estados se pueda generar un diálogo entre la política, la academia, el derecho, la sociedad civil, el consenso público y la prensa.⁵²

En lo que nos interesa aquí, señala como efectos directos la posibilidad de reformas legislativas locales a instancias de los lineamientos del derecho internacional. Un ejemplo concreto de este efecto directo lo constituye la legislación nacional europea que tipifica el delito de negacionismo que reconoce su existencia en las directivas del derecho internacional.

El DIDH ocupa diversos roles en esta dinámica de interrelación con los derechos nacionales: provee un lenguaje común, refuerza la noción de universalidad de los derechos humanos, legitima los reclamos de protección de derechos, otorga precisión conceptual jurídica, entre otros beneficios de la aplicación del sistema.

Sin embargo, tal como advierte Cassel, todavía las intervenciones internacionales tienen impacto limitado. El DIDH como herramienta útil de protección de derechos depende principalmente en su contribución a procesos transnacionales que afecten el modo de pensar de las personas y el comportamiento de las instituciones.

52. CASSEL, Douglass, "Does international human rights make a difference?", *Westlaw 2 Chi. J. int '11. 121*, Chicago Journal of International Law, spring 2001, pág122.

Son numerosos los casos en los cuales se produce una divergencia, incluso un conflicto, entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho constitucional de los estados.

Cuando esta divergencia ocurre existen diversas alternativas para procurar lograr “reducir esta disonancia”, que va desde la imposibilidad de aplicación del derecho constitucional local (uso autoritativo del derecho internacional) hasta la negación expresa del derecho internacional de los derechos humanos (por caso, la posición tradicional de Estados Unidos en materia de libertad de expresión, entre otros ejemplos).

Entre uno y otro extremo, Europa ha optado por un sistema que procura la confluencia de la aplicación de los dos sistemas, no siempre con éxito.

La sentencia española da cuenta de esta tensión manifiesta.

Se vislumbran entonces una serie de mecanismos institucionales que tienen como objeto disminuir la disonancia que pueda suscitarse entre el DIDH y los sistemas constitucionales. Entre ellos: la doctrina del margen de apreciación nacional, las *saving clauses*, las reservas, y en sentido contrario a las anteriores el uso mandatorio del DIDH, etc.

En la materia que nos ocupa, la aplicación del criterio del margen de apreciación nacional es moneda corriente para resolver las disonancias entre el DIDH y el derecho local.

Ahora bien, la mencionada doctrina no está incluida de forma expresa entre los preceptos del Convenio Europeo ni tampoco fue debatida en los trabajos preparatorios.⁵³ Se trata de un criterio fijado por el TEDH, que resulta inmanente a la lógica de la subsidiariedad del derecho internacional (Casos Handyside, 7/12/76 y Sunday Times, 26/4/79 ambos contra el Reino Unido). A su favor se ha sostenido que el legislador dispone de un gran espacio para establecer y mantener direcciones políticas propias a través de sus leyes y que una Corte supranacional debe respetar estas orientaciones “salvo si el juicio se revela manifiestamente desprovisto de bases racionales”.

La doctrina del margen de apreciación nacional implica la deferencia de la evaluación por parte de los estados del modo en que un derecho convencional es utilizado en las circunstancias particulares de ese estado

53. YOUROV, Howard Charles: *The margin of appreciation doctrine in dynamics of European court of Human Rights jurisprudence*, Kluwer Law International, Boston, 1996, p. 14.

(tomando en consideración las diferencias culturales, políticas, religiosas y sus tradiciones legales).

La idea básica es pues que los estados tienen un cierto margen de discrecionalidad en la aplicación y el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el Convenio y la ponderación de intereses complejos. Ello en base al principio de subsidiariedad e internacionalidad e incluso se entiende que la justificación racional de esta doctrina radica en la disparidad cultural de las diversas comunidades políticas nacionales, un pluralismo de base territorial sobre el que se asienta una cultura europea aún de mínimos.⁵⁴

Este es la base del dilema que intenta conjugar un intenso pluralismo de base territorial con la integración europea: ¿debe avanzar en la integración o respetar las diferencias nacionales?

En todo caso, si lo que se toma como objetivo primordial es la consolidación de un sistema internacional de derechos humanos, debe procurarse entonces la armonización de manera plural, respetuosa de las diferencias y previsiblemente más lenta.

Es importante aclarar que la utilización de este mecanismo no implica un “bill de indemnidad” para que los estados adopten su propia interpretación de un derecho convencional en sentido contradictorio a la interpretación autónoma del TEDH, sino que implica la posibilidad que esa interpretación se adapte a las circunstancias locales particulares.⁵⁵

Lo antes dicho no implica aceptar acríticamente mecanismos como el “margen de apreciación nacional”, que suele ser considerado como una construcción teórica con contornos altamente discrecionales e imprecisos. Si bien desde la doctrina mayoritaria hay consenso en que se trata de un instrumento inevitable, sus críticos exigen una depuración teórica que permita una aplicación más precisa, porque en la actualidad se trata de un criterio

54. GARCIA ROCA, “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el tribunal europeo de derechos humanos: soberanía e integración”, *La europea de los derechos: el convenio europeo de derechos humanos*, J. GARCIA TOCA Y P. SANTOLAYA (coordinadores), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005., página 130.

55. NEUMAN. Gerald, “ Human rights and constitutional rights: harmony and dissonance”, *Stanford Law Review*, Vol 55:1863, 6/1/2003, pág. 1884.

de decisión no reglado y de aplicación irregular no se puede ocultar su débil construcción jurisprudencial y las inseguridades que ocasionan.

En este contexto, no debe ser soslayado que la mirada exclusiva de las interpretaciones constitucionales es considerada inapropiada por el TEDH.

La doctrina del margen de apreciación por los estados no puede ir reñido con el sentido común: existe una compartida opinión que una razonable interpretación de la libertad de expresión garantiza las prohibiciones en materia de odio racial o propaganda deshumanizante.

En el caso del Tribunal Constitucional español se ha hecho uso del mencionado recurso de armonización o disminución de las disonancias, no sin críticas doctrinarias como se detallara precedentemente.

A esta situación de por sí controversial se la suma que en materia de punición de las prácticas negacionistas, las directivas estipuladas desde el derecho internacional no han sido lo suficientemente claras y unívocas.

De hecho, luego de exhortar a los estados a legislar el delito de negacionismo, de haber formulado condenas en sus decisiones individuales, el propio Comité de Derechos Humanos de la ONU, recientemente, en su Observación General Número 34, ha vuelto sobre sus pasos en la materia al declarar con firmeza que este tipo de leyes son incompatibles con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Más allá del análisis de cuál es la posición más acertada en materia de antinegacionismo jurídico, lo cierto es que este tipo de contradicciones por parte de uno de los organismos más relevantes de la comunidad internacional como es la ONU –sea a través de la Asamblea en un primer momento o posteriormente por su comité de expertos– va en desmedro de la posibilidad de reducción de las disonancias que suelen suscitarse en el debate derecho local vs. derecho internacional.

Resulta esencial que los órganos de derechos humanos, como lo es el Comité de Derechos Humanos, establezcan pautas y criterios orientadores claros y unívocos sobre esta temática, de modo tal que los estados puedan comprender a qué atenerse y en qué sentido deben adecuar su ordenamiento jurídico interno para encontrarse en sintonía con el máximo respeto y garantía a la libertad de expresión.

La coherencia es un instrumento necesario para generar cohesión por parte de los estados nacionales a la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos.

VII. Conclusión

La coexistencia de dos sistemas positivos para la protección de los derechos fundamentales (el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho constitucional local) puede generar disonancias e incluso conflictos, como en el caso aquí analizado, pero en esta etapa de mundialización de los derechos humanos que estamos viviendo, se constituye como una herramienta sin lugar a dudas de oportunidades y desafíos.

Ninguna decisión aislada en el marco de los derechos locales que contrarie los principios y reglas del derecho internacional de los derechos humanos, aunque la misma se lleve adelante en el propio marco de la discrecionalidad permitida a los estados por el mismo derecho internacional, puede poner en jaque un sistema al que se lo considera en proceso de consolidación.

Cuando estas disonancias se presentan, en todo caso, la aspiración debe ser a la armonización de los sistemas porque como suele referirse el derecho internacional de los derechos humanos no es un préstamo. Los órganos jurisdiccionales de los sistemas nacionales e internacionales forman parte de una misma comunidad de intérpretes.⁵⁶

Ello nos obliga a buscar interpretaciones armonizadoras y esforzarnos por aceptar los lineamientos normativos y jurisprudenciales de la comunidad internacional.

En esta etapa de transición en la consolidación de un sistema relativamente joven como es el DIDH, el “margen de discrecionalidad” (aun con las diversas críticas doctrinarias) puede seguir siendo una herramienta útil para la resolución de situaciones de conflictos directos cuando se advierte una suerte de incoherencia como la aquí descrita por parte de la comunidad internacional que, por un lado, exhorta a la punición del negacionismo y, por otro lado, señala que tales legislaciones son incompatibles con el Pacto.

56. Ver: FILIPINI, Leonardo, “El derecho internacional de los derechos humanos no es un préstamo. Reflexiones sobre la crítica a los préstamos de Carlos F. Rosenkrantz”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 8, Número 1, (2007), págs. 191-202 y ROSENKRANTZ, Carlos, “En contra de los “préstamos” y de otros usos autoritativos del derecho extranjero”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 6, Número 1, (2005), págs. 71-95; SABA, Roberto, *A community of interpreters*, Yale Law School, New Haven, 2011.

Se trata en todo caso, de la búsqueda de soluciones intermedias que acomoden mejor un obrar más receptivo del derecho internacional sin comprometer en absoluto los posibles intereses nacionales en juego.

Las marchas y contramarchas que pueden suscitarse a nivel nacional e internacional son prácticas esperables, que no debieran causar sorpresa o aun peor desazón. Porque, como es sabido, el valor instrumental del derecho internacional de los derechos humanos, sea en su modalidad de efectos directos o indirectos, no aparece como algo evidente, sino que requiere de su consolidación en el tiempo. Que no es otra cosa que la invocación al poder nominador del derecho (en el sentido de conferirle una potestad performativa), en este caso al derecho internacional de los derechos humanos, de modo que con su aplicación se apele a un lenguaje común y se refuerce la protección y universalidad de los mismos.

Bibliografía

- ACKERLY, Brooke, *Universal Human Rights in a World of difference*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2008
- AGAMBEN, Giorgio, *Homo Sacer I- El poder soberano y la nuda vida*, Ed. Pre-textos, Valencia, 1998.
- AGAMBEN, Giorgio, *Lo que queda de Auschwitz. El archivo y el testigo. Homo Sacer III*, Ed. PRE-TEXTOS, Valencia, 2002.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Colección Derecho y Justicia, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.
- ARENDT, Hannah, *Eichmann en Jerusalén. Un estudio sobre la banalidad del mal*, Ed. Lumen, Barcelona, 2001.
- BALIBAR, Etienne y WALLERSTEIN, Immanuel, *Race, Nation, Class Ambiguous Identities*, Ed. Verso, London- New York, 1991, y “Un nuevo antisemitismo?” en *Antisemitismo. El intolerable chantaje. Israel-Palestina ¿una cuestión francesa?*, BALIBAR Etienne; WARSCHAWSKI Michel; BUTLER Judith, Ed. Canaan, Buenos Aires, 2009.
- BANKIER David- GUTMAN Israel (comps) *La Europa nazi y la solución final*, Ed. Losada, Madrid, 2005
- BARRERA ORTEGA, Abraham, “Negacionismo y libertad de expresión o de cómo frenar el discurso del odio” en *Holocausto y crímenes contra la humanidad: claves y recorridos del antisemitismo*, CRUZ DIAZ, José

- y RODRIGUEZ PRIETO, Rafael, coordinadores Ed. Anthropos, Barcelona, 2009.
- BENHABIB, Seyla, SHAPIRO, Ian, PETRANOVIC, Danilo, *Identities, Affiliations and Allegiances*, Ed. University Press Cambridge, United Kingdom, 2007.
- BLOCH, Pascal, "Response to Professor Fronza's the Punishment of Negationism", en *30 Vermont. L.Rev.* 627. (2006)
- BOYLE, Kevin, "Hate Speech- The United States versus the rest of the World?", en *53 Me. L. Rev.* 487 (2001).
- CASSEL, Douglass, "Does international human rights make a difference?", *Westlaw 2 Chi. J. int'l l.* 121, Chicago Journal of International Law, spring 2001.
- CODERCH, Pablo Salvador y RUBI PUIG, Antoni, "Genocide Denial and freedom of speech", en *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, octubre de 2008, *INDret* 4/2008, páginas 1-30).
- COHEN STANLEY, *Estados de negación. Ensayo sobre atrocidades y sufrimiento*, Depto. de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2005.
- COTLER, Irwin y GROSSMAN David, "State Sanctioned Incitement to genocide: the responsibility to prevent" en *Hate Speech and incitement to Violence*, Workshop Series, Columbia University School of La., en www.columbia.edu
- CHARNY, Israel, "A contribution to the psychology of Denial of Genocide", en *Journal of Armenian Studies*, Volume IV, Numbers 1 & 2: 1992, páginas 289-306 en. <http://www.naasr.org>
- CHARNY, Israel "A classification of Denials of the Holocaust and other genocides", Chapter 15, Denial of genocide, en *The genocide Studies Reader*, Edited by Samuel Totten and Paul R. Bartrop, Ed, Routledge, Taylor and Francis Group, New, York, 2009.
- CRUZ DIAZ, José, "Mas allá del consecuencialismo: la tutela penal contra el discurso negacionista en Francia" en *Holocausto y crímenes contra la humanidad: claves y recorridos del antisemitismo*, CRUZ DIAZ, José y RODRIGUEZ PRIETO, Rafael, coordinadores, Ed. Anthropos, Barcelona, 2009.
- FEIERSTEIN, Daniel, *El genocidio como práctica social. Entre el nazismo y la experiencia argentina.*, Ed. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2008.

- FEIERSTEIN, Daniel, *Memoria y representaciones*, Ed. Fondo de Cultura, Buenos Aires, 2012.
- FILIPINI, Leonardo, “El derecho internacional de los derechos humanos no es un préstamo. Reflexiones sobre la crítica a los préstamos de Carlos F. Rosenkrantz”, *Revista Jurídicas de la Universidad de Palermo*, Año 8, Número 1, (2007), págs. 191-202.
- FRONZA, Emanuela, “La protección penal de la memoria. Sobre el Delito de Negacionismo” en *Memoria y Derecho Penal*, Colección ¿Más Derecho?, compiladores Pablo D. Eiroa y Juan M. Otero, Ed. Fabián Di Placido, Buenos Aires, 2008.
- GARCIA ROCA, “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el tribunal europea de derechos humanos: soberanía e integración”, *La europea de los derechos: el convenio europeo de derechos humanos*, J. GARCIA TOCA Y P. SANTOLAYA (coordinadores), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.
- GARIVIAN, Sevane, “Derecho, Historia, Memoria. El negacionismo: ejercicio de una libertad o violación de un derecho?”, Inédito, en el marco del Seminario del Núcleo Memoria- IDES en la República Argentina del 13 de noviembre de 2009.
- GARIVIAN, Sevane, “Taking Denial Seriously: Genocide Denial and Freedom of Speech in the French Law”, en *The Cardozo Journal of Conflict Resolution*, vol.9, número 2, páginas 479-488.
- HILBERG, Raul, *Perpetrators, Victims Bystanders. The jewish catastrophe 1933-1945*, Nueva York, Harper Perennial, 1993.
- JONES Adam, *Genocide. A Comprehensive Introduction*, Ed. Routledge, USA, 2010.
- KUBLER, Friedrich, “How much freedom for racist speech? Transnational aspects of a conflict of human rights”, en *27 Hofstra L. Rev.* 335 (1998).
- LA CAPRA, Dominick, *Historia y memoria después de Auschwitz*, Ed. Prometeo, Buenos Aires, 2009.
- LIPSTADT, Deborah: *Denying the Holocaust: the Growing Assault on Truth and Memory*, Free Press, New York, 1993.
- LUTHER, Jorg, “El antinegacionismo en la experiencia jurídica alemana y comparada”, ponencia presentada en el Congreso “Historia, verdad, derecho” del 4 de abril de 2008 en Roma, publicado en *REDCE*, Número 9, Enero-junio de 2008.

- NEUMAN, Gerald, "Human rights and constitutional rights: harmony and dissonance", *STANFORD LAW REVIEW*, Vol 55:1863, 6/1/2003,
- PALERMO, Francesco, "Accommodating Differences: the present and future of the law of Diversity", en *30 Vermont L. Rev.* 441(2006)
- PASTOR, Daniel, *El poder penal internacional. Una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*, Ed. Atelier, Barcelona, 2006
- PIRALIAN, Helene, *Genocidio y transmisión*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2000
- POPPER, Karl, *La sociedad abierta y sus enemigos*, Ed. Paidós, Colección Surcos, Barcelona, 20006.
- RAFECAS, Daniel, "La perversa estrategia de negar el holocausto", en *Diario Clarín*, del 12 de febrero de 2009, página 23.
- RAFECAS, Daniel "El derecho penal frente a la Shoah", *Nuestra memoria*, Fundación Memoria del Holocausto, Buenos Aires, Año XIII, Número 23, -enero 2005, páginas 9-17
- RAFFIN, Marcelo, "Metaphysics, Politics, Truth: Genocide practices as a way of deploying de mothern paradigm", en *Rutgers Law Review*, Volumen 61:1, 2008, páginas 111-129.
- REYES MATE, Manuel *Memoria de Occidente. Actualidad de pensadores judíos olvidados*. Ed. Antrophos, Barcelona, 1997.
- REYES MATE, Manuel, *Memoria de Auschwitz- actualidad moral y política*, Ed Trotta, Madrid, 2003.
- REYES MATE, Manuel, *La herencia del olvido*, Errata naturae editores, Madrid, 2008.
- RICOEUR, Paul, *La memoria, la historia, el olvido*, Ed. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2008.
- ROSENKRANTZ, Carlos, "En contra de los "préstamos" y de otros usos autoritativos del derecho extranjero", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 6, Número 1, (2005), págs. 71-95
- SABA, Roberto, *A community of interpreters*, Yale Law School, New Haven, 2011.
- SABA, Roberto, "Desigualdad estructural", en Roberto GARGARELLA y Marcelo ALEGRE, (coordinadores), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Lexisnexus, Buenos Aires, 2007.
- SEMELIN, Jacques, *Purify and destroy. The political uses of massacre and genocide*, Columbia University Press, New York, 2007.

- SLIWINSKI, Sharon, "The Aesthetics of Human Rights", *Culture, Theory and Critique*, Routledge, New York, 2009, 50(1), 23-39
- SMIDDY; Linda, "An Essay on professor Fronza's paper: Should holocaust denial be criminalized?", en *30 Vermont L. Rev.* 645 (2006)
- SUAREZ ESPINO, María Lidia, "Comentario a la STC 235/2007, de 7 de noviembre, por la que se declara la inconstitucionalidad del delito de negación de genocidio" en *Indret, Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, Abril de 2008.
- TERNON, YVES, *El Estado criminal. Los genocidios en el siglo XX*, Ed, Península, Barcelona, 1995.
- TRAVERSO, Enzo, *La violencia nazi. Una genealogía europea*, Ed. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2002.
- TODOROV ,Tzvetan, *Los abusos de la memoria*, Barcelona, Ed. Paidós, 2000. TOTTEN, Samuel y BARTROP, Paul, *The genocide Studies Reader*, Ed, Routledge, Taylor and Francis Group, New, York, 2009.
- UMANSKY, Laura y ASSANDRI Adriana, "La negación del Holocausto. Un problema de metodología histórica", en *Nuestra Memoria*, Fundación Memoria del Holocausto, Buenos Aires, Año XIII, número 28, abril de 2007.
- VIDAL NAQUET, Pierre, *Los asesinos de la memoria*, Siglo XXI Editores, México, 1994.
- YOUROV, Howard Charles: *The margin of appreciation doctrine in dynamics of European court of Human Rights jurisprudence*, Kluwer Law International, Boston, 1996.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *La palabra de los muertos: Conferencias de criminología cautelar*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2011..

Sociología del Derecho, sexualidades e identidad de género

*Mario S. Gerlero**

Resumen

Para el análisis de la diversidad en la sexualidad y el género es necesario un abordaje crítico reflexivo de Sociología del Derecho y del campo jurídico. Es necesario, por las cuestiones de complejidad, no abordar el fenómeno mencionado desde una perspectiva única sino desde una serie de aportes considerados de relevancia que tiene como objeto terminar con la debilidad teórica y de la investigación. A partir de los derechos humanos como anclaje de la democratización de la sexualidad y de los estudios de identidad de género, éstos se han vuelto sinónimo del respeto por las libertades individuales y los valores de la aceptación de la diferencia.

El objetivo es evitar que en los relatos se anule la diferencia y se evite el tratamiento de la multiplicidad y de la pluralidad transdisciplinaria. Formular preguntas sobre los posibles nuevos sentidos jurídicos en la compleja realidad social y pensar situaciones no tenidas en cuenta por la vida académica en el Derecho es el eje central del presente texto.

Palabras clave: diversidad sexual - identidad de género - democratización de la sexualidad.

* Profesor de Grado y Posgrado en la Facultad de Derecho (UBA) y de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP), Director del Proyecto UBACyT "Sociología Jurídica y derechos sexuales: antecedentes, posibilidades, alcances y desafíos de la Ley 26.618 como política reparadora de derechos humanos".

Abstract

The analysis of sexual diversity and gender requires adopting a critical and self-conscious approach to the sociology of law and the legal field. It is necessary, due to the complexity of the issues, to approach the mentioned phenomenon not only from one perspective, but from a series of contributions deemed relevant which aim towards ending the theoretical weakness and that of the research. From human rights as anchor of democratization of sexuality and gender identity studies, these have become synonyms of respect for individual freedoms and the values of the acceptance of difference.

The goal is to prevent a narrative that neglects the difference and to avoid the treatment of the multiplicity and transdisciplinary plurality. The central axis of this text is to pose questions about possible new legal meanings in a complex social reality and to think about situations that are not considered by the academic life in the law.

Keywords: sexual diversity - gender identity - democratization of sexuality

1. Introducción a la reflexión transnormativa

a. En el contexto del campo jurídico, para el análisis de la diversidad sexual y la identidad de género, es necesario cuestionar severamente una Sociología del Derecho cautelosa cuya vocación, desde lo teórico y lo metodológico, mantiene y garantiza el orden social y los mecanismos de dominación desde la constante y supuesta única legitimación jurídica y judicial. La principal razón para lo expresado es la búsqueda de desplazamiento de “vínculos teóricos de clausura” o únicos relatos que anulan la diferencia y evitan el tratamiento de la multiplicidad y de la pluralidad. Esto implica intentar abrir y complejizar un cerrado paradigma de estudio de las sexualidades y la identidad de género en el campo jurídico.

Desde diferentes tradiciones de pensamiento y distintas visiones teóricas de la realidad social se desea extender el espectro de sustento teórico cuestionando la Sociología del Derecho hegemónica como el intento de enfoque monocorde (usando conceptos como “desviación” o “evasión institucionalizada”) en estudios relacionados con sectores silenciados y excluidos

de diferentes sistemas, incluso con escaso reconocimiento formal en el campo jurídico.

Es de remarcar, además, que en el mundo social los sistemas teóricos no son simplemente instrumentos de conocimiento, son también instrumentos de dominación que, asimismo, promueven la homogenización, ya que de la misma surge una integración social de un orden arbitrario. Los esquemas clasificatorios socialmente constituidos, como los que pueden provenir de una limitada Sociología Funcional, tienden a representar las estructuras que surgen como naturales y necesarias para los sectores que la dominan.¹ Éstos permiten, además, buscar en el objeto construido sistemas sociales que contribuyen a la realización de la estructura social y que reflejan las relaciones sociales perfiladas de acuerdo a sectores hegemónicos.

Por cuestiones de complejidad, es necesario no limitarse a abordar fenómenos socio-jurídicos desde una perspectiva única, sino de una serie de aportes considerados de relevancia que tienen como objeto terminar con la debilidad teórica y la investigación entre el área de una, por momentos, desalineada Sociología del Derecho. El estudio de un *fenómeno social concreto relevante* en el contexto de una sociedad multidimensional se puede realizar a partir de sus diversas dimensiones con metodologías y enfoques de diversas disciplinas. Un análisis socio-jurídico enrolado en los estudios de redes o sistemas complejos permitiría abordar un fenómeno social concreto relevante desde: a) una combinación e integración de teorías con valores y normas aceptables para abordar situaciones consideradas problemáticas por distintos motivos y b) múltiples experiencias y prácticas metodológicas con fuerte asidero en la vida cotidiana y en hechos sociales relacionados. Disparar preguntas sobre los posibles nuevos sentidos, hasta incluso no otorgar ninguna certidumbre a la compleja realidad social sería el rol de la Sociología Jurídica Reflexiva en un contexto de fragmentación y cuestionamiento a diversas instituciones. La idea de “red”, “sistema complejo” o “transdisciplina” no sólo facilita describir una estructura social, sino que implica introducir, incluir las condiciones dentro de las cuales los actores/

1. Las estructuras sociales y cognitivas están vinculadas recurrente y estructuralmente y la correspondencia que prevalece entre ellas proporciona uno de los pilares más sólidos de la dominación social. Las clases y los colectivos sociales antagonicos están continuamente comprometidos en una lucha por imponer la definición de mundo que resulta más congruente con sus intereses particulares.

sujetos/individuos adoptan libremente sus decisiones (no siempre racionales y concientes) pero a la vez intervinen en la transformación de manera comprometida. Permite, por sobre todo, moldear nexos entre posturas micro (sujeto/identidad) y lo macro (estructuras/normas). Con lo expuesto cobra sentido en un análisis de múltiples dimensiones (cuando se recurre a las redes sociales y al estudio de la complejidad) la comprensión del sentido de la acción social en el contexto del mundo de la vida del protagonista participante.

En el proceso de reflexión transnormativa, en un sistema complejo, multidimensional, surgen las siguientes aproximaciones a tener en cuenta tanto en la construcción teórica como empírica del estudio de un *fenómeno social concreto relevante*: 1) los fenómenos no son lineales, con diferentes matices, posibilidades, con numerosas fases y procesos dinámicos, adaptativos, manifiestan lo heterogéneo, la diversidad y las formas peculiares socio-culturales en relación con política jurídica y/o económica contextualizado por el tiempo y el espacio, y 2) muchas veces las dimensiones a recurrir desafían el sentido común que invita a tener presentes la incertidumbre y lo indecible, la combinación de las descripciones estructurales con la comprensión del sentido de las acciones de los protagonistas, las estructuras sincrónicas mutan, fluyen, son dinámicas, intervienen sentidos, motivos, intereses, necesidades numerosas.

b. En el caso del estudio de las sexualidades y de la identidad de género, si bien muchas veces significó: a) unilateralismo apelando al recurso de la autoridad y el prestigio de los actores que abordan la temática, b) banalización con la dependencia de la moda o modelos novedosos y de actualidad desinteresados del contexto de la investigación, más pendiente del paisaje del oportunismo político, c) superficialidad, insignificancia y carencia de todo aporte académico, más próximo al alegato militante que al tratamiento o el tratamiento de alcance y significación, también implicó e involucra relecturas de paradigmas teóricos y compromisos metodológicos en un contexto de complejidad.²

2. Reflexiones teóricas a partir de resultados parciales del Proyecto UBACyT (2011-2013) "Sociología Jurídica y derechos sexuales: antecedentes, posibilidades, alcances y desafíos de la Ley 26.618 como política reparadora de derechos humanos".

Esa situación acompaña a los hechos que se están produciendo en diferentes estructuras sociales latinoamericanas, como es el caso de la República Argentina, que protagoniza un proceso de transformación y resignificación en el campo jurídico con el ingreso de nuevos actores sociales que hasta hace poco tiempo permanecieron silenciados o, en todo caso considerados como desviados y con la sanción de leyes inclusivas como la Ley Nacional 26.618 (de matrimonio igualitario) y la Ley Nacional 26.743 (de igualdad de género). Para su abordaje, en el campo jurídico desde una Sociología Jurídica Reflexiva, se apela a un diálogo, a una necesaria confluencia y concurrencia de modelos, estudios, escuelas y teorías, algunas en debate pero que todas sumadas en una suerte de paradigma con pretensiones de ser “coral” que admiten una construcción en donde se cimienten posibles estudios empíricos para confirmar: i- la transición, la consolidación y la expansión socio-jurídica del concepto de ciudadanía plena (desde las teorías subjetivistas a la estructuración concretada en la vigencia de legislación que concrete los principios de los derechos humanos) y ii- el asegurar la plena existencia socio-cultural de diversas subjetividades e identidades, en este caso garantías jurídicas y judiciales de variantes sexuales y de género.

La variedad y diversidad de las experiencias de cada uno y de las colectividades humanas ponen en claro una precondition indispensable para la transición mencionada y para los cambios jurídicos aunque existe una marcada tendencia a ignorar, subvaluar y anular las situaciones mencionadas por medio de procesos de homogeneización forzada.

Reflexionar sobre las relaciones que ponen a prueba a la institución jurídica y especular cómo imaginar estructuras teóricas que permitan formular preguntas, contener análisis y conducir los estudios a diferentes respuestas. Queda claro que en el presente contexto se producen transformaciones en: a) la subjetividad colectiva, b) la producción cultural, c) la vida cotidiana, d) el proyecto de vida, e) las relaciones entre el ser y el otro, f) las condiciones laborales, g) las estructuras estatales, h) las relaciones interestatales e i) el sistema democrático. Estas situaciones, como ya se ha hecho referencia, generan: la pérdida de legitimidad de instituciones consideradas valiosas para el sistema socio-jurídico, la desaparición de las referencias sociales sólidas (numerosas ambivalencias y contradicciones), el ingreso y la búsqueda de consolidación de prácticas socio-jurídicas que fueron consideradas como subalternas, la reducción de las semejanzas entre los actores y el

aumento de la distancia social, y la exteriorización de las tensiones sociales y la presencia de los conflictos en un mismo espacio público-político.

2. El sujeto y la red de interacción en un sistema complejo

a. Los diversos caminos que recorrió la teoría social desde los años setenta y especialmente desde la década de 1980 fueron bocanadas de aire fresco. La historicidad, el poder, la subjetividad, la construcción (y la reconstrucción) y el compromiso con la transformación abrieron nuevos horizontes o reabrieron perspectivas con extensas tradiciones que hasta entonces habían quedado desplazadas. Posibilitaron así nuevas conceptualizaciones y renovados programas de investigación.³ Esta postura resulta de importancia para quitarle prevalencia al análisis objetivista y sus variantes: positivistas, funcionalistas o estructuralistas. Se deja de pensar en los fenómenos como algo que existe, como sistemas independientes de los actores y se rescata la idea de que el sujeto es el protagonista que lo crea y recrea. El protagonista de la descentralización de la retórica homogeneizante es el individuo, aquí es donde se centra la prioridad analítica para reflexiones sobre las normativas formales en un contexto multidimensional.

Importa, entonces, para redefinir y repensar el campo jurídico las acciones, el proceso de interacción, las expectativas y la imaginación social sobre cada uno de los actores que conforman el proceso y su sentido. Por lo expuesto, la sociedad no es una estructura rígida sino un proceso interactivo en permanente construcción que impacta y otorga diferentes sentidos a las instituciones jurídicas. Esta es una visión fluida ya que la estructura social se concentra en la constitución, el desarrollo del actor y cómo éste se relaciona simbólicamente con los demás sujetos. Aquí juega un papel decisivo el proceso de socialización y educación para dar cuenta del conocimiento que posee y del proceso cotidiano para adaptarse a su entorno, éstos son los mecanismos por los cuales los individuos en su quehacer cotidiano tratan de generar y mantener una sensación o un sentido de orden. La persona social es un ser humano activo y socialmente creativo, no un mero receptáculo de

3. Alejandro Grimson, *Los límites de la cultura: crítica de las teorías de la identidad*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2011, p. 21.

la estructura, está dotado de capacidad reflexiva, construye, reconstruye y deconstruye la realidad social que define y redefine su situación.

Las certezas se esfuman, se desvanecen, el sujeto se apropia de la narración. Es de remarcar que esta postura cuestiona de manera radical la idea de que haya aserciones, creencias o conocimientos simplemente verdaderos, pues reconstruye la idea de un mundo dado (las cosas como son) antes y al margen de las interpretaciones de los sujetos. Existen diferentes perspectivas, reflexiones “visionarias del sentido de la sociedad” que terminan en una complejización⁴ de la narración ya que cada sujeto posee una. El sujeto, entendido como mirada, es una singularidad a partir de la cual se abre un mundo y no una simple mirada sobre el mundo entendiendo esta singularidad como registro de lo que es. La mirada del otro no es simplemente otra máquina para percibir las imágenes, es otro mundo, otra fuente de fenomenalidad, otro punto cero del parecer. Esto es, cada una y cada uno tiene su singular manera de mirar la vida en sociedad, su perspectiva del mundo, pero éste, entonces, se da en el interior de un punto de vista singular. Todas ellas tienen la misma importancia, ninguna es más cierta o más real que otra, sólo puede haber confrontaciones de diferentes visiones o narraciones, ninguna puede ser reducida a una forma. Es así que el sentido que se le asigna a las acciones y a los valores está en cada actor que intenta interpretarlas, esto es, la estructura de significados nunca es segura, depende siempre de cada práctica interpretativa, ya no hay un solo sentido en la acción, en los valores, en los mensajes. El individuo queda cada vez más atravesado por presiones sociales donde existe una mayor incertidumbre frente a la pérdida de referentes, los sujetos y los pequeños colectivos se encuentran solos, con todo para construir pero inmersos en un mar de anomia que origina irresoluciones en su autonomía e inseguridad por su fragilidad. Frente a lo expuesto el Estado se transforma en un mero gestor de la incertidumbre de los individuos.

4. Directamente vinculado con los “sistemas complejos” que ponen en crisis la idea de que los fenómenos pueden ser siempre completamente revelados, entendidos y controlados, se trata de todo lo contrario, son visiones parciales, inestables y móviles, siempre en una constante redefinición, evolución, transformación, en confrontación con la idea de cerrado y mono-causal. En los “sistemas complejos” cohabitan interpretaciones múltiples. Los fenómenos, la sociedad... el mundo... es indeterminado, abierto, interpretable, plural y menos irrefutable.

b. Ahora bien, esta situación puede ser provechosa para los agentes, ese contexto puede permitir cambios y transformaciones no pensadas en diferentes momentos del siglo XX. Si el sujeto se aferra a las viejas instituciones, lo único que conseguirá es erigir monumentos a las propias limitaciones, porque eso es lo que las instituciones representan: la noción de los límites factibles. Tal vez sea el momento de promover diferentes alternativas e innovaciones en las instituciones (tanto normativas como organizacionales) comenzando a repensar las características y la función de la Sociología del Derecho en el campo jurídico. Por otro lado y en lo que respecta al agente, la fragilidad y la condición por siempre provisional de la identidad ya no se puede ocultar cuando se produce una crisis del vínculo social con el cambio de normas, de modelos y de terminología, esto provoca una desestabilización de los referentes, de las denominaciones y de los sistemas simbólicos anteriores. La dimensión identitaria, aunque sea compleja y oculta, atañe a un problema crucial: el de la subjetividad y el funcionamiento de las formas de individualidad. Como bien lo afirma Bauman⁵ “buscamos, construimos y mantenemos unidas las referencias comunitarias de nuestras identidades mientras, yendo de acá para allá, nos debatimos por ajustarnos a colectivos igualmente móviles que evolucionan rápidamente y que buscamos, construimos e intentamos mantener con vida, aunque sea por un instante pero no por mucho más”. Se debe dejar en claro que existe un desmoronamiento en la jerarquía de las identidades con la crisis y el desmantelamiento de las instituciones, y esto ha dado lugar a que los agentes (cada agente) sean los protagonistas del proceso de construcción de las identidades.

3. El rol de la Sociología del Derecho Reflexiva

a. Como bien lo afirma Bourdieu, la Sociología, tal como fue abordada, permite objetivar las relaciones de dominación, develar los mecanismos y proporcionar, al mismo tiempo, las herramientas intelectuales y prácticas que permiten a los dominados poner en entredicho su legitimidad. Esto es, con una confluencia de paradigmas se tienen herramientas que permiten que el conocimiento científico de los sistemas simbólicos hegemónicos se pueda hacer extensivo a compromisos con causas intelectuales urgentes, con temá-

5. Zygmunt Bauman, *Vida Líquida*, Paidós, Buenos Aires, 2005.

ticas fronterizas, no tratadas por las cosmovisiones socio-jurídicas prevalecientes. Desde la Sociología y desde la visión ya expresada de la Sociología del Derecho, se permite revelar las estructuras más profundas enterradas de los diversos mundos sociales que constituyen el universo social, así como los mecanismos que tienden a asegurar su reproducción o su transformación. La Sociología, como ciencia de la sociedad, entiende de manera bidimensional las relaciones de poder (estructura objetiva con articulaciones observadas materialmente e independiente de las representaciones) y las relaciones de significado entre grupos y clases, esto implica descubrir las estructuras más profundas, enterradas, de los diversos mundos sociales que constituyen el universo social, reconocer los mecanismos que tienden a asegurar su reproducción o su transformación⁶. En el caso de la Sociología del Derecho, como especialidad de la anterior, está abocada a intentar darle prioridad al análisis del sistema jurídico y judicial en una sociedad moderna altamente desigual, esta especialidad rescata como principal referente de la integración y el consenso social al mencionado sistema que tiene como función ser herramienta o justificación, con pretensiones de control y de simplificación

6. Es de remarcar, como bien lo afirma Bourdieu (2005,281), que el universo social tiene la peculiaridad de que sus estructuras llevan, por decirlo así, una doble vida. Son dos veces existentes: en la objetividad del primer orden material constituido por la distribución de recursos materiales y medios de apropiación de bienes y valores socialmente escasos (tipos de capital simbólico, económico, social, cultural) como también en la objetividad del segundo orden bajo la forma de sistema de clasificación, esquemas mentales y corporales que funcionan a manera de patrones simbólicos para las actividades prácticas (conducta, pensamiento, sentimiento) de los agentes sociales. Las divisiones sociales y los esquemas mentales son estructuralmente homólogos por estar genéticamente ligados, los segundos no son otra cosa que la encarnación de los primeros. Es más, la correspondencia entre estructura social y mental cumple funciones políticas cruciales. Los sistemas simbólicos no son simplemente instrumentos de conocimiento, son también instrumentos de dominación ya que de la misma surge una integración social de un orden arbitrario. Los esquemas clasificatorios socialmente constituidos por medio de los cuales se construye activamente la sociedad tienden a representar las estructuras de las que surge como natural y necesaria la dominación y el poder. Permite además buscar en el objeto construido por la ciencia las condiciones sociales de posibilidad del sujeto y los límites posibles de sus actos de objetivación. De manera que si se acepta que los sistemas sociales son producto social que contribuyen a hacer el mundo, que no sólo reflejan las relaciones sociales sino que ayudan a constituir las, entonces, dentro de ciertos límites, es posible transformar al mundo, transformar su representación.

de la realidad compleja, de las estructuras de dominación. Por lo expuesto, si la Sociología busca descubrir dichas estructuras, la Sociología del Derecho parte de ese contexto pero se concentra en las responsabilidades de la norma jurídica y las acciones judiciales (en el predominio de las normas jurídicas de la estructura social moderna) para legitimar la dominación y a su vez promueve acciones que cuestionen el paradigma normativo formal opresivo (homogéneo, asimilacionista y simplificador) por otro pluralista en pro de la diversidad.⁷

b. En el sentido de lo afirmado, la Sociología del Derecho entiende como una crisis de las instituciones jurídicas la suspensión del sentido común y del imaginario acerca de lo que se concibe por normas y organizaciones jurídicas, incluso comprende, también, como crisis la interrupción de las valoraciones positivas respecto de los sujetos que conforman dichas instituciones, se incluye, además, en esta situación de crisis la perturbación y el constante cuestionamiento acerca del imaginario social sobre la valía de las instituciones referidas. Se considera que la crisis es el período en el cual se produce una sensación colectiva de lo limitadas que son las instituciones vigentes para tratar temáticas o situaciones supuestamente novedosas. En la percepción generalizada, por diferentes motivos, parecería que los sentidos de las instituciones llegaron a su fin, y que éstas son obsoletas.

Frente a los temas expuestos queda claro que los poderes legítimos de los Estados se ejercitan sobre fracciones de la población o directamente sobre “comunidades ilusorias”. De allí, resulta dificultoso mantener una conexión estable entre el Estado y la Ciudadanía ya que el nexo entre el orden y el funcionamiento de las instituciones políticas y el status ciudadano es perturbado o cuestionado debido a los cambios en las estructuras políticas, sociales, económicas y culturales, que adquieren preeminencia en las relaciones, en los procesos y en las estructuras que se desenvuelven en la escala nacional. Es por esto que se afirma que las relaciones y estructuras de dominación, de integración, de antagonismos exigen nuevos conceptos o categorías de interpretación indispensables para pensar la temática de la sexualidad y el género.

7. Gerlero, Mario, *Introducción a la Sociología Jurídica*, Grinberg Libros Jurídicos, Buenos Aires, 2006, p. 14.

La crisis dispara preguntas sobre los posibles nuevos sentidos, hasta incluso no otorgar ninguna certidumbre a la compleja realidad social, a partir del citado texto de Alejandro Grimson. Esta situación identificada con crisis abre espacios de creación y de rechazo, permite dejar de lado una simplificación teórica de la visión de la realidad social para pensar y repensar las situaciones consideradas oscuras y complejas. Reflexionar sobre las relaciones que ponen a prueba a la institución jurídica y especular cómo imaginar estructuras teóricas que permitan formular preguntas, contener análisis y conducir los estudios a diferentes respuestas es el objetivo prevaleciente de este documento. De manera que se introduce el estudio desde el protagonismo del sujeto, su búsqueda para redefinir la identidad para luego reformular aspectos estructurales de una sociedad heterogénea, es por ello que en el camino se recurre a la óptica del modelo de Judith Butler (la performatividad) y la recepción que se realiza de la identidad reconfigurada en el campo jurídico, amparado en la concepción de los derechos humanos.

4. El derecho como forma de control frente a los derechos humanos

a. En dicho contexto el derecho es considerado un instrumento, una forma de legitimación, una forma de estructuración y a su vez una excusa o un mero enmascaramiento de los intereses y necesidades de los agentes con programas políticos-administrativos explícitos o implícitos referidos a diferentes fenómenos y problemáticas sociales. Permite ver la normativa formal como un dispositivo de control, muchas veces funcional a sectores y colectivos sociales con espacio de poder en el sistema social.

En el argumento expuesto, el derecho es una herramienta de control, de cambio y de legitimación, de acuerdo a la agenda y a la ejecución de las diferentes políticas adoptadas por entidades administrativas públicas y sus protagonistas, es un dispositivo en el complejo andamiaje de las políticas públicas⁸. Esto es: normativa formal emanada de los operadores que depende

8. El derecho es considerado como el conjunto de normas vigentes formales originadas en los intercambios de expectativas de sectores prevalecientes, situados en una comunidad en constante tensión por su fragmentación. Encuentra su legitimación, no sólo en el espacio de poder del sector con ánimo de dominio sino además cuando, supuestamente,

de manera directa o indirecta del programa o proyecto (sistematizado o no) de una Administración, donde se destaca la presencia de gobernantes especializados (autoridad) y de mecanismos persuasivos o coercitivos de gobierno que buscan, *en apariencia*, la integración y el desarrollo armonioso en sociedades complejas con el fin de recrear o mantener –supuestamente– la conciencia colectiva, la existencia y el desarrollo armonioso de la sociedad en su conjunto, claro está, con la posibilidad de que las órdenes sean obedidas. Sujetos aparentemente garantes del interés colectivo, dotados de legitimidad y con reglas propias, y *supuestamente* disociados de aparatos económicos, políticos y religiosos.

Por lo tanto la Sociología del Derecho, desde una concepción multidimensional y en un contexto transdisciplinario, pone en crisis la idea de instituciones jurídicas identificadas con el sentido común y el imaginario acerca de lo que se concibe por normas y organizaciones jurídicas, incluso reflexiona sobre las valoraciones positivas respecto de los sujetos que conforman dichas instituciones y cuestiona el imaginario social sobre la valía de las instituciones referidas. Un enfoque multidimensional produce, en el observador, una sensación colectiva de lo limitadas que son las instituciones vigentes para tratar temáticas o situaciones supuestamente novedosas. En la percepción generalizada del académico parecería que los sentidos de algunas de las instituciones llegaron a su fin, de que pueden ser obsoletas en un contexto de pluralismo de dimensiones.

Desde una Sociología del Derecho *identificada e inserta* en un marco multidimensional el punto de partida para el estudio y análisis de un *fenómeno social concreto relevante* es, entonces, trabajar con alternativas al poder teórico hegemónico y entender que el mero hecho de colocarse ahí es ya un principio que socava el encorsetado y las limitaciones teóricas y metodológicas. Implica trabajar situándose fuera del poder establecido y considerado válido y único como respuesta para conocer, interpretar y explicar

se adecuan a las circunstancias históricas de la mencionada comunidad fracturada. Su principal objeto es intentar regular la vida social e institucional desde un buscado y necesario conformismo de los actores, con el objeto de garantizar la competencia y facultad de satisfacer expectativas individuales y/o grupales de acuerdo a los valores institucionalizados de manera hegemónica. Se presenta como una sofisticada técnica (herramienta o instrumento) de organización social que contribuye a la implementación de un orden, a la realización de un modelo organizativo social posible producto de un dudoso consenso.

fenómenos. Es reparar en un contexto complejo, que no se circunscribe al mero hecho de tener en cuenta dimensiones sociales, culturales, políticas, económicas, históricas y/o geográficas, incluso va más allá: cada una de estas dimensiones puede ser profundizada como por ejemplo “la dimensión social” cuando en éstas surgen situaciones de segmentación, tensiones, exclusión, estructura de dominación, por diferentes motivos. La presente tiende a enfrentarse a todo mecanismo de neutralización de los fenómenos sociales que llevan con el tiempo a hacerlos pasar como naturales, al mostrar a los agentes sociales los resortes del control y la opresión les brindan argumentos susceptibles de poner en juego acciones políticas. Como bien lo afirma Bourdieu⁹ la mencionada disciplina puede ser un contrapoder garante de la democracia ya que suministra instrumentos al ejercicio normal de la crítica de las ilusiones sociales y permite fundar un utopismo realista alejado de los voluntarismos, siguiendo esta línea la Sociología del Derecho lo es al terminar facilitando herramientas para un observatorio del mundo jurídico y judicial, denunciando prácticas que atenten contra: las políticas de las identidades y la política de la diversidad, en último término develando toda la búsqueda de acallar el multiculturalismo desde sectores hegemónicos en un contexto de “comunidad ilusoria” creada y recreada por diferentes redes, colectivos y organizaciones con espacio de poder en la estructura social y legitimadas jurídicamente por los actores que controlan el campo.

b. Frente a la situación descrita, el recurrir a los derechos humanos resulta para la Sociología del Derecho un punto de partida (pero a la vez una aspiración y meta) para poder integrar las múltiples dimensiones (de estudios, disciplinas y métodos) de *fenómenos sociales concretos relevantes*. Así, el concepto de derechos humanos puede predicarse respecto de todo ser humano por el solo hecho de ser tal y en cualquier sociedad, de allí la universalidad de la noción y su diferencia con los derechos de los hombres libres.¹⁰ Su universalidad no puede sino conducir a su igualdad que reconoce como corolario la no discriminación como forma de deslegitimar, declarar-

9. Pierre Bourdieu, *Una invitación a la sociología reflexiva*, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2005.

10. Pinto, Mónica, *Temas de derechos humanos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2009, p. 10.

do ilegal toda diferencia que tenga por objeto cercenar, conculcar, afectar o impedir el goce y ejercicio de derechos humanos. Se trata de las prácticas y medios por los que se abren espacios de emancipación que incorporan a los seres humanos en los procesos de reproducción y mantenimiento de una vida digna. Aun cuando se encuentran protegidos por la mayoría de las legislaciones internacionales, los derechos humanos suponen una base moral y ética que la sociedad considera necesaria respetar para proteger la dignidad de las personas.

La noción de derechos humanos conlleva ínsita la relación Estado-Individuo, esto es, si el último es el titular de los derechos protegidos, el primero es su garante. Son las **facultades, libertades y reivindicaciones inherentes a cada persona** por el solo hecho de su condición humana. Esto quiere decir que se trata de derechos inalienables (nadie, bajo ningún concepto, puede privar de estos derechos al sujeto más allá del orden jurídico existente) e independientes de cualquier factor particular (raza, nacionalidad, religión, sexo, entre otros ejemplos). Los derechos humanos también son irrevocables (no pueden abolirse), intransferibles (una persona no puede “ceder” estos derechos a otra) e irrenunciables (nadie puede renunciar a sus derechos básicos).

Según Eduardo Russo¹¹, los derechos humanos son los derechos fundamentales de la persona humana, tomando ésta en sus tres dimensiones: física (correlato de la dimensión biológica, la vida, la salud, la integridad física), psíquica (implica la libertad o autonomía de la persona, pensar, expresar sus ideas, actuar en consecuencia) y social (la igualdad en la diversidad, la ciudadanía plena).

Partiendo de estas tres dimensiones puede ordenarse derechos fundamentales reconocidos y reivindicados a la persona humana. Entonces, afirma el mencionado autor, que el desplazamiento del concepto “catálogo de derechos” por el de derechos fundamentales de la persona humana permite afirmar que, más que hablar de una temática de los derechos humanos se debe hablar de una problemática de esos derechos, lo que, en otras palabras significa resaltar el dinamismo de la cuestión por oposición a la visión estática de la tradicional concepción de los “derechos subjetivos” (persona como portadora de derechos y obligaciones). En la concepción dinámica los derechos no son cualidades o predicados de las personas sino su propia definición, una persona no tiene derechos (como podría tener diferentes bienes),

11. Russo, Eduardo, *Derechos Humanos y garantías, del derecho al mañana*, Eudeba, Buenos Aires, 2009.

“una persona es el conjunto de sus derechos y de su ejercicio”¹². La persona lleva implícito el concepto de derechos.

Los diferentes derechos humanos¹³ son, entonces, un conjunto de prerrogativas inherentes a la naturaleza de la persona, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral del individuo que vive en una sociedad jurídicamente organizada. Tal vez los fundamentos de los derechos humanos más relevantes se encuentren en las transferencias de poder que se producen entre los grupos sociales, así como las instituciones en que se articulan y las lógicas que inspiran las relaciones sociales en un acuerdo racional alcanzado por consenso y que se cimientan en la experiencia socio-cultural y la conciencia moral. Aseguran las condiciones que permiten crear una relación integrada entre la persona, los grupos, la estructura social y la estructura formal-estatal.

5. La temática de las sexualidades y de la identidad de género

a. A partir de los derechos humanos como anclaje (punto de partida, aspiración y meta) de la democratización de la sexualidad y de los estudios de identidad de género, éstos se han vuelto sinónimo del respeto por las libertades individuales y los valores de la aceptación de la diferencia, de manera que se ha conformado uno de los ejes mediante los que un estado puede definirse a sí mismo como democrático y moderno.¹⁴

Se trata de un proceso de ampliación y profundización de derechos entre los cuales se destacan la igualdad, el respeto y la garantía de las diferencias en cuestiones de las sexualidades y de la identidad de género. Esta situación lleva, de manera necesaria, a despojarse de los dogmatismos y

12. Edgardo Russo, *op. cit.*, p. 74.

13. Los derechos de *primera generación* son los derechos civiles y políticos, vinculados con el principio de libertad. Generalmente se consideran derechos de defensa o negativos, que exigen de los poderes públicos su inhibición y no injerencia en la esfera privada. Por su parte, los *derechos de segunda generación* son los derechos económicos, sociales y culturales, que están vinculados con el principio de igualdad donde se exige para su realización efectiva la intervención de los poderes públicos, a través de prestaciones y servicios públicos. Por su parte, la *tercera generación de derechos*, se vincula a la solidaridad, la paz, la calidad de vida, entre otros ejemplos.

14. Leticia Sabsay, *Fronteras sexuales: espacios urbanos, cuerpos y ciudadanía*, Paidós, Buenos Aires, 2011, p. 31.

empecinamientos teóricos en el área de la sociología que aborda el campo jurídico, ya que resultaría necesario recurrir a una pluralidad de modelos y de metodologías que permitan trabajar los fenómenos desde múltiples dimensiones, rescatando siempre la reflexión crítica. Surge como protagonista, en el campo jurídico, un proceso de *aggiornamento* en la teoría y en la investigación como efecto del agenciamiento, a través del derecho y la gestión de diferentes reparticiones de la administración pública, de las construcciones históricas de las subjetividades donde actores en interacción constituyen una compleja red de relaciones que dan un nuevo sentido al campo jurídico y a sus saberes. Si se pudiera referir a un *modelo estándar* a ser utilizado éste debería surgir del abordaje de múltiples dimensiones con una orientación crítica y cuestionadora del sistema vigente por razones simples: el alto impacto en la estructura jurídica-judicial y la vocación de la misma a ser un colectivo identificado con la resistencia a cualquier intento de transformación social con notorios ejemplos de intransigencia a la inclusión y empoderamiento de sectores sociales excluidos. Por esta razón resulta importante, en el estudio de la configuración de distintas tradiciones teóricas del pensamiento en las ciencias sociales y en la disciplina jurídica, trabajar las experiencias de ruptura social que Robert Castel (2010: 229) llama “desafiliación” o “desconexión social” respecto de las regulaciones institucionales formales a través de las cuales, por lo general, la vida social se reproduce y se renueva. Los excluidos o desafiliados son aquellos actores que no participan de ninguna manera en los procesos de intercambios regulares en las redes de riqueza y reconocimiento social, esta situación genera inestabilidad social, cultural, económica, afectiva, política...¹⁵

15. Robert Castel, *El ascenso de las incertidumbres: trabajo, protecciones, estatuto del individuo*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, p. 245.

La exclusión se da, entonces, en aquello que está fuera de los circuitos vitales de los intercambios sociales, nombra situaciones que se traducen en una degradación respecto de una posición anterior (situación vulnerable). El excluido poblaría la zona más periférica caracterizada por una relación perdida, de falta de reconocimiento y por el aislamiento social, por lo general es producto de cómo se deshacen las solidaridades y aparecen déficit específicos. La exclusión no es la marginación aunque puede conducir a ella. Se podría destacar tres momentos: la vulnerabilidad creada por la degradación de las relaciones, la marginación como un déficit en la integración y la exclusión. Las dos primeras categorías implican una “amenaza de exclusión”. La noción de marginal se asocia con la movilidad social, las situaciones sociales inestables y cierto cosmopolitismo.

b. En el presente contexto y como forma de enfrentar la reiterada injusticia¹⁶ (legitimada desde el biopoder¹⁷ y acompañada con los mitos de la solidaridad comunitaria¹⁸) se pone en evidencia la diversidad sexual y la identidad de género. Para algunos es vista apenas como una parte de un todo, no como algo que marca las decisiones y acciones de reivindicación, en la estructura socio-jurídica implica una política revisionista de decisiones, acciones y agendas (políticas). Otros actores ven a la temática no necesariamente como una cuestión de permanecer (o no) en el *closet*, sino una resistencia al *mercadeo de la identidad* (producto de diferentes

Lo expuesto es lo que se podría considerar como postura de la “teoría anfitriona” en los estudios socio-jurídicos, es el punto de partida e idea que facilita la síntesis integradora del fenómeno de la diversidad sexual y de la identidad de género.

16. Una de las formas en que se exteriorizan las sanciones se relaciona con la homofobia, lesbofobia y transfobia (Gerlero, 2008). Por tal motivo y frente a su importancia vale hacer la siguiente aclaración respecto a su presencia constante en sociedades marcadamente heterosexistas y falocentristas. Si se tomara la categoría “homofobia” (e intentando hacerla extensiva a la reacción socio-jurídica frente a la vida lésbica o trans) resultaría necesario distinguir dos tipos: a) “homofobia difusa”, no se dirige a ningún individuo en particular sino a los homosexuales o a la homosexualidad (vg.: bromas, burlas, prejuicio), y b) “homofobia directa”, actitudes de rechazo o desvalorización a los gay y a las lesbianas. Cabe destacar que se está ante la presencia de “clima homofóbico” cuando existen manifestaciones constantes (frecuentes o diarias) o exacerbadas (con incidentes como pueden ser el despido de un trabajo), con hostilidad abierta hacia gays, lesbianas y trans.

17. El biopoder o *una tecnología centrada sobre la vida*, que también implica el estudio y la gestión del cuerpo de la población. Se trata de una tecnología de seguridad reguladora de los cuerpos ubicados en procesos biológicos. Los trabajos de Michel Foucault sobre el poder viraron el foco de atención desde el estudio de las sociedades disciplinarias y el modelo del panóptico hace la biopolítica, es decir hacia la tesis más general según la cual la política moderna ha sido y sigue siendo una política de y sobre la vida. Una política no tanto de la represión o supresión de lo viviente sino de su potenciación selectiva. Es de esta manera que se comienza a dar sentido a lo que sería, con posteridad llamado el “paradigma biopolítico” o las capacidades para controlar, gestionar, remodelar o modular capacidades vitales de los seres humanos.

18. A partir de Richard Sennett (2001). Implica la obediencia a un sistema normativo, la creencia en la paridad y participación real de todos los actores que la conforman, la pérdida de situaciones de confrontación, la inexistencia de exploración y realización del sujeto a partir de sus propias expectativas y necesidades, una fuerte idea de sentimiento común, comprensión mutua, se refuerza el mito de la comunidad de todos y para todos con un fuerte relato aglutinador y simplificador de la vida cotidiana.

estereotipos). En cambio para otros sectores se trata de una “obra misionera” (en el sentido de promover conductas en donde existen oprimidos y hegemonías intolerantes heterosexistas) donde se busca la liberación política, donde se promueve diferentes variantes de las políticas de la identidad. Hay, entonces una tensión que se refleja en el activismo, la militancia, la gestión en las acciones de las agencias del gobierno e incluso en el sentido de la normativa jurídica. Por lo tanto se podría destacar por un lado la existencia de la búsqueda de la integración social y por el otro el enfrentamiento con el mencionado sistema, esto es inclusión (identificada con ciudadanía plena que busca desprenderse de consideraciones contraculturales) en oposición a la resistencia al estereotipo de la identidad (mantener la diversidad cultural con una impronta de vanguardista). En una estructura heterosexista existen agentes (los colectivos lésbico, gay, trans) que buscan promover políticas como las expuestas.¹⁹

De todos modos la situación de tensión (por medio y/o metas diferentes en los colectivos) plantea dificultades específicas de consenso y coordinación de las actividades, en especial aquellas referidas a la constitución de un movimiento, un colectivo con amplia participación en el espacio público-político, en todo lo atinente a la intervención, a las decisiones y acciones de la Administración Pública que hagan referencia directa o indirecta a la orientación sexual y a la identidad de género. Es de importancia aclarar que la conquista de las libertades sexuales y de género que terminó con el mito de la solidaridad comunitaria (en el sentido antes expuesto) se hizo gracias al refuerzo de una sociabilidad específica e, indirectamente, de una segregación.

19. Dentro de las actividades de programadas en el mencionado Proyecto UBACyT se realizaron y se realizan entrevistas a dirigentes de diferentes organizaciones que integran los colectivos mencionados.

Ejes de las entrevistas: origen del ingreso a las asociaciones, intereses y necesidades de sus miembros, motivación y compromiso de los mismos, características e involucramiento en las decisiones, características e impacto de las acciones, conflictos de expectativas y conflictos normativos.

Organizaciones a las que pertenecían los sujetos entrevistados: “Federación Argentina de lesbianas, gays, bisexual y trans”, “Comunidad Homosexual Argentina”, “SIGLA”, “Las Fulanas”, “Cóncavos y Convexos”, “Osos de Buenos Aires”.

Lo que se hace desde diferentes actores es tratar de promocionar, fomentar, potenciar y crear espacios sociales públicos-políticos donde los actores se ven obligados a enfrentarse y a afrontarse, implica una reconstitución de la concepción del poder público, no una destrucción del mismo. Desde la incorporación a la agenda político-administrativa de aspectos “invisibles” de temas relacionados con la sexualidad y el género a redefinición de las garantías jurídicas, todas las posibilidades son válidas para la reformulación del mencionado espacio²⁰, es así que se puede redefinir el sentido de vergüenza o indiferencia en términos positivos como es el del “orgullo”. Se busca y se logra el reconocimiento del carácter social en la construcción identitaria en la orientación sexual y en la identidad de género. La politización de la sexualidad y el género indaga y consigue el respeto y el reconocimiento de manera positiva en las normas (informal y formal) de la vida elegida. Presupone la correspondencia entre vida privada y pública, derechos y responsabilidades del ciudadano en un contexto de diversidad.

Es decir, ya no es para nada suficiente una legislación antidiscriminatoria ya que se busca y se obtiene el reconocimiento y el efectivo cumplimiento de derechos sociales, políticos, civiles, económicos. Claro está que edificar una sociedad donde los hombres afronten las diferencias que rodean a los sujetos, diferencias entre los que son homosexuales, lesbianas y trans y aquellos actores que no lo son, requiere transformaciones en la estructuración de la vida, en las prácticas que se institucionalizan. Requiere algo más que derecho, exhorta e interroga sobre valoraciones, prejuicios de actores sociales en situaciones de poder (vg. un funcionario del registro público, un juez, un académico, entre otros múltiples ejemplos de sujetos que se podrían identificar como protagonistas de la resistencia a la transformación e inclusión social).

20. Es de destacar que no sólo se debe limitar al refuerzo de las libertades sexuales (Derechos Individuales) sino que se debe buscar la consagración y la efectividad en la igualdad de derechos, esto implica la existencia de Derechos Colectivos y un replanteo explícito de la ciudadanía y la cohesión social. De todos modos es mejor que sean los hombres los forjadores del cambio histórico a que éste venga condicionado por el diseño funcional de un plan experimental que “ha de ser llevado a cabo” por programas voluntaristas puestos de moda y promocionados por alguna entidad nacional o internacional.

6. La administración pública y las políticas públicas de inclusión de la diversidad

a. Un reconocimiento político real de la diferencia (en la temática de la sexualidad y la identidad de género) tendría en cuenta la contemporaneidad de los “otros” que tienen sus propias historias que contar, otorgándole al “diferente” un grado de autonomía. Esta situación daría la posibilidad de que existieran trayectorias de relativa independencia, es decir, aceptaría la posibilidad de la coexistencia de una multiplicidad de historias²¹. Se trata de una visión inclusiva, el otro está presente, implica reconocer que hay más de una historia desarrollándose en el mundo y que esas historias tienen al menos una relativa autonomía.

Sin embargo para que coexistan múltiples historias (presencia de agrupamientos con diferentes códigos e identidades culturales) debe haber un espacio.²² Esas experiencias se procesan y se organizan a través de la capacidad de construir sentidos, en tanto involucran al mismo tiempo el proceso de pensar, de sentir y de desear todo situado o incorporado en un contexto, circunstancia y dinámica social particular. Resulta crucial para la conceptualización del espacio/especialidad el reconocimiento de su relación esencial con las diferencias coexistentes, es decir con la multiplicidad, de su capacidad para posibilitar e incorporar la coexistencia de trayectorias rela-

21. Michael Pollak, *Memoria, olvido, silencio: la producción social de identidades frente a situaciones límites*, Ediciones Al Margen, Buenos Aires, 2006.

22. Se pueden destacar las siguientes características del espacio social: a) el espacio hace referencia a una red social de actores con prácticas, expectativas y perfiles semejantes donde se efectúa la socialización de aquel que resulta o es considerado por los demás participantes de la mencionada red como neófito, b) son producto o se originan en una “ingeniería” política y administrativa para traer capital, negocios, poder y están referidos a la creación de imagen y legado cultural, c) no siempre es voluntario o querido, su constitución excede el interés de cada actor, d) de construcción continua, integrado por sujetos y situaciones diversas que pueden generar tensiones debido a las diferentes expectativas, e) pueden ser reales (físicos) como virtuales (nuevas tecnologías en la comunicación), f) en su seno aprende tanto a no temer los comportamientos identificado con el colectivo como a distinguir a los varones homosexuales de los que no lo son, g) recibe información sobre lugares de carrera que desconocían y sobre otros homosexuales de la ciudad, h) el espacio no se limita a elementos físicos de sociabilidad homosexual, al mismo se le agrega una red de interacción.

tivamente independientes desde la fragmentación de las sociedades aparentemente homogéneas.

Entonces se debe reconocerse y promover el espacio como esfera del encuentro –o desencuentro– de esas trayectorias, un lugar donde coexistan, se influyan mutuamente y entren en conflicto. En otras palabras, el espacio es por naturaleza una zona de “disrupciones” y una fuente para la producción de *nuevas* trayectorias, *nuevas* historias. Es un nacimiento de producción de espacios nuevos, identidades nuevas, relaciones y diferencias nuevas. El espacio es producto de interrelaciones, se constituye a través de interacciones, desde lo inmenso de lo global hasta lo ínfimo de la intimidad. Se trata de la esfera de la posibilidad de la existencia de la multiplicidad²³ donde coexisten distintas trayectorias, las que hacen posible la existencia de más de una voz. Si el espacio es en efecto producto de interrelaciones, entonces debe ser una cualidad de la existencia de la pluralidad de distintas “identidades simbólicas” en el ámbito de las creencias político-jurídico.²⁴

23. La expansión del circuito comercial de entretenimientos nocturno para el colectivo, luego de la apertura de democrática, se dio conservando la discreción que caracteriza a la sociedad homosexual en el espacio público desde períodos anteriores. Se mantiene como constante que lugares de encuentros gays como pueden ser los “boliches” pasen desapercibidos. Con el tiempo y el éxito turístico en grandes centros urbanos como el de la Ciudad de Buenos Aires los lugares se hacen más visibles, pero no son todavía numerosos los espacios públicos-políticos, es este caso se podrían destacar dos eventos con gran éxito: la Marcha del Orgullo y el Festival de Cine Gay/Lésbico “Diversa”.

24. A partir de Boaventura de Sousa Santos en “La transición postmoderna: derecho y política”, *DOXA*, N°6, 1989 y “Los nuevos movimientos sociales”, Observatorio Social de América Latina (OSAL), Septiembre de 2001, Buenos Aires, se puede rescatar la siguiente reflexión: la idea de una racionalidad global de la vida social y personal acaba por desintegrarse en una multitud de mini-racionalidades al servicio de una racionalidad global incontrolable e inexplicable. Con esta situación existen fragmentos con creación de espacios alternativos que originan una búsqueda de un nuevo sentido común. Se está en una nueva y compleja red de subjetividades que pone en crisis el colectivismo social y la cohesión social con la aparición de una proliferación de comunidades interpretativas políticas y jurídicas, de esta manera se “descanoniza y trivializa” el derecho. De todos modos se remarca el carácter dinámico de una estructura (casi un contrasentido) en un contexto de inclusión objetiva (como puede ser el acceso de los mencionados actores a las instituciones) y subjetiva (en lo referente al grado de identificación, de expectativas y del perfil de cada actor). Este espacio comunitario es el producto de una construcción social, de vivencias dotadas de significación para los actores con sentido compartido que implica

Resulta importante rescatar la reflexión que realiza, en diferentes trabajos, Federico Schuster²⁵ sobre la construcción de la ciudadanía en una sociedad moderna, el autor destaca que se ofrecen dos dimensiones de análisis: la asignación del goce de derechos y garantías básicas a los individuos por parte del Estado y la capacidad de esos individuos de asegurar su reconocimiento pleno por medio de la participación en el espacio público. Espacio público y ciudadanía son hoy dos conceptos que se necesitan mutuamente en tanto indican la doble dimensión del ciudadano: como sujeto pasivo del goce de derechos y como sujeto activo en la producción de tales derechos. En el mundo actual esta doble dimensión se articula en forma problemática y conflictiva, en tanto los derechos no son necesariamente garantizados de modo universal por todos los estados a todos los ciudadanos y por otra parte, las necesidades y demandas se extienden y transforman al punto de que el espacio público es el lugar de redefinición de derechos y garantías. Es por esto que hoy la ciudadanía está puesta en cuestión por un proceso de desigualdad creciente que no sólo ha afectado claramente los derechos sociales, sino también ha puesto en crisis, por insuficientes, los derechos políticos e inclusive los derechos civiles. De allí, resulta dificultoso mantener una conexión estable entre el Estado y la ciudadanía ya que el nexo entre el orden y el funcionamiento de las instituciones políticas y el status ciudadano es perturbado o cuestionado debido a los cambios en las estructuras políticas, sociales, económicas y culturales, que adquieren preeminencia en las relaciones, en los procesos y en las estructuras que se desenvuelven en la escala nacional.

b. Las diversas pretensiones de los agentes son puestas en escena (intereses, inquietudes, demandas u obstáculos que es necesario sean reconocidas). El resultado es la conformación de una agenda compleja en donde

una directa contestación o resistencia, a la sociabilización formal (memoria oficial) y a los poderes del Estado, creando espacios de luchas sociales: individuales y colectivas. Esta política horizontal y las formas de participación pueden ser consideradas como base de una nueva cultura política y una nueva calidad de vida personal y colectiva basada en una autonomía, descentralización y democracia participativa, con las posibilidades de hacerla extensiva a toda la estructura social.

25. Federico Schuster, *Tomar la palabra: estudios sobre la protesta social y acción colectiva en Argentina contemporánea*, Buenos Aires, Prometeo, 2005.

aquellas necesidades de los distintos actores sociales con diferentes espacios de poder se encuentren presentes en las diferentes agencias de gobierno. Esto significa que no todos los problemas logran captar la atención de la Administración Gubernamental y ubicarse dentro de los temas prioritarios de dicha organización. Algunas cuestiones son aceptadas, otras alteradas o simplemente descartadas, todo, claro, resultado de las influencias. La agenda pública²⁶ permite determinar quiénes son los que efectivamente definen y justifican los problemas públicos, cuáles grupos y organizaciones tienen la fuerza de transformar cuestiones sociales en públicas y en prioridades de gobierno y revela cuál es la estructura de poder que domina efectivamente la política pública. Es por esto que es necesario recurrir al “proyecto o programa administrativo-político”²⁷ o al plan o concepción que el actor social administrativo (diferentes agencias del Estado) tiene sobre los objetivos y estrategias a seguir por las agrupaciones de manera especial en el espacio público-político. Este proyecto o programa es, entonces, un esquema o bosquejo flexible, más o menos explícito donde se menciona el diseño y el modo de concretar la administración organizacional que se pretende en el presente, con referencia al pasado y dirigida al futuro en dos vertientes: la interna a la organización y la externa referida al contexto social, cultural y político-judicial. Es decir que en el proyecto o programa existe, por un lado una vertiente administrativa y de gestión y por el otro una proyección política dirigida, en especial, a la administración pública. El “proyecto o el programa” depende de la persona que intenta formularlo o recrearlo, de su perfil, del rol en la institución y del consenso existente en la organización analizada. Como todo impulso antes y desde el “proyecto o programa administrativo-político” se genera una movilización que tiende a materializarse en cambios que crean y/o sustituyan formas sociales, culturales, políticas y jurídicas concretas entre las que se destacan la producción de sentidos sociales que coadyuvan a renovar o transformar las estructuras sociales. Se trata de un procedimiento complejo de demandas de reconocimiento que

26. Con el tiempo se debería diferenciar la “agenda pública” abstracta, llena de principios y generalidades referidas a obtener visibilidad y consenso general de la “agenda de gobierno” específica, concreta y más acotada con reconocimiento de los funcionarios y políticos encargados de la Administración Pública.

27. Gerlero, Mario, *Introducción a la Sociología Jurídica*, Grinberg Libros Jurídicos, Buenos Aires, 2006.

va acompañado de un redimensionamiento positivo de la misma diversidad ya que permite que aparezcan las demandas socio-culturales en el contexto jurídico-político. Implica el reconocimiento recíproco (no la asimilación o la transformación) de las diferencias socio-culturales, reconocimiento que proviene de la administración, en especial del área jurídica y judicial. Esta situación permite combinar la protección jurídica y judicial con la necesaria y efectiva promoción y protección de la organización de la diversidad en el contexto de la autonomía. Las políticas públicas de gestión que consideran otorgar poder a los sectores excluidos hacen explícita referencia al reconocimiento de que dichos sectores son titulares de derechos que obligan al Estado.²⁸ Al introducir este concepto se procura cambiar la lógica de los procesos de elaboración de políticas, para que el punto de partida no sea la existencia de personas con necesidades que deben ser asistidas, sino sujetos con derecho a demandar a las agencias estatales determinadas prestaciones y conductas. Las acciones que el Estado emprende, en este campo, no son consideradas sólo como el cumplimiento de mandatos morales o políticos, sino como la vía escogida para hacer efectivas las obligaciones jurídicas, imperativas y exigibles, impuestas por los tratados de derechos humanos.

Se requieren, por consiguiente, nuevas aproximaciones a lo social, un ámbito que se ha enriquecido y se ha ampliado significativamente en virtud del “redescubrimiento” de las identidades, nuevos enfoques de atención y precisiones discursivas que establezcan la interfaz entre el discurso y la práctica social. En segundo término, se generan exigencias movilizadoras, que requieren un sujeto distinto: informado, reflexivo y activo, dispuesto a participar activamente en los procesos de configuración social. En tercer término, se exige un tipo de planificador social que asuma un rol de facilitador y conductor de procesos, ajustado a la perspectiva del Estado como medio y como organizador de un sistema de protección integral, que articule

28. Se trata de la generación de una corriente de opinión pública que promueva el cambio cultural y político que se propone ensanchar el espacio público construyendo una reflexión más totalizadora de la vida social que propicie la ciudadanía activa basada en sujetos reflexivos que inciden calificadamente en los procesos de toma de decisiones en los niveles familiar, comunitario y nacional. Esto implica un cambio cultural orientado a conseguir la democratización de la sociedad en todos los ámbitos que permita alcanzar que los hechos de la vida cotidiana e institucional se transformen en objetos de discusión pública dirigida a garantizar el reconocimiento recíproco.

una amplia red de responsabilidad del cumplimiento de los derechos compartida por la comunidad, las organizaciones corporativas, la persona y el mismo Estado.

7. Entre el cambio y la transformación socio-jurídica

a. Los nuevos movimientos sociales comenzaron a buscar y a defender activamente la aceptación social y la legitimación legal de la diversidad sexual y la identidad de género impugnando incluso el término de “desviación” para tratar la “problemática”. La batalla para garantizar, en primera instancia la tolerancia pública y luego la aceptación para reconocerla y consolidarla como Política de Estado indujo a los agrupamientos, muchos transformados en organizaciones, a promover el pluralismo sexual y de género a sacarlo a la luz²⁹, examinando la integración socio-jurídica o apelando a la transformación del mencionado sistema desde el cuestionamiento institucional y la lucha, incluso enfrentándose a la idea de identidad colectiva. De todos modos lo que hizo falta fue promocionar, fomentar, potenciar y crear espacios sociales públicos-políticos donde los actores se vean obligados a enfrentarse en una reconstitución de la concepción del poder público y, claro está, de la norma jurídica en un contexto de cambio e integración. Desde la incorporación a la agenda político-administrativa de aspectos “invisibles” de temas relacionados con las sexualidades y la identidad de género a la redefinición de las garantías jurídicas y judiciales, todas las posibilidades fueron válidas para la reformulación del mencionado espacio. Se trató de buscar, promocionar o, en última instancia, forzar la apertura oficial para el tratamiento de los derechos homosexuales-lésbicos-trans y por extensión hacia todas las formas de sometimientos de colectivos silenciados. Éstas serían las estrategias que se están liberando en la sociedad civil: el reconocimiento

29. Se propone ensanchar el espacio público construyendo una reflexión más totalizadora de la vida social que propicie la ciudadanía activa basada en sujetos reflexivos que inciden calificadamente en los procesos de toma de decisiones en los niveles familiar, comunitario y nacional. Esto implica un cambio cultural orientado a conseguir la democratización de la sociedad en todos los ámbitos que permita alcanzar que los hechos de la vida cotidiana e institucional se transformen en objetos de discusión pública dirigida a garantizar el reconocimiento recíproco.

de la multiplicidad, de particularidades propias de la sociedad civil, buscar formas de articulación con otras particularidades a partir de propuestas básicas, generar lógicas de acciones colectivas frente a las diversas formas institucionales: promover el interculturalismo. Lo público implica no sólo la esfera de la legítima intervención colectiva, en especial del gobierno y del estado, donde existe una interacción y comunicación intersubjetiva (no secreta) producto de una plena participación de un público heterogéneo.³⁰ Entonces la acción política incluye no sólo la apertura y la consolidación del espacio público (como la concientización de la comunidad) sino que, también, la incorporación en la agenda pública del tratamiento de los derechos sexuales en un contexto de políticas afirmativas.

Promover una política de la vida, esto es apuntar a los proyectos de identidad personal y a la elección de los estilos de vida, buscar la igualdad de todos los ciudadanos en el contexto del reconocimiento de su identidad única del sujeto y/o del agrupamiento. Todo esto es el motor de la política de la diversidad a partir de la identidad colectiva.

En el contexto de los estudios identitarios, uno de los eslabones fundamentales para introducir el análisis de los nuevos movimientos sociales es trabajar con los medios y herramientas que permitan revertir la subordinación de la diversidad sexual y la pluralidad de identidades de género. La situación expuesta implica la participación o acción política de los sujetos que tratan de posicionarse reflexivamente mediante la resolución de las tensiones entre los anhelos que se promueven y la realidad. Implica el reconocer la existencia de procesos históricos donde se destaca la transición de la vida subterránea a la visibilidad de la diversidad, de la tolerancia a la lucha por la existencia social, cultural, económica, jurídica, política, ya no la simple asimilación al sistema socio-jurídico, esto es: la igualdad jurídica-judicial en la diversidad.

En este punto queda claro que no se trata de estudiar el impacto de las demandas de actores sociales en lo referente a la exigencias de consolidar la diversidad, se trata de concentrar el análisis en uno de los supuestos medios más efectivos de la sociedad moderna para lograr cambios, transformaciones, para lograr la inclusión socio-jurídica de agrupamientos “desaventajados”: las organizaciones o estructuras burocráticas que permiten canalizar

30. Tamar, Pitch, *Un derecho para dos*, Trotta, Madrid, 2003.

la energía, los intereses, necesidades y motivaciones de diferentes sujetos sociales promoviendo transformaciones para la efectiva integración –espacio o esfera pública– en una gestión administrativa pluralista.

Como ya se expuso³¹ la organización de actores sociales es vivida como una articulación, una autoconstrucción y una forma de posicionamiento público de los agentes como sujetos políticos claves del debate que tiene como meta prevaleciente el buscar una intervención político-administrativa. En la temática de la diversidad sexual y la identidad de género, lo expuesto se logra a partir del asumirse como sujetos políticos con una responsabilidad histórica, esto es un posicionamiento político (del colectivo a la organización) que implica entender a la heterosexualidad como un sistema y como un régimen social, cultural y político.

b. Se busca la consolidación, por lo tanto, de una refundamentación de todas las perspectivas sociopolíticas, culturales, económicas y jurídicas para visualizarlas desde un enfoque plural, complejo, transdisciplinario, lo que conlleva una revolución del pensamiento y de las prácticas jerárquicas y dominantes, con la consecuente re-creación del conjunto de relaciones sociales, desde el discernimiento de las complejidades humanas, su constante evolución y transformación. Asimismo este movimiento se transforma en el motor de las dinámicas socio-culturales como jurídico-políticas al ser una puerta hacia futuros consensos y redefinición de “justicia”.

El “empoderamiento” de los colectivos/categorías/agrupamientos permite dar vida a la gobernabilidad y el desarrollo institucional (en este caso jurídico-político) cuando: a) promociona los derechos a la diversidad, b) organiza el sistema que orienta y guía (en la medida de lo posible) la convivencia y el desarrollo de las fuerzas ciudadanas, c) promueve un diálogo socio-cultural (un real encuentro entre seres humanos) con alto impacto en la política, y d) trata de que emerja el potente mundo subterráneo (la silenciada realidad socio-jurídica).

Entonces, dudas no existen en lo referido a las necesidades, frente a la realidad socio-cultural, de las transformaciones de las políticas públicas y de las agendas administrativas y de sus referentes “las instituciones jurídicas” con sus dos vertientes: jurídica y judicial.

31. Mario Gerlero, *Los silencios del derecho*, Grinberg Libros Jurídicos, Buenos Aires, 2008.

En este contexto, y si bien goza de prestigio y cuenta con un marcado protagonismo “la perspectiva de derechos”³² u otros modelos teóricos³³ para lograr un mayor compromiso en las políticas del Estado y las acciones de sus agencias referidas a sectores desaventajados, no suele ser trabajado el potencial de las organizaciones y la realidad cotidiana (estructurada y estructurante) de estas unidades como uno de los principales motores para que el deber ser de las propuestas teóricas y políticas puedan potenciar su “fuerza de efectividad” en la realidad diaria. Es así que el intento de un estudio de las organizaciones de gays, lesbianas y trans, con la impronta del liderazgo del coordinador (para generar la presión y lograr espacios de poder social, cultural y político-jurídico) puede ser abordado como variable que determina la viabilidad, la posibilidad y en todo caso la efectividad de un proceso de transformación socio-cultural y político-jurídico.

8. Reflexiones finales

a. En el campo jurídico las normas son *una supuesta exigencia de la sociedad* para garantizar el orden social, regulando las relaciones de los hombres entre sí y de éstos con la sociedad. Al Derecho *se lo suele considerar* como el conjunto de normas formales vigentes en una comunidad que se adecuan a las circunstancias históricas de la misma, que regulan su vida social e institucional y garantizan la competencias y facultades para hacer, tener o exigir algo, cuyo objetivo destacado es la búsqueda del orden social para la satisfacción de expectativas individuales y/o grupales.

La normativa formal sería, entonces, un producto de las significaciones compartidas por algunos sectores sociales, aunque no lo sería de otros sectores de la población. No todos los integrantes de la sociedad pueden poner

32. También denominado “DESC” (derechos económicos, sociales y culturales), parte del Derecho Internacional y los derechos Humanos para obligar a implementar políticas de desarrollo a los Estados, el objetivo es regenerar el tejido social sobre la base de nuevos códigos fundamentados en el reconocimiento de grupos desaventajados.

33. “Critical Legal Studies”, donde se postula una crítica al derecho y a la educación legal como instituciones que legitiman las injusticias sociales y se denuncia, de manera constante, que el razonamiento jurídico presenta a las normas jurídicas como naturales, necesarias y justas.

de manifiesto en instrumentos formales sus expectativas, no todos tienen espacio de poder necesario para convertir sus expectativas en instituciones normativas. De todos modos se trata de manifestaciones simbólicas que dan cuenta de imaginarios sociales de sectores sociales y en donde se demoniza a los otros, los excluidos de dicho imaginario o los que se encuentran presentes como referente de lo negativo (criminalizados, desviados, prohibidos, transgresores, sujetos sancionables).

La formación del derecho es factible de reducirse a un producto de diferentes agencias de la administración pública (operado o gestado de diferentes formas), éste es el considerado Derecho Oficial o Estatal. Pero hay otras prácticas institucionalizadas en normas, otros derechos. Ahora bien, todos los contextos producen derechos, sin embargo el significado y la relevancia social de estas producciones varía mucho³⁴. El Estado moderno al asumir el monopolio de la producción del derecho neutraliza el significado y considera irrelevante todas las producciones normativas no estatales.

Como bien lo afirma Boaventura de Sousa Santos³⁵ el derecho oficial estatal tiene la prerrogativa de interferir en los derechos nacidos de diferentes contextos. Cada uno de esos contextos es, simultáneamente, sujeto y objeto de saberes jurídicos, autor de decisiones jurídicas y destinatarias de decisiones jurídicas ajenas. Sí planteado el tema es del todo falaz la idea de que basta cambiar el derecho estatal para cambiar la realidad social. Es preciso remarcar que se considera el derecho no sólo como un producto cultural sino también político y económico, como resultado de la interacción de los sujetos e identificado con intereses sociales que controlan la estructura administrativo-política de un sistema. Resulta un hecho evidente y constatable el que las leyes, tanto en su proceso de elaboración como en el de su interpretación y aplicación, son fruto de una determinada opción o *supuesto* consenso político. Reconocer como derecho lo que el estado (y sus funcionarios) desean que sea visto como tal, quiere decir que lo que el jurista hace es

34. Como acertadamente lo afirma B. de Sousa Santos, la recontextualización del derecho señala la emergencia de las especialidades con el espacio y de las temporalidades contra el tiempo. Las especialidades son potencialmente infinitas (barrios, cárceles, estratos sociales, agrupamientos o colectivos) y lo mismo sucede con las temporalidades ya que dependen de la socialización, el hábitus y la ubicación de los sujetos, por ejemplo, la percepción del tiempo para un campesino es muy diferente de la de un empresario.

35. Boaventura de Sousa Santos, *Sociología Jurídica Crítica*, ILSA, Bogotá, 2009, p. 294.

producir un discurso en el cual se dice que eso es “derecho” y debe ser obedecido. Esta tarea social adjudicada al jurista por la enseñanza institucionalizada, siguiendo la idea de Oscar Correa³⁶, es lo que explica que el derecho sea visto como el conjunto de normas que han sido producidas por el estado. El derecho es una categoría para designar un fenómeno que tiene conexión con otro conjunto de fenómenos sociales que se inscriben en el contexto del ejercicio del poder en una sociedad.

