

ISSN 1667-4154

Academia

Año 8 - número 15 - 2010

Revista

sobre enseñanza
del Derecho



DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES



RUBINZAL - CULZONI
EDITORES

DIRECCIÓN

Mary Beloff
María Laura Clérico
Gonzalo Álvarez

CONSEJO EDITORIAL

Lucas Barreiros
Martín Böhmer
Raúl Gustavo Ferreyra
Mónica Pinto
Juan Seda
Guillermo Treacy

Colaborador del Consejo Editorial

Sebastián Scioscioli

COMITÉ EVALUADOR

Rebeca Anijovich (UBA)
Rodolfo Arango (Universidad de los Andes)
Carlos Bernal Pulido (Universidad de Sydney)
Ezequiel Bouzatt (Universidad Nacional Del Sur)
Nancy Cardinaux (UBA/UNLP/CONICET)
Virgilio Afonso Da Silva (Universidad de São Paulo)
Aníbal D'Auría (UBA)
Claudio Díaz (UNR)
Ariel Dulitzky (Universidad de Texas)
Imer Flores (UNAM)
Paula Gaido (UNC/CONICET)
Germán García Silva (Universidad del Rosario)
Laura Giossa (Universidad Nacional del Centro)
Andrea Molinari (UBA)
Daniel Oliver Lallana (Universidad de La Rioja)
Ronaldo Porto Macedo (Universidad de São Paulo)
Guillermo Ruiz (UBA/CONICET)
Jan Sieckmann (Universidad Erlangen/DAAD)
Gonzalo Sozzo (UNL)
Pamela Tolosa (Universidad Nacional Del Sur)
Jorge Valencia (Universidad de Lima)

© Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2004
Av. Figueroa Alcorta 2265, C1425CKB, Buenos Aires, Argentina
TEL.: (+54-11) 4809-5668
CORREO ELECTRÓNICO: dpublica@derecho.uba.ar

ISSN 1667-4154

Todos los derechos reservados. Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación o cualquier otro sistema de archivo y recuperación de información, sin el previo permiso por escrito del Editor.

All rights reserved. No part of this work may be reproduced or transmitted in any form or by any means, electronic or mechanical, including photocopying and recording or by any information storage or retrieval system, without permission in writing from the publisher.

Impreso en la Argentina - Printed in Argentina

**AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE DERECHO
DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES**

DECANA

Mónica Pinto

VICEDECANO

Alberto J. Bueres

CONSEJO DIRECTIVO

CLAUSTRO DE PROFESORES

Consejeros Titulares

Atilio A. Alterini / Beatriz S. Krom / Jorge L. Kielmanovich
Mario E. Ackerman / Marcelo Gebhardt / Mary A. Beloff
Luis M. Genovesi / Darío F. Richarte

Consejeros Suplentes

Alberto Bueres / Enrique N. Zuleta Puceiro / Esteban Centanaro
Alfredo E. Soto / Diego E. Chami / Eduardo Barbarosch
Marcelo E. Haissiner / Jorge Berbere Delgado

CLAUSTRO DE GRADUADOS

Consejeros Titulares

Alejo Monner Sans / Lilian Lapadula / Jorge Del Azar / Javier Petrantonio

Consejeros Suplentes

Mariano Mugnolo / Fernando Barrera / Gabriela Castillo / Julio Aren

CLAUSTRO DE ESTUDIANTES

Consejeros Titulares

Nicolás de la Cruz García / Luciana Gallardo / Maitén García Lavalle

Consejeros Suplentes

Daniel Álvarez Vera / Lucila Gómez Ares / Luis Sánchez / Manuel Quinteros

Secretaria Académica: Silvia C. Nonna

Secretario de Hacienda y Administración General: Alejandro Gómez

Secretario de Investigación: Eduardo Marcelo Alegre

Secretario de Extensión Universitaria: Carlos A. Bedini

Subsecretario Académico: Sergio Brodsky

Subsecretaria de Relaciones Internacionales e Institucionales: Isabel Sábato

Subsecretario de Vinculación Ciudadana: Hernán Arce

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Directora: Mary Beloff

Subdirector: Sebastián Picasso

Secretario: Andrés Heim

ÍNDICE

Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho
Año 8, número 15, 2010, ISSN 1667-4154

Artículos

- Consideraciones sobre el pensamiento de Alberdi
en torno a la formación del abogado 9
Jorge Christian CURTO
- El filósofo como buscador del sentido propio 25
Aníbal D'AURIA
- Las formas de participación y de movilización políticas en la
construcción de la democracia en Europa entre 1640 y 1933 59
Alejandra DOTI
- Derecho constitucional del ciudadano y derecho
constitucional del poder del Estado 83
Raúl Gustavo FERREYRA
- Las revistas jurídicas en el ámbito universitario:
foros de expresión y laboratorios de escritura 123
Agustín PARISE
- La ciencia del Derecho y el advenimiento del nazismo:
el perturbador ejemplo de Carl Schmitt 133
Daniel RAFECAS

Clásicos

- Carta sobre los estudios convenientes para formar
un abogado con arreglo a las necesidades de la
sociedad actual en Sudamérica escrita por el abogado
Alberdi a un joven compatriota suyo, estudiante de
Derecho en la Universidad de Turín, en Italia 167
J. B. ALBERDI

Estudios e investigaciones

- Técnicas de la docencia universitaria 179
Juan José CARBAJALES

Informe del Curso de Práctica Profesional
especializado en Derecho Penal Juvenil 195
Diego FREEDMAN

La formación en Práctica Profesional de Abogacía 243
Malena Kareen TOTINO SOTO
y María Mercedes MARCO MUCCIARDI

Actualidad universitaria

Introducción a la Resolución del Consejo Directivo 499/2010
sobre los programas de investigación 257
Nancy CARDINAUX

Resolución (CD) nro. 499/2010 257

Artículos

Consideraciones sobre el pensamiento de Alberdi en torno a la formación del abogado

JORGE CHRISTIAN CURTO*

I. INTRODUCCIÓN

¿Cuál es la formación que un abogado debería tener? ¿Qué materias un estudiante de Derecho debería estudiar? El objetivo de este trabajo es encontrar una posible respuesta a estos interrogantes partiendo del pensamiento de Juan Bautista Alberdi. Estimo que para determinar qué tipo de formación debería recibir un estudiante de Derecho que aspira a recibirse de abogado es necesario, en primer lugar, determinar el alcance del término "Derecho". Ése debe ser el punto de partida. Fue precisamente Alberdi el primer pensador argentino que escribió un libro dedicado a analizar cuestiones ligadas a la filosofía del derecho. Lo escribió en 1837. El nombre de su obra fue *Fragmento preliminar al estudio del Derecho*. En 1837 también apareció otro trabajo dedicado al análisis filosófico del Derecho: *Sobre la naturaleza filosófica del Derecho* de Quiroga de la Rosa. Ahora bien, este último trabajo no fue precisamente un libro sino una tesis doctoral. Tanto Alberdi como Quiroga de la Rosa formaron parte del llamado *Salón Literario* de 1837, compuesto por un conjunto de jóvenes intelectuales argentinos comprometidos con los destinos del país.¹

Cabe señalar que *Fragmento preliminar al estudio del Derecho* no es la única fuente que refleja el pensamiento de Alberdi en torno a la formación del abogado. En *Fragmento preliminar al estudio del Derecho* Alberdi analiza,

* Abogado egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Les agradezco a María Rosa Pugliese y a Abelardo Levaggi por los aportes que me han dejado las diferentes conversaciones que he mantenido con ellos sobre el tema que aquí desarrollo.

¹ TAU ANZOATEGUI, Víctor, *Las ideas jurídicas en la Argentina (siglos XIX-XX)*, 3ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999, Cap. III, pp. 73-80.

entre otras cosas, qué es el Derecho, qué son las leyes, cómo debería ser estudiado el Derecho; es decir, analiza cuestiones que evidentemente están muy ligadas a la formación del abogado. Ahora bien, además de esa obra existe una conocida carta que Alberdi le dirige a un estudiante de Derecho en la cual le manifiesta específicamente qué áreas del conocimiento, a su criterio, un abogado debería conocer. Dicha carta fue escrita por Alberdi en el año 1850, es decir, la escribió un Alberdi más maduro si se tiene en cuenta que era veinteañero cuando escribió *Fragmento preliminar al estudio del Derecho*. Recién en 1852 Alberdi escribiría *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, obra en la cual se muestra como un verdadero estadista, diseñando su propio proyecto de organización política y jurídica. Dicho proyecto, no está de más señalar, fue probablemente el que más influyó en la Constitución de 1853.

Este trabajo está dividido en diferentes apartados. En el segundo apartado, me dedicaré a señalar algunas ideas jurídicas que Alberdi elaboró en *Fragmento preliminar al estudio del Derecho*. En el tercer apartado, haré una referencia a la carta mencionada. En el cuarto apartado, me dedicaré a realizar algunas consideraciones sobre la formación actual del abogado y sobre la estructura del plan de estudios de la carrera. Finalmente, en el quinto apartado, me dedicaré a realizar una conclusión. Al final del trabajo se agrega la bibliografía consultada.

II. ALBERDI Y SUS IDEAS JURÍDICAS EN FRAGMENTO PRELIMINAR

En el prefacio de *Fragmento preliminar al estudio del Derecho* Alberdi ya marca la diferencia entre el Derecho y las leyes escritas. Tras reconocer la influencia que Lerminier ejerció en su pensamiento, sostiene que ya no considera al Derecho como “una colección de leyes escritas”.² Para Alberdi, conocer el Derecho implica considerarlo como “un elemento vivo y continuamente progresivo de la vida social” y “estudiarlo en el ejercicio mismo de esta vida social”.³ Rechaza la idea de considerar el Derecho como algo abstracto cuando dice que éste “es una cosa viva,

² ALBERDI, Juan Bautista, *Fragmento preliminar al estudio del Derecho*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1998, Prefacio, p. 11.

³ *Ibíd.*, p. 13.

positiva, no una abstracción, un pensamiento, una escritura”.⁴ Considera a la ciencia del Derecho como una ciencia experimental como lo es la física.⁵ Refiriéndose al Derecho entiende que “las leyes mismas nos mandan comprenderlo, porque es el alma, la vida, el espíritu de las leyes”.⁶ Entonces, para Alberdi las leyes y el Derecho no significan lo mismo. El mero conocimiento de las leyes, según Alberdi, no implica el conocimiento del Derecho. ¿Cómo define Alberdi a las leyes? Las define como “la imagen imperfecta y frecuentemente desleal del derecho que vive en la armonía viva del organismo social”.⁷ De su pensamiento se desprende que para conocer el Derecho es necesario el estudio de la filosofía y que aquellos que consideran que el Derecho se reduce al conocimiento de las leyes escritas no están considerando a la filosofía.⁸

Alberdi destaca que la filosofía es un componente importante de la jurisprudencia y piensa que es un error concebir a la jurisprudencia como una “pura *ciencia práctica*”. Para Alberdi ese error es consecuencia de la separación de la filosofía y la jurisprudencia. Al respecto dice: “Jamás se nos llegará a persuadir de que la jurisprudencia no sea otra cosa que un arte mecánico. Esto es contrario a las intenciones mismas de nuestras leyes, que quieren ser atendidas en su espíritu más que en sus palabras”.⁹ Para Alberdi, el estudio del espíritu de las leyes es el estudio de la filosofía de las leyes. Según su visión, el conocimiento de la ley no implica “solamente conocer sus palabras, sino su espíritu”.¹⁰ Es decir, Alberdi apela a interpretar el “espíritu” de la norma en lugar de realizar una interpretación literal de la misma.

Del pensamiento de Alberdi se puede apreciar cómo el Derecho se interrelaciona con otras áreas. De hecho, Alberdi sostiene que “el elemento jurídico de un pueblo se desenvuelve en un paralelismo fatal con el elemento económico, religioso, artístico, filosófico de este pueblo: de suerte que cual fuere la altura de su estado económico, religioso, artístico

⁴ *Ibíd.*, p. 38.

⁵ *Ibíd.*, p. 12.

⁶ *Ibíd.* p. 13.

⁷ *Ibíd.*

⁸ *Ibíd.*, pp. 13-14.

⁹ *Ibíd.*, p. 14.

¹⁰ *Ibíd.*, pp. 14-15.

y filosófico, tal será la altura de su estado jurídico".¹¹ De esa forma Alberdi destaca el carácter interdisciplinario del Derecho.