Desde el reconocimiento de la influencia política y económica del derecho positivo cabe aceptar la posibilidad de un pluralismo jurídico, ya no se haría referencia a la evasión institucionalizada cuando se toma de manera positiva y funcional sólo el sistema normativo positivo, se estaría rescatando un paradigma donde existen nuevas normas institucionalizadas que son producto de los intereses y necesidades de colectivos o sectores sociales que por lo general quedan al margen de los reconocimientos por parte del derecho positivo.

b. Los estudios, tanto teóricos como empíricos, en el área de la Sociología del Derecho Reflexivo velan por la promoción, consolidación y expansión de una justicia plural para los sujetos protagonistas de la diversidad socio-cultural en la defensa de las particularidades y singularidades pero, también para garantizarlas, claro está, en un marco de aceptación y consenso. Esto es posible no sólo desde el desarrollo (del reconocimiento social y político) de la efectiva participación de los ciudadanos sino, también, de la protección de las diversas expresiones de colectivos en los nuevos escenarios. Al dar voz a ciertas experiencias teóricas, de distintas cosmovisiones de la realidad socio-jurídica, se evidencia la complejidad y la multiplicidad de formas en que se puede abordar la temática del género y la sexualidad y que desafían ya no sólo en supuestos hipotéticos sino, además, en estudios de campo, la unidad de la identidad sexual y la diversidad de género. Implica además pensar en una dimisión metodológica de “investigación-acción” con actores comprometidos con la realidad social y dedicados a contribuir con la transformación social para consolidar la ciudadanía plena.

Como ya se expuso, la visión compleja y plural permite un observatorio de estudios de la identidad, las interconexiones y la estructura de red, esto

36. Oscar Correa, *Introducción a la Sociología Jurídica*, Signos, Barcelona, 1995.

consolida y expande el avance jurídico-judicial plural, en especial el laboratorio en temas de gestión inclusiva de la diversidad en el campo de lo político-administrativo. La clave está en favorecer la ampliación de la teoría y la investigación donde se intervengan múltiples dimensiones para reflexionar sobre el campo jurídico y la política pública de transformación y de gestión inclusiva.

Es el momento de la multiplicación de las comunidades políticas acompañadas de una democratización significativa del sistema político al crear espacios públicos y políticos de consenso donde la meta es la consolidación de los principios de los derechos humanos. En este contexto vale, también, estimular la conciencia de derechos, el análisis de las relaciones de poder que posibilitan la violación, el conocimiento sobre el funcionamiento de las instituciones del Estado responsables de garantizar los derechos directamente o a través del control sobre particulares cuando son éstos los violadores, la organización popular y el manejo de herramientas de lucha y de incidencia en las políticas públicas. Las estrategias desplegadas por las organizaciones y movimientos sociales para exigir derechos no se limitan al ámbito judicial, sino que pueden incluir movilizaciones masivas, campañas de prensa, diferentes formas de activismo, monitoreo de las obligaciones del Estado, entre otros ejemplos.

De manera que esto implica la preocupación constante (evidenciada desde la complejidad y multiplicidad teórica, metodológica y de activismo) por la centralidad de la diversidad en la producción y en el ordenamiento de las sociedades, la substancialidad de los principios y garantías universales que se emplean para promover, defender, garantizar y realizar la convivencia democrática y pluralista de los contenidos, en espacial, culturales y el reconocimiento –junto con la promoción y protección efectiva– de manera permanente de las demandas emergentes originadas por la diversidad en la temática de género y de la sexualidad.

Es de destacar que cada vez que en los ámbitos académicos del campo jurídico los actores defiendan un ideal, ya sea actuar para mejorar la suerte de otros o enfrentar algún tipo de injusticia, lo que hacen es transmitir una onda de esperanza que junto con otras y acompañadas por el tiempo, las estructuras, las cosmovisiones teóricas, los trabajos de campo y el compromiso en la transformación, pueden derribar los muros más poderosos de la opresión y la intransigencia.

9. Bibliografía

- Aliaga, Juan V. y José M. Cortés (2000): *Identidad y Diferencia: sobre la cultura gay en España*, Egales, Barcelona-Madrid, España.
- Arfuch, Leonor (comp.) (2005), *Pensar este tiempo: espacios, afectos y pertenencias*, Paidós, Buenos Aires.
- (2002), *Identidad, sujetos y subjetividades*, Prometeo, Buenos Aires.
- Bourdieu, Pierre (2011), *Las estrategias de la reproducción social*, Siglo XXI, Buenos Aires.
- (2006), *Autoanálisis de un sociólogo*, Anagrama, Barcelona.
- (2005), *Una invitación a la sociología reflexiva*, Siglo Veintiuno, Buenos Aires
- (1999), *Meditaciones Pascalianas*, Anagrama, Barcelona.
- Bourdieu, Pierre y Loïc Wacquant (2005), *Una invitación a la sociología reflexiva*, Siglo Veintiuno, Argentina.
- Castel, Robert (2010), *El ascenso de las incertidumbres: trabajo, protecciones, estatuto del individuo*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires.
- Correa, Oscar (1995), *Introducción a la Sociología Jurídica*, Signos, Barcelona, 1995.
- Díaz, Esther (2010), *Las grietas del control: vida, vigilancia y caos*, Biblos, Buenos Aires.
- Dubar, Calude (2002), *La crisis de las identidades*, Bellaterra, Barcelona.
- Femenías, María Luisa (2007), *El género del multiculturalismo*, Universidad Nacional de Quilmes, Bernal, Buenos Aires.
- Foucault, Michel (2007), *Nacimiento de la biopolítica*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires.
- (2003), *La verdad y las formas jurídicas*, Siglo XXI, Buenos Aires.
- (2002), *Historia de la Sexualidad: La voluntad de Saber*, Siglo XXI, Buenos Aires.
- Gerlero, Mario (comp/coord.) (2009), *Derecho a la sexualidad*, Grinberg Libros Jurídicos, Buenos Aires.
- (2008), *Los silencios del derecho*, Grinberg Libros Jurídicos, Buenos Aires.
- (2006), *Introducción a la Sociología Jurídica*, Grinberg Libros Jurídicos, Buenos Aires.
- (2007), “Construcción de identidades desde las organizaciones”, VIII Congreso Nacional de Sociología Jurídica, U. Nac. Litoral, Santa Fe, Noviembre.

- (2007), “Las posibilidades del activismo colectivo visible”, VIII Congreso Nacional de Sociología Jurídica, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, Noviembre
- Grimson, Alejandro (2011), *Los límites de la cultura: crítica de las teorías de la identidad*, Siglo XXI, Buenos Aires.
- Guasch, Oscar y Olga Viñuelas (2003), *Sexualidades: diversidad y control social*, Bellaterra, Barcelona.
- Kymlicka, Will (1996), *Ciudadanía multicultural*, Paidós, Buenos Aires.
- Nair, Sami (2006), *Diálogo de culturas e identidades*, Editorial Complutense, España.
- Lista, Carlos (2000), *Los paradigmas de análisis sociológico*, Facultad de Derecho, UNC, Córdoba.
- León, Irene (2007), “Sexualidades diversas, políticas y disidentes”, en *América Latina en movimiento*, Mayo, Año XXXI, II época N° 420, Quito.
- Pecheny, Mario y otros (2008), *Todo sexo es político*, El Zorzal, Buenos Aires.
- Pitch, Tamar (2003) *Un derecho para dos*, Trotta, Madrid.
- Pinto, Mónica (2009), *Temas de derechos humanos*, Editores del Puerto, Buenos Aires.
- Russo, Eduardo A. (2009), *Derechos Humanos y garantías, del derecho al mañana*, Eudeba, Buenos Aires,
- Sabsay, Leticia (2011), *Fronteras sexuales: espacios urbanos, cuerpos y ciudadanía*, Paidós, Buenos Aires.
- Scribano, Adrina (2009), *Estudios sobre teoría social contemporánea*, Ciccus, Buenos Aires.
- Senett, Richard (2001), *Vida urbana e identidad personal*, Península, Barcelona.
- Sousa Santos, Boaventura de (2009), *Sociología Jurídica Crítica*, ILSA, Bogotá.
- Schuster, Federico (comp.) (2005), *Tomar la palabra: estudios sobre la protesta social y acción colectiva en Argentina contemporánea*, Buenos Aires, Prometeo, 2005.
- Pollak, Michael (2006), *Memoria, olvido, silencio: la producción de identidades frente a situaciones límites*, Al Margen, La Plata.
- Zambrano, Carlos V. (2004), *Ejes políticos de la diversidad cultural*, Siglo del Hombre Editores y Universidad Nacional de Colombia, Bogotá.

Justicia y eficiencia: aportes al debate desde la informalidad

*Martín Krause**

Resumen

El Análisis Económico del Derecho ha planteado un desafío a la visión tradicional del derecho, al sugerir un criterio de eficiencia tanto sea para el legislador en el diseño de una norma, como para el juez o las cortes en sus fallos. Esto ha generado un largo debate entre economistas neoclásicos y juristas, pero en verdad ese mismo debate ha estado presente en la ciencia económica.

Este artículo no se plantea el objetivo de resolver el debate entre eficiencia y justicia sino que adopta un enfoque positivo. Buscará solamente traer a consideración un caso de estudio sobre derechos de propiedad y la solución de problemas de externalidades en un entorno donde el sistema formal de administración de justicia y la solución de disputas no está presente, como en los barrios informales o pueblos que se encuentran en la mayoría de países pobres o no desarrollados. La cuestión positiva es: ¿qué criterio utilizan en verdad los jueces (mediadores o árbitros)? Para ello se tomará como caso de referencia la asignación de derecho y la resolución de disputas en los barrios informales, villas o favelas, donde la justicia formal no está presente.

* Profesor titular de Economía, Facultad de Derecho (UBA); Profesor Adjunto de Historia del Pensamiento Económico, Facultad de Ciencias Económicas (UBA). Es autor de varios libros, el último de ellos *Economía, Instituciones y Políticas Públicas* (Buenos Aires: La Ley, 2011). Es profesor visitante en la Universidad Francisco Marroquín de Guatemala y en el Swiss Management Center. Doctor en Administración.

Palabras clave: Eficiencia - Justicia - Análisis Económico del Derecho - Barrios informales

Abstract

Law & Economics has brought a challenge to the traditional view of law by suggesting the introduction of the concept of efficiency, both to the legislator in the design of legal rules as well as to the judge or the court in their decisions. This has generated a long debate between neoclassical economists and lawyers, but in fact this same debate has been present in economics theory.

This article does not pretend to conclude the debate between efficiency and justice, but instead, to bring a positive view to the discussion. It will try to highlight a case study on property rights and the solution to problems of externalities in an environment where the formal judicial system and the resolution of disputes is not present, as it happens in informal neighbourhoods or towns found in most poor or least developed countries. The positive question is: what criteria do judges (mediators, arbitrators) actually use? We will, therefore, take as reference the case of the assignment of rights and the settlement of disputes in informal towns, slums or shanty towns, where formal justice is absent.

Keywords: Efficiency - Justice - Law & Economics - Informal towns

Justicia y eficiencia: aportes al debate desde la informalidad

Si bien los economistas clásicos se ocuparon en forma extensa y detallada de temas relacionados con el derecho y su impacto en la economía, fue a partir del desarrollo del “Análisis Económico del Derecho” (AED) que comenzaron a utilizar los supuestos básicos de la ciencia económica para analizar las instituciones jurídicas.

Siempre estos cruces entre disciplinas han generado intensos debates, y este caso no ha sido la excepción. En particular, a i) *los abogados*, acostumbrados a razonar en términos de justicia, les resulta extraño un análisis de normas jurídicas basado en un criterio de eficiencia, no porque nunca hayan considerado la eficiencia de las normas sino porque no han tendido

a tomar este criterio como base para la asignación de derechos. El lenguaje económico basado en conceptos tales como “maximización de utilidad”, “precios”, “incentivos” y “equilibrio” parece ajeno al ámbito del derecho, como también el criterio de eficiencia desarrollado por los economistas. Por otro lado, ii) *los economistas* neoclásicos no encontraron un sustento científico para el concepto de justicia, considerando que las proposiciones que no tuvieran consecuencias predecibles no podían ser consideradas verdaderas o falsas, por lo que debían ser agrupadas como conceptos “no-científicos” y erradicados del corazón lógico de la ciencia económica (Cooter, 2005).

El AED, además, desarrolló recomendaciones normativas que chocan con la formación tradicional de los juristas, llamando a iii) *los jueces*, por ejemplo, a fallar en cuestiones relacionadas con la indefinición del derecho de propiedad o sus atributos, en presencia de externalidades negativas, a partir de un análisis de costos y beneficios que llevara a maximizar la utilidad conjunta de los actores. Un largo debate se originó desde entonces (Posner, 1979; Mathis, 2009) enfrentando a economistas por un lado y juristas por otro.

Este artículo no se plantea el objetivo de resolver los debates entre economistas y juristas, ni entre eficiencia y justicia, sino que busca tomar una perspectiva positiva. La idea consiste en traer a consideración un caso de estudio sobre derechos de propiedad y sobre la solución de problemas de externalidades en un entorno donde el sistema formal de administración de justicia y la solución de disputas no está presente, como el caso de los barrios informales o pueblos que se encuentran en la mayoría de países pobres o no desarrollados. Para ello, se realizará primero una breve introducción al principio de eficiencia y a las discusiones de juristas y economistas en torno al análisis económico del derecho. Luego, en segundo lugar, se planteará el problema con mayor precisión, a la luz del marco conceptual antes presentado.

A. Breves consideraciones sobre el principio de eficiencia y sobre los debates entre juristas y economistas

1. El concepto de eficiencia

La denominada “revolución marginalista” –que destronó a las teorías objetivas del valor y propuso en su lugar una teoría subjetiva, la de la utilidad marginal decreciente (con los aportes de Carl Menger, William Stanley

Jevons y Léon Walras en los años 1870)– demandó un criterio diferente de eficiencia a la simple maximización de la producción con cierto volumen de recursos. Éste fue propuesto por Vilfredo Pareto y pasó a ser conocido como “óptimo de Pareto”, un principio que permite comparar distintas situaciones sin caer en comparaciones interpersonales de utilidad, vedadas en un análisis científico que no debe introducir juicios de valor.

El criterio de Pareto establece que una situación A es superior a otra B si algunos han podido mejorar su situación sin que empeore la situación de los demás. En consecuencia, la situación óptima se alcanza cuando éstos ya no pueden mejorar su situación sin empeorar la de los otros. En otras palabras, la situación A es superior a B si nadie prefiere B sobre A y al menos alguien prefiere A sobre B. El criterio sirve para evaluar situaciones tales como el mercado, donde se producen transacciones voluntarias que expresan, al menos, un criterio de unanimidad débil, esto es, quienes realizan el intercambio mejoran su condición (pues de otra forma no lo hubieran realizado) mientras que los demás no se oponen a él. Como tal, el criterio de eficiencia de Pareto excluye la realización de transacciones no voluntarias, las que no pueden ser eficientes por definición.

No obstante, muchas de las políticas públicas que emanan del estado y de las circunstancias que trata el derecho son del tipo no voluntario. Los economistas neoclásicos buscaron entonces un criterio alternativo al que llamaron “de compensación potencial”, o “Kaldor-Hicks”, por quienes lo propusieron. Según éste, un estado C es preferible a otro D si los beneficios que algunos obtienen allí superan a los costos que otros reciben, de forma tal que pudieran compensarlos y todavía sobrara un remanente de utilidad, aun cuando esa compensación no se llevara efectivamente a cabo. Tomemos un ejemplo: una cierta política pública puede ser considerada “eficiente” según este criterio si genera más beneficios que costos en un sentido general, sin que unos y otros caigan necesariamente en las mismas personas.

Este concepto neoclásico de eficiencia fue luego trasladado por el Análisis Económico del Derecho a todas las áreas del derecho (derechos de propiedad, contratos, daños y derecho penal) y, en cuanto a lo que aquí nos interesa, al análisis de la resolución de disputas como criterio para asignar derechos. En otras palabras, el criterio le asignó al legislador o al juez la tarea de maximizar utilidad a partir de un análisis de beneficios y costos (donde los primeros fueran superiores a los segundos), en lugar de aplicar un tradicional concepto de justicia.

2. Un debate también en la economía

No obstante, ese debate no estuvo ajeno a la ciencia económica misma. Los economistas de la Escuela Austríaca, por ejemplo, han tenido una visión ambivalente sobre las contribuciones fundacionales de Ronald Coase al Análisis Económico del Derecho moderno, particularmente en lo que luego fuera llamado “Teorema de Coase” (Coase, 1960), y una visión mucho más crítica sobre la subsiguiente visión de la ley basada en la “eficiencia”.

Una primera interpretación más bien benigna desde la perspectiva de esta escuela destacaría i) la crítica de Coase a la teorización basada en el equilibrio general, ii) la necesidad de considerar los marcos institucionales cuando los costos de transacción son suficientemente altos como para impedir las negociaciones bilaterales, y iii) su rechazo a las propuestas políticas de la “economía del bienestar” de Alfred C. Pigou, de subsidios e impuestos para resolver problemas de externalidades positivas y negativas (Boettke, 1997). Según esta visión, Coase es un pionero y un contribuyente principal al nuevo florecimiento de la atención sobre el papel de las instituciones y con ello se suma a una preocupación por el tema de larga data entre los autores de la tradición austríaca, ya presente en los trabajos de Menger. Esta perspectiva también destaca la importancia de las soluciones voluntarias a los problemas de externalidades negativas, no consideradas en la visión de Pigou.

Una segunda interpretación, que puede no excluir a la primera, rechaza la idea de la “naturaleza recíproca del daño” y, más que nada, su propuesta de que ante la presencia de costos de transacción “lo que debe decidirse es si las ganancias de prevenir el daño son mayores que la pérdida que se sufriría como resultado de frenar la acción que produce el daño” (Coase, 1960, p. 27)¹. De ello se deriva un consejo a los jueces, probablemente proveniente más de los seguidores de Coase que de él mismo, de asignar derechos siguiendo un análisis de costos y beneficios, de forma tal de maximizar el resultado agregado positivo. La naturaleza subjetiva del valor y la imposibilidad de realizar comparaciones interpersonales de utilidad tornarían inútil, si no peligroso, dicho intento.

1. Ver Block (1977; 1995), Cordato (1992 [2007]), Rizzo (1980) como ejemplos de una literatura más amplia.

Siguió a esto un largo debate sobre consideraciones normativas, presentando esencialmente dos posiciones: por un lado, i) aquellas basadas en una visión “lockeana” del derecho natural y de la propiedad sobre el propio cuerpo como determinantes de derechos y consideraciones de justicia (Block, 1977, 1995); y por el otro, ii) otras basadas en la eficiencia en apoyo de Coase, si bien con una perspectiva evolucionista hayekiana (Demsetz, 1979)². Según esta segunda visión “es la supervivencia lo que identificará qué es eficiente o no” (Demsetz, 1979, p. 115). Muchos austríacos estarían de acuerdo con ello aunque no irían tan lejos como para asignar el poder de identificar la eficiencia a un juez y argumentarían que la eficiencia es una variable dependiente de los derechos de propiedad, no al revés.

Asimismo, respecto del primer tema, muchos economistas simplemente asumieron la mera presencia de costos de transacción y descartaron soluciones voluntarias, concentrándose en políticas públicas o reformas institucionales.

B. Una aproximación “positiva” a la cuestión de los barrios informales

3. La aproximación “positiva”

Como se ha sugerido antes, este artículo no se plantea el objetivo de resolver el debate entre eficiencia y justicia, sino que adopta un enfoque positivo. Buscará solamente traer a consideración un caso de estudio sobre derechos de propiedad y sobre la solución de problemas de externalidades en un entorno donde el sistema formal de administración de justicia y la solución de disputas no está presente, como los barrios informales o pueblos

2. “Life-styles that promote survival come to be viewed as ethical, and those that fail in this respect come to be viewed as in poor taste, if not as unethical. Our present preferences and tastes must reflect in large part their survival promoting capabilities.”

“In a loose and general way our life-styles, preferences, and ethical beliefs are not arbitrary but are the product of thousands of centuries of biological and cultural evolution.”

“We are bound to view the proper resolution of legal problems from the perspective of what presently seems efficient, whether or not efficiency is explicitly applied. Our genetic and cultural endowment contains elements of ethical preference that have survived dramatically different environments. It undoubtedly contains some ethical preferences not well suited to present conditions, but then the present is not long with us” (Demsetz, 1979, pp. 114-115).

que se encuentran en la mayoría de países pobres o no desarrollados. Toda la discusión sobre el Teorema de Coase asumió el problema con una formal definición de derechos de propiedad y la existencia de un sistema judicial formal y jueces a los que se dirigía el consejo normativo en caso de disputas sobre aspectos no definidos de ese derecho: juzgar según un criterio de eficiencia o de justicia.

La cuestión positiva, sin embargo, es: ¿qué es lo que hacen en verdad los jueces? En el caso del sistema judicial formal, gubernamental, la respuesta no es simple ya que, como parte del sistema político, es necesario introducir consideraciones planteadas por la Escuela de la Elección Pública (“Public Choice”) (Stearns & Zywicki, 2009). ¿Y respecto a los ámbitos informales? ¿Existe una solución informal a los conflictos? Y, en tal caso, ¿quién la proporciona? Y quienquiera que sea, ¿qué tipo de criterios encontramos allí? ¿Se solucionan los problemas de externalidades negativas siguiendo criterios de eficiencia, maximización del valor, o de justicia? Asimismo, ¿se realizan negociaciones bilaterales o multilaterales para reducir los efectos de las externalidades negativas o son los costos de transacción fijos y suficientemente altos como para prevenirlas?

Nuestra conclusión será que ambas cosas pueden encontrarse en los barrios informales: las soluciones voluntarias a problemas de externalidades son abundantes aun en ausencia de reglas formales; los costos de transacción son inobservables por terceras partes pero en muchos casos han de ser suficientemente bajos para permitirlos; los beneficios subjetivos han de ser más altos que los costos, y las soluciones informales a disputas entre vecinos siguen un enfoque basado en “derechos” y no buscan intencionalmente la eficiencia, aunque ésta puede ser un resultado no intencional o secundario de la asignación de derechos. También existen servicios informales de mediación, insinuando que el valor de esos servicios es mayor que su costo.

Aunque enfocado en los barrios informales de los países pobres y no desarrollados, las conclusiones que se obtengan respecto de éstos también pueden extenderse a los barrios y actividades informales en los países desarrollados (Venkatesh, 2006)³.

3. Por ejemplo, Venkatesh (2006, p. xv.) comenta sobre el Maquis Park, Chicago, Ill.: “Quite literally I saw a world open in front of me that I had never before paid any mind, a world whose significance I couldn’t have imagined. The innumerable economic exchanges

4. Ocupantes informales

No existen estadísticas confiables sobre la cantidad de personas en el mundo que no cuentan con un título de propiedad formal pero, cualquiera que sea, no se trata de un número pequeño. Neuwirth (2006) lo estima en mil millones de personas –uno de cada seis humanos en el planeta (p. 9)–, y creciendo. Según este autor, doscientas mil personas dejan las regiones rurales y se trasladan a las ciudades cada día, totalizando setenta y tres millones de personas por año. Para 2030 serían dos mil millones, una de cada cuatro personas. UN-Habitat estima el número en 928 millones para 2003, 32% de la población urbana global y 43% de los países pobres y no desarrollados. El informe proyecta que la población en barrios informales crecerá en 37 millones por año para alcanzar mil quinientos millones en 2020. América Latina, que tiene el 9% de la población mundial, representa el 14% de los habitantes de barrios informales. Las estimaciones incluyen el 39,5% de los habitantes de Río de Janeiro, 50% en El Salvador, y el 39% en Caracas (Smolka & De Cesare, 2010). Cravino (2006) cita otras fuentes mostrando un porcentaje de vivienda informal del 63% en Lima, 73% en Managua, entre 50 y 65% en México DF, 59% en Bogotá, 22% en San Pablo y 50% en Quito.

La vida en los barrios informales fue analizada principalmente por estudios sociológicos, hasta que Hernando de Soto y sus asociados en el Instituto Libertad y Democracia de Lima, Perú, presentaron una perspectiva totalmente diferente. En su libro *El Otro Sendero* (1987), mostraron a la informalidad en general y a la vivienda informal en particular como un fracaso de los gobiernos, no de los mercados, y como una reacción de los pobres con espíritu emprendedor para ganarse la vida y obtener una vivienda. La irónica referencia al grupo guerrillero “Sendero Luminoso” mostró que los peruanos pobres, más que una revolución socialista, simplemente querían derechos de propiedad y libertad contractual en el comercio y la producción. De Soto estimó que en 1982 el 42,6% de las viviendas de Lima era informal y

that took place every hour, every day, no longer seemed random or happenstance. There was a vast structure in place, a set of rules that defined who traded with whom, who could work on a street corner or park bench, and what prices could be set and what revenue could be earned. There were codes in place for settling disputes and adjudicating conflicts, unwritten standards that tried to ensure that haggling did not get out of hand”.

que en 1984 el precio promedio de una de estas viviendas era de u\$s 22.038. Esto significaba que el valor total de la vivienda informal en Lima en ese entonces era de 8.319 millones de dólares, equivalente al 69% de la deuda externa de Perú en aquel momento. Asimismo, el gasto público en vivienda para los pobres era de 173,6 millones de dólares, o un 2,1% de la inversión informal. Finalmente, De Soto enfatizó la importancia de las normas informales de conducta y registró las ocupaciones de terrenos, la asignación de parcelas y los títulos informales de propiedad.

Esta visión desafió el paradigma predominante que asumía una lógica diferente, altruista, entre los pobres. De Soto los mostró como individuos persiguiendo sus propios intereses como cualquier otro, dejados fuera de los mercados debido a una pesada carga de regulaciones, ante la que reaccionaron evadiéndolas.

Las ocupaciones se realizaban de dos formas: o bien eran graduales o bien eran violentas. Las primeras ocurrían en barrios informales ya existentes o en las vecindades de granjas o campos mineros cuando eran tolerados por sus empleadores. Las otras ocurrían principalmente en propiedad pública y eran lideradas por un grupo de personas de la misma vecindad o familia o grupo nativo, que organizaba un número suficientemente alto para tomar la tierra, minimizando el riesgo de expulsión inmediata. Parcelaban los lotes y los adjudicaban, contrataban estudiantes de ingeniería para diseñar planos considerando futuras áreas para escuelas o parques, y abogados para presentar pedidos formales de adjudicación para mostrar que habían iniciado un proceso formal cuando enfrentaran la amenaza de desalojo.

Las negociaciones informales entre ocupantes se acercaban a un “contrato de ocupación” informal, estableciendo los límites del predio y las responsabilidades de la organización informal a cargo de su cumplimiento. Éstas no era las únicas organizaciones informales, sin embargo; también había clubes, asociaciones de padres, escuelas informales (Tooley, 1999) e iglesias, entre otras. Una configuración similar se encuentra en la mayoría de los barrios informales de América Latina.

5. Soluciones voluntarias

En presencia de costos de transacción, las negociaciones sobre los efectos de externalidades negativas son costosas y las soluciones voluntarias pueden fracasar. Esto ha llevado a muchos economistas a descartar este tipo

de soluciones analizando estas situaciones como un observador externo que evalúa cuán elevados son estos costos.

Sin embargo, para los economistas austríacos los costos también son subjetivos e inherentes al individuo actuante. La valoración se hace evidente solamente como “preferencia revelada” en la acción. Por lo tanto, no es mucho lo que un observador externo puede decir, excepto que si la transacción se ha realizado debe asumirse que las partes pensaron que “llevaría a un incremento en el valor de la producción”, y si no, que los costos subjetivos eran superiores a los beneficios subjetivos.

Veamos un ejemplo de esta situación. En un estudio de campo realizado en un barrio informal de los suburbios de Buenos Aires, donde no existe una definición formal de derechos de propiedad en las viviendas, encontramos un gran número de soluciones informales (Hidding Ohlson & Krause, 2010).

San Isidro es una localidad a 30 kilómetros al norte del lugar donde fuera fundada la ciudad de Buenos Aires, una zona límite entre las áreas ocupadas, o más bien, transitadas por las tribus Guaraníes y Querandíes. Juan de Garay, su fundador, distribuyó parcelas en la costa norte del Río de la Plata entre sus hombres, hasta un poco más allá de San Isidro. Sólo dos siglos después comenzó a crecer un pequeño pueblo con ese nombre, el del santo patrono de Madrid, que completara su desarrollo gracias a la inmigración que se originara con el despegue económico de Argentina en la segunda mitad del siglo XIX.

Las extensas propiedades fueron parceladas y originaron un centro urbano, por un lado, y unos barrios residenciales con parcelas mayores y casas, llamado Lomas de San Isidro, por otro. La Cava es un barrio informal, creado principalmente sobre tierras públicas, vecino al barrio residencial. En 1946 la empresa estatal de agua, Obras Sanitarias, solicitó este terreno al gobierno para utilizar su tierra roja como filtro de agua y para la fabricación de ladrillos, generando un pozo o “cava”, que le dio su nombre. La excavación llegó pronto hasta la napa de agua y el proyecto fue abandonado. El pozo fue rellenado parcialmente y comenzó a ser ocupado. Diferentes censos estiman la ocupación entre 1700 y 2100 viviendas y entre 8 y 11 mil habitantes, aunque alcanzó un número superior en el pasado.

En La Cava, solamente el 16% de los encuestados manifestó poseer un título de propiedad sobre su vivienda. Entre los restantes, el 17% dijo poseer un documento informal, consistente usualmente en una factura informal

de compra/venta. En total, el 84% dijo no tener documentación formal. En promedio han habitado en la misma casa por 15 años, lo que muestra una baja rotación. Cuando se les preguntó cómo obtuvieron la vivienda, el 37% dijo haberla comprado mientras que el 26% la construyó. En muchos casos, crecieron como anexos de la casa de familia; el 6% dijo haber recibido la vivienda del gobierno.

Preguntamos a los habitantes de La Cava cómo resolvían los problemas que pudieran tener con vecinos cuando había algún conflicto relacionado con la coexistencia, tal como externalidades negativas. Por ejemplo, ¿qué sucedía si un vecino escuchaba música a un volumen muy alto, o emitía humos y olores desagradables? ¿Qué sucedía si existían problemas en cuanto a la delimitación de las viviendas o límites poco claros entre una y otra, o se construía un segundo piso bloqueando la luz o dañando la propiedad vecina? Las casas son precarias, pequeñas y muy contiguas y estas posibilidades son reales.

Confirmando las conclusiones desde una interpretación subjetiva del Teorema de Coase, el 76% manifestó que resolvían estos problemas hablando con el vecino. Preferían no tener intermediarios, ni del barrio ni de fuera de él, y buscaban evitar la violencia. Sólo en casos extremos acudían a ella, conscientes de que no pueden acudir a la justicia y de que al iniciarla, nunca se sabe cuándo termina. Además, cuando la gente vive tan cerca entre sí, mantener una buena relación con los vecinos es un activo importante. Los casos que no se resuelven se relacionan con la naturaleza, usualmente violenta, del vecino, por lo que en esos casos prefieren asumir el costo de la externalidad antes que intentar una solución negociada.

En algunos casos las organizaciones informales administran justicia, básicamente sobre temas relacionados con la propiedad o el crimen. En este segundo caso, De Soto *et al.* (1987, p. 30) relatan los procedimientos que se aplican en estos casos, que permiten la presencia tanto de la víctima como del acusado, testigos y jurados –en contraste con el sistema judicial formal en Perú, donde no hay jurados–. Las penalidades incluyen golpizas o el destierro, que se acompaña con la pérdida de la propiedad. Si hay resistencia o la expulsión fracasa se permite que un nuevo habitante ocupe el espacio libre del predio del criminal, reduciendo su derecho de propiedad informal. Para los homicidios, el criminal es entregado a la policía o puede ser “linchado”, particularmente por la violación de menores.

En cuanto a las cuestiones relacionadas con la propiedad, el sistema judicial peruano nunca se ocupó mucho de resolver disputas, las cuales se trasladaban a las autoridades administrativas, que también estaban abarrotadas y eventualmente aceptaban las decisiones de las organizaciones informales. Los Jueces de Paz eran usualmente solicitados para mediar pero no resolvían las disputas siguiendo la ley formal, sino las normas extralegales. En cuestiones de delimitación de la propiedad y de contratos de venta o alquiler, los líderes de las organizaciones informales actuaban como jueces de primera instancia, y las Asambleas como segunda instancia.

Resulta importante destacar que las organizaciones informales que administran justicia sobre cuestiones de propiedad se encuentran en un entorno competitivo: sus líderes son removidos si no cumplen con las expectativas de los ocupantes, tanto sea en cuanto a vínculos con las autoridades formales como en relación a la provisión de bienes públicos o la administración de justicia. De Soto *et al.* también comentan que no tienen remordimiento alguno para cambiar de líderes sin tomar en cuenta su alineamiento político o ideológico (p. 28); una visión compartida por Cravino (2009, p. 163)⁴ sobre las “villas miseria” de Buenos Aires: Cravino encuentra que los “delegados” toman decisiones e incluso imponen medidas de control de la “vida cotidiana (cómo construyen, si hacen ruido, si tienen conflictos con otros vecinos, etc.)”. Ese entorno competitivo reduce los problemas de agencia y alinea las decisiones de los jueces más estrechamente con los valores de los ocupantes.

Zarazaga (2010) ha investigado el papel que cumplen los llamados “punteros” en Argentina, referentes activos en los barrios informales, que prosperan encontrando y asegurando votos para ciertos líderes políticos a cambio de servicios de todo tipo. El “puntero” es un residente de larga data, quien puede conseguir planes sociales, alimentos, o materiales de construcción a cambio de votos el día de la elección. Los intendentes de estos distritos construyen una red jerárquica con estos “punteros” para lograr el control político y ser reelectos. La mayoría de los intendentes de los suburbios de

4. “Una mirada a las conflictividades internas, a las disputas por representación, la presencia de múltiples organizaciones de base que toman problemas parciales –guarderías, comedores, etc.– o que compiten por obtener seguidores –feligreses para distintas Iglesias o votantes para los partidos políticos– nos muestra que no existe una representación pura e indisputada”, p. 72.

Buenos Aires, donde se enfoca la investigación de Zarazaga, han sido reelectos muchas veces. Pero si bien el voto es la recompensa para el político, el puntero puede quedarse con una parte del salario de los residentes o incluso con favores sexuales. Lo importante para nuestras consideraciones es que se trata de un intercambio basado en la conveniencia y vacío de un contenido político real. El “puntero” se basa en la reputación para conseguir los bienes, sabe muy bien cuáles son las necesidades específicas de cada uno y mantendrá su posición en tanto continúe entregándolos y esté disponible en cualquier momento del día⁵. De otra forma será abandonado y removido sin remordimiento.

Como parte de su investigación, Zarazaga (2010b) entrevistó a 120 “punteros” en diferentes villas de Buenos Aires, 92% de los cuales tenían un promedio de 24 años de actividades sociales y políticas allí, 94% conocían la composición y necesidades específicas de cada familia a la que entregaban bienes y servicios, 92% conocía también las preferencias políticas del grupo. La reputación se obtiene “resolviendo problemas”, lo que incluye la resolución de disputas.

En Maquis Park, Chicago, Ill., Venkatesh (2006, p. 4) informa sobre servicios similares: “Big Cat (líder de la banda local) no solamente ayudaba a Marlene a controlar a los miembros jóvenes de la banda; también le daba dinero para fiestas del club de chicos de la cuadra, y miembros de su banda patrullaban el vecindario tarde a la noche porque la presencia de la policía era muy escasa”. Y en relación al papel de las iglesias: “El Pastor Wilkins pertenece a ese pequeño grupo de seis a diez sacerdotes (el número cambia con el tiempo) quienes son el primer punto de contacto por incumplimiento de contratos y disputas sociales entre sombríos negociantes –bandas callejeras, prostitutas y ladrones entre ellos–. Estos pastores y ministros recuperan objetos robados, arreglan una relación rota entre la prostituta y su proxeneta, y evitan que las batallas entre bandas callejeras terminen en una guerra. Un ministro estimó que, entre 1989 y 1995, ganó aproximadamente 10.000 dólares por esos servicios” (p. 258).

5. También Cravino (2009, p. 163): “La identidad política de los delegados es diversa, y muchas veces cambiante, y esto no parece ser el elemento central de la reputación, sino el acceso a los recursos que esa posición política trae derivada. Entonces, la política más que una cuestión ideológica aparece construida como un medio de canalización de recursos monetarios, bienes y servicios hacia el barrio”.

6. Justicia

De Soto asigna a las organizaciones que manejan asentamientos informales un objetivo de “maximizar valor”. Según investigaciones del Instituto Libertad y Democracia, el objetivo principal de las organizaciones informales que surge del “contrato de ocupación” consiste en proteger e incrementar el valor de la propiedad tomada. En este sentido, cumplen una serie de funciones tales como negociaciones con autoridades, protección del orden público, gestiones para la provisión de servicios públicos, registro de la propiedad en el asentamiento y administración de justicia (1987, p. 27).

¿Significa esto que siguen un principio “coaseano” de eficiencia? La referencia, no obstante, se dirige a las negociaciones formales con las autoridades, no entre los ocupantes. Están forzados a negociar con las autoridades porque los derechos informales son también débiles y vulnerables y los ocupantes valoran cualquier paso que los consolide. Las negociaciones incluyen diferentes problemas, que van desde el reconocimiento de la posesión a la provisión de servicios básicos e infraestructura. De Soto y Zarazaga, sin embargo, no se ocupan del criterio que estas organizaciones o los líderes sociales siguen en estos casos. Trataremos de deducirlos de otras fuentes.

Los ocupantes muestran una visión “lockeana” sobre el origen de los derechos de propiedad: posesión por ocupación. Cravino (2006, p. 160) informa sobre las siguientes formas para obtener una vivienda informal:

1. Ocupando o tomando un “lote” y construyendo su propia vivienda.
2. Accediendo a un pedazo de terreno o construyendo su vivienda detrás o sobre la vivienda de algún pariente.
3. Mediante el “allegamiento”: compartiendo la vivienda con un pariente o amigo, sobre todo por un período breve de tiempo para permitirle al recién llegado encontrar un lugar.
4. Viviendo en casas prestadas por algún pariente, vecino o amigo. Cravino (2009, p. 16) comenta la ambigüedad entre “cuidar” y “quedarse” en una casa. Aun si es prestada, con el tiempo quienes tienen la custodia de la casa considerarán que han adquirido un derecho sobre ella, sobre todo si realizaron trabajos de mantenimiento o mejoras.
5. Ocupación de viviendas deshabitadas (el dueño regresó a su país de origen o está preso o prófugo). Usualmente esto requiere la aprobación de una organización comunitaria, un delegado o la iglesia.

6. En algunos pocos casos, obtienen la vivienda del gobierno local.

Chávez Molina (2010) encuentra el mismo principio en la asignación de puestos en la feria informal de Francisco Solano. Este suburbio del sur de Buenos Aires es la sede de una de las ferias comerciales más grandes de la ciudad, funcionando los miércoles y sábados con más de 1.600 puestos, ofreciendo alimentos, ropa, calzado y todo tipo de productos falsificados. Aunque la feria como tal ha sido aprobada y es regulada por el gobierno local, éste sólo ha autorizado 600 puestos y no hay control sobre los productos que se venden. En verdad, existen dos ferias dentro de la misma área: una más formal y la “cola”, como la llaman, completamente informal.

La existencia de estos mercados informales es visible en cualquier país no desarrollado y aun en algunos que lo son. Lo que resulta relevante para nuestro tema aquí es que no existe una regulación formal sobre el lugar que debe ocupar cada comerciante. Todos los entrevistados por Chávez Molina (2010, p. 153) dijeron que se habían “ganado” el lugar a través de la participación constante en la feria y las relaciones resultantes con otros comerciantes. Cualquiera puede instalarse en la feria, comenzando en la “cola” –al final de la feria– o en las calles laterales, y sólo luego de una participación constante y relaciones personales con los comerciantes ya establecidos se podrán mover a mejores ubicaciones cuando los lugares estén disponibles. Si un comerciante no se presenta por un mes, nadie cuestionará si otro ocupa su lugar, aunque se consideran situaciones de ausencia por enfermedad.

Una nota aparte de interés para los economistas austríacos deriva de la importancia de la primera posesión y se relaciona con la necesidad de un derecho de propiedad formal. La mayoría de los economistas austríacos enfatizarían la importancia de derechos de propiedad bien definidos pero, ¿demanda esto un título “formal” o la “percepción de estabilidad de la posesión”? De hecho, eso es lo que aporta el título formal, y las ventajas de un buen sistema de registro y titulación han sido reconocidas por los austríacos y enfatizadas en el posterior libro de Hernando de Soto (2002), señalando –en este último caso– la necesidad de un título para acceder al crédito hipotecario. Estudios empíricos han mostrado también el impacto de la titulación en la inversión (Galiani & Schargrotsky, 2005), en la calidad, tamaño y estructura de las casas, en los resultados educativos de los niños y en la formación de ideas sobre la propiedad y los mercados.

Otros autores cuestionan si un título formal es necesario para asegurar la posesión y proteger las inversiones, o si existen otros procesos que logran resultados similares. Por ejemplo, Van Gelder (2010) comenta:

“Factores tales como el reconocimiento oficial de un asentamiento, la introducción de infraestructura y servicios, y otros factores que pueden fortalecer *de facto* la seguridad de la posesión fueron considerados más fundamentales que tener un documento legal sobre un terreno (e.g., Gilbert, 2002).

Con respecto al acceso al crédito, los poseedores de títulos no obtuvieron préstamos más frecuentemente que los residentes que no los tenían. En El Tala solamente tres personas con título de propiedad habían sacado un préstamo hipotecario en los cinco años anteriores, contra dos en la sección no titulada del asentamiento. Más gente –ocho en la zona titulada y cinco en la no titulada– habían obtenido préstamos en instituciones financieras que cobran altos intereses y no demandan la propiedad como garantía. En otras palabras, los propietarios no comprometían sus viviendas como colateral para obtener préstamos” (p. 15).

Ostuni & Van Gelder (2008, p. 205), apelan a una “construcción subjetiva” o percepción de seguridad que ciertamente provendría de un título pero también de la buena voluntad de funcionarios gubernamentales, una política de “laissez-faire” en relación a los asentamientos o a la provisión de servicios básicos. Baltrusis (2009, p. 71) informa que los inmuebles en las “favelas” informales de Guarulhos, cerca de San Pablo, tienen un precio promedio de R\$ 3.700 en São Rafael mientras que aquellos de Cabucú, un barrio recientemente ocupado, sólo de R\$ 600.

Al margen de la forma que tome, la percepción de seguridad es determinante y las decisiones de adjudicación de mediadores o jueces informales tenderían, por lo tanto, a fortalecerla. Esto debilita el análisis de costo/beneficio en tales decisiones ya que volver a la asignación de derechos dependiente de la evaluación de un juez sobre un resultado neto volvería a generar inestabilidad, un punto planteado por Block (1995), aunque también mencionado por Coase⁶.

6. “It would therefore seem desirable that the courts should understand the economic consequences of their decisions and should, insofar as this is possible without creating

Los contratos de arrendamiento parecen regirse por un principio estricto de propiedad: si el arrendatario no paga debe abandonar el cuarto o la casa inmediatamente. No hay mucha flexibilidad y las renegociaciones son poco usuales. Pocos arrendatarios se resisten al desalojo (Cravino, 2006, p. 206).

6.1. Resolución de disputas

Hasta este punto, los valores y visiones de los habitantes de villas parecen estar más enfocados en los “derechos” que en la “eficiencia” como determinantes de la resolución de conflictos. Otra forma de chequear esto proviene de una fuente inesperada para los economistas austriacos: una visión marxista. Boaventura de Sousa Santos (1977) llevó adelante una detallada investigación sobre sistemas legales alternativos en los barrios informales de Río de Janeiro⁷. Para investigar un entorno de “pluralismo legal”, Santos presenta como modelo al barrio que él designa como Pasagarda, el nombre de la antigua capital persa.

Pasagarda es una de las favelas más grandes y antiguas de Río de Janeiro. Fue iniciada alrededor de 1932, tenía una población de 18.000 personas en 1950 y de 50.000 a fines de los años 70. Se divide en dos partes: una en el morro y la otra abajo en el valle, donde corre un río contaminado y donde se ubican las viviendas más precarias. La mayoría de las casas están sobre el morro. Las calles, como en muchos otros asentamientos informales, son estrechas y barrosas, con canaletas cloacales corriendo entre ellas. Las casas son hechas principalmente de ladrillo y cemento y cuentan con electricidad y agua corriente —y las que no tienen, la obtienen de canillas públicas o de vecinos.

En los alrededores existen varias fábricas, donde muchos habitantes trabajan. Otros son emprendedores, empleados públicos, trabajadores municipales o cuentapropistas. Hay una intensa vida social que se canaliza a través de clubes recreativos, equipos de fútbol, iglesias, la comisión de

too much uncertainty about the legal position itself, take these consequences into account when making their decisions” (Coase, 1960).

7. “Guided by a Marxian theory of society and of law in society, the systematic comparison of the different types of legal pluralism will establish the possible relations between official and unofficial law (vertical or horizontal, integration or confrontation, etc.)” (Sousa Santos, 1977, p. 10).

electricidad y una organización de residentes. Ésta es claramente una de las organizaciones informales que describen De Soto *et al.* en los barrios informales de Perú. La asociación tiene una comisión directiva elegida con un presidente, y los miembros pagan una cuota mensual.

La asociación, particularmente su presidente y el tesorero, ambos funcionarios rentados y con dedicación completa, ratifica los contratos que realizan ante ellos, especialmente los de venta de viviendas, para lo que demandan una prueba de posesión, e incluso redactan el texto según los términos acordados. Se lee el contrato y lo firman las dos partes y dos testigos, luego se le estampa el sello de la asociación, y se guarda una copia en archivo. Los contratos ratificados por la asociación de residentes son muy similares a los del mundo formal, pero como la tierra formalmente pertenece al estado, cuando se vende una vivienda se la llama “benfeitoría” o mejoras sobre la tierra. Un ejemplo presentado por Sousa Santos (1977, p. 51), es el siguiente:

“Yo, EL [identificación completa], declaro que he vendido al Sr. OM [identificación completa] una *benfeitoría* de mi propiedad en [ubicación]. Él pagó [cantidad] como anticipo y el resto del precio será pagado con ocho pagarés comenzando [fecha]. En caso que el Sr. OM no pague durante tres meses este documento será declarado inválido. Este acuerdo es libre y legal y la propiedad está libre de cargas y gravámenes. La tierra no entra en la transacción porque pertenece al estado.

Este contrato será firmado por las partes y por dos testigos en dos copias, una de las cuales mantendrá la Asociación por cualquier circunstancia que pueda surgir.

Fecha:

Firma:

Testigos:”

Otros incluyen la venta de un cuarto dentro de una casa y el derecho de “tanteo” (la capacidad de una persona de exigir a otra, con relación a la compraventa de ese bien, que se lo venda por el precio que ya tenía acordado con un tercero) en caso que los dueños quieran vender; la venta de una casa con la obligación del comprador de construir una pared; la donación de una casa; la venta de una casa por un analfabeto y su hijo como testigo pero confirmando la aceptación por parte del legítimo heredero; el requisito del

consentimiento legal de la esposa. Los procedimientos formales son muy importantes, el presidente requiere prueba de la propiedad y en caso de que se haya perdido el testimonio de testigos.

Con relación a los principios aplicados en la resolución de disputas no hacen referencia explícita a cuestiones de eficiencia. Veamos algunos de los casos de Sousa Santos (1977, p. 61):

“El Sr. GM viene a la AR con el Sr. MT y explica su problema al presidente.

Sr. GM: Usted sabe que poseo una *benfeitoria* en [ubicación]. Quiero venderla al Sr. MT pero el problema es que no puedo obtener el consentimiento de mi esposa. Se fue de la casa hace nueve meses y nunca regresó.

PRESIDENTE: ¿Dónde está ella ahora?

Sr. GM: No sé. En realidad no creo que su consentimiento sea muy importante en este caso porque, después de todo, la casa fue construida con mi esfuerzo. Además, no hay documentos sobre la compra de los materiales que ella haya firmado.

PRESIDENTE (silencio, luego): Bueno, sé que es una persona honesta y que su esposa se ha comportado muy mal. (Silencio) ¿Cuánto tiempo hace que se ha ido?

Sr. GM: Nueve meses.

PRESIDENTE: No es, en verdad, mucho tiempo. (Silencio). Creo que su hijo mayor debería manifestar su acuerdo sobre la venta de la *benfeitoria* y firmar los documentos como un tercer testigo.

Sr. GM y Sr. MT: Estamos de acuerdo.

Sr GM a Sr. BT: Podríamos redactar el documento ahora mismo...

El documento se redacta entonces de esta forma:

Yo, Sr. GM [identificación completa], estando separado de mi mujer, quien desapareció sin dar noticias, y viviendo como un buen padre con mis seis hijos, declaro que he vendido una *benfeitoria* de mi propiedad localizada en [ubicación] al Sr. BT [identificación completa]. Éste pagará inmediatamente [cantidad] y el resto será pagado en base a [cantidad] por mes. Declaramos que como no hay documentos a nombre de mi esposa o míos, vendo esta *benfeitoria* sin cargas y gravámenes. En verdad fue construida con mis propios esfuerzos. Firmo esta declaración en presencia de dos testigos y en dos copias,

una de las cuales queda en la Asociación de Residentes por caso surja cualquier contingencia.

Fecha:

Firmas:

Firmas de tres testigos:

(uno de ellos es el hijo mayor del Sr. GM)”

Podría argumentarse que existe una justificación basada en la eficiencia al permitir que se realice la venta ya que el activo sería asignado a un uso más valioso, pero aunque ésta sea una consecuencia, no es parte de la argumentación sobre la decisión. Actuar de “buena fe” es el principio fundamental para la decisión siguiente:

“El Sr. SB vendió su vivienda al Sr. JQ por Cr\$1,000.53. El comprador pagó la mitad del precio inmediatamente y prometió pagar el resto en cuotas. En la fecha acordada realizó el pago de la primera cuota (Cr\$50). La segunda cuota de Cr\$200 también fue pagada en tiempo. Sin embargo, en lugar de entregar el dinero directamente al vendedor, el Sr. JQ se lo dio a la esposa del vendedor. Ella se quedó con el dinero y lo gastó a su gusto. Además, era infiel a su marido y se había acostado con el hermano del comprador. Cuando conoció esto, el Sr. SB, el vendedor, mató a su mujer y demandó la reposición de la vivienda. El comprador se quejó diciendo que había pagado debidamente las cuotas y que pagaría las restantes. Había entregado la segunda cuota a la mujer creyendo que se la entregaría al marido.

Se llamó a la Asociación a la hermana del vendedor para representar a su hermano que no podía presentarse porque estaba siendo buscado por la policía. El *presidente* dijo que no sería justo revocar la venta ya que el comprador había actuado todo el tiempo con buena fe. Por otro lado, el vendedor no debería ser dañado porque el comprador no le haya entregado el dinero directamente; por lo que la cuota en cuestión no debería ser acreditada al balance del precio. El *presidente* finalmente decidió, y las partes acordaron, que el comprador pagaría el resto en seis cuotas, tres de Cr\$100 y tres de Cr\$50”.

No hay mención de las diferentes valoraciones en relación a la vivienda ni a la asignación hacia un uso más valioso, sino un enfoque “clásico” para

la definición y asignación de derechos. Éste está también presente en las instrucciones que dos organizaciones de trabajadores informales⁸ (Bonner, 2009) presentan. En cuanto al manejo de conflictos proponen la “aplicación de las leyes de la justicia natural”⁹. Al margen de la discusión entre el positivismo jurídico y el iusnaturalismo, lo interesante aquí es que no apelan a las leyes formales vigentes.

7. Negligencia y primer ocupante (“comingtothenuisance”)

Se aplican similares consideraciones a las leyes sobre daños, donde se deriva una visión basada en la eficiencia del teorema de Coase en la búsqueda de una definición más precisa; en la fórmula de Hand, una evaluación de la carga que tendría el actor contra el grado de daño multiplicado por la probabilidad de su ocurrencia (Rizzo, 1980). Por los mismos argumentos sobre la subjetividad del valor y la imposibilidad del cálculo económico para el planificador/juez, los austríacos han adherido a la doctrina de la responsabilidad objetiva, que obvia la necesidad de un análisis de costo/beneficios centralizado. El enfoque basado en la eficiencia no solamente demanda una evaluación de la negligencia del demandante y el demandado sino también,

8. Streetnet International con sede en Durban, Sudáfrica; Women in Informal Employment: Globalizing & Organizing (WIEGO), con sede en la Universidad de Harvard.

9. “Los trabajadores informales pueden estar excluidos de la ley laboral, pero tienen derechos como personas y como ciudadanos. La constitución de un país es aplicable a todos los ciudadanos (aunque algunos trabajadores informales pueden estar excluidos de algunas disposiciones, por ejemplo, los trabajadores migrantes). Las leyes de justicia natural e imparcialidad se aplican a los trabajadores informales como a todas las demás personas. Base sus intentos para resolver conflictos en el concepto de justicia natural, a través de procedimientos pacíficos. Use estos como estructura para ayudarlo a desarrollar procesos de resolución de conflictos informales o semi-formales. Use los mismos como guía en los conflictos. Use el concepto cuando argumente su caso para un trato justo y para una gestión adecuada de conflictos colectivos y casos individuales” (p. 5).

“Si la ley laboral no cubre a sus miembros, pero usted tiene una relación de negociación con alguna autoridad o empleador, no existe ningún obstáculo para que usted exija un procedimiento de resolución de disputas. De esta manera usted podría tener un procedimiento de conflicto formal, pero a través de un proceso ‘privado’, en lugar de uno estipulado por la ley. Aplique las leyes de justicia natural (p. 6)”.

en el caso en que ambos fueran negligentes, una evaluación de quién “hubiera evitado el daño a menor costo”.

En este momento parecería obvio señalar que en los barrios informales los accidentes son evaluados en base a lo que realmente ocurrió, no en una especulación acerca de lo “que podría haber ocurrido en dos mundos alternativos y luego comparar los resultados” (Rizzo, 1980, p. 292). La responsabilidad objetiva provee un entorno estable para el agente dañador, que lo incentiva a cierto nivel de análisis sobre el cuidado precautorio¹⁰, que podría ser “eficiente” como resultado de la sabiduría acumulada en relación a casos similares. Los agentes causales son usualmente responsables de los tipos de daños previsibles, aunque pueden no serlo de todos o de algunas consecuencias imprevisibles. La simpleza de la responsabilidad objetiva en comparación con el principio del que “evita al menor costo” promueve la certidumbre en el orden legal informal y contribuye a una mejor definición de los derechos de propiedad.

El enfoque se repite con la doctrina de “*comingtothenuisance*”, o primer ocupante en el derecho de daños (Cordato, 1998). Según ésta el agente causal no debería ser responsable de los efectos de externalidades negativas hacia un recurso que no tiene propietario si llegó primero y/o los efectos no eran cuestionados por el dueño existente. Si la eficiencia requiere la determinación de quién podría haber evitado el daño a menor costo, en este caso requiere saber “quién debería haber llegado primero” para maximizar el producto social total.

Como en el caso anterior, la doctrina sería eficiente de forma diferente, proveyendo un entorno legal que reduce los costos de la incertidumbre.

10. “In a dynamic world in which the uncertainties of technological change, the ambiguities of foreseeability, and the absence of a unique objective measure of social cost all conspire to make the efficiency paradigm a delusion, the importance of certainty in the legal order is clear. Strict liability obviates or minimizes the need for courts to grapple, if only implicitly, with such impossibly elusive problems as foreseeability, cheaper-cost avoider, social cost, and second best. It provides a series of basically simple, strict presumptions. The *prima facie* case is based on straightforward commonsense causal paradigms, whereas the defenses and later pleas minimize the number of issues which must be considered in a given case... This greater certainty promotes efficiency in the basic institutional sense because property rights, in effect, become more clearly or definitely defined” (Rizzo, 1980, p. 317).

Cordato (1998, p. 289) da el ejemplo de un campesino que construye un galpón para criar cerdos, con sus correspondientes olores que se desparra- man hacia las propiedades vecinas. Si esas tierras no tienen propietario o si el propietario no se queja por un cierto período de tiempo se asume que el campesino se ha “apropiado” de tal uso. Si luego la propiedad es consid- erada para ser desarrollada y la doctrina se aplica, los precios reflejarán la existencia de esa “servidumbre”, brindando información a los potenciales “*comerstothenuisance*”¹¹, quienes, en conocimiento de la existencia de la norma tomarían eso en cuenta para evaluar los costos y el precio del proyec- to, y puede que nunca presenten una demanda. La prevalencia del principio del “primer ocupante” en los barrios informales ha sido ya establecida.

8. Conclusión

Las villas y favelas son mundos informales donde el estado está ausen- te en muchos sentidos, por cierto en la prevención y resolución de externali- dades negativas. Resulta interesante conocer cómo sus habitantes manejan problemas de esa naturaleza.

Según Coase, en ausencia de o con bajos costos de transacción, estos problemas serán resueltos y el recurso será asignado a su uso más valioso sin importar quién tiene el derecho. En tales casos no son necesarias las soluciones gubernamentales, son suficientes las soluciones voluntarias. Para los austríacos, los “costos” son subjetivos y se conocen solamente como “preferencias reveladas”. La vida en los barrios informales muestra que hay muchas instancias en que esas soluciones voluntarias suceden, mostrando que los beneficios subjetivos han de ser mayores que los costos subjetivos.

11. “Such a rule would send important signals to potential comers to a nuisance. In the ex- ample, those considering making use of the adjoining property would do so in full knowl- edge that the farmer has preceded them and, as such, has certain rights with respect to its use. This knowledge, and the certainty about future rights and obligations that it would generate, would be factored into any decisions that are made with respect to the use of the adjacent land, ex ante. Anyone planning to build a house on the land would do so in full knowledge that they would either have to put up with the odors from the pig farm, incur the costs of insulating themselves from the odors, or negotiate a ‘Coasean’ type bargain with the farmer” (Cordato, 1998, p. 289).

En el caso de altos costos de transacción una estructura institucional ayudaría a reducirlos y los barrios informales muestran que este papel es cumplido por ciertas organizaciones, representantes o mediadores informales. Éstos, no obstante, no siguen una racionalidad basada en la eficiencia sino en una versión lockeana clásica sobre derechos y justicia, responsabilidad objetiva y primer ocupante.

Por lo tanto, el consejo normativo debe ser tomado con cuidado. ¿Tiene sentido aconsejar a los jueces a que cambien la forma en que resuelven problemas de externalidades negativas cuando ya lo hacen en base a principios que se han utilizado por siglos? En cierta forma, “El Problema del Costo Social” muestra que los jueces no tienen un criterio claramente definido y resuelven a veces en una dirección, a veces en otra. Por ejemplo, “Cooke vs Forbes”, “Bryant vs Lefever” y “Bass vs Gregory” son todos casos de externalidades negativas en la atmósfera y Coase (1960) intenta mostrar las decisiones diferentes que los jueces toman aunque las circunstancias son similares. Y si no existe un criterio claramente establecido, puede que valga la pena considerar el de la eficiencia.

Sin embargo, “adjudicar” derechos en base a la eficiencia es difícil, si no imposible, y puede ser el resultado de una larga y evolucionada tradición de adjudicar “derechos”.

Bibliografía

- Baltrusis, Nelson (2009), “Mercado informal de terras e viviendas in Sao Paulo”, *Revista Bitácora Urbano Territorial*, Vol. 15, Núm. 2, julio-diciembre, pp. 55-78.
- Block, Walter (1977), “Coase and Demsetz on Private Property Rights”, *Journal of Libertarian Studies*, Vol. 1, Nº 2, 111-115.
- Block, Walter (1995), “Ethics, Efficiency, Coasian Property Rights, and Psychic Income: A Reply to Demsetz”, *Review of Austrian Economics*, Vol. 8, Nº 2, 61-125.
- Boettke, Peter J. (1997), “Where did Economics go Wrong? Equilibrium as a Flight from Reality”, *Critical Review*, Vol 11, Nº 11, Winter, 11-64.
- Bonner, Christine (2009), *Organizando en la Economía Informal: Libros de Referencia para Organizadores*, Número 5, StreetNet International y WIEGO.

- Chávez Molina, Eduardo (2010), *La construcción social de la confianza en el mercado informal: los feriantes de Francisco Solano* (Buenos Aires: Nueva Trilce).
- Cooter, Robert (2005), “The confluence of justice and efficiency in the economic analysis of law”; en *The origins of law and economics: essays by the founding fathers*; (Cheltenham [u.a.] : Elgar), pp. 222-240.
- Cordato, Roy (1992) [2007]), *Efficiency and Externalities in an Open-Ended Universe: A Modern Austrian Perspective*, Auburn, Alabama: The Ludwig von Mises Institute; originally published by Kluwer Academic Publishers, 1992.
- Cordato, Roy (1998), “Time Passage and the Economics of Coming to the Nuisance: Reassessing the Coasean Perspective”, *Campbell Law Review*, 20 Campbell L. Rev. 273, Spring.
- Coase, Ronald H. (1960), “The Problem of Social Costs”, *Journal of Law and Economics*, Vol. 3 (October), 1-44.
- Cravino, María Cristina (2006), *Las Villas de la Ciudad: Mercado e Informalidad Urbana* (Los Polvorines: Universidad Nacional de General Sarmiento).
- Cravino, María Cristina (2009), *Vivir en la villa: Relatos, trayectorias y estrategias habitacionales* (Los Polvorines: Universidad Nacional de General Sarmiento).
- Demsetz, Harold (1979), “Ethics and Efficiency in Property Right Systems”, in Rizzo, Mario J. (ed.), *Time, Uncertainty and Profit: Exploration of Austrian Themes* (Lexington, Mass: D.C: Heath & Co), 97-116.
- De Soto, Hernando (1987), en colaboración con E. Gherzi & M Ghibellini, *El Otro Sendero* (Buenos Aires: Editorial Sudamericana).
- De Soto, Hernando (2002), *El Misterio del Capital. Por qué el capitalismo triunfa en Occidente y fracasa en el resto del mundo* (Buenos Aires: Editorial Sudamericana).
- Galiani, Sebastián & Ernesto Scharfrodsky (2005), “Property Rights for the Poor: Effects of land Titling”, *Documento de Trabajo* 06/2005, Escuela de Negocios, Universidad Torcuato Di Tella, Buenos Aires.
- Gilbert, A. G. (2002), “On the mystery of capital and the myths of Hernando de Soto: What difference does legal title make?”, *International Development Planning Review* 26: 1-19.

- Hidding Ohlson, Marcos & Martín Krause (2010), “La provisión de bienes públicos en ausencia del Estado: el caso de La Cava” (manuscrito). Available at: http://works.bepress.com/martin_krause/44/
- Mathis, Klaus (2009), *Efficiency Instead of Justice? Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law*; Law and Philosophy Library, Volume 84; Springer.
- Neuwirth, Robert (2006), *Shadow Cities: A Billion Squatters, a New Urban World* (New York: Routledge).
- Ostuni, Fernando & Jean-Louis van Gelder (2008), “No sé si legal... ¡pero legítimo es!: Percepciones sobre la seguridad en la tenencia de títulos de propiedad de barrios informales del Gran Buenos Aires”, en Cravino, María Cristina (2008), *Los mil barrios (in)formales: Aportes para la construcción de un observatorio del hábitat popular del Área Metropolitana de Buenos Aires* (Los Polvorines: Universidad Nacional de General Sarmiento).
- Posner, Richard (1979), “Utilitarianism, Economics and Legal Theory”, *The Journal of Legal Studies*, Vol. 8, No. 1 (Jan., 1979), pp. 103-140.
- Rizzo, Mario J. (1980), “Law amid Flux: The Economics of Negligence and Strict Liability in Tort”, *The Journal of Legal Studies*, Vol. 9 Nº 2, 291-318.
- Smolka, Martim O. & Claudia M. De Cesare (2010), “Property Tax and Informal Property: The Challenge of Third World Cities”, *Lincoln Institute of Land Policy Working Paper*, WP10MS2, Lincoln Institute of Land Policy, Cambridge, Mass.
- Sousa Santos, Boaventura (1977), “The Law of the Oppressed: The Construction and Reproduction of Legality in Pasagarda”, *Law & Society Review*, Vol. 12, Nº 1 (Autumn), 55-126.
- Stearns, Maxwell L. & Todd J. Zywicki (2009), *Public Choice Concepts and Applications in Law*, American Casebook Series (St. Paul, MN: Thomson Reuters).
- Tooley, James N. (1999), *The Global Education Industry: Lessons from Private Education in Developing Countries* (London: Institute of Economic Affairs).
- Van Gelder, Jean-Louis (2010), “Tenure Security and Housing Improvement in Buenos Aires”, *Land Lines*, Lincoln Institute of Land Policy, Cambridge, Mass.
- Venkatesh, Sudhir Alladi (2006), *Off the Books: The Underground Economy of the Urban Poor* (Cambridge, Mass: Harvard University Press).

Zarazaga, Rodrigo (2010a), “El Jesuita que desde Harvard estudia las redes clientelares”, Buenos Aires: *La Nación*, 20/6/2010.

Zarazaga, Rodrigo (2010b), “Entre la ausencia del Estado y la presencia del puntero: racionalidad política en el conurbano bonaerense”, presentation at the *Seminar on Informal Towns*: Buenos Aires, 2/11/2010. Available at: <http://ciima.org.ar/2010/11/12/presentaciones-seminario-la-problema-de-las-villas-en-argentina/>

Cambios en el régimen de los privilegios en la Reforma del Código Civil y Comercial

*Marina Mariani de Vidal**

Resumen

El régimen de los privilegios aparece regulado en el Libro Sexto (arts. 2573 al 2583) del Proyecto, en un Título (el II) que consta de dos Capítulos (1. Disposiciones generales; 2. Privilegios especiales). Se persigue establecer un régimen claro y sencillo de esta intrincada materia, reduciendo el número de aquéllos –se suprimen algunos hoy aceptados (como el del vendedor) pero se agregan otros (como el del acreedor anticresista); y también se aproximan las disposiciones a las de la Ley de Concursos 24.522, como una manera de encaminarse a la anhelada unificación de las normas que los contemplan. Acogiendo doctrina corriente, la regulación sólo comprende los privilegios especiales a ser invocados en las ejecuciones individuales, toda vez que: a) los generales son derivados al ámbito de los concursos y a la ley que los rige, lo mismo que los privilegios especiales que se invoque en éstos; y b) se dispone que en los procesos universales los privilegios se regirán por las normas aplicables a los concursos. En el Capítulo referido a las “Disposiciones generales” se contempla la definición y asiento del privilegio, sus caracteres (origen legal, renuncia y postergación, indivisibilidad, transmisibilidad), extensión y cómputo. El otro Capítulo contiene una enumeración de los privilegios especiales, la que reviste importancia porque determina su rango en caso

* Profesora titular por concurso de Derechos Reales en la Facultad de Derecho (UBA). Directora del Programa de Actualización en Derechos Reales, Departamento de Posgrado, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

de concurrencia de ellos sobre el mismo asiento, salvo excepciones que se establece especialmente, las que sujetan la solución al principio de prioridad en el tiempo. Se admite la subrogación real y se hace especial referencia a la reserva de gastos que deberá ser practicada antes del pago del crédito dotado de privilegio especial.

Palabras clave: Privilegios - Privilegios definición - Privilegios asiento - Privilegios caracteres - Privilegios subrogación real - Privilegios extensión - Privilegios generales - Privilegios especiales - Privilegios y créditos quirografarios - Procesos universales

Abstract

The legal regime concerning the matter of privileges (or security interests) is incorporated in Book Six (articles 2573 through 2583) of the Draft Civil and Commercial Code, under Title II, itself containing two chapters (1. General regulations; 2. Special privileges). The goal is to establish a simple and clear regime regulating this intricate subject, by reducing the number of privileges – some which are currently accepted are eliminated (such as that of the seller) but others are incorporated (such as the creditor in antichresis); as well as to approximate it to the regulations of Law 24.522 (Insolvency Administration) in an attempt to step closer to unification of the different legal regimes. The regulation takes current academic production into account and only includes special privileges that can be individually invoked as: a) general privileges are referred to the regime of insolvency administration and its applicable law, as well as special privileges invoked in that context; and b) the draft establishes that in legal procedures that involve the totality of the assets and rights of an entity, privileges are regulated by the rules applicable to insolvency administration. The chapter devoted to “General regulations” includes the definition of the privileges as well as its features (legal source, capacity of the creditor to renounce or defer the privilege, indivisibility, transmissibility), extent and calculation. The other chapter enumerates special privileges and determines their hierarchy should they coexist in relation to the same asset, except in specifically regulated exceptions in which the solution relates to the first in time rule. The chapter establishes that the privilege is transferred to any sums that may replace the assets and that before payment of a

credit endowed with a special privilege, reserve must be made of the sums that were necessary for the custody, conservation and administration of the asset involved.

Keywords: Privileges - Privileges: definition - Privileges: source - Privileges: features - Privileges: replacement of assets - Privileges: extent - General Privileges - Special Privileges - Universal Procedures.

I. Introducción

El 28 de febrero de 2011 fue dictado por el Poder Ejecutivo Nacional el decreto 191 (se publicó en el Boletín Oficial del 28 de ese mes), por el cual se dispuso la creación de una “*Comisión para la elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación*”, designándose como integrantes de ella a los doctores Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci.

El 27 de marzo de 2012, en acto público, la Comisión hizo entrega a la Presidente de la Nación del trabajo elaborado¹, el que fue examinado y pasible de algunas reformas por parte del Poder Ejecutivo, siendo luego elevado a la Cámara de Senadores para iniciar su tratamiento legislativo.

En el ámbito del Congreso de la Nación, se constituyó una Comisión Bicameral, compuesta por Senadores y Diputados integrantes de distintas Comisiones de cada cuerpo, a los fines del análisis del Proyecto. Éste se halla en estos momentos a consideración de aquélla.

Formularé aquí algunas reflexiones sobre aspectos salientes de las disposiciones del Proyecto vinculadas con la materia de los Privilegios las que, desde luego, no agotan –ni pretenden hacerlo– tan frondoso tema.

1. Según se declara en los Fundamentos, la elaboración se efectuó sobre la base de los diversos Anteproyectos y Proyectos de reforma anteriores, trabajos críticos de la doctrina y de la jurisprudencia y la colaboración y participación de diversos especialistas y aun de la comunidad.

II. Metodología: ubicación de las normas reguladoras de los privilegios en el Proyecto

El Proyecto consta de un Título Preliminar² y seis Libros³, divididos en Títulos, Capítulos y Secciones.

El régimen de los privilegios aparece regulado en el Libro Sexto –“Disposiciones comunes a los derechos personales y reales”–, Título Segundo (arts. 2573 al 2586 inclusive), que consta de dos Capítulos: Capítulo 1 –Disposiciones Generales– y Capítulo 2 –Privilegios especiales.

Las Disposiciones Generales se refieren a: Definición. Asiento (art. 2573); Origen legal (art. 2574); Renuncia y postergación (art. 2575); Indivisibilidad. Transmisibilidad (art. 2576); Extensión (art. 2577); Cómputo (art. 2578); Procesos universales. Régimen aplicable (art. 2579); Créditos quirografarios (art. 2581).

El Capítulo 2 regula los Privilegios Especiales: Enumeración (art. 2582); Extensión (art. 2583); Subrogación real (art. 2584); Reserva de gastos (art. 2585); Conflicto entre los acreedores con privilegio especial –art. 2586.

La ubicación de los privilegios en el último Libro, que como dijimos reúne las disposiciones comunes a los derechos reales y personales, guarda alguna similitud con la metodología del Código de Vélez, cuyas normas relativas a los privilegios se instalan también en la Segunda y última Sección del último Libro (el Libro Cuarto), entre las disposiciones comunes a los derechos reales y personales, bajo el acápite “Concurrencia de los derechos reales y personales contra los bienes del deudor común” (arts. 3875 a 3938 inclusive).

2. Trata de los derechos, de la ley, del ejercicio de los derechos y de los derechos y los bienes.

3. *Libro Primero* –Parte general (de la persona humana, de la persona jurídica, de los bienes)–; *Libro Segundo* –De las relaciones de familia–; *Libro Tercero* –De los derechos personales–; *Libro Cuarto* –De los derechos reales–; *Libro Quinto* –De la transmisión de los derechos por causa de muerte–; *Libro Sexto* –De las disposiciones comunes a los derechos personales y reales.

III. Dificultades del tema. Hacia la unificación

La regulación de los privilegios, que involucra la colocación de los distintos acreedores frente al patrimonio de su deudor —la cual se tornará operativa en tanto se enfrenten por lo menos dos créditos que concurren sobre el mismo o los mismos bienes para cobrarse—, proyecta su influencia sobre el crédito y aun sobre la propiedad, circunstancias que revelan su importancia y explican que cada sociedad adopte la que le parezca más conveniente y acorde con la concepción que pretenda para sí misma y los valores que le interese resguardar.

Un ajustado y prístino régimen de los privilegios redundará en beneficio de quienes sean llamados a aplicar su normativa (especialmente jueces y profesionales) y también de los particulares, pues reglas claras y sencillas han de brindar la necesaria seguridad jurídica a los efectos de anudar las diferentes relaciones y dilucidar los conflictos que eventualmente pudieran presentarse.

La materia de los privilegios ha sido entre nosotros preocupación constante de la doctrina y la jurisprudencia derivada, no sólo de la complejidad de ella en sí misma, sino del hecho de que aparece contemplada en diversas normas que no siempre guardan la necesaria armonía⁴, extremos que la convierten en un sistema laberíntico que genera problemas de difícil y compleja solución.

Ello es debido a que, además de los dos principales cuerpos normativos que los contemplan —el Código Civil y la Ley de Concursos—, concurren con sus disposiciones varios otros ordenamientos —Ley de la Navegación, Código Aeronáutico, Código de Minería, Código Penal, Ley de Entidades Financieras, Ley de Contrato de Trabajo, leyes fiscales, leyes sobre prenda con registro, warrants, debentures, propiedad horizontal; etc.

Por tal motivo, los apabullados intérpretes reclaman la unidad legislativa y la simplificación del sistema, propiciándose la reducción del número

4. A punto tal que, con mi inolvidable Maestro Dr. Guillermo Allende, la calificamos hace bastante tiempo de verdadero caos: conf. ALLENDE, G.-MARIANI DE VIDAL, M., "Privilegios: caos legislativo", LL-1975-D-620.

de privilegios y la fijación de reglas nítidas y simples referidas al rango de cada uno, y hasta su publicidad registral⁵.

La aspiración máxima es la de una Ley de Privilegios única, aplicable tanto a las ejecuciones individuales cuanto a las colectivas (pues carece de toda lógica que un mismo crédito tenga o no tenga privilegio, o le corresponda a su privilegio un orden distinto según que aparezca comprometido en una u otra situación) –advierto que se ha propiciado que la unificación se efectúe sobre la Ley de Concursos⁶ o con distinta óptica, que lo sea sobre el Código Civil⁷–. Mas la satisfacción de aquel anhelo resulta prácticamente una utopía que demandaría largo tiempo y muy ardua tarea convertir en realidad.

Las normas del Proyecto –inspiradas en alguna medida en el Proyecto de Unificación de 1998– se enderezan en aquel sentido.

Según se expresa en los Fundamentos del Proyecto, *“de conformidad con la labor encomendada a esta Comisión, no le corresponde ocuparse de la Ley de Concursos, ni de la de Seguros, ni de la de la Navegación, ni de otros temas contenidos en leyes o regímenes especiales completos o cerrados. A los fines de encaminarse a la anhelada unificación, se ha partido del régimen de privilegios regulado en la Ley de Concursos⁸, aun en la regulación de los créditos laborales, y sobre él se ha moldeado el destinado a las ejecuciones individuales, contemplando las debidas particularidades”*.

Consecuentemente, se mantiene la doble regulación, pero se contará con dos regímenes que guardan armonía para ambos tipos de ejecuciones (las individuales y las colectivas), armonía que generará una mayor inteligibilidad en el tema de los privilegios.

5. Conf. BIBILONI, A., en su Anteproyecto de Reformas al Código Civil Argentino de 1926 y Proyecto de Ley Nacional de Bancarrotas de 1950. Ver ALLENDE, G. - MARIANI DE VIDAL, M., “Privilegios. Pautas fundamentales para una posible reforma”, LL-1982-C-801.

6. Así, la proyectada Ley Nacional de Bancarrotas del año 1950.

7. Ver al respecto, HIGHTON, E., “Juicio hipotecario”, Buenos Aires, 1996, t. 3, pp. 44-45.

8. La Ley de Concursos 24.522 *pretende* ser un sistema cerrado, aunque no lo logra integralmente a pesar de lo que dispone el art. 239, ya que ella contiene remisiones a otros ordenamientos: art 243, inc. 1; no obstante, en sus arts. 239 a 250 inclusive, simplifica el régimen de los privilegios y adopta criterios mucho más claros que los observados por el Código de Vélez, que constituyen un verdadero laberinto.

Respecto de la publicidad mediante la inscripción, el Proyecto no la contempla. Y es que no parece llegado el momento de introducirla en la legislación (la Ley de Concursos 24.522 tampoco la prevé), pues con anterioridad debería sopesarse con todo cuidado el enorme impacto que ella produciría sobre el sistema registral.

IV. Disposiciones generales

1. Definición, asiento y caracteres (Título II, Capítulo 1)

Naturaleza jurídica. Se define al privilegio como “la calidad que corresponde a un crédito de ser pagado con preferencia a otro” (art. 2573), observándose una cierta coincidencia con el art. 3875 del actual Código Civil.

Empero, al calificarse al privilegio como “la **calidad** que corresponde a un crédito”, queda claro que el privilegio no es derecho personal ni real, sino simplemente una cualidad que la ley estima conveniente atribuir a ciertos créditos⁹, por distintos motivos¹⁰.

Asiento. Se dispone que el privilegio sólo podrá ejercitarse mientras la cosa afectada a éste (asiento) permanezca en el patrimonio del deudor (art. 2573), quedando de este modo descartado, como regla, el carácter reipersecutorio del privilegio¹¹; aunque se deja a salvo la posibilidad de disposición legal en contrario¹².

También se dispone que el privilegio no puede ser ejercido sobre las cosas que la ley declara inembargables (art. 2573). Y es que si no se pueden

9. El legislador tiene en cuenta la naturaleza del crédito mismo que ampara con el privilegio y no la persona del acreedor de ese crédito (“objetividad” del privilegio).

10. Estos motivos –que pueden ser de distinta índole (la equidad, el interés público, la necesidad de proteger al trabajo, la conveniencia económica, razones de salubridad, etc.)– constituyen el *fundamento* de cada privilegio.

11. En nuestro derecho actual encontramos algunos ejemplos de reipersecución. Así, art. 3885 Código Civil (privilegio del locador); art. 269 Ley de Contrato de Trabajo (privilegio de ciertos créditos laborales); arts. 484 y 491, Ley de la Navegación n° 20.094 (privilegios sobre buques).

12. Tal sería el caso del privilegio sobre buques ya referido: arts.484, inc. c) y 491, ley 20.094.

embargar, no podrán ser ejecutadas por el acreedor para cobrarse, siendo el embargo un trámite inexcusable de la ejecución forzada. Es, precisamente, sobre el precio obtenido en la ejecución forzada del asiento que los acreedores han de caer haciendo valer, al concurrir, las preferencias que eventualmente les pudieran asistir.

Vinculado con el tema del asiento, advierto que bajo el título de “*subrogación real*”, se establece expresamente, en concordancia con lo dispuesto en el art. 245 de la ley 24.522, que el privilegio especial se traslada de pleno derecho sobre los importes que sustituyan los bienes sobre los que recae, sea por indemnización, precio o cualquier otro concepto que permita la subrogación real; correspondiendo puntualizar que el privilegio se trasladará sobre los *importes* y no sobre las cosas que sustituyan al asiento originario. La normativa diluye las dudas generadas sobre el tema por las disposiciones actualmente en vigor.

Carácter de legalidad. Desde que el privilegio configura una excepción al esencial principio de paridad de los acreedores frente al patrimonio del deudor común –posición igualitaria que consagra el art. 743 del Proyecto–, es lógico –lo cual se halla tradicionalmente reconocido y aparece consagrado en el art. 239, primer párrafo de la Ley de Concursos 24.522– que sólo puedan resultar de la ley, privándose como principio a las convenciones particulares de la posibilidad de crear privilegios que la ley no contempla (art. 2574 del Proyecto).

No hace excepción a ello la circunstancia de que en el art. 2575 el Proyecto autorice que acreedor y deudor convengan la postergación de los derechos del acreedor respecto de otras deudas (subordinación) –y a esto alude el párrafo final del art. 2574–; mas ello no desnaturaliza el necesario origen legal de los privilegios, porque las convenciones celebradas reglarán los derechos entre acreedor subordinante y acreedor subordinado, pero no podrán afectar derechos de terceros, como se dispone expresamente (art. 2575), con lo que el principio de legalidad de los privilegios no sufre demérito alguno. Esto así, repito, toda vez que el convenio de subordinación, como principio, debe mantener inalterada la situación del resto de los acreedores, sin beneficio ni perjuicio para éstos¹³.

13. Sobre el tema ver ALEGRÍA, H. - BUEY FERNÁNDEZ, P., “Negocios jurídicos de subordinación crediticia”, LL-1991-D-1041; HIGHTON, E. - MOSSET ITURRASPE, J. -

Señalo que los convenios de subordinación se encuentran ya admitidos en la Ley de Concursos (art. 239) y en el párrafo agregado al art. 3876 Código Civil por la ley 24.441.

Renunciabilidad. Se consagra en el art 2575 la *renunciabilidad* de los privilegios –porque se mueven en el ámbito de los derechos patrimoniales–, aunque también, que el privilegio laboral no es renunciable ni postergable¹⁴, por obvios motivos vinculados con la naturaleza de los créditos laborales.

Indivisibilidad. Se consagra expresamente la *indivisibilidad* del privilegio en cuanto al asiento y en cuanto al crédito¹⁵, independientemente de la divisibilidad o indivisibilidad del asiento. Ello significa que la cosa afectada por el privilegio y cada parte de ella (asiento) responde por todo el crédito privilegiado y por cada parte de él ¹⁶.

Finalmente, se consagra que la transmisión del crédito incluye la de su privilegio (art. 2576), disposición lógica si se parte de la base de que “*el privilegio es una calidad que corresponde al crédito*”.

PAOLANTONIO, M. - RIVERA, J., “Reformas al Derecho Privado. Ley 24.441”, Santa Fe, 1995, pp. 435-438.

14. Coincide la norma con el art. 12, Ley de Contrato de Trabajo (LCT). Lo contrario implicaría apartamiento de pactos internacionales (v.gr. Convenio 173 OIT, ratificado por ley 24.285). En cuanto a la Ley de Concursos (LC), podría justificarse la renunciabilidad que ella consagra en el régimen especial que establece respecto de la renuncia (art. 43) y que se vincula con el cómputo de las mayorías a los efectos de los acuerdos que regula.

15. No se prevé la indivisibilidad, en el Código Civil actual, aunque la doctrina así los considera y hace extensivas a los privilegios las reglas de la indivisibilidad de la hipoteca. Conf. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., en “Código Civil Comentado”, obra colectiva dirigida por KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., KIPER, C. y TRIGO REPRESAS, F., Santa Fe, 2007, comentario al art. 3875, p. 29; LLAMBÍAS, J.J., Tratado de Derecho Civil, Obligaciones”, 3ª edición, t. I, n°491, p. 643; ALLENDE, G. - MARIANI DE VIDAL, M., “Los privilegios en la Ley de Concursos y el Código Civil”, Buenos Aires 1974, pp. 32-33; CORNA, P., “Teoría general de los privilegios”, Buenos Aires, 1ª edición, p. 31.

16. El art. 247 de la Ley de Concursos 24.522 contiene una norma peculiar, al establecer que los privilegios generales sólo pueden afectar la mitad del producido líquido de los bienes, una vez satisfechos los créditos con privilegio especial, los créditos del art. 240 (gastos de conservación y de justicia) y el capital de los créditos laborales contemplados por el art. 246, inc. 1º; la otra mitad queda librada a los créditos quirografarios.

2. Extensión del privilegio

La “*extensión*” alude a la porción del crédito que goza de privilegio. En ese sentido, el art. 2577 se lo otorga únicamente al capital, disponiendo que los intereses, las costas y otros accesorios no gozan de privilegio, salvo disposición legal expresa en contrario. La norma coincide con el art. 242 de la Ley de Concursos 24.522 y resulta congruente con el criterio restrictivo que cabe atribuir a los privilegios, en mérito a su carácter excepcional.

La disposición proyectada consagra la opinión mayoritaria respecto de los *intereses*¹⁷ y, en cuanto a las *costas*, no implica que se suprima el privilegio de los que hoy denominamos “gastos de justicia” (art. 3900 y nota al art. 3879 del Código Civil actual), ya que seguirán gozando de una situación preferente respecto del crédito que han beneficiado –aunque no así, como principio general y salvo norma expresa en contrario, relativamente a los otros acreedores–. Es lo que resulta del art. 2585 –“*Reserva de gastos*”¹⁸–, que coincide con el criterio del art. 244 de la Ley de Concursos 24.522.

Las excepciones al principio del art. 2577 constan en el art. 2583, sobre el que me detendré más adelante.

El art. 2578 establece que, cuando se conceda un privilegio por un determinado lapso (v.gr. el privilegio de las remuneraciones debidas al trabajador por seis (6) meses art. 2582, inc. b), éste se cuenta desde el reclamo judicial, salvo disposición legal en contrario.

17. En contra LLAMBÍAS, J.J., ob. cit., loc. cit., n° 490, sobre la base de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal y teniendo en cuenta que los intereses son accesorios del crédito, entiende que el privilegio cubre los intereses, sin necesidad de precepto expreso al respecto.

18. “Art. 2585. *Reserva de gastos*. Antes de pagar el crédito que goza de privilegio especial, del precio del bien sobre el que recae, se debe reservar los importes correspondientes a su conservación, custodia, administración y realización. En todos los casos, también debe calcularse una cantidad para atender los gastos y honorarios generados por las diligencias y tramitaciones llevadas a cabo sobre el bien y en interés del acreedor.”

3. Privilegios generales. Procesos universales Créditos quirografarios (Título II, Capítulo 1)

El Proyecto recoge la clásica distinción entre privilegios generales y especiales¹⁹, adoptando normas que diluirán ciertas vacilaciones actuales.

Así, siguiendo el criterio prevaleciente²⁰ –aunque hasta hoy sin consagración expresa–, se dispone en el art. 2580 que los privilegios generales sólo podrán ser hechos valer en los procesos universales y no en las ejecuciones individuales²¹; también que éstos se rigen siempre por la ley aplicable a los concursos, con lo cual se despeja las dudas que generan las normas del Código Civil actual (arts. 3879, 3880, 3918 y demás que reglan el orden de los distintos privilegios).

Consecuentemente, el Proyecto sólo se ocupa de los privilegios especiales, toda vez que los generales quedan derivados a las ejecuciones universales y les resultarán aplicables las normas propias de éstas. Ello constituye una innovación respecto del Código Civil actual, que regula tanto los privilegios especiales como los generales, provocando alguna duda acerca de la vigencia de estos últimos frente a las disposiciones de la Ley de Concursos.

Asimismo, se prevé (art. 2579) que en los procesos universales, exista o no cesación de pagos, los privilegios se regirán por la ley aplicable a los concursos. De este modo los procesos sucesorios quedan sujetos a este régimen cuando se trate de graduar el orden de cobro de los acreedores.

Según el art 2581, los créditos sin privilegio –los denominados quirografarios– concurren a prorrata entre sí, salvo disposición expresa en contrario. Obviamente –aunque no se lo diga– ha de considerarse quirografaria

19. Los privilegios generales son los que recaen sobre el conjunto de bienes del deudor, los especiales son los que afectan una cosa determinada del patrimonio de aquél. Al respecto ver LLAMBÍAS, J.J., ob. cit., n°492, p. 645; ALLENDE, G. - MARIANI DE VIDAL, M., “Los privilegios”, p. 35 y ss.

20. Ver, por ejemplo, LLAMBÍAS, J.J., ob. cit., p. 646, texto y jurisprudencia y autores citados en nota 39.

21. EL fundamento de esta diferencia entre los privilegios generales y los especiales radica en que no se justifica que, mientras el deudor tenga bienes suficientes para hacer frente a sus deudas, el acreedor que puede hacer valer su privilegio sobre todo el patrimonio de aquél pretenda obstaculizar la ejecución que otro acreedor hace de un bien determinado de ese patrimonio para cobrarse su acreencia.

la parte del crédito que no alcanzara a ser pagado con el precio obtenido en la ejecución de su asiento ²².

V. Privilegios especiales (Título II, Capítulo 2)

Reiteramos que el régimen proyectado deriva los privilegios generales a los concursos y a la legislación aplicable a éstos y establece que en los procesos universales los privilegios se rigen por la ley aplicable a los concursos.

Es por tal motivo que el Proyecto no regula los privilegios generales y, en cuanto a los especiales, únicamente se ocupa de los que se haga valer en las ejecuciones individuales, habida cuenta que, frente a la situación de concurso del deudor, se aplicará la ley que regule los concursos, aun respecto de los privilegios especiales que se invoque en ellos.

1. Enumeración

El art. 2582 determina en seis incisos cuáles créditos gozarán de privilegio especial, en una enumeración que guarda armonía con la Ley de Concursos 24.522 (art. 241), criterio que luce como adecuado y que obedece al propósito declarado en los Fundamentos de “encaminarse a la anhelada unificación” del régimen de los privilegios.

Esta armonización implica la eliminación de algunos privilegios que contiene el Código Civil actual, como el del vendedor de inmuebles, el del locador, el de los copartícipes por la garantía de evicción, etc.

Empero, no se incorporó un precepto similar al contenido en el art. 3884 del Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado de 1987²³ y no se dispone la derogación de los privilegios establecidos por leyes especiales excepto los contemplados en la Ley de la Navegación, Código Aeronáutico, Ley de Entidades Financieras, Ley de Seguros y Código de Minería, como en

22. Alguna vez, a los créditos que fueron privilegiados y se convirtieron en quirografarios respecto de la porción no pagada con la ejecución del asiento, los hemos llamado “créditos quirografarios derivados”: conf. ALLENDE, G.-MARIANI DE VIDAL, M., ob. cit., p. 178.

23. Art. 3884: “Lo dispuesto en este Título deroga los privilegios establecidos por leyes especiales, salvo las de navegación, aeronavegación, minería, entidades financieras y contrato de trabajo”.

aquel Proyecto se preveía. Una norma en tal sentido hubiera acentuado el camino hacia la unificación, disipando dudas que hoy existen respecto de los privilegios creados por leyes especiales y que conspiran contra la claridad del régimen.

En cuanto a la enumeración de los privilegios se contempla:

a) el comúnmente denominado “privilegio del conservador” (*gastos por la construcción, mejora o conservación de una cosa*); su asiento es la cosa “conservada” –sea mueble o inmueble.

Se incluye expresamente el crédito por expensas comunes en la propiedad horizontal²⁴. Este crédito no aparece mencionado en forma específica en la Ley de Concursos 24.522, pero la jurisprudencia y doctrina mayoritarias lo consideran incluido en art. 241, inc. 1) (“gastos hechos para la construcción, mejora o conservación de una cosa”) ²⁵.

Creemos que –más allá de la referencia concreta a la propiedad horizontal– quedan incluidos dentro del privilegio “del conservador”, atendiendo a la naturaleza misma de la acreencia, los créditos por expensas en los conjuntos inmobiliarios propiamente dichos –“clubes de campo, barrios cerrados o privados, parques industriales, empresariales o náuticos y cualquier otro emprendimiento urbanístico independientemente de su destino”– regulados en los arts. 2073 al 2086)–, aun en la hipótesis de que no se sujeten al régimen de propiedad horizontal ²⁶.

Y por idéntica razón, a nuestro juicio, gozarán también del privilegio “del conservador” los “gastos del sistema” en el tiempo compartido (art. 2995, inc. d y 2098) ²⁷ y la “cuota de servicio para el mantenimiento y fun-

24. La actual ley 13.512 otorga a las expensas comunes el privilegio del conservador (art. 17).

25. Conf. C1^aCCMar del Plata, sala II, 25.9.97; COSTANTINO, J.A. - FERNÁNDEZ, M.D., “El privilegio de las expensas en el concurso”, LL, suplemento diario del 23.3.908; VIL-LANUEVA, J.J., “Privilegios”, Buenos Aires 2004, pp. 133-134.

26. Respecto de estos conjuntos, a pesar de que se impone la sujeción al régimen de la propiedad horizontal cuando se configuran derechos reales (art. 2075, segundo párrafo), se especifica que “pueden asimismo existir conjuntos inmobiliarios en los que se establecen los derechos como personales o donde coexisten derechos reales o personales” (art. 2075, último párrafo).

27. En el art. 2101 del Proyecto se establece que “Al derecho del adquirente de tiempo compartido se le aplican las normas sobre derechos reales”.

cionamiento del cementerio”, en el caso de los cementerios privados (art. 2108, inc. b) ²⁸.

La conclusión alcanzada en los dos párrafos inmediatamente anteriores no implica la creación de un privilegio por vía analógica sino interpretar, conforme reglas comunes de hermenéutica en la materia, que ciertos créditos –por su propia naturaleza– encuadran en y se hallan cubiertos por el privilegio ya establecido por la ley, más allá de su estricta literalidad ²⁹.

b) *Ciertos créditos laborales* (remuneraciones debidas al trabajador por seis meses y las provenientes de indemnizaciones por accidentes de trabajo, antigüedad o despido, falta de preaviso y fondo de desempleo). El asiento serán las mercaderías, materias primas y maquinarias que, siendo de propiedad del deudor, se encuentren en el establecimiento donde presta sus servicios o que sirven para su explotación. La norma proyectada (art. 2582, inc. b), en coincidencia con el art. 241, inc. 2) de la ley 24.522, determina con claridad el asiento de este privilegio, descartando la embrollada disposición del art. 268 de la Ley de Contrato de Trabajo ³⁰.

Y a esta altura cabe preguntarse si el régimen de privilegios que contiene la Ley de Contrato de Trabajo subsistirá en caso de ser sancionado el Proyecto, atento que no se propone en éste la expresa derogación de aquél, criterio que hubiera clarificado el tema.

En coincidencia parcial con la Ley de Contrato de Trabajo (art. 271), se establece que “cuando se trata de dependientes ocupados por el propietario en la edificación, reconstrucción o reparación de inmuebles, el privilegio recae sobre éstos”.

Siendo del caso señalar que la hipótesis referida en el último párrafo, cuya inclusión expresa es adecuada, no aparece contemplada en forma específica diferenciada –como debiera aparecer, ya que el asiento es bien

28. En el art. 2112 del Proyecto se establece que “Al derecho de sepultura sobre la parcela se le aplican las normas sobre derechos reales”.

29. Conf. LLAMBÍAS, J.J., ob. cit., n^o491, p. 642; PONSSA, R., “Doctrina general de los privilegios”, Buenos Aires, 1950, p. 49.

30. Conf. ALLENDE, G. - MARIANI DE VIDAL, M., “Los privilegios y los créditos laborales”, LL suplemento diario del 28.6.78.

distinto— en la Ley de Concursos 24.522. De este modo se genera un ilógico desajuste, pues este privilegio especial sólo podrá invocarse en las ejecuciones individuales y no en caso de concurso —situación esta última que, sin embargo, tornaría más necesaria la protección de estos créditos.

La norma proyectada no distingue —como sí lo hace la Ley de Contrato de Trabajo— el supuesto de que el dependiente fuere contratado por un contratista o subcontratista del propietario.

c) *Los impuestos, tasas y contribuciones de mejoras que se aplican a determinados bienes, sobre éstos.*

La disposición coincide en principio con el art. 241, inc. 3º de la ley 24.522, pero *se incluye especialmente la contribución de mejoras* (no mencionada por la ley concursal), lo que disipa cuestiones que se ha planteado en torno de estas últimas³¹ aunque mayoritariamente se ha concluido en su calidad de privilegiada³². Justamente, en virtud de tal conclusión la armonía con la Ley de Concursos no resultará apreciable en la práctica.

d) *Lo adeudado al retenedor por razón de la cosa retenida, sobre ésta o sobre las sumas depositadas o seguridades constituidas para liberarla.*

En términos concisos, se regula el privilegio del retenedor, cuya consagración por el art. 3946 reformado por la ley 17.711 originara diversas polémicas. Armoniza con el art. 241, inc. 4, de la ley 24.522.

e) *Los créditos garantizados con hipoteca, anticresis, prenda con o sin desplazamiento, warrants y los correspondientes a debentures y obligaciones negociable con garantía especial y flotante.* Armoniza con el art. 241, inc. 4, ley 24.522.

31. Y aun en torno a las “tasas”, habida cuenta de que los arts. 3879, inc. 2º y 3880, inc. 5º, del Código Civil, sólo se refieren a los “impuestos” y de que los privilegios son de interpretación restrictiva. Ver ALLENDE, G. -MARIANI DE VIDAL, M., “Los privilegios ...”, p. 55; también MARIANI DE VIDAL, M.: “Hipoteca versus Fisco: una cuestión de privilegios”, LL 138-1249.

32. Ver LLAMBÍAS, J.J., ob. cit., nº 499, p.659; CORDEIRO ÁLVAREZ, E., “Tratado de los privilegios”, 2º edición, p. 77 -78; GIULIANI FONROUGE, C., “Derecho Financiero”, 5ª edición , p. 584; ALLENDE, G. -MARIANI DE VIDAL, M., “Los privilegios”, p. 56.

La novedad es que *se concede un privilegio al acreedor anticresista*, que no lo tiene en el Código Civil actual ni en la Ley de Concursos ³³ y que, sin embargo, ha sido juzgado pertinente por la doctrina ³⁴.

No obstante, el anticresista no podrá hacer valer su privilegio en caso de concurso, porque la ley pertinente no lo contempla, lo que implica un desajuste. El desajuste tal vez, podría paliarse interpretando que el anticresista goza del derecho de retención con arreglo al art. 2587 proyectado (y consecuentemente del privilegio que corresponde al retenedor); ello a pesar de que al regularse tal garantía (arts. 2212/2218; tampoco en las “disposiciones comunes” de los arts. 2184 al 2204) no se le concede expresamente tal derecho, como sí lo hace el art. 3245 del Código Civil actual.

f) Los privilegios establecidos en la Ley de la Navegación, el Código Aeronáutico, Ley de Entidades Financieras, la Ley de Seguros y el Código de Minería. Coincide con la ley 24.522 (art. 241, inc. 6).

Estos privilegios se dejan librados a la legislación propia –en cuanto a su extensión y en cuanto a su orden de cobro–, justificándose ello en razón de su especificidad y particularidades.

2. Extensión

El art. 2583 reitera el criterio vertido en el art. 2577, en tanto dispone que “los privilegios especiales se extienden exclusivamente al capital del crédito”.

La regla reconoce cuatro excepciones:

- a)** los *intereses* por dos (2) años –contados a partir de la mora– de los créditos laborales mencionados en el inc. b) del art. 2582 ³⁵;
- b)** los *intereses* correspondientes a dos (2) años anteriores a la ejecución y los que corran durante el juicio, correspondientes a los créditos con

33. Bien que, a través del derecho de retención que hoy asiste al anticresista (tanto en el Código Civil como en la ley de Concursos 24.522) , éste goza del privilegio del retenedor.

34. Conf. XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Comisión n° 4 (Derechos Reales), en declaración unánime.

35. Lo proyectado coincide con el art. 274 de la Ley de Contrato de Trabajo y con el art. 242, inc. 1) de la Ley de Concursos 24.522.

garantías reales (art. 2582, inc. e) ³⁶;

c) las *costas* correspondientes a los créditos enumerados en los incs. b) –créditos laborales– ³⁷ y e) del art. 2582 –créditos con garantía real– ³⁸; y

d) los créditos mencionados en el inc. f) del art. 2582, cuya extensión se rige por los respectivos ordenamientos –créditos establecidos en la Ley de Navegación, el Código Aeronáutico, la Ley de Entidades Financieras, la Ley de Seguros y el Código de Minería ³⁹.

3. Reserva de gastos

Según el art. 2585, “antes de pagar el crédito que goza de privilegio especial, del precio del bien sobre el que recae, se debe reservar los importes correspondientes a su conservación, custodia, administración y realización. En todos los casos, también debe calcularse una cantidad para atender los gastos y los honorarios generados por las diligencias y tramitaciones llevadas a cabo sobre el bien y en interés del acreedor”.

Sería el denominado privilegio de los “gastos de justicia” en relación con el crédito al que han beneficiado, conforme lo explicamos al ocuparnos de las disposiciones generales, al comentar el art. 2577 ⁴⁰.

VI. Conflicto entre los acreedores con privilegio especial

El art. 2586 organiza con claridad y sencillez el rango de los distintos privilegios cuando entran en conflicto respecto del mismo asiento. Con lo

36. Coincide –determinando claramente el período comprendido– con el temperamento adoptado por VÉLEZ respecto de la hipoteca (art. 3936, Cód. Civ.) y con el art. 242, inc. 2) de la Ley de Concursos 24.522.

37. En cuanto a las costas, el Proyecto se separa de lo dispuesto en la Ley de Contrato de Trabajo respecto de los privilegios especiales (art. 274) –en el caso de privilegios generales la LCT incluye las costas: art. 273– y en la Ley de Concursos (art. 242), que no reconocen privilegio a aquéllas.

38. Coincide con lo que dispone el Código Civil respecto de la hipoteca (art. 3937) y con la Ley de Concursos (art. 242, inc. 2).

39. Coincide con el art. 242, último párrafo, Ley de Concursos.

40. Coincide con el art. 244, Ley de Concursos. Y también con el art. 3900, Código Civil.

cual se procura eliminar el galimatías resultante de las disposiciones del Código Civil actual, que convierte al tema en un verdadero laberinto.

Asimismo, se ha tratado de aproximar el texto al de la Ley de Concursos 24.522, con lo cual el sistema avanza hacia la deseada unificación.

Como *regla general*, se dispone en el art. 2586 que el rango de cada privilegio resultará del orden en que figuren enumerados en los incisos del art. 2582 y que, si concurren créditos comprendidos en un mismo inciso y sobre idénticos bienes, la distribución entre ellos se hará a prorrata (art. 2586, inc. f).

Las excepciones a este principio las establece de seguido el mismo art. 2586.

En primer lugar, se descartan los privilegios contemplados en la Ley de Navegación, el Código Aeronáutico, la Ley de Entidades Financieras, la Ley de Seguros y el Código de Minería, cuyo rango se deriva al “respectivo ordenamiento”. La disposición se justifica ponderando la especificidad del asiento y régimen de estos privilegios, según ya se dijo.

Respecto de los restantes, las excepciones a la regla del orden de los incisos del art. 2582 atienden al nacimiento de cada crédito privilegiado, *prevaleciendo el primero en el tiempo*.

Y así:

1. El retenedor prevalece sobre los créditos con privilegio especial, si la retención se comenzó a ejercer antes de nacer éstos (art. 2386, inc. b) ⁴¹.
2. El conflicto entre garantías reales y los créditos fiscales y el de los gastos de construcción, mejora o conservación, incluidos los créditos por expensas comunes en la propiedad horizontal, que tantas discusiones ha levantado, se soluciona haciendo prevalecer a las garantías reales constituidas con anterioridad al momento en que se hayan devengado estos últimos ⁴².
3. Los créditos fiscales y los derivados de la construcción, mejora o conservación –incluidos los créditos por expensas comunes en

41. Coincide con el art. 243, inc. 2), Ley de Concursos 24.522 y con el art. 3946, Código Civil.

42. Es criterio corriente en la jurisprudencia. Así CNCiv., sala H, 16.11.2006; JA-2007-I-fascículo n° 10, p. 70; CNCom., sala A, 24.5.2007, Suplemento La Ley Concursos y Quiebras, 29.8.2007, p. 44, entre otros.

la propiedad horizontal—, prevalecen sobre los créditos laborales posteriores a su nacimiento.

4. El conflicto entre créditos con garantía real y créditos laborales se resuelve con la misma regla: prevalecen los créditos con garantía real sobre los créditos laborales devengados con posterioridad a la constitución de la garantía.

En caso de no jugar las excepciones, el conflicto se resolverá con arreglo a la norma general del art. 2582, que atiende al orden en que los privilegios aparecen enumerados.

VII. Palabras finales

Las disposiciones proyectadas implican un avance importante en el camino de la ansiada unificación de las normas relativas a los privilegios, procurando el acercamiento —en cierta medida— del régimen adoptado al de la Ley de Concursos 24.522.

Se regula sólo los privilegios especiales, toda vez que los generales son derivados al ámbito de los concursos y a la ley que los rige. Esto es hecho a través de reglas claras y sencillas que contemplan sus caracteres, extensión y cómputo y la reducción del número de privilegios admitidos.

En cuanto a los conflictos entre los distintos privilegios especiales, su composición se logra a través del orden en que aparecen mencionados en la norma que los enumera, salvo ciertas excepciones especialmente contempladas que quedan sujetas al principio de la prioridad temporal.

El Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012 y el derecho real de propiedad horizontal

*Claudio M. Kiper**

Resumen

Se describen y examinan las principales reformas que el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012 introduce en el régimen del derecho real de propiedad horizontal.

Palabras claves: Derechos reales - Propiedad horizontal - Proyecto de Código Civil

Abstract

Describes and examines the major reforms introduced by the 2012 Draft Civil and Commercial Code in real law of horizontal property regime.

* Profesor Titular de Derechos Reales en la Facultad de Derecho (UBA); en la Universidad Nacional del Sur (Bahía Blanca); en la Universidad Torcuato Di Tella; en la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES). Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UBA, 1989). Ex Secretario de la Corte Suprema de la Nación (1982/1993). Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (1993 a la actualidad). Ex Miembro del Consejo de la Magistratura (1998-2006). Autor de varios libros y de numerosos artículos sobre temas de su especialidad. Ha dictado numerosos cursos de posgrado, conferencias y otras actividades para graduados. Becado por la II Università Degli Studi di Roma (diciembre de 1991 hasta agosto de 1992), en el marco del programa sobre “Diritto dell’integrazione e unificazione del diritto nel sistema giuridico romanistico (diritti europei e diritto latinoamericano)”. Invitado como “Visiting profesor” por el Istituto di Ricerca sui Sistemi Giudiziari (IRSIG-CNR) de Boloña, durante enero de 2001.

Keywords: Rights in rem - Horizontal property - Draft Civil Code

I. Introducción

Como es sabido, el Código Civil argentino de 1869 no previó la propiedad horizontal. Por el contrario, el codificador se resistió a su admisión, tal como puede verse en el art. 2617 y en su nota. Recién en 1948, casi 80 años después, se reguló este derecho al sancionarse la ley 13.512.

La ley 13.512 fue exitosa, ya que permitió la regulación eficiente de este nuevo derecho real, y se adecuó a la realidad imperante. A la vez, permitió la construcción de nuevos edificios, lo que sin duda es importante en el desarrollo económico. No obstante, el régimen tiene algunas falencias y precisa ajustes¹, que el Proyecto de Código intenta implementar.

El primer dato a resaltar es que se duplican los artículos. El Proyecto de Código, en general, tiende a simplificar la regulación de los derechos reales, al suprimir numerosas normas que en verdad son prescindibles, ya sea porque repiten soluciones que se encuentran en otras partes del Código, o bien porque incurren en una exagerada casuística. Sin embargo, en materia de propiedad horizontal, no sólo no se reducen las normas, sino que prácticamente se duplican. En efecto, la actual ley 13.512 –prescindiendo de los arts. de forma– regula este derecho real en 18 arts., mientras que el Proyecto le dedica los arts. 2037 a 2072, eso sin contar las normas sobre conjuntos inmobiliarios, superficie y privilegios que se vinculan.

Otro dato importante es que la propiedad horizontal se suma a la enumeración de los derechos reales (*numerus clausus*), que contiene el art. 1887.

Se verán a continuación los cambios principales.

II. Objeto

El objeto del derecho real de propiedad horizontal es un inmueble edificado, cuyas unidades funcionales reúnan ciertas características: independencia

1. Ver sobre el tema: Causse, Jorge Raúl, “Reformulación del régimen de la propiedad horizontal”, *La Ley* del 11.03.2011.

funcional, salida a la vía pública. Tradicionalmente se ha identificado un objeto inmediato que es la unidad funcional (v.gr.: departamento, cochera, local, etc.), y un objeto mediato constituido por las partes comunes (v.gr.: escalera, ascensores, etc.).

No se trata de dos objetos sino de uno (el inmueble propio), integrado por sectores cuya interdependencia funcional hace imposible separarlos. Es por esta razón que la última parte del art. 2037 enuncia que “*las diversas partes del inmueble así como las facultades que sobre ellas se tienen son interdependientes y conforman un todo no escindible*”, norma que hace referencia al punto de vista espacial y de la disposición jurídica, no así en cuanto a las prerrogativas físicas de cada propietario, que necesariamente deben ser distinguidas.

A. Bienes del consorcio

Una novedad que presenta el Proyecto es que a esta clasificación se agrega una nueva categoría, que son los bienes del consorcio. Esta categoría ya había sido señalada por la doctrina, que mayoritariamente admitió que el consorcio es una persona jurídica distinta a los titulares del derecho real sobre el inmueble. El Proyecto, al aceptar expresamente esta idea (art. 2044), es coherente y señala que el consorcio tiene bienes (art. 2048). El patrimonio del consorcio, así como sus usos y goce, deben figurar en el Reglamento (art. 2056, incs. e] e i]). Además, el art. 2067, inc. l), se refiere al certificado de “*deudas y de créditos del consorcio*”.

B. Partes propias

También el Proyecto es más prolijo ya que, en cuanto a las partes propias, aclara que puede haber otras además de la unidad funcional. Dice el art. 2043 que lo son: “*...los tabiques internos no portantes, las puertas, ventanas, artefactos y los revestimientos, incluso de los balcones.*

También son propias las cosas y partes que, susceptibles de un derecho exclusivo, son previstas como tales en el reglamento de propiedad y administración, sin perjuicio de las restricciones que impone la convivencia ordenada”.

C. Unidades complementarias

También se ha previsto la existencia de unidades complementarias en edificios que se sometan al régimen horizontal, es decir sectores cuyo destino sea el de servir a las unidades funcionales (art. 2039), tales como cocheras individuales, guardamuebles, bauleras, etcétera.

Estas unidades complementarias, para tener tal carácter, deben ser concebidas en los planos de tal modo que la subdivisión horizontal las contenga con esa designación. No siguen estrictamente al dominio exclusivo de un determinado sector privativo, sino que depende de lo que se acuerde convencionalmente: pueden pertenecer a todos o a algunos propietarios, e incluso el titular de una unidad puede adquirir una o más unidades complementarias de cualquier destino.

Como también un titular puede pretender la venta de una de sus unidades complementarias a otro propietario o a un tercero, el art. 2056 exige que el reglamento de propiedad y administración contenga no sólo la “*determinación de las unidades funcionales y complementarias*” (inc. “b”) sino también la “*determinación de eventuales prohibiciones para la disposición o locación de unidades complementarias hacia terceros no propietarios*” (inc. “q”).

A raíz de aquella obligatoriedad de determinar en el reglamento las “eventuales prohibiciones para la disposición” de unidades complementarias hacia terceros, debe concluirse que aunque “la constitución, transmisión o extinción de un derecho real, gravamen o embargo sobre la unidad funcional, comprende a las cosas y partes comunes y a la unidad complementaria, y no puede realizarse separadamente de éstas” (art. 2045), esta interdependencia no impide al titular transmitir solamente la unidad complementaria a un tercero, si ello no estuviere prohibido en el reglamento. Pero si lo que transmite es la unidad funcional, necesariamente queda comprendida la unidad complementaria en el acto de disposición.

D. Partes comunes

Como novedad, establece el Proyecto la presunción de comunidad (art. 2040, primer párrafo, *in fine*), lo que establecen algunas legislaciones extranjeras y lo que parte de la doctrina invocaba aun sin ley que lo dijera. ¿Admite prueba en contrario? Entiendo que sí, especialmente

cuando se trata de partes que no son “indispensables” en los términos del art. 2042.

A las cosas y partes comunes el Proyecto las clasifica en dos grupos: 1) las necesariamente comunes (art. 2041); 2) las no indispensables (art. 2042).

Cabe interpretar que las “necesariamente” comunes son aquellas que sí o sí deben ser tales, es decir, que no podrían convertirse en propias. El art. 2041 las enumera, en forma similar al art. 2 de la ley 13.512. Las enumera, sin carácter taxativo. Entre las novedades: balcones, escaleras mecánicas, cañerías, cableados, instalaciones para discapacitados. Se puede interpretar que estas últimas son “indispensables”, teniendo en cuenta el título del art. siguiente, y lo previsto en normas internacionales y en la Constitución Nacional sobre discriminación.

La técnica de redacción es defectuosa, ya que en el inc. k) se alude a “*todos los artefactos o instalaciones existentes para servicios de beneficio común*”, lo que resta sentido a la larga enumeración no taxativa de la misma norma².

Completa el cuadro el art. 2042: “*Cosas y partes comunes no indispensables. Son cosas y partes comunes no indispensables: a) la piscina; b) el solárium; c) el gimnasio; d) el lavadero; e) el salón de usos múltiples. Esta enumeración tiene carácter enunciativo*”. Se refiere a los llamados “amenities”.

Es una norma que sorprende, pues no sólo es innecesaria, sino que contempla el caso de una minoría de edificios que tienen esta clase de servicios. Por otra parte, es obvio que su descripción se acerca al referido inc. k) del art. anterior.

2. Dice Alterini que “Si se enumeran ciertos objetos en los que es indiscutible su caracterización como necesariamente comunes, tal descripción pierde toda utilidad si también responden a esa necesidad todas las cosas enderezadas al beneficio común, y con mucha mayor razón la desvirtuación señalada se patentiza al decir que esa enumeración, ya de por sí amplísima ante la introducción del inciso “k”, es simplemente de carácter enunciativo. La conveniencia de indicar cuáles son los objetos necesariamente comunes sólo es compatible con una enumeración acotada y cerrada.

Razónese que si el art. 2040 norma que: ‘Las cosas y partes cuyo carácter de comunes o propias no está determinado, se consideran comunes’, y si las necesariamente comunes son muchísimas, en la práctica, las distintas cosas comunes lo serán necesariamente” (Alterini, Jorge Horacio, “Primeras consideraciones sobre los Derechos reales en el Proyecto de Código”, en: *Acad. Nac. de Derecho* 2012 -1, *LA LEY* 2012-E, 898).

E. ¿Conversión?

El actual art. 2 de la ley 13.512 dice que “*Los sótanos y azoteas revestirán el carácter de comunes, salvo convención en contrario*”. Esto permitió a la doctrina señalar que ciertas cosas comunes, además de los sótanos y azoteas, podían convertirse en privativas, en tanto su uso no sea necesariamente común o que no se trate de aquellas cosas, partes o bienes indispensables para la seguridad del edificio, y siempre que la decisión se tome por unanimidad, al estar en juego el patrimonio de todos y cada uno de los consorcistas.

El Proyecto no contiene una disposición similar, por lo que cabe preguntarse si es posible llegar a una conclusión semejante. Entiendo que sí, pues la segunda parte del art. 2043 dice que “*También son propias las cosas y partes que, susceptibles de un derecho exclusivo, son previstas como tales en el reglamento de propiedad y administración, sin perjuicio de las restricciones que impone la convivencia ordenada*”. De modo que si se reforma el Reglamento, la conversión sería factible.

No obstante, la falta de mención de este tema suscita algunas dudas, ya que bien puede pensarse que el legislador omitió a propósito el tratamiento. El tiempo clarificará la cuestión.

F. Uso exclusivo

El Proyecto de Código prevé la posibilidad de que algunas cosas y partes comunes, sobre las que ningún propietario puede alegar derecho exclusivo, tengan una afectación exclusiva a una o varias unidades funcionales (art. 2040). Estos sectores comunes de uso exclusivo se caracterizan por estar ubicados de modo que su aprovechamiento sólo puede beneficiar a uno o a algunos propietarios, tal el caso de los balcones terraza. La expresa previsión legislativa es una novedad en el derecho nacional ya que durante el régimen anterior, sólo se llegaba a admitir la posibilidad de la existencia de estos sectores a partir de la obligatoriedad de prever en el reglamento “normas sobre uso de las cosas y servicios comunes” (art. 3, inc. 4, decr. 18.734/49).

Por otra parte, la supresión del derecho otorgado a una unidad, además de la mayoría necesaria, requiere de la conformidad expresa del titular afectado (art. 2061).

III. Personalidad del consorcio

Dice el art. 2044; “*Conorcio. El conjunto de los propietarios de las unidades funcionales constituye la persona jurídica consorcio. Tiene su domicilio en el inmueble. Sus órganos son la asamblea, el consejo de propietarios y el administrador.*”

La personalidad del consorcio se extingue por la desafectación del inmueble del régimen de propiedad horizontal, sea por acuerdo unánime de los propietarios instrumentado en escritura pública o por resolución judicial, inscripta en el registro inmobiliario”. El art. 148 enumera al consorcio “de propiedad horizontal” (para diferenciarlo del consorcio “de cooperación”, que es regulado como contrato) dentro de las personas jurídicas privadas (inciso g)³.

Admite expresamente que el consorcio tiene personalidad jurídica, superando la discusión actual y siguiendo la opinión de la doctrina mayoritaria⁴. Entre sus órganos se menciona al Consejo de Administración, hasta

3. Conforme el art. 150, las personas jurídicas privadas que se constituyen en la República, se rigen: a) por las normas imperativas de la ley especial o, en su defecto, del Código; b) por las normas del acto constitutivo con sus modificaciones y de los reglamentos, prevaleciendo las primeras en caso de divergencia; c) por las normas supletorias de leyes especiales, o en su defecto, por las del Título II del Libro Primero, titulado “Persona Jurídica”.

4. En contra de admitir la personería jurídica: Salas, Acdeel - Trigo Represas, Félix - López Mesa, Marcelo, *Código Civil Anotado*, Depalma, Buenos Aires, 1999; Molinaro, Alberto D., “Inexistencia de la personalidad del consorcio creado por la ley nacional 13.512”, *ED* 120-405; Laquis, Manuel Antonio, “Sobre una sentencia renovadora de los fundamentos negativos de la personalidad jurídica del consorcio de propietarios”, *La Ley* 1985-A-534. Ver también voto del Dr. Zannoni en CNCiv, Sala A, “Conorcio de Proprietarios Marcelo T. de Alvear 1275/77 c. Arminfé, S.A.”, *LA LEY*, 1985-A, 541.

A favor puede verse: CNCiv., sala H, 26/02/1998 De Filippis, Gustavo F. v. Giménez, Francisco, *JA* 1998-III-490; CNCiv., sala A, 9/10/56, *JA* 1956-IV-361; sala B, 8/7/68, *ED* 27-440, 2/7/75, *JA* 29-1975, síntesis; sala D, 28/6/74, *JA* 24-1974-90, sala F, 29/10/68, *LL* 135-1197; entre muchos otros, y la mayor parte de la doctrina (Bendersky, Mario, “Las asambleas de propietarios en el régimen de propiedad horizontal”, *LL* 92-868; Laje, Eduardo, “La personalidad del consorcio de propietarios creado por la ley 13512”, *LL* 99-430; Alterini, Jorge H., “Responsabilidad de los consorcistas por deudas del consorcio”, *ED* 56-729; Mariani de Vidal, Marina, “Los derechos del consorcio de copropietarios ¿sobre qué bienes pueden hacerse efectivos?”, *ED* 45-865; Borda, Guillermo, *Derechos reales*, t. I, p. 625; Highton, Elena, *Derechos reales*, t. 4, p. 242 y ss.; Papaño, Ricardo - Kiper,

ahora no instaurado legalmente, pero sí en la práctica. El art. 1979 del Proyecto de 1998 decía “si lo hay”, de modo que era optativa su constitución; ahora parece obligatorio (ver arts. 2056, inc. u, y 2064). No estoy de acuerdo con la idea, hay edificios que no lo necesitan, o les complicaría la vida. Basta pensar en los inmuebles de pocas unidades, algunos conocidos como “PH”, en los que la constitución de este órgano será un trastorno.

Reconocer que el consorcio tiene personalidad implica admitir que tiene capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones: en el primer aspecto puede reclamar el cobro de expensas y fondo de reserva, así como los créditos por rentas que tenga derecho a percibir. También contrae obligaciones frente a terceros cuando contrata trabajos o respecto de deudas con cajas previsionales, aportes a sindicatos, o frente a los consorcistas cuando aquellos emprenden reparaciones necesarias o urgentes. Estos derechos los ejerce a través del administrador que, como representante del consorcio, puede poner en marcha las acciones judiciales contra los consorcistas que violaran el Reglamento de Copropiedad.

En estos términos, se acepta la personalidad jurídica del consorcio y se le asigna un objeto social: el mantenimiento, conservación y reparación de las cosas comunes; por ende, su accionar debe estar enderezado al cumplimiento de tales fines. Éste es, entonces, el aspecto que no debe perderse de vista cuando se pretende aplicar el principio de especialidad a la capacidad de la persona jurídica consorcio.

El art. 1980 del Proyecto de 1998 también preveía que el consorcio pudiera adquirir unidades. Éste no lo dice. El voto minoritario de la Cámara Civil efectuado en el plenario “Servicios Eficientes S.A. C/ Yabra, Roberto S/ Ejecución Hipotecaria”, del 18 de febrero de 1999, si bien en forma tangencial, admite la posibilidad de que el consorcio adquiriera una unidad funcional en una subasta judicial⁵.

La falta de previsión legal expresa mantendrá abierta la discusión, aunque adelantamos que las razones expuestas por quienes admiten esta alternativa parecen convincentes. Se ha dicho que: 1) El Consorcio puede

Claudio - Dillon, Alberto - Causse, Jorge, *Derechos reales*, t. II, Astrea, 2044, ps. 44/9; Gurfinkel de Wendy, Lilian N., “¿Se amplía la capacidad del consorcio de propietarios en el régimen de propiedad horizontal?”, *JA* 2004-IV-845; entre muchos otros).

5. Voto de los Dres. Luaces, Molteni, Escuti Pizarro, López Aramburu.

ser titular de unidades funcionales tanto por atribución hecha en el propio Reglamento de Copropiedad, como por su posterior adquisición; 2) La adquisición de la unidad por parte del Consorcio no implica modificación ni de planos, ni de reglamento dado que no troca su carácter de cosa privativa a cosa en condominio de los titulares de unidades funcionales; 3) La compra de la unidad funcional por parte del Consorcio puede perfectamente encajar dentro de los propósitos propios de su existencia (por ejemplo para obtener renta que ayude a afrontar las expensas, o para evitar el fracaso de una subasta con efectos ruinosos para los consorcistas); 4) La decisión de la compra de la unidad por parte del Consorcio debe admitirse con la sola aprobación en asamblea de la mayoría absoluta de los consorcistas, al no regir la exigencia de unanimidad propia del condominio⁶.

IV. Expensas

En materia de expensas el Proyecto presenta algunas novedades.

A. Concepto

Dice el art. 2048: “*Gastos y contribuciones. Cada propietario debe atender los gastos de conservación y reparación de su propia unidad funcional.*”

Asimismo, debe pagar las expensas comunes ordinarias de administración y reparación o sustitución de las cosas y partes comunes o bienes del consorcio, necesarias para mantener en buen estado las condiciones de seguridad, comodidad y decoro del inmueble y las resultantes de las obligaciones impuestas al administrador. Igualmente son expensas comunes ordinarias las requeridas por las instalaciones necesarias para el acceso o

6. Exigen la unanimidad Mariani de Vidal, Marina - Abella, Adriana N., “Propiedad Horizontal. El consorcio dueño de unidades funcionales”, *ED*, 208-1022. Por la mayoría absoluta: Cossari, Nelson G. A. - Luverá, Miguel Ángel, “El Consorcio de propietarios: Su aptitud para ser titular de unidades funcionales”, *LA LEY* 2005-A, 973; Alterini, Jorge Horacio - Vázquez, Gabriela A., “Reafirmación de la personalidad del consorcio y su capacidad para adquirir bienes”, *LA LEY* 2007-C, 1076.

circulación de personas con discapacidad, fijas o móviles, y para las vías de evacuación alternativas para casos de siniestros.

Debe también pagar las expensas comunes extraordinarias dispuestas por resolución de la asamblea.

El certificado de deuda expedido por el administrador es título ejecutivo para el cobro a los propietarios de las expensas y demás contribuciones”.

Es similar al régimen actual, aunque incluye a los “*bienes del consorcio*”. Como novedad, obliga a todos a mantener las instalaciones para discapacitados, aunque la solución sería la misma aunque no lo dijera, ya que son partes comunes.

Llama la atención la inclusión en el concepto de expensas de las obligaciones impuestas al administrador que no queda claro en qué consisten. Con esa redacción, el Consorcio debería hacerse cargo, por ejemplo, de las multas impuestas al administrador por los Registros de Administradores –en la jurisdicción donde los hubiere–, así como del costo derivado del cumplimiento de cualquier otra obligación que le sea inherente, lo que encarece las expensas. Podría también abarcar obligaciones impositivas. Parece poco feliz esta alusión.

Lo del certificado de deuda genera críticas de algún sector (Liga del Consorcista), pero es lo que se viene aplicando hasta ahora sin problemas. Esa entidad exige que esté avalado por el Consejo de propietarios.

Este crédito tiene privilegio, ya que dice el art. 2582 que “*Tienen privilegio especial sobre los bienes que en cada caso se indica:*

a) los gastos hechos para la construcción, mejora o conservación de una cosa, sobre ésta. Se incluye el crédito por expensas comunes en la propiedad horizontal; [...]”

B. Defensas

Dispone el Proyecto, en el art. 2049: “*Defensas. Los propietarios no pueden liberarse del pago de ninguna expensa o contribución a su cargo aun con respecto a las devengadas antes de su adquisición, por renuncia al uso y goce de los bienes o servicios comunes, por enajenación voluntaria o forzosa, ni por abandono de su unidad funcional.*

Tampoco pueden rehusar el pago de expensas o contribuciones ni oponer defensas por cualquier causa, fundadas en derechos que ellos invoquen

contra el consorcio, excepto compensación, sin perjuicio de su articulación por la vía correspondiente [...].

1. Deudas devengadas antes de la adquisición

La primera parte es similar al actual art. 8 de la ley 13.512. Sin embargo, dice que no se liberan ni siquiera de las “*devengadas antes de su adquisición*”, lo que parece que está mal, que se trata de un error, o que se pretende cambiar el régimen actual. Tampoco parece establecer la responsabilidad limitada a la cosa, como lo hace el actual art. 17 de la ley 13.512.

Veamos. En el régimen actual, no hay liberación por el no uso, ni por el abandono. En cuanto al abandono, si el titular abdica, no se libera de las expensas devengadas y adeudadas por él. Ahora, si abandona o transmite de otra forma el derecho real (v.gr.: vende), sí se libera de las expensas devengadas antes de su adquisición, que le vinieron con la cosa y con ella se van. Una suerte o variante de las obligaciones *propter rem*, máxime si se tiene presente que cuanto la deuda es ajena, es decir que se devengó en cabeza de otro titular, el adquirente sólo responde con la cosa y no con todo su patrimonio.

El art. 2049 no dice que el adquirente de una unidad con deuda responde sólo con la cosa, como se prevé en el régimen actual en forma expresa. No obstante, a esta conclusión puede arribarse en función de lo dispuesto por el art. 1937 del Proyecto: “*Transmisión de obligaciones al sucesor. El sucesor particular sucede a su antecesor en las obligaciones inherentes a la posesión sobre la cosa; pero el sucesor particular responde sólo con la cosa sobre la cual recae el derecho real. El antecesor queda liberado, excepto estipulación o disposición legal*”.

Ahora bien, si se acepta que por las obligaciones devengadas durante la titularidad del antecesor se responde sólo con la cosa, no tiene sentido establecer que el titular de la unidad no se libera de ellas “*por enajenación voluntaria o forzosa, ni por abandono de su unidad funcional*”. Respecto de las devengadas antes de su titularidad, sí o sí debe liberarse, pues sólo responde con la cosa y ésta ya salió de su poder. ¿Con qué va a responder? El consorcio acreedor ya no tiene garantía sobre la cual ejecutar el crédito, por lo que es absurdo que no se libere.

Distinta es la situación de las devengadas durante su titularidad. Aunque enajene la unidad, de tales deudas no se libera, y responderá con el resto de su patrimonio.

Cabe entender que ha habido un error en la redacción del art. 2049, en su primera parte.

En cuanto a la información de subadquirentes, ver 2067, inc. l), donde se prevé que el administrador debe expedir un certificado sobre deudas y créditos del consorcio, así como de la existencia de reclamos administrativos o judiciales.

2. Compensación

El segundo párrafo aclara que ser acreedor del consorcio no exime de pagar, salvo compensación. Esto puede traer problemas. Parece un caso de “compensación legal”. Serían requisitos: a) reciprocidad; b) título diferente; c) fungibilidad y homogeneidad; d) liquidez, e) exigibilidad. La compensación legal está tratada en el art. 923 del Proyecto.

Salvo un supuesto extraordinario de una deuda documentada en un título ejecutivo que tenga al consorcio como deudor y al obligado al pago de expensas como acreedor, cuesta encontrar supuestos en los que los objetos comprendidos en las prestaciones sean homogéneos entre sí y ambos créditos resulten exigibles y disponibles libremente, tales los requisitos del art. 923 para que opere la compensación legal.

C. Exención parcial de contribuir

La última parte del art. 2049 establece que “*El reglamento de propiedad y administración puede eximir parcialmente de las contribuciones por expensas a las unidades funcionales que no tienen acceso a determinados servicios o sectores del edificio que generan dichas erogaciones*”.

Se consagra en forma expresa una solución que era aceptada por la doctrina y en algunos casos por la jurisprudencia. Así, por ejemplo, si un local ubicado en la planta baja no recibe calefacción, podría ser eximido de contribuir a este gasto.

La exención debe surgir del reglamento. Si no la prevé, habrá que modificarlo, y en tal caso cabe inferir que la mayoría necesaria es la unanimidad, aun cuando no menciona el Proyecto esta mayoría especial, salvo para la aprobación de determinadas obras nuevas (ver art. 2052).

D. Obligados al pago de expensas

Dice el art. 2050: “*Obligados al pago de expensas. Además del propietario, y sin implicar liberación de éste, están obligados al pago de los gastos y contribuciones de la propiedad horizontal los titulares de otros derechos reales o personales que sean poseedores por cualquier título*”.

Este artículo es un verdadero acierto, pues agrega obligados, lo que está muy bien. Según la ley 13.512 el único obligado es el titular (o cotitulares) del derecho real de propiedad horizontal, y si éste pactaba con terceros que debían hacerse cargo, tales contratos eran inoponibles al consorcio. Ahora se prevé legalmente que hay otros obligados.

Por un lado, los titulares de otros derechos reales. El ejemplo típico es el del usufructuario que tiene el uso y goce del inmueble. En el régimen de la ley 13.512, al no surgir en forma expresa su obligación, puede presentarse la situación de que nadie las pague, la unidad se ejecute, y que el adquirente en subasta deba respetar el derecho de usufructo. Si se trata de un usufructuario joven, es probable que poco se ofrezca por ese inmueble, que no alcance el dinero para cubrir la deuda, y que se lo siga usufructuando sin que nadie pague las expensas⁷.

Esto ya no será posible por dos razones: a) el usufructuario, así como otros titulares de derechos reales que se ejerzan por la posesión, están expresamente obligados y si no pagan pueden ser demandados; b) el Proyecto permite expresamente la subasta del usufructo (art. 2144), de modo que si el

7. Personalmente, sostuve que el consorcio podía resolver el derecho de usufructo, pero había fallos que resolvieron lo contrario. Explicaba que el usufructuario constituía un obligado directo al pago de las expensas aun cuando no se hubiese previsto tal deber en el acto constitutivo. Para arribar a esta conclusión, argumentaba que el usufructuario tenía la obligación de conservar la cosa y no podía alterar su sustancia y esta obligación implicaba no sólo el abstenerse de realizar actos que deterioren en forma ilegítima la cosa, sino también el deber de realizar actos positivos de conservación. De la obligación de conservar la cosa derivaba, entre otras, la de realizar reparaciones. Si no las hacía, no estaba cumpliendo con su obligación de conservarla en buen estado. Entonces, si las expensas son gastos de conservación, mejoras necesarias que apuntan a mantener en buen estado las partes comunes del edificio y si el usufructuario estaba obligado a sufragar a su costa las reparaciones necesarias para conservar la cosa, debía pagar las expensas, máxime que él usaba y gozaba de la cosa. Ver: Kiper, Claudio, “El usufructuario y el pago de las expensas comunes”, *Microjuris.com*, 7/9/2006, MJD2989.

usufructuario no quiere hacerse cargo, deberá dejar la posesión del inmueble, pues su derecho real pasará a manos de otra persona.

En cuanto a los titulares de derechos personales poseedores, es claro que la norma debe aludir al que tiene un boleto de compraventa. Es razonable que el poseedor con boleto de compraventa, así como tiene ciertas prerrogativas, también soporte estas obligaciones. No incluye este art. al poseedor sin derecho, aunque es probable que éste tenga interés en pagar las expensas, si pretende adquirir por usucapión. Tampoco incluyen al locatario ni al comodatario, si bien titulares de derechos personales, pues no son poseedores.

La obligatoriedad de pagar expensas por parte de los poseedores mencionados en el art. 2050 no implica conferirles derechos para participar en la conformación del consorcio (art. 2044), de la asamblea (art. 2058), o del consejo de propietarios, en este caso, tal como el nombre del órgano lo indica (art. 2064).

V. Asambleas

A. Quórum y mayorías

En el régimen actual, para que una asamblea sea válida deben concurrir varios requisitos, entre ellos el quórum y la mayoría necesaria para adoptar la decisión. Teniendo en cuenta que los votos se cuentan sobre el total y no sobre los presentes, el quórum mínimo coincide con la mayoría necesaria para la decisión que se pretende tomar. Una vez reunido el quórum, es necesario que se vote y que la decisión cuente con la mayoría suficiente. Sin perjuicio de otras que pueden ser previstas en el Reglamento, surgen de la ley 13.512 tres mayorías posibles: absoluta (más de la mitad), dos tercios y unanimidad.

El Proyecto no innova demasiado en cuanto a las mayorías necesarias. Así, por ejemplo, para las obras nuevas o mejoras, se requiere por regla la mayoría absoluta, pero excepcionalmente se precisaría la unanimidad: a) cuando la obra beneficie a uno solo de los propietarios; b) cuando importe elevar nuevos pisos o construcciones, o bien *“gravita o modifica la estructura del inmueble de una manera sustancial”* (art. 2052).

Para otras decisiones, también se establece que la regla general es la mayoría absoluta (art. 2060), la que cederá cuando se exija una mayoría

especial⁸. La novedad es que para el cómputo de dicha mayoría absoluta, “*computada sobre la totalidad de los propietarios de las unidades funcionales y se forma con la doble exigencia del número de unidades y de las partes proporcionales indivisas de éstas con relación al conjunto*” (art. 2060). Esta doble exigencia no estaba impuesta como regla por la ley 13.512, la que sólo la preveía para el caso de vetustez del edificio (art. 16).

Esta solución parece más justa y equilibrada, ya que no parece razonable que quien tiene una unidad pequeña tenga en la asamblea la misma fuerza al votar que quien tiene una unidad más grande y afronta mayores gastos. Pero tampoco sería justo que el segundo impusiera su voluntad; de ahí que la solución proyectada, al combinar ambos métodos, se muestra más equilibrada con los intereses en juego.

También el Proyecto apunta a solucionar un problema que se presenta con frecuencia en casi todas las asambleas. Generalmente, y lamentablemente, la mayor parte de los consorcistas no suele asistir a estas reuniones, las que se terminan realizando igual pero sin quórum⁹. Al ser así, se corre el riesgo de que algún ausente pida la nulidad de la decisión, pero la otra alternativa es no hacer nada y que quede paralizado el edificio, a menos que se den supuestos que permitan la convocatoria a una asamblea judicial, en principio reservada sólo para cuestiones urgentes (ver art. 10, ley 13.512).

Para afrontar este problema, el Proyecto trae una norma novedosa. Dice el segundo párrafo del art. 2060 que “*La mayoría de los presentes puede proponer decisiones, las que deben comunicarse por medio fehaciente a los propietarios ausentes y se tienen por aprobadas a los QUINCE (15) días de notificados, excepto que éstos se opongan antes por igual medio, con mayoría suficiente*”. Y agrega el tercer párrafo que “*El derecho a promover*

8. Puede haber otras mayorías previstas en el Reglamento, y otras formas de computarlas (ver arts. 2056, incs. ñ, o, p, y 2057).

9. Algunos reglamentos contemplaron la posibilidad de que la asamblea pueda celebrarse en segunda convocatoria con los propietarios presentes, prescindiendo del número mínimo, pasada una breve extensión horaria de la primera; sin embargo, ni la ley 13.512 ni su decreto reglamentario habían previsto este remedio, razón que se volvía suficiente para permitir fulminar de nulidad por falta de quórum las decisiones que se tomaban en esta segunda convocatoria.

*acción judicial de invalidez de la asamblea caduca a los TREINTA (30) días contados desde la fecha de la asamblea*¹⁰.

Sin embargo, el quórum no está tan claro. No aclara esta norma si para que comience a funcionar la asamblea al menos debe haber quórum, o no. Cabe entender que debe coincidir con la mayoría necesaria para la decisión, como es actualmente, ya que no se copió el último párrafo del art. 2000 del Proyecto de 1998, que decía que había quórum cualquiera sea el número de presentes.

Entonces, si hay quórum, pero no mayoría absoluta, porque no todos coinciden a la hora de votar, la mayoría de los presentes (mayoría relativa) propone una decisión y la comunica a los ausentes por un medio fehaciente. Luego se aprueba, salvo que éstos –antes de 15 días–, se opongan con una “*mayoría suficiente*”. Debo entender que son más los que se oponen que los que propusieron la decisión.

La alternativa es interesante, teniendo en cuenta la realidad de la mayoría de los edificios. El plazo de caducidad de 30 días establecido para impugnar judicialmente la asamblea parece un tanto reducido.

Otra novedad que también tiende a agilizar el sistema se advierte en la regulación de la convocatoria y el respectivo orden del día.

Dispone el art. 2059: “*Convocatoria y quórum. Los propietarios deben ser convocados a la asamblea por medio fehaciente, con transcripción del orden del día, el que debe redactarse en forma precisa y completa; es inválido el tratamiento de otros temas, excepto si están presentes todos los propietarios y acuerdan por unanimidad tratar el tema.*”

La asamblea puede autoconvocarse para deliberar sin necesidad de citación previa. Las decisiones que se adopten son válidas si la autoconvocatoria y el temario a tratar se aprueban por unanimidad.

10. La exigencia de un medio fidedigno e indudable representa un imperativo del propio interés del órgano facultado a convocar a la asamblea (el administrador o el consejo de propietarios) para hacerse de un instrumento que facilite la prueba en caso del desconocimiento de la citación o de su fecha, por parte de un propietario. Teniendo en cuenta que tanto la utilización de un medio no idóneo para que la notificación llegue a conocimiento del propietario, como la citación fuera del término previsto reglamentariamente pueden provocar la nulidad de la asamblea, la notificación fehaciente evita la posibilidad del planteo de ineficacia.

Son igualmente válidas las decisiones tomadas por voluntad unánime del total de los propietarios aunque no lo hagan en asamblea”.

Esta norma está inspirada en el art. 2000 del Proyecto de 1998, pero sin el cuarto párrafo. La asamblea debe ser convocada por el administrador (art. 2067, inc. a), o por el Consejo de propietarios (arts. 2063 y 2064, a).

Se puede tratar un tema no previsto en el orden del día, si están todos y hay acuerdo unánime. Esta novedad es interesante, pues apunta a la mayor agilidad y eficiencia en el funcionamiento del edificio. Si están “*todos*”, para qué dilatar la cuestión fijando una nueva asamblea. El aspecto negativo es que no habría estudio previo del tema y alguno podría ser sorprendido en su buena fe.

El segundo párrafo prevé la autoconvocatoria (sin citación previa)¹¹. La decisión, para ser válida, requiere de la unanimidad, en cuanto al temario a tratar, mientras que parece que bastaría la mayoría absoluta (o la que requieran la ley o el Reglamento) para el fondo.

El tercer párrafo, si hay unanimidad, otorga validez a las decisiones tomadas fuera de la asamblea (v.gr.: por escrito). Esto le quita el carácter deliberativo; es opinable, aunque también hay que reconocer que torna más ágil un sistema actualmente pesado, dada la inercia y desinterés de los partícipes.

B. Facultades de la asamblea

Dice el Proyecto en el art. 2058: “*La asamblea es la reunión de propietarios facultada para resolver:*

- a) las cuestiones que le son atribuidas especialmente por la ley o por el reglamento de propiedad y administración;
- b) las cuestiones atribuidas al administrador o al consejo de propietarios cuando le son sometidas por cualquiera de éstos o por quien representa el CINCO POR CIENTO (5%) de las partes proporcionales indivisas con relación al conjunto;
- c) las cuestiones no contempladas como atribuciones del administrador o del consejo de propietarios”.

11. La solución reproduce la posibilidad que brinda el art. 158, inciso “b”, para todas las personas jurídicas privadas en ausencia de previsión específica.

Es una norma similar a la del art. 1999 del Proyecto de 1998.

El inc. b permite tratar cuestiones por “*quien representa el 5%*”. ¿Qué pasa si nadie tiene ese porcentaje pero se juntan más de uno? Cabe entender que el vocablo “*quien*”, admite también que sean más de uno los que obtengan ese porcentaje. No pide el doble cómputo, como sí lo hace el art. 2060.

Tal como está redactado el artículo, pareciera que si la cuestión es de competencia del administrador, o del Consejo, no puede ser tratada por la asamblea si éstos no someten la cuestión, o no es planteado por quienes superen el 5% del valor. Sin embargo, no hay que olvidar que la asamblea es soberana y es el órgano máximo del consorcio, ya que expresa la voluntad de los titulares del derecho real. Además, es la asamblea la que designa a los otros órganos. Por ende, cabe sugerir una interpretación elástica de la asamblea, que no limite su competencia. Claro que si un asunto no interesa a una mayoría que pueda superar el 5% es porque no tiene interés para los demás y, probablemente, no merezca ser tratado.

Pueden presentarse situaciones injustas que habrá que examinar con cuidado. Así, por ejemplo, podría ocurrir que en un edificio de 2 unidades, uno tenga el 96% y el otro el 4%. No tiene chance de ser oído a pesar de representar la mitad de las unidades, pero la situación podría ser abusiva.

C. Actas

Dice el art. 2062 del Proyecto: “*Sin perjuicio de los restantes libros referidos a la administración del consorcio, es obligatorio llevar un Libro de Actas de Asamblea y un Libro de Registro de firmas de los propietarios.*

Debe labrarse acta de cada asamblea en el libro respectivo, en el que los presentes deben firmar como constancia de su asistencia. Las firmas que suscriben cada asamblea deben ser cotejadas por el administrador con las firmas originales registradas.

Las actas deben confeccionarse con el resumen de lo deliberado y la transcripción de las decisiones adoptadas o, en su caso, propuestas por la mayoría de los presentes, y ser firmadas por el presidente de la asamblea y DOS (2) propietarios. Al pie de cada acta, el administrador debe dejar constancia de las comunicaciones enviadas a los ausentes, de las oposiciones recibidas y de las eventuales conformidades expresas”.

Esta norma está inspirada en el art. 2004 del Proyecto de 1998 y recoge la experiencia práctica de lo que sucede en las asambleas y en la administración

de los consorcios. No hay en la ley 13.512 una norma similar, pero sí en su Decreto reglamentario¹².

La última parte dice que el administrador debe dejar constancia de las “*comunicaciones enviadas a los ausentes*”, “*de las oposiciones recibidas*”, y de “*las eventuales conformidades expresas*”. Ocurre que hay comunicaciones antes de la asamblea, lo que no armoniza con el segundo párrafo del art. 2060, pero también tiende a agilizar la toma de decisiones, máxime teniendo en cuenta que puede una mayoría de presentes proponer decisiones (art. 2060 cit.).

Aun teniendo en cuenta que el art. 2062 dispone que debe labrarse acta “*de cada asamblea*” en el “*Libro de Actas de Asamblea*”, dado que, como se dijo, está prevista la transcripción de la consulta individual posterior como manifestación de voluntad consorcial no asamblearia, no hay razones para dejar de exigir que las decisiones unánimes de los propietarios no reunidos en asamblea (art. 2059) también deban constar en el Libro de Actas.

VI. Asamblea judicial

En este punto se observan algunos cambios.

El actual art. 10 de la ley 13.512 dispone que “*[...] Cuando no fuere posible lograr la reunión de la mayoría necesaria de propietarios, se solicitará al juez que convoque a la reunión, que se llevará a cabo en presencia suya y quedará autorizado a tomar medidas urgentes. El juez deberá resolver en forma sumarísima, sin más procedimiento que una audiencia y deberá citar a los propietarios en la forma que procesalmente corresponda a fin de escucharlos*”.

Ahora el art. 2063 del Proyecto dice: “*Asamblea judicial. Si el administrador o el consejo de propietarios, en subsidio, omiten convocar a la*

12. Art. 5º, Decreto ley 18.734/49: “*Las decisiones que tome el consorcio de propietarios conforme al art. 10 de la Ley 13.512, se harán constar en actas que firmarán todos los presentes. El libro de actas será rubricado, en la Capital Federal y Territorios Nacionales, por el Registro de la Propiedad, y en las provincias por la autoridad que los respectivos gobiernos determinen. Todo propietario podrá imponerse del contenido del libro y hacerse expedir copia de las actas, la que será certificada por el representante de los propietarios o por las personas que éstos designen. Las actas podrán ser protocolizadas. Será también rubricado por la misma autoridad el libro de administración del inmueble*”.

asamblea, los propietarios que representan el DIEZ POR CIENTO (10%) del total pueden solicitar al juez la convocatoria de una asamblea judicial. El juez debe fijar una audiencia a realizarse en su presencia a la que debe convocar a los propietarios. La asamblea judicial puede resolver con mayoría simple de presentes. Si no llega a una decisión, decide el juez en forma sumarísima. Asimismo, y si corresponde, el juez puede disponer medidas cautelares para regularizar la situación del consorcio”.

Este último está inspirado en el art. 2005 del Proyecto de 1998.

El supuesto es distinto al actual art. 10, en el que no hay mayoría. Esto también puede ocurrir si se autoconvocan, pero no hay unanimidad para tratar el temario, o para tomar la decisión fuera de la reunión (ver art. 2059), ya que en otros casos la mayoría de presentes puede proponer decisiones (art. 2060). Pero ahora este problema no habilitaría la asamblea judicial. Lo que la justificaría es la falta de convocatoria por parte de quienes lo deben hacer: el administrador o el Consejo de Propietarios¹³.

Pueden pedirle al juez que convoque si superan el 10%. No pide doble cómputo aunque puede entenderse que es necesario por analogía, aunque pueden surgir dudas teniendo en cuenta que el art. 2058, inc. b, sólo alude al 5% del valor. El art. 2005 del Proyecto de 1998 decía que la podía solicitar “cualquiera de los propietarios”.

Otra novedad es que, delante del juez, resuelve la mayoría simple de presentes (mayoría relativa), o en su defecto el juez. No exige que se trate de medidas urgentes, como prevé el actual art. 10.

Se aclara expresamente que el juez puede dictar medidas cautelares, aunque ello sería así aunque nada dijera la norma.

VII. Grave deterioro o destrucción del edificio

La ley 13.512, en el art. 16 dice que: “*En caso de vetustez del edificio, la mayoría que represente más de la mitad del valor podrá resolver la demolición y venta del terreno y materiales. Si resolviera la reconstrucción, la*

13. La doctrina ha señalado (Bendersky, Racciatti, Costantino) que debe distinguirse entre el derecho a solicitar la asamblea y el derecho de convocarla, fijándose que el primero le corresponde a los copropietarios y el segundo al administrador.

minoría no podrá ser obligada a contribuir a ella, pero la mayoría podrá adquirir la parte de los disconformes, según valuación judicial”.

Por su parte, el Proyecto establece en el art. 2055: *“En caso de grave deterioro o destrucción del edificio, la asamblea por mayoría que represente más de la mitad del valor, puede resolver su demolición y la venta del terreno y de los materiales, la reparación o la reconstrucción.*

Si resuelve la reconstrucción, la minoría no puede ser obligada a contribuir a ella, y puede liberarse por transmisión de sus derechos a terceros dispuestos a emprender la obra. Ante la ausencia de interesados, la mayoría puede adquirir la parte de los disconformes, según valuación judicial”.

En el texto proyectado, decide la asamblea por mayoría de más de la mitad del valor: a) demolición y venta, b) reparación, c) reconstrucción.

A diferencia del actual 16: a) no usa la palabra “vetustez”, b) en vez de comprar la mayoría, se prefiere la venta a terceros, que sí deberían contribuir. El art. 1997 del Proyecto de 1998 preveía abandonar a favor del consorcio, lo que podía generar abusos. Esta norma prefiere que la transmisión sea onerosa, ya que alude a la valuación judicial, igual que el actual 16.

VIII. Consejo de propietarios

Según el art. 2064, *“La asamblea debe designar un consejo integrado por propietarios, con las siguientes atribuciones:*

- a) convocar a la asamblea y redactar el orden del día si por cualquier causa el administrador omite hacerlo;
- b) controlar los aspectos económicos y financieros del consorcio;
- c) autorizar al administrador para disponer del fondo de reserva, ante gastos imprevistos y mayores que los ordinarios;
- d) dar conformidad con el nombramiento y despido del personal del consorcio;
- e) ejercer la administración del consorcio en caso de vacancia o ausencia del administrador, y convocar a la asamblea si el cargo está vacante dentro de los TREINTA (30) días de producida la vacancia.

Excepto los casos indicados en este artículo, el consejo de propietarios no sustituye al administrador, ni puede cumplir sus obligaciones”.

Es una novedad, ya que actualmente hay edificios que tienen este sistema, pero sin exigirlo la ley; es voluntario. En muchos casos está previsto en el Reglamento.

Se trata aquí de uno de los órganos de la persona jurídica consorcio (art. 2044). Se trata de un órgano consultivo y de control. Lo que no convence es que sea obligatorio, lo que será especialmente incómodo e innecesario en edificios de pocas unidades. En el Proyecto de 1998 era optativo. Es probable que los edificios de pocas unidades no cumplan con esta norma.

Dice el art. 2064 que lo designa la asamblea, lo que ocurrirá con quórum y mayoría absoluta, o por alguna de las vías alternativas ya examinadas.

El Reglamento debe fijar sus facultades (art. 2056, inc. u), de modo que, además de lo previsto en esta norma, puede tener otras atribuciones.

La facultad de convocar a la asamblea es subsidiaria para la hipótesis de que no lo haga el administrador. La regla es que no sustituye al administrador, sino que lo supervisa, salvo casos de excepción (omisión, ausencia o vacancia). En ocasiones, debe autorizarlo, por lo que serían actos complejos (despido del personal, disponer del fondo de reserva, por ejemplo).

No se especifica la cantidad de miembros con los que debe contar el consejo, ni tampoco se enuncian los criterios para lograr su composición en cuanto al número de integrantes (número par o impar, más o menos de diez miembros, un porcentaje de consorcistas, etc.). Sólo queda claro que debe ser conformado por propietarios, según el nombre elegido para designar a este órgano.

Se caracteriza por ser:

- 1) Es un órgano colegiado, integrado por una pluralidad de consorcistas, siendo aconsejable un número impar que facilite las decisiones. Este carácter de colegiado determina su funcionamiento. El mismo deberá ajustarse a las previsiones que a ese respecto contenga el reglamento de copropiedad. Sus decisiones se adoptarán, previa deliberación, por las mayorías que dicha norma convencional establezca.
- 2) Tiene carácter permanente. Se parte de la hipótesis de un funcionamiento continuo, facilitado por el número y cercanía de sus miembros.
- 3) Tiene origen en la ley y debe regularse en el reglamento de copropiedad y administración.

4) Sus miembros deben ser consorcistas y mantienen los derechos y prerrogativas de tales, no pudiendo individualmente peticionar ni invocar actuar como consejo¹⁴.

5) La función de los integrantes del consejo de administración es gratuita¹⁵.

IX. Administrador

Son pocos los cambios en la regulación de esta figura, y se mencionarán los más relevantes.

A. Designación, remoción, duración

Dice el art. 2066: “*Designación y remoción. El administrador designado en el reglamento de propiedad y administración cesa en oportunidad de la primera asamblea si no es ratificado en ella.*”

Los administradores sucesivos deben ser nombrados y removidos por la asamblea, sin que ello importe la reforma del reglamento de propiedad y administración. Pueden ser removidos sin expresión de causa”.

Está inspirado en el art. 2008 del Proyecto de 1998, aunque con diferencias.

El primer administrador está designado en el Reglamento (ver art. 2056, inc. r). Los demás son designados –y también removidos– por la Asamblea. El primero cesa si no es ratificado por la primera asamblea.

Se aclara expresamente que la nueva designación no importa la reforma del Reglamento, lo que implica que basta con la mayoría absoluta, en lugar de dos tercios, salvo que en el Reglamento se exija una mayoría superior.

El Reglamento puede prever la duración del mandato (art. 2056, inc. s). La ley 941 de la Ciudad (actualizada por las leyes 3254 y 3291, y reglamentada por el Decreto 551/2010), crea un Registro de Administradores. Dice el art. 13 que el administrador dura, salvo disposición en contrario del

14. Gabás, Aníbal A., *Derecho Práctico de Propiedad Horizontal*, t. I, p. 172, Hammurabi, Buenos Aires, 1992.

15. Cossari, Nelson G. A. - Luna, Daniel G., “Propiedad horizontal: responsabilidad civil de los integrantes del consejo de administración”, *DJ* 2004-3-609.

Reglamento, un año, que puede ser renovado por la Asamblea. También tiene normas sobre mayoría y quórum. Todo parece inconstitucional, en tanto no armonice con la ley nacional.

B. Derechos y obligaciones

El Proyecto, en el art. 2067, contiene una larga enumeración de derechos y obligaciones del administrador. Está inspirado en los arts. 2010 y 2011 del Proyecto de 1998.

La enumeración no es taxativa ya que dice “*en especial, debe*”.

Entre las novedades: a) notificar los reclamos administrativos o juicios; b) expedir certificado de deudas y créditos, con constancia de la existencia de dichos reclamos. Esto está muy bien, ya que a los adquirentes les interesa. El art. 2011 del Proyecto de 1998 decía que éste era un recaudo necesario para la transmisión del derecho real, que el certificado tenía una vigencia de 10 días hábiles, y que eran oponibles al adquirente las deudas informadas. Aquí es distinto ya que según el art. 2049 los adquirentes deben responder de deudas anteriores; c) se lo legitima para actuar judicialmente, sin necesidad de autorización previa de la asamblea; d) para usar el fondo de reserva, o despedir personal, necesita la conformidad del Consejo; e) debe contratar un seguro integral, no sólo contra incendio.

Es interesante lo relativo al deber de informar la existencia de juicios. El estado actual de la legislación específica no alerta al adquirente de un bien sujeto a propiedad horizontal sobre la eventual existencia de reclamos judiciales o de otra índole contra el consorcio. Es obvia la consecuencia patrimonial que para aquél puede derivarse al ponerse al cobro la deuda del consorcio, de cuyo riesgo no se le advirtió. El comprador en virtud de una transmisión privada deberá entablar juicio contra su vendedor o contra el enajenante originario para recuperar el gasto que frente al consorcio se vio obligado a realizar. Ya en el proyecto redactado por la comisión designada en 1980 por el Ministerio de Justicia de la Nación se advierte la preocupación por el tema.

El cambio propuesto importa un avance en la protección del adquirente, en tanto con tal certificado, el comprador tendrá un panorama cabal de cuál es la situación de la unidad que ha de adquirir. Si hay juicio pendiente o reclamos administrativos contra el consorcio y el comprador recibe la información respectiva, la operación inmobiliaria se hará sobre la base

de una mayor transparencia, pudiendo los sujetos del negocio operar conforme a las limitaciones que sobre la cosa transmitida puedan sobrevenir. Así, el enajenante podrá manifestar en el acto escriturario que garantiza la improcedencia de los reclamos judiciales y/o administrativos, asumiendo en forma expresa la garantía de evicción pese a que el adquirente conozca el peligro. En tal supuesto deberá indemnizarlo si después es vencido. Podrá, eventualmente, no hacer tal manifestación y, en tal caso, el conocimiento de la existencia de juicios o reclamos impedirá la reclamación posterior al adquirente. Cualesquiera que sean las conductas decididas por las partes, no sobrevendrán “sorpresas”, sino consecuencias de riesgos evaluados y asumidos¹⁶.

Que sea el administrador quien redacte el acta de la asamblea (inc. a) es criticado por la Liga del Consorcionista, pero no parece tan grave. Incluso, es obvio que los titulares, si no están de acuerdo con la redacción, pueden modificarla.

El inciso “e” del art. 2067 obliga al administrador a rendir cuenta documentada dentro de los sesenta días de la fecha de cierre del ejercicio financiero fijado en el reglamento de propiedad y administración. Por esa razón, el administrador ingresa en el conjunto de personas que deben rendir cuentas “por disposición legal” (art. 860 inc. “c”) y no sólo porque actúen en interés ajeno (art. 860 inc. “a”) y le sean aplicables las normas del mandato.

El art. 9 de la ley 941 de la Ciudad también le impone obligaciones al administrador. Son similares. Es interesante lo de la auditoría contable y/o legal para revisar su gestión.

X. Subconsorcios

Dice el Proyecto en el art. 2068 “*Sectores con independencia. En edificios cuya estructura o naturaleza lo haga conveniente, el reglamento de propiedad y administración puede prever la existencia de sectores con independencia económica, funcional o administrativa, en todo aquello que no gravita sobre el edificio en general.*”

16. Highton de Nolasco, Elena Inés - Vila, Ana María - Vila, Rosa, “¿Debe el representante legal del consorcio de propietarios informar sobre la existencia de juicios pendientes al transferirse una unidad?”, *Rev. del Notariado*, 864, 43; *La Ley*, 154-1.019.

Cada sector puede tener una subasamblea, cuyo funcionamiento y atribuciones deben regularse especialmente y puede designarse a un subadministrador del sector. En caso de conflicto entre los diversos sectores la asamblea resuelve en definitiva.

Frente a terceros responde todo el consorcio sin tener en cuenta los diversos sectores que lo integran”.

Ésta es una novedad, tomada del art. 2013 del Proyecto de 1998. Puede haber sectores independientes con sus asambleas, subadministradores. Actualmente, no parece permitirlo la ley 13.512. Debe estar previsto en el Reglamento, aunque el art. 2056, que se refiere al Reglamento, no dice nada sobre esto; es sólo para edificios con estructuras especiales (v.gr.: torres separadas).

La división no opera frente a terceros.

Esta modificación puede traer ventajas en el funcionamiento del sistema. Era postulada antes de la reforma por alguna doctrina. Así, por ejemplo, escribió Laje lo siguiente: “Supóngase el caso de las llamadas ‘galerías’ comerciales, correspondientes a un consorcio de propietarios gobernado por el régimen tradicional de uniformidad en cuanto a las asambleas, administrador y sistema de contribución al pago de los gastos comunes. De tal régimen surge necesariamente que toda decisión que deba tomarse con relación a elementos comunes, cualquiera sea la naturaleza de ellos, así como los gastos correspondientes, tiene que aprobarse en asamblea general integrada por todos los consorcistas, quienes deberán contribuir al pago de tales gastos en la proporción única que establece el reglamento. Puede ocurrir en alguno de esos casos que los propietarios de las unidades afectadas a locales de negocio quieran mejorar las condiciones materiales de ciertas partes comunes directamente vinculadas a dichos locales y que se hallan materialmente separadas de las demás unidades. Por ejemplo, aumentar la iluminación de los pasillos por donde circula el público que concurre a los locales, mejorar con nuevos tonos o tipos de pintura las paredes o techos de esos pasillos, renovar los pisos, contratar personal de limpieza o de vigilancia, colocar instalaciones para irradiar música de tipo adecuado para atraer la clientela, etc. Cabe prever que en tales supuestos las medidas que se proponen difícilmente contarían con la aprobación de los propietarios de las unidades destinadas a vivienda u oficinas, situadas en las plantas superiores; por un lado, estas últimas unidades ningún beneficio obtendrían con las mejoras; por otro lado, el costo de ellas tendría que pagarse por todos los miembros

del consorcio en la proporción establecida por el reglamento para los gastos comunes. De manera que si se propusieran dichas medidas y gastos a una asamblea general, integrada por todos los consorcistas, raramente se contaría con los votos necesarios para su aprobación. La misma falta de apoyo se produciría si los propietarios de las unidades destinadas a vivienda u oficinas sometieran a una asamblea general trabajos de mejoramiento sobre partes comunes que no signifiquen ventaja directa alguna para los propietarios de los locales de negocio. Similares problemas pueden crearse en otros edificios con unidades afectadas a destinos heterogéneos, como acontecería si partes de ellos estuvieran aplicadas a cocheras y las restantes a locales de negocio, oficinas o departamentos para vivienda. A medida que aumenta la variedad en cuanto a los diferentes destinos posibles de unidades dentro de un mismo edificio, el problema se irá magnificando. Por consiguiente, las medidas de la naturaleza precitada difícilmente serían aprobadas en asambleas generales, por las razones ya mencionadas y conocidas, a saber, ausentismo que provoca falta de quórum, indiferencia, egoísmo, etc. A todo ello se agrega que una primera negativa que hubieran opuesto los miembros de uno de los sectores a las aspiraciones de los integrantes del otro, puede crear una situación de antagonismo y un espíritu de desquite, contrario a la armonía deseable en estos organismos.

Las dificultades apuntadas quedarían considerablemente reducidas y quizás totalmente eliminadas, si las cuestiones que interesan exclusivamente a un determinado sector o grupo de unidades fueran decididas por el voto de sus respectivos titulares y pagados por estos mismos, sin participación de las unidades extrañas a cada situación. La legislación vigente en los diversos países no contempla el punto, con excepción de la ley francesa número 657, de junio 10 de 1965, que derogó y reemplazó la anterior ley de 1938 sobre propiedad horizontal¹⁷.

XI. Infracciones

Dice el Proyecto en el art. 2069: “*Régimen. En caso de violación por un propietario u ocupante de las prohibiciones establecidas en este Código o*

17. Laje, Eduardo Jorge, “Régimen de asambleas y de administración separadas en materia de propiedad horizontal”, *Revista del Notariado* 713, 1429.

en el reglamento de propiedad y administración, y sin perjuicio de las demás acciones que corresponden, el consorcio o cualquier propietario afectado tienen acción para hacer cesar la infracción, la que debe sustanciarse por la vía procesal más breve de que dispone el ordenamiento local. Si el infractor es un ocupante no propietario, puede ser desalojado en caso de reiteración de infracciones”.

Tiene diferencias con el actual art. 15, de la ley 13.512: a) habla de las prohibiciones contenidas en el Código o en el Reglamento, en lugar de referirse sólo al art. 6; b) sólo se refiere al cese de la infracción, sin mención a multas y arresto; c) tampoco alude a la indemnización del daño, aunque deja a salvo “*las demás acciones que corresponden*”; d) el ocupante puede ser desalojado en caso de reiterar infracciones, actualmente se prevé la “reincidencia”. Queda claro que las infracciones pueden ser diferentes; e) el trámite debe ser el más breve; f) no dice representante sino el consorcio, pero sin duda el legitimado es el administrador, ya que según el art. 2065 es el representante legal, y el art. 2067, inc. m, dice que representa al consorcio incluso judicialmente. Además, el inc. c) le impone atender a la conservación y a la seguridad.

XII. Prehorizontalidad

Hace muchos años se dictó la ley 19.724, de prehorizontalidad, con la finalidad de proteger a los adquirentes de unidades aún no construidas. Ello se debió a que en una época algunos adquirentes vieron frustrados sus derechos, ya sea por estafas, ventas de la misma unidad a diferentes personas, quiebra de la vendedora, etc. Dicha ley, si bien no solucionó todos los problemas, fue sin duda un avance en la búsqueda de mayor seguridad. Uno de sus mayores logros fue la inscripción registral de los boletos de compraventa.

Lo cierto es que esta ley ha caído en desuso. En los últimos años se construyeron muchos edificios en las principales ciudades del país, pero muy pocos se ajustaron a ese régimen.

El Proyecto de Código deroga la referida ley, y en su lugar establece la siguiente solución: “*art. 2071.- Seguro obligatorio. Para poder celebrar contratos sobre unidades construidas o proyectadas bajo el régimen de propiedad horizontal, el titular del dominio del inmueble debe constituir un seguro a favor del adquirente, para el riesgo del fracaso de la operación de acuerdo a lo convenido por cualquier razón, y cuya cobertura comprenda el*

reintegro de las cuotas abonadas con más un interés retributivo o, en su caso, la liberación de todos los gravámenes que el adquirente no asume en el contrato preliminar.

El incumplimiento de la obligación impuesta en este artículo priva al titular del dominio de todo derecho contra el adquirente a menos que cumpla íntegramente con sus obligaciones, pero no priva al adquirente de sus derechos contra el enajenante”.

Es interesante. Exige al titular del dominio dispuesto a enajenar unidades la contratación de un seguro que cubra al adquirente de todas las contingencias. Si no cumple, no tiene derechos contra el adquirente (doctrina plenario Cotton). La parte negativa es que puede incrementar los costos. La norma se refiere al titular del dominio, pero debería mencionar también a otros partícipes, tales como el desarrollador, la empresa constructora, etc. No hay que olvidar que las normas que amparan a los consumidores extienden la responsabilidad a todos los intervinientes.

Según el art. 2072, estarían excluidos los contratos siguientes:

- a) aquellos en los que la constitución de la propiedad horizontal resulta de la partición o liquidación de comuniones de cosas o bienes, o de la liquidación de personas jurídicas;
- b) los que versan sobre inmuebles del dominio privado del Estado;
- c) los concernientes a construcciones realizadas con financiamiento o fideicomiso de organismos oficiales o de entidades financieras especialmente calificadas por el organismo de control, si de sus cláusulas resulta que los contratos definitivos con los adquirentes deben ser celebrados por el ente financiador o fiduciario, a quien los propietarios deben otorgarle poder irrevocable a ese fin.

XIII. Conjuntos inmobiliarios

Desde hace años, buena parte de la doctrina reclama una regulación de los conjuntos inmobiliarios (v.gr.: clubes de campo, barrios cerrados, parques industriales, etc.¹⁸) que los acerque a los derechos reales. A su vez, un sector doctrinario se ha inclinado por el derecho de propiedad horizontal.

18. Ni el destino de estos inmuebles, ni su uso predominante, ni su causa eficiente, ni sus destinatarios o usuarios, ni los grupos de afinidad que agrupan, constituyen elementos de

Cabe señalar que el Proyecto incluye a “*los conjuntos inmobiliarios*” entre los nuevos derechos reales. Es así que figuran en la enumeración cerrada (*numerus clausus*) de tales derechos (art. 1887, inc. e).

Como segundo paso, dice el Proyecto que “*art. 2075: Marco legal. Cuando se configuran derechos reales, los conjuntos inmobiliarios deben someterse a la normativa del derecho real de propiedad horizontal establecida en el Título VI de este Libro, con las modificaciones que establece el presente Título, a los fines de conformar un derecho real de propiedad horizontal especial.*”

Pueden asimismo existir conjuntos inmobiliarios en los que se establecen los derechos como personales o donde coexisten derechos reales y derechos personales”.

No es imperativo someter estos conjuntos inmobiliarios al régimen de los derechos reales, se puede optar entre éstos y los derechos personales. Pero si se eligen los primeros, debe seguirse el régimen previsto para la propiedad horizontal. De modo que sería una especie dentro del género; un derecho de propiedad horizontal especial.

Quizás debió ser obligatorio el régimen de los derechos reales, en lugar de optativo, ya que muchos no querrán hacerlo, y eso puede ser perjudicial para el adquirente. El derecho real da mayor protección y seguridad, teniendo en cuenta la existencia de un título formalizado por escritura pública, su fuerte oponibilidad a terceros luego de la inscripción en el Registro, entre otros atributos.

En muchos casos se adoptan derechos personales, como ser socio de una sociedad anónima, y servidumbres sobre partes comunes, ya sea para el uso, o bien servidumbres negativas de no edificar de cierta manera.

También es cierto que en la provincia de Buenos Aires muchos adoptan el régimen de propiedad horizontal, aun siendo optativo.

entidad suficiente que justifiquen el dictado de una normativa específica para cada una de estas subespecies. Lo principal –y lo que las agrupa a todas estas tipologías dentro de un mismo género– es tenido en cuenta en una misma y única norma (art. 2073), comprensiva de todas ellas; dejando la regulación de sus variantes específicas a los reglamentos propios y específicos de cada uno de estos complejos en particular (de modo análogo a lo que acontece con el régimen de propiedad horizontal, donde el destino de las unidades no afecta su régimen jurídico básico, la ley 13.512).

Se eligió el derecho de propiedad horizontal, especial, lo que es correcto. No se advierte la necesidad de la creación de un derecho real nuevo y autónomo.

Ahora queda claro, como lo dice el art. 2074, que las partes comunes están sometidas a una indivisión perpetua, ya que antes se podía acudir al condominio de cosas indispensables a dos inmuebles (art. 2710 del Código de Vélez), pero esto podía ser objetado. Además, el condominio tiene un régimen de mayorías muy severo. Otra novedad importante es que el art. 2076 aclara que no todo el terreno es común, superando el obstáculo que parte de la doctrina encontraba en el régimen actual. De acuerdo al Proyecto, el terreno en el que se emplace la unidad sería propio y no común.

Otro detalle importante es que la unidad funcional que constituye parte privativa puede hallarse construida o en proceso de construcción (art. 2077)¹⁹. De este modo, por ejemplo, en un club de campo o barrio cerrado podrían convivir unidades ya construidas, con titulares de lotes de terreno aún sin edificar.

XIV. Conclusiones

Hasta aquí se han marcado las principales reformas al régimen de propiedad horizontal contenidas en el Proyecto. No son las únicas, sino las que se presentan como más notorias.

Es importante señalar que desde hace varios años la doctrina viene reclamando modificaciones al sistema, y que hubo numerosos proyectos de ley tendientes a imponerlas, que no pudieron progresar. El Proyecto ha tenido en cuenta muchas de las soluciones propuestas y las recoge.

Obviamente, no todas las modificaciones pueden ser compartidas, ello sería imposible. Pero es positivo el cambio, y que se genere un nuevo enfoque, una nueva visión, de este derecho real que —si bien joven— necesita una actualización, que se ajuste a lo que muestra la realidad cotidiana.

19. Ver: Fontbona, Francisco - Vitaver, Benjamín, “La propiedad horizontal, los clubes de campo y las unidades a construir”, *Revista del Notariado* 761, 1593.