Para Alberdi el Derecho está compuesto por los siguientes elementos:

- 1) "El Derecho en su naturaleza filosófica";
- 2) "el Derecho en su constitución positiva", y
- 3) "el Derecho en su condición científica".¹²

III. CARTA DE ALBERDI A UN ESTUDIANTE DE DERECHO

Alberdi le dirige la carta a Lucas González, estudiante de Derecho en la Universidad de Turín, Italia. En dicha carta Alberdi da su opinión, a pedido de la familia del estudiante, sobre la formación que, a su criterio, un abogado debería tener en esa época. Alberdi tiene siempre en cuenta que dicho estudiante quiere desempeñarse como abogado en Sudamérica, por lo que sus recomendaciones están específicamente orientadas a ese objetivo. Es decir, esas recomendaciones se ajustan a un caso en particular, a las necesidades del estudiante en cuestión.

Alberdi advierte que el estudiante comenzó sus estudios de Derecho en Chile, es decir que no va a comenzarlos en Europa. Al observar eso, considera que no ha tenido formación en matemáticas y en otras ciencias exactas. Para Alberdi, el abogado debe estudiar matemáticas y otras ciencias exactas. ¿Por qué Alberdi considera importante el estudio de las matemáticas en la formación del abogado? Porque considera que las matemáticas son el mejor medio para entender lógica. ¿Y por qué Alberdi piensa que el estudio de la lógica es importante para un abogado? Porque la actividad del abogado, a su criterio, radica en alegar, razonar, probar.

Con respecto a las materias con contenido específicamente jurídico, Alberdi entiende que estudiar Derecho en Turín es apropiado porque en Italia se puede estudiar Derecho Romano y el Derecho Canónico, las dos fuentes del derecho español. Alberdi señala la influencia del derecho romano en la legislación española cuando destaca que las *Siete Partidas de D. Alfonso* (que nos regían en esa época) están influenciadas por las *Pandectas* y el *Código* romanos. Alberdi también considera que un año

¹¹ *Ibíd.*, p. 12.

¹² *Ibíd.*, p. 19.

en Turín es suficiente porque entiende que no es necesario profundizar demasiado en esas áreas. Asimismo, destaca que todo abogado debe saber francés (de acuerdo a Alberdi, idioma muy conocido en esa ciudad italiana) y latín.

Por otro lado, Alberdi aconseja al estudiante seguir con sus estudios en Francia, preferentemente en una provincia y no en la capital, por un conjunto de ventajas que ofrece la provincia y no París. ¿Por qué Alberdi aconseja estudiar en Francia? Porque entiende que es fundamental estudiar el derecho civil francés, derecho influenciado por el derecho romano. Alberdi destaca que las doctrinas de juristas franceses son aplicables a los países de origen hispano y que el derecho francés es un instrumento para comentar nuestras leyes españolas.

Asimismo, Alberdi señala la utilidad de estudiar “legislación comparada”, sea derecho francés u otras legislaciones extranjeras. Para Alberdi, el espíritu democrático imperante en la época hace que las leyes civiles de determinado país expresen, en definitiva, la opinión de todo su pueblo.

Con relación a los puntos más importantes del derecho civil francés, Alberdi entiende que los contratos y las obligaciones son los más relevantes por la trascendencia que en esa época adquieren las transacciones. Además, destaca que los contratos mercantiles y marítimos están regidos básicamente por el Derecho Común o Civil y recomienda el estudio del Derecho Minero y del Derecho Rural porque entiende que ambas ramas son útiles en Chile, en Buenos Aires, y en Sudamérica en general, debido a la relevancia de la actividad minera y pastoral desarrollada en dicha zona.

Para Alberdi el abogado hispanoamericano de esa época debe tener una sólida formación en Derecho Comercial, en parte, por la caída del régimen colonial, caída que provoca el desarrollo del comercio. Es decir, Alberdi entiende que tras la caída del antiguo régimen es propicio estudiar Derecho Comercial porque justamente se origina el desarrollo del comercio. También, señala que es necesario el estudio del Derecho Comercial dado que en el pasado se excluía la actuación del abogado en las causas mercantiles y que eso ya no ocurre. Por otro lado, señala que el derecho comercial español deriva del derecho comercial francés, por

lo que es de gran utilidad para nosotros entender este último derecho. Además, señala que el Derecho Comercial Marítimo forma la mitad del derecho comercial y que nuestro derecho sobre dicha área deriva del derecho francés.

Con respecto al Derecho Político, Alberdi entiende que no es de utilidad estudiar Derecho Político en Francia. Da varias razones por qué entiende eso. Una de las razones que da es que en América hay un Derecho Público diferente. Lo que sí recomienda Alberdi es el estudio del Derecho Administrativo porque entiende que si bien el derecho administrativo deriva del Derecho Público, el primero puede estudiarse con cierta independencia de este último. Alberdi también advierte que en Sudamérica no se conoce el estudio del Derecho Administrativo. Por tal motivo, entiende que escasean en nuestro territorio los hombres aptos para desempeñar funciones públicas. Alberdi destaca que la necesidad de enseñar Derecho Administrativo pasa por el hecho de que en época de la colonia los americanos no podían acceder a empleos públicos; por ende, su estudio no era necesario, pero que luego de la Revolución las cosas han cambiado y que ahora los americanos, que tienen derecho a acceder a dichos cargos, no están capacitados para ello, en parte por no haber estudiado Derecho Administrativo. Con respecto a la rama del Derecho Administrativo que de acuerdo a Alberdi un abogado le conviene estudiar más por la naturaleza de su oficio, entiende que esa rama es la rama contenciosa.

Con respecto al Derecho Internacional, Alberdi distingue el Derecho Público Internacional del Derecho Internacional Privado y entiende que el conocimiento de este último es relevante para el abogado en Sudamérica, en especial porque el Derecho Internacional Privado regula cuestiones jurídicas ligadas a los extranjeros y, a su criterio, son justamente extranjeros los que ocupan vastas partes del territorio americano y los que en el futuro llegarán para seguir ocupando dichas zonas. Asimismo, Alberdi destaca que es necesario estudiar tanto la parte positiva del Derecho Internacional Privado como la parte teórica.

Alberdi piensa que dos años de residencia en Francia para estudiar Derecho son suficientes y que lo ideal para un abogado que desea desempeñarse en Sudamérica es estudiar Derecho español en España en lugar de hacerlo en la América española. Al respecto, considera que dos

o tres años en España son suficientes y, asimismo, recomienda el estudio teórico y práctico del Derecho Civil peninsular. Además, Alberdi considera que si bien la mayor parte de nuestra legislación está ligada a la legislación española, los nuevos estados en Sudamérica, tras independizarse de España, han desarrollado su derecho patrio. Por ende, entiende que es necesario residir en la América para poder estudiar esa área del Derecho y de este modo estar capacitado para ejercer la Abogacía en Sudamérica.¹³

IV. LA FORMACIÓN ACTUAL DEL ABOGADO

Mientras que la concepción de Derecho desarrollada en *Fragmento preliminar al estudio del Derecho* es inmutable y se puede aplicar en cualquier época y en cualquier país, las recomendaciones de Alberdi en la carta están dirigidas a atender una necesidad concreta de un estudiante de Derecho en una época determinada. No obstante ello, creo que esas recomendaciones nos dejan ciertas enseñanzas sobre qué aspectos deberíamos tener en cuenta a la hora de analizar el actual plan de estudios de Abogacía.

Considero que en la carta Alberdi ratifica en cierto modo la concepción de Derecho que él mismo había señalado más de diez años antes en *Fragmento preliminar al estudio del Derecho*. Me refiero, por ejemplo, al carácter interdisciplinario del Derecho. Cuando Alberdi considera el contexto político de Sudamérica luego de la emancipación de España y, de esta forma, señala la conveniencia de estudiar Derecho Comercial y Derecho Administrativo, estimo que está señalando la relación del Derecho con la política. Cuando Alberdi señala la conveniencia de estudiar Derecho Minero y Derecho Rural, está relacionando el Derecho con la economía. Cuando Alberdi señala la conveniencia de estudiar Derecho Internacional Privado, en parte, por la población extranjera que habita en nuestro suelo o que en el futuro podrá llegar para habitar en nuestro suelo, está realizando un análisis social sobre la composición de nuestra población, y a partir de allí, realiza luego un análisis jurídico sobre la

¹³ "Carta sobre los estudios convenientes para formar un abogado con arreglo a las necesidades de la sociedad actual en Sud-América", en ALBERDI, Juan Bautista, *Obras Completas*, t. III, Buenos Aires, La Tribuna Nacional, 1886, pp. 343-353.

legislación aplicable. En síntesis, Alberdi en todos esos casos está confirmando la conexión del Derecho con la política, con la economía, con lo social. Cuando Alberdi señala la conveniencia de estudiar Derecho Romano y Canónico porque forman la base del derecho español, está haciendo un análisis histórico del Derecho. En todos esos casos está ratificando el carácter interdisciplinario del Derecho y que el sólo conocimiento de la legislación vigente no implica saber Derecho, ambas ideas desarrolladas en *Fragmento preliminar al estudio del Derecho*. El carácter interdisciplinario del Derecho el día de hoy debe estar presente toda vez que se discuta el plan de estudios de la carrera de Abogacía.

Por otro lado, cuando en la carta Alberdi entiende que es necesario que los abogados estudien lógica e idiomas (en la carta señala el latín y el francés), está una vez más señalando que la formación del abogado implica mucho más que la enseñanza de leyes escritas. Cabe mencionar que Alberdi en *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, es decir, después de haber escrito la carta, señala que todo universitario (esta vez no se refiere específicamente al abogado sino al universitario en general) debe saber inglés. Al respecto Alberdi manifiesta: “El idioma inglés, como idioma de la libertad, de la industria y del orden, debe ser aún más obligatorio que el latín; no debiera darse diploma ni título universitario al joven que no lo hable y escriba”.¹⁴

Estimo que el pensamiento de Alberdi nos invita a reflexionar sobre ciertas cuestiones ligadas a la formación actual del abogado. Si se analiza el actual plan de estudios correspondiente a la carrera de Abogacía de cualquier universidad, sea pública o privada, probablemente se podrá observar la existencia de dos tipos de materias: materias cuyos contenidos generalmente pueden limitarse al estudio de la legislación vigente y de la ley escrita, o bien a la práctica en la redacción de escritos, es decir, las materias puramente técnicas, las materias que básicamente proporcionan el *know-how* para realizar el trabajo técnico (a los efectos de este trabajo denomino a este grupo de materias como “materias del grupo A”) y aquellas materias que van más allá del conocimiento técnico, que

¹⁴ ALBERDI, Juan Bautista, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, 1ª ed., en *Grandes Obras del Pensamiento*, 19, Buenos Aires, Losada, 2008, Cap. XIII, p. 91.

contribuyen a la formación integral del estudiante de Derecho y que pueden estar ligadas a otras disciplinas (por ejemplo materias ligadas a la sociología, a la ciencia política, a la economía, a la historia, a la filosofía, a la lógica, etc.) o materias ligadas al estudio de un idioma extranjero. Este segundo grupo de materias, a mi criterio, se complementarían con las del primer grupo (a los efectos de este trabajo las denomino “materias del grupo B”).

Desde ya, el perfil del abogado dependerá de la universidad en la cual se desee cursar la carrera, pero al menos esos dos tipo de materias, es decir, las “materias del grupo A” y las “materias del grupo B” están presentes en el plan de estudios de toda universidad que ofrezca la carrera de Abogacía. En todo caso, variará la cantidad de materias ligadas al primer grupo o aquellas ligadas al segundo grupo. Y sobre esta cuestión surge el debate. Algunos estudiantes podrán cuestionarse: ¿cuál es la utilidad de incorporar en el plan de estudios de la carrera de Abogacía materias cuyos contenidos no están específicamente ligados a la labor técnica que rutinariamente debe realizar un abogado, por ejemplo, en su estudio jurídico? Otros podrán plantearse qué cantidad de esas materias deberían ser incluidas en el plan de estudios. Lo cierto es que podría ser habitual encontrar que una cantidad determinada de estudiantes de Derecho puedan estar más interesados en estudiar las “materias del grupo A” que en cursar las “materias del grupo B” porque les cuesta ver alguna utilidad a estas últimas. Es una cuestión cultural. Quizás ellos parten de un error. El error podría consistir en creer que el éxito profesional sólo pasa por adquirir el conocimiento técnico (constituido principalmente por el cabal conocimiento de la ley escrita y por la habilidad en presentar y redactar escritos). Ese error podría hacerles olvidar que la carrera de Abogacía es una carrera humanística con fuerte contenido social y que, por ende, su estudio no se debería limitar al estudio de los aspectos meramente técnicos. Quiero decir, la carrera de Abogacía no es una carrera puramente técnica. No es una “tecnicatura”. Ahora bien, ese error, esa falacia, podría surgir por la siguiente razón: por la creencia de que el rol del abogado se reduce sólo a desempeñar tareas técnicas ya sea en un estudio jurídico (como abogado litigante) o en el ámbito de la justicia (por ejemplo como miembro del Poder Judicial), de este modo olvidándose de las demás labores que puede realizar (por

ejemplo, el rol del abogado docente o investigador). Entonces, el razonamiento de muchos estudiantes de Derecho e inclusive de un número considerable de abogados podría llegar a ser el siguiente: ser abogado implica saber presentar escritos ante los tribunales y conocer detalladamente la legislación vigente, por ende, para ser abogado sólo es necesario adquirir el *know-how*, sólo es necesario tener conocimientos de las materias puramente técnicas. Si se sigue esta perspectiva se podrá observar que el abogado se convierte en un mero técnico.