Bibliografía

- Bendersky, Mario J., “La Propiedad Horizontal en la experiencia argentina (en el décimo año de vigencia de la ley 13.512)”, *La Ley* 90-781, Secc. Doctrina.
- Bendersky, Mario J., *Propiedad horizontal*, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1967.
- Calvo, Carlos D., *Manual práctico de propiedad horizontal*, Universidad, Buenos Aires, 1978.
- Campoamor, Clara, “La copropiedad de departamentos”, *JA*, 69.82, secc. Doctrina.
- Causse, Federico J. - Causse, Jorge R., “Actualidad en la jurisprudencia sobre la propiedad horizontal”, *La Ley*, 1997-B-988.
- Chavarri, Ángel B., “Sobre figuras jurídicas novedosas (a propósito de la propiedad horizontal)”, en *Estudios de derecho civil en homenaje a Héctor Lafaille*, Depalma, Buenos Aires, 1968.
- Cichero, Néstor, *División horizontal de la propiedad edificada*, Buenos Aires, 1949.
- Costantino, Juan, “Propiedad Horizontal. Análisis exegético. Jurisprudencia temática. Legislación Aplicable”, *Juris*, Rosario, 2002.
- Corchón, Juan F., *Sistema jurídico argentino de la propiedad por departamentos*, Calacor, Buenos Aires, 1949.
- Flah, Lily - Smayevsky, Miriam, “Propiedad Horizontal: problemas que se suscitan”, *La Ley*, 1991-A-1039.
- Gabás, Aníbal A., *Derecho práctico de propiedad horizontal*, Hammurabi, Buenos Aires, 1992/4.
- Gurfinkel de Wendy, Lilian, *La propiedad horizontal*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005.
- Kiper, Claudio (Dir.), *Propiedad horizontal*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2008.
- Laje, Eduardo J., *La propiedad horizontal en la legislación argentina*, Perrot, Buenos Aires, 1951.
- Laquis, Manuel - Siperman, Arnaldo, *La propiedad horizontal en el derecho argentino*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1966.
- Negri, José A., *Régimen argentino de la propiedad horizontal*, Arayú, Buenos Aires, 1953.

Palmiero, Andrés, *Tratado de la propiedad horizontal*, Depalma, Buenos Aires, 1974.

Racciatti, Hernán, *Propiedad por pisos o departamentos*, 3a. ed., Depalma, Buenos Aires, 1975.

Crisis actual del Sistema Penitenciario y de la Política Penal

*José Deym**

Resumen

El castigo de los delitos en general y la pena privativa de libertad en particular han despertado controversias debido a sus resultados pobres cuando no contraproducentes tanto para detener el delito como para reinsertar en la sociedad a los ofensores y mucho más aún por la ausencia de reparación adecuada a las víctimas, especialmente ante delitos con daño irreversible. Para afrontar esta situación se analiza, desde un enfoque psicosocial, la idea proveniente de la Teoría del Cambio del grupo de investigadores del Mental Research Institute de Palo Alto, California, de que sólo los cambios radicales, muchas veces paradójales, son apropiados para destrabar situaciones en que reiterados intentos de cambios parciales sólo han llevado a *“más de lo mismo”*. Se expone una propuesta de reemplazar el castigo, definido por el criminólogo español como *“pena meramente aflictiva”*, por una pena de carácter reparativo para las víctimas de delitos y de carácter repersonalizador para los ofensores. Como posibilidad se muestra someramente un modelo denominado *Prisión Virtual Restaurativa*, que podría sustituir con ventajas a la actual respuesta consistente en el encierro improductivo. Este modelo constaría de tres partes esenciales: libertad estrictamente vigilada (medida cautelar), trabajos reparativos y/o comunitarios suficientemente severos como para impedir objeciones de impunidad o lenidad (pena) y la actuación

* Licenciado en Ciencias Físicas (UBA); Investigación Operativa (UCA) y Psicología (UBA). Doctor en Psicología Social (UAJFK), con Tesis: “Crisis de la pena privativa de libertad”. Profesional independiente.

de grupos de rehabilitación similares a los que se utilizan en Alcohólicos Anónimos (programa de reinserción social). A continuación se analizan las posibles dificultades al cambio de paradigma y a los rechazos que podría provocar en la sociedad.

Palabras clave: delito - castigo - cárcel - víctima - ofensor - pena - reparación - repersonalización.

Abstract

Punishment of crimes, particularly imprisonment, have sparked controversy because of its poor or even counterproductive results both to stop criminal acts and to reintegrate offenders into society and even more so by the absence of adequate compensation to victims, especially when irreversible damage occurs. To address this situation, this paper has resort, from a psychosocial perspective, to the *Theory of Change* developed by the researchers of the *Mental Research Institute* of Palo Alto, California, according to which only radical changes, often paradoxical, are appropriate for unlocking situations where repeated attempts based on partial changes have led to "more of the same". The paper develops a proposal to replace punishment, defined by Spanish criminologist Antonio Beristain as "a merely afflictive sanction", by a another sanction that should be reparative for crime victims and should permit the repersonalization of offenders. A model called *Restorative Virtual Prison* is briefly exposed as a possibility, analyzing the advantages of using it to replace the current response of unproductive jailing. This model consist of three main parts: strictly monitored freedom (a strict security measure), reparative and/or community work, severe enough to prevent impunity or leniency objections (a painful sanction) and rehabilitation groups similar to those used in Alcoholics Anonymous (a new social reintegration program). Afterwards, this paper analyzes the possible difficulties and the possible societal rejection that could result from such paradigm change.

Keywords: crime - punishment - prison - victim - offender - punishment - reparation - repersonalization.

D) El problema de la respuesta al delito

Hoy, la respuesta al delito¹ consiste típicamente en castigar a quien lo cometió y pocas veces en ocuparse de la víctima que lo sufrió.

En casos de delitos de mediana y alta gravedad, el castigo es la pena privativa de libertad.

Sin embargo, esta pena, que hoy parece tan natural como si hubiera existido siempre, aun cuando sólo se aplica sistemáticamente desde hace unos doscientos años, se está cuestionando por muchas razones, pero, sobre todo, por su crueldad y por su falta de eficacia para prevenir nuevos delitos.²

Por ejemplo, en el caso argentino, el mal estado de las cárceles y el maltrato existente dentro de ellas es una realidad que actualmente casi nadie niega, pero que tiene connotaciones de tipo político que van mucho más allá del problema en sí mismo.

Frente a ello, mientras un sector de la población se muestra indiferente al padecimiento de los internos, otros sectores expresan críticas que van canalizadas hacia los funcionarios responsables y las políticas penales en vigencia.

1. Algunos autores, como Louk Hulsman o Nils Christie, en vez de “delito” sugieren utilizar la denominación “situación conflictiva” y que tanto el “delincuente” como la “víctima del delito” deberían considerarse, simplemente, “partes en conflicto”. HULSMAN, L., “El enfoque abolicionista: políticas criminales alternativas” en RODENAS, A., FONT, E. A. y SAGARDUY, R. (dir.), *Criminología crítica y control social*, Vol. I, *El poder punitivo del Estado*, Rosario, Juris, 2000, pp. 73 a 102, p. 73. CHRISTIE, N., *Una sensata cantidad de delito*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004, p. 8. Sin embargo, la terminología propuesta no está en vigencia, a punto tal que Christie debe utilizar la palabra “delito” hasta en el título de la obra citada.

2. Hay suficiente bibliografía especializada para sostener estos puntos de vista, no sólo en la Argentina sino en casi todo el mundo. Además, en el desarrollo de los trabajos del sociólogo norteamericano Erving Goffman, se evidencia que existen problemas de tipo estructural inherentes a toda forma de encierro que no pueden desaparecer aunque las prisiones estuvieran excelentemente manejadas. Tal es, entre otras, la *despersonalización* de quien habita una *Institución Total*, la *estigmatización* que sufre al terminar su encierro y el injusto sufrimiento de su familia, que en muchos casos termina por destruirse. GOFFMAN, E. *Estigma: La identidad deteriorada*, Buenos Aires, Amorrortu 5ª reimpresión, 1993. GOFFMAN, E. *Internados: Ensayo sobre la situación social de los enfermos mentales*, Buenos Aires, Amorrortu, 1ª edición, 6ª reimpresión, 1998.

En una mirada superficial puede identificarse al sector indiferente como el *conservadurismo*, la *derecha* o los partidarios de la *mano dura* en la represión del delito. Para este sector, el problema no es el mal funcionamiento de las prisiones sino la inseguridad y ésta debe ser combatida con la mayor severidad posible en la aplicación de las penas. De modo que el encierro debe ser lo más prolongado que la ley penal permita, sin atenuantes, sin salidas anticipadas, y si en las prisiones se sufre, pues, “*cuanto peor, mejor*”.

En esa misma mirada superficial puede identificarse al sector crítico como el *progresismo*, la *izquierda* o los partidarios del mal llamado *garantismo*. Sin atreverse a proponer la abolición de las prisiones, se protesta contra la crueldad y los malos tratos y se intenta modificar el Código Penal para introducir penas más benignas y despenalizar algunos delitos con el objeto de evitar que la sobrepoblación carcelaria continúe en ascenso.

Por otra parte, la tan reclamada resocialización de quienes quedan encarcelados se considera una utopía en la mayoría de los casos y, más aún, se sostiene que cuando alguien obtiene la libertad por haber cumplido su pena de encierro, suele encontrarse más propenso a delinquir que antes de haber sido encarcelado.

A partir de estos problemas, aparentemente sin solución, se ha intentado paliar los efectos negativos de la pena privativa de libertad mediante innovaciones penales, que comprenden la introducción de alternativas al encierro de los ofensores, de reparación a personas damnificadas por los delitos, de procesos de Mediación Penal entre ofensores y víctimas y aplicaciones de principios de Justicia Restaurativa.

Así, aunque las prisiones, por razones de seguridad y justicia, no obstante pruebas en contrario, se consideran imprescindibles, especialmente como respuesta penal ante hechos considerados graves, estas innovaciones muestran que la respuesta al delito, al menos en ciertos casos restringidos, puede ser diferente del encarcelamiento sistemático.

Sin embargo, las innovaciones hoy se aplican, por regla general, sólo en casos de delitos leves, patrimoniales y preferentemente cuando son cometidos por ofensores juveniles.³

3. Cabe notar que esta misma preocupación data de 1988, cuando Norval Morris sostenía con respecto a los EE. UU., que las limitaciones eran excesivas y, así, “todavía no hemos hecho una realidad de la *probation*”. MORRIS, N. “Alternativas de las penas: fracasos y

Además, para muchos observadores críticos del Sistema Penal, su introducción ha tenido un signo reaccionario porque se han convertido, más que en “*alternativas*”, en “*complementos*” de la cárcel.⁴

Por otra parte, si bien existen corrientes que proponen un nuevo paradigma de justicia, no parece que el cambio propuesto sea significativo. Por ejemplo, la Justicia Restaurativa propone reemplazar la punición por la reparación y la reconciliación en desarrollos académicos y en ciertos países llevados a la práctica, pero, en general, todas estas propuestas omiten pronunciarse no sólo en contra del Sistema Penal –más bien intentan complementarlo– sino también en contra de la política del encierro y mucho menos ante la ocurrencia de hechos graves.

En cuanto a las corrientes abolicionistas, se destacan algunas voces, como las de los holandeses Louk Hulsman y Herman Bianchi y los noruegos Nils Christie y Thomas Mathiesen, pero en ellas se encuentran pocas propuestas concretas de reemplazar las prisiones por modelos que pudieran resultar satisfactorios para quienes temen que sin ellas el mundo se convertiría en un caos.

Así, continúan los paliativos, pero el problema de fondo –delincuencia que no se detiene, penas de prisión con efectos nulos o contraproducentes, alternativas insuficientes– no se resuelve.

II) Necesidad de un cambio radical

Frente a esta crisis, resulta obvio que se necesita una mirada mucho más profunda. Tanto para dar cuenta de la seguridad de la población como para dar un sentido repersonalizador y reparativo a las penas.

Esto implica que las penas deberían tener alguna utilidad para quien las reciba y no ser meramente aflictivas y que, además, teniendo en cuenta a las víctimas, deberían permitir la reparación del daño ocasionado.

perspectivas” en *Doctrina y Acción Postpenitenciaria*, Año 2, N° 3, Buenos Aires, Patronato de Liberados, 1988, pp. 59 a 76, p. 66.

4. Por ejemplo, LARRAURI, E. “Las paradojas de importar alternativas a la cárcel en el Derecho Penal español” en *Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XLIV - fascículo I, enero-abril 1991, Buenos Aires, Ministerio de Justicia, 1991, pp. 45 a 63, p. 46.

Desde un enfoque psicosocial basado en el modelo de una *Teoría del Cambio*,⁵ puede sostenerse que cuando algo reiteradamente no funciona deben encararse soluciones alternativas, algunas quizás radicalmente diferentes o hasta contrarias a las intentadas hasta el momento.

Pero, ¿en qué podría consistir un *cambio radical*?

Cambio radical no significa hacer nada espectacular. A veces, sólo basta con dejar de hacer algo, dejar de hacer lo mismo, es decir, “*más de lo mismo*”, y enfocar la situación de manera alternativa.

Pero, como existen alternativas que no parecen ser muy diferentes a las que se están utilizando y que, además, innecesariamente se han limitado, un verdadero cambio radical podría simplemente consistir, en este caso, en *generalizar* las innovaciones penales sin atarse a limitaciones o, al menos, sólo admitir limitaciones mucho menos estrictas que las actuales, particularmente aquellas que se basan en conceptos relacionados con la gravedad de los hechos cometidos.

Esto abre la posibilidad de sugerir un nuevo paradigma de respuesta al delito, que intente diferenciarse cualitativamente de lo implementado hasta ahora.

III) Una propuesta concreta de un modelo diferente

Continuamente surgen propuestas de mejorar las condiciones carcelarias. En algunos países esto se ha conseguido. Pero los cambios parciales generalmente son inestables y no resuelven cuestiones de fondo. El aislamiento y la estigmatización no desaparecerán aunque las prisiones sean modelos de confort, trabajo y entretenimiento.

En cambio, una modificación muy sencilla pero cualitativa podría consistir en que, además de seguir con la política de introducir estas mejoras, se estableciera que las alternativas al encierro, tales como los trabajos reparativos o comunitarios utilizados hoy en la suspensión de juicios a prueba,

5. Básicamente en la idea de que si algo no funciona, la solución, si existe, debe provenir de algo radicalmente diferente de lo ya reiterada e infructuosamente intentado. WATZLAWICK, P.; WEAKLAND, J; FISCH, R., *Cambio. Formación y solución de los problemas humanos*, Barcelona, Herder, 3ra. edición, 1982, pp. 51 y ss.

se extendieran a los condenados (hoy se aplican sólo a quienes no llegan al juicio) y no sólo por delitos menores.

Si no sólo se mejoraran las condiciones carcelarias, pero también se extendieran las alternativas al encierro, dándoles seriedad y severidad suficientes, evitando poner en peligro la seguridad de la población, podría resolverse la controversia entre quienes desean penas privativas de libertad más extensas y duras y quienes desean ir eliminándolas.

Hasta hace unas décadas, esta generalización era impensable por razones cautelares. Pero ahora la tecnología ha posibilitado reemplazar la prisión de muros y rejas por un control telemático, al que se le pronostica una eficacia creciente, que podría, desde el punto de vista cautelar, establecer un control equiparable a la eficacia de la prisión tradicional, siempre que fuera acompañado por un control humano personalizado e intensivo. Sólo habría que generalizar su uso.

Pero, para poder generalizar una respuesta al delito integralmente alternativa al encierro, aun cuando el problema cautelar estuviera resuelto, cabe atender a otra de las principales objeciones esgrimidas contra ello, que sostiene que así se deteriorarían la prevención y los principios de justicia basados en la retribución.

En consecuencia, para conservar el poder de disuasión por una parte y calmar el requerimiento retributivo de las víctimas (reclamo de *justicia*) por la otra, esta reparación debería ser suficientemente onerosa o dura o extendida en el tiempo. Hoy, esto es algo inexistente pues no se aplican penas reparativas ante hechos graves, aduciéndose que son *irreparables*.

También sería un cambio importante intentar la tan deseada *resocialización* mediante una intervención radicalmente diferente de la que suele aplicarse, no sólo evitando intervenciones coercitivas y etiquetamientos negativos⁶ sino etiquetando en forma inversa a quienes se brinda tratamiento. El éxito, generalmente aceptado, aun relativamente, de métodos utilizados por Alcohólicos Anónimos y comunidades terapéuticas de drogadicción sugiere un tratamiento grupal, en el cual el cambio de actitud puede lograrse

6. El etiquetamiento del delincuente como tal puede ser causa de reproducción de su conducta, según la *Teoría del Etiquetamiento (Labelling Approach)* de Frank Tannebaum, Edwin Lemert y Howard Becker. ANITUA, G. I., *Historias de los pensamientos criminológicos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, pp. 364 a 366.

por imitación social pero, fundamentalmente, por un cambio de rol de *delincuente a agente de cambio*.⁷

Entonces, y sólo a título de posibilidad a analizar, en este artículo se describe un modelo que propone una nueva respuesta penal mediante “*medidas no privativas de libertad*”, pero complementadas necesariamente con trabajos reparativos o comunitarios serios y controlados y métodos no tradicionales de tratamiento.

Esta posible respuesta al delito podría sustituir el encarcelamiento tradicional por un régimen consistente en 1) una estrecha vigilancia, 2) la obligación de reparar –de forma material o simbólica– el eventual daño ocasionado y 3) asistir a un Programa tentativo de Rehabilitación.

Sería aplicable a personas procesadas y condenadas por la Justicia y consistiría en un seguimiento personalizado e intensivo⁸ complementado

7. La idea de innovar drásticamente en cuestiones de tratamiento obedece a un afán de búsqueda constante de perfeccionamiento. Stanley Cohen ha descripto varias formas de interpretar el “*nothing works*” o fracaso de la resocialización concebido a partir de la investigación de Robert Martinson de 1974. Para los *conservadores de la ley y el orden* el mensaje era: “no se puede cambiar a los delincuentes, sólo se debe proteger a la sociedad con castigos severos, prevención e incapacitación”: Para los *liberales sentimentales y criminólogos tecnócratas*: “la resocialización de verdad nunca se ha intentado en forma adecuada; si las técnicas actuales no funcionan, deberíamos concebir otras”. Para los *liberales inflexibles*: “se debe desconfiar de la benevolencia; abandonemos la resocialización y sustituyámosla por objetivos menos ambiciosos”. Para los *libertarios civiles y centros de justicia*: “el tratamiento es un ataque a los derechos humanos, una extensión del Estado terapéutico y una violación de las normas de justicia y proporcionalidad”. Para los *marxistas*: “el tratamiento, obviamente, no funciona porque sólo es un instrumento ideológico que permite concentrarse en el individuo, mistificando la conexión con la estructura socio-económica”. Para *Foucault y otros teóricos similares*: “la simple idea de que el tratamiento ‘funcione’ es absurda; este sólo es otro anillo en la espiral de poder, saber y clasificación”. COHEN, S., *Visiones de control Social*, Barcelona, PPU, 1988, p. 62. El tratamiento grupal aquí propuesto se encuadra en la segunda postura y colisiona con las restantes y, por ello, su método, a pesar de que se acepte sin mayores objeciones en casos de adicciones, es comprensible que se preste, como tratamiento de quienes han delinquido, a críticas contundentes.

8. Tal como la *intensive probation*, sistema utilizado en Estados Unidos que consiste en que la persona quede en libertad pero con un alto nivel de control y obligaciones a cumplir. LARRAURI, E., “Control del delito y castigo en Estados Unidos”, en HIRSCH, A. VON, *Censurar y castigar*, Madrid, Trotta, 1998, pp. 11 a 17, p. 15.

por un control telemático y, en el caso de los condenados, combinado con penas reparatorias serias, severas y bien controladas y con tratamientos grupales basados en un cambio facilitado y un etiquetamiento inverso.

Mediante este modelo se intenta, sin admitir la impunidad, superar las objeciones al controvertido concepto de “castigo”,⁹ otorgar la posibilidad de un resarcimiento a las víctimas –material o simbólico, pero sin la simbología del mero sufrimiento sino con la simbología del resarcimiento concreto– y disminuir las reincidencias delictivas mediante el logro de un cambio facilitado en los autores de delitos por medios basados en un etiquetamiento inverso al habitual.

Sus alcances, la forma de implementarlo y algunos obstáculos ideológicos –particularmente la posible renuencia de las víctimas a ser resarcidas en forma concreta ante hechos que provocan daños irreversibles y la renuencia de la sociedad a aceptar que quienes cometieron hechos graves eviten recibir una pena aislante y estigmatizadora– fueron investigados mediante una encuesta preliminar,¹⁰ pero se sugiere seguir investigando estos temas mediante encuestas cuantitativas más abarcativas y más representativas de las representaciones sociales de la población argentina, tanto de especialistas en la materia como de la población en general.

Es decir, sin ánimo de presentarlo como algo terminado y definitivo, se propone que se profundicen estudios futuros para determinar con precisión

9. Se toma el concepto que utiliza Antonio Beristain, cuando dice “*deben abolirse los castigos y actualizarse las sanciones*”: tanto el castigo como la sanción son *penas* –y por ello estar en contra del castigo no necesariamente implica estar en contra del Sistema Penal–, pero el castigo, en la terminología propuesta por este autor, es sólo aquél en el que la pena es *meramente aflictiva*. La sanción, que, por conllevar un elemento de aflicción, a veces por demanda de un serio esfuerzo, es también una pena, puede tener un *sentido reparatorio* y también un *sentido reparatorio*. En este caso, si bien sería pena, no sería castigo. BERISTAIN, A. “Sanciones reparatorias en los derechos penales de mañana. Alternativas sustitutivas de castigo” en *Universitas* N° 64, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, jun. 1983, pp. 65 a 90, pp. 70 a 78.

10. Encuesta correspondiente al trabajo de campo que acompañó una Tesis doctoral en Psicología Social (Universidad Argentina John F. Kennedy). DEYM, J., “Crisis de la pena privativa de libertad”, 2011, es.scribd.com/doc/79632795 “Cuerpo Central” y es.scribd.com/doc/79581002 “Anexos”.

su viabilidad o la de sistemas similares, o, eventualmente, concluir qué alcance podrían lograr, es decir, hasta *qué grado* serían viables.¹¹

IV) Una “Prisión Virtual Restaurativa”

Este posible modelo no se encuadra en un abolicionismo sino en una propuesta transformadora de la prisión tradicional en “*otra prisión*”, completamente diferente.

Se propone denominarla “*Prisión Virtual Restaurativa*” –mientras no se encuentre un nombre mejor– porque, al seguir siendo una *prisión*, aunque electrónica y no de hierro y cemento, es una prisión “*virtual*” y, por tener finalidades de reparación y de rehabilitación, principios fundamentales de la Justicia Restaurativa, se agrega este término. Es decir, “*Prisión Virtual Restaurativa*” sería una denominación para designar un modo de respuesta al delito que generalizaría modos que hoy existen pero están muy atados a restricciones.

Es importante consignar que este trabajo se hace desde un enfoque encuadrado en la Psicología Social. Por lo tanto, pretender una formulación jurídica de la *Prisión Virtual Restaurativa* introduciría las consideraciones en otra disciplina que además requeriría una minuciosidad que sólo se puede satisfacer con un manejo experto de términos ajenos al enfoque psicosocial elegido y la expondría a la crítica que puede recibir todo cuerpo legal.

Sin embargo, aun a riesgo de usar un lenguaje inadecuado, puede delinarse un esbozo del pensamiento que subyace al concepto y a los elementos que lo sustentan, a sus finalidades, a una eventual implementación y funcionamiento, recordando que es sólo un ejemplo tentativo y, por ello, se redacta en forma sintáctica de *futuro potencial*, sujeto a todo tipo de crítica y/o modificación.

Esta reglamentación desea evitar la crítica de que por desconocimiento de disposiciones legales se presente un modelo inviable en el

11. Las conclusiones del análisis de la encuesta preliminar –cuyos resultados no se muestran aquí ya que, por la forma en que se llevaron a cabo, sólo tuvieron carácter de tentativas y provisorias– indicaron que existe más aceptación que rechazo de este modelo, pero que se considera que su implementación, en la mayoría de los casos, no es aconsejable en lo inmediato.

mundo jurídico actual. Es decir, lo que sigue será siempre considerado de *lege ferenda*.

V) Concepto y elementos que lo sustentan

Otorgar la posibilidad de cumplir la pena en una *Prisión Virtual Restaurativa* sería facultativo para el juez de la causa y su aceptación optativa para el condenado.¹²

El integrante de este régimen firmaría un convenio por medio del cual se sometería a un *estricto sistema de control* y se comprometería, además, a la *reparación del daño* que supuestamente ocasionó, con dinero, trabajos o servicios a favor de las víctimas, de sus familiares o de la comunidad y a asistir a un *programa de rehabilitación*.¹³

A) Medida cautelar = estricto sistema de control

El vigilado usaría un dispositivo electrónico o similar¹⁴ para que su localización estuviera siempre registrada y no podría salir de un determinado ámbito geográfico.

Debería concurrir diariamente a una Oficina de Control, donde describiría en forma detallada todas sus actividades en las últimas veinticuatro horas, informaría de las planeadas para los próximos siete días y explicaría las eventuales modificaciones al plan en vigencia. Además, daría datos sobre todas las personas con las que interactuó y/o habrá de interactuar

12. Los procesados no son aquí considerados pero la libertad vigilada podría extenderse para ellos, aun cuando, antes de estar condenados, no sería pertinente el trabajo reparativo ni la concurrencia al programa de rehabilitación.

13. Este régimen incluye institutos tales como la suspensión de juicio a prueba, artículos 76 bis y ss (título XII), la condenación condicional, artículos 26 a 28 (título III) y la libertad condicional, artículos 13 a 17, todos del Código Penal, pero es más severo porque no sólo impone pautas de conducta o prohibiciones sino que ejerce un control diario, permanente y estricto.

14. Lo habitual es usar brazaletes o tobilleras. Tecnológicamente parece más seguro un chip subcutáneo y, por razones de privacidad, queda oculto y previene mejor el riesgo de estigmatización, pero su uso no está extendido por ahora y podría provocar el rechazo del usuario. Es un tema a debatirse.

en los próximos siete días, para que éstas sean localizables. Estas personas podrían ser entrevistadas por el personal de la Oficina de Control y serles solicitados datos acerca de la conducta del vigilado.

Se le adscribirían uno o más oficiales (como los oficiales de *Probation*) para la evaluación de su conducta. A medida que fuera dando pruebas satisfactorias de confianza, la intensidad de la vigilancia podría ir disminuyendo, hasta que, eventualmente, pudiera concedérsele un alta provisoria o definitiva.¹⁵

El alta definitiva solamente sería otorgada por el juez de la causa, basándose en los informes de los oficiales de la Oficina de Control, en todo dato adicional que obtuviera y en su propio criterio.

En el caso de los procesados no condenados que estuvieran integrando este régimen, el alta –definitiva– sobrevendría automáticamente si el proceso culminara con el sobreseimiento o la absolución del acusado y no quedarán para él otras causas pendientes.

El juez podría solicitar la presencia del vigilado en todo momento que lo creyera conveniente para evaluar personalmente su conducta.

B) Pena = tarea reparatoria o comunitaria

Se detectarían todas las eventuales víctimas del delito cometido y se procuraría la realización de una mediación con el ofensor y cada damnificado por separado o en forma conjunta, en la cual se pactaría la forma de reparación del daño producido con dinero, trabajos o servicios a favor de las víctimas, de sus familiares o de la comunidad.

Si la mediación tuviera éxito, el vigilado procedería a cumplir con lo pactado con los damnificados en forma de pagos, trabajos y/o servicios. Si fallara, total o parcialmente, o bien el juez entendiera que lo pactado fuera insuficiente o exagerado, un grupo de profesionales podría encargarse de dictaminar la reparación o su complemento y la forma de llevarla a cabo. Aun así, el tipo de tarea podría ser –y debería ser, siempre que fuera posible– consensuado con el ofensor, tomando en cuenta tanto las necesidades

15. Este tema es espinoso porque introduce necesariamente el concepto de “*peligrosidad*”, que es altamente repudiado por todo el *arco crítico-garantista*. Pero no por ello debería mantenerse vigilados innecesariamente a todos o basarse exclusivamente en el tipo y la gravedad del hecho cometido. De todos modos, es un punto transable.

de la sociedad y de la víctima, como las necesidades, habilidades y preferencias del ofensor.¹⁶

El tiempo que se necesitara para completar la reparación podría ser más largo que la condena a prisión que hubiera correspondido en caso de no aceptarse la integración al régimen y no tendría ninguna relación con el tiempo de vigilancia, ya que podría ser indistintamente mayor, igual o menor que éste.¹⁷ La exigencia de reparación de los daños provocados podría ser muy severa y, en caso de no serlo, por no existir daños o ser menores frente a la gravedad imputada, como en los casos de tentativas, podría ser intensificada por el tribunal, de modo que no existiera ninguna clase de impunidad o lenidad de la pena impuesta.

Sin embargo, para dar la posibilidad al infractor de continuar interactuando con la sociedad –si bien, como quedó dicho, puede ser bajo estrecha vigilancia– y poder obtener al menos un ingreso mínimo de supervivencia, el condenado a trabajos reparativos o comunitarios podría realizarlos a tiempo parcial, dedicando el resto de la jornada a actividades remuneradas. En caso de no poder conseguir trabajo y, así, valerse por sus propios medios, el sistema debería proveerle de un ingreso que garantice su subsistencia, a cambio de una eventual contraprestación de trabajos y/o servicios.

En cuanto al cumplimiento de las obligaciones reparadoras, éste debería ser evaluado por los oficiales de la Oficina de Control en primera instancia y en instancia superior por el juez de la causa.

16. Este consenso quedaría limitado por la necesidad de imponer tareas útiles pero de alguna forma penosas, de modo que se contemplarían los deseos del ofensor pero la decisión final quedaría a la consideración de las autoridades judiciales. Podrían considerarse opciones de tipo de tarea contrapuesto a tiempo. Por ejemplo, un año de trabajo de limpieza equivalente a dos años de trabajo administrativo.

17. Queda clara aquí la intención (siempre sujeta a revisión y críticas) de separar conceptualmente la vigilancia de la reparación. La primera se considera aquí medida de seguridad, la segunda es considerada pena, porque consiste en la obligación de realizar tareas reparativas. En el Derecho alemán, Claus Roxin propuso que la reparación fuera una “tercera vía” del Derecho Penal junto con las penas y las medidas de seguridad. El tema admite discusión, ya que podría existir en la reparación algún tipo de consenso por parte del ofensor y, entonces, no sería una pena por falta del elemento coactivo. Pero puede haber consenso en el *tipo de tarea*, y coacción en la realización de *alguna tarea* si se evita el encierro.

C) Programa de Rehabilitación = grupo de autoayuda

Al menos una vez por semana el vigilado debería concurrir a reuniones grupales con pares y profesionales, donde su presencia podría ser exigida, pero no así su adhesión al Programa.¹⁸

Se lo invitaría a trabajar a favor del desarrollo de este Programa, que consistiría, como mínimo, en ayudar a los vigilados a reintegrarse eficazmente a la sociedad, pero podría tener objetivos más amplios.¹⁹

Durante el tiempo que estuviera sin alta, el vigilado sería considerado un integrante pasivo del régimen. Durante ese tiempo, en caso de necesitarlo, debería recibir un ingreso que garantizara su subsistencia, pero una vez obtenida el alta, el ex-vigilado podría optar por retirarse del Programa total o parcialmente o continuar integrado como operador activo. Esto

18. Se presenta este tratamiento como cambio facilitado, en contraposición a los tratamientos coactivos. Aquí se propone que la presencia del usuario del régimen sea obligatoria, pero su actuación en el Programa, sus dichos y actitudes no deberían ser condicionadas por ninguna autoridad penal ni ser usadas para evaluar su conducta, por lo cual debería ser confidencial todo lo actuado dentro del grupo.

19. Una propuesta más audaz, quizás utópica, pero que podría presentarse, al menos, como sujeta a posibles pruebas antes de ser descartada, fue que los grupos tuvieran actividades que se extendieran a obras benéficas o de utilidad social, tales como las que llevan a cabo algunas ONG. Esta idea fue concebida en conversaciones con personas detenidas que manifestaron deseos de colaborar en ese sentido una vez que estuvieran libres y se convalidó durante conversaciones previas y posteriores a las etapas formales (preguntas según guía de entrevista y llenado de cuestionarios) del trabajo de campo. También en las entrevistas se recibieron noticias de personas que siguieron efectuando como voluntarias las mismas tareas de colaboración social impuestas por una *Probation* una vez terminada ésta. Es más, la idea que se elaboró a partir de estas consideraciones es que el Programa tendría como consigna más amplia, *contribuir, por medios pacíficos y no delictivos, a transformar el mundo actual en un mundo menos violento y más justo*, dándosele la posibilidad a cada participante para hacer su propio aporte. Quizá suene ingenuo pensar en catalogar a quienes han delinquido como candidatos a comprometerse con el bienestar de la sociedad. Sin embargo, la idea del *cambio profundo* lleva a proponer esto a quien ha delinquido etiquetándolo “*al revés*”, procedimiento que es uno de los pilares del modelo. No se pasa por alto la dificultad de implementar estas actividades en la rutina del vigilado y dentro de su programa de reparación a las víctimas o de servicios comunitarios. Es un tema que debería estudiarse cuidadosamente.

último implicaría una remuneración que le permitiera vivir dignamente y mantener a su familia.²⁰

VI) Finalidades

Entre las finalidades de la Prisión Virtual Restaurativa, pueden mencionarse: evitar los problemas, especialmente estructurales, del encierro, que afectan al detenido y a sus familiares y allegados; posibilitar que el mismo ofensor contribuya a aliviar el sufrimiento ocasionado a las posibles víctimas mediante la reparación material o simbólica (reparar simbólicamente un daño irreversible con tareas productivas a título de *composición*); y lograr una mayor seguridad en la población mediante la disminución de hechos ilícitos por menor reincidencia delictiva resultante de un tratamiento más efectivo de los ofensores fuera del ámbito del encierro.

Así, han de señalarse:

Mantener intacta la dignidad de quien haya delinquido –y hasta aumentarla– al otorgar un sentido a la pena mediante el reemplazo del castigo basado en provocar sufrimiento *sin sentido* por una obligación, igualmente penosa pero *con sentido*, de reparar realmente el eventual daño producido.

Minimizar el daño colateral a los familiares y allegados de los encarcelados al evitar los inconvenientes y dolores innecesarios que el encierro inevitablemente les acarrea.

Evitar o minimizar la destrucción innecesaria de familias por la ausencia forzada de un miembro o por necesidades económicas insatisfechas derivadas de su incapacidad laboral.

Dar la posibilidad a las víctimas, a sus familiares o a la sociedad de ser realmente resarcidos –en forma material o simbólica, pero siempre en forma efectiva y a total satisfacción de la parte ofendida– por el daño recibido.

Dar al ofensor condenado la posibilidad laboral y económica de mantenerse insertado en la sociedad al atender primero sus necesidades

20. Siguiendo con las propuestas de actividades benéficas y de utilidad social, la incorporación al Programa de vigilados liberados podría hacer crecer las mencionadas ONG, cumpliendo el triple propósito de servir a la sociedad, dar una salida laboral a quienes han delinquido en el pasado y mantenerlos no sólo fuera del mundo delincriminal sino en sus antípodas, tomando en cuenta la importancia, de un giro de 180° en las actitudes.

de subsistencia y luego darle la posibilidad de obtener un sueldo como operador del mismo sistema.

Motivar a quien delinquirió no sólo a no volver a hacerlo sino también a ayudar a otros infractores a rehabilitarse y a convertirse en un forjador, por métodos pacíficos y no delictivos, de un mundo menos violento y más justo.

Ir despoblando las cárceles, para ir reemplazándolas por organismos de vigilancia en libertad.

Aumentar la seguridad de la población minimizando el riesgo de reincidencia delictiva²¹ por medio de la vigilancia al establecer un control, que, a pesar de efectuarse en libertad, sería sumamente estricto y efectivo.²² También puede considerarse disminuir la reincidencia delictiva por la misma excarcelación al evitar que la humillación y la estigmatización que el encierro generalmente acarrea empeoren moralmente al recluso y, en consecuencia, contribuyan a aumentar su propensión a delinquir.

VII) Implementación y funcionamiento

A) Cómo y a quién aplicarlo

Se plantea, ante una eventual implementación de este modelo, cómo, dónde y cuándo podría llevarse a cabo.

21. Este objetivo aparece como paradójico si se cree que el sistema es menos disuasivo que el encierro tradicional. No lo es si se considera que el contagio delictivo sería inexistente y los grupos de autoayuda lograrían eliminar las actitudes delictivas de sus integrantes. En el trabajo de campo mencionado muy pocas respuestas consideraron que el delito aumentaría, hubo más respuestas que consideraron que disminuiría, pero la mayoría respondió que no lo podía prever. Esto implica la necesidad de implementar el eventual sistema con mucha cautela y evaluando cuidadosamente los planes piloto para determinar la incidencia en un ítem de tanta importancia. Si los resultados fueran negativos, este sistema no tendría sentido.

22. Esto es teniendo en cuenta que "...las posibilidades tecnológicas hacen que el control tienda a ser más efectivo y de más calidad que el de los muros prisionales [porque] se puede conocer de un modo más concreto, rápido y perfecto al vigilado, no sólo dónde está y lo que está haciendo, sino incluso también, si se quiere, lo que está sintiendo". GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., "Medidas de seguridad bajo régimen de control electrónico", en *Revista de Derecho Penal*, Vol 2009-I Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2009, pp. 287 a 322, p. 306. Por otra parte, la vigilancia no sería una pena sino una medida de seguridad.

La forma de llevarlo a cabo sería mediante una política paulatina de excarcelación e implementando 1) controles personalizados muy estrictos, incluyendo mecanismos de localización permanente mediante dispositivos telemáticos, 2) tareas reparativas, en beneficio de las víctimas o de la comunidad, serias, controladas, severas y extendidas en el tiempo, y 3) grupos de autoayuda similares a los utilizados por Alcohólicos Anónimos o comunidades terapéuticas.

Su posible implementación (o de un programa similar) está pensada para la República Argentina, sin descartar que primero pueda implementarse en otras partes del mundo. Pero hay que señalar que una eventual implementación de algo al menos similar a lo presentado es totalmente tentativa y está sujeta a múltiples circunstancias y, en especial, a la voluntad política de llevarla a cabo. La *Prisión Virtual Restaurativa* no pretende ser, por ahora, una propuesta legislativa, sino que es sólo un modelo utilizado como simple herramienta para proponer un estudio psicosocial, del cual sí podría derivarse –pero también reformularse o descartarse– una propuesta final de este tipo.

Los pasos para lograr una implementación requieren la realización de estudios cuantitativos complementarios y, en caso de resultados favorables, de su aceptación, primero a nivel académico y luego a nivel legislativo, y sólo entonces de la realización de planes piloto y evaluación de sus resultados. De modo que no se puede prever un tiempo de realización y se debe anticipar que, de ser aceptada la idea, habría un tiempo para lograr un cambio de paradigma penal y un tiempo para su materialización.

En cuanto a su alcance, si bien la generalización de la aplicación de la *Prisión Virtual Restaurativa* es un objetivo que soslaya a quien adjudicárselo, porque, al no detallarlo, sostiene –tácitamente– que es *para todos*, esto es prácticamente inviable.

En primer lugar porque, a pesar de la tecnología, que a nivel mundial hoy funciona bien –aunque hubo gruesas fallas en la Argentina– es posible que algunas personas sean incontrolables. Por ejemplo, aquellas que hoy, siendo inimputables, están sujetas a medidas de seguridad. Otro ejemplo estaría dado por personas que serían totalmente incontrolables por presentar psicopatías presuntamente indicadas por la indole del hecho cometido.²³

23. Este tema se presta a discusión, por cuanto no está unánimemente admitida la demostración científica de que los autores de determinados delitos, como los sexuales, sean

Finalmente, otras que, debido a presentar adicciones, necesariamente requerirían un internamiento más o menos prolongado para su recuperación.²⁴

Pero, también, porque no se puede pensar en una implementación repentina. Ésta debería ser necesariamente paulatina y, por lo tanto, sería necesario priorizar con quién comenzar su otorgamiento. Por ejemplo, cabe preguntar si los primeros otorgamientos habrían de ser para quienes ya han pasado por la prisión o para condenados nuevos.

Estos interrogantes quedan abiertos y no hacen a la esencia del sistema.²⁵

Es decir, en suma, que, en cuanto a sus alcances, en líneas generales, estaría dirigido inicialmente a personas que hubieran estado encarceladas y tuvieran buen pronóstico de cumplimiento de normas e ir extendiéndolo a todas las personas que se presumiera que razonablemente podrían ser controladas fuera de la prisión y que estas personas podrían ser quienes ya hubieran estado encarceladas o no. Los trabajos de investigación ulterior deberían indicar la viabilidad de aceptar dentro de este régimen a autores de hechos graves, sólo de *algunos* hechos graves, sólo de hechos de gravedad media o bien, como ahora, sólo de los “*delitos de bagatela*”.

necesaria y compulsivamente reincidentes, pero es una creencia muy generalizada aun entre especialistas en conducta humana.

24. De todos modos, este internamiento en centros de recuperación no necesariamente debería tener características de prisión.

25. Un candidato interesante a recibir el reemplazo de un encierro pasivo por una tarea reparativa podría ser Omar Chabán, responsable de estrago culposo. Una reparación a considerar sería trabajar por muchos años, quizás el doble de su condena a prisión, como inspector de seguridad de discotecas y locales de espectáculos. Nadie mejor que él para conocer los problemas derivados de irregularidades y sobornos. Su sueldo (o gran parte de él si trabajara *full-time* en esto) podría destinarse a indemnizar a los parientes de las víctimas. (Al fin y al cabo, si se indemniza a los parientes de personas muertas por el terrorismo de Estado ¿por qué no aquí?). Pero, por una parte, habría que constatar que esta conversión de penas fuera aceptable para él (en definitiva, serían más años) y, por otra —y esto es casi inimaginable—, que los padres de las víctimas, mientras el paradigma del encierro estuviera aún fuertemente vigente, aceptaran que el responsable de las muertes de sus hijos estuviera fuera de una prisión tradicional. El posible cambio de la actitud vindicativa de las víctimas si se acostumbraran a recibir respuestas reparativas es uno de los temas que se propone continuar investigando. Pero, seguramente, si se hubiera realizado esta conversión de penas, adoptando una audaz e inédita interpretación del principio de oportunidad, hoy se estaría hablando en los ámbitos criminológicos del mundo entero de “*antes y después del caso Chabán*”.

B) Operadores

Se considera la posibilidad de que sean los mismos egresados del régimen más un nuevo tipo de profesionales quienes se encarguen de la conducción del programa.

La Oficina de Control ante la que se deberían presentar inicialmente en forma diaria los vigilados sería inicialmente conducida por personas seleccionadas entre actuales oficiales de *Probation* (en los países que los tienen) y, eventualmente, personal del actual Servicio Penitenciario que solicitara el cambio²⁶ y el Programa de Rehabilitación estaría dirigido inicialmente por profesionales tradicionales (psiquiatras, psicólogos, trabajadores sociales, docentes).

Pero los conductores del Programa de Rehabilitación se irían progresiva y naturalmente reemplazando por integrantes convertidos en operadores activos y tanto en la Oficina de Control como en el Programa de Rehabilitación se irían incorporando profesionales especializados egresados de una carrera universitaria que se crearía *ad-hoc*. Esta carrera daría instrucción en temas de Derecho, Psiquiatría, Psicología, Antropología, Sociología y otras disciplinas, pero fundamentalmente sería un entrenamiento continuo en comprender y ayudar al ser humano necesitado. Las condiciones de ingreso a la carrera y la obtención del título habilitante estarían sujetas a una evaluación profunda de la disposición del interesado a comprometerse de una forma humana y constructiva en la ayuda al condenado y en incentivar su rehabilitación.

C) Incorporación y egreso

En cuanto a las personas candidatas a ingresar al régimen de *Prisión Virtual Restaurativa*, los criterios para otorgar y revocar la posibilidad de estar en él serían los siguientes:

La sustitución de la pena privativa de libertad por este régimen se otorgaría de acuerdo con el criterio de posibilidad de controlar al procesado o condenado fuera de prisión.

26. Esto no debe entenderse como que dichas personas siguieran perteneciendo al Servicio Penitenciario, ya que éste no debería administrar, como está previsto hoy, medidas no privativas de libertad.

En cuanto al egreso, si bien la causa sólo se extinguiría cuando se diera tanto el alta definitiva concerniente a la vigilancia como cumplida la reparación, quedaría la posibilidad de bajas por incumplimiento.

El incumplimiento generaría la baja del régimen, pero, además, no se descarta que haber transgredido normas pactadas pudiera acarrear una sanción penal, ya que se basaría en la ruptura de una cláusula contractual. Estas penas podrían ser privativas de libertad o podrían ser canjeadas conjuntamente con la pena original por un reingreso al régimen.

D) Control

Cabe ahora responder a la pregunta *¿quién controla a los que controlan?*

Es evidente el peligro de que este sistema de *no castigar pero sí supervigilar* podría desembocar en una *degeneración panóptica* denunciada primeramente en la novela *1984* de George Orwell y luego en los escritos de Michel Foucault en su crítica a todo proyecto basado en la adopción por parte del Estado de las ideas *panópticas* introducidas por Jeremy Bentham al definir la arquitectura ideal de las prisiones.

Para evitar este peligro, el *control de los controladores* podría ejercerlo la misma comunidad, mediante auditorías realizadas por un jurado, cuya integración y funciones se deberían reglamentar para lograr garantía de transparencia en el funcionamiento del sistema.

VIII) Objeciones previsibles a este modelo

A) Al control telemático

Si bien las alternativas a la prisión son consideradas en ciertos casos mejores que ésta, el tema de la seguridad es un obstáculo primordial, ya que se asocia automáticamente la inocuización con los muros y las rejas,²⁷ inspirándole a la población desconfianza cualquier otra alternativa cautelar.

27. Ello lleva a los jueces, con demasiada frecuencia, a recurrir sin necesidad a la prisión preventiva. Si bien los excesos de la prisión preventiva no es un tema de este trabajo —me referiría un extensísimo tratado aparte que aquí ya no es posible darle— es imposible dejar de reconocer el creciente clamor de las objeciones contra su uso y, particularmente en la

Por lo tanto, para compatibilizar objetivos que no inquieten a la población, si se deseara expandir el uso de la libertad vigilada, sería absolutamente necesario para dar un mensaje tranquilizador implementarla a través de mecanismos que aseguren un control inobjetable, es decir, una vigilancia muy estricta y personalizada, superior incluso a la *Intensive Probation* que se aplica hoy en casos de liberados condicionales con riesgo presunto de fuga o reincidencia.²⁸

Sin embargo, es cierto que, en términos de seguridad, no se acepta fácilmente la idea de que el control telemático pueda ser eficaz. En la Argentina hubo crímenes cometidos por personas que estuvieron bajo dicho control que desprestigiaron considerablemente el sistema. Particularmente contribuyó a esto un resonado cuádruple crimen, a fines de julio de 2008, en el que fueron asesinados a sangre fría dos hermanitos de corta edad, presuntamente a manos de quien estaba monitoreado electrónicamente.²⁹ Ante este hecho, se expandió la idea de que una persona con pulsera o tobillera puesta puede fácilmente cometer un crimen y hasta que, en casos compulsivos, como se caracteriza en el imaginario colectivo a los casos de ofensores

Argentina, su abuso: "La mayoría de los ciudadanos bienpensantes respiran con alivio cuando cualquier sospechoso de criminalidad de trascendencia pública es encerrado a despecho de su probable inocencia", NIÑO, L. F., *Estudios penales*, Buenos Aires, Fabián J. Di Plácido, 2007, p. 157.

28. Sistema utilizado en Estados Unidos que consiste en que la persona quede en libertad pero con un alto nivel de control y obligaciones a cumplir. LARRAURI, E., "Control del delito y castigo en Estados Unidos", en HIRSCH, A. VON, *Censurar y castigar*, Madrid, Trotta, 1998, pp. 11 a 17, p. 15.

29. La referencia es a la ola de protestas que levantó la libertad vigilada con tobillera electrónica otorgada previamente al autor del cuádruple asesinato (Argentina, julio 2008) en la localidad bonaerense de Los Cardales, Campana, en la que dos de las víctimas fueron unos hermanitos de once y ocho años. El juez Nicolás Schiavo, quien había concedido la libertad vigilada, fue sometido a juicio político. "El jurado de enjuiciamiento conformado para estudiar el caso del juez de garantías Nicolás Schiavo se reunió por primera vez y consideró que posee jurisdicción y elementos suficientes para iniciar el proceso de remoción del magistrado". "Se inició la instrucción del *jury* al juez Schiavo", *La Nación*, 8 de octubre de 2008. También KENT, J., "Pulseras electrónicas. Los componentes de un inesquivable debate", en *La Ley. Actualidad*, Año LXXII, N° 156, Buenos Aires, La Ley, 2008, pp. 1-2.

sexuales, los vigilados llevarían a cabo hechos ilícitos aun sabiendo que serían inmediatamente descubiertos.

Pero también, más allá de las objeciones “*conservadoras*” que apuntan a la seguridad de la población, desde posiciones “*progresistas*” se ha considerado que el control personalizado basado en controles telemáticos en vez de estar basado en los tradicionales muros y rejas, corre el riesgo de generar una sociedad panóptica y totalitaria, ya que se crearía ante esta consigna una vigilancia más desarrollada, que se aplicaría fácilmente a un mayor número de personas.³⁰

B) A la reparación de delitos graves contra las personas

Existe también la objeción a la generalización de los trabajos reparativos. Con respecto a la reparación, el jurista alemán Claus Roxin sostiene que puede dar como resultado una atenuación de la pena y en algunos casos leves sustituirla totalmente,³¹ pero que en casos graves se necesita *siempre* un castigo, que podrá atenuarse si hay reparación pero de ninguna manera desaparecer.

El mismo Roxin, a pesar de ser un propulsor entusiasta y activo de la reparación y que tan contundentes argumentos diera a favor de ella, advierte: “*Naturalmente que hay hechos que no son susceptibles de ser reparados,*

30. Por ejemplo, Raúl Zaffaroni considera tan seriamente esta posibilidad que puede interpretarse que es aun a costas de mantener el sistema carcelario: “Es posible que dentro de pocos años la cárcel tenga una aplicación mucho más reducida que la actual, pero esto no debe ser materia de alegría para nadie, porque la perspectiva más cercana es que sea reemplazada por controles electrónicos de conducta, que serían más baratos y, por ende, podrían aplicarse a un número indefinido de personas, lo que permitiría una sociedad mucho más represiva que la actual”. ZAFFARONI, E. R., revistappp.com.ar/phpbb/viewtopic.php?t=243 “La cárcel”, marzo 2008.

31. “Pero incluso en los delitos más graves, los esfuerzos de reparación pueden desarrollar un efecto de atenuación de la pena. Si alguien infiere a otro lesiones corporales de gravedad con daños permanentes, las consecuencias del delito, por muy serios esfuerzos que se hagan, no pueden desaparecer del mundo. Pero un eventual arrepentimiento del autor y asumir los costos hospitalarios y la financiación de otras medidas para hacerle la vida más fácil deben reducir también, en un caso así, la pena”. ROXIN, C., “Pena y reparación” en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LII, Madrid, Ministerio de Justicia e Interior, 1999, pp. 5 a 15, p. 11.

como los homicidios o los delitos violentos brutales. Aquí un castigo es tan imprescindible como lo es en delitos patrimoniales graves o en los delincuentes reincidentes”.³²

Probablemente es porque considera que la reparación nunca puede ser tan dura como la pena. Si lo fuera, no sería escollo para la prevención negativa –aun así Roxin opina que el castigo tampoco es preventivo porque el que planea un hecho ilícito cree que no será descubierto—³³ pero sí para la prevención general positiva. La no aceptabilidad social de un sustituto del castigo sería causa suficiente como para no prescindir de dicho castigo.

En la investigación preliminar³⁴ llevada a cabo se comprobó que una representación social de una *reparación draconiana* (es decir, severa, mediante trabajos duros y extendidos en el tiempo) no existe, aunque no se trata de un concepto que no pueda elaborarse. Pero, por ahora, las legislaciones y disposiciones judiciales sobre reparaciones, limitadas a casos leves, han marcado el concepto de liviandad de cualquier alternativa.

Por otra parte, también existen, en resguardo de la protección de los ofensores, objeciones para la participación de las víctimas, basadas en que admitir sus exigencias podría otorgarles demasiado poder.³⁵

C) A incentivar cambios de actitud

Con respecto al incentivo para el *cambio profundo de actitud*, existe en las áreas más bien conservadoras un gran escepticismo en lograrlo. Pero, además, la idea de “convertir” a alguien choca contra ciertas críticas que

32. *Ibíd.*

33. “El efecto intimidatorio de las amenazas penales también es escaso, ya que el comportamiento del delincuente va acompañado, en principio, de la optimista premisa de que no va a ser capturado”. *Ibíd.*

34. DEYM, *op. cit.*

35. El penalista argentino Alberto Bovino, aun cuando se manifiesta crítico en muchos aspectos del Sistema Penal, expresa sus reservas con respecto a brindar excesivo poder de intervención a la víctima, ya que, desde el punto de vista garantista, la protección del ofensor podría quedar expuesta. Bovino, A., “La víctima como preocupación del abolicionismo penal”, en MAIER, J. B. J. (comp.), *De los delitos y de las víctimas*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1992, pp. 261 a 279, p. 279.

sostienen que impulsar un cambio de actitud es violentar al individuo y que ello no es lícito ni aún con los peores criminales.

Michel Foucault es uno de los más exaltados denunciantes de los intentos de reforma moral.³⁶ Por otra parte, Elías Neuman aporta una visión negativa acerca de las expectativas generales sobre una posible *conversión* de los delincuentes, al afirmar que “*no se debe*” tender a la perfección moral del recluso.³⁷ Sin embargo, parecería contradecir esta afirmación cuando se refiere a casos particulares, ya que en el mismo texto, unas páginas más adelante, señala que “hay gente con una abismante capacidad de mal que, de pronto, al brindárseles una mínima oportunidad, un pequeño estímulo de confianza que tal vez nunca sintieron, cambian provechosamente” y que conoce casos de peligrosos delincuentes en que esto realmente ocurrió.³⁸

IX) La resistencia al cambio

A) Resistencia a la idea de una sociedad sin prisiones

¿Puede existir una sociedad que prescindiera, al menos para la mayoría de los autores de hechos ilícitos, de la prisión tradicional?

36. FOUCAULT, M., *Vigilar y castigar. El nacimiento de la prisión*, Madrid, Siglo XXI, 26ª edición, 1997, p. 26. FOUCAULT, M., *Microfísica del poder*, Madrid, Siglo XXI, 3ª edición, 1991, p. 96. FOUCAULT, M., “La verdad y las formas jurídicas, 4ª conferencia”, en FOUCAULT, M., *Estrategias de poder*, Barcelona, Paidós, 1999, pp. 221 a 239, p. 225. FOUCAULT, M., *La vida de los hombres infames*, Madrid, La Piqueta, 1990, pp. 231-232.

37. “Coincido plenamente con López Rey y Arrojo cuando, al enunciar su obra sobre la readaptación moral integral del delincuente, sostiene que no hay que hacer de él, mediante costosos tratamientos y servicios, un hombre mejor que el que no lo es. Lo que sí importa es hacer del recluso un hombre que, aunque no moralmente perfecto, pueda conducirse, una vez en libertad, al igual que los demás, que, por otra parte, tampoco son moralmente perfectos”. NEUMAN, E., “Criminología y reforma carcelaria”, en NEUMAN, E. (dir.), *Problemas actuales de la Criminología Argentina*, Vol N° 1, Buenos Aires, Pannedille, 1970, pp. 139 a 163, p. 143.

38. “Cuento en estos momentos con dos experiencias sobre peligrosos delincuentes que se han rescatado a sí mismos de la lobbreguez en que vivieron en libertad y viven en prisión por el fruto de una mano amistosa o la compañía de un buen libro que les acerca esa mano. Esto puede parecer idílico a los descreídos o absurdo a quienes suelen utilizar la lógica abstracta de sus profesiones más allá de éstas”, NEUMAN, op. cit., p. 149.

Las críticas al sistema carcelario alientan que, al menos, se piense en tal posibilidad. Pero existe rechazo o, al menos, descreimiento a considerarla seriamente.³⁹ Este rechazo ya había sido anticipado por el criminólogo noruego Thomas Mathiesen, cuando señaló, a raíz de las dificultades que tuvo para lograr la atención hacia su propuesta abolicionista institucional, que “no ha habido nunca una transformación social importante en la historia de la humanidad que no haya sido considerada poco realista, idiota o utópica por la gran mayoría de los expertos”.⁴⁰

Las leyes –ya sean fundadas en principios retributivos o preventivos (inocuidadores y disuasivos)– exigen que el delito se “pague”, especialmente cuando es grave, con pena de prisión. Existe un consenso general que apoya las alternativas al encierro para casos de hechos leves, pero cuando el hecho es considerado grave la introducción de estas alternativas se cuestiona por insuficiencia de retribución, por insuficiencia de escarmiento y por insuficiencia de seguridad. Además, el principio de legalidad ata las manos de los jueces, quienes, a veces sin desearlo, se ven obligados a dictar el encarcelamiento y, así, sólo pueden minimizar, dentro de los rangos que la ley permite, la severidad de la sentencia.⁴¹

39. En la presentación de un artículo denominado, precisamente, “Una sociedad sin prisiones”, el autor, quien desea profundizar en este enfoque, se ataja confesando que el mismo título suena utópico y se pregunta qué sociedad querría o podría arreglarse sin prisiones. Señala que en las representaciones de derecho y orden está incorporada la idea de que los perturbadores de la paz social, como ladrones, violadores o asesinos, deben ser detenidos por la policía, encarcelados y permanecer en prisión por un tiempo más o menos largo, ya que la sociedad debe ser protegida de ellos. Sin embargo, se pregunta si es oportuno analizar que una sociedad pueda vivir sin prisiones y si es sensato ocuparse del tema y finaliza con la pregunta que inicia el presente trabajo y está consignada en la Presentación (Consideraciones previas, 1Ca): “¿Se podría aplicar un Derecho Penal que renuncie a las penas privativas de libertad?”, SCHUMANN, K. F., “Una sociedad sin prisiones”, en *Doctrina Penal*, año 14, enero-junio, 1991, N° 53/54, Buenos Aires, Depalma, 1991, pp. 109 a 128, p. 109

40. MATHIESEN, T., “La abolición, ¿un sueño imposible?”. Trabajo presentado en la VIII Conferencia Internacional sobre Abolicionismo Penal, Auckland, Nueva Zelanda, 18-21 febrero 1997, citado en TORO, M. C., “La prisión y sus penas. Prisión abierta: un límite humanista”, en SCHÜNEMANN, B. (comp.), *Cuestiones actuales del sistema Penal. Crisis y desafíos*, Lima, ARA, 2008, pp. 433 a 453, p. 435.

41. Así podrían interpretarse las sentencias leves que se adjudican a jueces como Raúl Zaffaroni, partidario de un Derecho Penal Mínimo, quien ha manifestado más de una vez su descreimiento en la eficacia de la pena y más aún en la de pena de prisión.

Por otra parte, quienes sugieren suprimir las prisiones se enfrentan con la pregunta “*entonces, ¿qué haremos con los delincuentes?*” y, por lo general, no tienen respuestas elaboradas, como si ellos también compartieran la irrealidad de cualquier propuesta. Esta pregunta apunta, particularmente, a los autores de hechos graves.

Así, actualmente existe una situación paradójica, porque mientras se reconoce la grave crisis que envuelve a la pena de prisión y los fracasos, en líneas generales, en llevar a cabo dentro de sus estructuras la ideología del tratamiento, esta pena es hoy considerada necesaria en lo que a ciertos hechos ilícitos y a ciertos ofensores se refiere.

En general, los que rechazan el cambio aseguran que prisiones habrá siempre. Algunos creen, como Michel Foucault, que la pena de prisión seguirá siendo socialmente aceptada como la única manifestación del control estatal⁴² y que toda sociedad que renunciase a esta pena firmaría, a un tiempo, su propia sentencia de muerte porque acordaría la abolición de la propia sociedad organizada en Estado.⁴³ Otros autores se resisten a prescindir de las prisiones porque alegan que no hay certidumbre de que algo que eventualmente pudiera ocupar el espacio vacío pudiera ser más humano.⁴⁴

Finalmente, hay quienes arrojan la solución del problema para adelante y sostienen una situación de compromiso: las prisiones desaparecerán, pero *no por ahora*.⁴⁵ Así, por ahora al menos, la pena privativa de libertad, con todas sus características criticadas, sigue existiendo y reproduciéndose, aun cuando existe una tendencia a reducir el ámbito de la Justicia Penal, especialmente en los países escandinavos, o bien ampliar este ámbito pero siguiendo la estrategia de la humanización.⁴⁶

42. FOUCAULT, M. “La verdad ...”, op. cit., p. 137.

43. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, L.; FERRÉ OLIVÉ, I.; ARROYO ZAPATERO, J. C. et al., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, Praxis, 1996, p. 293.

44. BUENO ARÚS, F, “La dimensión jurídica de la pena de prisión” en *Doctrina Penal* N° 40, Buenos Aires, Depalma, 1987, pp. 651-674, p. 673.

45. Hay autores que propugnan la abolición, pero son escépticos en el corto plazo, declarando, por ejemplo: “En los albores del siglo XXI, habiendo caminado la prisión un largo camino, parece ser que tendrá una larga vida, que su penosa presencia nos acompañará durante mucho tiempo más”, TORO, op. cit., p. 436.

46. SCHEERER, S., “Hacia el abolicionismo”, en COHEN, S. (dir.), *Abolicionismo Penal*, Buenos Aires, Ediar, 1989, pp. 15 a 34, p. 16.

B) Resistencia a la idea de delincuentes corregibles

Una reflexión del filósofo y poeta alemán Johann-Wolfgang Goethe – que está pintada en la entrada del cordón de seguridad en una prisión argentina—⁴⁷ dice así: “*Si tomas a las personas por lo que son, las harás peores de lo que son. Si las tomas por lo que pueden llegar a ser, las ayudarás a llegar adonde deben ser llevadas*”.

Aplicado a quien ha delinquido, reproduce cuanto sostiene la *Teoría del Etiquetamiento*. Si se trata al delincuente como delincuente, se lo convertirá en algo peor. Y si aquí se utiliza la palabra “*delincuente*” sólo para las personas que, además de haber delinquido, persisten en una actitud favorable al delito, se convertirá en delincuentes a quienes no lo son aún.

Dentro de esta terminología, un ofensor que ha cambiado su actitud, no importa qué haya hecho, cuán grave haya sido su crimen, dejaría, así, de ser delincuente, tal como se examinó ante la idea de invertir el *labelling* y propiciar un giro de 180 grados en la actitud delictiva.⁴⁸

Ahora bien, lograr este cambio de actitud en una persona que no sólo ha delinquido sino que persiste en su deseo de continuar haciéndolo no puede hacerse fácilmente si se lo denigra y se lo trata como a un ser distinto, que es inferior y repudiable. El giro de 180 grados en la respuesta a la conducta delictiva para lograr un cambio drástico de actitud –que es también un giro

47. Unidad N°2 del Servicio Penitenciario Federal Argentino, situada en Villa Devoto, Ciudad de Buenos Aires.

48. Quizás en casos especiales no sea necesario un cambio completo y cabal de la persona –aunque es indispensable en la mayoría de las situaciones para asegurar que dicho cambio sea estable– sino tan sólo darle un sentido a la pena. En el film “The dirty dozen” (“Doce del patíbulo”) –dirección de Robert Aldrich y protagonizada, entre otros, por Lee Marvin, Ernest Borgnine, Robert Ryan, Charles Bronson, John Cassavetes, Telly Savalas y Donald Sutherland, www.allmovie.com/work/the-dirty-dozen-13877 “The dirty dozen”, septiembre 2009–, durante la segunda guerra mundial se propone a un grupo de condenados a muerte o a muchos años de prisión una condonación de la condena a cambio de alistarse en el ejército y estar disponibles para misiones muy arriesgadas, con muy alta probabilidad de muerte en acción. Tanto los condenados a muerte como los condenados a prisión aceptan, evidenciando que morir en acción y por su país es radicalmente distinto a morir por sus crímenes o hasta quedar en prisión por ellos. El sentido de una muerte, más allá de la posibilidad de sobrevivir, cambia totalmente el destino de estas personas y, con ello, sus actitudes y personalidades. Se convierten de delincuentes en posibles héroes.

de 180 grados– implica renunciar a la idea casi ritual del *castigo automático*. Si bien existe un consenso generalizado en que la pena debe existir, el paradigma reparatorio, ejemplo de giro radical, la propone bajo la forma de una *auténtica reparación*.

Por otra parte, como se verá a continuación, hay ejemplos –aunque no muy difundidos– de casos en los que el perdón, el desafío o el buen ejemplo han sido muy superiores en eficacia a los castigos para disuadir a las personas de continuar delinuyendo.

En el libro *Los Miserables* de Victor Hugo,⁴⁹ el protagonista Jean Valjean es encarcelado durante diecinueve años por robar un pedazo de pan que intentaba dar a unos chicos hambrientos. Como era de esperar, el “castigo” lo embrutece realmente y cuando sale de prisión es ya un auténtico delincuente. Alojado en la casa de un bondadoso obispo, le paga con el robo de su platería. La policía lo detiene y lo lleva a la casa del anfitrión para comprobar su poco creíble afirmación de que los objetos le habían sido regalados. Pero el obispo confirma la mentira, añade aún más platería a la bolsa de Valjean y lo despide con estas palabras: “Jean Valjean, hermano mío, Vd. no pertenece ya al mal, sino al bien. Es su alma la que le compro; se la quito a los pensamientos malos y al espíritu de perdición y se la doy a Dios”.⁵⁰ Valjean parte y se convierte en un hombre de bien. Allí comienza otra historia, la de un hombre extraordinario, con bellos principios y actitudes abnegadas y heroicas.⁵¹

49. HUGO, V., *Los Miserables* (Libro segundo: “La caída”, Cap XII: “El obispo trabaja”), Buenos Aires, Losada, 2005, pp. 94 a 97.

50. HUGO, op. cit., p. 97.

51. Es muy interesante entender cómo resuelve Victor Hugo este tema en el pasaje de su obra en que Monseñor Myriel justifica su perdón y hasta “recompensa” por el mal obrar a Jean Valjean. Valjean no pide perdón ni reconoce su culpa, pero el obispo comprende que era tal la injusticia que recaía sobre el liberado, debido a la miseria forzosa a que estaba condenado, que, sin justificar el acto, lo perdona. Sin embargo, de algún modo se asegura que Valjean optará por apartarse de la mala conducta y ésta es la verdadera justificación de su perdón. En cuanto a la visión de la víctima, que es él mismo, y de su derecho a ser resarcido, se corre de esa posición al razonar así: “...yo retenía injustamente desde hace tiempo esa platería. Pertenecía a los pobres. ¿Quién es ese hombre? Un pobre, evidentemente”. HUGO, op. cit., p. 94.

Relata en un Seminario el psiquiatra e hipnoterapeuta Milton Erickson la historia de Joe.⁵² Este muchacho desalmado, ladrón y probablemente asesino, había sido ya condenado a varios años de prisión. Volvió al pueblo donde se había criado al salir en libertad, siguió cometiendo robos, se comportaba de forma pendenciera con los hombres y molestaba a las muchachas. Hasta que un día se encontró con Edye, una chica joven, muy bonita, inteligente, fuerte y trabajadora, bien instruida para los standards del lugar y, además, la hija del hombre más acaudalado del pueblo. Al verla, sin animarse a decirle alguna de sus típicas groserías, Joe le preguntó irónicamente: “¿Puedo llevarte al baile el sábado?”. Toda lógica indicaba un rechazo despectivo o atemorizado. Pero Edye no se inmutó: “Puedes, si eres un caballero”. Llegó el sábado. Joe se puso sus mejores ropas y se presentó en lo de Edye para llevarla al baile. La velada fue amable y placentera para ambos. Cabe imaginar que cuando se despidieron, Joe preguntó: “¿Puedo volver a invitarte?”. Edye respondió: “Puedes, si eres un caballero”. El final era previsible. Joe devolvió todo lo que había robado, se convirtió en una persona seria, honesta y trabajadora, se casó con Edye y fue uno de los mejores amigos de todos y uno de los mayores benefactores del pueblo.

En realidad, lo que está en la base de estos cambios drásticos de actitud es lo que denomina Franz Alexander *experiencia emocional correctiva*.⁵³ las implicaciones que puede tener sobre la personalidad un tratamiento que, más allá de sus características materialmente violentas o no violentas, se constituya en un ataque al equilibrio emocional de una persona.⁵⁴

52. ZEIG, J., *Un seminario didáctico con Milton H. Erickson*, Buenos Aires, Amorrortu, 1985, pp. 187 a 191.

53. ALEXANDER, F.; FRENCH, T. M. et al., *Psychoanalytic Therapy: Principles and Application* New York, Ronald Press, 1946 (Capítulo 2: “The development of psychoanalytic therapy”, pp. 13 a 24; Capítulo 4: “The principle of corrective emotional experience”, pp. 66 a 70; y Capítulo 17: “Conclusions and outlook”, pp. 338 a 341 y en ALEXANDER, F., www.psychomedia.it/pm/modther/probpsiter/alexan-2.htm “The corrective emotional experience”, septiembre 2006). También NARDONE, G., *El arte del cambio*, Barcelona, Herder, 1992, pp. 19-20.

54. Alexander afirma que Hugo entendió que el acto del obispo “fue un violento ataque al precario equilibrio de Valjean, que consistía, para recuperar su balance, en responder cruelmente a un mundo cruel con una rencorosa insistencia en ser malo”. ALEXANDER, www.psychomedia..., op. cit.

Esto no significa que un trato así asegure el cambio de actitud,⁵⁵ pero estos autores han constatado que la experiencia emocional correctiva en estos casos ha actuado⁵⁶ y lo ha hecho en forma no violenta. De todos modos, quizás en ciertos casos una forma violenta también puede producir el mismo efecto, pero, generalmente, según se ha denunciado, produce el efecto contrario, justamente porque la experiencia emocional no es *correctiva* sino *reforzadora* de las actitudes que se pretenden corregir.

Aunque casos similares a los de Jean Valjean y Joe no abundan, son ejemplos para entender que las actitudes de las personas pueden cambiar en forma radical.

Nils Christie acepta que en ciertos “*monstruos*” podría existir la imposibilidad del cambio de actitud, pero aun así sostiene que, a través de su

55. Se suelen citar contraejemplos de personas que han sido perdonadas y han dado un mordisco a la mano que se les ha tendido. El mismo Jean Valjean lo hace al robar la platería de Monseñor Myriel. Pero su conversión llega cuando su alma es “*comprada*” por el obispo. Entonces recibe la “*experiencia emocional correctiva*” mencionada por Franz Alexander, que aun no se establece hasta que la pone a prueba en el episodio siguiente, en que intenta robar una moneda a un chico y comprueba que *no puede* hacerlo. En efecto, Jean Valjean aun comete casi mecánicamente un pequeño hecho delictivo después del perdón y de la ayuda de Monseñor Myriel, al ocultar bajo su pie una moneda que a un niño llamado Gervasito se le había caído accidentalmente y fue a parar donde él estaba sentado en el suelo y apoyado en un árbol. Valjean pisa la moneda y se resiste a levantar el pie ante los ruegos de Gervasito. Gervasito se retira llorando. Valjean se arrepiente muy pronto de su acto –ahí es donde Alexander dice que ganó su batalla final por la conversión– y corre a devolver la moneda, aunque sin éxito porque Gervasito ya ha desaparecido, lo cual sume a Valjean en una profunda tristeza pero establece su decisión de nunca más volver a delinquir. HUGO, V., *Los miserables* (Libro II, Capítulo X: “Gervasito”), Buenos Aires, Losada, 2005, pp. 97 a 102. Alexander señala que si no fuera por el episodio en que Valjean intenta robar la moneda la historia que cuenta Victor Hugo no hubiera llamado su atención. El encuentro con el chico muestra que Hugo instintivamente comprendió la metamorfosis emocional y la dinámica del proceso en todos sus detalles. Es ahí cuando “Valjean se da cuenta de cuán horrorosamente cruel es su comportamiento que sólo una hora antes le habría parecido de lo más normal”. NARDONE, op. cit., p. 20.

56. En el ejemplo que presenta Milton Erickson ocurre lo mismo. Existe un efecto hipnótico en el bandido Joe debido a su enorme sorpresa ante las palabras eventualmente redentoras de Edye. ¿¡Cómo!? Él, el despreciable bandido, ¿podría llegar a *pensarse* siquiera como un posible *caballero*? El shock se produce en esta escena y la efectividad del mismo comienza cuando Edye cumple con su palabra de dejarse llevar al baile y seguir a su lado mientras esa conducta caballeresca esté presente.

extensa dedicación al mundo del delito, nunca encontró un solo *monstruo*, es decir, un individuo *absolutamente incorregible*.⁵⁷

También son elocuentes el relato y las conclusiones del jurista italiano Francesco Carnelutti. Señala que, como abogado defensor de un homicida que había matado premeditadamente a dos hombres disparándoles por la espalda, al comunicarle que la pena mínima que podía esperar eran treinta años de reclusión, el procesado se refirió a su hermano, acusado de instigación a esos hechos, a quien Carnelutti también defendía. “Él me escuchó impasible; después dijo: ‘*no se ocupe de mí, abogado; yo soy un hombre perdido; piense en salvar a mi hermano, que tiene nueve criaturas*’. Entonces, un rayo de amor iluminó su frente”.⁵⁸

Pero para muchas personas éstos son casos aislados, ejemplos de actitudes atípicas o bien sólo posibles productos de mentes románticas, tales como la de Victor Hugo. La idea de que quienes reiteran una y otra vez hechos ilícitos son *incorregibles* —a pesar de lo sostenido en contrario por Concepción Arenal, quien los consideraba [*aún*] *incorregidos*— es muy fuerte y está muy arraigada.

Para ejemplificar que existen excepciones a esta *incorregibilidad* puede citarse el caso del argentino Carlos Frattini, un hombre que se destacó por su habilidad para el dibujo, descubierta por el pintor Raúl Soldi, pero mucho más por su cambio profundo de actitud. En efecto, este hombre pasó gran parte de su vida alternando entre robos a casas y estadías en prisión, a punto tal que pasó encarcelado veintitrés años de su vida. Hasta continuó con sus actividades delictivas luego de que Soldi lo ayudara a organizar una importante exposición de sus dibujos, lo cual, presumiblemente, podría haberle facilitado su reinserción social. Podría haber cambiado de vida. Pero no fue así. Continuó delinquiendo y continuó siendo apresado. ¿Quién sería mejor candidato a ser etiquetado como “*incorregible*”? Sin embargo, llegó

57. CHRISTIE, op. cit., p. 145.

58. Concluye, admirando la “riqueza” expresada en ese amor fraterno que le hacía olvidar incluso su tremendo destino, permitiéndose generalizar una “verdad”: el germen del bien, en cada uno de nosotros, y no excluye a los delincuentes, está aprisionado en alguna medida. En el delito queda sepultado bajo la explosión del egoísmo, pero sigue estando. Sólo es necesario que la persona se abra para que el bien aflore. CARNELUTTI, F., *Las Miserias del Proceso Penal*, Buenos Aires, EJE (Ediciones Jurídicas Europa-América), 1959, pp. 34-35.

un momento –en la nota no aclara exactamente qué pasó– en que decidió su profundo cambio. Volvió a casarse –su primera mujer lo había abandonado, llevándose a sus hijos–, formó una nueva familia y finalmente ingresó como empleado en el Patronato de Liberados de Neuquén. En junio de 2009, se escribió una nota sobre su vida, en la que constaba: “Carlos lleva 25 años alejado de las cárceles y de los robos, 18 años de feliz matrimonio y 12 años de empleado ejemplar del Patronato de Liberados de Neuquén. En esa dependencia oficial, durante los primeros tiempos, Frattini se reunía con reclusos y ex convictos. A todos trataba de convencer de que el delito era mal negocio.”⁵⁹

Como contraejemplos también existen casos diametralmente opuestos. Tal el del muy conocido asaltante argentino de bancos y camiones blindados Luis “*el Gordo*” Valor, presuntamente reformado pero vuelto a caer en el delito. Según la información periodística, delinquía mientras daba charlas a jóvenes en riesgo sobre la conveniencia de mantenerse fuera de la delincuencia.⁶⁰

C) Resistencia a la idea de plena reintegración

El Modelo de Justicia de Andrew von Hirsch, denominado de los *justos merecimientos* (“*just deserts*”), exige claramente una censura o reproche cuando se comete un hecho ilícito. Por otra parte, exige que esta censura se exprese siempre como un castigo, que debe ser proporcional a la gravedad del hecho.

Ahora bien, ¿puede un régimen que prescinde del encierro, por más que garantice seguridad y no impunidad, responder a las necesidades de censura?

Uno de los puntos en que se encuentran más divergencias en la bibliografía especializada se refiere a la consideración de la reparación como sucedáneo de la pena, especialmente frente a los fines de la pena encuadrados en la prevención general positiva.

Por ejemplo, Elena Larrauri considera que desde la prevención general positiva la reparación genera confianza ciudadana al observar la efectividad

59. *La Nación* 20/06/09, “El dibujante que pasó por el purgatorio”, artículo del columnista Jorge Fernández Díaz.

60. *La Nación* 1/08/09, “A los tiros, otra vez detuvieron a Valor”.

del Derecho Penal en la solución real del conflicto subyacente al delito y produce satisfacción al ver cómo, al reparar, se eliminan los efectos nocivos que ocasionó.⁶¹ En cambio, en otro trabajo anterior, consideraba que se requiere estigmatización, no por crueldad sino para reforzar valores sociales,⁶² lo cual incluye negar a quien delinquiró la posibilidad de redimirse. Así, es muy probable que la prisión, cuya función de segregación y estigmatización es innegable, siga manteniéndose en pie a pesar de que los fines de la seguridad, de la prevención y hasta de la retribución ya no la necesiten.

Según los estudios etnometodológicos de Harold Garfinkel, para que la distinción entre un ser normal y uno anormal sea efectiva, el transgresor debe ser visto por las personas observantes de la ley como un ser amoral y el hecho delictivo no debe tener categoría de accidente, casualidad o excepcionalidad. Esta visión está íntimamente relacionada con el fenómeno de la “expulsión”.⁶³

Francesco Carnelutti observa el fenómeno como una reprobación a quien se considera diferente de quien transgredió la ley, a punto tal que se quiere negar la posibilidad de mantenerlo incluido en la sociedad o que alguna vez regrese a ella: “Éste que así piensa [...] no sospecha que su mentalidad es propiamente la del fariseo: *yo no soy como éste*. Lo que se necesita, en cambio, para merecer el título de hombre civil, es invertir tal actitud; sólo cuando lleguemos a decir, sinceramente, *yo soy como éste*, entonces seremos verdaderamente dignos de la civilidad”.⁶⁴

Similar reflexión pertenece a Antonio Beristain: “Muchos pensamos *‘Yo cumplo con la ley. ¿Por qué no puedo decir que soy mejor que un delincuente?’* Damos gracias a Dios por lo bueno que somos”.⁶⁵ Y acentúa aún

61. LARRAURI, E., “La reparación” en CID MOLINÉ, J. Y LARRAURI, E. (coord.), *Penas alternativas a la prisión*, Barcelona, Bosch, 1997, pp. 177 y ss.

62. La misma indignación moral que puede destruir a la persona que ha cometido un hecho ilícito es también la que contribuye a reforzar la solidaridad del grupo y quizás sea este último motivo el que sostiene al primero. Es decir, no se estigmatiza por crueldad sino por un cierto sentido de necesidad de confirmación de valores. LARRAURI, E., *La herencia de la Criminología Crítica*, México, Siglo XXI, 2ª edición, 1992, pp. 40-41.

63. ANITUA, op. cit., pp. 361-362.

64. CARNELUTTI, *Las Miserias...*, op. cit., p. 15.

65. BERISTAIN, A. y NEUMAN, E., *Criminología y dignidad humana. Diálogos*, Buenos Aires, Universidad, 4ª edición, 2004, p. 22

más la diferencia al contemplar el estigma que la prisión produce por sus mismas cualidades: “No como aquel ‘majadero’ que malduerme con otros tres o cuatro presos (y docenas de ratas) en una minicelda carcelaria”.⁶⁶

En los trabajos de Émile Durkheim se observa la idea de que la utilidad de la pena no radica tanto en su discutible valor rehabilitador del infractor ni en el poder de la intimidación, sino en la solidificación de la cohesión social.⁶⁷ Por lo tanto, la pena se justifica como dolor “útil”, diferenciándolo de la “crueldad gratuita” porque “es un signo que testimonia que los sentimientos colectivos son siempre colectivos, que la comunidad de espíritus en una misma fe permanece intacta y por esa razón repara el mal que el criminal ha ocasionado a la sociedad”. Con ello no sólo se justifica la pena sino su proporcionalidad al hecho delictivo.⁶⁸ Pero, además, es difícil concebir una pena que no sea la privativa de libertad para satisfacer estos requerimientos.

Por otra parte, como señala Durkheim, la idea de “pena” está tan arraigada en la sociedad que todos los cuestionamientos a su eficacia, en particular a su valor expiatorio, son considerados por muchas personas como “subversiones del orden social”.⁶⁹ Lo mismo, según Elías Neuman, sucede cuando se presenta la idea de redimir a los reclusos y reintegrarlos plenamente a la sociedad: “Muchas personas creen que dentro de esas cárceles hay hombres que en vez de manos tienen garfios. Y si les dices o les demuestras que son (o siquiera pueden ser) los chivos expiatorios de nuestras buenas conciencias te miran extrañados y ven en ti algo turbio”.⁷⁰

D) Resistencia a las utopías

Se podrá decir que intentar resolver la crisis de la pena privativa de libertad es una utopía. Pero, ¿qué es la *utopía*? La palabra “*Utopía*” fue acuñada por Sir Thomas More cuando escribió la obra *De optimo Reipublicae*

66. *Ibíd.*

67. DURKHEIM, É., *La división del trabajo social*, México, Colofón, 2ª edición, 1993, p. 118.

68. “He aquí por qué hay razón en decir que el criminal debe sufrir en proporción a su crimen”. *Ibíd.*

69. *Ibíd.*

70. BERISTAIN y NEUMAN, *op. cit.*, p. 22.

statu deque Nova Insula Utopia,⁷¹ en la cual describe una isla imaginaria denominada Utopía, cuyos habitantes estaban organizados en una sociedad perfecta.

“Utopía” provenía de “Oú-Topos”, que en griego significa el “no-lugar”, es decir, el “lugar que no existe”.⁷² Como la sociedad ideal allí descrita era demasiado buena como para ser considerada posible, se comenzó a utilizar el nombre *utopía* para significar lo imposible, lo inalcanzable, pero el verdadero significado de la palabra es el lugar que no existe... todavía, pero bien podría existir.

El pensamiento utópico es, sin embargo, el que encuadra a un visionario y lo aísla del mundo. Cristóbal Colón era un visionario y su pensamiento era utópico. Iba contra la corriente de su época y sostenía algo que parecía demasiado bueno para ser verdadero. Pero no importaba tanto que nadie creyera en sus ideas. Era peor: a nadie le interesaban.⁷³

En cuanto a experiencias en la historia de la humanidad, tales como la abolición de la caza de brujas, de la tortura legal y de la esclavitud, puede señalarse que fueron grandes transformaciones sociales “consideradas utópicas o irreales por la mayoría de los expertos aún pocos años antes de que lo impensable se convirtiera en realidad”.⁷⁴ Sin embargo no sólo el rechazo a lo nuevo es el obstáculo a vencer. A veces, es peor la indiferencia general que el rechazo mismo. Pero, es justo reconocerlo, en muchos casos esta falta de interés por los pensamientos utópicos se justifica.

Cuando la solución proclamada es demasiado rimbombante o cuando el enfoque es demasiado simplista, cuando la mediocridad asociada a lo

71. Ensayo sobre la vida y las costumbres de los habitantes de una isla ficticia, considerada como la descripción de una sociedad ideal. MORE, T., *Utopía*, Buenos Aires, Sopena, 2ª edición, 1944 (original *Utopia*, 1536).

72. VIDAL, G., “Utopía”, en VIDAL, G.; ALARCÓN, R.; LOLAS STEPKE, F., *Enciclopedia Interamericana de Psiquiatría III (Macropedia)*, Buenos Aires, Panamericana, 1995, pp. 1878 a 1888, p. 1878.

73. SCHEERER, op. cit., p. 17. Las utopías “nacieron como algo reactivo al rumbo errático, oportunista y ciego de la vida humana. Son constructos que arma el hombre en un afán desesperado de contener tanta incertidumbre, tanta irracionalidad en la conducta de sus semejantes. Y corren paralelas al desarrollo de la ciencia, imitándola, guiándola y sosteniéndola”. VIDAL, op. cit., pp. 1887-1888.

74. SCHEERER, op. cit., p. 17.

exótico que se expresa resulta ser una propuesta extravagante, el público responde con un marcado escepticismo o total indiferencia. Por ejemplo, el novelista y ensayista británico Gilbert Keith Chesterton relata que una vez se publicó un libro filosófico-teológico titulado *El gran problema resuelto*.⁷⁵ Inicialmente tuvo un gran éxito comercial, sencillamente porque los compradores creían que se trataba de una novela policial, pero se desilusionaban y devolvían el libro cuando comprobaban que el mismo no resolvía un robo o un homicidio sino que explicaba lo inexplicable sobre el Universo y la Vida.

El problema carcelario ha sido algo irresuelto desde siempre. ¿Por qué podría pensarse que fuera resoluble con unos pocos lineamientos sencillos? Así, el peligro de proponerlo es muy grande porque su fracaso no depende tanto de que sus argumentos sean refutados sino de que probablemente nadie se interesará en una verdadera solución de fondo, mientras ésta suene utópica. Seguramente es por ello que no se han propuesto, en general, soluciones integrales. Se reciben críticas por no dar soluciones, dejando el tema en un debate inacabado y, al parecer, inacabable. Pero, a su vez, los pocos aportes de soluciones que se han hecho son vistos con desconfianza y desacreditados por una llamativa falta de interés.

El *Régimen de Prisión Virtual Restaurativa* ha corrido esa suerte. Presentado a unas ochenta personas, en su mayoría especialistas en la materia, recibió algunas críticas, incluso descalificaciones drásticas, pero también recibió –y en mayor grado– apoyo y aceptación. Sin embargo, seguramente porque se apreció como una vana pretensión de solución integral, en casi nadie generó el más mínimo entusiasmo. A nadie le pareció –ni a los que calificaron sus características con notas óptimas– que pudiera ser “*el gran problema resuelto*”.

Obviamente, no lo es. Como sucedió con el libro mencionado por Chesterton, “si [los potenciales lectores] hubieran creído por un instante que en realidad resolvía el problema de la existencia no lo hubieran arrojado como un ladrillo caliente. Hubieran caminado diez millas sobre ladrillos calientes para conseguirlo”.⁷⁶

75. CHESTERTON, G. K., *El hombre común*, Buenos Aires, Heroica, 1958, pp. 59 a 63.

76. CHESTERTON, *op. cit.*, p. 62.

Sin embargo, aquí se insiste en presentar el *Régimen de Prisión Virtual Restaurativa* como un modelo a discutir, descartar o destrozarse si es necesario, advirtiendo que no es un modelo que pretende solucionar *todo* –lo cual, generalmente, equivale a decir que no soluciona *nada*– sino que trae a consideración ciertas premisas.

Premisas que han sido elaboradas a partir de las críticas a la pena privativa de libertad, a través de los estudios sobre la prisionalización, el etiquetamiento y la estigmatización de los detenidos, así como de los desarrollos de la Criminología Crítica, especialmente en su variante Abolicionista, del modelo de Justicia Restaurativa como referente conceptual de las puestas en marcha de alternativas al encierro, reparación a las víctimas y Mediación Penal y, finalmente, de la Teoría del Cambio elaborada dentro de un modelo sistémico-constructivista empleado en el tratamiento de conductas humanas.

Completado por consideraciones sobre el moderno monitoreo electrónico y las técnicas rehabilitadoras de Alcohólicos Anónimos y otras Comunidades Terapéuticas de Adictos, se ha vislumbrado una posible aproximación a la prisión del futuro, cuya proximidad en el tiempo no puede anticiparse. En esto consiste este modelo de *Prisión Virtual Restaurativa*, más precisamente, de *Tratamiento en un Régimen de Prisión Virtual Restaurativa*.

Un caso relativamente reciente y muy resonante de pensamiento utópico, que muestra que los giros de 180 grados son posibles –y, como se ha sostenido, más fáciles de lograr y aun más de mantener que los giros de 90–, está ejemplificado en un contexto diferente. El “*banquero de los pobres*”, Muhammad Yunus, galardonado en 2006 con el premio Nobel de la Paz, cuando desarrolló, hace treinta y cinco años, su proyecto de transformar la situación de la pobreza en Bangladesh –y en todo el mundo– a través del otorgamiento de microcréditos,⁷⁷ debió recurrir a la ayuda de personas dedicadas por entero al mundo de los negocios, descubrió que “los hombres disfrutaban de la misma manera el hacer dinero que ayudar al prójimo”.⁷⁸ Esta expresión, totalmente paradójica y probablemente considerada ingenua por muchísimos escépticos, abrió, sin embargo, las posibilidades de crear un

77. YUNUS, M., *Hacia un mundo sin pobreza*, Madrid, Complutense, 1998.

78. Entrevista con Muhammad Yunus, *La Nación* 15/04/08, “El marco legal argentino no incentiva el crédito para pobres”.

sistema revolucionario que sacó de la pobreza a cientos de miles de personas y le valió a su creador el premio mencionado.⁷⁹ Descubrir que las personas sienten tanto deseo de ayudar como de hacer dinero representa un giro de 180 grados en el concepto del ser humano. Pero, en definitiva, es, simplemente, la muestra de dos variantes de la aspiración a sentir que se hace algo importante en la vida. En el caso del delincuente, ¿por qué no trabajar con una misma idea similar?: alguien con deseos de sentirse importante *a través del delito* puede girar 180 grados y sentirse importante *combatiendo el delito*. Alcohólicos Anónimos, las comunidades de drogadependientes y otros grupos han puesto en práctica estos giros *radicales*. ¿Por qué no intentarlos en el ámbito de la conducta delictiva?⁸⁰

E) Resistencia al cambio drástico y también a los cambios graduales

Finalmente, y no como tema menor, queda el problema de la eventual implementación de una respuesta al delito alternativa a la pena privativa de libertad. ¿Debe ser gradual o drástica? Esto ha sido discutido por quienes han propuesto cambios, por ejemplo de tipo restaurativo, en la respuesta penal. Existen, al respecto, posturas caracterizadas tanto por la cautela como por la audacia. En la primera se sostiene que para saber si las ventajas de los cambios propuestos realmente superan a las desventajas deben efectuarse pruebas y, así, sugieren un “*cambio graduable*”, comenzando, para evitar un rechazo generalizado, con su aplicación a casos menores y sólo si se obtiene éxito extenderla a los casos más graves.⁸¹ En cambio, en

79. En la misma entrevista, dice Yunus que el premio le sirvió para ser escuchado: “Estuve durante varios años gritándole desesperadamente al mundo sobre la necesidad de sacar a la gente de la pobreza a través de los microcréditos y nadie me escuchaba. Ahora lo susurro y todos me escuchan”. Entrevista con YUNUS, op. cit.

80. En realidad, el veterano, al ayudar al novato, se está ayudando a sí mismo, según le transmitió Bob S. a Bill W. en las retóricas preguntas: “¿No cree que para nosotros es de una urgencia terrible ‘trabajar’ a otros alcohólicos? ¿Verdad que obrando así nuestra seguridad se reafirmaría grandemente?”, KESSEL, J., *Alcohólicos Anónimos*, Barcelona, Ediciones G.P., 1969, p. 103.

81. “Tanto la justicia tradicional como la justicia restaurativa tienen sus ventajas y sus desventajas; es posible que los métodos reformativos tengan menos efectos colaterales. La única forma de saberlo es probando. La idea no consiste en una repentina inversión del sistema, sino en realizar un cambio gradual de dirección. La reparación como única

la segunda se sostiene que la diversidad de hechos ilícitos existentes y de personas involucradas exige también una diversificación de respuestas más imaginativas que seguir construyendo prisiones y endureciendo penas.⁸² En esta segunda reflexión se insta a atacar el problema con una contundencia mucho mayor y ella está mucho más en concordancia con una postura que, tal como la de Herman Bianchi, clama por un cambio radical de paradigma.

Si bien el gradualismo permite evaluar la eficacia del cambio a medida que se introduce, no todos los pioneros de movimientos innovadores lo valoran. Por ejemplo, la autora y activista canadiense Ruth Morris resalta una experiencia fracasada en sus intentos de propulsar cambios paulatinos y cree que si un nuevo paradigma pretende cambios de fondo, los límites de su aplicabilidad y la forma de su implementación deben superar los tímidos avances que se han visto hasta ahora.⁸³

De todos modos, hasta podría anticiparse que si un nuevo sistema basado en generalizar las penas alternativas al encierro obtuviera consenso social y hubiera voluntad política para aplicarlo –lo cual no parece hoy probable– excesivas dilaciones en su implementación podrían condenarlo al

sanción podría ser introducida para los casos menores y, si es bien receptada, luego extenderse a los casos más graves. Este proceso no iría más allá de lo que fuera admisible para el público en general y para las propias víctimas y defensores”. HIGHTON, E. I.; ÁLVAREZ, G. S.; GREGORIO, C. G., *Resolución alternativa de conflictos y Sistema Penal. La Mediación Penal y los programas víctima-victimario*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998, p. 91.

82. “Frente a la diversidad de delitos existentes, con muy poco en común, excepto el hecho de estar (casi) todos en un mismo Código, con la diversidad de personas involucradas, parece posible reclamar una diversificación de respuestas más imaginativas que la construcción de nuevas cárceles o la maximización de penas que luego no se aplican”. *Ibíd.*

83. Según ella, la idea del gradualismo la sedujo inicialmente. Siendo la Justicia Restaurativa (o *Transformativa*, como a ella le gusta denominarla) una facilitación de excarcelaciones, su plan de trabajo en el *Comité Quákero de Celdas y Justicia*, era integrar a sucesivos grupos a su comunidad antes de comenzar programas de excarcelación. Primero se trabajaría sucesivamente con jóvenes, enfermos mentales, alcohólicos, drogadictos, ofensores no violentos, ofensores violentos accidentales puntuales y así siguiendo hasta que no quedara nadie en prisión. Es decir, se debía llegar a la abolición carcelaria paso a paso, pulgada a pulgada. Pero poco a poco advirtió que esos avances graduales traían más rechazo que adhesiones y se encontró con “aguas oceánicas del sistema de revancha” que volvieron sus esfuerzos inútiles si no contraproducentes. A partir de esas experiencias, rechazó toda idea de gradualismo. MORRIS, R., *Abolición penal. Una elección práctica desde la justicia Transformativa*, Santa Fe, Centro de Publicaciones UNL, 2000, pp. 119 a 121.

olvido y mantener, así, el *status quo* que descansa sobre el paradigma punitivo y el encierro.

X) Conclusión

De todo este análisis, apoyado en la escueta investigación realizada,⁸⁴ se desprende que no es tanto el temor al peligro ni el temor a la impunidad lo que promueve el rechazo o, al menos, las resistencias a prescindir de las prisiones.

Es, más bien, el concepto de que una persona que ha delinuido –y mucho más si su delito es grave o aberrante– no puede estar circulando entre nosotros. Por una parte, porque las víctimas de delitos con daño irreversible sólo pueden satisfacerse con una pena que aisle y estigmatice al autor de dicho daño. Por otra parte, porque el “club” de los *law-abiding* –los que cumplen con la Ley– no puede ni quiere ni debe readmitir nunca a dichas personas.

Sería muy útil continuar con la investigación iniciada –ampliando y aleatorizando más la muestra y readaptando los cuestionarios– para evaluar el alcance y la firmeza que pudieran tener estas objeciones, tanto entre especialistas y operadores del sistema penal actual como de la población en general.

De todos modos, abogar hoy por la reconversión de la pena privativa de libertad provoca no sólo rechazos entre sus sostenedores sino escepticismo entre sus críticos. Al respecto, es ilustrativa la reflexión comparativa que introduce el penalista argentino Matías Bailone,⁸⁵ tomando como modelo la historia mitológica de Casandra, hija de Príamo de Troya, quien en repetidas ocasiones anunció la destrucción de la ciudad. Nadie le creyó. ¿Por qué? Porque años atrás, Casandra, pretendida por Apolo, en un acto de galantería recibió de éste el don de la *clarividencia* pero, luego, ante su rechazo al pretendiente, le fue quitado el don de la *persuasión*. De este modo, vivió condenada a que sus vaticinios no fueran creídos o tomados en serio. Quienes anticipan hoy la debacle del Sistema Penal, abogan por suprimir la pena privativa de libertad y auguran un cambio basado en políticas no punitivas o punitivas diferentes, sufren el mismo desdén que la pobre

84. DEYM, op. cit., Anexo II.

85. BAILONE, M., “El liberalismo penal: cómo procurarse buenos precursores”, en REYNA ALFARO, L. M. (coord.), *Derecho penal y Modernidad*, Lima, ARA, 2010, pp. 37 a 48, p. 39.

Cassandra, maldecida por su amante. Vaticinan que “el caballo de madera tiene soldados dentro, que luego destruirán Troya, pero nadie escucha sus oráculos porque mediáticamente es más atractivo el discurso vindicativo de nulo contenido racional que el republicanismo garantista de nuestra Constitución Nacional”,⁸⁶ aunque cada día sea más obvio que sus resultados son contraproducentes.

Con el mismo problema de Cassandra, es probable que la idea de implementar la *Prisión Virtual Restaurativa* –o una variante similar– no tenga éxito, al menos inmediato, pero cabe esperar que sirva para estimular una mirada diferente, más cercana a lo paradójal y a lo drástico, sobre el problema que por ahora podrá permanecer irresuelto, pero, quizás, más atendido.

Si no se puede persuadir, al menos puede intentarse hacer pensar.

Pero, además, aun con todas estas trabas y encarando todos estos prejuicios, el auge de la delincuencia indica que ni los académicos, ni los juristas ni los políticos deben bajar los brazos ni rendirse ante la adversidad. Más bien, encontrar y establecer penas alternativas suficientemente severas para lograr la disuasión de delinquir, así como la toma de recaudos para que el control de las personas extramuros sea eficaz, debe tomarse como el gran desafío que enfrenta el Sistema Penal en los umbrales del siglo XXI.

Bibliografía

- ANITUA, G. I., *Historias de los pensamientos criminológicos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005.
- ALEXANDER, F.; FRENCH, T. M. et al., *Psychoanalytic Therapy: Principles and Application*, New York, Ronald Press, 1946.
- BAILONE, M., “El liberalismo penal: cómo procurarse buenos precursores”, en REYNA ALFARO, L. M. (coord.), *Derecho Penal y Modernidad*, Lima, ARA, 2010, pp. 37 a 48.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, L.; FERRÉ OLIVÉ, I.; ARROYO ZAPATERO, J. C. et al., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, Praxis, 1996.
- BERISTAIN, A., “Sanciones repersonalizadoras en los derechos penales de mañana. Alternativas sustitutivas de castigo”, en *Universitas* N°64, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, jun. 1983, pp. 65 a 90.

86. *Ibid.*

- BERISTAIN, A. y NEUMAN, E., *Criminología y dignidad humana. Diálogos*, Buenos Aires, Universidad, 4ª edición, 2004.
- BOVINO, A., “La víctima como preocupación del abolicionismo penal”, en MAIER, J. B. J. (comp.), *De los delitos y de las víctimas*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1992, pp. 261 a 279.
- BUENO ARÚS, F., “La dimensión jurídica de la pena de prisión”, en *Doctrina Penal* N°40, Buenos Aires, Depalma, 1987, pp. 651-674.
- CARNELUTTI, F., *Las Miserias Del Proceso Penal*, Buenos Aires, EJEJA (Ediciones Jurídica. Europa-América), 1959.
- CHESTERTON, G. K., *El hombre común*, Buenos Aires, Heroica, 1958.
- CHRISTIE, NILS, *Una sensata cantidad de delito*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004.
- COHEN, S., *Visiones de control Social*, Barcelona, PPU, 1988.
- DEYM, J., “Crisis de la pena privativa de libertad” (Tesis Doctoral en Psicología Social - Universidad Argentina John F. Kennedy), 2011, es.scribd.com/doc/79580462 “Cuerpo Central” y es.scribd.com/doc/79633362 “Anexos”.
- DURKHEIM, É., *La división del trabajo social*, México, Colofón, 2ª edición, 1993.
- FOUCAULT, M., “La verdad y las formas jurídicas, 4ª conferencia”, en FOUCAULT, M., *Estrategias de poder*, Barcelona, Paidós, 1999, pp. 221 a 239.
- FOUCAULT, M., *La vida de los hombres infames*, Madrid, La Piqueta, 1990.
- FOUCAULT, M., *Microfísica del poder*, Madrid, Siglo XXI, 3ª edición, 1991.
- FOUCAULT, M., *Vigilar y castigar. El nacimiento de la prisión*, Madrid, Siglo XXI, 26ª edición, 1997.
- GOFFMAN, E., *Estigma: La identidad deteriorada*, Buenos Aires, Amorrortu, 5ª reimpresión, 1993.
- GOFFMAN, E., *Internados: Ensayo sobre la situación social de los enfermos mentales*, Buenos Aires, Amorrortu, 1ª edición, 6ª reimpresión, 1998.
- GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., “Medidas de seguridad bajo régimen de control electrónico”, en *Revista de Derecho Penal*, Vol. 2009-I, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2009, pp. 287 a 322.
- HIGHTON, ELENA I.; ÁLVAREZ, GLADYS S.; GREGORIO, CARLOS G., *Resolución alternativa de conflictos y Sistema Penal. La Mediación Penal y los programas víctima-victimario*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998.
- HUGO, V., *Los Miserables* (Libro segundo: “La caída”, Cap XII: “El obispo trabaja”), Buenos Aires, Losada, 2005.

- HULSMAN, L., "El enfoque abolicionista: políticas criminales alternativas", en RODENAS, A., FONT, E. A. Y SAGARDUY, R. (dir.), *Criminología crítica y control social*, Vol. I: *El poder punitivo del Estado* Rosario (Argentina), Juris, 2000, pp. 73 a 102.
- KENT, J., "Pulseras electrónicas. Los componentes de un inesquívale debate", en *La Ley. Actualidad*, Año LXXII N° 156, Buenos Aires, La Ley, 2008, pp. 1 a 2.
- KESSEL, J., *Alcohólicos Anónimos*, Barcelona, Ediciones G.P., 1969.
- LARRAURI, E., "Control del delito y castigo en Estados Unidos", en HIRSCH, A. VON, *Censurar y castigar*, Madrid, Trotta, 1998, pp. 11 a 17.
- LARRAURI, E., "La reparación", en CID MOLINÉ, J. y LARRAURI, E. (coord.), *Penas alternativas a la prisión*, Barcelona, Bosch, 1997.
- LARRAURI, E., "Las paradojas de importar alternativas a la cárcel en el Derecho Penal español", en *Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XLIV - fascículo I, enero-abril 1991, Buenos Aires, Ministerio de Justicia, 1991, pp. 45 a 63.
- LARRAURI, E., *La herencia de la Criminología Crítica*, México, Siglo XXI, 2ª edición, 1992.
- MORE, T., *Utopía*, Buenos Aires, Sopena, 2ª edición, 1944 (original: *Utopia*, 1536).
- MORRIS, N., "Alternativas de las penas: fracasos y perspectivas", en *Doctrina y Acción Postpenitenciaria*, Año 2, N°3, Buenos Aires, Patronato de Liberados, 1988, pp. 59 a 76.
- MORRIS, R., *Abolición penal. Una elección práctica desde la justicia Transformativa*, Santa Fe, Centro de Publicaciones UNL, 2000.
- NARDONE, G., *El arte del cambio*, Barcelona, Herder, 1992.
- NEUMAN, E., "Criminología y reforma carcelaria", en Neuman, E. (dir.), *Problemas actuales de la Criminología Argentina. Volumen N° 1*, Buenos Aires, Pannedille, 1970, pp. 139 a 163.
- NIÑO, L. F., *Estudios penales*, Buenos Aires, Fabián J. Di Plácido, 2007.
- ROXIN, C., "Pena y reparación", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LII, Madrid, Ministerio de Justicia e Interior, 1999, pp. 5 a 15.
- SCHAEERER, S., "Hacia el abolicionismo", en COHEN, S. (dir.), *Abolicionismo Penal*, Buenos Aires, Ediar, 1989, pp. 15 a 34.
- SCHUMANN, K. F., "Una sociedad sin prisiones", en *Doctrina Penal*, año 14, enero-junio 1991, N° 53/54, Buenos Aires, Depalma, 1991, pp. 109 a 128.

- TORO, M. C., “La prisión y sus penas. Prisión abierta: un límite humanista”, en SCHÜNEMANN, B. (comp.), *Cuestiones actuales del sistema Penal. Crisis y desafíos* Lima, Ara, 2008, pp. 433 a 453.
- VIDAL, G.; ALARCÓN, R.; LOLAS STEPKE, F., *Enciclopedia Interamericana de Psiquiatría III (Macropedia)*, Buenos Aires, Panamericana, 1995.
- WATZLAWICK, P.; WEAKLAND, J.; FISCH, R., *Cambio. Formación y solución de los problemas humanos*, Barcelona, Herder, 3ra. edición, 1982.
- YUNUS, M., *Hacia un mundo sin pobreza*, Madrid, Complutense, 1998.
- ZAFFARONI, E. R., revistappp.com.ar/phpbb/viewtopic.php?t=243 “La cárcel”, marzo 2008.
- ZEIG, J., *Un seminario didáctico con Milton H. Erickson*, Buenos Aires, Amorrortu, 1985.

El “Ciclo de Guilgamesh” y las primeras ideas sobre los límites al poder legítimo

*Ricardo Rabinovich-Berkman**

“Alik mahri tappaa ushezeb
shá tuúdu iduú ibirshú liissur”
 (“Quien va primero, salva a su camarada,
quien conoce el camino cuida a su amigo”)

Epopéya de Guilgamesh, Tablilla III

Resumen

En este trabajo se aborda la cuestión de los límites al poder legítimo, desde la óptica de la historia del pensamiento jurídico-político, en el contexto de la cultura sumerio-acadia, a través de un análisis de las fuentes literarias subsistentes, principalmente las que integran el llamado “ciclo de Guilgamesh”.

Palabras clave: Sumeria - Acadia - Guilgamesh - Uruk - Enkidu - Mesopotamia - Shamash - Enlil - Humbaba - monarquía - poder - límites.

* Abogado y Doctor (UBA), Profesor Titular de Historia del Derecho, Facultad de Derecho (UBA) y de Principios Generales del Derecho Latinoamericano (CBC, UBA); Profesor Adjunto de Elementos de Derecho Civil, Facultad de Derecho (UBA). Profesor de grado y posgrado en otras universidades argentinas y extranjeras. Autor de libros, capítulos, artículos y ponencias en temas de su especialidad. Director de la Modalidad Intensiva del Doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires desde 2008.

Abstract

This paper studies the question of limits to legitimate power from the perspective of the history of legal and political thought, in the context of Sumer-Acadian culture, through an analysis of the subsisting literary sources, principally those which integrate the so called "Gilgamesh cycle".

Keywords: Sumer - Acadia - Gilgamesh - Uruk - Enkidu - Mesopotamia - Shamash - Enlil - Humbaba - monarchy - power - limits

1. Contexto

¿Existen límites para quien ejerce un poder político legítimo? ¿Hay conductas que *no debe* hacer, aunque tenga la fuerza necesaria para llevarlas adelante? Y, si existen esas limitaciones, ¿de dónde surgen? ¿A quién o quiénes cabe explicitarlas? Desde épocas remotas, sabemos que el ser humano se ha planteado estas preguntas. Porque la gente *realmente* sufría, y tristemente sigue sufriendo, no pocas veces, a manos de los poderosos, incluso de aquellos que han llegado a esa potestad por vías que su comunidad acepta como legítimas. La historia de los derechos humanos está escrita con sangre.

Ya hace 4.000 años la humanidad respondió: "¡sí, hay límites!". Sostuvo que los que gobiernan, los que juzgan, los que tienen poder sobre otros congéneres, están limitados por factores que no son humanos. Esa creencia registra su expresión más antigua en la región que los griegos llamaron Mesopotamia ("sitio en medio de ríos"): los valles del Éufrates y del Tigris (actual Irak). Allí, sobre el 2500 a.C., florecía la cultura sumerio-acadia, formada por la progresiva integración de dos grupos étnicos: los sumerios (que hablaban un idioma cuyos vínculos con otros no se han hallado) y los acadios (que tenían un lenguaje de la familia "semítica", como el arameo, el hebreo, el fenicio y el árabe).

Era una civilización urbana, con ciudades en que llegaban a vivir algunas decenas de miles de personas. Eran autónomas, gobernadas por un tipo de jefes. Las tres palabras sumerias son "*lugal*" –literalmente "hombre (*lu*) grande (*gal*)"–, "*en*" y "*ensi*". Las dos últimas aparecen como sinónimos.

Todas denotan un poder fuerte, ejercido por un hombre solo. Por lo tanto, suelen traducirse como “rey”, y así lo haremos nosotros¹.

Una de esas ciudades era Uruk (Unug en sumerio, Orjón en griego). Al parecer, tuvo un rey, entre el 2700 y el 2500 a.C., cuyo nombre efectivamente figura en los registros de monarcas que se han encontrado, llamado Guilgamesh, Bilgames o Guish. Luego sería recordado como un semidiós, hijo de un *lugal* (y padre de otro) y de la divinidad Ninsun. “Toro salvaje de Lugal-banda [su padre], Guilgamesh, perfecto en fuerza, que mamó de la sagrada Vaca Salvaje, la diosa Ninsun”, dice de él la *Epopéya* que veremos después (I, 35-36). Pero su comportamiento y características, en la literatura a él referida, son siempre humanas, lo que resulta muy importante para nuestro análisis. Además, y ello también es esencial para nosotros, a pesar de ser “dos tercios de él dios y un tercio humano” (I, 48), en los relatos es siempre mortal (y esa mortalidad lo obsesiona).

La obra de la que hemos citado algunos versos es una de las composiciones literarias más antiguas que se conservan en el mundo. Se la suele denominar *Epopéya de Guilgamesh* o *Cantar de Guilgamesh*. En realidad, estas piezas carecían de un nombre, en el sentido actual, y técnicamente se las llama a menudo por sus primeras palabras. Así, una antigua versión acadia (babilónica) es conocida como *Superior a todos los reyes (Shutur eli sharrî)*² y otra, que es la que emplearemos predominantemente aquí, comienza con la frase “Aquel que vio la profundidad” (*Sha nakba imuru*)³.

La *Epopéya* está dedicada a narrar, como hilo conductor, las peripecias de Guilgamesh. Su composición fue el resultado de un larguísimo proceso de varios siglos. Estaba ya concretada, al parecer, en los primeros siglos del segundo milenio antes de Cristo. Sin embargo, a comienzos de ese milenio ya existirían unos poemas de tema parcialmente coincidente, seguramente

1. Podría ser que el que recibiera el título de “*en*” o “*ensi*” ejerciera un poder interno en la ciudad, mientras que la potestad del “*lugal*” fuese externa (guerras, comercio). O bien que el mando del “*en*” concerniese a cuestiones religiosas, y el del “*lugal*” a las laicas (¿las habría?). O el “*en*” poseía una autoridad limitada a una ciudad, en tanto el la del “*lugal*” se extendía a varias (por conquista o confederación). El tema permanece oscuro (Hansen, 2002, pp. 34-35).

2. “*Sharru*” o simplemente “*shar*” es el título de un monarca en lengua acadia.

3. *The Epic...*, 1999 (traducción al inglés de Andrew George).

fomentados por la dinastía gobernante en Uruk, que se aducía descendiente del héroe⁴. Esos poemas, que emplearemos como complemento del texto de la *Epopéya*, integran junto con ésta el conjunto que podemos denominar “Ciclo de Guilgamesh”.

2. Los excesos del gobernante legítimo sobre su pueblo

Lo que nos hace interesante el relato es que Guilgamesh no era un buen rey: “A los jóvenes de Uruk, molesta sin cesar, Guilgamesh no deja a ningún hijo ir libremente a su padre. De día y de noche su tiranía se hace más dura” (I, 67-69).

Pero “él es el pastor del redil de Uruk”⁵. Por medio de esta imagen metafórica [“*sipa*”, “pastor”], tan común en el Oriente Medio, tierra pastoril por excelencia (el rey como pastor, la ciudad como redil, el pueblo como rebaño), y que tanto éxito estaba llevada a tener (especialmente a través del imaginario cristiano), se introduce el contraste entre el ser (malo) y el deber ser deseable.

En el I, 76-77 de la *Epopéya* (el número romano indica la tableta de arcilla), al acoso a los jovencitos, al parecer por obligarlos a seguirlo en permanentes prácticas militares o deportivas, o quizás por imponerles tareas pesadas de construcción (Guilgamesh sería recordado como un gran constructor de templos y murallas), se suma algo que semeja una especie de *ius primae noctis* (descrito con detalle más adelante en la *Epopéya*): “No deja ninguna niña ir libremente ... La hija del guerrero, la novia del hombre joven” (marco con puntos suspensivos sin corchetes los espacios rotos del texto original).

Todo indica que los habitantes de Uruk (las ovejas del redil) claman a los dioses, en los versos I, 80-92, donde estos temas se reiteran (tales repeticiones son características de las obras épicas antiguas, y suelen obedecer a su forma oral original): “Habéis criado un toro salvaje en el redil

4. George, Andrew, introducción a *The Epic...*, 1999, *passim*.

5. La expresión “Unug su-pu-ru” (“el redil [refugio para las ovejas] de Uruk”) aparece como una unidad, significando algo así como “el pueblo de Uruk” (ver transliteración, por ejemplo, en www.soas.ac.uk/nme/research/gilgamesh/standard/). Para destacar esto, George traduce “*Uruk-the-Sheepfold*”, con guiones entre las palabras y “S” mayúscula.

de Uruk, no tiene igual al blandir sus armas. A sus compañeros los tiene en pie con sus desafíos [texto incierto], ... acosa sin límite, Guilgamesh no deja a ningún hijo ir libremente a su padre, de día y de noche ... más duro. Pero aún así es el pastor del redil de Uruk, Guilgamesh, ... Aunque es su pastor y poderoso, preeminente, sabio ... Guilgamesh no deja a ninguna niña ir libre ... La hija del guerrero, la novia del hombre joven: a su queja el dios [Anu] dio atención”.

El *ius primae noctis* parece ser lamentado más desde la óptica masculina (del padre, del novio) que desde la visión de la mujer. Surge también del texto una idea de jerarquía social (el guerrero aparece por encima de los demás hombres), dando a entender que tal diferencia incide en la consideración de la gravedad de la afrenta.

Empero, de lo que no caben dudas es de que la conducta del rey es descripta en términos negativos. La imagen es elocuente: en medio del redil, los dioses han criado un toro salvaje, que molesta y daña a las ovejas. Y ese animal peligroso, justamente, es el encargado de pastorear el rebaño.

3. La responsabilidad de los dioses: creación de Enkidu

Los dioses, indirectamente acusados de ser responsables, dan crédito al lamento. Ello expresa una cosmovisión: la divinidad actúa como un parámetro de lo que es correcto, según que lo acepte o no, y en qué grados. Si los dioses hubieran tolerado el comportamiento de Guilgamesh, sin prestar oídos al “rebaño” de Uruk, el mensaje con relación al ejercicio del poder legítimo hubiese sido completamente diferente.

Queda claro que los que han “criado un toro salvaje en el redil de Uruk” son las divinidades. De ellas deriva la autoridad del rey. Sin su voluntad, ese poder no existiría. De esa responsabilidad, aparentemente, emana el deber de tomar medidas frente a la queja de los perjudicados, para corregir los excesos del gobernante legítimo. Los dioses se sienten culpables, y por ello han de dar una respuesta al conflicto.

“Llamaron a Aruru, la grande: Tú, Aruru, creaste ... ¡Ahora moldea lo que ha pensado Anu! Que sea un cotejo para la tormenta de su corazón [texto incierto] ¡Que compitan entre ellos, para que Uruk descanse!” Y la divinidad creadora Aruru da cuerpo a la idea del gran dios Anu. Con un trozo de arcilla, moldea a Enkidu, un joven salvaje de fortaleza y arrogancia equiparables a las de Guilgamesh. A través de un proceso

de socialización, cuyo protagonista esencial es una mujer, Shamhat, una sacerdotisa-prostituta, deliberadamente enviada al efecto, Enkidu es introducido en la civilización⁶.

Enkidu pasa a vivir con pastores en las afueras de Uruk. Allí se entera, a través de un hombre que va camino de un banquete nupcial, del *ius primae noctis* que ejerce Guilgamesh: "Él va a copular con la recién casada, él primero, el novio después. Por consenso divino así está ordenado: cuando se cortó su cordón umbilical, para él fue destinada" (*Manuscrito de Pensilvania*, 159-162). "Ante las palabras del hombre, su cara se puso pálida de ira" (166). Se lanza a Uruk, seguido por Shamhat. Todo está preparado para la unión de Guilgamesh con la novia, pero Enkidu se le planta en el camino y le impide pasar. Sobreviene un espacio oscuro en los textos que se conservan de la *Epopéya*. Todo indica que ambos se trenzan en feroz combate, pero finalmente Enkidu reconoce la superioridad de su rival, y ambos se hacen amigos.

Se inicia así una camaradería estrecha entre ambos gigantes.

6. Es muy interesante el rol socializador, humanizante, que cumple el sexo en este párrafo, que podría considerarse el primer texto pornográfico de la historia. Shamhat se ofrece a Enkidu y, tras que "por seis días y siete noches, Enkidu estuvo erecto, copulando con Shamhat" (I, 193-194), "Enkidu estaba debilitado, no podía correr como antes, pero ahora tenía raciocinio [traducción incierta] y amplio entendimiento" (I, 201-202). Por su lado, Shamhat se inscribe en la larga lista de prostitutas o mujeres de abierta actividad sexual que operan como vanguardia intelectual de su género (aunque a menudo sin reconocimiento social, o incluso con rechazo general o desprecio): Enkidu "volvió y se sentó a los pies de la prostituta, mirando a la prostituta, observando su rostro. Entonces prestó atención a las palabras de la prostituta. Le habló a él, a Enkidu: Eres hermoso, Enkidu, eres como un dios. ¿Por qué vagas como salvaje con las bestias? Ven, te llevaré al redil Uruk, al templo sagrado, hogar de Anu y de Ishtar, donde Guilgamesh es perfecto en fuerza, como un toro salvaje gobernando sobre el pueblo" (I, 203-212). Nótese cómo se repite la referencia a la prostituta (de hecho, el propio nombre de ella, "Shamhat", significa "prostituta", como en el verso III, 42, donde "*shamhatum*" es "prostitutas"). De esa manera, la prostituta-sacerdotisa, a través del sexo, transforma a un salvaje en un ser civilizado. En el manuscrito de Pensilvania (70-71), además, "ella se desvistió y lo vistió a él con parte de su ropa, la otra parte se la puso ella" y luego le enseña a comer y beber las cosas que come y bebe un hombre civilizado: "Come el pan, esencial para la vida, bebe la cerveza, regalo de la tierra" (96-97). Es bien sabido el valor "civilizador" que conlleva el acto de vestir ropas y comer alimentos elaborados.

4. El episodio de Humbaba

Guilgamesh y Enkidu, deseosos de conseguir gloria, resuelven marcharse a un largo viaje (recuérdese lo que hemos anotado sobre las posibles funciones externas a la ciudad del *lugal*)⁷ al Bosque de Cedros (actual Líbano). Allí vive Humbaba o Huwawa, otro héroe terrible. “Su discurso es fuego, su aliento es muerte, puede oír el murmullo del bosque a sesenta leguas de distancia” (II, 222-223). El dios Enlil lo ha hecho guardián del bosque, y los dos guerreros procurarán vencerlo⁸.

Guilgamesh informa a los ancianos de Uruk (y en una versión también a los jóvenes) del proyecto. Aconsejados por Enkidu, tratan de disuadirlo, sin éxito (¿estarían realmente interesados en retenerlo?). Tras obtener la bendición de la reina madre, la diosa Ninsun, parten⁹. Ella los encomienda a Shamash, el dios solar, de origen acadio, que desde muy antiguo aparece vinculado con la preservación del orden jurídico.

Los dos héroes combaten con Humbaba (Tableta V). La lucha parece incierta. Se hace necesaria la ayuda de Shamash, que con sus vientos ciega a Humbaba. Éste cae derrotado¹⁰. Entonces, elogiando a Guilgamesh, inicia un alegato pidiendo por su vida, cuyo texto, aunque presenta lagunas, es claro en su sentido: “Guilgamesh, un hombre muerto no puede... vivo para su señor... Salva mi vida, Guilgamesh... permíteme vivir aquí para ti... tantos árboles como ordenes... te guardaré mirtos... maderas que serán el orgullo de tu palacio” (V, 149-155).

7. Guilgamesh es claramente descrito como *lugal* en los versos III, 11-12, V, 148, etc.

8. Huwawa, a pesar de todas sus características monstruosas, es un ser humano. El verso II, 276 se refiere a él, en efecto, con la palabra “*amelu*”, que quiere decir “hombre”. Esto es fundamental para interpretar el episodio.

9. La importancia dada a Ninsun, “inteligente y sabia, bien versada en todo” (III, 17), es otra evidencia del rol de algunas mujeres (y su relevante función sacerdotal) en esta sociedad.

10. El tema de los últimos momentos de Humbaba fue adoptado para varios sellos rotativos de los que empleaban los mesopotámicos para “firmar” documentos. En general, aparece de rodillas, desarmado, rodeado por sus dos vencedores, que esgrimen espadas o hachas, y se disponen a matarlo.

Enkidu, al que Humbaba ha acusado, antes del combate, de haberlo traicionado, urge a Gilgamesh: "No escuches... las palabras de Humbaba... sus súplicas" (V, 157-158). De modo que el vencido ahora se dirige a él: "Tú tienes experiencia en las costumbres de mi bosque ... también conoces todas las artes del discurso. Debí haberte agarrado y colgado de un árbol en la entrada del bosque, debí haber alimentado con tu carne al buitre y al águila. Ahora, Enkidu, mi liberación está en ti: ¡dile a Gilgamesh que salve mi vida!" (V, 175-180).

Sin inmutarse, Enkidu dice a Gilgamesh: "Amigo mío, a Humbaba, que guarda el bosque, ¡mátalo, térmalo, acaba con su poder!". Repite esta fórmula, reforzándola, y advierte, misteriosamente: "Antes de que Enlil, el predominante, escuche lo que hacemos". Y agrega, en este sentido: "Los dioses se pondrán contra nosotros, enojados, Enlil en Nippur, Shamash". Termina conminándolo a dejar para siempre establecida su fama como matador del feroz Humbaba (V, 183-189).

El guardián del bosque ruega otra vez a Enkidu para que salve su vida. En vano, porque el héroe reitera su consejo a Gilgamesh, incluyendo de nuevo la advertencia acerca de la reacción de los dioses (V, 236-245). Humbaba los maldice: "¡Que ninguno de ambos llegue a viejo, y que nadie entierre a Enkidu, salvo Gilgamesh, su amigo!" (V, 256/257). "¡Amigo mío, te hablo y no me escuchas!", clama entonces Enkidu a Gilgamesh (V, 259). Y matan a Humbaba.

5. Análisis del episodio de Humbaba

Dos aspectos de este episodio resultan relevantes para nuestro estudio: a) Los alegatos de Humbaba en defensa de su vida, primeras exposiciones en pro de un prisionero de guerra que tenemos; b) la posición de los dioses frente a la muerte de Humbaba, desarmado y sometido a la voluntad de sus captores. Veamos brevemente cada uno de ellos:

a) El alegato de Humbaba, en todas las versiones, exhibe dos aspectos muy interesantes: i) las características de su fundamentación en sí mismas; ii) el hecho de que, al pedir por su vida, deja establecido que, de ser perdonado, pasará a tener a Gilgamesh, como amo y señor. Vamos a ambos factores:

a.i) La forma como aparece el discurso del vencido es notable. En el poema sumerio conocido como *Bilgames y Huwawa*¹¹, por ejemplo, “las lágrimas llegan a los ojos de Humbaba y está pálido”. Entonces, implora: “Guilgamesh, déjame hablar. Jamás conocí una madre, no, ni a un padre que me criase; nací de la montaña, ella me crió”¹². Este verdadero y sintético alegato de las raíces sociológicas de las conductas, antecede al pedido: “¡Déjame ir, Guilgamesh, y seré tu siervo; tú serás mi señor!”, del que nos ocuparemos luego¹³. Dicho esto, Humbaba “tomó la mano de Guilgamesh, se postró a sus pies. El buen corazón de Guilgamesh [!] tuvo pena de él”. Entonces, el rey dice a su compañero (en otras traducciones, este texto es colocado en labios del propio Humbaba): “Enkidu, ¡que el pájaro cautivo pueda volar al nido! ¡Que el hombre capturado pueda retornar a los brazos de su madre!”.

Sandars, al traducir el mismo poema¹⁴, prefiere colocar esta súplica, primer verdadero alegato en defensa de los derechos humanos que se conoce en la historia, como una pregunta retórica, formulada por Humbaba a Enkidu, y no como una exclamación de Guilgamesh. Esa alternativa gana en fuerza. Carezco de elementos como para tomar partido entre estas posiciones. Todas ellas son, desde el punto de vista de nuestro estudio, igualmente ricas, porque muestran la presencia de estas ideas en la cultura sumerio-acadia.

En la versión del poema en que el alegato es pronunciado por Guilgamesh, Enkidu le contesta, no sin ironía: “¡Vamos, héroe de cetro y gran poder, gloria de los dioses, toro furioso pronto para el combate! ¡Joven rey Guilgamesh, reverenciado en Uruk, tu madre supo bien cómo parir hijos, tu ama de leche supo bien cómo amamantar niños! Alguien tan enaltecido, carece sin embargo de juicio: será devorado por el destino, sin siquiera entender ese destino. ¿Qué idea es esa de que el pájaro cautivo deba volar al nido

11. V. *The Epic*, 1999, p. 159.

12. Coincidente, otro poema sumerio le hace decir: “La madre que me parió fue una cueva en las montañas, el padre que me crió fue una cueva en las tierras altas” (*Ídem*, p. 166).

13. En otra traducción, Humbaba dirige ese alegato sociológico al dios solar Utu, equivalente sumerio del acadio Shamash: “Huwawa se sentó y comenzó a llorar, derramar lágrimas. Imploró a Guilgamesh: ¡Quiero hablar ante el dios Utu! ¡Utu, yo jamás conocí una madre que me pariese, ni un padre que me criase! ¡Nací en las montañas, fuiste tú quien me crió!” (www.ancienttexts.org/library/mesopotamian/gilgamesh/tab5.htm).

14. *The Epic*, 1988.

o el hombre capturado deba retornar a los brazos de su madre? ¡Entonces tú mismo jamás regresarás a la ciudad de la madre que te parió! ¡Un guerrero capturado ser liberado!"¹⁵. Humbaba le responde: "Enkidu, le dices palabras tan hostiles contra mí. ¡Tú, que eres su siervo! ¡Tú, que lo sigues! ¿Por qué hablas palabras de tanto odio contra mí?". Pero, "mientras Huwawa así le hablaba, Enkidu, lleno de ira, le cortó la garganta. Pusieron la cabeza en una bolsa de cuero".

a.ii) "¡Déjame ir, Gilgamesh: yo seré tu siervo; tú serás mi señor!", implora Humbaba, según Sandars. En todas las versiones, es coincidente este elemento: el cautivo de guerra, si su vida es perdonada, se transforma en esclavo de su vencedor.

En la traducción de Kovacs (que complementa la *Epopéya* con el poema), Humbaba, llorando, al verse derrotado, ofrece expresamente su esclavitud: "Gilgamesh, déjame vivir. Voy a vivir contigo como siervo. Todos los árboles que me mandes cortar para ti, los cortaré. ¡Te traeré madera buena, como para hacerte un palacio!"¹⁶. Esta idea aparece bastante en la Antigüedad, a lo largo de un amplio espacio de tiempo, y en diversas culturas. Podría vincularse con la obligatoriedad de las donaciones¹⁷: la vida, como bien más valioso, sería un objeto de don de tanta importancia, que el deber surgido, en contrapartida, en cabeza del beneficiario (receptor), sólo podría cubrirse con una conducta de obediencia perpetua. La "vida obsequiada" sería, sí, de la persona salvada, pero debería dedicarla, en toda oportunidad posible, a hacer mejor la existencia de su salvador.

Más de dos milenios después de la *Epopéya*, el jurista romano Florentino (o Florentino), aparentemente, según un texto recopilado en el *Digesto* de Justiniano (Bizancio, siglo VI), habría visto el origen de la esclavitud de una manera esencialmente coincidente. Dice: "Son llamados así los siervos porque los emperadores¹⁸ acostumbran vender a los cautivos y para eso los

15. En otro poema sumerio coincidente, Enkidu destaca el peligro de aceptar la servidumbre del cautivo: "Confundirá ante ti el camino de la montaña, te hará confuso el desfilarero" (*The Epic*, 1999, p. 166).

16. www.ancienttexts.org/library/mesopotamian/gilgamesh/tab5.htm.

17. Mauss, 1923-1924, *passim*.

18. Es decir, por contexto, los generales victoriosos.

conservan y no los matan” (*Digesto* 1.5.4.2)¹⁹. El juego de palabras se puede entender en español. En latín, “siervo” (los romanos no emplearon la palabra “esclavo”, que es medieval) se decía “*servus*”. Por su parte, salvar o conservar se dice “*servare*”. De modo que, según esta etimología, “siervo” significaría “salvado”. Es decir, “aquel cuya vida ha sido salvada o conservada”. Al parecer, a los compiladores del *Digesto* esta propuesta les resultó convincente. Lo suficiente, al menos, como para colocarla en su monumental obra y en las *Instituciones*. En ese libro oficial de estudio emanado del gobierno de Justiniano se lee: “La servidumbre es una creación del *ius* de gentes, por la que alguien, contra la naturaleza, es sujeto al dominio ajeno. Son llamados así los siervos, pues los generales mandan vender a los cautivos, y con ese fin los conservan y no los matan. Así, se los llama también *mancipios*, porque son capturados con la mano de entre los enemigos” (*Instituciones de Justiniano* 1.3).

Ni las etimologías sugeridas ni la relación histórica entre el origen de la esclavitud y el perdón de las vidas de los vencidos en la guerra poseen base científica suficiente. Más parecen racionalizaciones posteriores de conductas menos lógicas y más pragmáticas. Sin embargo, a nosotros lo que nos interesa no es eso, sino la notable vigencia de esta idea.

b) “Mientras Huwawa así le hablaba, Enkidu, lleno de ira, le cortó la garganta. Pusieron la cabeza en una bolsa de cuero”. Hemos visto cómo, en la antigua versión acadia de la *Epopéya*, que tomamos como base, Enkidu se muestra preocupado por la reacción que tendrán los dioses al enterarse de la ejecución del cautivo. Teme que, si llegasen a conocer la situación antes de concretarse la muerte, la impedirían. De allí su apuro en degollarlo, su apremiante insistencia a Gilgamesh, su refutación inmediata de las alegaciones a favor del perdón del prisionero.

Nos interesa mucho esa posición atribuida a las divinidades, porque trasunta muy posiblemente la cosmovisión de la sociedad en que estas fuentes surgieron y vivieron (aparentemente, con conformidad). Dan la moraleja del relato, el mensaje ideológico destinado a ser transmitido a las generaciones presentes y futuras, formando así las conductas grupales y los paradigmas de juicio crítico de los comportamientos públicos, incluidos, muy

19. Texto tomado de <http://thelatinlibrary.com>, trad. nuestra.

especialmente, los de los poderosos (que, lógicamente, habrán incidido en la plasmación de estos conceptos y en el éxito de sus contenedores, como en el caso de la *Epopéya*).

6. El castigo divino: la muerte de Enkidu

En el poema, Gilgamesh y Enkidu luego "entraron delante de Enlil". Este dios sumerio en otras fuentes (himnos, por ejemplo) aparece vinculado a la vigilancia del cumplimiento de las normas jurídicas y de los contratos, así como de la corrección de las conductas humanas. Su incumbencia se superponía, entonces, en cierta medida, con la de Shamash/Utu. Estas intersecciones son comunes en los politeísmos, así como, *mutatis mutandi*, son corrientes en el catolicismo entre las áreas de reconocida influencia de los santos. Mientras Shamash era asociado con el sol, a Enlil se lo vinculaba con las terribles tormentas del desierto mesopotámico, que constituyen la mayor y más reiterada demostración del poder destructor de la naturaleza en aquella región (recuérdese que la expedición militar conjunta contra Irak, en respuesta a la invasión de Kuwait, se llamó, justamente, "*Desert Storm*"). Era normal en los pueblos antiguos colocar en las manos de sus dioses represores aquellos poderes mortíferos naturales que sus paisajes ofrecen. Así, en el Mediterráneo, región de tormentas eléctricas feroces, las divinidades principales lanzan rayos. En los Andes provocan terremotos.

No queda claro si "entrar delante de Enlil" implica ingresar en un templo dedicado a ese dios. Pero la presencia física de Enlil queda demostrada, porque va a hablar acto seguido (otras versiones agregan a la divinidad sumeria Ninlil): "Después de haber besado el suelo delante de Enlil, dejaron la bolsa de cuero en el suelo, extrajeron la cabeza y la pusieron delante de Enlil. Cuando Enlil vio la cabeza de Huwawa, habló enojado a Gilgamesh: ¿Por qué hicieron eso? ¿Acaso se ordenó que su nombre fuera borrado de la tierra? Él debió haberse sentado delante de ustedes. Debió haber comido el pan que ustedes comían. Debió haber bebido el agua que ustedes bebían. ¡Debió haber sido tratado de la manera correcta!"²⁰.

20. *The Epic*, 1999, p. 160.

Como lo temiera Enkidu, los dioses no están de acuerdo con la actitud de los dos guerreros. Enlil piensa que las súplicas de Humbaba debieron haber sido atendidas, su vida perdonada. Podría haberse transformado en un siervo, vivir de allí en adelante para honrar a Guilgamesh, para atenderlo y obedecerlo. Pero no había motivo para matar al vencido, desarmado, que no representaba ningún peligro. Enlil parece decir: sí, el pájaro capturado debería volar de nuevo al nido, y el hombre cautivo regresar a los brazos de su madre. La ira de las divinidades se ceba en Enkidu. Lanzan sobre él una enfermedad letal. Fallece, dejando a Guilgamesh sumergido en la mayor de las tristezas²¹.

Las deidades no matan a Guilgamesh. Tal vez su entidad monárquica legítima, que no es nunca discutida, lo hiciese merecedor de una protección especial. O quizá fuese perdonado por no haber sido él el verdugo de Humbaba (de hecho, las súplicas del cautivo lo habían llegado a conmovier). No lo sabemos²².

7. Conclusión

Fragmentaria, embrionariamente, estos textos remotos, vinculados entre sí por el protagonismo de Guilgamesh, transmiten la idea de un orden general, universal. Éste ha sido creado, o por lo menos es impuesto y vigilado, por los dioses. Ellos otorgan el poder a los gobernantes legítimos. Ellos dan la victoria a los guerreros (el mundo de Guilgamesh parece ser bastante pacífico: los héroes luchan con seres como Humbaba, pero no contra otras

21. Ante la inminencia de su muerte, decretada por los dioses, Enkidu se lanza a una serie de blasfemias, y maldice a los responsables de su socialización. Brevemente maldice al cazador, pero derrama largas anatemas sobre la prostituta-sacerdotisa Shamhat. El dios Shamash mismo lo reprende, y entonces Enkidu reemplaza su maldición a Shamhat por una bendición (VII, 100-161). De paso, el anatema y la bendición ayudan a comprender la situación de estas mujeres.

22. En un texto hitita, que recoge y traduce George, se relata un sueño de Enkidu, en que éste ve una asamblea de los dioses, donde Enlil pide la muerte de al menos uno de ambos. Shamash intenta defenderlos, aduciendo que, en realidad, el instigador de la ejecución de Humbaba fue el propio Enlil, a quien prácticamente acusa de traidor (*The Epic*, 1999, p. 55).

ciudades o ejércitos, salvo unas mínimas referencias en un poema sumerio a las tribus nómadas amorreas, que atacaban las ciudades).

Responsables por el poder que confieren, los dioses están atentos a las quejas de las personas sometidas a esa potestad. No todo puede hacer el gobernante legítimo. Los límites son difusos: sólo las divinidades pueden juzgar, en cada caso, si han sido traspasados. No queda claro, por ejemplo, si la desfloración de las novias que concreta Gilgamesh, de modo sistemático y con un ritual, entra dentro de esas barreras o no. Quizás las propias deidades estuvieran en duda, y por eso el remedio que aplican es bastante suave, hasta agradable para el rey: la creación de Enkidu.

El tema de Humbaba es diferente. Desde un principio, Enkidu tiene muy claro que están obrando mal. Han vencido al temible guardián del bosque de cedros, pero sólo gracias a la ayuda divina. Ese poder que tienen sobre su cautivo, no es de ellos, lo han ganado merced a los dioses. El derrotado implora por su vida, ofrece transformarse en esclavo de su captor, se humilla. Gilgamesh, que en este episodio presenta un carácter más bondadoso, se conmueve. Va a perdonarle la vida. Enkidu adopta una posición pragmática: aunque sea incorrecto ante los dioses (y él bien sabe que lo es), conviene matarlo. Y lo mata.

El dios encargado de mantener el orden, Enlil, explica luego cómo debieron haber actuado los dos héroes. Lo correcto hubiese sido perdonar la vida del cautivo. Aceptar su ofrecimiento de servidumbre. Incorporarlo, como esclavo, a la propia casa. Preservarlo. No lo han hecho, y ya es tarde. El castigo, esta vez, es implacable: Enkidu no sólo ha de perecer en plena juventud, sino que fallecerá de una manera temida por los guerreros: languidecerá en un lecho de enfermo. No tendrá el honor de caer en combate, dejando así una fama digna de ser cantada (VII, 263-267). El mensaje social es diáfano.

Un himno contemporáneo de estos textos dice: "Enlil, cuyas órdenes llegan muy lejos, [...] Aquel que cumple los decretos de poderío, de señorío, de realeza, / Aquel ante quien los dioses de la tierra se inclinan aterrorizados, / Ante quien se humillan los dioses del cielo [...] El impío, el malvado, el opresor, el delator, / El arrogante, el violador de tratados, Enlil no tolera sus fechorías dentro de la ciudad. La gran red no deja que los perversos y malhechores escapen de sus mallas. [...] El padre Enlil ha establecido su morada en el sublime santuario. ¡Oh, templo, cuyas leyes divinas como el cielo no pueden ser derogadas, / Cuyos ritos sagrados como la tierra no pueden

ser sacudidos, / Cuyas leyes divinas son semejantes a las leyes divinas del abismo: Nadie puede mirarlas”²³.

Estos parámetros no los pueden derogar los hombres, por importantes que sean, ni los dioses mismos. Son lineamientos cósmicos a los que deben adecuarse las normas y las conductas. En este himno, la metáfora pastoril es sustituida por una acuática: la del pescador con su red. Ambas imágenes reaparecerán muchas veces, a lo largo de los siglos. La de la red tendrá una interesante y exitosa vertiente, ideal para la visión crítica: la de la telaraña. Esta imagen, atribuida al escita helenizado Anájarsis (siglo VI a.C.), le habría sido lanzada, según la tradición, por el pensador extranjero al legislador ateniense Solón, cuando éste se hallaba extasiado ante las normas que había creado para su ciudad. “Las leyes son como telas de araña, porque si algo pequeño y débil cae en ella, lo atrapa, pero si cae algo grande y fuerte, quiebra la red y escapa”. Metáfora que, siempre con su sentido de crítica sociológica, fue introducida en la cultura hispánica por el poeta Gómez Manrique, en el siglo XV²⁴. Se la puede encontrar en obras doctrinarias jurídicas españolas posteriores, como la *Política para corregidores* de Bobadilla (en una forma atenuada)²⁵. Y reaparece en tono criollo en el *Martín Fierro*²⁶.

23. Kramer, p. 146 (he retirado las mayúsculas).

24. “Que los Reyes temerosos / no son buenos justicieros, / porque siguen los corderos / y fuyen de los raposos. / La contra deueys fazer, / Príncipe de las Españas, / si quereys resplandecer / y, Señor, no parecer / a la red de las arañas, / que toma los animales / que son flacos y chiquitos, / assi como los mosquitos / y destos vestigios tales; / mas si passa un abejón, / luego, Señor, es ronpida; / assi el flaco varón / mata los que flacos son, / a los fuertes da la vida” (Gómez Manrique, p. 187).

25. “De verse el Teniente desfavorecido del Corregidor, o algo maltratado, pierde el esfuerzo, y el calor con que había de determinar justicia, y acobárdase de tal manera, que es peor que la tela de las arañas, porque aun las moscas no osan prender” (Castillo de Bobadilla, p. 164).

26. “La ley es tela de araña, / En mi inorancia lo esplico, / No la tema el hombre rico, / Nunca la tema el que mande, / Pues la ruempe el bicho grande / Y sólo enrieda a los chicos”, responde magníficamente el Moreno a Martín Fierro, cuando éste le pregunta, en la payada, “lo que entendés por la ley” (6551-6556).

Bibliografía

- Castillo de Bobadilla, [Jerónimo], *Política para corregidores, y señores de vasallos, en tiempos de paz, y de guerra, y para preladados en lo espiritual, y temporal entre legos, Jueces de Comisión, Regidores, Abogados, y otros Oficiales Públicos: y de las Jurisdicciones, Preeminencias, Residencias, y salarios de ellos: y de lo tocante a las Órdenes y Caballeros de ellas*, Madrid, Imprenta Real, 1775.
- Gómez Manrique, *Cancionero*, Madrid, Pérez, 1885.
- Hansen, Mogens Herman (ed.), "The Sumerian city-state. A comparative study of six city-state cultures: an investigation conducted by the Copenhagen Polis Center", en *Historisk-filosofiske Skrifter*, Copenhagen, Reitzels, 2000.
- Hernández, José, *Martín Fierro*, Barcelona, Bruguera, 1984.
- King, Leonard William, *Chronicles Concerning Early Babylonian Kings*, London, Luzac, 1907.
- Kramer, Samuel, *La historia empieza en Súmer*, Barcelona, Aymá, 1974.
- Mauss, Marcel, "Essai sur le don. Forme et raison de l'échange dans les sociétés primitives", en *l'Année Sociologique, seconde série*, 1923-1924.
- The epic of Gilgamesh*, Harmondsworth, Penguin, 1988.
- The Epic of Gilgamesh, The Babylonian Epic Poem and Other Texts in Akkadian and Sumerian*, London, Penguin, 1999.

Regulación, desregulación y re-regulación financiera

*Carlos G. Gerscovich**

Resumen

El artículo muestra los vaivenes que sucesivas políticas económicas impusieron en nuestro país y con ciertos efectos jurídicos que en él se describen. Y también muestra cómo en los últimos tiempos viene imperando el estatismo, con el que se volvió al intervencionismo y las regulaciones, especialmente las más recientes del ámbito financiero: en el mercado de capitales, el Banco Central, e indirectamente sobre los bancos. Se examinan finalmente los resultados de la re-regulación en nuestro país hasta principios de febrero de 2013, en que se concluyó de redactar el presente.

Palabras clave: regular y reglamentar - Intervencionismo estatal - externalidades - Cepo cambiario - Dólar “blue” - Emergencia - Fallas de mercado - Re-regulación - Argentina.

Abstract

This paper describes the swings that successive economic policies have had on our country as well as their legal effects. It also discusses the recent predominance of Statism and a return to interventionism and regulation, particularly in the financial field (capital markets, Central Bank and commercial and investment banks). The article examines the effects of re-regulation in Argentina up until February 2013.

* Profesor Titular Consulto de Derecho Comercial, Facultad de Derecho (UBA).

Keywords: Regulation - State Interventionism - Externalities - Currency Exchange Trap - “Blue” Dollar - Emergency - Market Failure - Re-regulation - Argentina.

1. Introducción

Las cuestiones atinentes a la regulación o la desregulación, e incluso la re-regulación –de moda en los últimos tiempos en algunos países como el nuestro–, constituyen un fenómeno que tiene raíces ideológicas, políticas, filosóficas y sociales muy polémicas, hartamente discutidas.

No es del caso entrar aquí de lleno en este terreno, aun cuando deba tratar algunos de sus aspectos controversiales, que devienen ineludibles en la época actual. Para esto recurriré a diversas fuentes que denotan investigación y ciertos trabajos de campo que mencionaré.

Pero antes, a fin de abordar el tema principal de esta colaboración, parece preciso aclarar previamente el último concepto de su mismo título.

1.1. ¿Qué es lo financiero? La empresa como instrumento de inversión. Lo financiero y los intermediarios financieros

Cabe destacar ante todo a los sujetos. Lo financiero trata de algunas empresas en sí mismas y apunta a los casos en que ellas son asumidas por ciertas personas –conocidas como *inversores* o también *ahorristas*– en sus tareas u ocupaciones específicas.

En Italia se dice simplemente que son *intermediarios financieros* en general “los organismos que tienen como objetivo declarado el de facilitar el encuentro entre la demanda y la oferta de capitales”.¹

En este sentido se distinguen los siguientes: **a)** las instituciones crediticias, entre ellas la misma Banca de Italia y los “entes crediticios” que desarrollan actividades bancarias, bancos, etc.); **b)** sociedades de *leasing* y *factoring*; **c)** inversores institucionales: fondos comunes de inversión, gestores fiduciarios de patrimonios mobiliarios, sociedad de inversión y capital

1. Pescaglini, Antonio y Pescaglini, Rino, *Técnica bancaria*, IX edición, Nápoles, nov. 2000, p. 11 y ss.

variable, compañías de seguros, etc.; y **d)** otros intermediarios especializados y profesionales.

Las funciones que tradicionalmente se les reconocen son las siguientes:

1. movilización o circulación del ahorro;
2. reducción del riesgo a través de la diversificación de las inversiones;
3. transformación de la caducidad de la actividad financiera asumida y la emergente;
4. la banca en particular tiene otra función ulterior, la *monetaria*, que se concreta en su capacidad de poner a disposición del público sus depósitos en cuenta corriente con la adicional función de medios de pago.

Los principales intermediarios financieros *no bancarios* a su vez son éstos:

1. Compañías de seguros;
2. Fondos de pensión;
3. Sociedad de *leasing*;
4. Sociedad de *factoring*;
5. Sociedad de crédito al consumo;
6. Sociedad de gestión de los fondos comunes de inversión;
7. Sociedad de intermediación mobiliaria (SIM);
8. Empresa de inversión comunitaria y extracomunitaria;
9. Sociedad de inversión de capital variable (SICAV);
10. Bancos de negocios o mercantiles (*Merchant banks*).

Para nosotros lo *financiero* es a la vez un ámbito y una expresión amplia, ambigua, no demasiado precisa. Abarca varios objetos y entre ellos, principalmente, a dos mercados y a las empresas que se allí se desenvuelven: el mercado bursátil, o de capitales, y el mercado bancario.

Las empresas aludidas con esto son las respectivamente conocidas como bolsas y los bancos.

Las primeras han sido objeto de una reciente reforma por medio de la ley 26.831 (BO 28/12/12), la cual es susceptible de encuadrarse en la idea de regulación, o –tal vez mejor– en la de re-regulación.²

2. Puede consultarse sobre sus antecedentes a Albornos, Sebastián, y Jaimovich, Mariano: “Ya es ley el nuevo régimen para regular el mercado de capitales y trae importantes cambios para particulares y empresas”, en IProfesional.com, 30/11/2012,

Los segundos se hallan reglamentados por la ley 21.526, anacrónicamente llamada de “entidades financieras” (LEF), cuando en rigor lo que más se regula allí son precisamente los bancos en sus distintas especies o clases (comerciales, hipotecarios, incluso de inversión, artículo 22, etc.).

Ambos mercados y quienes allí operan como empresarios, o “entidades” permanentes, precisan una autorización del Estado y están a la vez supervisados por sendos organismos públicos encargados de otorgarla: la Comisión Nacional de Valores (C.N.V.) y el Banco Central de la República Argentina (B.C.R.A.).

1.2. ¿Derecho financiero o bancario? Las entidades: acepciones

Para aclarar este tema recordamos que la primera de las precisiones a efectuar es de orden terminológico, en especial en lo referente a la expresión *financiero* o *financiera*, de uso frecuente en la ley y en la doctrina. “En el derecho, esta palabra se ha utilizado para referirse no solamente a esta materia, sino también para identificar el derecho tributario. Por ello y con el propósito de evitar confusiones, conviene prescindir de esa expresión para utilizar el término bancario a fin de identificar la materia y el derecho que la regula. En algunas ocasiones se ha propuesto como medida identificatoria adicional referirse al sujeto como derecho financiero bancario, pero parece sobreabundante, pudiendo utilizarse una denominación clara, además de advertir que en la doctrina europea, en muchas ocasiones se utiliza esta denominación para englobar los preceptos relativos a la carga impositiva que pesa sobre las operaciones de banca”.³

disponible en: http://legales.iprofesional.com/notas/149826-Ya-es-ley-el-nuevo-rgimen-para-regular-el-mercado-de-capitales-y-trae-importantes-cambios-para-particulares-y-empresas?goback=%2Egde_152553_member_191499660; también Elespe, Douglas, “Reforma al Mercado de Capitales y Régimen de Oferta Pública”, L.L. 13/11/2012, p. 1 y “La nueva ley para el mercado de capitales”, otro artículo del mismo autor aparecido posteriormente en *El Dial*, Biblioteca Jurídica On Line, elDial DC19E4. Además Paolantonio, Martín E., “Reforma del Mercado de Capitales”, L.L. 4/12/12.

3. Conf. Romero, José I., *La actividad bancaria*, Lexis Nexis-Depalma, RDCO 2003, N°201, p. 101. Recordamos adicionalmente que lo “financiero” refiere a lo tributario o impositivo, constituyendo un claro ejemplo de esto la clásica obra de Giuliani Fonrouge, Carlos M., *Derecho financiero*, Depalma, Buenos Aires, 1990, pp. 32 y 33, que hoy tiene una 10ª edición de L.L., actualizada por Asorey, Rubén O.

Por nuestra parte ya hemos coincidido al expresar casi lo mismo, con sentido crítico y en estos términos: “téngase en cuenta que existen en nuestro país normas legales y reglamentarias de las llamadas ‘Entidades Financieras’ (ley 21.526 y modificatorias), que en otros dispositivos se alude a ellas y además a las ‘Entidades Cambiarias’ (CO del BCRA, ley 24.144, artículo 43 y ss.) y que la utilización de ese vocablo es frecuente en el léxico bancario y cambiario, como así también en el ámbito del seguro, donde también otra legislación las denomina de modo análogo (‘entidades de seguros y su control’, ley 20.091, decreto 558/02)”.

Cabe entonces detenerse un momento a considerar las denominaciones específicas a las que apunta este estudio y aclarar que con ellas se connota en primer término –aunque sin demasiada claridad, como se verá en este punto– el objeto o la actividad (financiera) propia y principal de la sociedad de que se trate, sin constituirse por ello a esa “entidad” en una persona jurídica distinta o diferenciada del sujeto de derecho (sociedad anónima, o sociedad cooperativa) que se ha creado para el ejercicio de la actividad respectiva.

Se trata de nombres inventados, a mi juicio poco reflexivamente, por el legislador argentino, y que son susceptibles de generar algún grado de confusión. Pero de ningún modo se han creado con tales denominaciones tantas figuras centrales del derecho bancario, bursátil o cambiario, respectivamente, a las que se les asigne personalidad jurídica con prescindencia de su forma, precisamente reglamentada por la ley de sociedades 19.550, ya que esas “entidades” no difieren de las sociedades comerciales conocidas.

En otros supuestos particulares y con independencia de esto suelen emplearse esas expresiones aplicadas a situaciones dotadas de aparente autonomía patrimonial, previa a la constitución de la sociedad comercial (vgr.: durante el *iter* autorizatorio ante el Banco Central de la República Argentina), o por ejemplo en el caso de empresas cambiarias unipersonales que actúan bajo un nombre de fantasía, y recién por último, excepcionalmente, se encuentran soluciones legales específicas en las que la denominación “entidad” puede apartarse de la normativa societaria comercial, apuntando a la empresa –objeto de derechos, en sentido patrimonial, vgr. en cuanto a los capitales mínimos exigibles– y no a la sociedad, como sujeto de ellos, en sentido formal.⁴

4. Gerscovich, Carlos G., “Los denominados ‘patrimonios desafectados’ en el complejo de actos tendientes a la consolidación de las entidades financieras”, en *Serie de temas insti-*

Parece oportuno subrayar en síntesis el *triple significado* de lo “financiero”, que por esto mismo es un *término polisémico* y resulta ambiguo precisamente por tener tres acepciones, a saber:

- a)** la anterior, que le brinda el título y nombre de la legislación citada;
- b)** el nombre, que gran parte de la doctrina refiere al Mercado de Capitales, a las Bolsas y el financiamiento a través de ellas; y
- c)** el que otra parte de la doctrina indica como perteneciente al campo impositivo, coincidiendo con el denominado Derecho Tributario.⁵

De todos modos, efectuadas las precedentes salvedades y aclaraciones, no existen en nuestro medio confusiones habituales para la identificación de tales “sujetos actuantes en ambos mercados”, ya que –salvo el público en general y a veces los mismos clientes– los operadores y participantes saben a qué se refiere cada denominación según el contexto en el que se la emplea.⁶

Lo dicho nos conduce a admitir la expresión amplia del derecho financiero como aplicable a lo que ocurra en el campo bancario y también en el bursátil, por cuanto en ambos se dirimen derechos de crédito y financiamientos, obligaciones y responsabilidades de las “entidades” respectivas, estando los dos mercados sometidos a autoridades supervisoras públicas que poseen análogas facultades inquisitorias, reglamentarias y “cuasijurisidiccionales”.⁷

tucionales y bancarios, edición del BCRA, Buenos Aires, mayo 1988, N°1, p. 12 y también en L.L. ejemplar del 24.2.89, p. 1, y L.L. 1989-A-p. 1106 y ss.

5. En este sentido ha dicho Gustavo A. Naveira de Casanova, en “Las tasas en el derecho argentino”, J.A. 12/10/2011, Fascículo 2, 2011-IV-, p. 5), que “...el derecho financiero es la porción que está integrada por un conjunto de principios y normas jurídicas que regulan la actividad financiera del Estado, consistente básicamente en la obtención de ciertos recursos para hacer frente a ciertos gastos y que involucra sus diferentes aspectos en cuanto a los órganos que la ejercen, a los medios con los que cuenta y al contenido de las relaciones que en él se originan”: conf. Calvo Ortega, Rafael, *Curso de derecho financiero I. Derecho tributario (parte general)*, Ed. Civitas, Madrid, 1997, p. 35.

6. Gerscovich, Carlos G., *Derecho económico cambiario y penal*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006. pp. 34-35.

7. Nos hemos referido al sentido de cada una de ellas y sus diferenciaciones en la obra recién citada, p. 89 y ss.

1.3. ¿Qué es una “operación financiera”?

A nuestro juicio las entidades financieras y más específicamente los bancos, pueden realizar en un sentido amplio operaciones financieras en tanto concurren ciertos recaudos y elementos básicos, en especial:

- 1º) la transmisión de activos, o de una participación en ellos, o de una disponibilidad;
- 2º) una ganancia, renta o intereses, utilidad, o dividendos, según el caso;
- 3º) prever condiciones mínimas de seguridad respecto del repago y circunstancias que puedan afectarlo;
- 4º) tener bajos costos instrumentales, operativos y tributarios;
- 5º) tener también por objetivos la disminución y dispersión de los riesgos;
- 6º) que exista una postergación de la exigibilidad;
- 7º) fácil liquidez, incluso con simple transmisibilidad formal; y
- 8º) la asunción de garantías.

Además existen los “intermediarios no financieros”, compañías de seguros y garantías, auxiliares del crédito, y sobre todo las instituciones bursátiles (mercado de capitales), donde también se pueden realizar tales operaciones, e incluso por los mismos bancos, los cuales participan del capital de aquéllas.

Pareciera entonces que la expresión “operaciones o negocios financieros” involucra conceptualmente algo más amplio que “operaciones o negocios bancarios”, tradicional y básicamente caracterizados por las operaciones monetarias –incluidas las cambiarias– de corto plazo, bajo riesgo y gran liquidez, como la captación de depósitos, y los préstamos o créditos que pueden otorgar esas denominadas entidades financieras (expresión que denomina a la LEF 21.526 y, como advertimos, se presta a confusiones).

La antigua noción de intermediación en el cambio recobra ahora un sentido que debe actualizarse merced a lo que ya es un lugar común en la literatura económico-financiera y jurídica, como es la globalización de los mercados.

Su significado alude a una multiplicación de operaciones interconectadas y casi instantáneas por los avances de la tecnología y las comunicaciones, con integración de productos, técnicas de venta y administración, a escala mundial.

No se trata solamente de la circulación de los bienes antes mencionados, dinero, crédito, divisas, en las condiciones expresadas, sino que abarcan también el “cuasi-dinero”, el “dinero escritural”, el “dinero electrónico”, el “dinero plástico”; y además los propios bienes, servicios, créditos y mercaderías (*commodities*), cosas concretas y abstractas, como los derechos creados sobre ellas, que hoy se mueven por el mundo merced a la electrónica y las técnicas que interconectan a los mercados más distantes.⁸

Como síntesis de lo expuesto hasta aquí podemos concluir en que los negocios o contratos financieros constituyen una categoría general de la que los bancarios forman parte. Y ambos pueden aparecer en cualesquiera de los referidos mercados, materializándose por medio de dichos “dineros”, porque hoy “todos hacen todo”.⁹

2. El sistema financiero y los mercados de dinero: monetarios, de capitales y bancario

Ampliando lo expuesto brindamos los conceptos atinentes al sistema financiero y los mercados que lo integran.

Existe una estrecha interrelación no sólo entre el mercado monetario y el mercado de capitales, sino también entre éstos y la actividad bancaria, como integrantes todos ellos del mercado de dinero en una noción general y amplia.

La normativa apunta al concepto mayor, del mismo *sistema financiero*. Esto es, el *conjunto de instituciones, incluidas las bancarias, medios*

8. Al respecto pueden consultarse sobre el particular estos interesantes trabajos: Mora, Santiago J., “El dinero electrónico en el derecho argentino”, RDCO 2007-B, p. 823; y Rodríguez de las Heras Ballell, Teresa, “Mercados virtuales y comercio en red, Análisis jurídico de los e-Marketplaces y otras plataformas electrónicas de contratación: constitución, estructura y funcionamiento”, *REVISTA DE LA C.S.J.N.*: “Investigaciones” N°1-2, 2007, pp. 1-33.

9. El fenómeno fue apreciado también en Italia, donde parangonando a Nietzsche se exclamó: “La banca è morta!”, agregándose que “...si ha immediatamente l’immagine di un sistema finanziario in cui praticamente tutti fanno tutto... Infatti la banca, con i connotati tradizionali che la distinguevano in passato, non esiste più; così como non esiste più la Casa di risparmio del passato... e neppure il fondo d’investimento mobiliare o la commissionaria di borsa del passato. Tutti gli istituti di intermediazione finanziaria, specialmente quelli che raccolgono depositi, sono andati assumendo caratteristiche operative indifferenziate”: Pin, Antonio, *La Banca e l’Economia*, Giuffrè editore, Milano, 1993, p. 293.

y mercados, cuyo fin primordial es el de canalizar el ahorro que generan las unidades de gasto como superávit hacia los prestatarios o unidades de gasto como déficit.¹⁰

La integración de las entidades, especialmente las bancarias, en tal sistema financiero (en su ya mencionada acepción más general, que involucra al mercado de capitales y al bancario, también llamado entre nosotros “financiero” por dicha LEF 21.526), se evidenció en nuestro medio con la que fue una cada vez más pronunciada participación de los bancos en el negocio bursátil y el mercado de capitales. Así pues, constituye un importante dato el hecho de que muchos bancos se encontraban muy comprometidos en títulos de la deuda pública nacional, que fueron reprogramados en situación de emergencia (Decreto 1.387/01).

En el *mercado de dinero* se negocian inversiones financieras en elevado número, que se caracterizan por la escasez de riesgo, la alta liquidez y la brevedad del vencimiento. No obstante, en el sentido más auténtico de la palabra, no existe realmente un mercado de dinero, al igual que tampoco puede hablarse de un mercado de capitales. Se trata más bien de múltiples mercados que ofrecen diferentes posibilidades de financiación.¹¹ Incluso hay quienes equiparan los términos mercado monetario y de capitales, agrupando bajo este concepto al mercado de acciones (*stock market*), al de obligaciones (*bond market*) y al de títulos de inversión cuasi-monetarios (*money market*),¹² debiéndose incluir entre éstos a los llamados mercados de divisas o de cambios.¹³

10. Conf. Bercovitz Rodríguez Cano, Alberto, *El derecho del mercado de capitales*, Separata de la *Revista de derecho bancario y bursátil*, N°29, Madrid, 1988, p. 71 y ss., cuyas nociones compartimos y también en cuanto a su aplicabilidad a nuestro derecho.

11. Izquierdo, Miriam, *Los mercados de valores en la CEE*, Editorial Civitas, Madrid, 1992, p. 29 y ss., donde agrega que sólo parece conveniente hablar de un mercado de dinero en la medida en que en él se negocien posibilidades de financiación como las mencionadas y que en su conjunto puedan considerarse como un buen sustituto del dinero en efectivo, aunque reconociendo que la diferenciación de valores resulta bastante complicada en la práctica.

12. Así Stignum, Marcia, *The money market*, Nueva York, 1983, p. 7, cit. por Miriam Izquierdo, ob. y loc. cit.

13. Puede consultarse sobre el tema a Riehl, Heinz y Rodríguez, Rita M., *Mercados de divisas y mercados de dinero*, Interamericana, McGraw-Hill Inc., Madrid, 1985, p. 4 y ss.

2.1. Sentido específico del mercado de capitales

En definitiva, importa pues destacar que el *mercado de capitales* es una noción que sirve para englobar un conjunto de mercados cuya característica común radica en que se refieren a activos financieros a mediano y largo plazo negociables, puesto que es habitual considerar por separado a los activos resultantes de operaciones bancarias cuando no aparecen en una forma que facilite su negociación (cabe aclarar que desde este punto de vista no puede considerarse que el dinero sea un activo financiero, porque la entrega de dinero no atribuye a quien lo recibe ningún derecho a obtener un pago, sino que –obviamente– la entrega de dinero es en sí misma el pago).

2.2. Más sobre el mercado financiero-monetario: las externalidades y el carácter sistémico tipificante

Como en nuestro medio lo ha expuesto muy bien Beker,¹⁴ los mercados financieros tienen un lugar muy particular en el sistema económico. Su existencia posibilita la circulación de fondos líquidos de aquellos agentes que disponen de los mismos pero carecen de oportunidades de inversión hacia aquellos que tienen tales oportunidades. Las fluctuaciones en el valor de una moneda tienen efectos macroeconómicos mucho más extendidos que las oscilaciones de cualquier otro precio de la economía. La desaparición de un prestigioso banco puede tener efectos mucho más graves y generalizados que el cierre de una empresa metalúrgica o textil. Una caída abrupta en una importante bolsa de valores ya demostró capacidad para precipitar una crisis económica mundial.

Por consiguiente, los mercados de activos financieros no pueden ser tratados como un mercado más. Sus oscilaciones irradian sobre el conjunto de la economía.

Dicho en términos más técnicos, las fluctuaciones, el valor de los activos financieros, pueden generar fuertes *externalidades* sobre el conjunto de la economía. Estas externalidades pueden ser positivas o negativas. Y un ejemplo de externalidad negativa lo constituye el cierre del único banco de

14. Beker, Víctor A., *Del caos en la economía a la economía del caos*, Cap. VI, Editorial de Belgrano, Buenos Aires, octubre de 1998.

una pequeña ciudad. Esto puede privar de sus ahorros a la comunidad local de vecinos y de financiamiento a las pequeñas y medianas empresas de esa localidad, generando la consiguiente caída en la producción, el consumo y el empleo en la zona. A la inversa: la radiación de un banco en una población carente hasta entonces de bancos constituye, obviamente, un ejemplo de externalidad positiva.

Las externalidades pueden también presentarse en el campo monetario, vgr. cuando ocurre un cambio del signo, de la moneda o del dinero que rige en cierto momento y es reemplazado por otro. Como ocurrió varias veces entre nosotros en los últimos tiempos y no hace mucho con el “*equus*” y el “*euro*”, al sustituir a las monedas europeas anteriores a ellos.¹⁵

Las crisis financieras y su consecuencia natural, la quiebra de entidades bancarias, tienen un impacto mucho mayor que el cierre de un grupo de empresas de cualquier sector de actividad. La crisis mexicana de 1994 y la asiática de 1997/98 han sido sumamente ilustrativas en ese sentido, si no lo habían sido ya la de 1930 y otras anteriores.

Por tanto, el hecho de que el análisis no lineal y la dinámica caótica sean aplicables al sistema financiero está muy lejos de implicar un alcance limitado a un sector particular de la economía. En todo caso significa que una de sus aplicaciones más importantes tiene que ver con un sector cuyas fluctuaciones impactan y determinan en buena parte el comportamiento de la economía global, puesto que tales fluctuaciones se trasladan rápidamente por el mundo merced a la velocidad cada vez mayor de las comunicaciones.

Como bien señala Tavarone,¹⁶ la actividad financiera, incluida la bancaria, en virtud de sus especiales características, se encuentra especialmente regulada por el Estado. Él interviene y establece determinados parámetros para el desenvolvimiento de las instituciones que actúan en ella, sin perjuicio

15. En tal momento se entendió por la doctrina continental que los contratos basados en los riesgos cambiarios de fluctuaciones de las monedas nacionales europeas (peseta, lira, etc.) sustituidas desde el 1/1/99 podrían ocasionar la resolución de ciertos contratos aun cuando no hubiera previsión en ellos para demandarlo, pues perderían su sentido y causa (vgr. el caso de las *opciones* y otros derivados financieros). Conf. Fernández, Xavier, *Aspectos jurídicos de la introducción del euro*, Universidad de Barcelona, 2001, pp. 80-81 y sus citas.

16. Tavarone, Marcelo R., “El Mercosur y la actividad bancaria”, en Gerscovich, Carlos G., *Derecho Bancario y Financiero Moderno* (dir.), Ad Hoc., Buenos Aires 1999, p. 375 y ss.

del carácter comercial, lucrativo y esencialmente privado de la actividad desarrollada por tales entidades.

De aquí el riesgo propio de la actividad bancaria, y la preocupación evidenciada al respecto por las autoridades de todas las economías del mundo, la cual está plenamente justificada porque ella constituye la base del crédito, y la quiebra de las instituciones bancarias, como acabamos de decir, siempre surte efectos sobre el resto de las actividades económicas de un país.

Éstos son aspectos prácticos que apuntan a la necesidad y la conveniencia de la regulación o reglamentación, sin perjuicio de las fundamentaciones teóricas que también existen.

Por todo ello se explica que el Estado intervenga, reglamente y supervise el desenvolvimiento de esas actividades y de las entidades financieras, en el mercado de capitales y en el bancario. Además, en síntesis, se justifica dicha intervención en la necesidad de contrarrestar los diferentes tipos de riesgo existentes en la actividad bancaria y financiera.

Se halla vinculado con lo dicho el *carácter sistémico como nota tipificante* de la actividad bancaria y él ha sido destacado por la doctrina. Así lo ha hecho Esparza, siguiendo los conceptos desarrollados por Barreira Delfino.¹⁷

El derecho comercial no es suficiente como contenido reglamentario del funcionamiento de la operatoria de las entidades financieras, bancos, y de la autoridad de aplicación, cuyos intereses públicos y privados se hallan intervinclados y condicionados.

Defínese descriptivamente dicho carácter sistémico como el “conjunto de operaciones y relaciones jurídicas que diariamente se constituyen, transforman o extinguen en el seno del mercado monetario y que se encuentran sujetas a los términos y condiciones pactados expresamente entre las partes (regulación directa) pero también a las disposiciones normativas dictadas por la autoridad de aplicación (regulación indirecta), de modo tal que cada operación o relación jurídica no puede entenderse ni interpretarse aisladamente sino como parte integrante del conjunto de ellas, única manera de concebir el funcionamiento del sistema financiero si se pretende un sistema

17. Esparza, Gustavo, “Los acreedores ante la quiebra de una entidad financiera”, Cap. 2, p. 196 y ss., del libro dirigido por Martorell, Eduardo E., titulado *Crisis, liquidación y quiebra de bancos. Responsabilidad*. Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001.

competitivo y eficiente y un acceso irrestricto a los servicios financieros por los sectores del consumo y de la producción de bienes y servicios”.¹⁸

Lo expuesto y lo que subsigue nos permitirá ampliar lo dicho sobre la relación entre el fenómeno monetario y el bancario, dirigiendo también nuestras observaciones hacia el mercado de capitales, centro de la actividad propiamente financiera, brindando algunas otras precisiones tendientes a clarificar los principales mercados en los que se plantean, manifiestan y repercuten las crisis que causaron la emergencia.

2.3. Los mercados monetarios y el de capitales

La estrecha relación que existe entre los mercados monetarios y de capitales se manifiesta desde diversos puntos de vista.

En primer término, porque dado que en el mercado monetario se incluyen activos a medio plazo, como son los bonos bancarios, no puede ignorarse esa estrecha relación que tales activos presentan respecto a otros –como pueden ser los bonos eléctricos, es decir, los emitidos por empresas del sector– que se incluyen, sin embargo, en el mercado de capitales.

En segundo lugar, porque muchos de los sujetos participan en ambos mercados. Así ocurre con las entidades de crédito u otros intermediarios, y con los mismos particulares.¹⁹

18. Barreira Delfino, Eduardo, “Reestructuración bancaria y fondo de comercio”, *E.D.* N°9936, 4/2/00, donde añade (i) que la existencia de ese sistema implica que el ámbito donde se desarrollan las operaciones bancarias y financieras y se movilizan los respectivos recursos (pecuniarios y crediticios, agregamos) no sólo es cambiante y dinámico, sino además interconectado en su integridad, de modo tal que todas las partes que operan en el sistema son interdependientes y están sujetas a inexorables influencias de una y otras, y (ii) que trasladado el concepto de sistema al mercado monetario es vital, pues proporciona un marco de referencia que permite analizar, condicionar, inducir e interpretar las conductas de los intervinientes en la organización monetaria entendida como organización de los flujos de recursos financieros derivados de la oferta y la demanda pulsada por colocadores y tomadores de fondos (comp. con los conceptos de Bercovitz, antes fijados en el texto).

19. Se estimaba hasta hace poco tiempo que en nuestro medio más del 60% de las sociedades de bolsa estaban constituidas por bancos y el resto por Agentes de Bolsa; además, en las últimas décadas parecía haber descendido el atractivo para las empresas cotizantes, tanto en cantidad, como en el precio de la acción del mercado de valores.

La propia función característica de los intercambios financieros consiste en la transformación de activos financieros (esto es, la adquisición de activos con unas características determinadas y la emisión de otros con características distintas) y está pensada precisamente para que participen en mercados financieros diferenciados.

Y también en uno y otro mercado –monetario y de capitales– se aplican formas operativas similares; en uno y en otro existen mercados de subasta y de búsqueda directa, con participación de *brokers* (comisionistas o mediadores que actúan siempre por cuenta ajena) y de *dealers* (intermediarios que negocian con los activos por cuenta propia y asumiendo, por tanto, el riesgo de las operaciones que realizan).