Ese razonamiento posiblemente está muy arraigado en las mentes de muchos estudiantes de la carrera de Abogacía e inclusive en las mentes de muchos abogados. Teniendo en cuenta la diferencia que Alberdi señala entre el Derecho y las leyes escritas, la formación de aquellos que sólo consideren su preparación técnica podría quedar limitada al conocimiento de la legislación vigente sin llegar al conocimiento integral del Derecho.

Ese conocimiento limitado a las leyes escritas podría ser de cierta utilidad (hasta cierto punto) para aquellos que deseen realizar un trabajo de rutina, mecánico, pero no para aquellos que deseen convertirse en verdaderos juristas. Sobre este aspecto, resultan muy esclarecedoras las consideraciones de Abelardo Levaggi. Él diferencia a los “simples técnicos del Derecho”, quienes no llegan a recibir una formación integral en Derecho y están sólo capacitados para poder realizar mínimamente un trabajo técnico, de los “científicos del Derecho”, quienes logran comprender cabalmente los elementos que configuran el Derecho, quienes pueden ver más allá de la letra de la ley. Al referirse sobre la importancia de estudiar al Derecho históricamente, Levaggi manifiesta:

“La cuestión está relacionada con el tipo de universitario que la sociedad se proponga formar: si se satisface con producir simples técnicos del Derecho, cuyo saber no pase de la legislación actual, y esto en el grado mínimo indispensable para el ejercicio profesional, o si, al contrario, aspira a formar juristas, científicos del Derecho, que se eleven al conocimiento íntimo de las normas e instituciones jurídicas, que conozcan su razón de ser, sentido y valor”.¹⁵

¹⁵ LEVAGGI, Abelardo, *Manual de historia del derecho argentino*, 3ª ed., t. I, Buenos Aires, Depalma, 2004, Cap I, p. 4.

Por lo anteriormente señalado, es previsible entonces cuáles serían las consecuencias si en algún plan de estudios sólo contemplaran las materias con contenido puramente técnico (“las del grupo A”) ignorando aquellas materias cuyos contenidos ligan al Derecho con otras disciplinas (las mayoría que conforman “el grupo B”). Las resumo en tres:

- 1) Se formarían estudiantes con sólida formación en leyes (escritas), sin llegar a formarlos en el conocimiento cabal del Derecho;
- 2) los graduados estarían sólo capacitados para desarrollar un trabajo mecánico, rutinario, y
- 3) se dejaría de producir estudiosos del Derecho, es decir, juristas, investigadores, docentes con sólida formación, dado que los graduados no tendrían una formación integral en Derecho.

Para Alberdi es necesario acudir a la filosofía y a la historia para poder comprender el Derecho, para poder interpretarlo y aplicarlo, para poder determinar el verdadero sentido de la norma, es decir, para poder entender la voluntad del legislador al momento de la creación de la norma.¹⁶

Abelardo Levaggi, por su parte, sostiene que el estudio histórico del Derecho es necesario para poder “conocer y aplicar el Derecho actual”, dado que las actuales instituciones jurídicas no son pura creación del legislador moderno sino que tienen una historia detrás, para poder “prever los cambios futuros”, dado que la historia del Derecho implica experiencia y dicha experiencia le permitirá al jurista poder hacer una proyección sobre cómo se desarrollará el Derecho en el futuro, y finalmente, para poder “saber qué es el Derecho” dado que para Levaggi para poder determinar qué es el Derecho es necesario acudir a la filosofía y la historia.¹⁷

Estimo que la historia, la filosofía, la sociología, la ciencia política, la economía son disciplinas que naturalmente están ligadas al Derecho por ser el Derecho una ciencia social. El Derecho necesita nutrirse de ellas. Aislar al Derecho de esas disciplinas equivaldría a negarle su condición de ciencia social. La formación actual de los abogados debe exigir el estudio de las disciplinas anteriormente mencionadas.

¹⁶ ALBERDI, *Fragmento preliminar al estudio del Derecho* cit., Tercera Parte, pp. 146 y 151-157.

¹⁷ LEVAGGI, op. cit., Cap. I, pp. 4-7.

Asimismo, la enseñanza de esas disciplinas es fundamental para incentivar la formación de juristas, docentes, investigadores, intelectuales, futuros dirigentes políticos, futuros estadistas. Como sociedad debemos entender que no basta formar abogados que sólo se limiten a saber presentar escritos en tribunales y a ser meros conocedores de la ley escrita. Como sociedad debemos formar profesionales con espíritu crítico que tiendan a reflexionar sobre el funcionamiento de nuestras instituciones jurídicas. Como sociedad debemos formar verdaderos estudiosos del Derecho.

He señalado que Alberdi considera en la carta aludida que el abogado debe saber latín y francés, y que en *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina* va más allá de la formación del abogado para referirse a la formación de todo universitario, dado que señala que todo aquel que esté interesado en obtener un título universitario debe saber hablar y escribir en inglés. ¿Qué podríamos decir en estos tiempos en los cuales la globalización ya es una realidad?! La enseñanza de idiomas debe estar presente en la formación de todo profesional. En lo que se refiere a la formación del abogado, el objetivo fundamental debe ser enseñar las herramientas necesarias para que los estudiantes de Derecho puedan interpretar, entender textos jurídicos (como ser leyes, fallos, artículos académicos o ensayos, por ejemplo) redactados en el idioma extranjero de su interés de acuerdo al área del Derecho en la cual deseen especializarse. Es decir, la comprensión del idioma extranjero en este contexto debe implicar adquirir un nivel adecuado de lecto-comprensión. ¿Por qué lecto-comprensión? Porque el objetivo de la lecto-comprensión no es justamente formar especialistas del idioma, no es profundizar conocimientos ligados a la gramática, a la sintaxis, a la lingüística, a la fonética, etcétera. El estudio pormenorizado de esas áreas debería quedar reservado a aquellos que pretendan especializarse en el estudio de la lengua en cuestión. Por otro lado, cabe señalar, la especialización en el estudio de un idioma puede demandar muchos años. El estudiante de Derecho debe estar familiarizado con los términos jurídicos redactados en determinado idioma extranjero.

La gramática, a los efectos de la lecto-comprensión, debe ser considerada como “una brújula”, como una herramienta más que debe guiar al lector en la comprensión del texto. De esta forma el estudiante de

Derecho adquirirá las herramientas básicas e indispensables para poder estudiar Derecho Comparado y Derecho Internacional. Hoy en día la globalización exige cada vez más saber idiomas para conocer otros sistemas jurídicos y para poder acceder a documentos emanados de organismos internacionales, ya sea en el campo jurídico o económico.

V. CONCLUSIÓN

A lo largo de este trabajo he intentado acudir al pensamiento de Alberdi para señalar la relación que debe existir entre Derecho y otras disciplinas y para destacar que el conocimiento meramente técnico no alcanza para formar un abogado. En definitiva, la estructura del plan de estudios de la carrera de Abogacía siempre dependerá del alcance que se le dé al término "Derecho". Estimo que en este sentido el pensamiento de Alberdi nos ayuda a aclarar esta cuestión cuando señala que el Derecho tiene un carácter interdisciplinario.

Por otro lado, la forma de transmitir conocimientos jurídicos dependerá siempre de la estructura del plan de estudios. Cuando se está hablando sobre la estructura de un plan de estudios también se está hablando sobre la modalidad de las clases, sobre la forma de enseñar, porque existe una conexión entre el plan de estudios y el tipo de enseñanza que los profesores desean impartir. Cuando se debate sobre el contenido de un plan de estudios también implícitamente se está debatiendo sobre las estrategias por parte del docente a la hora de preparar el programa relativo a la enseñanza de su materia.

Probablemente hoy en día, además de enseñar "las materias del grupo A" y aquellas que denomino "materias del grupo B" es necesario *incentivar el desarrollo de la creatividad*. Es hora de estimular la creatividad de los estudiantes de Derecho. ¿Cómo se puede estimular la creatividad de los estudiantes? Hay profesores de Derecho que, por ejemplo, han utilizado la literatura y el cine como medios para transmitir conocimientos jurídicos. Enseñar contenidos jurídicos a través de la literatura o del cine es un acto creativo en sí mismo, es decir, es un método creativo de enseñanza. Ahora bien, ¿por qué es importante despertar la creatividad de los estudiantes de Derecho?, ¿por qué es importante formar abogados creativos? La creatividad es siempre una herramienta importante en cual-

quier área. Más aún para aquellos abogados interesados en incursionar en el campo de la docencia e investigación. Pero también la creatividad es importante para aquellos abogados que estén sólo interesados en desarrollar sus conocimientos técnicos. Por ejemplo, la creatividad podría resultar necesaria para resolver un caso. Asimismo, en los tiempos que vivimos la gran cantidad de abogados que egresan año tras año de las diferentes universidades públicas y privadas genera una gran competencia y entonces cada vez más abogados deben cursar estudios de posgrado para poder destacarse en las áreas en las cuales están interesados en formarse. Ello en realidad ocurre en mayor o en menor medida entre los egresados de todas las carreras. Es decir, año tras año más y más graduados universitarios de diferentes carreras sienten la necesidad de seguir estudios de posgrado. Quizás hace unos años tener estudios de posgrado era un *plus* que distinguía al profesional. En este momento pareciera que cursar estudios de posgrado es condición necesaria para destacarse en cualquier profesión. Y cursar estudios de posgrado puede implicar la elaboración de una tesis (por ejemplo, en el caso de las maestrías y los doctorados). Para elaborar una tesis es necesario tener cierta dosis de creatividad.

Ahora bien, se puede advertir las dos razones por las cuales el mero conocimiento técnico no alcanzaría para la elaboración de una tesis en el ámbito del Derecho. Primera razón: el Derecho, como se desprende del pensamiento de Alberdi, tiene un carácter interdisciplinario. La definición misma de Derecho nos obliga a tener que recurrir a otras disciplinas como la filosofía y las ligadas a las ciencias sociales para poder realizar cualquier tipo de análisis jurídico. Segunda razón: para elaborar una tesis es necesario tener creatividad y en el ámbito del Derecho (me estoy refiriendo específicamente al ámbito de Derecho, no a otros) son justamente las materias que en este trabajo denominé como “las del grupo B” las que constituyen verdaderas herramientas para despertar dicha creatividad porque son las que ayudan a reflexionar y a despertar el espíritu crítico que todo estudiante universitario, que todo abogado debe tener. En síntesis, considero que no se puede realizar una tesis sobre algún aspecto del Derecho sin acudir a la filosofía o a cualquier otra disciplina ligada a las ciencias sociales.

Explorar el pensamiento de Alberdi contribuye a la hora de tener que determinar cuál es la formación que un abogado debería tener. Ojala que en los próximos años algunos conceptos desarrollados en este trabajo sean considerados a la hora de debatir sobre esta cuestión. Estaré satisfecho si al menos he podido contribuir a la discusión, al debate en torno a qué tipo de abogado nuestra sociedad debería formar.

VI. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

ALBERDI, Juan Bautista, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, 1ª ed., en *Grandes Obras del Pensamiento*, 19, Buenos Aires, Losada, 2008.

“Carta sobre los estudios convenientes para formar un abogado con arreglo a las necesidades de la sociedad actual en Sud-América”, en *Obras Completas*, t. III, Buenos Aires, La Tribuna Nacional, 1886.

– *Fragmento preliminar al estudio del Derecho*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1998.

LEVAGGI, Abelardo, *Manual de historia del derecho argentino*, 3ª ed., t. I, Buenos Aires, Depalma, 2004.

TAU ANZOATEGUI, Víctor, *Las ideas jurídicas en la Argentina (siglos XIX-XX)*, 3ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999.

El filósofo como buscador del sentido propio

ANÍBAL D'AURIA*

1. ADVERTENCIA PRELIMINAR

A lo largo de todo el presente ensayo, utilizo deliberadamente el término “propio” en toda su multivocidad y con todas sus connotaciones; es decir: lo utilizo con clara conciencia de su *impropiedad*. Así, puede significar *apropiado*, correcto, oportuno. O puede significar *propiedad*: atributo o característica que algo o alguien *posee* de hecho o conceptualmente (v. gr., “la simpatía es una *propiedad* de Juan”; “el habla es una *propiedad* del hombre”). O puede significar *mismidad*, identidad (por ejemplo, en el título de este mismo ensayo, la expresión “...buscador del sentido *propio*” puede leerse como referida al sentido *apropiado* de los términos lingüísticos, pero también puede leerse como referida al sentido de uno *mismo*, de su *propia existencia*). En fin, seguramente hay todavía otras significaciones y denotaciones del término (sin ir más lejos, las técnico-jurídicas). Queda al lector la tarea de comprenderlo según el contexto en que aparezca en cada frase. Esta problematicidad (*impropiedad*) del término “propio” no es sólo *propia* de este término, sino de todos, pero en este ensayo¹ la subrayo, particularmente en él, porque en su *propia impropiedad* se hace clara y manifiesta la de todos los demás términos. Espero que después de leer todo el texto, el lector *adquiera* una idea *apropiada* de lo que quiero decir o sugerir con ello.

* Abogado, Lic. en Filosofía. Dr. en Derecho Político. Profesor de Teoría del Estado (UBA).

¹ Honestamente, creo que la forma de este escrito debió ser la del diálogo y no la del artículo ensayístico. Si el lector es capaz de leerlo hasta el final, se dará cuenta por qué digo eso (al menos eso espero). Pero si hubiese dado a este escrito la forma literaria del diálogo, su publicación en cualquier revista académica hubiera resultado, cuando menos, difícil o problemática. En otras palabras: la forma de este escrito tampoco es la más *apropiada* respecto de lo que pretende decir, pero pretende ser *apropiada* a los cánones académicos de publicación.

2. AMOR, AFECTO, CARENCIA Y BÚSQUEDA DEL SENTIDO *propio*

Desde sus orígenes, y por lo menos hasta Nietzsche, la filosofía pretendió erigirse como un discurso en sentido *propio*, en un doble sentido: 1. “propio” en el sentido de característico de ella misma; 2. y “propio” en el sentido de apropiado, correcto o adecuado (libre de figuras retóricas y de vaguedades, equivocidades, multivocidades y ambigüedades). Así, el discurso filosófico ha querido excluir de su ámbito lo *impropio*, o sea, lo ajeno y traslaticio, lo *metafórico*. A la conjunción de esos dos sentidos, rasgo *propio* del discurso filosófico, le llamaré –empleando un giro con resonancias derrideanas– “pretensión logocéntrica”.

Sin embargo, aunque el discurso filosófico pretende, aparentemente, instituirse a sí mismo como *logos* diferenciado del *mito*, es decir, como discurso del *sentido propio*, ¿no resulta cuando menos llamativo que la filosofía no haya prescindido de *metáforas* y *figuras retóricas*² al caracterizarse a sí misma? ¿No es cuando menos sorprendente la cantidad de *metáforas* que los filósofos han dado de la filosofía? Lo escandaloso de ello radica en que un discurso que se pretende *propio* se caracterice a sí mismo de manera *impropia* (poética, retórica, metafóricamente). Las *metáforas* que la filosofía ha dado recurrentemente de sí misma, ¿deben ser asumidas retóricamente, o sea, como un discurso *impropio* que la filosofía ofrece de sí misma? ¿Pero no es la *metáfora* incompatible con la idea de *mismidad*, *propiedad*, *identidad*? ¿No será acaso que la “búsqueda” del *sentido propio* (esto es, la filosofía) no puede prescindir del *lenguaje impropio* del que pretende alejarse, diferenciarse?

Empecemos con un ejemplo simple y –tal vez– malintencionado:

En cualquier manual suele definirse etimológicamente³ a la filosofía como “amor” (*filos*) por la sabiduría. Pero la noción de “amor” ya se

² Empleo el término *metáfora* en un sentido amplio, abarcativo tanto de la “metáfora” (en el sentido estricto del análisis literario), como de la “metonimia”, la “sinécdoque”, la “analogía”, la “alegoría”, etc. Conviene recordar que el significado griego de la expresión, en su formal verbal, no es otro que “trasladar o transportar a otra parte, transferir, mudar”; incluso, en una acepción más tardía, significa “confundir, enredar”.

³ *Etymos* significa, en griego ático, “originario”, pero también significa “auténtico”, esto es *propio*, *apropiado*, *legítimo*. La otra palabra griega que a veces se emplea como sinónima de *etymos* es *oikeios*, que entre sus múltiples significados, incluye: “familiar, doméstico”; “propio, originario, natural”; “particular, privado”; “apropiado”. Y en

nos aparece (al menos hoy en día) como el traslado de un concepto referido a relaciones entre hombres a un ámbito diferente, a una cosa que no es un ser humano, a la sabiduría; en otras palabras: si la definición de manual postulara el amor a los sabios, estaríamos, al menos aparentemente, ante un empleo no metafórico de la palabra “amor”, pero la definición en cuestión dice “amor a la sabiduría”, no a los sabios.

En verdad desconozco si la palabra “amor” se aplicó primero a las personas y luego a las cosas (u a otros ámbitos diferentes de las relaciones personales)⁴ o a la inversa. Pero me parece claro que cuando se dice “Dios te ama”, “Juan hizo el amor con Marta” y “Pedro ama el tango”, el *sentido* de la palabra “amor” cambia en cada caso, se *traslada*, se *metaforiza* en cada caso con relación a los otros.

De cualquier modo, se ve lo problemático de la definición de manual. Por un lado, la filosofía pretende presentarse a sí misma como *logos* (es más, como *etymos logos*, discurso *apropiado*, auténtico) diferenciándose de la mitología, la poesía y la retórica (discursos impropios, alegóricos, traslaticios); pero, por otro lado y al mismo tiempo, la filosofía nos da de sí misma una caracterización *impropia*, *metafórica*, escurridiza, traslaticia: ¡cuánta vaguedad, cuánta metáfora y metonimia (cuánta *impropiedad*) hay ya en esa palabra “amor”! ¿Acaso no será el *sentido propio*, una ilusión que estamos condenados a “buscar” sin que podamos jamás alcanzarlo?

Si la filosofía es alguna clase de “amor”, entonces se trata de un “amor imposible”, porque –como su *propia caracterización impropia* de manual ya lo sugiere– parece imposible “fijar” el sentido del lenguaje, *apropiarse* de él; siempre se escurre; el *sentido propio* parece ser una ilusión, la ilusión metafísica, ilusión que hace de presupuesto inevitable a la pretensión logocéntrica. Pero aunque el objeto amoroso de la filosofía sea imposible, no por ello hemos de renunciar a ese amor; tal vez nos baste con estar precavidos: como en todo “amor”, la trampa está en creer que puede ser “para siempre, imperecedero”.

Pero intentemos ser algo más honestos.

su forma adverbial significa tanto “familiarmente” como “correcta o debidamente”. En realidad, *oikeios* tiene en el griego ático más o menos la misma multivocidad que los términos “propiedad-propio” en castellano, o sus equivalentes en otras lenguas modernas (*propriété/proprie*, *proprietá/proprio*, *Eigentum/eigen*, *property/proper*).

⁴ Tampoco parecería apropiado entender a la sabiduría como “cosa”.

Dije que la traducción de filosofía como “amor por la sabiduría” era una definición *supuestamente* etimológica. La reserva del adverbio se debe a que esta caracterización pretende asimilar, sin sentido histórico alguno, la noción griega de *filia* con nuestra actual noción de “amor”, y la noción griega de *sophia* con nuestra actual idea de “sabiduría”; como si los términos (filosofía, *filia*, *sophia*, amor, *amour*, *liebe*, *love*, saber, *science*, *sapere*, etc.) tuvieran siempre un sentido fijo, que sólo cambia de etiquetas a través del tiempo y las culturas... Como si los términos *tuvieran ya un sentido propio*... como si los significados pre-existieran ya siempre a los significantes. Cuando procedemos así, ya somos víctimas de la “ilusión metafísica”.

Pero la historia impide todo *sentido propio*, fijo, de las ideas filosóficas; es más: la historia impide toda semántica inmutable. Historia es *expropiación y re-apropiación* de lo que Agamben llama “signaturas”.⁵ Lo que nos trae una nueva paradoja: ¿es ése el *sentido propio*, el significado profundo, de “historia”? ¿Hay acaso diferencia entre la ilusión metafísica de la filosofía y la de la historia? ¿No están ambas signadas por una misma ilusión metafísica? Si ya resulta problemático dar una definición *apropiada* de filosofía, mucho más difícil sería brindar una definición *apropiada* de historia. ¿No es la historia, aunque sea entendida como *expropiación y re-apropiación de signaturas* –es decir, como genealogía– una vez más un “amor por la sabiduría”? El genealogista Foucault suele presentar sus investigaciones como frutos de un afecto (amor, amistad, búsqueda) por los “saberes” olvidados, enterrados o aplastados. ¿No es también esto la postulación de un saber que pretende saber que nada sabe, o que nada sabe para siempre? Pero eso sigue siendo un saber que cree saber algo. Una vez más, Sócrates.⁶

Así, aunque parezca que la filosofía y la historia (entendida del modo más radical, esto es, como genealogía) se excluyen una a otra, parece que tampoco pueden comprenderse una sin la otra. Y lo mismo vale

⁵ AGAMBEN, Giorgio, *Signatura “rerum”*. Sobre el método, Buenos Aires, Adriana Hidalgo Editora, 2009.

⁶ El genealogista intenta un radical gesto anti-platónico (cf. FOUCAULT, *Nietzsche, la genealogía, la historia*, Valencia, Pre-textos, 2004). Pero no parece, por lo que dijimos, que ese gesto tan radical logre desprenderse de todo resabio socrático (lo que es decir, en algún sentido, platónico).

para las nociones de *logos* y *mito*, *sentido propio* y *metáfora*, significado y significante, texto y contexto, etcétera. Ambos términos de cada par se remiten uno al otro.

Procuremos ser más honestos todavía y dejemos de lado la definición de manual y consideremos más seriamente la *etimología* de “filosofía”. Tal vez sería más *apropiado* traducir “filosofía” como “amistad hacia el saber”; esto puede ser más acorde a la concepción griega, pero sin embargo no es menos *metafórico*, por más *apropiado* que parezca. En efecto, parece *más apropiado* porque el término en cuestión no es “erosofía”, sino “filosofía”, y los griegos diferenciaban *eros* de *filia*. Pero no es menos *metafórico* porque la idea de “amistad” no es menos *traslaticia* que la idea de “amor”. Quiero decir: pareciera que el sentimiento de amistad, igual que el amor, se profesa de modos muy diversos respecto de personas, objetos empíricos, entes religiosos, actividades, etcétera, trasladando su *sentido* en cada caso.

Pero fijémonos un poco más en la metáfora de la amistad, *metáfora que parece más apropiada* que la del amor. En efecto, para los griegos *eros* es deseo pasional, vehemente y exaltado, estremecimiento de alegría; pero *filia* es deseo mesurado, afecto, afición, amistad, benevolencia, ansia de cuidado.⁷ En ambos casos se trata de un deseo de plenitud que presupone una carencia: quien desea, busca, y quien busca, carece de aquello que busca. Pero, aunque en ambos casos se trata de un “deseo”, parece que hay una diferencia en la intensidad: el *eros* parece un exceso, una desmesura; la *filia* parece un deseo regulado, medido. Si la sabiduría siempre es para los griegos una *justa medida*, pareciera que el deseo de sabiduría debería ser también un deseo en justa medida: la sabiduría misma se muestra ya en el mismo modo de desearla (sabiamente, medidamente). ¿Pero no es esto una nueva paradoja? ¡Un deseo mesurado de la medida!

⁷ Al menos, ése era el sentido general de ambos términos. Si en el *Banquete* –y en otros diálogos– Sócrates (o Platón) pretendió dar un sentido técnico filosófico al *eros*, en gran medida contrario a su uso popular, esto no es otra cosa que un ejemplo de *expropiación y reapropiación* de una signatura, es decir, de traslado de sentido, de *metaforización*. Por ejemplo, tanto en el *Banquete* de Platón como en la obra homónima de Jenofonte, Sócrates se vale de la distinción popular entre una Afrodita Urania (celestial) y otra Afrodita Pandemos (popular) para diferenciar dos clases de amor (*eros*): el espiritual y el carnal, respectivamente; ahora bien, el *amor espiritual* no es otra cosa que la verdadera “amistad”. En el *Banquete* de Jenofonte se ve más claramente esa asimilación socrática de *eros* (amor) y *filos* (amistad).