Por otra parte, es preciso tener además en cuenta que tanto el mercado monetario como el de capitales no hacen referencia a mercados unificados sino a conjuntos de mercados cuyo elemento globalizador está constituido por alguna de las características de los activos que se negocian entre ellos (así, en el mercado de capitales hay que distinguir entre los mercados de renta variable y de renta fija, y dentro del mercado de renta fija son diversos los mercados de activos a largo y a mediano plazo).

Del mismo modo, dentro del mercado de capitales, al igual que en el mercado monetario, cabe distinguir entre los mercados primario, o de emisión de nuevos activos, y secundario, o de negociación de activos preexistentes.

Existe también otro rasgo más de los mercados, que corresponde caracterizar, como el siguiente.

3. El mercado como instrumento de política económica

En este contexto, más vinculado con los mercados en los que actúan los bancos, no podemos dejar de apuntar estas otras consideraciones.

La misma circunstancia de que los mercados a los que nos estamos refiriendo son objeto de ordenación por los poderes públicos los coloca a un paso de su utilización para la consecución de objetivos de política económica, sobre lo que ejemplificaremos sucintamente más adelante en torno de algunas recientes aplicaciones.

Así y para tomar ahora como ejemplo un solo caso, el BCRA puede intervenir regulatoriamente con tales objetivos desde distintas posiciones y con fines que suelen abarcar:

- (i) el mercado de capitales (se trata de las llamadas operaciones de “mercado abierto”, con títulos públicos, en las que esa institución opera como agente financiero del Estado, según su Carta Orgánica (CO), ley 24.144 modificada por la ley 26.739 (BO 28/3/2012), artículo 4º, incisos b y d, conc. artículo 18 inciso a, que le encomienda diversas operaciones “con fines de *regulación monetaria, cambiaria, financiera y crediticia*),
- (ii) el mercado de dinero (fijación y manejo de la emisión, la tasa de interés y la oferta monetaria: C.O. art.17, inc. a) y
- (iii) el mercado cambiario (donde realiza intervenciones regulatorias estabilizadoras tendientes a que la moneda extranjera se mantenga en ciertos niveles deseados por las autoridades económicas, según las mismas normas citadas).²⁰

Las variaciones en el tipo de cambio, en los demás precios relativos internos (precios, tarifas, salarios, etc.), y externos (moneda extranjera, servicios y mercaderías “transables”, etc.) son sumamente sensibles al comercio interno y exterior, a los resultados que arrojen las balanzas de pagos y la comercial del país.

De aquí que sus fluctuaciones incidirán sobre las reservas monetarias, sobre la oferta y demanda de bienes, la presión tributaria, su administración y recaudación, la masa monetaria, etc., determinando medidas o regulaciones en pro de objetivos globales de la sociedad por sobre los individuales o sectoriales del mismo país, con algunos resultados que examinaremos luego de lo siguiente.

20. Recordamos la facultad acordada por la LE (Ley de emergencia) 25.561, art. 3: “El Banco Central de la República Argentina podrá comprar divisas con sus propios recursos o emitiendo los pesos necesarios para tal fin, y venderlas, al precio establecido conforme al sistema definido por el Poder Ejecutivo nacional, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley de Emergencia Pública y de Reforma del Régimen Cambiario”. Conf. Olarra Jiménez, Rafael, *El dinero y las estructuras monetarias*, Ed. Aguilar, Buenos Aires, 1967, p. 283. Dejamos aquí de lado la existencia de distintos tipos de cambio, vgr. el “oficial” y el *blue* –o paralelo–, entre otros y con valores distintos en moneda nacional, como resultado de la política económica del gobierno actual.

4. Marcos normativos. Regulación y reglamentación financiera

Para tomar un par de ejemplos de lo que tratamos de explicar, aunando los aportes teóricos anteriores, reflexionamos ahora acerca de un encuadre que pretende integrar en un mismo análisis sendos marcos normativos: el del *derecho bancario* y el del *mercado de capitales* (bolsas, sus agentes, el *insider trading*, la “transparencia”, etc.).

Así nos volvemos a acercar al derecho bancario, para conceptuarlo de un modo que estimamos más completo.

Ambos marcos están integrados por un conjunto o “complejo”²¹ de disposiciones legales y reglamentarias de cada actividad, donde ha operado la delegación legislativa, y reciben una calificación que alude a su “complejidad” por cuanto se trata efectivamente de fenómenos jurídicos que no son demasiados simples, ni sencillos en sí mismos, respecto de su conformación jurídico-económica, ni son fáciles de explicar en cuanto a sus institutos y mecanismos. Ni tampoco es otra cuestión simple la de ubicar la normativa aplicable a una situación jurídica determinada dentro del fárrago de cambiantes comunicaciones y circulares que los integran.

Respecto de todo esto se destaca el monopolio del Estado por razones de interés público o general, con la participación protagónica del Banco Central de la República Argentina (BCRA) y de la Comisión Nacional de Valores (CNV) en cada uno de sus ámbitos.

En la clásica división en ramas del derecho (público, privado e internacional), tales disposiciones de los mercados bancario y bursátil son desde este punto de vista, predominantemente, de *derecho público*, por cuanto abarcan materias del mismo, como el *derecho constitucional*, el *derecho administrativo* –ley 19.549 y su decreto reglamentario–, particularmente en su faz sancionadora; y el derecho penal, su parte general y en su caso la ley especial bancaria (ley de “entidades financieras”, LEF 21.526) integrada por leyes generales (el Código Civil y el Código de

21. Cabe entender por tal lo opuesto a lo simple y que puede ser aislado. *Complexus* significa “lo que está tejido junto” y hay complejidad cuando son inseparables los elementos que constituyen un todo (como el económico, el político, el sociológico, el psicológico, el afectivo, etc.). Conf. Hornstein, Luis, *Autoestima e identidad*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2011, p. 21, nota 7.

Comercio, vgr. para la capacidad de los sujetos o los aspectos contractuales), u otras normativas especiales (como las de sociedades comerciales 19.550, de la mencionada CNV, títulos valores, oferta pública, Bolsas y Mercados: ley 17.811), decretos y reglamentos del P.E.N. (decreto 677/01), a veces resoluciones ministeriales, comunicaciones y circulares de ambos organismos u otros, excepcionalmente. También están enmarcadas dentro del derecho comercial las relaciones contractuales mantenidas entre las entidades financieras y su clientela (incluyendo tanto las operaciones de naturaleza pasiva –depósitos–, activa –créditos– y neutras o transaccionales –tales como giros o transferencias, la locación de cajas de seguridad, etc.).

Cabe agregar que dentro de estos “complejos de disposiciones” algunas pertenecen al derecho comercial, en su faz empresarial-societaria y registral vinculada a los sujetos susceptibles de ser habilitados, en rigor *legitimados*, para participar en el tráfico mercantil desde la óptica de la autoridad de control de la actividad, sean la CNV, y las anteriores entidades “autorreguladas”, el BCRA y la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias (SEFYC) que funciona dentro de él como organismo desconcentrado (Ley 24.144, artículo 44, vigente según ley 25.780, artículo 17).

Dentro de este complejo marco aparecen los clientes de los bancos, consumidores de sus productos y servicios, cuya legislación especial es también de orden público (ley de defensa del consumidor, o LDC, art. 65) y según algunos autores debe prevalecer sobre las de derecho privado.

Específicamente en lo bancario las citadas disposiciones a la vez *reglamentan* y permiten la *regulación* de las modalidades de ejercicio de las actividades y las operaciones, lo cual significa que no siempre y en todos los casos el mercado bancario se rige por una actividad normativa de los poderes públicos, sino que a veces ellos mismos intervienen en él con otros fines, como los previamente mencionados.

Formulo entonces esta distinción para connotar ambos sentidos (“regulación” y “reglamentación”), que apuntan al mercado y la actividad bancaria, ya que median diferencias entre estos conceptos, porque “reglamentar” atañe a la facultad del P.E.N. para complementar detalles al efecto de la ejecución de las leyes, sin desvirtuar su sentido. Se trata de una actividad contemplada por los artículos 28 y 99, inciso 2º, de la Constitución Nacional. Mientras que, en cambio, “regular” concierne a los mercados en sí mismos, como aclararé prontamente.

Cabe hacer notar además que aun cuando los términos “reglamentar” y “restringir” suelen utilizarse como sinónimos, se debe enfatizar que reglamentar no es restringir, y que reglamentar es hacer operativo el ejercicio de un derecho o garantía cuando alguna disposición, acto o decisión jurisdiccional obstaculiza su aplicación,²² o manda a hacerlo. Bien dice Albanese que, aceptado ello, es innecesaria la abundancia de normas reglamentarias para un máximo acercamiento al pleno ejercicio de los derechos. En todo caso es la justicia independiente, competente e imparcial la que debe ocupar en toda circunstancia el lugar de garante de derechos y garantías.²³ En efecto, puede suceder que por una norma o por su ausencia quede involucrada la afectación de algún derecho. Sin embargo, muchas veces se reglamenta teniendo en cuenta solamente un contexto social, político o cultural parcial, sin evaluar, por ejemplo, su extensión en el tiempo o en otros sectores de la sociedad o en otras jurisdicciones que pueden llegar a estar involucradas directa o indirectamente, donde el planteamiento central podría desvirtuarse a pesar de los esfuerzos legislativos.

No es del caso abundar mucho más aquí sobre estos aspectos, aunque sí debemos precisar que la *regulación* se refiere a la intervención que suele hacer el BCRA cuando actúa en el mercado dirigiéndolo, orientándolo, o a veces como un operador más, reiteramos, ya sea en:

- (i) la materia cambiaria, comprando o vendiendo moneda extranjera, con fines de estabilización de su precio, o *tipo de cambio*,²⁴ o
- (ii) por medio de títulos valores negociables, por lo general públicos, en las ya mencionadas *operaciones de mercado abierto*, o también
- (iii) cuando realiza otros tipos de intervenciones que se vinculan con la oferta o la demanda monetaria, al fijar los límites de la tasa de interés en ciertas operaciones bancarias o cambiarias.²⁵

22. Así lo consideró la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos “Fontevicchia” y “D’Amico”, párrs. 92 a 96, según indica la autora que cito a continuación.

23. Albanese, Susana, “Reglamentar no es restringir”, *J.A.-II*, 4/4/2012, Fascículo 1, p. 9.

24. Puede consultarse su concepto y numerosas clases del mismo en Gerscovich, Carlos G., *Derecho económico cambiario...* op. cit., Cap. III, p. 165 y ss.

25. Al respecto nos adelantamos a la objeción que podría formularse al considerar que estas intervenciones son “reglamentarias”, pues generalmente se traducen en circulares de esa institución, o en instrucciones “on line” o “cartulares” (escritas en papel), como antes se hacía con los “Comunicados Telefónicos”. Nos parece que en sentido estricto

Por ende *reglamentar* y *regular* no son sinónimos, aunque con frecuencia se suele emplear a la regulación en el sentido propio de reglamentación, o en alguna oportunidad utilicemos un término en vez del otro, incluso en el lenguaje común y sin ser demasiado estrictos en esto.²⁶

Por otra parte, suele decirse en la “teoría de la regulación” que ella es admisible o viable en los casos de “fallas de mercado” que dificulten o imposibiliten la libre competencia de los agentes –vgr. cuando hay un monopolio–, por los defectos que causa la asimetría en la información, o en los casos en que actúan las ya referidas externalidades (negativas).

De su lado y diversamente, insistimos en que desde el punto de vista constitucional, *reglamentar* apunta a los derechos ya reconocidos por las leyes, y hacerlo significa disponer la manera como esos derechos han de ser ejercidos, lo cual excluye su pérdida o cercenamiento porque se excederían los límites conceptuales y el sentido de los ya citados artículos 28 y 99, inciso 2º, de la CN.

Por esto, si bien suele hablarse de “normas”, en rigor, la “creación” de normas genuinas por el BCRA no es en estos casos plena y total, sino que se las llama así por una simple comodidad del lenguaje.

Por ende, en un sentido más limitado en este campo, la atribución reglamentaria de esta institución hace a la fijación o modificación de las condiciones para que una persona física o jurídica pueda ser autorizada para actuar en el llamado mercado financiero, que más propiamente debería llamarse *bancario*, u operar en cambios de modo habitual, así como para determinar o, en caso necesario, también modificar las reglas aplicables al funcionamiento de aquellas personas autorizadas; y, además, de mediar insuficiencias a esas exigencias, irregularidades o apartamientos, disponer

esto mismo no reglamenta nada, puesto que aquéllas aparecen *a posteriori* y continúan tratándose de todos modos de actuaciones directas de la autoridad (BCRA), que apuntan directamente al mercado y para regularlo en los términos indicados.

26. Aclarándolo más a fondo, parecería que la regulación se subsume o es absorbida en muchos casos por la reglamentación, toda vez que forma parte de decisiones de esta índole y que suelen concluir con algún acto “normativo” de alcance individual o general. Se entiende que por ello, de ordinario, se explique o denomine y considere a las atribuciones regulatorias como producto de facultades reglamentarias, o que por comodidad del lenguaje se aluda indistintamente a ambas (como a veces también lo hacen algunos autores, entre los que nos incluimos).

las medias de adecuación consiguientes; o, en su defecto, la exclusión de los sujetos ya autorizados del sistema, lo que se materializa por medio de resoluciones que razonablemente derivan de la normativa preestablecida a tales efectos.

En el caso del BCRA tal reglamentación es efectuada con las llamadas “Comunicaciones” (A, B o C)²⁷ agrupadas temáticamente en “Circulares”, como se las llama vulgarmente (OPASI, OPRAC, CREFI, LISOL, COPEX, RUI-NOR, etc.), por medio de las cuales se fijan las modalidades (forma, condiciones, tiempo y plazos) de las operaciones y a veces también se suelen plasmar algunas de las mismas regulaciones antes mencionadas (por ejemplo en lo concerniente a la tasa o tasas de interés durante períodos determinados), aspecto que torna de algún modo a esta clasificación en relativa, pero que no le quita su sustento empírico en el derecho positivo y en la economía real.

Esta reglamentación del BCRA presenta las características del *derecho económico* en cuanto se trata de una actividad “legisferante” dinámica y cambiante, que se justifica en su metodología (ley en blanco), por cuanto, además, esas disposiciones reglamentarias son de *coyuntura*, responden a necesidades o conveniencias del momento, y no son estructurales, o más permanentes, como las de un código o ley de fondo.

Cabe apuntar que entre las funciones específicas del BCRA se encuentra además la atinente a los bancos y los clientes como consumidores de sus servicios, puesto que la ley respectiva le asigna competencia sobre los aspectos financieros que habitualmente los afectan y como autoridad de aplicación en la materia (LDC, conc. arts. 36, 50 y concordantes). Esto sin perjuicio de la normativa denominada “Carta Orgánica” (CO) del BCRA, ley 24.144, y su reforma por la ley 26.733.

Todo ello también se instrumenta mediante resoluciones del organismo rector, esas pseudonormas y circulares, que son producto de la atribución reglamentaria que posee. Y se les asigna esta denominación por cuanto encuadran y les son aplicables los requisitos de validez y eficacia previstos por la LPA 19.549 para esos actos administrativos.

27. De acuerdo con lo dispuesto en la Comunicación “A” 1 del BCRA, las Comunicaciones “A” tratan temas inherentes a los aspectos normativos de carácter permanente y las “B” se refieren a aspectos normativos de carácter transitorio o circunstancial. Finalmente las Comunicaciones “C” tienen carácter informativo.

Se trata de una disciplina publicística de la actividad económica sobre el sector bancario, o en su caso cambiario, recordando que numerosas entidades (de la “Clase A”), se hallan autorizadas para operar en ambos mercados. Ella se articula mediante controles: sobre el acceso, sobre el desenvolvimiento y sobre esas exigencias, irregularidades o apartamientos, para disponer las medias de adecuación consiguientes.

El planteo aparentemente semántico realizado en esta sección hace al sentido y a los correctos alcances atribuibles a eventuales controversias que puedan producirse. Pero cabe enfatizar que las referidas circulares no son normas jurídicas en sentido propio, por no emanar del Poder Legislativo. Puede no obstante concedérseles un rango normativo *ínfimo*, como lo hace Suay Rincón,²⁸ especialmente con relación a la aplicación del principio *nullum crimen sine lege* en materia penal cambiaria y en la disciplina denominada *derecho administrativo sancionador*.

Esto es así porque más allá de la manifestación o exteriorización reglamentaria, está aquella potestad regulatoria y su finalidad perceptible en cada acto.²⁹

5. Desregulación. Secuencia inadecuada de un proceso de liberalización carente de un sólido marco regulatorio

Como bien lo han expuesto Norton y Arner, la liberalización inadecuada de los mercados financieros podría constituir el mejor pronóstico de crisis financieras. Lo sintetizamos con las siguientes caracterizaciones y nuestros propios comentarios.³⁰

La ineficiencia de la desregulación quedó demostrada en América Latina y en los Estados Unidos en la década de los 80, en Europa a principios

28. Suay Rincón, José, “El caso del banco de Navarra vs. el Banco de España: ¿una nueva etapa en las relaciones entre la administración y las entidades de crédito?”, *Revista del Poder Judicial* N°1, Madrid, marzo 1986.

29. Para una ampliación de lo expuesto puede consultarse Gerscovich, Carlos G., *Derecho económico cambiario...* op. cit., Cap. III, p. 96 y ss.

30. Norton, Joseph y Arner, Douglas, “International cooperative efforts and implications for law reform”, en Lastra, R. y Schiffman, H., *Banking failures and bank insolvency law in emerging markets*, Londres, 1998.

de los años 90, en México en 1994 y en Asia en 1997. Más aún en el mundo, desde 2007. En el Este asiático, la liberalización del sistema financiero puso fin a determinadas restricciones, tales como el préstamo bancario al sector inmobiliario, antes de establecer un marco regulatorio sólido.³¹

En términos de crisis anunciadas, la liberalización del sistema financiero posibilita los ataques y pone al descubierto las vulnerabilidades implícitas ante los vaivenes de los mercados de capitales internacionales. La moraleja es que la liberalización del sistema financiero debería contemplarse como una posibilidad sólo cuando la situación está madura.

El problema planteado por la desregulación fue el carácter abrupto de la supresión de las restricciones de acceso al mercado –sin ponderarse debidamente los antecedentes necesarios de los sujetos y las entidades, que por ello crecieron desmesuradamente– y de las tasas de interés –lo que originó encarnizadas pujas por la captación de depósitos–, las malas experiencias y los errores incurridos.

En otras palabras, se requiere primeramente que se eliminen las debilidades financieras notables, tales como algunas de las que presentaba la Argentina, además de las anteriores, a saber: las deficiencias del sistema bancario, la abultada deuda externa, las altas tasas de desempleo y las condiciones macroeconómicas inestables.

En segundo lugar, se necesita que los países que acepten la movilidad total de los capitales sacrifiquen sus tipos de cambio fijos o la independencia de la política monetaria. Este principio requiere un tipo de cambio medianamente flexible o flotante, mientras que un tipo de cambio rígido, o fijo como el que nos rigió, implicó en los hechos el abandono de esa independencia de la política monetaria.

6. La re-regulación actual en la Argentina y sus resultados

6.1. Preliminar

Abordamos ahora este actual aspecto, dando por entendido el significado de esa re-regulación, que el Gobierno nacional ha emprendido con un

31. Conf. Stiglitz, Joseph, “Bad Private-Sector Decisions”, *The Wall St. Journal*, 4-2-1998.

gran intervencionismo en muchas áreas de la economía y en especial en los referidos mercados en que actúan los bancos.

Como lo hemos hecho en otra ocasión, aclaramos que no perseguimos ningún propósito especial, ni ideológico, ni político, puesto que somos totalmente independientes en ambos sentidos. Sin embargo consideramos que las cuestiones que atañen a la actividad bancaria actual deben ser tratadas en un artículo como el presente, pues se trata de reflexionar sobre la realidad de lo que está aconteciendo, por más que en algunos casos podamos discrepar y ser críticos.

A tal fin procuramos obtener y mencionar siempre las fuentes en las cuales nos apoyamos, como lo hemos hecho hasta ahora y se verá a continuación.

A esta altura y como inicio de esta parte no podemos dejar de mencionar los vaivenes ideológicos y políticos que vienen caracterizando a nuestro país en las últimas décadas, especialmente al confrontar en lo bancario los vehículos de la desregulación con la última reforma a la CO del BCRA (ley 26.831), que privó a esta institución de su autonomía funcional, y las normas tuitivas de los consumidores y reglamentarias de sus derechos (ley 24.240 reformada por la ley 26.361), que han sido actualizadas en los últimos años.³²

En los últimos tiempos se ha producido una renovada re-regulación, que ha sido mayormente iniciada por organismos internacionales como el mismo “BIS” (denominación simplificada del Comité de Ajustes Internacionales de Basilea).³³

En esta tendencia el *nuevo artículo 4º* de la CO del BCRA dispone ahora: *Son funciones y facultades del banco:*

a) **Regular el funcionamiento** del sistema financiero y aplicar la Ley de Entidades Financieras y las normas que, en su consecuencia, se dicten;

32. Nos hemos ocupado de ambas cuestiones en Gerscovich, Carlos G., “Carta Orgánica del Banco Central. Cuestión de su autonomía funcional”, publicado en *La Ley*, 05/07/2012, pp. 1/6; y *Consumidores bancarios –derechos económicos de los bancos y sus clientes–*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011.

33. Para una ampliación histórica y funcional del trabajo del Comité puede consultarse Norton, Joseph J., *Devising International Bank Supervisory Standards*, cap. 4, 1995, sobre sus conexiones con la CE., esp. pp. 163-167; y a Hadjiemmanuil, Christos, *Banking Regulation and the Bank of England*, 1996, pp. 55-70.

b) **Regular** la cantidad de dinero y las tasas de interés y regular y orientar el crédito;

g) **Regular**, en la medida de sus facultades, los sistemas de pago, las cámaras liquidadoras y compensadoras, las remesadoras de fondos y las empresas transportadoras de caudales, así como toda otra actividad que guarde relación con la actividad financiera y cambiaria;

Hay notables diferencias entre “vigilar” el buen funcionamiento del mercado financiero (texto anterior de la misma norma) y “regularlo”, incluyendo la potestad de reglamentarlo en todos esos aspectos, especialmente en lo que concierne al inciso g (“toda otra actividad” relacionada con ellos), inclusive las de dicho inciso transcrito, sobre las cuales y que sepamos el BCRA no ha tenido nunca injerencia. Más aún, sus circulares habían declarado expresamente su prescindencia en las cuestiones que se susciten entre los bancos y sus clientes, criterio público que aparecía en el portal de la institución.

6.2. Necesidad de la reglamentación bancaria

Bien se ha considerado –como hemos visto– que la desregulación puede llevar a riesgos sistémicos si al mismo tiempo no se encara la regulación en otros terrenos, para garantizar a la vez la seguridad y la estabilidad del sistema, vgr. mediante la implementación de normas sobre la concentración del crédito y autopréstamos, relaciones técnicas, especialmente las que vinculan los capitales mínimos con los activos de riesgo, normas contables que no se limiten a los aspectos formales sino que obliguen a reflejar con suficiente aproximación la realidad económica y una apertura en la información de la situación contable y financiera de las entidades hacia el público.

Los trabajos realizados por el Comité de Basilea han demostrado que uno de los problemas más prevaletentes de cualquier economía emergente es la regulación y supervisión eficientes del sistema bancario.

Se ha concluido en que, esencialmente, la meta consiste en combinar *incentivos* contundentes para mantener un comportamiento prudencial con un sistema regulador eficaz. Los incentivos, se ofrecen a través de requerimientos de capital y valor de franquicia, es decir, el valor de ganancias futuras; mientras que la regulación debería aplicarse a todos los niveles de

la actividad financiera, desde el manejo del riesgo hasta las transacciones individuales.

Aunque su importancia es fundamental, la suficiencia de capital debe determinarse sobre la base de las características del riesgo que son relevantes para los bancos en cada país y las normas sobre suficiencia de capital basadas en el riesgo y postuladas por el Comité de Basilea deberían tomarse como parámetros o mínimos, y no como un nivel máximo de suficiencia de capital independiente de los factores específicos del país. Además, la supervisión y la regulación deberían encaminarse también a resolver el problema de los excesos de préstamos no redituables.

Los Principios Fundamentales de Basilea, incorporados hace ya tiempo a la normativa interna por el BCRA (Comunicación “A” 2216 y complementarias), representan el esquema básico de una supervisión bancaria eficaz y han sido concebidos para servir de referencia a las autoridades supervisoras y públicas en general, nacionales e internacionales.

En relación con reflexiones precedentes recordamos que John Maynard Keynes fue uno de los fundadores de la macroeconomía moderna y difundió la idea de que las crisis de la actividad económica requieren un decidido intervencionismo estatal,³⁴ postura a la que adscribimos en situaciones como las que se han vivido y están viviendo en los EE.UU. y a nivel mundial, especialmente en algunos países europeos, partiendo de lo sucedido en ese gran país del norte, que se proyectó y desparramó por el mundo.

Y añadimos lo que apuntaba Paul Krugman (Premio Nobel de Economía 2009): “si no actuamos con *rapidez y audacia*, declaraba el presidente Barack Obama en un discurso, *podríamos experimentar una recesión económica mucho más profunda, que podría provocar un desempleo superior al 10%*”. Si me preguntan a mí, diría que Obama estaba siendo muy suave. El hecho es que las recientes cifras económicas son aterradoras, no sólo en Estados Unidos, sino en todo el mundo. La fabricación, en concreto, se está desplomando por doquier. Los bancos no prestan; las empresas y los consumidores no gastan. Las cosas como son, esto se parece mucho al principio de la segunda Gran Depresión.³⁵

34. La frase del texto pertenece al filósofo Fernando Savater y se halla en su último libro: *La aventura del pensamiento*, Sudamericana, Buenos Aires, 2008, p. 331, nota 3.

35. Krugman, Paul, “Luchar contra la depresión”, *El País*, Sección Negocios, 11/01/2009,

Hay una verdad reconocida en los EE.UU. por el mismo Paul Krugman: *los mercados no se cuidan solos*. Esto lo ratificó al expresar que “he sido enormemente crítico con Alan Greenspan a lo largo de los años (desde mucho antes de que se pusiese de moda serlo), pero hay que reconocer el mérito del ex presidente de la Reserva Federal: ha admitido que estaba equivocado en cuanto a la capacidad de los mercados financieros de vigilarse a sí mismos”.³⁶

En síntesis, compartimos la visión de que “antes de la crisis, en plena vorágine de crecimiento alocado, se pedía que se dejaran manos libres al mercado, al que se consideraba justo repartidor de riquezas. En sectores que son sistémicos, no sólo la banca, *es absurdo que el Estado se retire del todo*. Si por volumen de empleo o el peso en la economía, una empresa no puede caer, el Estado debe tener controles y supervisión”.³⁷

6.3. La re-regulación Argentina

Queda así fundamentada la necesidad de la reglamentación –prudencial– en la materia que estamos tratando, concebida al presente con ese nombre.

Veamos ahora qué es lo que se ha hecho entre nosotros y sus resultados hasta el presente.

6.3.1. Restricciones y “cepo” cambiario

Nos ocuparemos a continuación de estos dos aspectos y lo haremos sucintamente debido a la extensión que ya va teniendo este trabajo.

pp. 4 y 5, donde se explaya refutando a Milton Friedman, quien había sostenido que para evitar la gran crisis de los años treinta la Fed. hubiera tenido que inyectar más liquidez al mercado financiero: “La afirmación de Friedman de que la política monetaria podría haber evitado la Gran Depresión fue un intento de refutar el análisis de John Maynard Keynes, quien sostenía que, en situaciones de depresión, la política monetaria es ineficaz y que hace falta una política presupuestaria –gasto deficitario a gran escala por parte del Estado– para luchar contra el desempleo. El fracaso de la política monetaria en esta crisis demuestra que Keynes lo entendió a la primera” (*sic*).

36. Krugman, Paul, “Desastre y negación”, *El País*, Madrid, 20/12/2009, Secc. Negocios, p. 10.

37. De Barrón, Íñigo, “14 mitos caídos tras dos años de crisis”, *El País*, Madrid, 19/07/2009, Secc. Economía, pp. 22-23.

6.3.1.1. Restricciones al comercio exterior

Numerosos compromisos contractuales en moneda extranjera y el pago de importaciones u otros conceptos no pudieron ser cumplidos porque se les negó a los deudores la autorización requerida para adquirir las especies monetarias correspondientes. Estas negativas como otras instrucciones gubernamentales han sucedido incluso de modo verbal, hasta telefónico, sin que queden rastros escritos de ellas.

Lo primero que cabe decir al respecto es que tales medidas atentan contra el estado de derecho y la institucionalidad de la República.

Lo segundo es que la gran avidez del Gobierno por acumular dólares para el pago de deuda, el llamado “desendeudamiento”, puede tal vez obedecer a ciertos compromisos –también verbales– contraídos con autoridades de otros países.

Pero en vez de esto y las fallidas medidas adoptadas para doblegar al mercado cambiario, que se le resiste, bien se pudo intentar refinanciar esa deuda. Claro está que para ello se precisaría alguna institución internacional o país que estuviera dispuesto a prestar, lo que parece difícil en atención a la calificación del nuestro que retrocedió al puesto 102 sobre 175 en el *ranking* de Transparency Internacional.³⁸

Dichas medidas al principio comenzaron a afectar las importaciones y su pago, e indirectamente algunas exportaciones que necesitan suministros o partes importadas; continuaron con un progresivo endurecimiento de los requisitos que se impuso para adquirir dólares, hasta consumir con todo ello el llamado “cepo cambiario” (a continuación) que se conoce como tal y afecta los derechos de propiedad y hasta la salud de muchos ciudadanos que están imposibilitados de adquirir a tiempo ciertos medicamentos.

Posteriormente la Resolución 11/2013 (B.O. 25/1/13) del Ministerio de Economía dispuso la derogación de los procedimientos implementados para el Trámite de las Licencias de Importación. Pero esta medida ha sido –hasta ahora– parcial, ya que abarcó solamente a las importaciones de “papel,

38. Conf. *Transparency International*, Overview Data & Research Public Opinion Legal Framework Our work Corruption Challenges - Center for the Implementation of Public Policies Promoting Equity and Growth (CIPPEC), The Global Corruption Barometer, con sus calificaciones que fueron públicamente difundidas.

artículos para el hogar, juguetes, calzado, motocicletas, cubiertas de bicicletas, pelotas, productos textiles, manufacturas diversas, partes de calzado, productos metalúrgicos, hilados, tejidos, neumáticos, tornillos, autopartes, y vehículos”, principalmente del Mercosur.

En el mismo orden de ideas que venimos exponiendo, y para peor, muchas obligaciones en moneda extranjera no pueden ser pagadas porque los deudores no la poseen, ni tampoco pueden adquirirla porque la AFIP no lo permite al sujetar la adquisición a variadas condiciones que tampoco han sido suficientemente informadas. En muchos casos los requirentes obtienen negativas a través de un sistema informático que sólo deniega, sin explicar nada.

La demostración del fracaso de tales medidas extremas e intermitentes en nuestro país se comprueba con la historia de devaluaciones y depreciaciones de la moneda nacional, que las sufrió trece veces en las últimas cinco o seis décadas.

La existencia de más de dos tipos de cambio, el oficial, el paralelo o “blue” y el contado “con liqui” (al que ya nos hemos referido),³⁹ más esas otras medidas de gobierno poco acertadas y adoptadas para forzar la vieja costumbre de nuestra sociedad que ahorra o “se cubre” con esa moneda, han tenido el efecto contrario al buscado, como se verá un poco más adelante.

Y esto es así porque –en el caso del dólar– está probado desde hace años en nuestro medio que el mercado se termina por imponer siempre, no logrando las medidas oficiales torcer la voluntad de los ciudadanos.

6.3.1.2. Control de cambios y “cepo” cambiario. Fuga de depósitos y disminución de reservas

La normativa principal que instituyó ese denominado *cepo* se produjo en octubre de 2011, y fue la Comunicación A “5239” del BCRA junto con las resoluciones 3210 y 3212 de la AFIP.

39. Gerscovich, Carlos G., “Dólar: es legal el ‘contado con liqui’”, *Ámbito Financiero* del 19/10/2012, p. 6. Más recientemente se siguió el mismo criterio por la CNAPE (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico), cuya Sala B dejó sin efecto una sentencia que sancionaba a un banco por la realización de tales operaciones que, en rigor, no son cambiarias ni constituyen un ilícito tipificado en la órbita de la ley 19.359 del Régimen Penal Cambiario.

Cabe también mencionar la que luego –a comienzos de marzo de 2012– bloqueó los retiros de dólares desde cajeros automáticos en el exterior (comunicación “A” 5294 del BCRA). También la que operó a comienzos de julio de 2012 cuando sólo restaban las ventas de dólares con destino al ahorro (comunicación “A” 5318 que regularizó una determinación que la AFIP ya aplicaba de facto e irregularmente desde mayo).

Subrayamos que la Circular 5318 CAMEX 1 - 699, referida al MULC, Mercado Único y Libre de Cambios (05/07/2012), fue la que afectó más directamente al cepo y a las personas residentes en el país. Y que no es “único”, ni tampoco “libre”, porque hay otros mercados de cambios y aquél está administrado por el Gobierno a través del BCRA,

Aclaremos que las citadas disposiciones podrían verse modificadas al tiempo de aparecer publicado este artículo, por lo que prescindiremos de transcripciones literales de sus textos para ir directamente a sus prescripciones más relevantes, entre las que se encuentran algunas en materia de formación de activos externos de residentes, transferencias al exterior para el pago de servicios que correspondan a prestaciones de no residentes, la compra de billetes en moneda extranjera y cheques del viajero, bajo el concepto de “turismo y viajes”, la llamada “validación en el Programa de Consulta de Operaciones Cambiarias implementado por la AFIP” como requisito para el acceso al mercado de cambios por las compras de moneda extranjera del sector privado en concepto de turismo y viajes, el acceso al mercado local de cambios por el pago de: “Otros servicios de información e informática, Servicios empresariales profesionales y técnicos, Regalías, Patentes y Marcas, Primas por préstamos de jugadores, Derechos de autor, Servicios personales, culturales y recreativos, Pagos de garantías comerciales por exportaciones de bienes y servicios, Comisiones comerciales, Derechos de explotación de películas, video y audio extranjeras, Servicios por transferencias de tecnología por Ley 22426 (excepto patentes y marcas)”, todo sujeto a la conformidad del BCRA, pago de intereses que correspondan a deudas impagas o que son canceladas simultáneamente con el pago de intereses, e incluso los servicios de transporte internacional de cargas por carreteras, etc., también sujetos allí a dicha reglamentación.

Se ha dicho que “el cepo es un artefacto ingenioso, ideado para sujetar, retener o inmovilizar algo, o alguien, como consecuencia de alguna determinada conducta del inmovilizado, para la que ha sido ideado, y de la que deriva su forma o el estado de sujeción, la cual puede ser planificada o

espontánea [...] Entonces, la definición de ‘cepo cambiario’ parece ajustarse a la realidad del régimen implementado por el Gobierno” (continuamos transcribiendo).

“Es cierto que puede discutirse que el actual control del mercado de divisas sea ingenioso, ya que en los últimos 70 años se utilizó en más de 20 programas económicos, todos los cuales terminaron con fuertes devaluaciones y la gran mayoría, en crisis cambiarias e incluso bancarias. Sin embargo, le ha servido al Gobierno para retener las divisas de aquellos que están obligados a liquidar en el mercado oficial y sujetar el valor del dólar para pagarles menos de lo que vale, para lo cual inmoviliza a los particulares y las empresas evitando que puedan competir por la demanda de dichos activos extranjeros. [...] Públicamente, los funcionarios del Gobierno y del Banco Central justifican las restricciones a la compra de divisas (aunque nuestra mandataria las niega) en que son necesarias para priorizar el crecimiento industrial y económico, que demanda importaciones de insumos y de capital. Sin embargo, desde la aplicación del control de cambios reforzado con medidas que cerraron la economía, las importaciones de todo tipo se desmoronaron, pero particularmente las de insumos y bienes de capital. Es que a nadie le puede atraer invertir y producir en un país donde se cambian las reglas de juego, no se puede disponer de las ganancias y se debe acomodar el manejo de los negocios propios según convenga al gobierno de turno.

Es falso el argumento de que lo que faltan son dólares, y por ello hay que cuidarlos. Si cualquiera tiene que pagar la cuota de un crédito en moneda extranjera, analiza cuánto gana, resta lo que necesita para comprar las divisas y ajusta el resto de sus gastos a lo que le queda como saldo. En cambio, desde hace años, el Gobierno se gasta todo lo que le ingresa e incluso más. Luego, cuando no tiene con qué pagar sus compromisos, le pide al Banco Central (BCRA) que lo haga por él, para lo cual les cobra a los argentinos el famoso ‘impuesto inflacionario’, que es la otra cara de la depreciación de la moneda local y también se refleja en el alza del tipo de cambio. Es decir, no faltan dólares, sobra gasto público.

De hecho, si se hubiera mantenido la libertad cambiaria y el Banco Central hubiera emitido para financiar al Gobierno todo lo que efectivamente lo hizo hasta ahora, el tipo de cambio estaría entre \$ 5,80 y \$ 6,20. Es decir, no es que vamos a tener que devaluar, es que el Gobierno ya lo hizo y busca ocultarlo con un ‘cepo cambiario’, instrumentado con medidas que son ilegales e inconstitucionales. No hay ninguna norma que le haya delegado

a la AFIP la facultad de exigir a los argentinos que le pidan permiso para comprar divisas.

Tampoco existe una que le permita al Banco Central prohibir a los particulares y las empresas comprar divisas para aquello que deseen. De hecho, el decreto 260/02 vigente da origen a un mercado cambiario único y libre” (*sic*).⁴⁰

Lo cierto es que el valor del dólar en moneda nacional, o tipo de cambio, sirve para medir el estado y la situación de la economía en un momento dado.

Cuando la moneda extranjera se escapa de los depósitos bancarios y es a la vez muy reclamada, subiendo su valor, estamos en principio ante una mala señal.

A principios de junio de 2012 se retiraban unos 100 millones diarios de dólares de los bancos (según información difundida por el Banco Central) y lo grave de esto es que en parte son computables como reservas del país.

Pero parece que ocurre lo contrario a los acontecimientos anteriores que presentaban estas características huidizas de capitales, ya que a diferencia de aquéllos no se produjo en los tiempos actuales una corrida con fuga de depósitos tan importante, como la que ocurrió aquel nefasto 30 de noviembre de 2001, cuando las reservas cayeron en 1.700 millones de dólares (por reclamos de conversión de pesos a dólares, acorde con la vieja costumbre argentina de ahorrar en esta moneda), y los depósitos disminuyeron en 1.348 millones.⁴¹

De todos modos y según las últimas informaciones disponibles al tiempo de escribir estas líneas, recientes noticias dan cuenta de que se fugaron de la Argentina casi 7.000 millones de depósitos en moneda extranjera.⁴²

40. Abram, Aldo, “Cepo a la ‘libertad’”, *La Nación*, 28/10/12, edición impresa, Secc. “Economía”, p. 6, disponible en <http://www.lanacion.com.ar/1521170-cepo-a-la-libertad>; en nuestra opinión la última frase del texto no es correcta y no puede significar que esté permitido comprar o vender moneda extranjera a quienes no están autorizados para ello, ya que hacerlo está previsto y sancionado por la ley del RPC 19.359 en su artículo 1, incisos a) y b).

41. Según datos que recopilé en Gerscovich, Carlos G., *Legislación de la Emergencia*, Lexis Nexis Depalma, Buenos Aires, mayo de 2002, p. 69, nota 87.

42. Fuente: “Industria contra proteccionismo”, según el diario *El Mundo*, España, 31/12/12, en versión de *Clarín* de la misma fecha, p. 2.

En efecto, otros datos e informes indican: “El último informe sobre flujo de capitales hacia los mercados emergentes del Instituto Internacional de Finanzas (IIF) afirma que Argentina es uno pocos países de América Latina que “está luchando contra la fuga de capitales”. De acuerdo con el informe, el Gobierno se ha visto obligado a reforzar los controles sobre el acceso al mercado oficial de divisas debido a una serie de “temas internacionales no resueltos”. Entre ellos menciona los juicios de los *holdouts*, demandas en el Banco Mundial, la deuda con el Club de París y la ausencia de revisión anual de la economía por parte del FMI.

El Instituto –que usa datos del Banco Central– indica que “la fuga de capitales comenzó a aumentar en el primer trimestre del 2011, cuando era de US\$ 2.200 millones. En el tercer trimestre de ese año, alcanzó su pico, cuando se fueron unos US\$ 8.500 millones. Consecuentemente, en octubre de ese año, el Gobierno impuso los controles al flujo de capitales”.⁴³

Desde otro punto de vista más amplio puede decirse también lo siguiente con referencia al dinero que escapa de los bancos.

El Banco Central reveló que, en la Argentina, la llamada fuga de capitales (que es, sencillamente, la cantidad de pesos que quedan inutilizados fuera del sistema) se ubicaba ya en esos días (promediando 2012) en una tercera parte de la que era el año anterior: debajo de los u\$s 2.000 millones en el segundo trimestre de este año, y con un total acumulado de esos u\$s 3.600 millones en la primera mitad del año. Es, en concreto, apenas un tercio de la que se había registrado en igual período de 2011.

El dato no hace más que reflejar lo que a esta altura no es una novedad: que los impedimentos puestos en marcha por el Gobierno para la compra de dólares son tan extremos que sólo contemplan excepcionalmente los pedidos de (algunos) turistas y funcionarios públicos que deben viajar al exterior.

Algunos banqueros y consultores consideran que una buena parte del dinero que los ahorristas dejaron de destinar a la compra de dólares continúa desapareciendo por completo del sistema financiero y tiene, muchas

43. Barón, Ana (Washington), en *Clarín* ed. impresa, 23/01/2013, p. 16, y en IEco, suplemento económico del mismo diario, Sección “El país”: informe del Instituto Internacional de Finanzas, *Salida de capitales: la Argentina, una excepción en América latina*, disponible en http://www.ieco.clarin.com/economia/Salida-capitales-Argentina-excepcion-America_0_852514786.html.

veces, un destino oculto en la economía informal. Eso explica, dicen, que hoy el dólar *blue* tenga una demanda sostenida por encima de los \$ 7.

Algo de esto puede notarse en otra estadística del Banco Central: sólo en los últimos 30 días, los billetes y monedas en poder del público aumentaron en \$ 11.000 millones, mientras que los depósitos bancarios lo hicieron en \$ 7.000 millones.

Una gran parte de la creación de dinero que está haciendo el Banco Central por la expansión monetaria se está quedando en el bolsillo de la gente. Y al quedar ahí, no se genera dinero secundario y se pierde “capacidad prestable” (se entiende que de las entidades bancarias, y para el otorgamiento de créditos).

La proporción de la base monetaria que queda como “circulante” pasó del 68% al 72,5% en los últimos doce meses, según las cifras del BCRA.⁴⁴

En cuanto a las reservas, recientes informaciones dan cuenta de su disminución: “El Banco Central informó que enero cerró con reservas por US\$ 42.650 millones. Son casi US\$ 10.000 millones menos que la que existían dos años atrás, cuando alcanzaron un pico de 52.427 millones de dólares. [...] Los US\$ 42.650 millones no alcanzan, al valor del dólar oficial, para respaldar los pesos en circulación que rondan el equivalente a US\$ 60.000 millones. Esta baja relación reservas/base monetaria, sumado al ‘cepo cambiario’, al déficit fiscal y otros desequilibrios, mete más presión al dólar paralelo que bordeó los \$ 8”.⁴⁵

6.3.1.3. Operaciones inmobiliarias en disminución

La venta de inmuebles en la Ciudad de Buenos Aires cayó 27,6% en julio interanualmente. Así registró la octava caída consecutiva de la actividad debido al cepo al dólar. Los montos se redujeron 22,9% anualmente a \$

44. Olivera Doll, Ignacio, “Cae 70% la dolarización pero la gente se queda con más dinero fuera del banco”, Cronista.com, 17/08/2012, disponible en:

<http://www.cronista.com/finanzasmercados/Cae-70-la-dolarizacion-pero-la-gente-se-queda-con-mas-dinero-fuera-del-banco-20120817-0072.html>.

45. Bermúdez, Ismael, “Caen las reservas del Central y le agrega más presión al dólar”, IEco, *Clarín*, edición impresa, p. 16, disponible en http://www.ieco.clarin.com/economia/Caen-reservas-Central-agrega-presion_0_857914254.html.

1.748,6 millones. El valor promedio de las transacciones fue de \$ 435.616, lo que significó una suba del 6,5%, pero el más bajo desde septiembre de 2010.

Se ha dicho que “la infortunada decisión de instalar el ‘cepo cambiario’ por medio de una resolución de la AFIP, que impone al BCRA restricciones a la venta de moneda extranjera, ha generado la imposibilidad de cumplir una variedad de contratos vinculados al ámbito inmobiliario (compraventa, locación, leasing, fideicomiso), cuya moneda de pago es primordialmente el dólar estadounidense. Esta insensata decisión, tomada –según la explicación oficial– para evitar el aumento en las cotizaciones de las monedas extranjeras sobre la nuestra, ha provocado el efecto contrario o sea, corrida bancaria y aumento del dólar en el mercado marginal (‘blue’), generando una virtual devaluación del peso por la natural desconfianza de los ya muchísimas veces estafados habitantes del país, que recuerdan con pánico lo acontecido en los años 2001 y 2002 y antes (ej. 1989), más los inolvidables ‘Sigotazo’ y ‘Rodrigazo’, hechos ya instalados en la memoria colectiva. Más se acrecienta la incertidumbre por las imprudentes declaraciones de algunos funcionarios sobre la necesidad de ‘pesificar’ los contratos y la economía en general”.⁴⁶

El “Informe Mensual sobre Evolución de las Escrituras de Compraventa” elaborado por el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires registró la octava disminución consecutiva de operaciones. Este hecho no se registraba desde 2009.

El repunte verificado en mayo y junio no pudo sostenerse en julio. La actividad se contrajo respecto al mes previo, al punto que fue la más acentuada en la serie histórica que comienza en 1998.

En el acumulado de los siete meses se anotaron 28.057 actos, que significaron una contracción de 17,6% en comparación con similar período de 2011.⁴⁷

Datos análogos fueron informados por otras publicaciones, a saber:⁴⁸

46. Abatti, Enrique L. - Rocca, Ival (h.), *Los contratos inmobiliarios en dólares y las restricciones cambiarias (contratos en dólares y cepo cambiario)*, 7/6/2012, Ed. Microjuris.com Argentina Cita: MJ-DOC-5818-AR | MJD5818.

47. “Por el cepo al dólar, la venta de casas en la Ciudad cayó por octavo mes”, *Ámbito.com*, 6/9/12, http://www.ambito.com/noticia.asp?id=652828&goback=%2Egde_152553_member_159740915.

48. “El cepo cambiario hizo caer 17,2% la venta de departamentos en la Ciudad”, *Infobae.com*, 1/8/12, disponible en <http://www.infobae.com/notas/662312-El-cepo-cambiarior-hizo-caer-172-la-venta-de-departamentos-en-la-Ciudad.html>.

“La plaza inmobiliaria porteña reflejó con dureza las restricciones al dólar. En junio se produjo la séptima caída interanual consecutiva y la quinta en el año a tasa de dos dígitos. Las **franjas de menor valor fueron las más afectadas.**”

“El relevamiento de actos escriturales del Colegio de Escribanos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires determinó en el sexto mes de 2012 una contracción de las transacciones a 4.757 compraventas de viviendas.

El monto de las transacciones ascendió a \$2.411,5 millones, 4,6% superior al que alcanzó un año antes, y fue equivalente a u\$s 535,8 millones al tipo de cambio que informa el Banco Central. En ese caso representó una declinación de 4,7% interanual.

En cambio, si la conversión se hace al tipo de cambio libre, surge una contracción de los negocios a u\$s 400 millones, unos u\$s 160 millones menos que un año atrás.

El monto de las operaciones representó entre 27% y 20% del monto de retiro de depósitos en dólares del sistema bancario en junio.”

6.3.1.4. Tarjetas de crédito. Empresas operadoras y de turismo

La comunicación “A” 5335 del BCRA Circular, CONAU 1 - 987, RUCOR 1 - 996, Régimen Informativo Contable Mensual de Operaciones de Cambios” (R.I. O.C., publicada en el BO del 22/10/12) modificó algunos códigos del régimen de información mediante el cual las entidades financieras reportan sus actividades, y las de sus usuarios, en el mercado cambiario. En rigor, la nueva normativa eliminó un “código” de uso cotidiano en bancos, casas de cambio y otras entidades financieras, que se usaba para comunicar al Banco Central compras de divisas con destino a turismo, una de las pocas operaciones cambiarias que todavía no están completamente cerradas.

Así, las empresas que operan tarjetas de crédito en la Argentina pasaron a formar parte de la legión de compradores de divisas que necesita el preacuerdo de la AFIP.

El nuevo régimen de información no se concentra sobre las compras de los usuarios de tarjeta de crédito, ni siquiera sobre el pago de los resúmenes de consumos en dólares que perciben los bancos. Tanto el cliente como el banco realizan esas operaciones totalmente en pesos, al cambio oficial. Se

enfoca, en cambio, en las compras de divisas que hacen las operadoras de tarjetas de crédito para pagar a sus filiales en el exterior, para cancelar en moneda extranjera los gastos hechos por sus usuarios en esas mismas monedas. En esa instancia es en la que se concreta la fuga de divisas que ya roza los u\$s 400 millones.

La autoridad monetaria investigará así el gasto con tarjetas fuera del país, un concepto que crece 117% en el último año debido a que es una de las pocas vías que quedan para abonar consumos en moneda extranjera en pleno cepo cambiario.⁴⁹

Además las compras efectuadas en el exterior, con tarjetas de crédito, tuvieron un recargo posterior, del 15% (determinado por la AFIP, Resolución General 3.378). Este porcentaje se les aplicará a todas las personas que viajen al exterior y usen sus tarjetas de crédito, quienes podrán deducirlo luego como un adelanto, que aún no se ha establecido definitivamente cómo se devolvería y a quienes estén exentos.⁵⁰

No quedó tampoco clara de inicio la situación de los que no estuvieran inscriptos, ni la de los monotributistas, quienes no pueden computar saldos a favor debido a que abonan una cuota fija que incluye los gravámenes y no tributan el impuesto a las ganancias.

49. Conf. "Ahora las emisoras de tarjetas de crédito deberán obtener la validación para comprar divisas", nota s/f en "IProfesional.com", 07/08/2012, disponible en http://finanzas.iprofesional.com/notas/142115-Ahora-las-emisoras-de-tarjetas-de-credito-debern-obtener-la-validacin-para-comprar-divisas?goback=%2Egde_152553_member_143710889; también puede consultarse la nota titulada "Se suman más controles para la compra de divisas", Barbería, Matías, "Las operadoras de tarjetas deberán validarse con la AFIP", Cronista.com// **No es una sugerencia, hay que determinar cuál es el título de la nota y qué es ese otro título.**/, 07-08-12, <http://www.cronista.com/finanzasmercados/Las-operadoras-de-tarjetas-deberan-validarse-con-la-AFIP-20120807-0050.html>, donde se aportan estos datos: "desde la implementación del cepo cambiario, en octubre del año pasado, las financiaciones en moneda extranjera a través de tarjetas de crédito crecieron un 67% y acumulan un 117% en relación a un año antes. El 27 de julio pasado, último dato disponible, el stock de crédito con tarjeta alcanzaba los u\$s 396 millones, más de u\$s 200 millones más que a la misma fecha del año 2011".

50. Véase: "El Gobierno da un nuevo batacazo al dólar y ahora carga con 15% los consumos con tarjetas de crédito en el exterior", iprofesional.com, 30/8/2012, disponible en <http://ar.finanzas.yahoo.com/noticias/gobierno-batacazo-dolar-carga-15-211504567.html>.

Sí se aclaró, en cambio, que con esa medida “la AFIP busca asegurar el pago del impuesto por parte de aquellos contribuyentes que manifiestan mayor capacidad contributiva” y que las nuevas disposiciones regirán para las operaciones realizadas a partir del 1º de septiembre y que se liquidan en octubre y serán publicadas el viernes en el Boletín Oficial.

En definitiva y tras algunos vaivenes se definió después que “...las compras con tarjetas de crédito que se realicen en el exterior tendrán ese recargo de 15%, que se incluirá en el resumen mensual y se tomará a cuenta de los pagos de Ganancias o Bienes Personales. Así lo anunció el titular de la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP), Ricardo Echegaray, quien enfatizó que “no es un nuevo impuesto sino un adelanto” de las liquidaciones anuales de los mencionados tributos.

Concretamente, la citada Resolución General 3.378 establece una percepción del 15% sobre el monto total de los consumos en el exterior que realicen los turistas “de alto poder adquisitivo”. El comunicado oficial indicó que “a diferencia de otros países –como por ejemplo Brasil, donde se aplica un impuesto del 6% sobre estos consumos– la nueva medida implica un pago a cuenta que los contribuyentes podrán utilizar para cancelar obligaciones impositivas, como Ganancias o Bienes Personales”.⁵¹

Otras noticias posteriores, más completas, dieron cuenta de que el Gobierno dio su primer paso en contra del uso de las tarjetas de crédito para compras en el exterior.

El propio titular de la AFIP, Ricardo Echegaray, admitió cuál era el objetivo último de esta medida: “desincentivar el consumo en el exterior, preferimos que se queden todos a veranear en la Argentina”, dijo, incurriendo en algo ajeno a sus funciones.

El uso del dinero plástico era el último subterfugio para quienes querían hacerse de manera indirecta de dólares sin recurrir al mercado paralelo. Sucede que, como está permitido saldar el resumen de gastos en moneda extranjera utilizando pesos –y los bancos deben realizar la conversión al tipo de cambio oficial–, este tipo de operaciones resultaba un buen negocio.

Así, el atractivo fue aumentando conforme lo hacían las restricciones cambiarias, consiguiéndose un efecto opuesto al buscado. En el mercado

51. Véase: “El Gobierno da un nuevo batacazo al dólar y ahora carga con 15% los consumos con tarjetas de crédito en el exterior”, cit.

local, se hicieron más intensas. En efecto: a medida que los controles por parte de la AFIP se fueron multiplicando, el ritmo de compras con tarjetas en otros destinos creció a un ritmo vertiginoso.

Por medio de la Comunicación A 5335 el BCRA modificó el régimen informativo de las entidades financieras para el concepto turismo y viajes.

De tal modo, las medidas que contribuyeron a alimentar el fenómeno fueron de lo más variadas:

- La primera fue la instauración del “cepo”.
- Luego tuvo otro impulso cuando se prohibió el retiro de dólares en los cajeros automáticos del exterior apalancados con cuentas en pesos en bancos locales.
- Más tarde, se limitó todavía más la entrega de dólares físicos a los turistas, de manera que el promedio de u\$s 120 por día y por persona bajó a 80 dólares.
- A esa medida le siguió la conversión a moneda local para quienes viajasen a los países limítrofes. Y además, una reducción en el tiempo de entrega de los billetes, que recién puede concretarse unos días antes del viaje.

Así las cosas, el saldo por compras fuera del país en agosto quebró la barrera de los u\$s 400 millones, marcando un récord histórico desde la salida de la convertibilidad.

El nivel creció al 125% respecto a agosto de 2011.

En este contexto, el Ejecutivo dio la primera señal de que el camino a seguir sería el de atacar la “grieta” generada por las tarjetas de crédito. El BCRA, dio el visto bueno para que los bancos privados pesificasen los saldos dolarizados por compras en el exterior.

Esto pasó a generarle un mayor costo financiero a sus titulares, dado que la tasa de los saldos en pesos (es decir, lo que no se cancela y se posterga para el mes siguiente) resulta ser 10 puntos superior a la del monto impago en dólares.

Sin embargo, tal y como quedó demostrado, el Gobierno fue más allá, aplicando ese 15% en contra del uso de las tarjetas fuera del país.

El problema para el Gobierno es que todo el consumo realizado en el exterior representa una suerte de “fuga de capitales” (impropia), ya que los bancos luego deben adquirir esos dólares para girarlos al exterior contra una

cuenta que cada uno de esos bancos tiene en el BCRA que, a su vez, tiene esos montos contabilizados –en parte– como reservas.

A esto se suma la incertidumbre que genera el escaso tiempo entre el pedido formal de dólares a la AFIP y el día previsto para el viaje.⁵²

6.3.1.5. Dólar “blue” o paralelo. Deterioro del tipo de cambio

Se discute si el volumen diario que se opera en ese mercado informal de cambios está en torno a los 40 millones de dólares, en tanto que para el BCRA es de tan sólo 10 millones de dólares.

Sea cual fuere lo cierto, ése es quizá el valor –de mercado– más utilizado para medir el verdadero poder adquisitivo que tiene cada dólar en pesos argentinos.

El llamado “atraso cambiario” (o sea, el valor de la moneda extranjera en el mercado y en pesos nacionales, confrontado con las mediciones oficiales de precios del INDEC, que son inferiores) ocurrió, continúa y se explicó de este modo:⁵³ “el dólar avanzó 12% desde el cepo y duplicó el ritmo de devaluación (en rigor, se trata técnicamente de *depreciación monetaria*). Octubre de 2012 fue el mes de mayor avance este año.

El tipo de cambio competitivo –que el Banco Central se precia de mantener– pierde terreno aun en un mercado cambiario cerrado. El dólar avanzó 12% desde que en octubre pasado se impuso el cepo cambiario, el doble de lo que trepó en los doce meses previos, pero aún así el peso argentino perdió competitividad. En términos reales, la moneda local se encareció 13,57% desde en ese mismo período. [...] Entre octubre de 2010 y mismo mes del

52. IProfesional.com, 02/09/2012, “Se concretó lo que ya se preveía, un cargo del 15% para compras con plásticos fuera del país. Crece el rumor de dos nuevas medidas que podrían llegar antes de fin de año”, Gutiérrez, Fernando - Wasilevsky, Juan Diego, disponible en: http://economia.iprofesional.com/notas/143818-El-Gobierno-finalmente-dio-a-luz-al-dlar-turista-y-arranc-con-la-primer-medida-para-frenar-la-fuga-con-tarjeta-goback=%2Egde_152553_member_157836806.

53. Cronista.com, 01/11/2012, Barbería, Matías, “Se agravó en el último año el deterioro del tipo de cambio y el peso se encareció 13,6%”, en <http://www.cronista.com/finanzas-mercados/Se-agravo-en-el-ultimo-ao-el-deterioro-del-tipo-de-cambio-y-el-peso-se-encarecio-136-20121101-0025.html>.

año pasado, sin trabas en el mercado cambiario, el encarecimiento del peso frente a las demás monedas había sido de sólo 9%.

Según el tipo de cambio real multilateral (elaborado por el Estudio Bein), desde la imposición del cepo cambiario, en realidad, el peso se encareció 13,57%.⁵⁴

El Banco Central pareció tomar nota del rezago competitivo del tipo de cambio y, durante los últimos tiempos aceleró el ritmo de suba del dólar. Lo cual implica un movimiento depreciatorio menor, que no tiene el abrupto alcance de otros que le precedieron en distintas épocas, verdaderas devaluaciones monetarias que tuvieron las nefastas consecuencias que el gobierno actual parece querer evitar.

6.3.1.6. Problemática del pago en moneda extranjera⁵⁵

Por consecuencia de las medidas examinadas hay obligaciones en moneda extranjera que no pueden ser canceladas porque los deudores no poseen los billetes necesarios para ello y tampoco pueden adquirirlos en el –aún llamado– mercado único y libre de cambios (MULC) porque el Gobierno Nacional no se los permite hacer libremente.

Se ha generado así en la práctica un conflicto derivado de la pretensión de algunos contratantes de cobrar en dólares; y la de otros de pagar en pesos al tipo de cambio vigente en el mercado oficial.

Nos referimos especialmente a aquellos contratos en los que las partes no han previsto ninguna alternativa frente a control cambiario que impide

54. El tipo de cambio real multilateral calcula el valor relativo del peso respecto de las monedas de los países que comercian con la Argentina, agregando a las variaciones de sus cotizaciones el avance de los precios internos de cada país. Así, el tipo de cambio real multilateral de la Argentina incluye la inflación local, de Brasil, China, Estados Unidos y otros socios comerciales para estimar qué tan caro o barato es el país.

55. Seguimos acá –con comentarios adicionales propios– las ideas de Pirovano, Pablo A., “Las Obligaciones en Moneda Extranjera Frente a la Imposibilidad de Adquirir la Moneda de Pago”, en *Abogados.com* 21/06/12. Y también a Grispo, Jorge Daniel, “¿Qué Hacer con los Contratos en Dólares? La Nueva Política Cambiaria Nacional y su Impacto en los Contratos”, *Abogados.com*, 2/9/12, disponible en <http://www.abogados.com.ar/que-hacer-con-los-contratos-en-dolares-la-nueva-politica-cambiaria-nacional-y-su-impacto-en-los-contratos/10752>.

adquirir libremente los dólares necesarios para cumplir con la obligación y en los cuales el deudor no ha declarado poseer los dólares.

En acatamiento a las disposiciones vigentes, el deudor deberá pedir autorización a la AFIP y, como suele ocurrir, ésta es denegada sin mayores explicaciones. En ese supuesto, el deudor se encuentra frente a un serio dilema: o acude al mercado paralelo para hacerse de los dólares, cometiendo una infracción penal cambiaria –más allá de la excesiva onerosidad en que se ha convertido la obligación– o incumple el contrato. La alternativa del incumplimiento parece ser la que queda. ¿Cómo defenderse frente a la segura acción del acreedor, si la Justicia no lo ampara en el derecho de exigir al Estado Nacional que autorice la adquisición de la moneda extranjera?⁵⁶

El análisis teórico-práctico que debemos realizar es si estamos o no frente a un hecho del príncipe que no ha sido previsible o que, siéndolo, no ha sido posible evitarlo o, simplemente, siendo una circunstancia atribuible a la escasa capacidad patrimonial del deudor –tal como lo cataloga la AFIP– no habría defensa frente al accionar del acreedor.

Si es posible alegar la circunstancia de que sea un caso fortuito, el deudor entonces habrá de evitar la ejecución de la obligación interponiendo esta defensa. Luego, el juez deberá ordenar el cumplimiento de la obligación de modo tal que se respete lo pactado con la salvedad de la entrega de los dólares, debiendo entregarse la cantidad de pesos necesarios para que el acreedor adquiera los dólares estadounidenses en el mercado libre y único de cambios. Para ello, la justicia tiene la potestad de ordenar al banco oficial de depósitos judiciales que realice el cambio de los pesos que el deudor debe abonar por los dólares estadounidenses que el acreedor deberá cobrar.⁵⁷

56. Así lo mencionamos porque los pronunciamientos judiciales mayoritarios hasta ahora han venido desestimando las diversas medidas cautelares y las acciones de amparo promovidas en tal sentido –por no cumplirse sus recaudos– y que por razones de espacio nos abstenemos de transcribir.

57. Acerca de estas cuestiones nos hemos expedido en Gerscovich, Carlos G., *Derecho económico monetario*, Depalma, Buenos Aires, 1991, p. 111 y ss., N°41, analizando las normas aplicables a la que llamamos *conversión forzada de la obligación dineraria a moneda nacional*.

Otra alternativa posible es que no se determine judicialmente la existencia de un caso fortuito en virtud del cual el deudor se ve imposibilitado de pagar la obligación en el signo monetario comprometido. En tal situación, el juez habrá de condenar al deudor a cumplir la obligación en la moneda pactada, pero el dato relevante que originó el diferendo habrá de estar presente de nuevo a la hora de hacer cumplir la condena. ¿Cómo adquiere el deudor en el mercado único y libre de cambios dólares estadounidenses, si la AFIP no lo autoriza? En efecto, no es posible obligar al deudor a realizar un acto que para él es de imposible cumplimiento. La alternativa que habrá de quedar es la de la ejecución de la sentencia.

El Código Procesal de la Nación (artículo 520 *in fine*) establece que las condenas en moneda extranjera serán ejecutadas en la moneda nacional al tipo de cambio vigente en el mercado oficial.

Pensamos que la justicia no tendría entonces la solución al diferendo. Como fácilmente se advierte del análisis que someramente hemos efectuado, el deudor finalmente habría de pagar en pesos al tipo de cambio –oficial– que originalmente había pretendido utilizar para cumplir con su obligación en dólares. Con lo que el acreedor se sentirá perjudicado.

Ante esta encrucijada, parece correcto postular que en caso de no existir alternativas para sustituir de ese modo la entrega de dólares, lo mejor que pueden hacer las partes y que los abogados debemos aconsejar es renegociar la obligación. De modo tal de encontrar un equilibrio económico que permita continuar con la ejecución del contrato o bien acudir a la justicia para que ella ordene el pago en dólares previo cambio a realizar por los bancos oficiales.

Sin embargo y como recién lo apuntábamos, esta última alternativa ha sido objeto de pronunciamientos judiciales disímiles, viables e inviables en su mayoría, como hemos tenido ocasión de verificar.

Los recientes condicionamientos impuestos para el acceso a la compra de divisa extranjera constituyen restricciones que, tanto en materia de fondo como de forma, carecen de entidad jurídica –y, desde un punto de vista técnico, se encuentran desprovistas de fuerza normativa suficiente– para limitar las posibilidades y alternativas de contratación por parte de los particulares y entidades interesadas en la consecución de un negocio jurídico determinado.

Nuestro Código Civil –aún vigente, mientras sigue pendiente en el Congreso su reforma, aparentemente postergada de facto y *sine die*– establece en forma expresa, en su artículo 619, que si la obligación pactada

consiste en entregar una suma de determinada especie o calidad de moneda (como por ejemplo dólares estadounidenses) dicha prestación deberá cumplirse “dando la especie designada, el día de su vencimiento”. Claro está que, cuando la obtención de la divisa pactada sea obstaculizada discrecional e infundadamente por la autoridad fiscalizadora, existe una actitud inconsistente con reglas elementales de libertad contractual y manifiestamente opuesta al cumplimiento de las obligaciones contraídas de buena fe por las partes contratantes.

Todo lo cual nos lleva a la cuestión que sigue.

7. ¿Las restricciones y el cepo cambiario son constitucionales?

Indudablemente el cepo constituye en principio una restricción al derecho de propiedad, en tanto limita el libre acceso a la compra de divisa extranjera. Pero el punto es elucidar aquí si tal restricción se justifica, si es o no constitucional.

Sabemos que en principio todos los derechos son relativos. Y por ello admiten restricciones necesarias para la vida en sociedad y para la satisfacción del interés público, o general (o sea, el *bienestar* del Preámbulo de nuestra Constitución Nacional).

La Corte estableció en el año 90 –en el caso “Peralta”, que referiremos seguidamente– la validez de las normas que con fundamento en situaciones de emergencia, limitan el derecho de propiedad.

Pasamos entonces por un momento a la siguiente temática, que consideramos de atención indispensable para el tratamiento de la situación constitucional del llamado “cepo cambiario”.

7.1. La normativa de la emergencia

Decíamos hace varios años⁵⁸ que “el cada vez más deteriorado contexto general del país, la recesión creciente desde largos años, la situación fiscal,

58. Gerscovich, Carlos G., “Sobre la inconstitucionalidad del ‘corralito’ declarada por la corte”, artículo publicado en *Lexis Nexis Jurisprudencia Argentina*, 20/02/2002, p. 26 y ss. (J.A.2002-I. fascículo 8).

un estado de necesidad en ciertas áreas y particularmente el de sus finanzas, llevaron al dictado de variadas normativas”.

Entre otras, se encontraban la ley 25.345 sobre las –cuestionadas por la doctrina– limitaciones a las transacciones de dinero en efectivo,⁵⁹ la ley 25.413 de competitividad que introdujo impuestos a los créditos y débitos en la cuenta corriente bancaria, modificaciones a la ley de cheques (supresión del régimen de multas e inhabilitaciones y eliminación de facultades del Banco Central de la República Argentina),⁶⁰ reglamentándose por Comunicación “A” 3244 (30/3/01) del mismo organismo. También se delegaron excepcionalmente facultades legislativas al Poder Ejecutivo (ley 25.414) y se sancionó la ley de intangibilidad de los depósitos 25.446 (para alejar los temores de los inversores que recordaban la apropiación de los mismos mediante el llamado “Plan Bónex”, en un –vano– intento por prevenir su huida del sistema), la ley 25.453 del “déficit cero”, y otras conocidas reglamentaciones.

A poco tiempo de concluir el gobierno de De la Rúa se dictaban nuevas normas (Decreto 1387 del 1-11-01 y otras disposiciones reglamentarias impulsadas por el entonces ministro de Economía Domingo Cavallo), imprudentemente modificatorias de nuestro derecho de fondo, público y privado. Así, vulnerándose la prohibición de afectar las disposiciones del Código Civil y del Código de Comercio, impuestas por la delegación legislativa de la ley 25.414, se reformó el art. 823 del primero para posibilitar la compensación de deudas y créditos de particulares con el Estado –que se hallaba históricamente impedida para proteger al Fisco en materia de impuestos–. Además, e inmiscuyéndose indebidamente el PEN en materia mercantil, legisló sobre la denominada “Factura de crédito” de la ley 24.760 y la “Cobranza bancaria de la factura de crédito”, título valor sustitutivo de aquélla y también título ejecutivo con legitimación activa en favor de las entidades financieras emisoras del mismo, etc.

Mediante esa norma virtualmente se colocó entonces al Estado en convocatoria de acreedores sin declarar formalmente el “default” (aunque

59. En tal sentido Salerno, Marcelo Urbano, “La reforma legislativa sobre el pago en dinero”, postulando su inconstitucionalidad, en L.L. 18-12-2000.

60. Que habíamos criticado en un trabajo publicado en la *Revista de derecho privado y comunitario* N°9, setiembre de 1995, “Cheque”, p. 35, y “Reforma al cheque”, pp. 4 y 46; también disponible en <http://www.latinlex.com>.

llevando al país a la peor calificación de riesgo: *Selective default*), manteniéndose la convertibilidad, sin devaluar y, además, sin tampoco dolarizar.

Se propuso a los tenedores de bonos argentinos el *canje y reestructuración de la deuda nacional* por medio de su conversión en préstamos o bonos, con disminución de los intereses hasta un 7% anual o su equivalente en tasa flotante (3% sobre libor) y con esperadas garantías por 5 a 6 mil millones de dólares de organismos internacionales, o de bancos de inversión, o autorizándose a afectar recursos públicos, como activos, tributos contribuciones o tasas provenientes de la recaudación, esperando su aceptación “voluntaria” por los acreedores.

Se introdujeron modificaciones a la letra de cambio (dec.-ley 5965/63), a la ley de cheque 24.452, a la de tarjetas de crédito 25.065, al Código Procesal (art. 523), se redujeron al 5% los aportes personales de los trabajadores en relación de dependencia (art. 11, ley 24.241), se reglamentó la llamada “capitalización del sector privado” (título IV, art. 27 y ss. del decreto cit.), riesgosisima operación que se prestó a todo tipo de fraudes en perjuicio del Estado, y se implementaron otra serie de medidas tendientes a superar la crisis mediante los aportes mencionados, la liberación de recursos u obligaciones antes contraídas (vgr. de los aproximadamente 14 mil millones de intereses de la deuda comprometidos para el año 2002) y la repatriación de los “requisitos de liquidez” de las entidades financieras por unos 1.900 millones de la misma moneda depositados en el Deutsche Bank de Nueva York.

La denominada “reprogramación de la deuda” comenzó en la faz interna y aparentemente logró un inicial éxito al ser “aceptada”, se anunció que por un valor de más de unos 50.000 millones, restando gestionar su tratamiento externo, que se esperaba más difícil.

Pero ese inicial “éxito” se vio rápidamente empañado por la fuga de depósitos que se venía produciendo y que alcanzó su máxima expresión, al transformarse de “corrida” en *pánico*, cuando ese viernes 30/11/01 se produjo algo parecido a lo que los libros de la materia enseñan como algo teórico, esto es, la concurrencia masiva de los ahorristas a reclamar la restitución de sus depósitos y la consiguiente imposibilidad de los bancos para efectivizarla por carencia de fondos suficientes a tal efecto en esa excepcional circunstancia.

Así, se implantó después el denominado “corralito” (decreto 1.570/01) que encerró todos los depósitos en las entidades financieras y produjo de

hecho una bancarización forzada, provocando medidas desde principios de 2002.

7.1.1. Concepto y recaudos para la declaración de emergencia

Cuando se da una situación como la descripta y vivida por nuestro país desde ya hace años y, especialmente a partir de la “catástrofe” de fines de noviembre y diciembre de 2001, entre las cosas que un gobierno puede hacer rápidamente se halla la posibilidad de declarar la emergencia (general). Se suelen aplicar los denominados DNU, reglamentos o decretos de necesidad y urgencia, es decir, reglamentos de carácter legislativo, de acuerdo a lo prescripto por el artículo 99, inciso 3º, de la Constitución Nacional.⁶¹

La emergencia tiene como principal característica su *excepcionalidad*.

Una breve reseña nos demuestra y recuerda sus alcances, a título de ejemplo para su mejor comprensión. La ley 23.696 (BO 23/8/89) de reforma del Estado declaró su emergencia económico-financiera y suspendió la ejecución de sentencias que lo condenen al pago de sumas de dinero por dos años desde su vigencia. Fijó además un régimen de transacciones con condiciones predisuestas respecto de costas judiciales, quitas y modos de pago o extinción de obligaciones estatales. Posteriormente sendos decretos redujeron las transacciones a la única posibilidad de cancelar las obligaciones del Estado con títulos de la deuda pública, cuya emisión dispuso.

Nació así el “plan Bónex” (decreto 36/80 y Comunicación “A” 1603 del BCRA), que originó el ya citado caso “Peralta”.⁶²

61. En general se ha considerado que la normativa en cuestión establece un principio general de prohibición y una excepción permisiva, sin que exista contradicción alguna en el texto: véase Quiroga Lavié, Humberto, “Decreto de necesidad y Urgencia en la Reforma de la Constitución Nacional”, L.L. 02-09-94 y García Lema, Alberto M., “Decretos de Necesidad y Urgencia. Delegación Legislativa. Agilización del trámite de discusión y sanción de las leyes”, en *La Reforma de la Constitución. Explicada por miembros de la Comisión de Redacción*, pp. 389-390, Rubinzal-Culzoni, 1994. Además cabe recordar que como ha declarado la Corte hace largo tiempo (v. Fallos, 148:430; 199:483; 218:324), el mecanismo, que opera por delegación, no merece reparos de orden constitucional (anterior art. 86, inc. 2º, conc. actual art. 99, inc. 2º de la C.N.): C.S., abr.18-978: “Fernández, Daniel”, en L.L. 1978-C-p. 118 y ED.T.78-p. 266.

62. C.S., 217/12/90, “Peralta, Luis A. y otro c/ Estado Nacional (Ministerio de Economía y Banco Central), s/ amparo”, “Fallos”, 313: 1513. En este caso el voto de la mayoría sos-

Señalaba Halperín en su análisis del momento de la misma emergencia (ley 25.344, BO 21-11-2000), que para comprender adecuadamente esta cuestión debe partirse de la noción de “poder de policía”, coincidiendo Canosa también en que la resolución o la renegociación de los contratos a cargo del Estado se fundará en razones de fuerza mayor –artículo 513 del Código Civil– con base en la propia emergencia.⁶³

En cada materia jurídica la doctrina se ha encargado de desarrollar su propio concepto sobre este tema de la emergencia.⁶⁴

Dijimos en su momento y mantenemos en parte ahora, en lo que resulta aplicable a la situación actual del país (fines de enero de 2013), que la Argentina se hallaba frente al agravamiento de su crisis institucional, en una depresión económica y en una desesperanza anímica, pública y generalizada, que hoy no existe en términos tan dramáticos. La problemática más grave de entonces era a nuestro juicio la exclusión social y la desocupación, agravada por la caída de la actividad empresarial, productiva y comercial.

Habían decaído notablemente la producción, las ventas, la inversión, el consumo y la recaudación. A partir de todo lo cual se dejaron de prestar servicios públicos esenciales, especialmente en algunas provincias, profundizándose un problema político-económico con el Gobierno nacional, como lo fue la puja por los fondos coparticipables, la cual aún hoy persiste al punto de haber recurrido alguna provincia (Córdoba) ante la Corte.

tuvo la validez implícita de esa normativa (considerando 23 y ss), como una situación extraordinaria que gravita sobre el orden económico y social, originando un estado de necesidad al que hay que ponerle fin. Este pronunciamiento fue muy criticado por haber convalidado el silencio del Congreso de la Nación como expresión (tácita) de su voluntad (al respecto el artículo 82 de la C.N. dispone que “La voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente; se excluye, en todos los casos, la sanción tácita o ficta”).

63. Conf. Halperín, David Andrés, Canosa, Armando Norberto y Martorello, Beatriz Roxana, *Emergencia económica, Ley 25.344*, Errepar, Buenos Aires, 2001, pp. 14, 26 y 32, *passim*.

64. Véase Gozaíni, Osvaldo A., “El derecho procesal en el derecho de emergencia”, L.L. 1991-E- p. 1461, Morello, Augusto M., “La emergencia económica social y la efectividad de las garantías constitucionales ante las leyes de reforma del Estado y emergencia económica”, en J.A. 11-10-99, Colautti, Carlos E., “Los derechos patrimoniales durante la emergencia”, L.L. 1991-E- p. 1359, y posteriormente ha mencionado su “perpetuidad” Gordillo, Agustín, “El estado de derecho en estado de emergencia”, L.L. 12-10-01, etc.

También habían decaído el crédito interno y sobre todo el externo, el que entonces ya llamábamos *cepo de la convertibilidad* y su tipo de cambio legal fijo afectaron además la competitividad argentina frente a devaluaciones “competitivas” extranjeras,⁶⁵ y en particular, decayó también la inversión extranjera directa, necesaria para el desarrollo de nuestro país.

El “riesgo-país”, en sentido estricto (grado comparativo de incumplimiento de los títulos públicos nacionales con los de los EE.UU.), había alcanzado en el mes de octubre de 2001 a 1877 puntos básicos, colocándose por primera vez a la Argentina al tope de los peores países calificados (detrás quedaron Nigeria, Ecuador, Ucrania y Brasil).⁶⁶

En términos relativos, la deuda, el gasto público y el déficit⁶⁷ conformaron un porcentaje cada vez más grande del producto bruto interno que no se había logrado corregir con los sucesivos ajustes (recortes varios, inclusive del 13% sobre salarios públicos y jubilaciones) y otras medidas que disminuyeron aún más el consumo interno y, por consecuencia, la recaudación impositiva.⁶⁸

65. A cuyo respecto se intentó mejorarla en beneficio de las exportaciones por medio del “factor de convergencia” (FC) instituido por el decreto 803/2001 (B.O. 19-6-01) que vinculó al dólar estadounidense con el euro a la cotización de éste en dólares estadounidenses en el mercado interbancario de Londres, estableciéndose que tal factor sería el equivalente a un dólar estadounidense menos el promedio simple de esta moneda y el euro, calculados en ese mercado diariamente por el Banco Central de la República Argentina (BCRA) e informado a la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP), organismo encargado de su percepción a los importadores –encargados de su ingreso–, su liquidación y pago a los exportadores. Varias opiniones consideraron que afectaba la convertibilidad, constituyendo un tipo de cambio diferenciado y también una devaluación encubierta o implícita.

66. Esa nota correspondió a Standard & Poors, una de las calificadoras de riesgo de más predicamento en el mundo de los inversores (Fuente: *La Nación* del 11-10-01). Poco tiempo después la calificación había superado el doble de la cifra indicada en el texto y después había batido todos los records conocidos.

67. Expresaba editorialmente *La Nación* del 8-10-01, p. 20, que el gasto público se hallaba desbordado y que el consolidado (Nación, provincias y municipios) había pasado de entre 25 y 30 mil millones anuales durante la década del ‘80 a un nivel de 95 mil millones en esos últimos años.

68. En este aspecto consignaba *El Cronista* del 2-10-01, p. 1, que la caída de la recaudación había llegado al 14% (\$560 millones sólo en el mes de septiembre) como producto de la parálisis económica que vivía el país, y que se produciría un nuevo recorte de \$1.900 millones en el último trimestre del año, incumplándose el piso de la coparticipación a las

Recuérdese que en lo monetario se generaron incontrolablemente los llamados *bonos provinciales*, para “salir del paso”, pseudodinero inconvertible, carente de curso legal y por ello recusable.

En síntesis, la redistribución del ingreso fue en esos años en la dirección equivocada, hacia los que más tenían y en consecuencia más habían acumulado. Así ha ocurrido y en desmedro de los que menos tuvieron y fueron más desposeídos, quienes cada vez han perdido más, con más inseguridad y falta de expectativas hacia el futuro, etc.

En el caso “Smith”, de esa época,⁶⁹ la Corte admitió la existencia de la crisis económica y aceptó la conveniencia de la implementación de medidas “paliativas” por parte del Estado (Considerando 9º), pero terminó por no aceptar a las que constituyeron el objeto del recurso por atentar contra el derecho de propiedad y carecer de razonabilidad (o sea, en síntesis: la correspondencia –o coherencia– entre los medios y los fines perseguidos por las normas).

Sucedió después la ley 25.561 de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario (BO 7/1/2002), con la posterior problemática de la pesificación.

Para que la sanción de una ley de emergencia esté justificada es necesario:

1. Que exista una real situación de emergencia que imponga al Estado el deber de amparar los intereses vitales de la comunidad;
2. A la inversa, que dicha ley no tenga como finalidad proteger los intereses de determinados individuos o sectores de la sociedad (con lo que en rigor no sería fácilmente conceptuada como una ley);
3. Que la moratoria sea razonable y se justifique por las circunstancias;
4. Que su duración sea temporal y limitada al plazo indispensable para que desaparezcan las causas que hicieron necesaria la misma emergencia.

Frente a todo lo expuesto y el caso –del cepo cambiario– que nos ocupa, puede decirse que se estarían cumpliendo los primeros tres requisitos,

provincias para lograr mantener ese déficit cero de caja sin mayores ajustes de sueldos y jubilaciones, o sea, manteniéndose el 13% previsto para ellos.

69. CSJN, 01/02/2002 B. 32. XXXVIII PVA, “Banco de Galicia y Buenos Aires s/ solicita intervención urgente en autos: “Smith, Carlos Antonio c/ Poder Ejecutivo Nacional o Estado Nacional s/ sumarísimo”.

puesto que la medida puede justificarse precisamente por esas razones (el vencimiento de la deuda pública externa e interna, la necesidad de pagar a los acreedores externos la provisión de energía, etc.).

Se trata de una cuestión de política económica que en principio no es susceptible de ser revisada por los jueces, porque integra la zona de reserva del Poder Ejecutivo (es decir, una cuestión política de las denominadas *no justiciables*).

En rigor, lo que la medida no cumple es el requisito número 4, o sea la temporalidad. En efecto, si bien se afirma que la restricción es temporal, no se fija fecha determinada o determinable. Tendría pues que tener este recaudo de la fecha o bien sujetarse a un parámetro objetivo y claramente identificable como por ejemplo: "...la restricción estará vigente este año para pagar la deuda, es decir, que pagada la deuda o llegado el 1 de marzo de 2013, u otra fecha que se precise, debería desaparecer la restricción".

Además hay otra cuestión que también deriva del citado caso "Peralta", esto es, la proporcionalidad entre los medios y los fines perseguidos con la medida. Si bien la emergencia autoriza al Estado a restringir el ejercicio normal de algunos derechos patrimoniales tutelados por la Constitución, esa restricción debe ser razonable, limitada en el tiempo; en rigor, un remedio y no una mutación en la sustancia o esencia del derecho adquirido, lo que está sometido al control de constitucionalidad, dado que la situación de emergencia no suspende las garantías constitucionales (conf. considerandos 43 y ss. del mismo caso "Peralta").

Otro enfoque muestra desde otro ángulo que "nos encontramos frente a un claro caso de irrupción de un organismo sobre las facultades que integran la competencia de otra repartición. Es decir en el tema objeto de análisis, concretamente de una usurpación al Banco Central por parte de la AFIP de atribuciones en materia cambiaria que le corresponden al primero. [...] Y que la operatoria implementada afecta el goce de importantes derechos individuales como son el de entrar y salir libremente del país, de usar y de disponer de su propiedad; a ellos se agregan todos los demás susceptibles de quedar cercenados en función de no haberse logrado la compra de moneda extranjera. Podrá ser el derecho a la salud si se debe interrumpir un tratamiento médico planificado en el exterior o el de aprender si no se logra la realización de estudios en el extranjero; las posibilidades son innumerables ya que dependerán del programa de vida de cada persona. [...] Las limitaciones al ejercicio de derechos surgen de decisiones de la AFIP, es decir, de un organismo de la Administración

Pública y como hemos visto afectan seriamente el alcance de derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 CN)".⁷⁰

En definitiva parece que lo expuesto resulta suficiente para fundamentar la inconstitucionalidad del cepo cambiario en sede judicial.

Pero además, a tal fin, debería existir un verdadero "caso", en los términos de la misma Corte. Habría que alegar y demostrar también un daño cierto y concreto (vgr. que la imposibilidad de comprar dólares para atesorar causa un perjuicio manifiesto, grave e irreparable).

En este sentido se puede esbozar rápidamente una generalidad. Esto es, que el cepo causa perjuicio si se impide ahorrar en dólares y se obliga a atesorar en pesos, que se deprecian por la inflación, perdiendo su poder adquisitivo. Con lo cual las personas se "descapitalizan".

En este sentido se ha comentado que "no hay billetes verdes, los plazos fijos pagan la mitad de la inflación, las tasas no suben y la divisa paralela 'mete la cola' en los precios de bienes y servicios. Con pocas posibilidades para refugiar el dinero, el poder adquisitivo de los particulares se resiente. Los ahorristas han caído en una especie de 'trampa', debido a que se ven imposibilitados de comprar dólares y, a la vez, las tasas de los plazos fijos se mantienen muy por debajo de la inflación.