Esto nos lleva al otro elemento del término compuesto: ¿en qué consiste precisamente la *sofía* de la *filosofía*?

Se dice que la palabra “filósofo” habría sido acuñada por Pitágoras o sus discípulos; pero se sabe también que fue Sócrates quien se la hubo *apropiado* para oponer su actitud de búsqueda a la arrogante actitud de quienes se decían ya-sabios, es decir, a los *sofistas* y los *poetas*. En Sócrates, la autodesignación como *filósofo* se presenta como un gesto de modestia (falsa o sincera), gesto que implica admitir que *no se posee* aún lo que se desea: la sabiduría (*sophia*). Los pretendidos sabios no buscan honestamente la sabiduría: no la desean porque creen poseerla ya. *Creen poseerla* pero ni siquiera saben en qué consiste: sólo enseñan *doxa*: opiniones contingentes, *impropias*. Por lo tanto, el término “sabios” no les corresponde en *sentido propio*, y cuando Sócrates los llama así (*sophoi*), la palabra sólo puede tener un sentido irónico, es decir, *impropio*. En cambio, Sócrates, que “sólo sabe que nada sabe”, sabe al menos que no posee el saber y que lo desea.⁸ Así, el verdadero sabio viene a ser quien sabe que no posee lo que busca, o sea, quien sabe su propia carencia y se resigna al *también impropio* título de “filósofo”. La nueva paradoja que aquí se presenta es la siguiente: no es posible *apropiarse* de la sabiduría, pero al saber esta imposibilidad ya se es sabio, al menos, dentro de lo que permite la imperfecta y limitada existencia humana. Y como agregado paradójico, tenemos que los nombres están invertidos: el sabio de nombre no lo es en verdad, mientras que el no-sabio de nombre (filósofo) es verdaderamente sabio, al menos, en su justa medida humana en que es consciente de su carencia. ¿No es esto un signo de que, para Sócrates, en este mundo el lenguaje está condenado a la *impropiedad*?

En efecto, los sabios creen hablar *apropiadamente*, pero su *propiedad* no es la sabiduría porque, aunque crean poseerla, ni siquiera saben qué clase de saber es la sabiduría. En cambio, el carente Sócrates, el filósofo (el que busca y desea la sabiduría, aunque no la posea), sabe al menos que busca, aunque no sepa propiamente en qué consiste lo buscado. Y en su “búsqueda”, el filósofo ya es algo sabio: la sabiduría es camino, no estancia. Sabiduría como camino (*sofía*) es “búsqueda” del saber como meta (*episteme*). ¿Y qué es ese saber-meta (*episteme*) que debe buscarse

⁸ PLATÓN, *Apol.* 20c-22e.

sin que pueda ser *apropiado* humanamente, esto es, sin que pueda ser alcanzado en la vida terrena? Es el conocimiento de lo permanente, de lo universal, de lo que escapa al cambio y a la contingencia; no es la escurridiza *doxa* de los sabios (*sophoi*) sino la firme *episteme* de los conceptos eternos (eidos), invariables, *propios*.

El filósofo busca el discurso *apropiado* de la *episteme*: no busca saber qué es bello, justo o verdadero aquí en este momento y para estas personas, sino que busca saber qué es Bello, Justo o Verdadero en todo tiempo y lugar, más allá de las personas y coyunturas particulares. Pero esa auténtica sabiduría no se deja *apropiar*. Los que se creen sabios no buscan porque creen estar ya en *propiedad* del saber, pero sólo poseen contingentemente: no hablan sino *impropiamente*. Pero el filósofo también habla *impropiamente*, con la diferencia de que lo sabe. La sabiduría del filósofo no consiste en otra cosa que en saber que sólo puede hablar *impropiamente*. Al menos para el hombre en este mundo, no hay *etymos logos* alcanzable, no hay discurso que tenga pleno *sentido propio*: podemos creer que cierto discurso humano es auténtico (*etymos logos*) y engañarnos a nosotros mismos y a los demás sin saber que engañamos y nos engañamos, o bien podemos asumir que no lo hay y a pesar de ello seguir buscándolo, sabiendo al menos que siempre engañamos y nos engañamos. ¿Pero acaso engaña (o se engaña) quien advierte que engaña (o se engaña)?

Pareciera que del *sentido propio* sólo podemos hablar *impropiamente*. Por ello la Filosofía: esa “búsqueda” perenne del *sentido propio*, ese intento recurrente de *apropiarse* del sentido, ha recurrido siempre a *metáforas* para autoexplicarse y definirse.

Ya desde su *nacimiento*, la búsqueda filosófica, la búsqueda del *sentido propio*, ha echado mano a *metáforas* para explicar su *propia búsqueda*. Y no deja de ser una nueva sorpresa que ese *nacimiento filosófico* se exprese en una metáfora de *la filosofía como nacimiento*. Me refiero a la famosa comparación socrática entre el filósofo y el partero. Esta famosísima metáfora aparece en el *Teeteto* de Platón, texto que me propongo analizar en los siguientes apartados.⁹

⁹ Seguramente la filosofía no *nace* con Sócrates; pero sí parece que con él nace la reflexión filosófica sobre el filosofar mismo.

3. EL *Teeteto*

El *Teeteto* es un diálogo enmarcado dentro de un diálogo.

Primero, se encuentran Terpsión y Euclides y hablan de las últimas horas de Teeteto, quien tras destacarse en combate, agoniza dignamente enfermo de disentería. Así y todo, Teeteto, en sus últimas horas de vida, se muestra más preocupado por la salud del ejército, aislado por la enfermedad, que por su inminente muerte. Euclides y Terpsión hablan con admiración de la virtud de Teeteto, sostenida hasta el último aliento de su vida.¹⁰ Y es en este contexto que Euclides evoca un viejo diálogo que Teeteto, apenas salido de la niñez, había tenido con Sócrates muchos años atrás. Este viejo diálogo había sido transcrito tiempo atrás por Euclides con la colaboración del propio Sócrates, quien habría supervisado la fidelidad de lo narrado. Ahora, en la charla entre Euclides y Terpsión, un esclavo es llamado para leer aquel antiguo diálogo donde los interlocutores fueron Sócrates, Teodoro (en aquel entonces maestro de Teeteto en geometría) y Teeteto (apenas saliendo de la niñez).

A partir de aquí, Euclides y Terpsión escuchan el diálogo que lee el esclavo.

Al inicio de este diálogo dentro del diálogo, Teodoro pondera las virtudes de su discípulo ante Sócrates; además subraya el parecido físico que el niño Teeteto tiene con el anciano Sócrates (ambos son feos). Justo pasa por el lugar Teeteto, y Sócrates le pide a Teodoro que le presente al muchacho. Desde el inicio de la conversación, Sócrates pone a prueba la capacidad intelectual del joven para ver si el parecido entre ellos va más allá de lo físico, y al parecer, ésa es una de las intenciones de esta obra de Platón: mostrar la afinidad no sólo física sino de almas entre Sócrates y Teeteto.

Sócrates comienza expresando su duda acerca de si sabiduría y ciencia son una misma cosa. Como Teeteto dice que sí, Sócrates le solicita que brinde una definición de "ciencia". Ante el pedido de Sócrates, el joven Teeteto enumera una serie de ciencias y artes de objetos muy diversos: geometría, armonía, zapatería. Pero Sócrates le hace ver que no está res-

¹⁰ En realidad, hablan de su belleza y bondad (*kalós kai agathós*, 142b), concepto que se refería tanto a su condición social como a un valor moral. En muchos casos ese término es sinónimo de *areté* (virtud).

pondiendo a su pregunta; él ha requerido un “concepto” no una serie de ejemplos, pues para saber cuáles disciplinas son ciencias, primero hay que saber qué es la ciencia. Teeteto comprende lo que Sócrates demanda, pero manifiesta gran modestia admitiendo que no cree poder responder.

Esta modesta reticencia del muchacho es significativa, pues muestra ya la similitud de almas (no sólo de cuerpos) entre el filósofo y el joven. Teeteto no sólo comprende la diferencia entre dar ejemplos sin criterio y dar una definición, sino que tampoco se lanza a dar respuestas categóricas y discursos como si ya estuviera en “posesión” del saber. Teeteto admite de inmediato su propia ignorancia. Será Sócrates quien deba recurrentemente animar al muchacho a hablar y a decir lo que piensa. Sócrates ayudará al joven a *parir sus propias* ideas, si es que efectivamente las posee (y es en este contexto que Sócrates se presenta como “partero”).

Ante la insistencia de Sócrates, Teeteto tímidamente expresa que, a su parecer, la ciencia es idéntica a la sensación. Sócrates le hace ver que su definición coincide con la del fallecido sofista Protágoras, amigo personal de su maestro Teodoro. Este comentario de Sócrates sugiere de manera no agresiva que tal definición no le ha llegado a Teeteto más que de oídas e irreflexivamente. Una vez señalado el origen sospechoso de esa definición, la mayor parte del resto del diálogo se dedica a discutir y refutar esta idea que asimila ciencia y sensación; idea que no es más que un corolario de la famosa fórmula protagórica de que “el hombre es la medida de todas las cosas, de la existencia de las que existen y de la no existencia de las que no existen”. Sócrates le muestra a Teeteto que asimilar ciencia con sensación implica no admitir nada fijo ni estable; es decir: esa definición niega el ser y reduce todo a devenir; y por lo tanto no permite un discurso verdadero, apropiado, sobre nada. En otras palabras: si se define a la ciencia por la sensación, la idea de ciencia resulta auto-contradictoria, porque esa definición supone una ontología donde no hay nada que pueda ser “aprendido” como real y verdadero; no habría así *un discurso apropiado*, sino que *todo discurso sería apropiado*, en la medida que sólo da cuenta de la sensación de quien lo expresa, y de este modo ya todos estarían en posesión de la ciencia, aunque las sensaciones de unos sean contrarias a las de otros, y aunque uno mismo pueda tener sensaciones diversas sobre lo mismo en diferentes momentos. Según Sócrates, ello torna absurda la idea de ciencia, pues la ciencia

admitiría al mismo tiempo enunciados contradictorios y ya no sería ciencia. Sócrates recuerda que esta idea de ciencia no sólo es sostenida por Protágoras y otros sofistas, sino que también la sostuvieron Heráclito y los poetas, con Homero a la cabeza. O sea: todos los que postulan el fluir incesante y absoluto de todas las cosas incurren, según Sócrates, en una noción auto-contradictoria de ciencia.

Tras oír las objeciones de Sócrates a la definición de ciencia como simple sensación, Teeteto la descarta convencido de su error y pasa a proponer sucesivamente –ahora sí por sí mismo– otras definiciones que *parecen más apropiadas*:

1. ciencia no es sensación, sino juicio verdadero que se hace respecto de las sensaciones;
2. ciencia es simplemente el juicio verdadero;
3. ciencia es el juicio verdadero acompañado de explicación.

El diálogo termina al mejor estilo socrático, desechando por *impropias* una tras otra estas diversas definiciones ensayadas. Sin embargo, a pesar de no haber logrado una definición *apropiada* de ciencia (un *logos* de la *episteme*), la búsqueda a través del diálogo no ha sido en vano: Teeteto *sabe* ahora al menos que lo que *creía saber* era indigno de ser sostenido, lo que implica dos cosas:

1. que en adelante, si desea dar frutos intelectuales por sí mismo, esos frutos serán mejores gracias a esta conversación, y
2. que si “permanece estéril”, si no logra producir ideas propias, como le ha ocurrido a Sócrates, no será pesado en las charlas, sino tratable y modesto. Es decir, al menos ha mejorado su alma, pariéndose a sí mismo: al estar ahora en condiciones de reconocer su ignorancia se ha hecho menos ignorante, y por lo tanto, más sabio y modesto.

De este modo, cuando uno termina de leer el diálogo pareciera que, después de todo, la sabiduría (*sophia*) no es lo mismo que la ciencia (*episteme*): el verdadero sabio no es quien se dice tal porque cree poseer conocimiento, sino quien busca el conocimiento porque ni siquiera sabe qué es el saber (o sea, sabio es el filósofo).¹¹ Lo sorprendente de esto

¹¹ El diálogo también incluye la discusión de importantes temas que retomará la filosofía moderna (v. gr., la teoría del alma como tabla de cera en la que se imprime el co-

es que, visto así, el filósofo *busca* (desea, ama), pero ni siquiera sabe en qué consiste lo que busca: ¿sabría reconocerlo si lo alcanzara? En *Fedón* (67d) Sócrates dice que “filosofar es prepararse para la muerte”: ¿será que lo que el filósofo busca sólo puede hallarse después de la muerte? ¿Acaso la vida filosófica no es más que la preparación del alma para que pueda reconocer tras la muerte aquello que buscó en vida? En todo caso, este carácter religioso de la filosofía socrática parece evidente, lo que no excluye –sino todo lo contrario– un carácter también pedagógico y político.¹²

Me interesa resaltar las siguientes ideas que atraviesan todo este diálogo platónico:

1. Hay paralelismo entre una ontología del devenir y una teoría del conocimiento fundada en la sensación. Y ambas –ontología del devenir y gnoseología sensitiva– son desechadas por defectuosas (*impropias del filósofo; propias de sofistas y poetas*). Una ontología del devenir, según Sócrates, niega la posibilidad misma de *episteme*, lo fijo e inmutable a que apunta la *búsqueda* filosófica.

2. Sabio, en la medida humana posible, es quien asume su propia ignorancia y por ello anda a la búsqueda (el filósofo); en cambio, los

nocimiento a través de las sensaciones, o la discusión acerca de la distinción entre el sueño y la vigilia). Pero estos temas, que cabría analizar en su recuperación moderna (v. gr., en Locke y en Descartes), ya son ajenos a mi interés en este artículo.

¹² Y a pesar de las importantes diferencias con el “Sócrates” de Platón, ese carácter religioso, pedagógico y político del filosofar socrático, tampoco está ausente en la imagen que de Sócrates nos da Jenofonte en su *Apología*. Esta obra de Jenofonte –homónima de la de Platón– pretende enmendar la interpretación platónica, brindando una imagen bastante diferente de la preparación y aceptación socrática de la muerte. En la versión de Jenofonte, Sócrates acepta su muerte porque ya siente que ha vivido lo suficiente y que la muerte es preferible a la eventual vida que podría llevar de viejo (JENOFONTE, *Apol.* 5-9); es decir, en el Sócrates de Jenofonte, la aceptación feliz de la muerte no viene adjunta a ninguna teoría de la inmortalidad del alma (que no obstante no es negada) ni al acceso a una sabiduría suprema tras la muerte corporal. Este “Sócrates” de Jenofonte, más jovial que el “Sócrates platónico”, simplemente acepta su muerte para evitar los achaques de la vejez, y por eso nos puede parecer “más griego” que el de Platón, pero su filosofar sigue siendo religioso, pedagógico y político. En el “Sócrates” de Jenofonte, el filosofar prepara para la muerte en el sentido de saber cómo y cuándo recibirla; en el “Sócrates platónico”, en cambio, el filosofar prepara para la inmortalidad del alma y lo que ella hallará tras su separación del cuerpo.

que son tenidos por sabios o se creen sabios (sofistas, poetas y filósofos del devenir)¹³ no lo son verdaderamente. Por eso el filósofo, al menos el filósofo Sócrates, se sabe ya “estéril” para alumbrar ideas propias, pero ayuda a alumbrar a los jóvenes cuyas almas están *preñadas, fecundadas* por la divinidad: el verdadero conocimiento no es *hijo* del hombre sino de la divinidad, y por ello ha de ser algo sólido, fijo, invariable.

3. Pero parece que el joven que busca el saber termina no *pariendo* ninguna *idea propia*, sino que sólo elimina todas las *impropias ideas* que le han insuflado otros hombres (los sofistas, los poetas, etc.), sin *alumbrar* nada por sí mismo. Así, desde una primera lectura superficial, el *arte mayéutico* de Sócrates (el arte de ayudar a alumbrar ideas) puede no parecer más que un arte abortivo y eugenésico, pues en lugar de sacar a la luz lo que se busca, termina siempre rechazando, eliminando por quimérica o defectuosa, toda idea que va saliendo del alma de Teeteto.

4. ¿Pero acaso no ha salido nada a la luz? ¿Qué es realmente lo que Teeteto ha alumbrado después de esta conversación? Lo que realmente ha nacido es el auténtico Teeteto, quien a partir de allí sabrá buscar por sí mismo: lo que guardaba su alma preñada por la divinidad no era otra cosa que su propia inquietud de búsqueda, su ser filosófico. Lo que Sócrates ayuda a parir es al propio hombre filosófico, al verdadero sabio que, paradójicamente, asume su propia ignorancia y busca incesantemente la sabiduría. *La mayéutica socrática no alumbramos cualquier idea sino almas filosóficas*, es decir, la propia idea de sí mismo como carente de saber. Desde ahora, Teeteto no sólo se parecerá a Sócrates en apariencia física, sino en alma que busca, y que es virtuosa ya por el solo hecho de buscar la virtud (así como es sabia ya por el solo hecho de buscar la sabiduría).

5. En algún pasaje del diálogo, Platón hace decir a uno de sus personajes que si todos fueran como Sócrates, el mundo sería mucho mejor. Sócrates responde que eso no es posible, pues no es posible que todos sean filósofos (no todos están preñados por la divinidad). Pero el diálogo

¹³ Por lo tanto, el lenguaje del filósofo, su *logos*, no sólo se diferencia de la poesía (el *mitos*), sino también del *logos* retórico y del *logos* de ciertos mal llamados filósofos (los que postulan una ontología del devenir).

muestra al menos la similitud de las almas filosóficas como las de Teeteto y Sócrates. Y así se explica la coincidencia del final del diálogo con el principio: Terpsión y Euclides lamentan la pérdida de tan grande varón, Teeteto, que sabe morir virtuosamente; y tal varón ha salido a luz gracias al arte partero de Sócrates, o sea, gracias a la conversación que Sócrates mantuvo con él cuando aún era un muchacho.

6. Y así ha de entenderse también la referencia última del diálogo al proceso incoado contra Sócrates por corromper a la juventud y negar la divinidad. Este texto platónico puede leerse como una refutación a ambos cargos: Sócrates, en verdad, es el verdadero educador de la juventud y el verdadero afirmador de la divinidad. En cambio, sus acusadores que se presentan como defensores de la divinidad y educadores de los jóvenes, son quienes desconocen lo que creen conocer. Y son ellos los verdaderos males de Atenas.

4. LA FIGURA DEL FILÓSOFO-PARTERO

Como dije, casi desde el inicio de su conversación con Teeteto, Sócrates se presenta a sí mismo como heredero del oficio de su madre. La madre era partera: ayudaba a parir cuerpos a los cuerpos; Sócrates, por su parte, ayuda a parir ideas al alma. Pero como vemos en el mismo diálogo, en realidad ayuda a parir almas filosóficas, esto es, la idea de sí mismo como carente, el auto-conocimiento y el autodomínio.

La metáfora del “filósofo partero” atraviesa todo el diálogo entre Sócrates y Teeteto. Esta metáfora que pretende dar cuenta de lo que el filósofo hace, debe a su vez ser explicada. ¿Es acorde esta figura a la filosofía como búsqueda o deseo? ¿Qué implicancias tiene esa metáfora? Sócrates mismo explica la figura:

Primero. Hace tiempo que Teeteto siente la inquietud por hallar una definición de ciencia, pero por más que se esfuerza no logra sacarla a la luz. Sócrates le dice que esa inquietud es como el dolor previo a un parto porque el alma de Teeteto está *preñada de ideas* que deben salir.

Segundo. Los demás ignoran cuál es el verdadero arte que Sócrates practica y creen que sólo se dedica a sumir a la gente en la duda. Pero la verdad es que Sócrates, como su madre, es “partero”, y aunque no puede *concebir* por sí mismo, ayuda a otros a *parir*.

Tercero. Ambas tareas (ayudar a parir cuerpos y ayudar a parir ideas) son desarrolladas por quienes ya no pueden concebir ellos mismos por la edad. Pero tampoco pueden ejercerlas los *estériles*, sino quienes ya han experimentado los dolores del parto alguna vez en su vida.

Cuarto. Las parteras *saben mejor que nadie cuándo un cuerpo está preñado* (igual que el filósofo sabe mejor que nadie cuando un joven tiene algo en su alma, cuando su alma está preñada por la divinidad).

Quinto. Ambos poseen recursos (la partera, brebajes; el filósofo, encantamientos) para *acelerar o retrasar el parto, para amortiguar sus dolores o para abortar el feto* si lo creen prematuro o defectuoso.

Sexto. Las verdaderas parteras (como el verdadero filósofo) saben mejor que nadie arreglar los matrimonios, combinando adecuadamente a las parejas, y no quieren tomar parte cuando ello se ha hecho mal. Esta analogía no se refiere, como podría pensarse, a la relación maestro-discípulo, sino a la relación del alma preñada con la divinidad.

Séptimo. Pero el arte de Sócrates es algo más dificultoso que el de las parteras. Mientras éstas nunca tienen que partear seres imaginarios, Sócrates debe saber distinguir las verdades de las falsedades paridas por el alma.

Octavo. Otra diferencia entre el arte de ayudar a parir al cuerpo y el arte de ayudar a parir al alma, radica en que este último trata con hombres, no con mujeres. O sea, el arte de Sócrates es un arte viril.

Noveno. La divinidad quiso que Sócrates fuera estéril para concebir por sí mismo, pero en compensación le encomendó la misión de ayudar a parir a quienes sí han sido fecundados por aquélla. Por lo tanto, quien trata con Sócrates, si verdaderamente está preñado por lo divino, comienza a sentir dolores de parto (inquietud del alma); pero si Sócrates, el partero del alma, ve que quien trata con él en realidad no tiene nada divino en su alma, es decir, cuando Sócrates ve que quien busca tratar con él no está verdaderamente preñado por la divinidad, entonces sabe derivarlo a algún maestro para que lo dirija.¹⁴ En efecto, Teeteto no pare

¹⁴ En la *Apología* de Platón, Sócrates se jacta de no tener discípulos sino amigos. Es decir: el filósofo trata con iguales, con almas afines, cuando filosofa. En cambio, la relación maestro-discípulo es asimétrica: uno trasmite y otro recibe. Desde esta perspectiva, el *filósofo* (amigo de la sabiduría) se vuelve sabio de la amistad. Ver PLATÓN, *Teet.* 146a, *in fine*. También Jeonofonte, *Banquete*, 13 y ss.

finalmente ninguna idea sobre la ciencia, sino que pare su propia alma: una idea de sí mismo. Al reconocer su ignorancia se autoconoce y se hace algo sabio. Pero quienes no están preñados por la divinidad no están en condiciones de autoconocerse, ni de pensar por sí mismos, ni de dirigirse por sí mismos; por eso, el filósofo partero ha de derivarlos con alguien que los dirija. El filósofo partero sabe reconocer a quienes guardan en su seno un filósofo por nacer y a quienes no.

Décimo. Si lo que puja por salir del alma del joven es verdadero, entonces el partero Sócrates sabrá reconocer en ese fruto un auténtico hijo de Teeteto. Pero si lo que sale no es más que una quimera, una ilusión, entonces Teeteto no deberá enojarse con el partero Sócrates porque éste le haga ver la falsedad de su fruto. Sócrates le advierte a Teeteto que, en ese caso, un hombre razonable no debería actuar como las madres primerizas que se encolerizan con quienes critican a sus hijos defectuosos; por el contrario, advierte Sócrates: el verdadero sabio (que es el filósofo, no el sofista) no debe tener reparos en desechar todo fruto defectuoso por ser hijo inauténtico de la divinidad.

Como se ve, todas estas analogías sirven para explicar la figura del filósofo partero. Pero hay que notar que esa misma figura está dada para explicar la actividad del filósofo, con lo que la relación entre el *sentido propio buscado* y el *sentido metafórico empleado* se torna problemáticamente circular. La metáfora que pretende ser explicativa, a su vez, debe ser explicada: Sócrates recurre a una metáfora para dar cuenta de su actividad filosófica, pero al mismo tiempo debe dar cuenta filosóficamente (apropiadamente) de esa metáfora.

5. OTRAS METÁFORAS

Sócrates afirma poseer una *techné* que no le ha dicho a nadie: la de sacar a la luz la ignorancia. Es decir, la habilidad del filósofo partero es una *techné*, una *techné* destructiva de quimeras (falsas creencias), pero alumbradora de almas filosóficas, almas buscadoras.

Además de esta analogía entre la *techné* del filósofo Sócrates y la *techné* de las parteras, hay en el diálogo otra figura para representar a la filosofía, esto es, a la inquietud por la búsqueda del saber. Sócrates dice que la filosofía es como Iris, la hija de Taumante (la curiosi-

dad)¹⁵ que une en un arco (el arco Iris), al cielo con la tierra, es decir, al hombre con la divinidad. Según esta figura, la filosofía, hija de la curiosidad, es la búsqueda de la divinidad, que es el auténtico saber.