Así las cosas, los ciudadanos se encuentran frente a un escenario en el que no pueden acceder a una moneda –considerada refugio– ni quedarse en la otra para volcarla a los bancos, ya que les implica recibir un rendimiento que apenas llega a ser de la mitad de la suba real de precios.

Si buscan posicionarse 'en ladrillos', casi no hay operaciones de compraventa de viviendas nuevas o usadas en las que se acepte el pago en moneda local a valor oficial.

Así se ha dicho que quienes quieran ahorrar están en una suerte de 'trampa' en la que han quedado atrapados, porque:

1. No pueden refugiarse en ninguna moneda de valor, ya sea dólar, libra esterlina o cualquier otro tipo de divisa que les permita preservar su capital.

70. Sabsay, Daniel A., "La inconstitucionalidad de la restricción a la compra de divisas establecida por la Administración Federal de Ingresos Públicos", 12/6/2012 Microjuris.com Argentina, Cita: MJ-DOC-5822-AR | MJD5822.

2. Pierden dinero con un plazo fijo, al recibir un 12% anual cuando la suba general de precios se ubica en valores cercanos al doble.
3. Muchos activos dolarizados ahora toman como referencia al 'blue'. Y esto hace que, en pesos, cueste más adquirirlos.
4. Los precios suben y el dólar oficial perdió su rol de 'ancla'. En tanto, la llamada 'inflación blue' gana protagonismo".⁷¹

Lo cierto es que –por donde se lo mire– con el cepo se coarta la libertad de cada individuo de disponer de su dinero como quiera. Y esto ocurre sin razonabilidad alguna, que –como se ha visto– es otro principio de raigambre constitucional consagrado por la Corte.⁷²

Pero en la situación descrita deberían concurrir todas las indicadas condiciones para que prospere un planteo de inconstitucionalidad.

8. Conclusiones

El derecho comercial moderno, que es hoy el derecho de la empresa, en nuestro caso de la empresa bancaria y su actividad (a lo que le hemos dedicado el presente), se encuentra en estos tiempos afectado por los factores concernientes a la situación general del país.

Esto se conjuga con las circunstancias y medidas de gobierno anteriormente descriptas y otras causas concomitantes, como el financiamiento al gobierno por parte de un BCRA desprovisto de autonomía, lo cual lo está llevando a una situación sumamente endeble,⁷³ ya que al presente suceden dos cosas en el ente rector:

71. "Se advierte que los argentinos quedaron en medio de una 'trampa', presos del dólar blue y del impuesto inflacionario", Quain, Paola, en Infobae profesional.com, 15/8/12, disponible en <http://finanzas.iprofesional.com/notas/140820-Advierten-que-los-argentinos-quedaron-en-medio-de-una-trampa-presos-del-dlar-blue-y-del-impuesto-inflacionario>.

72. Aspecto que también ha valorado Sabsay en op. y loc. cit., al expresar que "la razonabilidad es entonces una regla sustancial. El principio de razonabilidad tiene como finalidad preservar el valor justicia en el contenido de todo acto de poder e, incluso, de los particulares": conf. Bidart Campos, Germán J., *Manual de la Constitución Argentina*, Ediar, t. I, Buenos Aires, 1998, pp. 516-517.

73. Véase la nota publicada en *La Nación* del 8/1/13, edición impresa, "El BCRA, un depósito de deuda pública. Ya cedió a favor del Gobierno créditos por el 55% de su activo", disponible en <http://www.lanacion.com.ar/1543780-el-bcra-un-deposito-de-deuda-publica>.

- i)** tiene un menor respaldo en divisas de la moneda argentina y
- ii)** tiene un mayor peso de los “papeles” de deuda del Estado en sus arcas.

Ambos datos marcan un fuerte deterioro patrimonial de la entidad.

Otra cuestión conectada es que la brecha entre el dólar oficial y el “blue”, paralelo o marginal, alcanzó al 60% al finalizar enero de 2013.

En este contexto, la deuda pública del Estado supera los US\$ 200.000 millones, más de la mitad contraída ahora con el BCRA, la ANSeS, el Banco de la Nación Argentina y otros organismos públicos.⁷⁴

Además, las nuevas y constitucionalmente excesivas atribuciones conferidas a la CNV por la ley 26.831, en especial su artículo 20, se han erigido en un verdadero muestrario de concentración de poder en un organismo administrativo, al que se le quiere hacer asumir funciones propiamente judiciales y con exclusión de los jueces, vulnerándose el fundamental principio republicano de la separación de poderes, que conlleva competencias diversas.

La moneda y el crédito son instrumentos vitales para la economía y para nuestra disciplina. Y ambos están también fallando actualmente, aunque desde el Gobierno se lo niegue eludiéndose respuestas o sosteniéndose que no existe el cepo cambiario y que “no hay inflación, sino aumentos de precios”.

En principio, los propósitos o fines de las restricciones mencionadas pudieron ser loables, pero sus métodos no han respetado a veces la legalidad institucional y sus resultados no han sido eficaces, al menos hasta ahora.

En nuestro medio se ha reducido –por no decir “perdido”– la confianza en las instituciones financieras, más aún después de lo acontecido desde el “corralito” de fines de diciembre de 2001. Y ahora, con las re-regulaciones examinadas, aparecieron esas restricciones impuestas al principio por la AFIP, cuya competencia en la materia está discutida, aun cuando en gran medida la respaldó el mismo BCRA con sus circulares (lo que torna irrelevante

74. Los últimos datos aportados tienen como fuente a Bermúdez, Ismael, “Caen las reservas del Central y le agrega más presión al dólar”, IEco, *Clarín*, edición impresa, p. 16, disponible en http://www.ieco.clarin.com/economia/Caen-reservas-Central-agrega-presion_0_857914254.html.

dicha discusión), y el cepo cambiario cuyas principales consecuencias negativas hemos descrito.

Así, el “dólar oficial” se ha tornado virtualmente inaccesible. Y el “dólar blue”, marginal o clandestino, es ilegítimo en cualquiera de estas acepciones.

También hemos visto cómo ha venido afectándose la competitividad, particularmente en las exportaciones, cuando los ingresos de divisas no son retributivos de los esfuerzos, capitales y costos empleados para realizarlas.

Además, y por consecuencia de la situación actual, quien quiera invertir en el país no tiene seguridades acerca de la repatriación de su inversión, ni de las utilidades o los dividendos societarios de ella. Las normas dicen que la remesa de utilidades es libre, pero después surgen dificultades prácticas para realizarlas, las que no están escritas en ningún lado. Esto y otras cosas, como los datos que proporciona el INDEC, generan desconfianza y ella no es un aliciente que promueva inversiones.⁷⁵

Es necesario lograr restablecer esa confianza que con el correr de los años ha ido disminuyendo y esto debería ser un objetivo de las autoridades. Puesto que ningún país moderno puede desarrollarse normalmente en tales condiciones: sin moneda sana por la inflación, sin crédito hipotecario y sin un sistema bancario a través del cual se puedan canalizar los cobros y pagos externos, así como también esos principales instrumentos de la economía, e incluso por la escasez de dólares estadounidenses, tal y como se ha visto que sucede.

Por esto es que finalizando este estudio apuntamos que todos los países han regulado nuevamente los requisitos mínimos en lo que respecta a los capitales financieros vinculados.

Se han hecho desarrollos uniformes en lo que respecta a la legislación sobre publicidad y cuidado de los clientes; incluso los bancos han sido regulados para obtener una mayor conciencia respecto del manejo de las cuestiones monetarias.

75. Conf. Turner, Taos, “El dólar paralelo perjudica las inversiones en Argentina”, *The Wall Street Journal*, 22/1/2013. http://online.wsj.com/article/SB10001424127887323940004578257980203224050.html?mod=WSJS_inicio_LeftTop&goback=%2Egde_152553_member_207167909.

Así, identificamos los siguientes problemas que merecen especial atención:

- manejo de la evaluación del riesgo respecto de los derivados monetarios,
- transparencia de los balances de los bancos y mayor respaldo patrimonial en cuanto a liquidez y solvencia de los mismos.
- regulaciones respecto de las personas que hacen uso de información privilegiada o confidencial,
- evasión impositiva,
- lavado de dinero,
- especulación en perjuicio de las monedas nacionales,
- venta de títulos valores “basura” a clientes ordinarios,
- conflicto de interés que se produce por el carácter de fiduciario e inversor.

Todos los problemas son resueltos de forma tal que los bancos deban dar y buscar información adecuada. Ese procedimiento debería ser reforzado por un esfuerzo importante destinado a implementar cierta legislación en materia de “cartels” dentro de la industria de servicios financieros.

Por último, compartimos esto con Beker, que la experiencia nos ha mostrado un doble fracaso: tanto del *socialismo real* como del *capitalismo neoliberal*; no toda posición anticapitalista puede homologarse con el “progresismo” y es preciso establecer un nuevo punto de partida para no seguir tropezando con los mismos fracasos del pasado, aseveración que estimamos aplicable a la temática tratada en este trabajo.⁷⁶

76. Véase Beker, Víctor, carta titulada “El fracaso socialista y el fracaso neoliberal”, en revista *Ñ* 277 del 17/01/09, p. 4; coincide con el autor de *Del caos en la economía a la economía del caos*, Editorial de Belgrano, Buenos Aires, 1998.

AGÓN

ΑΓΩΝ

Espacio de cooperación pero a la vez de competencia, lugar de confluencia pero también de desacuerdo, el agón ha signado –con su naturaleza única y compleja– la cultura griega del pensamiento y de la acción. Esta sección, que se ocupa de rescatar ese espíritu y reconquistar las ventajas de la polifonía, se construye sobre el debate de dos docentes-investigadores que esbozan sus pensamientos en torno de la misma temática. Tesis y antítesis. La tercera voz, la del lector, constituye la instancia final del contrapunto, un necesario lugar de síntesis. Como en todo agón, se procura aquí que el enfrentamiento se vuelva complementariedad y la recepción se torne una nueva instancia fecunda y activa de participación.

¿Dolo como reproche? Observaciones sobre método y axiología en la propuesta de abandono de la idea de dolo como estado mental

Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno
Universidad Pompeu Fabra

I. Introducción

Los editores de la revista *Pensar en derecho* me han honrado confiándome la elaboración de un comentario al artículo publicado en su primer número por uno de los más prestigiosos penalistas argentinos actuales, el profesor Gabriel Pérez Barberá¹, que ya ha sido objeto de comentario en ese mismo número por otro distinguido colega, el profesor Fernando Córdoba². El lector, sin embargo, no debe temer aburridas repeticiones de argumentos. Mientras que en su contribución Fernando Córdoba tilda de “numerosas” las coincidencias³ de sus planteamientos con los de Pérez Barberá⁴, a mí, a pesar de su coherencia interna y el gran despliegue de elaboración conceptual, su propuesta no me convence, ni en sus fundamentos metodológicos ni en sus resultados axiológicos.

En “Dolo como reproche. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental”, Pérez Barberá nos invita a reformular profundamente nuestro

1. “Dolo como reproche. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental”, *Pensar en Derecho* N°1, 2012, pp. 169-211.

2. “Dolo y evitabilidad individual”, *Pensar en derecho* N°1, 2012, pp. 213-226.

3. Córdoba, Fernando: *op. cit.* en nota 2, p. 213.

4. Razón por la cual, antes que por el análisis de las tesis de Pérez Barberá, opta por el desarrollo de un aspecto que “bien podría ser considerado complementario”: la necesidad, antes de atender al contenido comunicativo de un acto, de verificar su evitabilidad individual. *Ibid.*

concepto de dolo. Tan profundamente, de hecho, que la propuesta pasa por abandonar los que tradicionalmente se han venido considerando sus dos elementos esenciales: tanto su componente volitivo como su componente cognitivo. La primera propuesta, el abandono o el severo recorte de la importancia concedida al elemento volitivo, es ciertamente común en la doctrina penal contemporánea⁵ (aunque en lo que alcanzo todavía no mayoritaria). Por el contrario, prescindir del llamado elemento cognitivo es una propuesta muy novedosa⁶, y sus implicaciones van en realidad más allá de la reformulación del concepto de dolo para abarcar toda la imputación subjetiva.

La clave de la reformulación por Pérez Barberá de lo que hoy se conoce como tipo subjetivo viene dada por la tesis de que los conceptos de dolo e imprudencia presentan en realidad una unidad cualitativa y la diferencia entre ellos es “de grado y no de índole” (201), al menos, en terminología del autor, “en el nivel semántico” (201)⁷. Y si se puede sostener esta tesis, se nos

5. Así lo reconoce Pérez Barberá (174): “La afirmación de que la voluntad no debe jugar ningún papel en el ámbito del concepto de dolo no constituye ninguna novedad”. En adelante, a menos que se advierta lo contrario, las referencias numéricas entre paréntesis se referirán a las páginas del artículo de Pérez Barberá.

6. Pérez Barberá entiende que única (177): “Sólo la tesis que aquí desarrollo constituye una auténtica excepción a este panorama general” (de exigencia de la representación del autor para hablar de dolo).

7. Como se ha puesto de manifiesto, “el uso que se hace de los términos ‘semántica’ y ‘pragmática’ en la bibliografía dista mucho de ser claro” (v. Acero, Juan José, Bustos, Eduardo, Quesada, Daniel: *Introducción a la Filosofía del Lenguaje*, Cátedra, Madrid 1995, p. 42). En su sentido más habitual, basado en la tripartición de la semiótica llevada a cabo por Charles Morris, “sintaxis” es el estudio de las combinaciones de signos que dan lugar a expresiones bien formadas en un lenguaje, “semántica” es el estudio abstracto del significado de los signos con independencia de los contextos específicos en que son utilizados y “pragmática” el estudio de los aspectos contextuales relativos al uso de signos (Acero, Bustos, Quesada, *op. cit.*, *loc. cit.*). La indicación por Pérez Barberá (173) de que “el dolo” es sintácticamente una propiedad definitoria de un caso genérico, semánticamente una propiedad normativa y pragmáticamente “tiene el sentido ilocucionario de una valoración” no resulta compatible con los expuestos usos de los términos “sintaxis”, “semántica” y “pragmática”. Además, tampoco resulta coherente: después de declarar que el dolo es semánticamente una propiedad normativa (173), luego se afirma que “Gracias a la aproximación sintáctica puede saberse ya cómo funciona el dolo. Ha quedado claro que el dolo no es un dato fáctico (un hecho o una propiedad empírica) sino una propiedad normativa” (185), afirmación de la que resulta que el carácter normativo del

dice, ello es así porque el elemento que habitualmente se considera distintivo del dolo y que le atribuiría especialidad cualitativa, la exigencia de un estado mental, en realidad no es (no debe ser considerado) un requisito del dolo. Por el contrario, “el dolo, al igual que la imprudencia, no es un hecho psíquico, sino una propiedad normativa que caracteriza a una determinada clase de caso” (169).

No sería poca revolución la anterior, pero la propuesta de Pérez Barberá va aún más lejos, desarrollando de modo internamente coherente su postura para concluir que no se trata sólo de que entre dolo e imprudencia no exista cesura conceptual (siendo su diferencia meramente cuantitativa), sino que, además, algunos de los casos que tradicionalmente se han venido considerando como supuestos de dolo son realmente supuestos de imprudencia. Y viceversa: algunos casos que la doctrina tradicional se resiste a conceptualizar como dolosos en realidad tienen tal condición. En sus palabras:

“Si bien es claro que propongo una reducción del ámbito conceptual del dolo para los casos de tentativas irreales y supersticiosas, y también para los supuestos de lo que denomino ‘consumación objetivamente inesperada’, no es menos cierto que propongo también una ampliación del ámbito del dolo para los casos de ceguera ante los hechos” (198-199).

Con el concepto tradicional de dolo las cuestiones de demarcación entre este concepto y el de imprudencia pasaban por la existencia de conocimiento, puesto que de no existir éste se entendía que se estaba ante un caso

dolo no tendría que ver con el análisis semántico, sino ya con el sintáctico. Finalmente, su tratamiento conjunto de las perspectivas semántica y pragmática en la “Aproximación semántico-pragmática al concepto de dolo” (185-202) se aviene mal con el carácter diferenciado que a ambas categorías atribuye la moderna filosofía del lenguaje, en la que la distinción “semántica/pragmática” es uno de los más intensos campos de discusión intelectual (v. por ejemplo Soames, Scott: *Philosophy of Language*, Princeton University Press, Princeton 2010, *passim*, especialmente pp. 145-173 y, para una visión más “pro-pragmática”, Sperber, Dan, Wilson, Deirdre: “Pragmatics”, en Jackson, Smith (eds.), *The Oxford Handbook of Contemporary Philosophy*, Oxford University Press, Oxford 2005, pp. 468-501). Sin embargo, y dado que la utilización por Pérez Barberá de los términos “sintaxis”, “semántica” y “pragmática” no desempeña ningún papel sustantivo en su teoría (aunque él sostenga lo contrario, v. 185), no profundizaré en la cuestión.

de imprudencia (sin representación). Sólo en el caso de que el sujeto tuviera conocimiento se debía uno preguntar si estaba ante dolo o imprudencia (con representación), una tarea a la que, con más o menos acierto, se han venido dedicando esforzadamente las teorías del dolo, especialmente las relativas al dolo eventual. En vano, entiende Pérez Barberá, porque el problema (y la solución) están en otro lado: el problema es la insistencia en exigir conocimiento como un elemento constitutivo del dolo; la solución, coherentemente, es dejar de hacerlo.

Como a Pérez Barberá, a mí lo que esencialmente me preocupa en esta materia es la adecuación axiológica de las soluciones a las que se llega. Sin embargo, como he adelantado, a mí sus soluciones me resultan injustas, y preferibles aquellas a las que se llega con la actual propuesta mayoritaria de entender que el dolo debe incluir *algún tipo* de elemento volitivo y *algún tipo* de componente cognoscitivo. La expresión “algún tipo”, manifiestamente vaga, se enfatiza en la anterior frase para mostrar su carácter de “cerca semántica” (*semantic hedge*), en el sentido de Lakoff⁸, reconociendo que son muchos los problemas del concepto tradicional, y por tanto mucho el camino que resta por transitar. Sin embargo, una teoría normativa con problemas conceptuales no debe ser sustituida por otra teoría normativa con sus propios problemas y que alcanza soluciones menos justas. Veámoslo con algo más de detalle.

II. El “normativismo” y la elaboración de conceptos prescriptivos en Derecho penal

Hace ya 14 años del urgente reclamo de Puppe: “Ya es hora de que en la moderna dogmática jurídico-penal ‘normativa’, la expresión ‘normativo’ se trate de forma más cuidadosa y diferenciada de lo que ha sucedido hasta ahora”⁹. Sin embargo, es fácil comprobar que ello no ha ocurrido. En

8. Como es sabido, Lakoff introdujo este concepto para intentar avanzar en la posibilidad de una lógica de enunciados vagos (en la menos precisa denominación que se ha impuesto, “lógica borrosa”). V. Lakoff, George: “Hedges: A Study in Meaning Criteria and the Logic of Fuzzy Concepts” en *Journal of Philosophical Logic* 2, 1973, pp. 458-508.

9. Puppe, Ingeborg: “Strafrecht als Kommunikation. Leistungen und Gefahren eines neuen Paradigmas in der Strafrechtsdogmatik”, en la misma: *Strafrechtsdogmatische Analysen*, V & R Uni Press, Bonn, 2006, p. 429 (publicado originalmente en 1999).

la moderna dogmática jurídico-penal, tanto en la que se autodefine como “normativa” como en la que no se identifica con tal etiqueta, la expresión se sigue utilizando de los modos más diversos, antes como un término emotivo (positivo, para los “normativistas”, negativo para quienes no lo son) que como un término suficientemente descriptivo de alguna manera de hacer dogmática.

En esta contribución no pretendo intervenir en una discusión que tiene trazas de encaminarse hacia un desenlace similar al que tuvo la en su día también muy reñida disputa entre el concepto causal y el concepto final de acción, esto es, uno con muy escaso rendimiento práctico¹⁰. Sin embargo, la noción de “normativismo” juega un papel muy relevante en la contribución de Pérez Barberá, cuya crítica a otras concepciones del dolo se puede clasificar tripartitamente atendiendo a las tachas de “insuficientemente normativistas” (o “empíricas”), “incoherentemente normativistas” y “excesivamente normativistas”. Así pues, resulta conveniente manifestar mi posición al respecto.

Si por “normativismo” se entiende la tesis conforme a la cual la creación de conceptos jurídicos prescriptivos está conceptualmente desvinculada de los datos fácticos, entonces soy un normativista radical, dado que entiendo que, en el discurso prescriptivo en general, no sólo en el jurídico, la realidad subyacente no ofrece límites a la construcción. Ni la realidad “material” (los “hechos brutos” de Searle) ni la “normativa” (los “hechos institucionales”¹¹)¹². Tres rápidos añadidos a lo que se acaba de decir:

10. Pocos dudan hoy de que la discusión entre causalistas y finalistas sobre el concepto de acción fue una polémica excesiva cuyo estéril final debería haber sido anticipado por el hecho de que los feroces contrincantes coincidían punto por punto en la identificación de las causas que excluían la acción, como apunta por ejemplo Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 9ª ed. (puesta al día por Víctor Gómez Martín), Reppertor, Barcelona, 2011, pp. 183-185, 216.

11. Esta archiconocida distinción puede verse, por ejemplo, en Searle, John: *Making the Social World*, Oxford University Press, Oxford 2010, pp. 10-11.

12. Según mi entendimiento, por tanto, el “normativismo” coincide parcialmente con lo que Pérez Barberá denomina “método teleológico, conforme al cual no corresponde inferir nada a partir de premisas ónticas” (186). Ello, siempre que se añada que no corresponde inferir nada “normativo”, dado que a partir de premisas ónticas (*rectius*: factuales) pueden hacerse inferencias que resulten en conclusiones de ese mismo tipo. Según entiendo, sin embargo, la definición de “método teleológico” avanzada por Pérez Barberá no es la más adecuada para referirse a tal método, al menos según éste se ha venido en-

- La construcción conceptual en Derecho puede tener buenos motivos para indagar la situación material subyacente, lo que es de hecho imprescindible si lo que se pretende es que las normas tengan efectos prácticos sobre la conducta de los colectivos que pretenden regir. Pero esto tiene que ver con la efectividad de la regulación, y no con su validez ni con su vigencia¹³.

- En un ordenamiento jurídico concreto y en un momento específico el derecho vigente puede de forma contingente decidir plasmar una determinada concepción de un concepto jurídico. En tal ordenamiento, las posibilidades de *descripción* del concepto según el derecho vigente resultarían restringidas por el sentido de la definición legalmente adoptada. Sin embargo, de manera prescriptiva podrá seguir sosteniéndose cualquier otro concepto¹⁴.

tendiendo, que presupone sólo la orientación a fines, sin vincularse con tesis alguna sobre la relación entre lo fáctico y lo normativo.

13. Resulta interesante que los “no normativistas”, quienes manifiestan tanta preocupación por el anclaje de las categorías jurídicas a “la realidad”, luego no se ocupen de indagar cuál es la situación fáctica a la hora de proponer sus teorías. Es sin duda sorprendente la neutralización del inicialmente fecundo movimiento hacia un “Derecho penal orientado a las consecuencias” por aproximaciones teóricas que entienden por “consecuencias” las intrasistemáticas y no las extrasistemáticas. Pero este desarrollo es algo que ya he descrito y lamentado en otro lugar, v. Ortiz de Urbina Gimeno, Íñigo: “La referencia político-criminal en el Derecho penal contemporáneo (¿Es el Derecho penal la barrera infranqueable de la política criminal, o se orienta por ella?)”, en Octavio de Toledo *et al.*: *Estudios Penales en Recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 859 y ss.

14. Aunque mi interés se centra en la construcción de conceptos prescriptivos, dedicaré unas pocas líneas a la cuestión de si el concepto de dolo propuesto por Pérez Barberá se aviene con el ordenamiento jurídico alemán, como afirma (177-180; el autor también sostiene que lo hace con el argentino, pero mis muy limitados conocimientos sobre éste exigen que no me pronuncie al respecto). Tal afirmación resulta poco convincente. Su propuesta excluye la relevancia de voluntad para la concurrencia del dolo, mientras que el ordenamiento jurídico-penal alemán vigente, en el artículo 16 (intitulado “Error sobre los elementos del tipo”), afirma que “Quien en la ejecución del hecho no conoce una circunstancia que pertenece al tipo, no actúa dolosamente”. Siendo los estados mentales “conocimiento” y “no conocimiento” mutuamente excluyentes, conforme al Derecho penal alemán sólo puede haber dolo con conocimiento, porque en caso contrario (ausencia de conocimiento) el artículo 16 excluye la existencia de dolo. En consecuencia, parece

- Que la construcción conceptual prescriptiva no tenga límites *a priori* no significa que no esté sometida a criterios de adecuación. Nadie lo ha expresado mejor que Genaro Carrió, para quien, “si esta adjudicación de sentido no es arbitraria (y no tiene por qué serlo), estará guiada por ciertos *standards* valorativos, sociales políticos, económicos, etc., a la luz de los cuales se aprecian y sopesan las consecuencias de la inclusión o exclusión”¹⁵.

Esta noción de la construcción conceptual prescriptiva en Derecho permite mostrar la insuficiencia del primer movimiento argumentativo de Pérez Barberá, consistente en quedarse sin competidores mediante la prueba de la incoherencia interna de las posiciones rivales. Según espero argüir, en este movimiento Pérez Barberá no es lo suficientemente distintivo, incluyendo dentro de un mismo saco planteamientos irreconciliables, algunos ciertamente inasumibles, otros no.

a) *Concepto normativo vs concepto no normativo (o empírico) de dolo*

Repárese para empezar en la siguiente afirmación, en la que el autor, recordando la objetivación del concepto de imprudencia, se lamenta de que

“no se comprende por qué no se ha concluido lo mismo respecto del dolo, al que se lo continúa considerando un dato fáctico, psíquico, concretamente un estado mental (conocimiento, voluntad, etc.), o, en

imposible afirmar que el conocimiento no es, en el Derecho alemán vigente, un requisito del dolo (a menos que se quiera hacer la extravagante afirmación de que siempre tiene que concurrir para que haya dolo pero no es un requisito del mismo). Como se acaba de afirmar en el texto, que la descripción del concepto de dolo en el ordenamiento alemán incluya el conocimiento no impide en cualquier caso seguir sosteniendo (*lege ferenda*) un concepto prescriptivo de dolo divergente y que no exija este elemento.

15. Carrió, Genaro: “Sobre la Interpretación”, en *Notas sobre Derecho y lenguaje*, p. 57 (se cita por la 4ª ed., de 1990, si bien el artículo original es de 1964). En el pasaje citado Carrió se refiere a la asignación de sentido en las “zonas de penumbra” de los términos utilizados por el Derecho positivo (argumentación *lege lata* en los intersticios del lenguaje legal), pero es evidente que sus palabras también se aplican a la argumentación *lege ferenda*, en la que ni siquiera existe el límite impuesto por la concordancia con el Derecho positivo.

el mejor de los casos un concepto normativo que exige no obstante la presencia ineludible de conocimiento o de representación efectiva, por parte del autor, del peligro creado, o de la posibilidad de su realización” (171, nota omitida).

Por contraposición, y dado que la segunda parte de la afirmación habla de “un concepto normativo”, cabe entender que la primera parte se refiere a conceptos “no normativos” de dolo¹⁶, conforme a los cuales la representación sería un elemento conceptualmente necesario (*a priori*) de la definición de dolo y por lo tanto no puede haber ninguna definición de tal concepto que no incluya tal elemento. Hace tiempo que la extenuante discusión sobre “la naturaleza jurídica” de las instituciones jurídicas debería haber dejado claro que no existen elementos *a priori* que vinculen la construcción de los conceptos jurídicos, de modo que Pérez Barberá tiene razón en que tales conceptos no normativos de dolo son claramente inaceptables. Ahora bien: el autor extiende su juicio de inadecuación a otro tipo de propuestas, a aquellos conceptos autodenominados “normativos” de dolo que sin embargo exigen lo que denomina “la presencia ineludible”¹⁷ de conocimiento o representación por parte del autor.

b) Concepto normativo vs concepto incoherentemente normativo de dolo

Para algunas propuestas, con las que me identifico, la exigencia de conocimiento o representación para poder hablar de dolo no es “ineludible” en el sentido de que haya algo en la realidad que haga imposible hablar de dolo en otro caso. Antes bien, se trata de propuestas que, reconociendo el carácter estipulativo de los conceptos prescriptivos (lo que las diferencia de los conceptos no normativos de dolo), entienden que la mejor estipulación del concepto de dolo incluye este elemento fáctico, la exigencia de representación por parte del autor. Para Pérez Barberá, sin embargo, incluso las

16. El autor poco más adelante se refiere a este tipo de planteamientos como “concepto empírico” de dolo (172).

17. 172, texto en el que se inserta la nota 10. En otras ocasiones el autor habla equivalentemente de la suposición “necesaria” de dichos estados mentales (así, página 172, texto en el que se inserta la nota 12).

propuestas normativas de dolo al uso “en definitiva aceptan una vinculación de tipo conceptual entre ‘dolo’ y el dato psíquico en cuestión” (172)¹⁸.

Lo anterior, sin embargo, es un *non sequitur*, porque de la *propuesta* de que un dato fáctico figure en una definición de un concepto no se sigue que se sostenga la existencia de algún tipo de vinculación necesaria entre el dato fáctico y el concepto¹⁹. Existe una insalvable distancia conceptual entre afirmar que la inclusión de un dato psíquico es parte integrante de la mejor construcción de un concepto y sostener que tal dato psíquico “obligatoriamente” tiene que formar parte del mismo²⁰.

Para Pérez Barberá, “constituye básicamente un error categorial, en el sentido de Ryle, afirmar que un constructo normativo por definición como el dolo sea un hecho psíquico (un estado mental)” (175). Asimismo, “resulta metodológicamente inaceptable un concepto psicológico de dolo, por cuanto está fundado en una falacia *naturalista*” (175). Sin embargo, ninguna de estas críticas puede dirigirse a las concepciones que proponen la inclusión de determinados estados mentales en el concepto de dolo por razones prácticas, sean axiológicas o de otra clase, y no por ningún tipo de “necesidad ontológica”²¹.

18. Que Pérez Barberá considera que los conceptos de dolo que actualmente se consideran normativos no lo son en realidad porque admiten (*rectius*: exigen) elementos psicológicos es claro, no sólo en el anterior pasaje sino también en otros. Por ejemplo: “Una conducta es penalmente típica sólo si es dolosa o si es imprudente; por tanto, debería ser claro que dolo e imprudencia son dos conceptos que pertenecen al mismo ámbito categorial. Sin embargo, ambos son tratados como categorialmente diferentes por la doctrina dominante (imprudencia como concepto normativo, dolo como concepto empírico)” (172).

19. Estoy por tanto de acuerdo con Pérez Barberá cuando afirma el carácter fáctico de nociones como “representación” o “voluntad” (174-175, n. 23).

20. Como veremos *infra*, en el siguiente apartado “c” (nota 22), el mismo Pérez Barberá admite esto expresamente en su discusión de la falacia “normativista”.

21. Por este motivo, no estoy de acuerdo con Pérez Barberá cuando tilda de incoherente a Puppe (171-172, nota 9) por construir un concepto normativo del dolo y al mismo tiempo exigir la existencia de conocimiento. En realidad, es posible entender que el de dolo es un concepto normativo (y que no puede ser otra cosa) pero entender que el conocimiento (un dato fáctico) debe considerarse un elemento del mismo. Lo que caracteriza el entendimiento normativo de la elaboración conceptual no es la ausencia de referencia alguna a datos fácticos, sino la idea de que tal referencia no es obligatoria.

c) *Concepto normativo vs. concepto “falazmente normativo” de dolo*

En una argumentación simétricamente inversa a la anterior, algunos de los conceptos de dolo al uso son objeto de crítica por cometer el error metodológico opuesto a la falacia naturalista: incurrirían en la “falacia normativista”, consistente “en pretender derivar el ser a partir del deber ser” (175). El problema en esta ocasión vendría dado por el intento de normativizar lo que no puede ser normativizado, en concreto “conceptos empíricos, como causalidad, conocimiento, voluntad, etc.” (175).

Semejante proceder le resulta por completo inadecuado a Pérez Barberá, quien entiende que, tratándose de conceptos empíricos, “todo lo que puede hacer normativamente una disciplina jurídica como la dogmática penal es decidir, a partir de un determinado parámetro valorativo, si esos hechos son o no relevantes para el derecho, pero no adjudicarle a tales datos un nuevo ‘significado normativo’. Lo empírico permanece empírico, también para el derecho” (175-176)²². No entender esto, y pretender derivar el ser a partir del deber ser, constituiría la falacia normativa en la que caerían ciertos conceptos de dolo.

Sin embargo, no creo que lo anterior sea una descripción adecuada de lo que preocupa a Pérez Barberá, dado que la afirmación de que “lo empírico” permanece empírico, diga lo que diga el Derecho, es trivialmente cierta²³, y en nada se opone a que, a efectos jurídicos y por razones de utilidad práctica²⁴, el Derecho pueda operar sobre la base de conceptos empíricos y asignarles (prescriptivamente) significados distintos. El sustrato permanece empírico, pero el concepto jurídico puede independizarse del mismo y

22. Como se adelantó (*supra*, n. 20), Pérez Barberá admite lo que negaba en el anterior apartado: es posible sostener un concepto normativo de dolo e incluir elementos fácticos (como la efectiva representación del autor). Al hacerlo, los planteamientos normativistas hacen lo que este autor considera posible hacer: toman un hecho (efectiva representación) y deciden, a partir de un determinado parámetro valorativo, que es relevante para el Derecho. Pérez Barberá tiene razón cuando critica que la utilización de tal parámetro valorativo suele permanecer infrateorizada (al respecto, v. *infra*, apdo. III.a.). Pero ello no significa que no se utilice.

23. Por motivos expositivos (estéticos), reifico en “el Derecho” dos tipos muy distintos de definidores de conceptos: el legislador y el teórico. Al respecto, v. *infra* nota 29.

24. Que incluyen la consecución de resultados axiológicamente valiosos.

añadir nuevos requisitos, e incluso prescindir del sustrato empírico a efectos jurídicos.

Aunque la evolución social lo ha dejado atrás, si lo congelamos en el tiempo el clásico ejemplo de Ulrich Klug²⁵ sigue siendo muy ilustrativo: en un reglamento de casas de baños para mujeres, a continuación de la frase “Sólo se permite la entrada de mujeres” (*Zutritt ist nur Frauen gestattet*) se añadía “A los efectos de este reglamento el encargado de la casa de baños también es mujer” (*Frau im Sinne dieser Badeordnung ist auch der Bademeister*).

Como puede verse, se operaba sobre la base de un sustrato biológico (el sexo del encargado de la casa de baños, entonces necesariamente masculino porque el cargo estaba reservado a varones) para, por razones de utilidad (permitirle moverse libremente por un espacio físico entonces rígidamente segregado por razones de sexo) considerarle, a los solos efectos jurídicos restringidos de la aplicación del reglamento, algo que biológicamente manifiestamente no es: una mujer (o, más precisamente, “también” una mujer)²⁶.

Así, tiene razón Pérez Barberá en que, por mucha redefinición jurídica de su estatus que se efectúe, el encargado de la casa de baños, biológicamente (empíricamente) sigue siendo de sexo masculino. Y, sin embargo, ello no obsta a que jurídicamente (o, como se suele decir, “normativamente”) sea tratado como una mujer en el restringido ámbito de aplicación de una norma específica. Ambas cuestiones se mueven en ámbitos conceptualmente distintos y es por lo tanto perfectamente posible que el Derecho decida “pasar por encima de” ciertas realidades empíricas a la hora de regular una

25. Klug, Ulrich: “Zur Problematik juristischer Definitionen”, en Klug, Ulrich *et al.* (eds.): *Gesetzgebungstheorie, Juristische Logik, Zivil- und Prozessrecht. Gedächtnisschrift für Jürgen Rüdiger*, Springer, Berlin *et al.*, 1978, p. 203.

26. Como se adelantó, el ejemplo se ha complicado con la evolución social: afortunadamente hoy en día las mujeres pueden acceder a dicho puesto de trabajo y, también afortunadamente, se ha avanzado en la determinación jurídica del sexo más allá de su vinculación con los genitales (así, algunos ordenamientos, como el español, prevén legalmente la disforia de género, o “disonancia entre el sexo morfológico o género fisiológico inicialmente inscrito y la identidad de género sentida por el solicitante o sexo psicosocial”, según la definición del art. 4.1.A.1. de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas).

materia²⁷. Sin que esto signifique que al hacerlo las esté ignorando (en el ejemplo: el Derecho *sabe* que el encargado de la casa de baños biológicamente es un hombre), y sin que tampoco signifique que pretenda cambiar su estatuto empírico (en el ejemplo: el Derecho no afirma que el encargado de la casa de baños sea biológicamente una mujer)²⁸.

A nuestros efectos, el concepto de dolo funciona de la forma en que se viene viendo²⁹. Éste *se puede* configurar a partir de la existencia de ciertas realidades empíricas (como la existencia de voluntad o de representación) para luego ofrecer reformulaciones de las mismas por razones prácticas. Esto es de hecho lo que se hace cuando se entiende que la representación es un elemento común a los tres tipos de dolo mayoritariamente aceptados (de primer grado, de segundo grado y eventual), difiriendo luego éstos entre sí según el contenido del elemento volitivo y el grado de representación exigido³⁰.

27. El Derecho “pasa por encima” de estas realidades empíricas, se dice, porque es evidente que no las ignora: define como mujer al maestro de baños precisamente porque reconoce la existencia empírica de una realidad distinta (el encargado es de sexo masculino) y entiende que este dato le supone una molestia en la consecución de sus objetivos (es óptimo que el encargado pueda acceder a todos los espacios del lugar que dirige).

28. Y, si lo hiciera, simplemente estaría empíricamente equivocado, aunque para ese ordenamiento ese hombre fuera algo tan extraño como “jurídicamente una mujer en términos biológicos”.

29. Con una significativa diferencia práctica que sin embargo aquí no juega ningún papel: en el ejemplo que se viene poniendo quien define es el legislador, mientras que en la discusión de Pérez Barberá con la concepción más tradicional del dolo quienes definen son miembros de la doctrina. La diferencia es significativa por la abismal diferencia de autoridad jurídica que existe entre el legislador y la doctrina y su inmediata traducción en los diferentes efectos prácticos de las definiciones que cada uno realiza. Sin embargo, con independencia de quién lo haga y de sus efectos, conceptualmente la cuestión es la misma: definir.

30. Este proceder no es sólo una posibilidad conceptual, sino también práctica, como demuestra el procedimiento seguido por los redactores del influyente “Código Penal Modelo” (*Model Penal Code*) propuesto por el *American Law Institute* estadounidense: ante la ingente variedad nominal y conceptual de formas de imputación subjetiva (*mens rea*) existentes en los distintos ordenamientos jurídicos estadounidenses, se procedió a definir estipulativamente cuatro formas de imputación subjetiva (“Purpose”, “Knowledge”, “Recklessness” y “Negligence”). Las tres primeras presuponen la existencia de representación y se diferencian entre sí por la exigencia de ulteriores requisitos. V. Alexander,

En realidad, una vez dejado atrás el fragor argumentativo del apartado en el que denuncia la incoherencia conceptual del concepto normativo de dolo que acepta elementos psicológicos, el propio Pérez Barberá reconoce su adecuación conceptual:

“Ciertamente, bien podría decirse que es por razones normativas que el conocimiento efectivo del autor debe estar presente para que un caso pueda ser tenido por doloso. Ello, sin embargo, es negado aquí en virtud de las consideraciones de merecimiento de pena indicadas más arriba” (195).

Obsérvese la gran diferencia entre esta afirmación y las que se han venido analizando: en la parte dedicada al análisis conceptual de la definición de dolo, para Pérez Barberá la inclusión de elementos psíquicos en el concepto del dolo constituía una falacia naturalista. Posteriormente, sin embargo, admite que ésta es posible por razones normativas. Es cierto que añade que éstas no pueden convencer. Pero esto supone trasladar la discusión del ámbito conceptual (cómo se puede construir/qué puede incluir el concepto de dolo) al axiológico (cómo conviene construirlo/qué conviene incluir dentro del mismo).

Antes de dar por concluido este apartado conviene detenerse en un último extremo. Aunque los conceptos pueden formularse o reformularse por otras razones, hasta el momento he venido refiriéndome exclusivamente al supuesto de (re)formulación por razones prácticas, entre las que se encuentran, desde luego, la consecución de conceptos jurídicos que faciliten alcanzar soluciones que se consideran axiológicamente más correctas. En esto, creo, no existe ninguna diferencia con el planteamiento de Pérez Barberá, quien sin embargo restringe en exceso las razones por las que tiene sentido (re)formular conceptos cuando afirma:

“ni con respecto al concepto de conocimiento ni con respecto al de voluntad es el uso del lenguaje lo suficientemente ambiguo como para que sea necesario distinguir entre un significado descriptivo y otro

Larry, Ferzan, Kimberly, Morse, Stephen: *Crime and Culpability. A Theory of Criminal Law*, Cambridge University Press, 2009, pp. 23-65.

normativo de ambos, como se afirma últimamente en relación, sobre todo, con el denominado elemento voluntativo del dolo (176, nota omitida).

No estoy de acuerdo con que el concepto “voluntad” (a diferencia del de “representación”) sea lo suficientemente preciso como para no necesitar una mayor concreción a efectos jurídicos. Sin embargo, esto no viene ahora al caso. Lo que importa aquí es subrayar que la evitación de la ambigüedad es una razón práctica para considerar procedente (no siempre necesaria) la reformulación de los conceptos, pero no es la única razón práctica posible. Para evidenciarlo, volvamos a nuestro socorrido encargado de la casa de baños.

Cuando decidió “redefinir” al encargado varón como mujer a efectos del reglamento, el legislador no actuó guiado por ninguna necesidad de desambiguar, porque en la época en cuestión el concepto “hombre” no presentaba ambigüedad alguna³¹. Por el contrario, su objetivo práctico era facilitar el trabajo del encargado, permitiéndole, en su condición de mujer a efectos de la aplicación de la norma, el acceso a zonas que el propio reglamento declaraba restringidas al resto de hombres según el concepto biológico del término. Resulta por lo tanto claro que existen razones prácticas distintas de la falta de precisión del lenguaje que pueden avalar la oportunidad de ofrecer una redefinición (o definición estipulativa) de un concepto para lograr ciertos efectos jurídicos. De este modo, la falta de necesidad de desambiguación, se extienda ésta a las nociones de representación y voluntad (como entiende Pérez Barberá) o sólo a la primera (como entiendo yo), no puede ser un argumento contra la posibilidad de redefinición si existen razones prácticas independientes que así lo justifican.

Cuestión distinta, y la realmente importante, es que las distinciones efectuadas por el Derecho o los teóricos tengan sentido práctico. Parecía desde luego tenerlo en su momento la definición estipulativa del reglamento que llamaba a considerar mujer a un hombre para que éste pudiera cumplir con sus funciones. Que la redefinición o definición estipulativa del concepto de dolo tenga sentido dependerá si con ella se consiguen o

31. Al menos en alemán, dado que “hombre” (*Mann*) no funge como sinónimo de “ser humano” (*Mensch*), como sí hace en castellano.

no efectos jurídicos relevantes y aquí, de nuevo, Pérez Barberá y yo estamos plenamente de acuerdo: la construcción del concepto de dolo debe guiarse por consideraciones axiológicas.

III. Axiología, argumentos entimemáticos y ciencias sociales: las razones detrás del planteamiento tradicional y la base de la concepción de Pérez Barberá

a. Los problemas de la posición tradicional: ¿lógicos o axiológicos?

Sin duda le asiste la razón a Pérez Barberá cuando afirma que en muchos casos la fundamentación de la posición axiológica detrás de la actual comprensión del dolo resulta infrateorizada. Ello no debe sorprender (aunque no pueda convencer), dado que es habitual que quienes se ubican en una posición teórica dominante no consideren necesario aportar una fundamentación explícita de su planteamiento³². Pero es fácil ver que, en numerosas ocasiones, cuando se afirma llanamente que la representación o el conocimiento deben ser elementos integrantes del concepto de dolo, estamos en realidad ante un argumento entimemático, en concreto ante uno en el cual la premisa elidida es de naturaleza normativa y su contenido es la afirmación de que, *ceteris paribus*, la representación de la situación peligrosa por parte del sujeto que actúa implica mayor reprochabilidad moral que su ausencia³³.

La usual presencia de este argumento entimemático es de hecho aludida expresamente por Pérez Barberá, quien afirma que los autores que aceptan que el de dolo es un concepto normativo:

32. Ésta es de hecho la función que en la teoría de los programas de investigación científica de Lakatos se atribuye al “núcleo duro” o “parte rígida” de la disciplina: “proteger” (haciendo que se dé por asumido) un marco conceptual para permitir los desarrollos en los márgenes. V. Lakatos, Imre: *The Methodology of Scientific Research Programmes. Philosophical Papers*, vol. I, Cambridge University Press, Cambridge, 1978, pp. 49-52.

33. Entre las circunstancias que deben permanecer constantes para que esto sea cierto se encuentran la probabilidad de lesión del interés protegido y la gravedad de la lesión en caso de producirse efectivamente.

“muchas veces no explicitan las razones (normativas) de por qué ello debe ser así, pues *se da por sobreentendido que quien sabe es más responsable que quien no sabe*” (172, destacado añadido).

No se trata, por tanto, de que la tesis tradicional, que insiste en la exigencia de un elemento cognitivo y otro volitivo en el dolo, o la menos tradicional, que prescinde del primero, no contengan premisas axiológicas y sin embargo deriven conclusiones de tal tipo de premisas de índole fáctico (lo cual supondría incurrir en la “falacia naturalista”). Por el contrario, lo que ocurre es que las premisas axiológicas no están debidamente explicitadas, de modo que la presentación de tales tesis tiene la forma de un argumento entimemático. Sin embargo, de ser éste el problema, la solución pasaría por acudir al mismo expediente que se emplea ante el resto de argumentos entimemáticos, la explicitación y sometimiento a control de las premisas elididas, y no por la modificación del concepto de dolo para privarle de sus componentes cognitivos y volitivos, que es en lo que consiste la propuesta de Pérez Barberá.

En conclusión, es posible reconstruir la tesis dominante de forma adecuada haciendo las dos cosas siguientes:

- Entendiendo, conforme a una concepción coherente de en qué consiste la normativización de los conceptos jurídicos, que la inclusión de estados mentales como elementos del dolo es sólo una posibilidad cuya activación depende de razones prácticas, y no una obligación conceptual.
- Explicitando la premisa normativa subyacente a esta posición: *ceteris paribus* (lo que quiere decir: siendo iguales la probabilidad de lesión del interés protegido y la gravedad de la lesión en caso de producirse efectivamente), la representación efectiva de la situación peligrosa implica un mayor reproche.

Una vez hecho lo anterior, resulta que el desacuerdo de Pérez Barberá con las tesis a las que se enfrenta no es de método, sino axiológico: se reduce a si la existencia de representación por parte de quien actúa ilícitamente hace (*ceteris paribus*) más reprochable su conducta. Frente a la mayor parte de la doctrina, Pérez Barberá entiende que no. Es una posición radical que él mismo afirma defender en solitario. Como tal, demanda pruebas contundentes. Sin embargo, Pérez Barberá fundamenta la argumentación

en pro de su tesis en pilares teóricos que no son aptos para sus propósitos de argumentación axiológica y que, en cualquier caso, por su imprecisión y generalidad, son incapaces de sostener todo el peso normativo que de ellos se reclama.

b. ¿Comunicación solipsista o merecimiento?: el modelo “teórico-social” detrás de la propuesta de Pérez Barberá

1. ¿Un modelo habermasiano/luhmanniano?

Pérez Barberá desarrolla su teoría apoyándose en dos axiomas, cuya demostración no nos ofrece en el artículo que comento y para la cual nos remite a la publicación de su tesis doctoral.

Conforme al primero de ellos,

“Fin del derecho penal es la estabilización de expectativas normativas configuradas a partir de reglas comunicadas por los tipos penales, que resultan defraudadas por conductas que, por su parte, comunican un apartamiento de aquellas reglas de modo suficientemente intenso como para tornar necesario el inicio de un proceso de discusión, tendiente a obtener consenso respecto a si es necesario aplicar pena para garantizar aquella estabilización, esto es, para mantener contrafácticamente las expectativas defraudadas” (186).

Conforme al segundo,

“la orientación en el mundo sólo es óptima si está fundada en representaciones epistémicamente racionales y ontológicamente acertadas [...] Cuanto mayor es la intensidad comunicativa de un hecho en contra de una regla jurídico-penal, mayor debe ser también su sanción, para que sea posible el cumplimiento de la finalidad establecida en el primer axioma” (187).

No ofrecer justificación de estos axiomas es un movimiento arriesgado, incluso tratándose de un artículo-resumen, toda vez que, como Pérez Barberá admite (198), la convicción de su propuesta pasa por aceptar como punto de partida lo que denomina “paradigma comunicativo”.

De inicio, llama la atención que las referencias que efectivamente se encuentran en el texto lo sean a Habermas y Luhmann, a quienes se atribuye “los desarrollos teórico-sociales más actuales e interesantes” (186, n. 65). Llama la atención, se dice, porque Luhmann y Habermas no son considerados autores básicamente coincidentes sino, por el contrario, sumamente distantes entre sí, existiendo un consenso prácticamente absoluto en que, si en algún momento hubo posibilidad de acercamiento entre sus teorías³⁴, ésta básicamente desapareció hace unos treinta años, con la publicación por Habermas en 1981 de *Theorie des Kommunikativen Handelns*³⁵ y de *Soziale Systeme* en 1984 por Luhmann³⁶. La distancia entre ambas teorías alcanza incluso a su objeto, dado que ambos modelos teórico-sociales tienen objetivos distintos: descriptivos y normativos en el caso de Habermas, puramente descriptivos y explicativos en el caso de Luhmann.

Por supuesto, algo tan claro no se le ha pasado por alto a un autor teórico-socialmente culto como Pérez Barberá, quien expresamente aclara que se basa en sus planteamientos “sin perjuicio, por cierto, de las importantes diferencias teóricas entre ambos autores” (186, n. 65). No sólo eso. Inmediatamente después de introducir de un modo tan elogioso a estos autores se nos indica que:

34. Lo cual ciertamente no parecía ser el caso ni siquiera en el inicio de su discusión, en el legendario seminario conjunto ofrecido en Bielefeld en 1971 y publicado posteriormente como Habermas, Jünger, Luhmann, Niklas: *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie? Was leistet die Systemforschung?*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1971.

35. *Theorie des kommunikativen Handelns* (dos volúmenes), Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1981.

36. Luhmann, Niklas: *Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeinen Theorie*. Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1984, v. especialmente las páginas 18 y ss., en las que Luhmann presenta su “cambio de paradigma”, del pensamiento en clave de identidad al pensamiento en clave de distinciones. Ciertamente, como en prácticamente cualquier tema académico, existen voces divergentes, y hay quien, aun admitiendo que el consenso sobre la incompatibilidad teórica entre ambos autores es prácticamente total, afirma que este amplio consenso es erróneo. En este sentido, v. Kjaer, Poul: “Systems in Context. On the Outcome of the Habermas/Luhmann Debate”, *Ancilla Iuris*, 2006, pp. 66 y ss., quien entiende que la teoría de Habermas después de “Faktizität und Geltung” (1992) puede entenderse como “una superestructura normativa para la teoría descriptiva de la sociedad de Luhmann (p. 75). Aparentemente, esta evolución se habría producido sin que Habermas, Luhmann o el resto de académicos se dieran cuenta.

“es un error pretender emplear teorías como la de sistemas sociales de Luhmann o de la acción comunicativa de Habermas para elaborar, en todos sus detalles, la semántica propia de los conceptos jurídicos. En tal caso se les pediría a aquellas teorías más de lo que ellas pueden ofrecer, pues ellas son macro-teorías, y por tanto no pueden brindar, para la semántica propia del derecho, más que un punto de partida muy general” (186, n. 65).

Es decir: se nos dice que el planteamiento se apoya en los dos planteamientos teórico-sociales más interesantes de la actualidad para inmediatamente después añadir que, en realidad, ambos son muy distintos y, finalmente, que, en cualquier caso, son tan generales que lo más que nos pueden ofrecer es un punto de partida “muy general”.

El proceder anterior es por completo usual en el movimiento del “Derecho penal orientado a las ciencias sociales”. No se busca ayuda, inspiración o respuestas en disciplinas o planteamientos científico-sociales o teórico-sociales de intereses más similares a los del Derecho penal y que ofrecen desarrollos más concretos (como por ejemplo, respectivamente, la criminología o la teoría ética). En lugar de ello, la orientación interdisciplinar se da por cumplida mediante la referencia a teorías del máximo nivel de generalidad, sin tan siquiera considerar un óbice insuperable el que, incluso en dicho nivel, presenten importantes diferencias entre sí³⁷. Se trata sin duda de un mal extendido y en absoluto privativo de la contribución que se analiza, pero no por ello menos censurable.

Cuando ésta se preconizó inicialmente en los años setenta³⁸, la idea de la orientación del Derecho penal a las ciencias y disciplinas sociales era restringir el campo de juego de la libre argumentación mediante una mayor información sobre la situación fáctica realmente existente o una mayor

37. Un proceder teóricamente similar ha venido siguiendo la doctrina penal con el “positivismo” (en realidad “los positivismos”). Bajo el mismo término se han agrupado propuestas teóricas totalmente diferentes, incluso en su objeto y método, para desecharlas a todas de un plumazo (al respecto, v. Ortiz de Urbina Gimeno, Íñigo: La excusa del positivismo, Civitas, Madrid, 2007, *passim*, especialmente pp. 31-66).

38. Coincidiendo, por tanto, no de manera casual, con el nacimiento de la “dogmática político-criminalmente orientada”. Sobre las comunes influencias sociales en ambos movimientos, v. Ortiz de Urbina Gimeno, obra citada *infra* en nota 13, pp. 859-864.

precisión conceptual. Esto ocurre, por ejemplo, cuando, para bloquear argumentaciones a favor del incremento de la gravedad de las penas “por razones disuasorias”, se utilizan los estudios empíricos que muestran la mayor importancia disuasoria de las variaciones de la probabilidad de la sanción frente a los cambios en su gravedad³⁹. Similarmente, la idea de acudir a otras disciplinas no empíricas era conseguir una mayor precisión conceptual acudiendo a aquellas que se ocupan de teorías y conceptos también utilizados por la doctrina penal. Por poner también aquí un ejemplo, la precipitada contraposición entre “utilitarismo” y “retribución” en la teoría de la pena se vería beneficiada de una profundización en la teoría ética contemporánea que acabara con la lamentable confusión (por asimilación) entre utilitarismo y consecuencialismo⁴⁰. El acercamiento a la teoría ética contemporánea tendría asimismo un efecto saludable sobre la injustificable tendencia a hacer como si la teorización sobre la justificación deontológica del castigo se hubiera detenido coincidiendo con el último hálito de Hegel, allá por 1831⁴¹.

Por supuesto, ninguna de estas loables pretensiones ha tenido éxito, habiendo sido ambas sustituidas por la utilización cosmética de la terminología de desarrollos teórico-sociales que no aportan ni mayor conocimiento

39. La conclusión, a la que se llegó en los años setenta mediante estudios en los que se empleaban análisis de regresión, ha sido corroborada por los más recientes estudios sobre la percepción de la disuasión (“disuasión perceptiva” –*perceptual deterrence*–). V. Apel, Robert, Nagin, Daniel S.: “General Deterrence: A Review of Recent Evidence”, en Wilson, Petersilia (eds.): *Crime and Public Policy*. Oxford University Press, Nueva York, 2011, pp. 412-413.

40. En la teoría ética contemporánea hay consenso en que entre ambos hay una relación de género (consecuencialismo)-especie (utilitarismo). En concreto, el utilitarismo es un consecuencialismo bienestarista y “aditivista” (o sumatorio). Al respecto, v. Sen, Amartya, Williams, Bernard: “Introduction”, en Sen, Williams (eds.): *Utilitarianism and Beyond*. Cambridge University Press, Londres, 1982, pp. 1-21. He tratado el tema de forma más extensa en Ortiz de Urbina Gimeno, Íñigo: “Política criminal contra la corrupción: un análisis desde la teoría de la pena (o viceversa)”, en Mir Puig, Corcoy Bidasolo: *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 392-396.

41. Sobre la tendencia a limitar el análisis de las teorías de la pena basadas en el merecimiento (término algo más preciso y menos simbólicamente cargado que el de “retribución”) a los desarrollos de Kant y Hegel, como evidencia la lectura de los dos manuales canónicos de Derecho penal en Alemania y España (los de Claus Roxin y Santiago Mir Puig), v. Ortiz de Urbina Gimeno, Íñigo (obra citada en nota previa), pp. 389-391.

empírico ni mayor precisión conceptual. No se está afirmando que las propuestas teórico-sociales citadas por Pérez Barberá no sirvan para nada⁴²: lo que se está diciendo es que no sirven para lo que aquí importa, que es enriquecer la teorización jurídico-penal sobre el dolo. Lo anterior se muestra de forma particularmente evidente cuando se repara en la función cumplida por la apelación a la “comunicación” como fundamento de su propuesta axiológica.

2. La fundamentación de la teoría: ¿axiológica o epistémica?

Un observador no habituado a los usos retóricos preponderantes en la penalística contemporánea podría pensar que, cuando Pérez Barberá apela a la comunicación, hace referencia a una noción dialógica que requiere la existencia, como mínimo, de dos partes, un emisor y un receptor. Así lo indicarían las referencias a la “comunicación de un apartamiento de reglas” que hace necesario “el inicio de un proceso de *discusión*” “tendiente a obtener *consenso*” (186).

Sin embargo, esto no es así, y en el enfoque de Pérez Barberá, como en otros extendidos entre los penalistas de influencia germánica⁴³, bajo una pátina de cientificidad social⁴⁴ la noción de comunicación prescinde

42. Si bien su valor parece tremendamente desigual. Mientras que hay mucho que aprender del titánico empleo de diferentes desarrollos teóricos por parte de Habermas en la construcción de su teoría, así como de aspectos concretos de la misma, como el intento de fundamentación de una noción colectiva de subjetividad, mi impresión es que la historia reserva para Luhmann el mismo juicio que para Freud: un admirable genio y un formidable académico al que es interesante leer pero que se equivocó profundamente de método. El jurado todavía no ha acabado de deliberar sobre Luhmann. En cuanto a Freud y el psicoanálisis, v. por todos las críticas canónicas (desde dos perspectivas muy distintas: filosofía post-positivista de la ciencia y antropología social, respectivamente), de Grünbaum, Adolf: *The Foundations of Psychoanalysis: A Philosophical Critique*. University of California Press, Berkeley, 1984; v. también su “Is Sigmund Freud’s Psychoanalytic Edifice Relevant to the 21st Century?”, en *Psychoanalytic Psychology*, Vol 23(2), 2006, pp. 257-284; y Gellner, Ernest: *The Psychoanalytical Movement. The Cunning of Unreason* (1ª ed., 1985; 3ª ed. Blackwell, Oxford, 2003).

43. Sobre las posibilidades y límites de la construcción conceptual del “Derecho penal como comunicación”, v. Puppe, obra citada *supra*, en nota 9, *passim*.

44. Normalmente sustentada en la muy problemática teoría de sistemas, a la que como se

de cualquier componente “comunicativo” en el sentido usual del término (emisor-receptor) para funcionar como un expediente para introducir en el análisis las preferencias axiológicas del autor. Huelga decir que nada hay de erróneo en lo anterior, siempre que se reconozca y que los argumentos ofrecidos para sustentar la teoría sean de corte normativo-axiológico y guarden con el problema a resolver una adecuada cercanía en cuanto a su grado de generalidad. Ninguno de estos presupuestos se da en el caso de la contribución que nos ocupa:

- Inicialmente, la propuesta gira en torno a dos macro-teorías sociales, una de las cuales (Luhmann) no tiene inmediatas implicaciones normativas, mientras que la otra (Habermas) las tiene sólo en un nivel mucho más elevado de abstracción que la cuestión que nos ocupa (la adecuada configuración del dolo). Como se vio⁴⁵, de hecho Pérez Barberá se apoya luego de modo principal en la teoría de Habermas, afirmando que “la idea de ‘racionalidad comunicativa’ [...] no es otra cosa que un concepto epistémico de racionalidad” (188, n. 67), una noción que reafirma al declarar que “Lo racional o irracional de un comportamiento, por lo tanto, ha de determinarse en función de parámetros epistémicos, no ontológicos” (196).

Ahora bien: si la noción que lleva el peso de la argumentación es la de racionalidad comunicativa y ésta es reducible a la de racionalidad epistémica, ¿dónde están las premisas valorativas necesarias para fundamentar axiológicamente la postura de Pérez Barberá de entender que el dolo no exige conocimiento? En un momento de su argumentación, el autor entiende que

“la comunicación tiene su propia lógica una vez que es proferida y se desentiende por completo de las intenciones concretas del emisor. Esto es lo que permite descartar como irrelevantes –con independencia del punto de vista del autor– la presencia de intenciones epistémicamente irracionales en los casos de las consumaciones objetivamente inesperadas o de tentativas irreales o supersticiosas, por un lado, y la ausencia irracional de un determinado conocimiento en los casos de ceguera ante los hechos, por el otro” (197).

ha visto alude Pérez Barberá, si bien luego sustenta su idea de “racionalidad comunicativa” en los planteamientos de Habermas (188, n. 67, 195-196, notas 81 a 84).

45. *Supra*, nota 44.

Dejando ahora al margen lo polémico que resulta afirmar que la comunicación se desentiende por completo de las intenciones del autor⁴⁶, en el párrafo recién citado parece faltar algo. De la afirmación de que la comunicación tiene su propia lógica, independiente de las intenciones concretas del emisor, se salta a otra afirmación, según la cual ello avala las soluciones preconizadas por Pérez Barberá en materia de lo que hoy conocemos por imputación subjetiva. Sin embargo, incluso aunque fuera cierto que la comunicación sigue una lógica independiente del emisor, ello sería sólo un dato: sigue faltando la premisa axiológica que otorgue el aval necesario a las afirmaciones de tal tipo realizadas por el autor.

Pérez Barberá parece sostener un concepto excesivamente amplio de “normatividad”, sin distinguir ulteriormente entre la normatividad ética y la normatividad epistémica. Ello se evidencia cuando el autor cita aprobadoramente a Habermas afirmando que en su modelo “el lugar de la razón práctica pasa a ocuparlo la razón comunicativa” (188, n. 67). Como en el mismo lugar se afirma que la racionalidad comunicativa “no es otra cosa que un concepto epistémico de racionalidad”, por la propiedad transitiva tenemos que el lugar de la razón práctica ha pasado a ser ocupado por un concepto epistémico de racionalidad.

Lo anterior, sin embargo, supone vaciar de contenido axiológico el ámbito de la razón práctica, toda vez que el de racionalidad epistémica es desde luego un concepto normativo, pero no es un concepto axiológico (relativo a la razón práctica, y en concreto a la ética) sino, precisamente, uno epistémico (relativo al conocimiento)⁴⁷.

46. Tal afirmación supone adherirse a la denominada “lingüística –o modelo comunicacional– del código”, frente a la “lingüística inferencial”, hoy en día mayoritaria. Es además incoherente, dado que la lingüística inferencial se considera la única acorde con el enfoque pragmático que Pérez Barberá afirma seguir. Al respecto, v. Sperber, Wilson (obra citada *supra* en nota 7), p. 470.

47. Como se ha dicho recientemente, “En el concepto de justificación descansa el esfuerzo de la epistemología tradicional por especificar la dimensión normativa del conocimiento. El concepto procede directamente de la ética y sugiere un género (la justificación) con varias especies (justificación epistémica y justificación moral). Ambas compartirían un núcleo común relativo a su dimensión normativa y se distinguirían en aquello a lo que se dirigen (el conocimiento o la acción ética)”. Broncano, Fernando, Vega, Jesús: “Las fuentes de la normatividad epistémica: *deberes, funciones, virtudes*”, en Quesada (coord.): *Cuestiones de Teoría del Conocimiento*, Tecnos, Barcelona, 2009, p. 84. Si bien

La adhesión a un concepto epistemológico de racionalidad comunicativa que reduce la razón práctica a la epistémica deja a Pérez Barberá sin las premisas axiológicas que precisa para fundamentar la superioridad normativo-axiológica de su propuesta. El autor luego incurre en circularidad cuando afirma que tal superioridad se da “en la medida en que se acepte el paradigma comunicativo como punto de partida” (198). En realidad, su problema sigue siendo encontrar valores axiológicos en la racionalidad epistémica, caracterizada por la existencia de valores, sí, pero no axiológicos sino epistémicos⁴⁸.

- En segundo lugar, dada la infradeterminación de las microteorías normativas por las macroteorías del mismo tipo, abrazar el modelo “comunicativo” en el nivel macroteórico es compatible tanto con el planteamiento de Pérez Barberá (el concepto de dolo no debe incluir ni la noción de voluntad ni la de conocimiento) como con el tradicional (debe incluir ambas) como con el tradicional modificado (debe incluir al menos conocimiento). Para elegir entre éstas y otras opciones posibles se debe acudir a premisas de corte axiológico que, como se ha visto, no se encuentran en el planteamiento del autor.

c) Tomando la comunicación penal en serio: lo que la conducta delictiva realmente comunica

Entender la noción de “comunicación” de forma algo (*rectius*: mucho) menos metafórica, incluyendo al menos la idea de alteridad dialógica, obligaría a acudir a la creciente investigación empírica acerca de las percepciones

en la epistemología contemporánea conviven y compiten las tres perspectivas aludidas en el título del artículo que se acaba de citar, la normativa, la funcional y la de las virtudes, ninguna de estas últimas dos perspectivas mejora la situación para Pérez Barberá: la primera, porque renuncia a la propia idea de normatividad; la segunda porque no sigue una perspectiva similar a la ética deóntica, centrada en el “qué hacer” concreto, sino que se mira en la ética de la virtud (aretética), más interesada en el “cómo ser”.

48. La confusión entre el plano axiológico y epistémico se muestra asimismo en 207, n. 129, donde Pérez Barberá califica de “axiológicas” las valoraciones preteóricas cuyo marco de referencia es el interés científico de quien formula la tesis. En realidad, en tales evaluaciones no hay axiología, sino precisamente consideraciones teóricas, que normalmente serán epistémicas.

ciudadanas sobre la reprochabilidad y las circunstancias que la fundamentan, agravan o atenúan. Y, al hacerlo, se vería que ésta muestra que la ciudadanía tiene unos planteamientos axiológicos radicalmente divergentes de aquellos que subyacen a la propuesta de Pérez Barberá.

Como luego desarrollaré, qué relevancia haya de tener tal divergencia depende del estatuto de la noción de “comunicación” en el planteamiento del autor, y en concreto de si ésta se entiende en un sentido fáctico o en un sentido normativo. En cualquier caso, debe quedar claro que no se propone aquí que la teoría normativa haya de consistir en la mera indagación de los planteamientos mayoritarios en una determinada sociedad (un “recuento de votos”), dado que tal confusión entre la ética social (un dato) y la ética normativa (un planteamiento prescriptivo) supondría un ejemplo de libro de falacia naturalista⁴⁹. Sin embargo, y dado que a menudo se habla de “comunicación” y de “expresión” (tanto por parte del delincuente como del sistema de justicia penal, si bien aquí a Pérez Barberá y a mí nos interesa lo primero), no está de más verificar qué es lo que de hecho “comunica” o “expresa” la conducta desviada a la ciudadanía y por qué. Ulteriormente, si bien la existencia de un consenso en sentido opuesto a las propias premisas axiológicas no supone lógicamente su “falsación”, como poco implica una especial carga de la prueba argumentativa, y posiblemente también indique la oportunidad de revisar el propio planteamiento.

Los estudios empíricos muestran que, a la hora de graduar la reprochabilidad de una conducta, los ciudadanos legos en Derecho otorgan una importancia decisiva a la voluntad y al grado de conocimiento. Que son, precisamente, los dos elementos que Pérez Barberá quiere desterrar de lo que hoy en día denominamos imputación subjetiva para sustituirlos por una unitaria (y graduable) noción de imputación basada en la racionalidad epistémica.

En uno de estos estudios, realizado por el penalista estadounidense Paul Robinson en compañía del psicólogo empírico John Darley⁵⁰, se pudo

49. Salvo, por supuesto, que se introduzca alguna premisa valorativa intermedia. Esto es lo que hace Robinson en su propuesta de “merecimiento empírico” (*Principios distributivos del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2012, *passim*), fundamentando la oportunidad de seguir las valoraciones legas sobre los criterios de determinación de responsabilidad penal en su utilidad preventiva (v. por ejemplo obra citada, p. 164).

50. Robinson, Paul, Darley, John: *Justice, Liability, and Blame. Community Views and the Criminal Law*, Westview, Boulder (Colorado), 1995, pp. 28 a 33 (Estudio 2, “Creación

determinar que el hecho de que el autor muestre “mala voluntad” (concreta en el estudio en su intención de matar a otra persona)⁵¹ lleva a los legos a la atribución de responsabilidad penal incluso en casos en los que tanto la probabilidad de que el daño se produzca como su magnitud son objetivamente reducidas⁵². Siendo ello así, parece difícil que estas personas estuvieran de acuerdo con la solución ofrecida por Pérez Barberá (190) de imputar a título de imprudencia la conducta de quien, sabiendo que tiene el virus del sida y con la intención de matar a otra persona, tiene una sola relación sexual no violenta por vía vaginal con ésta, pensando que existen elevadas probabilidades de contagio cuando en realidad el porcentaje está en torno a un 1%.

En otro estudio del mismo libro se indagó acerca de los posicionamientos de los legos respecto a cuatro situaciones: conducta llevada a cabo con conocimiento, con *recklessness*, imprudente y diligente. Para ello, a los participantes se les describió diversas situaciones en las que un sujeto llevaba a cabo de una de las cuatro formas anteriores una conducta que cumplía el tipo objetivo de un delito (violación, violación por minoría de edad sexual o daños)⁵³. De nuevo, los participantes modularon sus juicios de reproche de forma ascendente, asignando mayor responsabilidad a la conducta con conocimiento que a la conducta con *recklessness*, y a ésta que a la imprudente, que a su vez era valorada como más grave que la diligente. También de nue-

de un riesgo penalmente relevante”). Los estudios posteriores no han contradicho los resultados de éste, v. Robinson, Paul: *Intuitions of Justice and the Utility of Desert*, 2013, pp. 257-261 (este libro, aún inédito y que publicará Oxford University Press en el mes de abril, se cita por las pruebas finales, amablemente cedidas por el autor).

51. En el ejemplo que se ofrecía a los participantes en el estudio se trataba en concreto de una mujer que pretendía matar a su marido envenenándole el desayuno (con diverso grado de acierto).

52. Los autores variaron tanto la gravedad del eventual resultado (tres posibilidades: dolor estomacal leve, intoxicación grave y muerte) como la probabilidad de que cada uno de estos eventuales resultados se produjera efectivamente (se ofrecían diversos tantos por ciento de probabilidad de que el marido efectivamente comiera el desayuno). Los sujetos del estudio se pronunciaban a favor de la existencia de responsabilidad en todas las combinaciones, si bien diferenciaban la gravedad de acuerdo con la probabilidad y la magnitud del eventual daño.

53. Robinson, Darley, obra citada *supra*, en nota 50, pp. 83-96 (Estudio 8: “Requisitos de reprochabilidad y eximentes de error y caso fortuito”).

vo, el elemento más decisivo a la hora de formular el reproche fue la existencia de conocimiento y su seguridad⁵⁴. Esto no resulta compatible con la afirmación por Pérez Barberá de que los apartamientos de una regla fundados en una orientación óptima tienen la misma intensidad comunicativa en contra de aquella que los que se fundan en orientaciones arbitrarias (187).

El alcance de los anteriores resultados para la teorización propuesta por Pérez Barberá, se insiste, depende por completo de cuál sea la naturaleza del paradigma de la racionalidad comunicativa y de la idea de “comunicación” que éste acoge. Puede ser que estas nociones se entiendan en sentido descriptivo, y como se dijo ello parecería colegirse de la afirmación de estar-se ante una *comunicación* de un apartamiento de reglas que hace necesario iniciar un *proceso de discusión* tendiente a lograr un *consenso* (186). De ser así, entonces los resultados empíricos sobre cómo perciben los ciudadanos legos la “comunicación penal” presumiblemente habrán de importar, y mucho, dado que ellos determinarán qué apartamientos de las reglas hacen preciso el inicio de ese proceso de discusión y determinarán asimismo las medidas necesarias para llegar al aludido consenso. En otros términos, más cercanos a las tesis sistémicas, resulta improbable que una sociedad pueda conseguir estabilización cuando su sistema de justicia penal determina la responsabilidad de forma contraria a la que la ciudadanía lega (la inmensa mayor parte de la ciudadanía) entiende correcta⁵⁵.

Por el contrario, si la tesis “comunicativa” acogida por Pérez Barberá es prescriptiva, entonces los resultados de estos estudios no pueden de modo alguno mostrar que se equivoca al relegar los conceptos de conocimiento y

54. Las investigaciones posteriores no han alterado esta conclusión, v. Robinson, obra citada *supra* en nota 50, pp. 304-310.

55. Dada esta situación, resulta poco convincente la afirmación de que “La tesis aquí desarrollada tiene la ventaja de que ella, como se dijo, también vale como una reconstrucción teórica del concepto de dolo que la praxis realmente emplea” (210). Ciertamente, los jueces no son legos, pero resulta poco probable que la educación jurídica lleve a las personas a variar radicalmente su concepción sobre la relevancia axiológica del conocimiento. Por supuesto, se puede insistir en que la noción de dolo sin exigencia de conocimiento es una reconstrucción teórica de lo que “realmente” hacen los jueces, que como tal no implica que éstos sepan que efectivamente es lo que hacen. Pero una tal hipótesis se acerca peligrosamente a las explicaciones psicoanalíticas en términos del inconsciente o a las marxistas basadas en la noción de “ideología”, compartiéndolo asimismo su imposible verificabilidad o falsación.

voluntad, puesto que estos resultados no son sino empiria y su tesis axiológica, moviéndose por tanto en planos distintos. En este caso, sin embargo, se ve expuesto a la crítica argüida en el anterior apartado: ¿cómo justifica sus planteamientos axiológicos una teoría basada en argumentos epistémicos?

Conclusiones

En su interesante y fundamentado artículo Pérez Barberá se propone un objetivo muy ambicioso: defender la reconfiguración del concepto de dolo, y con él de todo el tipo subjetivo, pasando del sistema actual, en el que los hechos mentales “voluntad” y “conocimiento” son considerados primordiales, a otro en el que quedan relegados en beneficio de la racionalidad epistémica subyacente a la conducta del autor.

En las páginas anteriores he intentado mostrar por qué el intento no me resulta convincente. Al hacerlo, sin embargo, apenas he entrado al fondo del desacuerdo, que es que, a diferencia de Pérez Barberá, considero que conocimiento y voluntad son elementos importantes a la hora de determinar la reprochabilidad de una conducta. Ello se debe a que entiendo que las discusiones sobre axiología de primer grado, si bien no son irracionales o al menos a-rationales, como querría un planteamiento escéptico, presentan importantes limitaciones argumentativas. Razón por la cual he preferido sustentar mi análisis en diversas cuestiones de método, algunas de las cuales redundan directamente sobre la fundamentación de su planteamiento axiológico y me llevan a concluir que las premisas de la tesis de Pérez Barberá no le permiten sustentar sus conclusiones.

- En un primer momento (apartado II) he rebatido la crítica de Pérez Barberá a los conceptos normativos de dolo, los cuales según él serían incoherentes por seguir requiriendo conocimiento y (en algunos casos) voluntad. Su argumentación se basa en un equívoco conceptual: entender que no se puede sostener un planteamiento de los denominados “normativistas” y sin embargo exigir algún elemento de corte fáctico como parte del concepto de dolo. Por el contrario, un enfoque normativista coherente puede basarse en elementos empíricos e incluirlos como parte integrante de sus conceptos: lo único que no puede hacer es considerar que la realidad fáctica *obliga* a definir de una concreta manera un concepto.

- En segundo lugar he criticado lo que he llamado el “planteamiento teórico-social” del autor (apartado III.b). La gran abstracción de las teorías y el elevado nivel de generalidad de los desarrollos escogidos permiten que las ciencias y disciplinas sociales sean utilizadas a modo de cobertura para dar un supuesto apoyo a soluciones alcanzadas conforme a otro tipo de razonamientos. En realidad, tales teorías y desarrollos, por su elevada abstracción y generalidad, podrían igualmente “apoyar” posiciones opuestas a las alcanzadas por Pérez Barberá.
- En tercer lugar (III.b.2), el modelo efectivamente propuesto por Pérez Barberá se apoya en la reducción de la razón práctica a la racionalidad epistémica. Sin embargo, y del mismo modo que sucede con otros planteamientos (como aquellos que pretenden reducir la razón práctica a la instrumental), al hacer tal cosa se enfrenta al problema de fundamentar cómo, a partir de valores epistémicos, se llega a valores axiológicos.
- En cuarto lugar (III.c), Pérez Barberá debe confrontar los resultados de la investigación empírica, que muestran la gran importancia que los ciudadanos conceden a la existencia de conocimiento y/o voluntad en sus juicios sobre la reprochabilidad relativa de las conductas. El alcance de estos resultados variará según cuál sea el carácter de la noción de “comunicación” por él acogida, y en concreto de si tal concepto se entiende como un concepto descriptivo o como uno normativo. Si se entiende en el primer sentido, estos resultados hacen inadecuada la teoría por él propuesta. Si se entiende en el segundo sentido, la teoría queda expuesta a la tercera objeción presentada.

Reproche al “Dolo como reproche”

María Laura Manrique
CONICET (Argentina)

I. Introducción

El dolo es uno de los temas clásicos de la dogmática penal. Sin embargo, la discusión sobre la delimitación del concepto y la justificación de su papel en la atribución de responsabilidad se mantiene intacta desde sus comienzos.¹ En el artículo ‘El dolo como reproche. Hacia el abandono del dolo como estado mental’ Gabriel Pérez Barberá presenta una reconstrucción del dolo diferente a la de la dogmática tradicional.² Su manera de plantear la discusión es novedosa y muestra un refinamiento conceptual de alta calidad. Sin embargo, aquí presentaré algunas dudas acerca del alcance y naturaleza de su teoría.

Este trabajo está dividido en siete secciones. En (II) hago un breve comentario al modo en que la dogmática puede enfrentarse a los límites que le impone el derecho positivo. En (III) reconstruyo y comento brevemente las diferentes dimensiones que posee el dolo para Pérez Barberá. En particular, analizo la caracterización del dolo como concepto normativo. A continuación, en (IV) analizo los axiomas que Pérez Barberá propone para su teoría. En esta sección también critico las soluciones que Pérez Barberá propone a diversos casos cruciales: la consumación inesperada, tentativa irreal y

1. Véase, por ejemplo, Carrara Francesco, *Derecho Penal*, Editorial Mexicana, México, 1997, 107.

2. Pérez Barberá, Gabriel, “Dolo como reproche. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental”, en *Pensar en derecho*, 2012, 1, 169-211. <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revista-1.php>

ceguera ante los hechos. En la sección (V) intento mostrar ciertas consecuencias potencialmente indeseables que surgen al atribuirse importancia a la génesis de la creencia y, al mismo tiempo, abandonarse la relevancia de la creencia misma. En (VI) resalto la necesidad de esgrimir datos empíricos para probar que la teoría de Pérez Barberá no lleva a castigar a los más pobres. En la última sección (VII) intento mostrar que asumir un diseño institucional como el que propone Pérez Barberá nos conduce a disminuir el papel que posee el individuo en tanto que eje central de la atribución de responsabilidad, limitándose con ello su naturaleza de agente racional, i.e., un agente capaz de dar razones y explicar por qué se comportó de determinada manera.

A menudo, se dice "*Amicus Plato sed magis amica veritas*". En este caso, mi comentario transita un camino fácil ya que muchas veces Pérez Barberá en su trabajo nos enseña cosas verdaderas e importantes. Sin embargo, creo también que esa frase usual de descargo encierra algo profundo que no deseo pasar por alto: el valor de la amistad. En este sentido, ha sido un privilegio aprender en sus cursos y seminarios y considero de enorme valor la amistad que nos une hace ya muchos años. Por ello, desearía que estos apuntes a su fino trabajo sean considerados como una disputa entre amigos genuinamente interesados en la verdad.

II. "Dolo como reproche", dogmática y derecho positivo

El trabajo de Pérez Barbera es extenso y posee muchas ideas valiosas. Su tesis central puede resumirse de la siguiente manera: a diferencia de lo que sostiene la teoría tradicional, el dolo y la imprudencia pertenecen a la misma categoría, es decir, ambos son conceptos normativos. Para distinguir y justificar la diferente cantidad de pena entre estos dos casos hay que tener en cuenta los fines del derecho penal y la razón del mayor reproche. El fin del derecho penal es la estabilización de expectativas normativas que resultan defraudadas por las conductas ilícitas y en casos que la orientación del agente en el mundo haya sido óptima, hay razones suficientes para reprochar del modo más severo. Se sigue de ello que, siendo las demás condiciones iguales, el reproche a título de dolo nunca es inferior al reproche por imprudencia. En este esquema conceptual, los estados mentales del agente (creencias, motivaciones, deseos, etc.) son prácticamente irrelevantes para determinar cuándo estamos frente al dolo y cuándo ante imprudencia. A

diferencia de los enfoques clásicos que vinculan el dolo a la intencionalidad o el conocimiento de los agentes, Pérez Barberá sostiene que ni conocimiento ni voluntad forman parte del concepto de dolo. En su opinión, su teoría es la primera que:

“...realmente independiza por completo al concepto de dolo de un punto de partida psíquico. El concepto de dolo, en efecto, no será considerado aquí como un derivado de datos fácticos tenidos *a priori* como relevantes, sino como un derivado del fin del derecho penal y de la *ratio legis* del mayor castigo del delito doloso” (p. 177).

Pérez Barberá comienza su análisis revisando la necesidad de introducir modificaciones en el derecho positivo argentino a los efectos de dar cuenta de su propuesta. Especialmente, está interesado en determinar si una concepción del dolo como la que defiende, i.e. una concepción estrictamente normativa, requiere cambiar el sistema penal vigente. Su respuesta es negativa. En primer lugar, a diferencia de otros ordenamientos normativos, e.g. el colombiano o el mexicano, en el código penal argentino no se define al dolo y por ello, no hay limitaciones normativas específicas a la tarea de reelaboración conceptual. En segundo lugar, se pueden extraer indicios –con ayuda de una suerte de argumento a contrario– de lo que se entiende por dolo a la luz del artículo 34 del código penal y esos indicios son compatibles con una concepción exclusivamente normativista del dolo. En el inciso primero de ese artículo se indica que no son punibles las conductas cometidas con “error o ignorancia de hecho no imputables” al agente y la explicación de esta expresión normativa –y con ello, el alcance de la norma penal– dependería de las elaboraciones de la dogmática. Así, para Pérez Barberá el error es aquel desconocimiento no irracional del riesgo y, a diferencia de la concepción tradicional que equipara dolo con conocimiento, esta caracterización es plenamente compatible con una concepción normativa del dolo.

Esta estrategia de Pérez Barberá no es novedosa y forma parte del modo usual en que trabaja la dogmática contemporánea.³ Sin embargo, es conveniente destacar que este enfoque tiene importantes consecuencias prácticas

3. Por ejemplo: Ragués, Ramón, *La ignorancia deliberada en derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2007, p. 197.

al momento de la atribución de responsabilidad. Sin dudas que la dogmática puede, de hecho, definir o redefinir cualquier término, por ejemplo podría decir que error significa “equivocación en casos de falta de diligencia para averiguar la verdad”. Este concepto es más restringido que el concepto ordinario que se caracteriza simplemente a partir de la discrepancia entre lo que se afirma y lo que ocurre. Así, la elección de uno u otro concepto tendrá relevancia para determinar exactamente en qué situaciones un agente no será responsable a la luz de lo que establece el artículo 34 del código penal.

En mi opinión, con frecuencia la dogmática redefine los conceptos centrales del derecho penal.⁴ Por sí mismo, ello carece de relevancia más allá del interés que pueda suscitar en la propia ciencia jurídico-penal. El problema es la conexión entre esas redefiniciones dogmáticas, los textos legales y la justificación de las decisiones judiciales. La inexistencia de una definición explícita o implícita de dolo en el derecho penal argentino no es un dato suficiente para sostener que el legislador argentino “ha delegado” en la dogmática la tarea de precisar ese concepto.⁵ Por el contrario, en la medida en que estas redefiniciones tienen impacto en la atribución de responsabilidad, ellas tienen que estar consagradas por el legislador. En otras palabras, el desafío radica en mostrar que los jueces pueden escoger cualquier definición de una expresión consagrada en el texto normativo, ya sea la que haya formulado la dogmática o algún otro participante de las prácticas jurídicas, e.g. abogados, jueces, etc. Supongamos que es verdad que el legislador utiliza “error” como un sinónimo de “falta de conocimiento” –tal vez porque al momento de promulgarse el código penal esa era la concepción dominante–; entonces no es obvio que los jueces puedan invocar *otra definición* (por ejemplo, la que propone Pérez Barberá) sin violar el principio de reserva de ley. Después de todo, las normas son el significado de los textos y este significado –al menos para una concepción convencional del lenguaje– depende del modo en que ha sido utilizada la expresión en cuestión. En palabras de Alchourrón y Bulygin:

4. Gimbernat Ordeig, Enrique, *Concepto y método del derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 36-38.

5. Este argumento ha sido expresamente afirmado por Ramón Ragués para el caso del derecho español. Véase, Ragués, Ramón, *La ignorancia deliberada en derecho penal*, op. cit., pp. 194-195.