Por otro lado, en el diálogo se analizan otras metáforas que pretenden dar cuenta, ya no del quehacer filosófico, sino del conocimiento (*episteme*), pero que son desechadas por *impropias*:

1. La del alma como tabla de cera en la que se imprime el conocimiento a través de impresiones sensibles, y
2. la de la gran jaula de aves (que representan distintos conocimientos ya adquiridos), que aunque ya han sido apropiadas por el alma alguna vez en el pasado, ésta debe re-apropiárselos recurrentemente, ya dentro de la jaula, en cada ocasión en que requiera disponer de alguna de ellas.

¿Cómo se articulan todas estas diferentes metáforas entre sí?

Tenemos, dentro de toda esa constelación de metáforas, los siguientes elementos. Por un lado, un conjunto de tres conceptos no exactamente iguales, pero que se remiten recíprocamente unos a otros y se superponen recurrentemente: *techné* (arte, habilidad, *know-how*, *savoir faire*), *episteme* (conocimiento, ciencia), *sofía* (sabiduría, saber) y *filosofía* (búsqueda de la sabiduría, afición al saber). En el diálogo entre Teeteto y Sócrates se inquiriere, aparentemente, por la *episteme* y la *sophia*, las que, al principio, parecen tomarse como equivalentes, e incluso parecen asimilarse las cuatro, pues se dice que Teeteto se está formando en varias *filosofías* (143d), entendido este término como género de *technés* y *epistemes*. Pero el resultado del diálogo muestra, implícita pero claramente, y a través de las metáforas que se emplean, que son todos conceptos que deben distinguirse:

1. Sócrates se reconoce ignorante (sin *episteme*), pero deseoso de conocer (*filósofo*).
2. Sócrates no posee ninguna *episteme*, pero posee una *techné* (un arte): el de ayudar a parir.

¹⁵ Iris figura como hija de Taumante en HESÍODO, *Teogonía*, 780. Además, Iris es la mensajera de los dioses.

3. Entonces, no toda *techné* presupone “poseer” ya una *episteme*, pero sí, al menos, supone siempre que hay una *episteme* que “buscar” (precisamente porque no se la posee).

4. Esta *techné* de Sócrates supone ya un grado ínfimo de sabiduría (*sofía*), que consiste en el reconocimiento de la propia ignorancia (falta de *episteme*).

5. Es esa ínfima sabiduría (la de “saberse” ignorante) la que lo mueve a la búsqueda (*filosofía*).

6. Y esa búsqueda honesta (*filosofía*), esa ínfima sabiduría que se expresa en su *techné* de partero, es el arte de saber desechar los falsos conocimientos (o sea, la mera *doxa*, las quimeras del mundo sensible que pretenden pasar por *episteme*) de quienes son considerados ya sabios (*sofistas*, poetas y filósofos del devenir).

7. El arte de Sócrates (su *techné*) no introduce “conocimientos” en las almas, sino que los extrae, los saca a la luz.

8. Pero esos conocimientos que extrae resultan sistemáticamente no ser más que *doxa*; no son auténticamente *episteme*; son conocimientos falsos que anidaban en el alma del joven y que deben ser abortados: lo que realmente sale a la luz es la propia ignorancia.

9. Por lo tanto, lo que Sócrates ayuda a parir no es conocimiento (*episteme*) sino que, por medio de la introspección de sí mismo y del diálogo, ayuda a parir el alma del filósofo, el alma que busca porque se sabe ignorante; en última instancia, lo que saca a la luz es la única sabiduría posible al hombre: el reconocimiento de que no sabe; esto es, sale a la luz una noción apropiada de sí mismo. La paradoja está en que resulta sabio quien sabe que no lo es (el filósofo, quien al menos se conoce a sí mismo como ignorante, como *carente*), mientras que resulta verdaderamente ignorante quien cree ya *poseer* conocimiento (el sofista, el poeta, el falso filósofo del devenir).

10. Los intentos de captar la noción de *episteme* –es decir, un conocimiento apropiado acerca de qué es el conocimiento– se frustran recurrentemente: no parece haber un discurso apropiado que pueda brindarla, y tampoco las metáforas ensayadas se muestran adecuadas. Si retomáramos esas metáforas, diríamos que la tabla de cera se nos derrite entre los dedos, y que las aves del aviario se nos escapan de las manos. Esto

no quiere decir que no haya *episteme*; quiere decir que no sabemos qué es *episteme* (no tenemos *episteme de la episteme*).¹⁶ En otras palabras: esto quiere decir que no pudimos dar un discurso apropiado sobre qué sea el conocimiento. Pero podemos al menos saber eso, y este ínfimo saber no es *episteme*, sino *filosofía* (*sofía* en la medida humana: reconocimiento de la propia ignorancia y carencia, búsqueda de la divinidad).

6. EL PARTERO Y EL ARCO IRIS

Como se ve, las únicas metáforas que quedan en pie no son las de *episteme*, sino la de la *techné* del filósofo (el partero de almas) y la de la *sofía* de la filosofía (Iris, hija de la curiosidad que busca unir la tierra con el cielo, el hombre con lo divino).

Entonces, la filosofía es un arco Iris, una senda tendida entre el cielo y la tierra por la que transita el filósofo, buscando el verdadero saber, pero sabiendo que no lo alcanzará en este mundo y que su sabiduría terrenal se limita a “saber” que esta búsqueda es una preparación para la muerte (sea en el sentido del *Fedón* de Platón, o en el sentido de la *Apología* de Jenofonte). Pero, sin embargo, el filósofo posee una *techné*: es partero de otras almas filosóficas (preñadas por la divinidad); éstas son almas jóvenes que no han salido a la luz todavía como almas filósofas, como almas que buscan por sí mismas. Mientras son almas niñas, esperan recibir el conocimiento de otros hombres en vez de buscarlo en sí mismas en lo que la divinidad ha depositado en ellas. Pero cuando estas almas juveniles tratan con Sócrates es como si nacieran a la adultez: se vuelven filósofas. Sócrates ayuda a parir al filósofo que algunos llevan dentro; y volverse filósofo es como un segundo nacimiento, es la entrada en la adultez del alma (a la que no todos los adultos de cuerpo llegan).

Con esto, Sócrates asocia la adultez con la filosofía de un modo parecido a como Kant la asimilará a la Ilustración (*Aufklärung*), pero con dos diferencias importantes: en Kant, esos términos se asocian, a su vez, a la “audacia” de atreverse a saber (*sapere aude*), mientras que, por otra parte, hay “culpabilidad” en quien no se atreve a hacerlo. En cambio,

¹⁶ Se ha señalado a menudo el carácter predominantemente socrático del *Teeteto*, a pesar de corresponder al período tardío de Platón. Sobre todo, ese carácter socrático se nota en la ausencia en esta obra de la doctrina platónica -y dogmática- de las Ideas.

en Sócrates, adulez y filosofía parecen correr parejas con un modesto escepticismo frente al supuesto conocimiento de los hombres, en tanto que quien no ha nacido para filósofo, o sea, quien no lleva en su interior un alma filósofa, no es “culpable” de ello.¹⁷

Como vimos, Sócrates dice que ayudará a Teeteto a parir lo que tiene dentro; pero en verdad, lo que hace es ayudarlo a abortar *doxa*, esto es, a deshacerse de todos los “falsos conocimientos” que tenía dentro, prejuicios introducidos por hombres, no por la divinidad. A fin de cuentas, lo que le ayuda a parir es lo que Teeteto tiene de divino: su propia alma filósofa, buscadora y amante (en el sentido socrático). Y en última instancia, Sócrates ha ayudado a parir un alma gemela a la suya. ¿No es acaso el parecido físico *entre* Sócrates y Teeteto también una metáfora de su afinidad de almas? El filósofo se parece al filósofo, porque los filósofos son esencialmente almas, no cuerpos cambiantes, aparentes, fluyentes.

Y por eso es que esta noción de la filosofía también es política: si todos fueran como Sócrates (filósofos), la salud de la *Polis* estaría asegurada, porque los filósofos son almas afines unas con otras. Sin embargo, dice Sócrates, no es posible que todos sean filósofos; no parece haber lugar en este mundo para una *Polis* formada íntegramente por *filósofos*. Desde este ángulo, no cabría ver una utopía en el diseño platónico de *La República*, sino más bien una concesión a la realidad, al mundo sensible: ante la imposibilidad de erradicar totalmente el mal, es decir, ante la imposibilidad fáctica de una *Polis* donde todos sean filósofos, lo mejor posible sería una *Polis* “gobernada” por filósofos (que el filósofo sea gobernante o que el gobernante se haga filósofo).¹⁸

¹⁷ KANT, I., “Respuesta a la pregunta: ¿Qué es Ilustración?”, en AA. VV., *¿Qué es Ilustración?*, Madrid, Tecnos, 2007.

¹⁸ En efecto, en el Libro II de *La República*, Platón pone en boca de Sócrates que una *Polis* justa sería la que reuniera los siguientes caracteres: pequeña, austera, vegetariana, pacífica y muy igualitaria. Sócrates no habla acá todavía de gobierno ni de guardianes; esa *Polis* justa se abocaría sólo a las necesidades básicas de la alimentación, el abrigo y la vivienda: agricultores, albañiles, pastores, herreros, comercio externo y marinos (porque hay que producir algún excedente para exportar e intercambiar con otras *Polis*), comercio interno y algunos pocos asalariados. Como se ve, Platón, antes de construir su famoso ideal filosófico-autoritario, primero puso en labios de su maestro una suerte de utopía roussoniana *avant la lettre*. Es recién después que Glaucón objeta

O sea, la búsqueda del filósofo parece ser una búsqueda doble. Por un lado es *la búsqueda de lo propiamente divino*, que nunca puede hallarse a través de la sensación, pues *lo propiamente divino escapa al devenir*. Por otro lado, también es la búsqueda de almas afines, es la búsqueda o descubrimiento de otras almas filósofas en los jóvenes (y esa alma es lo propiamente divino en un muchacho como Teeteto). Ambas búsquedas quedan expresadas, respectivamente, con las *metáforas* del arco Iris (que da cuenta del aspecto piadoso *-teológico-* de la búsqueda) y la metáfora del partero (que da cuenta del aspecto pedagógico *-paidético-* de la búsqueda). Pero no se trata de dos "búsquedas" diferentes, sino que se trata de dos aspectos de una misma y única búsqueda: la de lo divino. Por ello resulta escandalosa, tanto para Platón como para Jenofonte *-escandalosa política, teológica y pedagógicamente-*, la gran injusticia que Atenas ha consumado contra Sócrates, condenado por los cargos de impiedad y corrupción de los jóvenes. Esa injusticia ateniense ha sido una injusticia contra Atenas misma.

7. CONCLUSIÓN RESPECTO DEL Teet et o. METÁFORA, SENTIDO Y "CASO"

En el *Teeteto*, Platón pretende darnos una idea de la visión socrática de la filosofía y del filósofo. Para explicarlas, pone en labios del propio Sócrates dos metáforas que suponemos eran empleadas realmente por su maestro: la del filósofo como partero y la de la filosofía como arco Iris. Pero, como vimos, estas metáforas que pretenden explicar la vida filosófica, a su vez requieren ser explicadas por el propio filósofo, lo que parece constituir una problemática circularidad entre la "búsqueda" del sentido a través de la metáfora y la "comprensión" de la metáfora a

que tal *Polis* sería muy miserable (austera, poco pretenciosa) cuando Sócrates (Platón) acepta tratar de una *Polis* ya infectada o enferma: si se quiere una *Polis* con lujos (golosinas, arte, oro, etc., es decir, una *Polis* no integrada por ciudadanos filósofos), hay que agrandarla en población e introducir nuevas profesiones: artistas, cazadores, más oficios serviles (cocineros, nodrizas, peluqueros), más médicos (que apenas eran necesarios en la *Polis* sana) y, lo que es más importante, el oficio de la guerra: los "guardianes" (*filakes*, amigos del deber, cuidadores). Yo interpreto que lo que se está sugiriendo con esto es que si no se puede soñar con una *Polis* poblada de ciudadanos filósofos, lo mejor que podemos esperar es una que esté gobernada por filósofos.

través de su sentido *apropiado*: el *logos* y el *mito alegórico* parecen así imposibles de disociar. Lo que aquí puede ser *logos* (explicación), en otro contexto puede ser *mito*, lo que no deja de constituir un nuevo problema.

En efecto, el *sentido que el texto adquiere*, el *sentido que el lector le adjudica*, no puede emerger meramente de la metáfora de la explicación ni de la explicación de esa metáfora porque si ambos fueran simplemente intercambiables, el texto se volvería una vacua tautología: el filósofo es un partero que ayuda a parir almas, y el partero es un filósofo que ayuda a parir cuerpos.¹⁹

¿Cómo puede, en estas condiciones, *adquirir un sentido* este texto platónico?

El *sentido que el texto adquiere* y el *sentido que el lector le adjudica* es posible gracias a un tercer elemento que llamaré “el caso”, o sea el ejemplo de lo que ocurre de hecho a lo largo del propio diálogo entre Sócrates y Teeteto. Aquello de lo que se habla en el diálogo está ya ocurriendo en el propio diálogo: lo que se está diciendo se está realizando al mismo tiempo que se lo dice. El *Teeteto* es un “texto realizativo” en su conjunto; es un ejemplo de sí mismo; es un “caso” de lo mismo que se está diciendo a través de él. Y podemos hacernos *una idea apropiada* de lo que significa la actividad filosófica para Sócrates sólo si vemos la búsqueda filosófica realizándose de hecho ya en el mismo diálogo socrático en que Teeteto comienza a revelarse como un alma filósofa. El “caso” concreto no sólo *adquiere sentido* a la luz de las metáforas y de la explicación de las metáforas, sino que a su vez éstas pueden comprenderse, ambas, por el “caso” mismo. El “caso”, el sentido del texto y sus metáforas se reclaman unos a los otros. Se trata de hacer claro el *logos* a través del *mito*, el sentido a través de la metáfora, lo apropiado a través de lo figurado;

¹⁹ En JENOFONTE, *Banquete*, 10, ocurre algo parecido, pero con otra figura del filósofo. En esta obra, Sócrates, medio en broma, medio en serio, presenta su actividad filosófica como análoga a la del proxeneta (*mastropeia*). Así como el proxeneta busca hacer parecer más bellas a las personas que prostituye, el filósofo también trata de hacer más agradables a las personas. Tampoco aquí la metáfora que explica ni la explicación de la metáfora alcanzan para extraer un sentido del texto. Y del mismo modo que en el *Teeteto*, el sentido de la metáfora y la metáfora del sentido surgen de lo que está ocurriendo de hecho en lo mismo que se narra: la *agradable* amistad que irradia el filósofo entre personas tan diferentes como Antístenes, Calias, Critóbulo, Hermógenes, etc.

pero el *mito*, la metáfora, lo figurado, no puede ser comprendido más que por otro discurso (*logos*) siempre inapropiado, pues la escritura y el habla son ya entes sensibles, y por ende, imperfectos, inapropiados. Sólo el "caso" mismo de lo que de hecho ocurre en el diálogo entre Sócrates y Teeteto puede *dar vida al sentido* del texto.

Sólo ese juego entre "búsqueda" del sentido, metáforas y ejemplo ya-operante (el "caso"), permite la sorprendente articulación socrática (articulación que llega prácticamente hasta la asimilación) de conceptos tan diferentes como "reconocimiento de la propia ignorancia", "carencia", "sabiduría", "amor", "amistad", "búsqueda de lo divino", "filosofía", "modestia", "virtud", "ayudar a parir almas", "preparación para la muerte".

Pero lo cierto es que ese "caso" no es un diálogo real (o al menos, *ya* no lo es). Yo como lector, a más de veintitrés siglos de Platón lo leo como un diálogo, pero no estoy dentro del diálogo. Pero la escritura en forma de diálogo (haya sido éste real o no en su momento) me hace sentir *como si* fuera partícipe de la "búsqueda", *como si* fuera parte del "caso". La forma dialógica me pone a mí, lector, en un plano de igualdad interlocutiva (honesta o fingida) que me hace sentir en un contexto *amistoso*. No me trata como un mero *recipiente* de conocimientos de otro, sino que me suma a la "búsqueda" de los dialogantes.

8. ADDENDA I. EL TÁBANO

Existe otra famosa metáfora socrática para pintar la actividad del filósofo. Se trata de la figura del tábano, que aparece en la *Apología*, pero que también, en un sentido muy diferente, es aludida al pasar en el *Teeteto*. Al menos en una primera lectura, la misma figura adquiere sentidos diametralmente opuestos en esos dos textos platónicos: en la *Apología* describe la actividad del filósofo, pero en el *Teeteto* se aplica a quienes no razonan con calma ni argumentan.

En efecto, en el *Teeteto* (179e), Teodoro habla de los habitantes de Éfeso, que siguen la escuela de Heráclito, como maníacos ("picados por un tábano"),²⁰ ya que no se prestan a la charla calma, razonada y argu-

²⁰ Al parecer, era habitual referirse a los furiosos e irascibles como "picados por un tábano".

mentada y se limitan a lanzar aforismos oscuros, sin conexión entre sí, como flechas sacadas de un carcaj. Es cierto que no es Sócrates quien dice esto, sino su interlocutor. Pero en *Apología*, Sócrates se presenta a sí mismo como un tábano que espolea permanentemente a los atenienses para hacerlos reflexionar, lo que constituiría un gran servicio a la *Polis* y a sus conciudadanos. Nótese que en el *Teeteto*, la figura del tábano que pica es empleada en un sentido disvalioso: la picadura del tábano impide la sana discusión filosófica. En cambio, en la *Apología* (la de Platón, no la de Jenofonte), la misma figura *parece* tener un sentido positivamente valioso: Sócrates, como un tábano, incita a los atenienses a mantenerse despiertos (*Apol.* 30e) ¿Pueden compatibilizarse ambos sentidos opuestos de la misma metáfora en ambos textos? ¿Hay inter-textualidad entre ambos diálogos o es mera casualidad? ¿Qué relación hay entre estar picado por un tábano, la locura maniática y la función política y pedagógica del filosofar socrático?

Nuevamente, creo que podemos aventurar algunas respuestas si nos metemos nuevamente en el juego entre las metáforas, “caso” y “búsqueda del sentido propio”. Mi propuesta de interpretación sería la siguiente:

1. En la *Apología*, Platón pone en boca de Sócrates un discurso más o menos fiel a lo que debe haber dicho el mismo Sócrates en su defensa. Ahí es el propio Sócrates quien se compara con un tábano que ha venido molestando a sus conciudadanos; pero lo que los atenienses no ven es que esa actividad molesta es en verdad un bien que el filósofo brinda a la *Polis*.

2. Esa misma actividad, cuyos beneficios los atenienses no ven, tampoco *parece* resultar buena para el filósofo, quien se ve llevado a juicio y condenado injustamente (la figura del filósofo incomprendido se repite, con otros recursos retóricos, en la famosísima alegoría de la caverna en la *República*).

3. Si en el *Teeteto* se dice que los efesios actúan sin calma y sin razonamiento, como si hubieran sido picados por un tábano, en la *Apología* esa misma metáfora se reafirma en el ejemplo mismo de lo que está ocurriendo en el juicio: los atenienses no actúan sensatamente al procesar a Sócrates. Sócrates ha sido el tábano que los ha picado y por eso

actúan insensatamente con el filósofo. En esta vida, la filosofía no reditúa para el filósofo: al tábano se lo mata.

4. Sin embargo, según Sócrates (y también Platón), el mal nunca puede provenir del bien, por lo que no es posible que de la actividad filosófica se derive la insensatez de los ciudadanos y el mal para el filósofo. Por lo tanto, el auténtico bien que produce la filosofía queda aplazado para una instancia posterior que los hombres aún no pueden ver: para el filósofo socrático, el bien auténtico adviene tras su muerte, según la versión de Platón, o bien, en haberse preparado para recibirla oportunamente, según la versión de Jenofonte. Pero para la *Polis*, el bien que ha hecho Sócrates se verá en las futuras generaciones.

5. Si como dije, el *Teeteto* puede leerse como una segunda apología de Sócrates, es decir, como el intento platónico de dar una verdadera defensa filosófica (no meramente judicial, como es el caso de la *Apología*), podemos pensar que Platón desecha la metáfora del tábano (empleada por el propio Sócrates en su defensa) y se apega a la del partero. Esta figura del filósofo partero también es de cuño socrático, pero extrañamente no es alegada por Sócrates ante sus jueces; es más: en el *Teeteto* Sócrates dice expresamente que este arte suyo es un secreto. ¿Por qué Sócrates guarda, aún ante los jueces que lo condenarán, el secreto de su verdadera actividad? ¿Por qué Sócrates prefirió presentarse ante los atenienses como un molesto tábano antes que como un solícito partero?

6. Tal vez porque el secreto de su arte de partero de almas, su *techné* de filósofo, sólo puede ser revelado a las almas afines, almas filósofas, almas que puedan entenderla (como la de Teeteto, pero no como la de sus acusadores y jueces en general). Es Platón quien hace público ese arte secreto de su maestro al escribir el *Teeteto* como una segunda apología –la verdadera, la filosófica, la *apropiada*– de la persona de Sócrates. Sócrates, en su defensa, había recurrido a una metáfora doblemente *impropia* de su propia actividad filosófica; impropia porque una metáfora ya no es *logos puro*; pero impropia también porque ese lenguaje figurado tampoco apunta al sentido *propio* que parece perseguir (esto es, dar una imagen adecuada –*etymos; oikeios*– de la actividad filosófica). Pero Platón, en una suerte de alegato póstumo, en el *Teeteto*, explora la figura *apropiada* para describir el comportamiento de su maestro: partero de almas. Y es esta metáfora del partero, articulada con la del arco Iris, la que

verdaderamente sirve para refutar los cargos por los que Sócrates fue condenado: impiedad y corrupción de los jóvenes. Pero sólo pueden comprenderla las almas filósofas, y en un contexto filosofante, no judicial o retórico.

7. Porque el contexto judicial en que se encuentra Sócrates hace imposible que el filósofo pueda defenderse con *propiedad*. Es decir, Sócrates no puede dar el “ejemplo realizativo” de su verdadera *techné*, pues está impedido de dialogar; las formas procesales le obligan a dar un discurso, al modo de los sofistas. Si es correcta mi interpretación del *Teeteto*, como texto realizativo de lo mismo que dice, entonces la *Apología* se presenta como la contrafigura de lo que se dice y ocurre en aquél. Si Sócrates hubiese recurrido a la metáfora del partero para explicar su actividad filosófica, hubiera incurrido en una contradicción realizativa o performativa, pues los condicionamientos del proceso judicial le impiden hacer operativa esa metáfora, darle vida; es decir: Sócrates no puede hablar filosóficamente de su filosofar si no es filosofando, pero las formas judiciales le impiden filosofar. En otras palabras: la figura del filósofo partero y su sentido sería incongruente con el monólogo autoapologético que el acusado se ve obligado a realizar ante sus jueces. Sócrates se queja desde un principio de que no se le permita dialogar con sus verdaderos acusadores, es decir, se queja de que no se le permita al filósofo defenderse filosóficamente, mostrarse en su autenticidad o propiedad. Las formas procesales impiden que Sócrates se muestre verdaderamente a sí mismo. El filósofo no puede comparecer como tal y se ve obligado a presentarse como algo distinto de sí mismo.

8. Creo que es bajo este presupuesto que hay que entender el recurso a la figura del tábano. Sócrates echa mano a esta figura, no porque exprese correcta o *apropiadamente* el quehacer filosófico, sino porque es la metáfora que resulta *apropiada* al modo en que está hablando en esta ocasión: no como filósofo, sino *como si fuera un sofista*. En verdad, la figura del tábano es *apropiada* para los sofistas, los políticos y los poetas (sus acusadores) que, como los efesios –filósofos sensuales del devenir (y por ende, falsos filósofos) a quienes se alude en el *Teeteto*– lanzan frases como dardos, dañan, sin argumentar ni razonar calmadamente. Pero como Sócrates se ve obligado a defenderse de un modo no filosófico, se aplica a sí mismo en este caso la figura del tábano, tratando de invertir su sentido: si se

lo considera un sofista, es decir, un tábano que molesta a sus conciudadanos, al menos él es un tábano que produce beneficios para la *Polis*. Y su remate con la pretensión de que los atenienses lo honren manteniéndolo de por vida en el Pritáneo, en lugar de condenarlo a morir (Platón, *Apol.* 36d), es el punto culminante de la ironía socrática.²¹

9. ADDENDA II. MENTIRAS MENTIROsas (MITOS INAPROPIADOS) Y MENTIRAS VERÍDICAS (MITOS APROPIADOS)

De acuerdo a mi interpretación del *Teeteto*, Sócrates asume la imposibilidad humana de un *logos* puro, esto es, desprovisto de metáforas. En esta vida terrena, estamos condenados (encadenados) a la *impropiedad* de la metáfora, de la alegoría, del mito. El filósofo simplemente es quien "sabe" esa situación y sin embargo (o precisamente, por ello) sigue una búsqueda cuyo fin no puede ser esta misma vida.

Cuando es juzgado, el filósofo no puede hacer una defensa apropiada a su ser filósofo. Sócrates recurre a una metáfora *impropia* (la del tábano) ante los atenienses que lo juzgan, porque la rigidez