“Toda norma se formula o puede ser formulada en un lenguaje, pero la norma no es un conjunto de signos lingüísticos, sino el sentido que esos signos expresan. Tenemos que distinguir, por lo tanto, entre la formulación de la norma (enunciado normativo) y la norma. Los enunciados normativos son entidades lingüísticas; las normas son el sentido expresado por esos enunciados.”⁶

Luego, ellos señalan:

“¿Cómo se hace para descubrir el sentido de una expresión lingüística? Para ello no caben más que dos posibilidades: o bien las palabras tienen el sentido que normalmente suelen tener en el lenguaje en cuestión, es decir, son usadas del mismo modo como se usan habitualmente, en cuyo caso para determinar el sentido hay que recurrir al uso común del lenguaje; o bien, el autor del texto se ha apartado del uso común y ha usado alguna expresión en un sentido diferente, en cuyo caso hay que indagar cuál es ese sentido... (Desde luego, el receptor del mensaje puede asignarle al texto un significado propio, más o menos arbitrario, pero esto no puede describirse como un procedimiento para *descubrir* el sentido, que es lo que interesa).”⁷

Al cambiar el significado de un determinado texto normativo, se está ampliando (o reduciendo) el alcance de una norma. Por supuesto, la dogmática puede proponer estas modificaciones (propuesta de *lege ferenda*), pero esa opción no está disponible para los jueces. La dogmática puede justificar sus propuestas en razones valorativas o sistemáticas, pero los jueces tienen que fundamentar la atribución de responsabilidad penal exclusivamente en lo que dice el legislador de manera explícita o implícita.⁸ En resumen: aunque la propuesta de Pérez Barberá fuese compatible con la concepción del

6. Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, “Definiciones y normas”, en *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 442.

7. Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, “Definiciones y normas”, op. cit., p. 443.

8. Manrique, M. L.; Navarro, P. E., y Peralta J. M., *La relevancia de la dogmática*, Colombia, Universidad del Externado, 2011, pp. 95 y ss.

dolo subyacente al *texto* del código penal argentino, ello todavía es insuficiente para garantizar que ella sea *la* concepción articulada por el legislador.

Este argumento no impacta directamente en la tesis central del trabajo de Pérez Barberá, ya que –al margen de su eventual ajuste con las normas positivas– sus ideas seguirían teniendo un indudable valor como una *propuesta* para revisar nuestras prácticas institucionales de atribución de responsabilidad. Por ello, en lo sucesivo dejaré de lado este problema y me concentraré en sus tesis específicas.

Por último, es interesante revisar la idea de Pérez Barberá de que un rasgo positivo adicional de su teoría es que reconstruye aquello que implícitamente entiende la dogmática y la jurisprudencia por dolo y también por imprudencia (p. 200). Sin duda, es importante una reconstrucción de lo que hacen los tribunales ya que ello puede mostrarnos en qué medida es una mala costumbre aferrarse (invocar, mencionar, etc.) a un concepto, que de hecho no es utilizado (p. 201). Así, de nada sirve afirmar que el dolo es conocimiento y voluntad si después o bien esos términos son drásticamente redefinidos, o ni siquiera se toman en serio. Sin embargo, el hecho de que los tribunales hagan lo que su teoría describe sólo posee valor explicativo, pero no sirve como argumento para mostrar que su teoría está justificada. El modo en que funcionan los tribunales y nuestra valoración de ese funcionamiento son parcialmente independientes. En síntesis, se podría conceder que su teoría es verdadera como descripción pero todavía sería necesario mostrar que ese es el modo correcto en que deberían actuar los jueces para que el castigo de quienes cometen delitos esté justificado.

III. Las dimensiones del dolo

Pérez Barberá caracteriza al dolo en tres diferentes niveles: sintáctico, semántico y pragmático. Desde el punto de vista sintáctico, el dolo (al igual que la imprudencia) es una propiedad definitoria de casos genéricos. La conexión entre los casos genéricos y los casos individuales se produce a través de reglas de correspondencia. Estas reglas son las que permiten relacionar los términos inobservables (valorativos) con términos observables (empíricos). Y dice:

“Ello es así porque toda hipótesis teórica tiene implícita una hipótesis normativa de relevancia, que es la que determina qué datos empíricos

son los que deben ser seleccionados. Para lo que aquí interesa, puede decirse que si en un caso se constatan una serie de hechos a partir de los cuales puede decirse que existe una posibilidad objetivamente privilegiada de prever la realización del tipo, entonces ese caso podrá ser interpretado como doloso. Es decir: esos hechos serán los que permitan emitir una determinada valoración de ellos, que es aquello en lo que el dolo consiste como concepto-objeto.”

En mi opinión, Pérez Barberá tiene razón en cuanto a las propiedades y las reglas de correspondencia necesarias para conectar los casos genéricos con los individuales. Sin embargo, es conveniente subrayar que de ello no se sigue automáticamente que el dolo sea una posibilidad objetivamente privilegiada de prever la realización del tipo. Más bien, esa conclusión debe defenderse mediante argumentos adicionales ya que nada en la distinción entre propiedades, casos genéricos, casos individuales y reglas de correspondencia impide en reconstruir al dolo como un complejo epistémico-volitivo.

La dimensión semántica está asociada a la dimensión *normativa* del dolo y la imprudencia y, básicamente señala que la calificación de una conducta como dolosa *significa* algo diferente (i.e. es una valoración más grave) a su calificación como imprudente. Así, afirma:

“Semánticamente [...] dolo e imprudencia son propiedades normativas, porque lo que torna doloso o imprudente a un caso genérico es una determinada valoración de él como más o menos grave...” (p. 173).

Esta dimensión semántica está estrechamente ligada a los factores pragmáticos. Pérez Barberá señala que calificar un comportamiento como doloso compromete con un tipo específico de acto de habla cuyo sentido ilocucionario es una valoración (p. 173). Así, el sentido de un enunciado que predica dolo de una cierta conducta no se agota en sus condiciones de verdad sino que también conlleva un factor pragmático de reproche.⁹

9. Para una visión clásica de los aspectos pragmáticos del lenguaje, véase Austin, John, *How to do Things with Words*, Clarendon Press, Oxford, 1962, p. 98. Véase, por ejemplo, Searle, John, *Actos de habla*, Cátedra, Madrid, 2001. Para una reconstrucción véase por ejemplo, González Lagier, Daniel, *Las paradojas de la acción*, Universidad de Alicante, Alicante, 2001, pp. 92 y ss.

Esta reconstrucción tiene un papel fundamental en el análisis de Pérez Barberá ya que ofrece el marco conceptual para defender su visión normativa del dolo. En mi opinión, esta reconstrucción se inserta de manera fascinante en un complejo entramado filosófico. La distinción entre conceptos normativos y conceptos empíricos es relativamente fácil de enunciar pero mucho más compleja de justificar. Dos observaciones resultan pertinentes en este punto. Por una parte, no toda explicación de la normatividad de un fenómeno social es irreducible a fenómenos empíricos. Así, en ocasiones la dimensión normativa se relaciona con el fenómeno de prescribir, que es el resultado específico de un cierto acto de lenguaje. En este sentido, una norma es una prescripción y nada impide analizar a este fenómeno en términos exclusivamente empíricos. También podría explicarse la normatividad en término de complejas interacciones sociales (i.e., regularidades de conductas, actitudes críticas y uso del lenguaje normativo).¹⁰ En este sentido, la normatividad es un fenómeno social (normatividad social) y no depende de un acto particular de habla, pero de allí no se sigue que esa característica no pueda ser explicada en términos "naturales".

Por otra parte, en teoría del derecho el representante más notable de las tesis normativistas *puras* es, sin duda, Hans Kelsen.¹¹ Para Kelsen la dimensión normativa (el deber ser) no podía reducirse al ámbito fáctico (el ser) y, por ello, distingue enfáticamente entre validez y eficacia de las normas, o entre la validez de una norma y su acto de creación. La afirmación acerca de la validez de una norma *significa* que la norma tiene fuerza vinculante o que ella debe ser obedecida. Por consiguiente, los enunciados de validez no son enunciados fácticos sino *enunciados normativos*, más allá de que otros enunciados fácticos (e.g., acerca de la eficacia, la creación de las normas o la pertenencia a un cierto sistema) también sean verdaderos. Ahora bien, como es conocido, la justificación de la naturaleza normativa de la validez –y de los enunciados de validez– lleva a Kelsen a sostener una hipótesis trascendental del conocimiento jurídico: la norma básica fundamen-

10. Hart, H. L. A., *El concepto de Derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1963, pp. 125-137.

11. Kelsen, Hans, *Teoría pura del Derecho*, Porrúa, México, 2000, pp. 201-224. Para una crítica al argumento de Kelsen, véase, Bulygin, Eugenio, "Sobre la estructura lógica de las proposiciones de la ciencia del derecho", en *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 331-338.

tal (*Grundnorm*). Para Kelsen este presupuesto trascendental es necesario para evitar la reducción de lo normativo a lo fáctico o, en otras palabras, para evitar la falacia naturalista.

A su vez, como también es conocido, George Moore insistía en la necesidad de evitar los enfoques naturalistas de los conceptos evaluativos y sostenía que, en última instancia, un concepto como el de bueno es de naturaleza simple y que no podía ser objeto de reducción conceptual. Por supuesto, la dimensión normativa de los fenómenos sociales ha sido objeto de enorme discusión en la filosofía práctica contemporánea sin que todavía haya acuerdo suficiente sobre su explicación.¹² En este sentido, la caracterización del dolo como una propiedad normativa abre espacio para la discusión acerca de su justificación. ¿Estaría Pérez Barberá dispuesto a suponer que la explicación del dolo requiere de una norma básica fundamental que permita capturar un mundo normativo específico? O, por el contrario, ¿admitiría que el dolo es un concepto simple cuyo significado no puede ser exhaustivamente analizado? O, finalmente, ¿admitiría que los enunciados jurídicos acerca del dolo son “modos transpuestos de hablar” en el sentido que Carnap¹³ atribuía a expresiones como “delito”?

No es mi intención sugerir que estas preguntas carezcan de respuesta sino apuntar a los presupuestos filosóficos subyacentes al trabajo de Pérez Barberá ya que no resulta obvio que ellos puedan articularse coherentemente. En particular, sería necesario un análisis más detallado para controlar, por ejemplo, si la conexión entre la normatividad del dolo y la teoría de la comunicación –que Pérez Barberá emplea para discriminar entre dolo e imprudencia– es consistente.

12. Moore, George, *Principia Ethica*, Centro de Estudios Filosóficos UNAM, México, 1959, pp. 6-19. Para una breve explicación de su posición, véase, por ejemplo, Hudson, W.D., *La filosofía moral contemporánea*, Alianza Editorial, Madrid, 1974, pp. 73-79.

13. Carnap, R., *The Logical Syntax of Language*, Routledge & Kegan Paul, London, 1971. Para una breve explicación véase, por ejemplo, Moreso, José Juan, “Lenguaje jurídico”, en *El derecho y la justicia*, Garzón Valdés, E. y Laporta, F. (eds.), Trotta, Madrid, 1996, p. 113. También, Bulygin, Eugenio, “True or False Statements in Normative Discourse”, *In Search of a New Humanism - The Philosophy of Georg Henrik von Wright*, Rosaria Egidi (ed.), Kluwer, Dordrecht-Boston-London, 1999, p. 185.

IV. Los axiomas de la teoría

Con independencia del trasfondo conceptual o presupuestos filosóficos implícitos del trabajo de Pérez Barberá es interesante revisar los fundamentos de los que expresamente parte su reconstrucción. Ellos son dos axiomas acerca de los fines del derecho penal y las razones del mayor castigo de los delitos dolosos sobre los imprudentes (pp. 185 y ss.). El primero afirma:

“Fin del derecho penal es la estabilización de expectativas normativas configuradas a partir de reglas comunicadas por los tipos penales, que resultan defraudadas por conductas que, por su parte, comunican un apartamiento de aquellas reglas de modo suficientemente intenso como para tornar necesario el inicio de un proceso de discusión, tendiente a obtener consenso respecto a si es necesario aplicar pena para garantizar aquella estabilización, esto es, para mantener contrafácticamente las expectativas defraudadas” (p. 186).

El segundo, que se refiere a la razón del mayor castigo del delito doloso respecto del delito imprudente:

“La orientación en el mundo sólo es óptima si está fundada en representaciones epistémicamente racionales y ontológicamente acertadas. Representaciones epistémicamente irracionales determinan orientaciones cognitivas defectuosas, al igual que representaciones epistémicamente racionales pero ontológicamente desacertadas. Por su parte, la falta de conocimiento o de representación, si es racional, determinará también orientaciones defectuosas, y si es irracional, orientaciones arbitrarias. Si se trata del apartamiento de una regla, el que se funda en una orientación óptima tiene la misma intensidad comunicativa en contra de aquella que el que se funda en una orientación arbitraria, intensidad que es siempre mayor a la del apartamiento que se funda en una orientación defectuosa. Cuanto mayor es la intensidad comunicativa de un hecho en contra de una regla jurídico-penal, mayor debe ser también su sanción, para que sea posible el cumplimiento de la finalidad establecida en el primer axioma” (p. 187).

Aunque Pérez Barberá afirma que “por tratarse de axiomas no corresponde que sean sometidos a prueba” (p. 187) hubiese resultado esclarecedor algunas consideraciones al respecto.¹⁴ Particularmente, hubiese sido apropiado mencionar que el derecho penal, probablemente, persigue diferentes fines y que no es obvio que todos ellos puedan ser consistentemente implementados.¹⁵ Por una parte, no creo que la finalidad del derecho penal sea la de estabilizar las expectativas normativas, o más bien que sea sólo esa. En primer lugar, asumir que esa es la función que *debe cumplir* el derecho penal (i.e., su finalidad) parece encerrar una justificación al menos *prima facie* de cualquier poder punitivo estatal. Si es verdad que, como cuestión de hecho, las normas penales satisfacen esa función, el axioma de la estabilización de conducta expresa una valoración positiva del modo en que funciona cualquier sistema penal. Sin embargo, la intervención a través de la pena en bienes básicos de los individuos requiere de justificación moral explícita y no resulta obvio que la estabilización de expectativas merezca por sí misma esa aprobación moral. Tal vez, haya conexiones necesarias entre previsibilidad, autonomía y estabilización de expectativas que confieran plausibilidad al axioma escogido por Pérez Barberá. Pero, este punto no debería haber sido asumido sino más bien argumentado. En segundo lugar, en la dogmática penal es usual analizar un conjunto complejo de justificaciones del derecho penal. Por ejemplo, es usual sostener que la atribución jurídica de responsabilidad penal sirve (y debe servir) para disminuir la defensa propia, la venganza privada, etc. Además, puede señalarse que el proceso judicial de atribución de responsabilidad penal sirve (y debe servir) para reivindicar un espacio institucional donde los individuos pueden ofrecer razones que explican y justifican sus conductas.¹⁶ De este modo, la finalidad del derecho penal y del procedimiento específico subyacente sería el reconocimiento del individuo como agente racional. Volveré sobre esta idea al final del trabajo.

14. Bunge, Mario, *La invención científica*, Ariel, Barcelona, 1983, pp. 435-438.

15. Hart, H. L. A., “Prolegomenon to the Principles of Punishment”, en *Punishment and Responsibility*, Clarendon Press, Oxford, 1968, pp. 1-27. También en Betegón, J. y De Páramo, J. (coord.), “Introducción a los principios de la pena”, en *Derecho y moral*, Ariel, Barcelona, 1990, pp. 163-181. Véase también, Silva Sánchez, J. M., *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992, p. 180.

16. Gardner, John, *Ofensas y defensas - Ensayos selectos sobre filosofía del derecho penal*, Marcial Pons, Barcelona-Madrid-Buenos Aires-São Paulo, 2012, pp. 197- 231.

Según Pérez Barberá, de los axiomas de su reconstrucción se siguen importantes consecuencias para dos grupos de situaciones: aquellas en las que el individuo está en una situación óptima para orientarse en el mundo (caso 1) y aquellas en las que el agente realiza una acción en circunstancias no óptimas para hacerlo (caso 2). En el caso 1, si el sujeto comete un delito su conducta tiene un alto efecto comunicativo contrario a la norma porque muestra una toma de postura que debe ser interpretada como intensamente contraria a la regla. En el caso 2 hay tres subgrupos:

- a) Apartamientos que tienen por base o bien una ausencia de representación epistémicamente racional, o bien una representación epistémicamente racional pero ontológicamente defectuosa.
- b) Apartamientos que tienen por base una representación epistémicamente irracional (aun cuando por azar sea, *ex post*, ontológicamente acertada).
- c) Apartamientos que tienen por base una ausencia de representación epistémicamente irracional (p. 189).

Los casos del tipo 2a cubren ciertas situaciones que son paradigmáticamente consideradas como casos de imprudencia. Por ejemplo, un agente manipula un arma de fuego creyendo erróneamente que está descargada y, como resultado, dispara un proyectil y ocasiona la muerte de otro individuo. En este caso, sería apropiado señalar que el agente acepta como correcta la norma que prohíbe el homicidio y que su conducta fue producida por una creencia errónea. Por esta razón, aunque esa pauta de conducta sea disvaliosa, ella no representa un desafío a la norma penal.

Los casos del tipo 2b abarcan situaciones de tentativas irreales o supersticiosas –por ejemplo, casos en que un individuo intenta matar a su enemigo mediante prácticas de vudú– y casos donde el riesgo generado es minúsculo, incluso cuando la consecuencia dañina se haya producido –casos de consumación inesperada–. Pérez Barberá ilustra esta situación con el siguiente ejemplo, que reproduciré aquí de manera simplificada: un individuo consciente de que es portador del virus del sida intenta contagiar a su pareja mediante una relación sexual. Él cree que una relación sexual es suficiente para transmitir la enfermedad, aunque desconoce que la probabilidad de infectar a su pareja es muy baja. Sin embargo, como resultado de esa relación la pareja contrae la enfermedad y muere (p. 190).

Los casos del tipo 2c incluyen los que la doctrina denomina “ceguera ante los hechos”, que para Pérez Barberá se caracterizan por una “toma de postura completamente egoísta” del agente respecto de bienes ajenos. En estas ocasiones el agente no advierte (desconoce) generalizaciones empíricas obvias o normas de conductas elementales en ciertos ámbitos de actuación específicos.

Para Pérez Barberá, en los casos paradigmáticos de imprudencia (2a) y aquellos de consumación inesperada (2b), las decisiones se toman con orientaciones cognitivamente defectuosas. Por ello, en su opinión, las conductas no reflejan un apartamiento intenso de la norma. Por el contrario, en los casos de ceguera ante los hechos (2c) corresponde el mismo reproche que en los casos en los que el agente decide apartarse de la regla con conocimiento óptimo de su situación (caso 1). Estas soluciones ejemplifican en qué medida su reconstrucción del dolo difiere de las propuestas tradicionales. En particular, el hecho de que sea preciso atribuir responsabilidad por imprudencia en los casos de consumación objetivamente inesperada (caso 2b), pero –por el contrario– haya que castigar a título de dolo los casos de ceguera ante los hechos (caso 2c) muestra en qué medida la presencia o ausencia de estados mentales (i.e., conocimiento, voluntad, etc.) es irrelevante para el reproche penal.

La solución de este conjunto de casos es una parte central de la propuesta de Pérez Barberá. Por ello, es necesario destacar que los argumentos a favor de esas soluciones son relativamente escasos y que, en muchas ocasiones, obliga al lector a conjeturar qué razones apoyan a sus conclusiones. Por ejemplo, respecto de los casos de consumación inesperada afirma:

“...la intensidad comunicativa contraria a la regla es igualmente menor, porque ni siquiera el acierto ontológico compensa el desacierto epistémico, esto es: conductas fundadas en creencias obtenidas irracionalmente tienen una repercusión comunicativa devaluada, tanto cuando con ellas no se acierta ontológicamente (que será lo habitual) como cuando sí se acierta” (p. 190).

Sin embargo, no es claro por qué razón los casos de consumación inesperada conllevan una comunicación devaluada. Más aún, si se admite –como Pérez Barberá expresamente reconoce– que el individuo comunica mediante su acción una regla contraria a la violada y pretende validez respecto de

su propia regla, entonces ¿por qué no ver esa actitud como un fenómeno comunicativo intenso? La respuesta de Pérez Barberá no es un argumento sino más bien una repetición de su propia tesis. El punto a dilucidar es por qué razón el acierto ontológico no compensa el desacierto epistémico, y la solución de Pérez Barberá es:

"...objetivamente, dicha comunicación no puede ser tomada en serio como un apartamiento intenso de la regla, atento la falta de correlación objetivamente adecuada entre sujeto epistémico y mundo" (p. 190).

Sin embargo, esta conclusión es precisamente la que necesita ser probada y, en ausencia de argumentos adicionales, parece injustificada. El mejor candidato para superar esta omisión sería la noción de riesgo. De manera simplificada se podría decir que las conductas poco peligrosas nos preocupan menos que aquellas otras capaces de generar un serio riesgo para los individuos. Sin embargo, ¿por qué privilegiar el riesgo frente a la consumación? Sin una respuesta a este interrogante no hay suficientes razones para atribuir responsabilidad por imprudencia a un agente que quiere, por ejemplo, matar a un individuo, inicia un curso causal con ese fin y logra la consumación del resultado. Por el contrario, hay buenas razones para atribuir responsabilidad a título de dolo a aquellos agentes que deciden violar una norma penal e inician un curso causal tendiente a lograr su objetivo. Con independencia de la posibilidad de éxito o fracaso, la conducta del agente es reprochable ("obra mal") y por ello su acción comunica intensamente, de manera grave, un apartamiento del ordenamiento jurídico. La misma solución puede extenderse a los casos de tentativa irreal ya que el agente está dispuesto a imponer sus valoraciones y preferencias personales frente a lo exigido por las normas jurídicas. En ello radica su actitud dolosa.

Nada impide que nuestros sistemas jurídicos disminuyan el reproche en casos en los que es causal o lógicamente imposible conseguir el resultado típico, pero esta disminución no se justifica —como sostiene Pérez Barberá— porque el agente haya obrado de manera imprudente y no dolosa sino por otras razones de índole político-criminal. En otras palabras, aunque la conducta del agente es dolosa (reprochable de manera grave) pueden existir razones adicionales que inclinan la balanza a favor de castigar de

manera atenuada o incluso conceder a los jueces la posibilidad de dispensar el castigo.¹⁷

Problemas similares pueden indicarse en la solución que ofrece a los casos de ceguera ante los hechos. En estas situaciones,

“...la conducta tiene lugar a partir de una *orientación arbitraria*, y comunica por tanto una toma de postura que, desde un punto de vista objetivo, es intensamente contraria a la de la regla y, por tanto, hostil hacia dicha regla. Ello es así porque ‘arbitrariedad’, en este contexto, significa un desafío objetivo a regularidades empíricas obvias o a normas de conducta elementales propias de ese ámbito específico de actuación. Se trata de ausencias de representación tan crasas que, en la medida en que el sujeto no sea un inimputable, sólo pueden ser interpretadas como consecuencias de una toma de postura completamente egoísta (*ceguera ante los hechos*)” (p. 191).

En estos casos la reconstrucción peca de una generalización injustificada. En la discusión contemporánea sobre la ceguera ante los hechos hay un amplio debate sobre casos de ignorancia deliberada en los que los motivos del agente son relevantes para la atribución de responsabilidad y, sin argumentos adicionales, no pueden identificarse con posturas completamente egoístas. Por ejemplo, uno de los casos más conocidos sobre ignorancia deliberada es el llamado “*caso Heredia*”,¹⁸ que puede resumirse del siguiente modo: la señora Heredia conducía un automóvil en el que viajaban sus dos hijos, su madre y una tía. El auto estaba impregnado por el olor de una sustancia limpiadora que, en palabras de su madre y su tía, se debía a una botella de detergente que habría volcado unos días atrás en el vehículo. Sin embargo, ya en la autopista, el nerviosismo de ambas mujeres le hace sospechar que están transportando estupefacientes. Momentos después es interceptada por la policía y se descubre que llevaban marihuana. Heredia fue

17. Ésta es precisamente la solución a la que arriba Hart en su conocido ensayo sobre tentativa inidónea. Véase, Hart, H. L. A., “The House of Lords and Attempting the Impossible”, *Essays on Jurisprudence*, Oxford University Press, Oxford, 1983, pp. 368 y ss. En especial véase la página 389.

18. United States v. Heredia, 483 F.3d 913 (9th Cir.) (en banc), cert. denied, 76 U.S.L.W. 3303 (U.S. Dec. 11, 2007) (No. 07-5762).

condenada mediante la aplicación de la doctrina de ignorancia deliberada (*willful blindness*) que en el ámbito anglosajón permite atribuir una responsabilidad similar a la de los delitos dolosos. La acusación sostuvo que en ese contexto (el olor a detergente, el nerviosismo de las mujeres, etc.) era obvio para cualquier individuo que se estaba transportando estupefacientes y que el desconocimiento de Heredia estaba manipulado para evitar las consecuencias penales. Sin embargo, ¿fue Heredia un agente que actuó sólo movida por el egoísmo y el desinterés? La respuesta es negativa. Heredia argumentó a lo largo del proceso que no pudo parar para constatar sus sospechas porque no existía en esa carretera un lugar idóneo –un lugar que no pusiese en riesgo su integridad física y la de sus hijos– para detener el vehículo. Por supuesto, esas razones que invoca Heredia son de naturaleza prudencial y, en este sentido, refleja una actitud egoísta, pero no parece adecuado asumir que ellas sean irrelevantes para determinar su grado de responsabilidad. De este modo, una gran diversidad de casos que se discuten en la doctrina y en la jurisprudencia bajo el rótulo de ignorancia deliberada (ceguera ante los hechos) escaparían de la reconstrucción de Pérez Barberá. Ahora bien, ¿qué se podría decir de aquellas situaciones que sí están capturadas por su enfoque? En mi opinión, habría que distinguir entre aquellos casos de desconocimiento egoísta y aquellos otros casos en los que el agente evita conocer con el fin de proveerse de una excusa y así burlar las normas penales. Sólo en este último caso correspondería un reproche a título de dolo.¹⁹

V. La génesis de la creencia

Uno de los aspectos más novedosos de la propuesta de Pérez Barberá es el papel que atribuye a la racionalidad en la formación de las creencias y su papel en la atribución de responsabilidad. En su opinión,

19. No puedo abordar aquí las razones para esta distinción pero, usando la terminología de Pérez Barberá, es sensato sostener que un individuo que se coloca deliberadamente en situación de ignorancia comunica un apartamiento más intenso de las reglas que aquel otro agente que no pretende ello. Sobre la relevancia de los motivos en la reconstrucción de la ignorancia deliberada, véase, por ejemplo: Luban, David, "Contrived Ignorance", en *Georgetown Law Review*, 1999, 87, pp. 957-980. También, Ragués, Ramón, *La ignorancia deliberada en derecho penal*, op. cit., pp. 145-155.

“Es la relación entre el estado mental de que se trate con su racionalidad epistémica lo que define la cuestión. La racionalidad del modo en que ha sido adquirido o no un determinado estado mental [...] constituye, pues, la *ratio legis* en la que se funda el mayor castigo de ciertas conductas frente a otras” (pp. 199-200).

Más allá de la importancia que tiene la formación de las creencias para la explicación y justificación de las acciones es necesario responder al siguiente interrogante, ¿por qué debería ser más importante la génesis de la creencia que la creencia misma?²⁰

La racionalidad de la génesis de la creencia y la verdad o falsedad de la creencia son factores independientes. La combinación de ambas propiedades da lugar a cuatro casos.

Caso	Génesis	Creencia
1	Racional	Verdadera
2	Racional	Falsa
3	Irracional	Verdadera
4	Irracional	Falsa

Quisiera detenerme en el caso 3, con independencia del interés que pudiesen tener las otras situaciones. En ellos el agente se formó de manera irracional una creencia verdadera. Supongamos que el agente sueña que mezclando dos sustancias químicas determinadas (que de manera separada son inocuas) obtiene como resultado un veneno. De hecho, es verdad que ese líquido es un veneno y se lo suministra a su enemigo con intención de matarlo.

20. Con cierta frecuencia es difícil determinar cuándo y cómo se originó determinada creencia. Dado que creer o no creer no son actos voluntarios sino más bien eventos que nos suceden, en muchos casos ni siquiera con la autorreflexión o el análisis es fiable que identifiquemos la génesis de nuestras creencias.

De las consecuencias de la teoría de Pérez Barberá se sigue que la acción ha de ser reprochada como imprudente. En mi opinión, este resultado es implausible. Al igual que en los casos de consumación inesperada, el agente pretende matar a su enemigo, hace lo que cree necesario para hacerlo, su comportamiento era idóneo para eso y consigue el resultado. A diferencia de los casos de consumación inesperada en los que el riesgo es escaso ya que hay una baja probabilidad de que se obtenga el resultado, en estas situaciones el veneno –podemos suponerlo– es letal y el riesgo es inevitable. Éste sería un caso típico de dolo. Es cierto, siempre podremos encontrar contraejemplos a una teoría y no en todos los casos debemos abandonar la teoría por ello.²¹ Sin embargo, éste es un ejemplo que identifica un caso central de aquellos a los que queremos llamar "dolosos" (dado que tenemos buenas razones para reprochar de manera seria). Así, al no capturar el caso paradigmático, la tesis de Pérez Barberá no presenta un modo diferente de hablar de dolo sino que más bien presenta algo diferente al dolo, es decir un modo distinto de atribuir responsabilidad.

VI. Riesgo y selectividad del derecho penal

Luego de exponer y defender su reconstrucción del dolo, Pérez Barberá analiza cuál es el ámbito de aplicación de estas figuras y si su propuesta supone políticamente una ampliación del castigo. Él afirma:

"En casos de falta de representación, el campo de aplicación de la imprudencia es, de todas formas, mucho más vasto que el del dolo, porque frente a puestas en peligro crasas (i.e., de enorme entidad) lo habitual es que el autor 'vea' el peligro y se abstenga de actuar, mientras que no sucede lo mismo frente a puestas en peligro de menor entidad que, precisamente por esa menor entidad, son imputables a lo sumo como imprudentes [...] Si bien es claro que propongo una reducción del ámbito habitual del dolo para los casos de tentativas irreales y supersticiosas, y también para los supuestos de lo que denomino 'consumación objetivamente inesperada', no es menos cierto que propongo también

21. Farrell, Martin, "El papel de los contraejemplos en la teoría ética", en *Ética en las relaciones internas e internacionales*, Gedisa, Barcelona, 2003, pp. 128-132.

una ampliación del ámbito del dolo para los casos de ceguera ante los hechos. Pues bien, respecto a esto último, estoy seguro de que dicha ampliación no es funcional a la selectividad del derecho penal, que es, a mi juicio, el más grave problema político que él genera. Pues los autores que se orientan a partir de configuraciones arbitrarias del mundo no son quienes habitualmente son captados por el sistema penal, sino más bien sujetos que fundan su prepotencia contra las normas penales en su conciencia de su baja vulnerabilidad frente a ellas” (p. 198).

Me interesa detenerme brevemente en su último comentario, i.e., la ampliación que propone no es funcional a la selectividad del derecho penal. Sin duda, ésta es una audaz tesis empírica, pero se extraña alguna evidencia que la respalde. Aunque los datos relevantes para avalar o respaldar su conjetura no están aún disponibles (dado que habría que esperar a que los tribunales recogiesen esta doctrina), hay algunos indicios que no nos invitan al optimismo. Por ejemplo, hay autores como Douglas Husak y Craig Callender que sostienen que el reproche por ignorancia deliberada o ceguera ante los hechos genera justo el efecto contrario al que sostiene Pérez Barberá. Para estos autores el reproche a título de esta figura criminaliza conductas mayormente asociada al tráfico de drogas. Al menos para este tipo de delitos, castigar como dolosas conductas donde el agente no tenía conocimiento sirve para implementar fines específicos y probablemente sesgados de políticas criminales conservadoras (la llamada “guerra contra las drogas”).²² Mediante estas políticas, en general, se persigue y condena a los eslabones más bajos de la cadena que, con frecuencia, son los más pobres y necesitados. Por supuesto, no sostengo que Husak y Callender tengan razón, sólo pretendo señalar que hay voces que han defendido la tesis contraria a la de Pérez Barberá y que él debería considerar cuidadosamente.

Por último, no es conveniente pasar por alto una crítica al modo en que actualmente se está abriendo paso en ciertos ámbitos jurisprudenciales la aplicación de figuras como la ceguera ante los hechos o la ignorancia deliberada. Con frecuencia, señala la crítica, estas figuras son invocadas para

22. Husak, D. y Callender, C., “Willful Ignorance, Knowledge, and the ‘Equal Culpability’ Thesis: A Study of the Deeper Significance of the Principle of Legality”, *Wis L. Review*, 29, 1994, p. 60.

sustituir el esfuerzo probatorio en el proceso penal. En cierta medida, la propuesta de Pérez Barberá podría tropezar con la misma dificultad. La razón es que para él la diferencia entre dolo e imprudencia radicaría en la cantidad de peligro que el agente genera con su conducta. Su argumento, entonces, se apoya en la siguiente premisa: como quien genera mucho riesgo *suele* estar consciente de dicho riesgo, todos quienes provocan un gran peligro de un resultado dañino deben responder por dolo. Sin embargo, aunque las personas suelen actuar de determinada manera, ello todavía no dice nada acerca de si un agente actuó de esa manera en concreto. Este último dato es, precisamente, lo que se necesita probar.

VII. Responsabilidad, agentes y razones

Para Pérez Barberá que la dogmática tradicional haya asumido que dolo e imprudencia son cualitativamente diferentes, i.e., la imprudencia sea entendida como una categoría normativa mientras que el dolo como un concepto empírico, es uno de los errores más graves que cometió la dogmática del ilícito (p. 172). Ambos conceptos son normativos y cree que una dogmática objetivista está en mejores condiciones de cumplir con los parámetros liberales de la atribución de responsabilidad ya que:

“...es precisamente gracias a ella que resulta factible descartar como jurídicos penalmente irrelevantes toda una serie de sucesos sin que sea necesario acudir al fuero interno del autor” (p. 201).

Comparto la preocupación de Pérez Barberá de que la dogmática aspire a cumplir con ciertos objetivos liberales de la atribución de responsabilidad. Sin embargo, no estoy de acuerdo en que el modo de lograrlos sea haciendo eco de su teoría. Por el contrario, creo que entender el dolo del modo que Pérez Barberá lo entiende genera una brecha entre, por un lado, la noción agente y explicación de la acción humana y, por otro, la atribución de responsabilidad. A continuación, siguiendo a John Gardner, intentaré brevemente dar razones sobre esta intuición.²³

23. Gardner, John, *Ofensas y defensas - Ensayos selectos sobre filosofía del derecho penal*, Marcial Pons, Barcelona-Madrid-Buenos Aires-São Paulo, 2012.

La noción de responsabilidad ha sido arduamente discutida a lo largo de los años. El término “responsabilidad” –al igual que sucede con nociones como causa, razonamiento, acción– posee más de un significado.²⁴ En general, en el ámbito jurídico utilizamos el término “responsable” o “no responsable” para afirmar que alguien es apto, o no, para sufrir determinadas consecuencias desagradables (responsabilidad consecuencial). Así, si Juan es responsable de matar a Pedro él puede ser castigado. Sin embargo, hay otra acepción que es central pero ha sido pasada por alto en el ámbito jurídico. La llamada responsabilidad en sentido básico.

Una persona es básicamente responsable cuando posee la habilidad de explicar y dar razones por lo que hizo como agente. Es la capacidad de ofrecer justificaciones y excusas por aquellas acciones que uno realizó. Esta habilidad es innata y nos atraviesa como agentes racionales y, como agentes racionales no podemos aspirar a otra cosa que no sea una explicación de nuestra conducta en términos de razones.²⁵ Por supuesto, ello no quiere decir que siempre que demos una explicación de nuestra conducta en términos de razones ella sea suficiente para justificar un comportamiento. Hay malas y buenas razones. No solamente debo ofrecer razones sino que, en un contexto explicativo, ellas deben ser las razones por las que actué. En general, el derecho penal limita las razones por las cuales uno puede obtener con éxito una justificación o una excusa. Sin embargo, ese no es el tema aquí.²⁶ Lo que quiero resaltar es el valor de tener *la posibilidad* de esgrimir razones y *explicar* por qué realizamos determinada conducta.

Dado que ésta es una aspiración que posee todo ser racional, y ella está en el centro de la idea de responsabilidad, un diseño institucional será más o menos adecuado según facilite o dificulte que los agentes ejerzan su responsabilidad en sentido básico. Y, en gran medida para que esté justificado atribuir responsabilidad consecuencial, i.e., imputar consecuencias desagradables a una persona, es necesario que primero ella haya sido considerada

24. Platts, Mark, *Ser responsable - Exploraciones filosóficas*, Instituto de Investigaciones Filosóficas (UNAM), México, 2012, pp. 21 y ss.

25. Gardner, John, *Ofensas y defensas*, “El sello de la responsabilidad”, op. cit., pp. 197-202.

26. Para un desarrollo de estas ideas, véase: Gardner, John, *Ofensas y defensas*, “Justificaciones y razones”, op. cit., pp. 125-135.

básicamente responsable. Así, un diseño institucional donde el núcleo de la responsabilidad se encuentra en el riesgo que un agente genera con su comportamiento es un sistema que no da lugar a que el agente explique adecuadamente las razones por las que actuó. Este sistema está estructurado para que ellas sean irrelevantes. En consecuencia, éste es un sistema que disminuye el valor que posee tratar a las personas como agentes racionales.

Si esto es así, un enfoque como el de Pérez Barberá, que posee aspiraciones objetivistas, que no tienen en cuenta aquello que el agente creyó y quiso al momento de hacer lo que hizo, que imputa dolo ante puestas en peligro crasas porque *lo habitual* es que el sujeto haya visto el peligro (p. 198), es un diseño que apunta a eliminar la posibilidad de que el agente ofrezca razones –e.g., excusas o justificaciones– por su comportamiento. Es un enfoque que descuida la responsabilidad en sentido básico, se aleja de la idea de agente como eje central del proceso y, en consecuencia, es un sistema que se aleja, más que se acerca, al ideal liberal.

VIII. Balance

El trabajo de Pérez Barberá es interesante y provocativo. Él propone una noción novedosa del dolo para que ésta supere las dificultades que tradicionalmente ha señalado la dogmática. Aquí, he presentado algunas de las dudas que me genera su trabajo.

- No se debería dar por supuesto que por el hecho de que la dogmática pueda hacer las modificaciones que considere pertinentes (de *lege ferenda*), esas modificaciones puedan ser utilizadas por los jueces al momento de justificar el castigo.

- Con respecto a la noción de dolo como concepto normativo, se debe señalar que por el hecho de calificar como normativo a un concepto no se sigue que éste no pueda explicarse en términos empíricos. Si se insiste en los enfoques no naturalistas como el de Kelsen o Moore, Pérez Barberá debería enfrentarse a preguntas tales como: ¿es el dolo un concepto simple? ¿Asumiría que la explicación del dolo requiere la presuposición de una norma básica?

- Los casos de consumación inesperada, tentativa irreal y ceguera ante los hechos necesitan una mayor argumentación. En particular, se debería explicar por qué motivo el (des)acierto ontológico no compensa el desacierto epistémico.

- La insistencia en la génesis de la creencia puede ocasionar una pérdida de equilibrio conceptual ya que se tornaría incompatible con la explicación paradigmática de ciertos casos de dolo.

- Un diseño institucional como el que propone Pérez Barberá podría conducirnos a dejar al margen al individuo como eje central de la atribución de responsabilidad, es decir, como ser capaz de ofrecer razones (explicar y defender) su comportamiento.

De ninguna manera, estas críticas o sugerencias pretenden opacar la importancia de su trabajo. Las ideas de Pérez Barberá ayudan a replantearnos problemas e intuiciones arraigadas acerca del dolo. Como señala Hart, incluso frente a afirmaciones heterodoxas podemos afirmar que:

“...entendidos en su contexto, tales enunciados son *a la vez* esclarecedores y desconcertantes: se parecen más a gruesas exageraciones de algunas verdades sobre el derecho, indebidamente desatendidas, que a definiciones frías. Arrojan una luz que nos hace ver mucho que permanecía oculto en el derecho; pero la luz es tan brillante que nos ciega respecto del resto y seguimos así sin una visión clara del conjunto.”²⁷

En teoría del derecho y en dogmática jurídica rara vez se avanza sustancialmente al señalar los errores de las teorías rivales. Más bien, es necesario recuperar la intuición central de nuestro adversario conceptual, corregir sus exageraciones e incorporarlo en un nuevo esquema teórico. En este sentido, quisiera concluir subrayando qué intuiciones de Pérez Barberá me parecen especialmente valiosas aun cuando, como he insistido en este trabajo, ellas tengan que ser reformuladas.

- *La dimensión normativa del dolo.* Al igual que Pérez Barberá creo que sería incomprensible una reconstrucción completa y adecuada del dolo que no conectase a este concepto con el carácter normativo de nuestras prácticas de atribuir responsabilidad. Sin embargo, a diferencia de su propuesta, no encuentro dificultades especiales en caracterizar al dolo como un fenómeno mental específico (conocimiento, voluntad, etc.). En mi opinión, los estados mentales son supervinientes respecto de fenómenos físicos neuronales y por

27. Hart, H. L. A., *El concepto de Derecho*, op. cit., pp. 2-3.

esa razón, la caracterización del dolo como fenómeno mental no compromete necesariamente con una reducción naturalista.

- *La génesis de las creencias.* Un mérito innegable del trabajo de Pérez Barberá es llamar la atención sobre el modo en el que se generan nuestras creencias y su conexión con nuestros estándares de racionalidad. Sin embargo, a diferencia de su propuesta creo que el lugar más apropiado para analizar este fenómeno es en el clásico contexto de las excusas y justificaciones. La explicación de nuestras acciones es una etapa decisiva en la atribución de responsabilidad. Mediante ella fijamos el contexto de aquello que el agente hace, a diferencia de lo que meramente le ocurre o padece. Por ello, la explicación de la acción es inseparable de las creencias y motivaciones del agente. En la medida en que fuese posible una mejor comprensión de la génesis de esas creencias y de su papel en la formación de las premisas prácticas que nos llevan a la acción ganaríamos también un mayor entendimiento de las defensas que un agente puede esgrimir frente a la atribución de responsabilidad.

- *La ceguera ante los hechos.* Es indudable que los fenómenos de ceguera ante los hechos y de ignorancia deliberada nos fuerzan a revisar nuestra manera tradicional de atribuir responsabilidad. En nuestras sociedades contemporáneas nos enfrentamos cotidianamente con situaciones de alta complejidad (movimientos de capitales, supervisión de transacciones comerciales o estructuras productivas, etc.) en las que los agentes tienden a pasar por alto detalles relevantes de lo que están haciendo. Ello puede, como sugiere Pérez Barberá, ser consecuencia del más completo egoísmo y desinterés del agente, y, en este sentido, esas conductas pretenden aprovecharse de las excusas que ofrece el derecho penal para los casos de desconocimiento. Sin embargo, como he tratado de mostrar anteriormente, esas no son las únicas motivaciones relevantes en los casos de ignorancia deliberada. Al igual que Pérez Barberá considero que hay buenas razones para reprochar de una manera más grave a los agentes que fraudulentamente manipulan el contexto epistémico para descargar su responsabilidad, pero creo también que es necesario dejar suficiente espacio para que los agentes puedan explicar las razones de su ignorancia. De esta manera, no es la ceguera ante los hechos o la ignorancia deliberada una doctrina que sustituya a la prueba del dolo sino que resulta un complemento indispensable para atribuir responsabilidad de manera razonable.

IX. Bibliografía

- Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, “Definiciones y normas”, en *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 439-463.
- Austin, John, *How to do Things with Words*, Clarendon Press, Oxford, 1962.
- Bulygin, Eugenio, “Sobre la estructura lógica de las proposiciones de la ciencia del derecho”, en *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- Bulygin, Eugenio, “True or False Statements in Normative Discourse”, *In Search of a New Humanism - The Philosophy of Georg Henrik von Wright*, Rosaria Egidi (ed.), Kluwer, Dordrecht-Boston-London, 1999, pp. 183-191.
- Bunge, Mario, *La invención científica*, Ariel, Barcelona, 1983.
- Carrara, Francesco, *Derecho Penal*, Editorial Mexicana, México, 1997, 107.
- Carnap, R., *The Logical Syntax of Language*, Routledge & Kegan Paul, London, 1971.
- Farrell, Martin, “El papel de los contraejemplos en la teoría ética”, en *Ética en las relaciones internas e internacionales*, Gedisa, Barcelona, 2003, pp. 128-132.
- Gardner, John, *Ofensas y defensas - Ensayos selectos sobre filosofía del derecho penal*, Marcial Pons, Barcelona-Madrid-Buenos Aires-São Paulo, 2012.
- Gimbernat Ordeig, Enrique, *Concepto y método del derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1999.
- González Lagier, Daniel, *Las paradojas de la acción*, Universidad de Alicante, Alicante, 2001.
- Hart, H. L. A., *El concepto de Derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1963.
- Hart, H. L. A., “The House of Lords and Attempting the Impossible”, en *Essays on Jurisprudence*, Oxford University Press, Oxford, 1983, pp. 367-392.
- Hart, H. L. A., “Prolegomenon to the Principles of Punishment”, en *Punishment and Responsibility*, Clarendon Press, Oxford, 1968, pp. 1-27. También en Betegón, J. y de Páramo, J. (coord.), “Introducción a los principios de la pena”, *Derecho y moral*, Ariel, Barcelona, 1990, pp. 163-181.

- Hudson, W. D., *La filosofía moral contemporánea*, Alianza Editorial, Madrid, 1974.
- Husak, D. y Callender, C., "Willful Ignorance, Knowledge, and the 'Equal Culpability' Thesis: A Study of the Deeper Significance of the Principle of Legality", *Wis L. Review*, 29, 1994, pp. 29-69.
- Kelsen, Hans, *Teoría pura del Derecho*, Porrúa, México, 2000.
- Luban, David, "Contrived Ignorance", en *Georgetown Law Review*, 1999, 87, pp. 957-980.
- Manrique, M. L.; Navarro, P. E., y Peralta, J. M., *La relevancia de la dogmática*, Colombia, Universidad del Externado, 2011.
- Moore, George, *Principia Ethica*, Centro de Estudios Filosóficos UNAM, México, 1959, pp. 6-19.
- Moreso, José Juan, "Lenguaje jurídico", en *El derecho y la justicia*, Garzón Valdés, E. y Laporta, F. (eds.), Trotta, Madrid, 1996, pp. 105-116.
- Pérez Barberá, Gabriel, "Dolo como reproche. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental", en *Pensar en derecho*, 2012, 1, 169-211. <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revista-1.php>
- Platts, Mark, *Ser responsable - Exploraciones filosóficas*, Instituto de Investigaciones Filosóficas (UNAM), México, 2012.
- Ragués, Ramón, *La ignorancia deliberada en derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2007, p. 197.
- Searle, John, *Actos de habla*, Cátedra, Madrid, 2001.
- Silva Sánchez, J. M., *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992.
- United States v. Heredia, 483 F.3d 913 (9th Cir.) (en banc), cert. denied, 76 U.S.L.W. 3303 (U.S. Dec. 11, 2007) (No. 07-5762).

Réplicas a Fernando Córdoba e Íñigo Ortiz de Urbina

Gabriel Pérez Barberá
Universidad Nacional de Córdoba
y Universidad Torcuato Di Tella

Respondo aquí a las críticas efectuadas a mi trabajo, titulado “Dolo como reproche”, por mi amigo Fernando Córdoba y por Íñigo Ortiz de Urbina. Que juristas de su talento y prestigio se hayan ocupado con detalle de mis reflexiones sobre el concepto de dolo es algo que me honra, y aquí quiero expresarles, ante todo, mi sincera gratitud. Por razones editoriales absolutamente comprensibles he contado, para mi pesar, con muy poco tiempo para dar forma a esta réplica, por lo que no podré efectuar más que algunos comentarios generales a cada una de ellas. En ese sentido, éste es el lugar también para expresar mis disculpas a los colegas por no responder sus objeciones con la minuciosidad que hubiese correspondido, aunque seguramente no faltará oportunidad para ello, en alguna futura publicación. De hecho, no he dispuesto directamente de tiempo para responder las críticas de mi querida amiga Laura Manrique (recibí su trabajo hace escasos días), pero aprovecho este espacio para comprometerme ante ella a concretar esa respuesta próximamente.

Con Fernando Córdoba (en adelante FC), conforme lo expresado por él en su trabajo, nos unen más acuerdos que desacuerdos. Él acepta como correctas a casi todas mis tesis centrales, por lo que, al respecto, sólo puedo expresar mi beneplácito. Su aporte, como él mismo lo indica, apunta a sugerir como complementaria para mi trabajo la tesis de Günther Jakobs (que él comparte) de la evitabilidad individual. En la medida en que la idea de evitabilidad individual afecta a lo que se denomina “imputación objetiva”, lo que se asuma o no respecto de ella no tendrá repercusiones directas en la dogmática del dolo, aunque sí, desde luego, en la de la imprudencia, y por tanto indirectamente en la del dolo. Por eso, en mi tesis doctoral he dedicado una buena cantidad de páginas a poner de manifiesto muchas

tensiones entre lo objetivo y lo individual que se observan en la construcción del Jakobs de esa época y que sí afectan a la dogmática del dolo.¹ Quizás sea pertinente recordar aquí algunas de esas objeciones, para que en este lugar quede en claro que no es obvio que la idea de evitabilidad individual pueda ser complementaria de mi concepción. Cito textualmente:

“Para afirmar o negar el dolo, Jakobs emplea criterios diferentes a distintos grupos de casos:

a) *Afirma* el dolo fundándose en un criterio *individual*. Ésta es su propuesta genérica para los casos estándares, pero también resuelve conforme a este criterio algunos casos límite, como el de la correa de cuero: ‘...el autor sólo actuará con dolo si –como es de esperar por lo general– se vuelve a representar el carácter letal del procedimiento...’. Conforme a esto, lo que decide en definitiva es lo que el autor se representa, no lo que ocurre en general.

b) *Afirma* el dolo fundándose en un criterio *objetivo*. Ésta es su posición respecto de los casos de habituación a riesgos anormales o excesivos por parte de un autor acostumbrado a una vida demasiado peligrosa.

c) *Niega* el dolo fundándose en un criterio *individual*. Ésta es su posición respecto de los grupos de casos constituidos por supuestos de ceguera ante los hechos y habituación al riesgo debida a la participación normal en el tráfico.

d) *Niega* el dolo fundándose en un criterio *objetivo*. Así procede con relación a los casos de tentativas basadas en representaciones irracionales o supersticiosas, o de los supuestos en que el autor acepta un riesgo demasiado fácilmente por fundarse en condiciones extravagantes.

Lo primero que queda manifiesto tras esta breve enumeración es que Jakobs procede conforme a una tópica muy elemental, dando a cada grupo de casos la solución que juzga necesaria o conveniente, aplicando criterios incoherentes entre sí. Pues lo cierto es que en los casos de habituación a riesgos anormales (personas acostumbradas a un *modus vivendi* demasiado peligroso) el autor no se representa el peligro, y sin embargo Jakobs,

1. Pérez Barberá, Gabriel, *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, Hammurabi, Buenos Aires, 2011, p. 428 y ss.

apoyándose en criterios objetivo-generales, abandona aquí el baremo individual y afirma el dolo. Por el contrario, en los casos de ceguera ante los hechos, en los que el autor tampoco se representa el peligro, Jakobs se afirma en el baremo estrictamente individual y niega el dolo”.²

De todas formas, es claro que mi concepción acerca del dolo sí está muy cerca del último Jakobs, a quien también toma especialmente en cuenta FC en sus propios y muy interesantes desarrollos dogmáticos,³ y eso es, en parte, lo que explica algunas de nuestras coincidencias.

Muy diferente es la situación con el trabajo de Ortiz de Urbina (en adelante OdU), quien rechaza enfáticamente mi concepto de dolo a partir de sus fuertes desacuerdos metodológicos y axiológicos con mi construcción. Acerca de sus críticas metodológicas, le expreso mi gratitud y reconocimiento porque algunas de ellas son a mi juicio acertadas. Para mi sorpresa, sin embargo, una vez reacomodadas (no eliminadas) ciertas piezas argumentales, mi tesis no resulta afectada.

Por sólo poner algunos ejemplos, cabe hacer notar que, pese a que en mi libro sobre dolo eventual separaba la aproximación sintáctica al concepto de dolo estrictamente de la aproximación semántica y de la aproximación pragmática, en este artículo uní la aproximación semántica con la pragmática, lo cual me es reprochado por OdU. Dada la importancia de las teorías pragmáticas del significado,⁴ ello no me parece un problema en sí mismo. El cambio, de hecho, obedeció en parte a la necesidad de abreviar, pero también a que en este último tiempo, por otros intereses académicos completamente ajenos a la problemática del dolo, me he ido acercando cada vez más a Habermas, y por consiguiente a teorías pragmáticas del significado, así como a enfoques sociológicos y filosóficos que ponen en primera línea argumentos pragmatistas. El cambio, entonces, no fue arbitrario, pero tampoco estuvo suficientemente justificado, por lo que, hasta que no pueda encarar con detalle esa justificación, renunciaré a él. También es verdad que incluí

2. Pérez Barberá, op. cit., p. 429 y s.

3. La mejor muestra de ellos es su magnífica tesis doctoral, publicada como *La evitabilidad del error de prohibición*, en Marcial Pons, Madrid, 2012.

4. Cf. Acero, Juan J., Bustos, Eduardo, Quesada, Daniel, *Introducción a la filosofía del lenguaje*, Cátedra, Madrid, 2001, p. 167 y ss.; Fabra, Pere, *Habermas: lenguaje, razón y verdad*, Marcial Pons, Madrid y otras, 2008, p. 129 y ss.

algunas líneas en la aproximación sintáctica que, en verdad, son propias de la aproximación semántica. Sepárense entonces las tres aproximaciones estrictamente, elimínese toda referencia semántica en la aproximación sintáctica y colóquesela bajo el subtítulo que corresponde, y las conclusiones, en lo pertinente, permanecen igual, es decir, sin debilitamiento alguno por este motivo.

OdU dedica una notable cantidad de espacio a criticar no sólo mi concepto de dolo, sino también mis críticas a otros conceptos de dolo. Quisiera por tanto, aunque sea muy brevemente, responder eso. El núcleo de la objeción de OdU es el siguiente: según él, yo por un lado critico conceptualmente a la idea psicológica de dolo por estar fundada en una falacia naturalista (dado que esa concepción considera que es obligatorio que determinados estados mentales sean elementos del concepto de dolo), pero luego, por otro lado, admito como correcta a esa idea en la medida en que se acepte que es por razones normativas que tales estados mentales deban estar presentes para que pueda decirse que un caso es doloso. Frente a eso, OdU dice:

“[E]n la parte dedicada al análisis conceptual de la definición de dolo, para Pérez Barberá la inclusión de elementos psíquicos en el concepto del dolo constituía una falacia naturalista. Posteriormente, sin embargo, admite que ésta es posible por razones normativas. Es cierto que añade que éstas no pueden convencer. Pero esto supone trasladar la discusión del ámbito conceptual (cómo se puede construir/ qué puede incluir el concepto de dolo) al axiológico (cómo conviene construirlo/qué conviene incluir dentro del mismo)”.

Si yo estuviese criticando *a un mismo concepto de dolo* por razones conceptuales y por razones normativas, sin mayores especificaciones acerca de la índole diferente de esos dos enfoques, sería acertado sugerir –como lo hace aquí OdU– que yo no comprendo la diferencia entre ambos planos. Pero lo que quizás él no ha advertido es que yo estoy criticando a *diferentes conceptos de dolo*: aquellos que incluyen estados mentales por identificarlos directamente con el dolo y aquellos que incluyen estados mentales por considerarlo conveniente. Obviamente, sólo para los primeros corresponde la crítica de la falacia naturalista, y a los segundos está dirigida la crítica axiológica. Esta diferenciación en mi crítica no es, por lo demás, arbitraria. Ella

se justifica porque, sobre todo en Alemania, y aunque parezca sorprendente, hay muchos autores que consideran que el conocimiento debe ser un elemento constitutivo del dolo porque directamente *identifican* conocimiento con dolo (las referencias bibliográficas están en mi artículo). Mientras que hay otros autores que, sin cometer esa evidente falacia naturalista, sostienen que es por razones normativas que determinados estados mentales deben ser considerados requisitos necesarios para que haya dolo. Los primeros, entonces, merecen mi crítica conceptual. Porque, como mínimo, muestran una llamativa despreocupación por expresarse adecuadamente; y, como máximo, cometen falacias naturalistas en virtud de genuinas inadvertencias de ese error categorial. Por supuesto que es posible, caritativamente, reconstruir la concepción tradicional del dolo del modo en que lo hace OdU. Pero antes es necesario señalar que la manera con que algunos de los defensores de esa concepción tradicional caracterizan al dolo es conceptualmente errónea. En no pocos casos la identificación entre dolo y conocimiento es lisa y llana y los autores que la predicán ni siquiera dejan margen como para que pueda decirse que, en realidad, están pensando en otra cosa, i.e., que en rigor estamos ante una fundamentación entimemática de una idea diferente (otra vez: las referencias bibliográficas y jurisprudenciales indispensables están en mi artículo).

Otra rápida consideración que quisiera hacer respecto a la cuestión conceptual, directamente relacionada con la del párrafo anterior, es la siguiente: con su ejemplo del encargado varón de los baños de mujeres, OdU se coloca en una posición a partir de la cual no vería ningún problema en que, por ejemplo, la jurisprudencia alemana hable de “querer en sentido jurídico” (caso de la correa de cuero), y que ese “querer” sea precisamente aquello que, en el lenguaje ordinario, significa “no querer”. Uno puede, ciertamente, comprender esas formulaciones a partir de la obvia consideración de que fueron formuladas así por razones prácticas y no porque sus emisores sean tan incompetentes como para no distinguir la diferencia entre querer y no querer, o ser varón y ser mujer, pero no tiene por qué aceptarlas como no problemáticas, cuando sí lo son. Nada impedía a quien escribió la regla de los baños decir algo así como “no obstante lo anterior, si el encargado es varón podrá ingresar a los baños para efectuar sus tareas”, en lugar de optar por la absurda frase de “a los efectos anteriores, también es mujer el encargado”. El legislador puede estipular conceptos por razones prácticas, desde luego, pero siempre que con ello no deje de lado convenciones

lingüísticas elementales para que el entendimiento sea posible o, al menos, no innecesariamente dificultoso.

Por otra parte, a OdU no le satisface que acuda a teorías tan generales como la de Luhmann o la de Habermas para fundamentar mi concepción. Y en particular no le satisface que las fundamente en *ambos* autores, cuando las distancias teóricas entre ellos son tan obvias y enormes que una fundamentación así generaría, según interpreto, como mínimo perplejidad. Y son en efecto obvias esas distancias entre ambos autores: expresamente lo reconozco en mi trabajo. Tal vez no he sido suficientemente claro en relación con este aspecto de la fundamentación de mi teoría, pero no es mi intención apoyarme en Luhmann y en Habermas como si entre ellos nada pasara. Mi propósito, tanto en mi tesis doctoral como en este artículo, pero más aún en este último, es, antes bien, demostrar que mi concepto de dolo es compatible tanto con una concepción de la sociedad entendida en términos de teoría social de sistemas como con aquella que la entiende en términos de teoría de la acción comunicativa. Y con ello mostrar que si mi concepto de dolo resiste esos dos modelos tan potentes, entonces podría augurarse a mi concepción, tal vez, algún futuro.

Esto muestra que el apoyo buscado en estos autores —y en otros— persigue apuntalar, ante todo, el aspecto descriptivo de mi investigación. Porque, tal como ha sido dicho en ella, una de sus finalidades principales es mostrar que el dolo no es lo que se dice que es. Pero esto no significa que, como afirma OdU, mi trabajo no tenga premisas axiológicas para fundamentar, también, por qué es correcto el concepto de dolo que yo reconstruyo y propongo. Más adelante me ocuparé de la cuestión axiológica. Ahora regresemos a Luhmann y Habermas. Mis convicciones teóricas al momento de escribir mi tesis doctoral hicieron que considerara a Luhmann más próximo que Habermas, y que por lo tanto fundara mis ideas más en aquel que en este último. Pero eso, como dije, ha cambiado ahora. En este momento creo, de hecho, que Habermas ofrece mejores puntos de partida para mi desarrollo dogmático penal sobre el dolo. En el trabajo que ha sido objeto de estas críticas se aprecia, según creo, esta transición, o esta tensión inclusive, que hace que ambos autores estén presentes en la fundamentación teórica, aunque, debo reconocerlo, sin demasiada argumentación de por qué (en gran parte esto último ha sido producto de la falta de espacio en un artículo tan breve). De todos modos, un acercamiento a Habermas no implica dejar de lado a Luhmann. Cualquier lector de Habermas sabe que el gran cometido

descriptivo del tomo II de su *Teoría de la acción comunicativa* es demostrar que una adecuada explicación de la sociedad no es ni aquella que se agota en la idea de sistemas ni aquella que se agota en la idea de mundo de la vida. La teoría de la acción comunicativa de Habermas pretende presentarse, de hecho, como aquella explicación de la sociedad que acepta ambas ideas, esto es, que acepta la existencia de sistemas en el marco de un mundo de la vida estructurado lingüísticamente. Desde Habermas, entonces, la mirada hacia Luhmann no se cierra, todo lo contrario. Es cierto que, para esa mirada hacia la teoría social de sistemas, Habermas toma como referencia fundamentalmente a Parsons, no a Luhmann. Pero es completamente plausible que, hoy, esa mirada atienda más a Luhmann, dado que en la actualidad es él –y no ya Parsons– el principal representante de la teoría social de sistemas.

Y esto es precisamente lo que yo he querido reflejar en mi trabajo: que mi concepto de dolo tiene apoyo tanto en razones vinculadas a los presupuestos pragmático-formales propios del mundo de la vida, como en razones vinculadas al tipo de comunicación que postula la teoría de la acción comunicativa (lingüísticamente mediada y orientada al entendimiento), y también en razones vinculadas al tipo de comunicación que postula la teoría social de sistemas (sin –necesaria– mediación lingüística y orientada a la preservación autopoietica). Traducido a bibliografía, esto implica referencias necesarias tanto a Habermas como a Luhmann. Y si tiene razón Habermas en el punto esencial de que una sociedad no puede ser explicada correctamente sin atender tanto a los sistemas como al mundo de la vida, entonces no debería llamar la atención que yo quiera demostrar que el concepto de dolo que propongo es –descriptivamente– consistente en relación con el derecho entendido como sistema social y *también* en relación con el derecho entendido como parte de un horizonte de racionalidad estructurado a partir de una normatividad lingüística que el mismo derecho contribuye a conformar. Así, con la mirada en los sistemas cabrá analizar qué comunica una acción dolosa, y, con la mirada en el mundo de la vida, qué de ninguna manera puede comunicar o qué de ninguna manera puede dejar de comunicar. Por supuesto que esto es muy general, pero eso está asumido –y expresamente– en mi trabajo. Su relevancia teórica reside en que muestra a mi concepto de dolo como un concepto *posible* en nuestras sociedades contemporáneas, según dos de sus explicaciones más importantes. Y esa es una demostración que es mejor hacer cuando se propone un concepto de dolo tan diferente al tradicional.

Creo, para resumir esta parte de mi réplica a OdU, que en mi trabajo he logrado una reconstrucción conceptual plausible, en términos descriptivos, de aquello que el dolo es en nuestras prácticas jurídico-penales. Creo que no tiene razón OdU cuando afirma que estas fundamentaciones teórico-sociales no sirven para fundamentar conceptos de la dogmática jurídica, o que ellas solamente pretenden dar una mera pátina de “cientificidad” a los análisis dogmáticos. Sí me parece razonable, en cambio, la postura de Milla-leo, que cito en mi trabajo y en la que también se ha fijado OdU, en el sentido de que esas macroteorías sí pueden servir para fundamentar conceptos jurídicos, sólo que desde un lugar muy general, y que la semántica propia de esos conceptos debe ser reconstruida, en lo que hace a los detalles, por la dogmática jurídica. Y ya en ese plano no es muy difícil demostrar, a partir de argumentos sólo dogmáticos, que el dolo es y funciona como la imprudencia; que la diferencia entre ambos es sólo cuantitativa; que sí puede haber imprudencia con y sin representación, entonces puede haber también dolo con y sin representación, etc. Y no encuentro argumentos en la crítica de OdU que refuten específicamente *esto*, que es lo que realmente importa de mi propuesta.

Otra cuestión, ciertamente diferente, es si *está bien* que el dolo sea lo que yo digo que es y que funcione como yo digo que funciona. Con relación a esto la crítica de OdU es arriesgada. Porque no dice simplemente que mi fundamentación axiológica no es adecuada, sino, directamente, que mi propuesta *carece* de fundamentación axiológica, dado que, según él, en mi trabajo no es posible advertir en qué premisas axiológicas fundo la corrección de las consecuencias prácticas que derivó. En ello, sin embargo, hay una exageración evidente, precisamente porque es evidente que sí están, y que son explícitas, esas premisas axiológicas. El segundo axioma del que parte mi teoría es, como puede apreciarse con una simple lectura, tanto descriptivo como axiológico. Él dice:

“La orientación en el mundo sólo es óptima si está fundada en representaciones epistémicamente racionales y ontológicamente acertadas. Representaciones epistémicamente irracionales determinan orientaciones cognitivas defectuosas, al igual que representaciones epistémicamente racionales pero ontológicamente desacertadas. Por su parte, la falta de conocimiento o de representación, si es racional, determinará también orientaciones defectuosas, y si es

irracional, orientaciones arbitrarias. Si se trata del apartamiento de una regla, el que se funda en una orientación óptima tiene la misma intensidad comunicativa en contra de aquella que el que se funda en una orientación arbitraria, intensidad que es siempre mayor a la del apartamiento que se funda en una orientación defectuosa. *Cuanto mayor es la intensidad comunicativa de un hecho en contra de una regla jurídico-penal, mayor debe ser también su sanción, para que sea posible el cumplimiento de la finalidad establecida en el primer axioma*".

La parte en cursiva indica la premisa axiológica central en el marco de mi propuesta (y de ella derivan muchas otras, igualmente explicitadas cuando abordo la cuestión de la *ratio* del mayor castigo del delito doloso). Cuando, en otra ocasión, me ocupe de las críticas de Laura Manrique, volveré sobre el aspecto axiológico. Para refutar la crítica de OdU ("*no hay premisas axiológicas*") este señalamiento es suficiente.

Lo que a mi juicio es una exageración de OdU no se limita a su afirmación de que en mi trabajo no existen premisas que sí existen. También abarca a su descripción de las consecuencias de mi tesis. Con relación a ello dice que, respecto a si la presencia de representación en quien actúa ilícitamente hace (*ceteris paribus*) más reprochable su conducta, yo entiendo que no (sin más), mientras que la mayor parte de la doctrina entiende que sí. Y a continuación describe a esa (así presentada) respuesta mía como "radical". Con ello –y con el resto de su desarrollo de esta objeción– da a entender que, en mi opinión, la representación del autor *nunca* es relevante para el dolo. Inicia así el camino para hacer con mi tesis lo que él, en uno de sus libros,⁵ tanto ha criticado –y con razón– a otros autores: convertirla, a través de una descripción errónea y estereotipada, en una suerte de "enemigo ideal" para confrontarla con otros puntos de vista. Voy a ser muy breve porque creo que mi posición al respecto está muy clara en múltiples pasajes de mi artículo: a mi juicio, sólo en los casos de "ceguera ante los hechos" la ausencia de representación no desgrava al autor. Y esos son casos muy especiales y, sobre todo, marginales en la praxis. Por las características de estos casos, de hecho, lo que resulta particularmente injusto es que, como opina OdU y

5. En *La excusa del positivismo*, Civitas, Madrid, 2007.

la doctrina mayoritaria, deba considerárselos imprudentes, en vez de dolosos, que es lo que yo sostengo. Creo que en mi trabajo está suficientemente demostrado por qué esa posición mayoritaria es injusta, y por supuesto que esa demostración tiene como punto de partida la premisa que OdU dice que falta, y que aquí he destacado más arriba con una cita textual de mi trabajo.

Si una conducta comunica más intensamente en contra de una norma jurídico-penal, tiene que merecer una pena mayor. Ello es así no sólo en virtud de la razón explicativa de que, de lo contrario, el sistema no se estabiliza, sino también en virtud de la razón normativa (y específicamente axiológica) de que, en el sistema de derecho penal vigente, las conductas más graves (o con más contenido de ilícito) merecen más reproche que las menos graves. Y en mi teoría una conducta que comunica más contra una norma jurídico-penal es una conducta más grave que una que comunica menos. He desarrollado un argumento para demostrar eso y he desarrollado, a su vez, un argumento para demostrar por qué un caso de ceguera ante los hechos comunica una toma de posición muy intensamente contraria a la norma. Podrán considerarse insatisfactorias esas demostraciones, o erróneas, al igual que aquella identificación entre grado de poder comunicativo y grado de reprochabilidad. Pero no puede negarse que en mi trabajo *hay* una fundamentación axiológica (que es precisamente ésta) para esta consecuencia que preocupa –no sin buenas razones– a OdU, tal como lo ha expresado en sus muy fundamentadas y estimulantes objeciones.

Comentario bibliográfico

*Enrique Zuleta Puceiro**

Laura Pautassi y Gustavo Gamallo (dir.), *¿Más derechos, menos marginaciones? Políticas sociales y bienestar en la Argentina*, Buenos Aires, Biblos, 2012. ISBN 978-987-691-070-5. 350 páginas.

El proyecto interdisciplinario de Investigación UBACYT MS10 sobre “Políticas Sociales, enfoque de derechos y marginaciones sociales en la Argentina (2003-2009), desarrollado bajo la dirección general de Laura Pautassi y Gustavo Gamallo, en el marco de la Programación Científica 2010-2012 e implementado en forma conjunta entre las facultades de Derecho y de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, es uno de los programas de investigación de mayores proyecciones académicas entre los que se realizan hoy en la Universidad de Buenos Aires en la frontera incierta entre el derecho y las ciencias sociales. Orientado al análisis de las políticas de protección social ensayadas en los últimos años en el país, el Programa se enmarca en el Programa Interdisciplinario de la Universidad de Buenos Aires sobre Marginaciones Sociales (PIUBAMAS), es una plataforma de convergencia de diversos enfoques analíticos y críticos destinados a la evaluación social, de algunas de las principales políticas sociales, su impacto sobre sus beneficiarios y las respuestas del sistema de justicia. La producción científica de sus participantes es constante y representa uno de los mejores aportes efectuados en nuestro medio acerca de la actual revolución en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

De allí la importancia de esta obra de conjunto, dirigida por Pautassi y Gamallo, que representa acabadamente el nivel destacado de la producción y los aportes del Programa a la discusión crítica sobre las políticas sociales de los últimos años, caracterizadas por un quiebre profundo con las políticas

* Profesor Titular Regular de Teoría General del Derecho y de Sociología, Facultad de Derecho (UBA).

sociales de los años 90 y por una recuperación del papel del Estado como protagonista de la protección social.

La hipótesis central del libro es la siguiente: el derecho social formalizado, a través de operaciones de la política social, contribuye más bien a consolidar que a resolver las marginaciones sociales. Las políticas sociales contribuyen a modelar la desigualdad y la marginación social, lo cual equivale a identificar una brecha entre las aspiraciones normativas de las estrategias de protección y promoción de los derechos humanos y y las condiciones y oportunidades reales de vida de sus destinatarios.

El espectro de cuestiones analizadas y el instrumental utilizado hacen posible uno de los recorridos más completos y sugestivos entre la ya amplia bibliografía existente en el país y en la región sobre el periodo reciente de las políticas sociales argentinas. Los autores, juristas y científicos sociales de la Universidad de Buenos Aires, que adscriben sus investigaciones en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja”. La descripción del régimen de acumulación “aperturista”, emergente en el país desde mediados de los años 70, la dinámica de las transformaciones familiares y el nuevo papel de la mujer, consolidado a partir de los años 80, y el cambio en el discurso acerca del papel del Estado en las políticas sociales implementado a partir de la crisis de 2001-2003 son algunas de las cuestiones abordadas con singular riqueza de perspectivas por los investigadores del programa. El resultado es un libro de segura consulta para los estudios de las nuevas fronteras de la investigación del derecho como instrumento de transformación social.

La tesis de Pautassi y Gamallo enfrenta muchos de los lugares comunes de la nueva filosofía de la protección social. En las sociedades capitalistas democráticas es esperable –y políticamente correcto suponer– que la expansión del reconocimiento de los derechos de los ciudadanos y de la institucionalidad para que se hagan efectivos conduzca a la reducción de las situaciones de marginación social. Con una fuerte presencia en la última década, esta aspiración se formula en los discursos estatales y no estatales y es la base de una multiplicidad de proyectos y propuestas de políticas públicas en la Argentina. ¿Cuál es el grado de realización de este enunciado?

Una hipótesis orienta de manera integral las indagaciones que se reúnen en este trabajo colectivo: que en tanto existe una relación de recursividad entre políticas sociales y estructura social, las políticas sociales contribuyen a modelar la desigualdad y la marginación social. Entonces, la

dinámica de la política social juega un rol protagónico en la formación, la expansión o reducción de una brecha entre las aspiraciones ético-normativas planteadas desde los principios de protección y promoción de los derechos humanos y las condiciones de realización de las oportunidades de vida de las personas.

Desde esta perspectiva, los capítulos que componen la obra ponen la mirada en áreas diferentes de las políticas, en diversas instituciones y actores estatales y no estatales y recurren a estrategias analíticas y fuentes variadas, según el objeto que cada uno aborda; sin embargo, el eje común que vertebra el trabajo es la preocupación por una respuesta de investigación frente a aquella hipótesis central.

En el primer capítulo, “Políticas sociales y derechos. Acerca de la producción y reproducción de las marginaciones sociales”, Pilar Arcidiácono y Gustavo Gamallo analizan las potencialidades y limitaciones del discurso de los derechos en el marco de los procesos de justiciabilidad para enfrentar las marginaciones sociales. En un registro teórico conceptual, los autores presentan tres perspectivas: los aportes provenientes de los estudios críticos que iluminan el carácter ambiguo de los derechos como expresiones de luchas de poder y estructuradores de desigualdades a la vez que destacan su potencia transformadora; los estudios que a través del abordaje de las formas históricas mediante las cuales se expandió la ciudadanía social como ideal de igualdad, comprendieron los arreglos institucionales productores de nuevas formas de desigualdad en las sociedades capitalistas; y finalmente, los enfoques sobre la economía política del bienestar que introdujeron los conceptos de mercantilización y desmercantilización como dimensiones centrales para comprender los procesos políticos institucionales que dieron forma a la provisión de satisfactores de necesidades sociales. Arcidiácono y Gamallo arman así una red analítica a partir de la cual vinculan la noción de derechos sociales, la concepción de ciudadanía como una categoría social e históricamente construida y el desarrollo de las políticas públicas que, al mismo tiempo, les permite considerar las tensiones entre las tres dimensiones. De esta forma, trazan las bases para la argumentación de los capítulos siguientes, que buscan dar cuenta de las articulaciones y los desajustes en cada caso de indagación empírica.

El segundo capítulo, “La exigibilidad del derecho a la vivienda y el uso de indicadores para su monitoreo. Las relocalizaciones en la Cuenca Matanza Riachuelo”, de Lorena Balardini y Laura Royo, se inscribe en el eje de

análisis de la justiciabilidad de los derechos sociales. Las autoras analizan el proceso derivado de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto de la Cuenca Matanza Riachuelo, un caso de exigibilidad judicial que ordena la puesta en marcha de diversas políticas públicas que involucran a tres jurisdicciones (Nación, Provincia de Buenos Aires y Ciudad Autónoma de Buenos Aires) con el objetivo de lograr el saneamiento de una de las cuencas acuíferas más extensas y más contaminadas de la Argentina. Las autoras presentan las características principales del caso deteniéndose en el análisis de la política habitacional y la posibilidad de observar sus esfuerzos en satisfacer el derecho a la vivienda adecuada. Para ello, escogen como herramienta metodológica los indicadores de progreso para medir el cumplimiento de las medidas comprometidas en materia de garantías del derecho a la vivienda incluido en las demandas de los damnificados. Asimismo, las autoras se pronuncian respecto de la importancia que tienen los indicadores como mecanismo novedoso de monitoreo del desempeño de las políticas públicas implementadas –o su ausencia– en miras a satisfacer los derechos de las personas afectadas por dicha política, subrayando la centralidad de la obligación estatal en materia de producción de información y garantías en su acceso. Concordantemente, el análisis profundiza el sistema de monitoreo propuesto por la Autoridad de la Cuenca Matanza Riachuelo (ACUMAR), ente a cargo de diseñar e implementar políticas, que involucra a las jurisdicciones estatales mencionadas e introduce una activa participación de ciertas organizaciones de la sociedad civil y de la Defensoría del Pueblo de la Nación en representación de la ciudadanía, en el control del diseño y puesta en marcha de esos indicadores. A su vez, el caso conforma un ejemplo paradigmático, no sólo en términos medioambientales, sino particularmente porque ilumina sobre las vías de exigibilidad de los DESC.

Los capítulos siguientes se inscriben en el campo de indagación de los programas sociales. En “El Poder Legislativo Nacional y los programas sociales en el período 2002-2009”, Ana María Bestard, Maximiliano Carrasco y Mora Kantor analizan la actuación del Poder Legislativo Nacional en relación con un conjunto de programas sociales. A partir de un relevamiento sistemático de proyectos legislativos, de dictámenes de comisiones y de entrevistas a legisladores nacionales y otros informantes demuestran la baja participación del Congreso de la Nación en el diseño normativo de los principales programas sociales implementados en el período. El estudio permite mostrar la debilidad del Poder Legislativo tanto en el diseño como en materia

de contralor. Los autores dan cuenta de la falta de debate en torno a las políticas sociales, privilegiando el tratamiento de los proyectos del Ejecutivo, menoscabando la consideración de otras iniciativas plurales y concluyen en un llamado a que ese poder restituya sus competencias constitucionales en materia de políticas sociales.

El siguiente capítulo, “La Asignación Universal por Hijo para la protección social: ¿una vía de transformación en la política social argentina?”, elaborado por Pilar Arcidiácono, Verónica Carmona Barrenechea, Vilma Paura y Mora Straschnoy, se interroga respecto del potencial desmercantilizador y desfamiliarizador de la principal política social implementada a partir de 2009, enfatizando particularmente los criterios de cobertura, las condicionalidades impuestas y qué tipo de rupturas y de continuidades ofrece en referencia a los Programas de Transferencia de Ingresos Condicionados previos; al mismo tiempo, reflexiona respecto de si ese modo de efectuar las transferencias, efectivizadas en las madres de niños, niñas y adolescentes, las sobrecarga o libera de las responsabilidades de cuidado y de provisión del bienestar. Se destaca, además de la masividad de la cobertura, la presencia de diversos mecanismos de reclamo para quienes no pueden acceder y que no se encuentra sujeta a plazo para su ingreso, característica central en los programas sociales anteriores. Sin embargo, como marcan las autoras, a pesar de estar habilitada la regularidad y la continuidad de la medida, persisten una serie de exclusiones que visualizan el límite de la política para cubrir a toda la población, frente a lo cual enfatizan la necesidad de diseñar mecanismos de transferencias monetarias de carácter universal, lo que entre otras cosas supone instalar esquemas basados en principios que deslinden el “bienestar” de la condición laboral.

El quinto capítulo, titulado “De la empleabilidad a la autogestión. La relevancia de la educación formal en el programa ‘Argentina Trabaja’”, elaborado por Esther Levy y Ángeles Bermúdez, indaga sobre las acciones destinadas a la educación formal dentro del campo de la formación de trabajadores. Se trata del Programa Ingreso Social con Trabajo “Argentina Trabaja” (AT) en la Provincia de Buenos Aires implementado por el Ministerio de Desarrollo Social de la Nación, cuyo objetivo es vincular la formación con la ocupación y la autogestión; y del Plan FINES (Ministerio de Educación de la Nación) cuyo objetivo es la inclusión de la educación formal en las acciones de formación de cooperativistas, en líneas de acción interministeriales. Además de la riqueza en la descripción de esos programas, las autoras marcan

rupturas con el paradigma de los programas de formación profesional de décadas pasadas, como el hecho de que la terminalidad de los estudios formales se incorpore como oferta opcional y no como una contraprestación, implicando un cambio significativo en la concepción del derecho a la educación en el terreno de las políticas sociales. Sin embargo, como muestran Levy y Bermúdez, persisten numerosos déficits en términos de instalar mecanismos efectivos que contribuyan a ampliar el marco de garantías en el acceso a la educación formal de aquellos adultos que se han visto privados de su ejercicio.

El sexto capítulo, “Estrategias alimentarias, económicas y provisión de cuidado en contextos de pobreza: articulaciones posibles”, de Carla Zibechi y Carolina Mouriño, explora, a partir de un diseño metodológico basado en el análisis de entrevistas a mujeres receptoras de programas sociales, mujeres referentes y “cuidadoras” de diversas organizaciones comunitarias, docentes y coordinadores de los programas educativos y de cuidado en el Área Metropolitana de Buenos Aires, las relaciones que se establecen entre las estrategias alimentarias y de cuidado que desarrollan las familias que recibieron programas de transferencia condicionados y aquellas organizaciones sociales comunitarias que proveen cuidado a la primera infancia en contextos de pobreza y su relación con diversos dispositivos de intervención estatal (en especial, programas sociales). Las autoras contextualizan la problemática con especial énfasis en la descripción de los principales aspectos vinculados con la organización del cuidado infantil y el déficit actual de infraestructura de cuidado provista por el Estado. Desde un enfoque de género y de derechos, el análisis desarrollado permite afirmar que la política pública asistencial –en especial, los PTC implementados durante las dos últimas décadas en Argentina– ha dejado marcas profundas en el espacio comunitario, ya que entre otros efectos han exigido a las mujeres contraprestaciones laborales que se han presentado como “equivalente salarial”. Sin embargo, destacan que las formas de pensar y actuar de las cuidadoras –muchas de ellas receptoras de programas sociales– escapan de esa dinámica social, y contribuyen –a partir de la evidencia empírica presentada– a repensar las esferas de provisión del bienestar.

Finalmente, en el capítulo séptimo, “La exigibilidad de derechos en contextos de marginación social. El lugar de la política pública”, Laura Pautassi recupera los principales hallazgos, poniendo en diálogo a las distintas aproximaciones realizadas, y colocando el énfasis en el alcance de la exigibilidad de

los derechos, el rol de la justiciabilidad en la vinculación derechos y políticas públicas y los límites que estas últimas presentan para, a partir de allí, formular recomendaciones en términos de políticas públicas transformadoras de las situaciones de marginación social descriptas a lo largo del libro.

En suma, anclado en el enfoque de derechos, el libro presenta un encuadre teórico conceptual y ético normativo que al hacerse explícito establece claras claves de intelegibilidad sobre los temas revisados que pueden iluminar también otras lecturas y contribuir así a ampliar la discusión sobre la efectivización de los derechos en la Argentina, sobre lo realizado y lo pendiente.

Además, otros ejes de gran capacidad hermenéutica subyacen en el conjunto de los capítulos, aun cuando no se hacen explícitos en todos ellos. En primer lugar, el reconocimiento de la heterogeneidad estructural de nuestra sociedad que convoca a revisar las categorías y las conceptualizaciones sobre derechos, ciudadanía, exclusión y marginaciones en un análisis históricamente situado.

Un segundo eje es la consideración del Estado en su carácter heterogéneo y complejo, en el que conviven, en tensión, los distintos poderes y jurisdicciones de gobierno que clasifican y definen “beneficiarios”, reconocen a los portadores de derechos y diseñan e implementan políticas públicas.

En una enumeración no exhaustiva, otro aporte es el análisis situado de las políticas y programas, que permite reconocer otros actores, además del Estado, que participan en su desarrollo.

La obra pone, a su vez, a disposición de los lectores y de los ámbitos de producción académica y de decisión política el resultado de un exhaustivo trabajo empírico, de recopilación de fuentes y de rigurosidad en la búsqueda y clasificación de la información.

Los interrogantes iniciales quedan abiertos. No porque no se aporten soluciones sino porque el objetivo de la obra es más bien definir una agenda anotada para la investigación futura. En una etapa política de declinación del modelo de políticas sociales vigente en los últimos años, el debate será profundo. Las realidades desbordan las pretensiones puestas en marcha inicialmente. Bienvenido este aporte de inestimable valor científico y honestidad intelectual, muestra cabal de lo que un pensamiento crítico responsable y constructivo puede lograr frente a las retóricas políticas en conflicto.

La *Revista Pensar en Derecho* convoca a docentes, profesores e investigadores a presentar artículos inéditos. Deben ser trabajos de investigación en el campo de las ciencias jurídicas o afines que respondan a criterios de relevancia social, innovación teórica, claridad conceptual, rigor metodológico y construcción de fuentes fiables.

La revista está animada por el propósito de generar un espacio de debate académico que permita dar a conocer cuáles son algunos de los principales temas de preocupación de la comunidad académica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Proceso y criterios de selección de los artículos por pares

Los artículos serán seleccionados para su publicación a través de la modalidad de arbitraje por pares. Con ese fin, se aplicarán los siguientes criterios: a) originalidad del artículo; b) innovación en las reflexiones y propuestas; c) rigurosidad y coherencia académica; d) pertinencia en la articulación con otras áreas o disciplinas.

Estructura de los artículos

Los trabajos deberán adherirse a las pautas de publicación de la *Revista**. Todos los artículos deben ser enviados en formato electrónico a pensarenderecho@derecho.uba.ar

* disponibles en www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho

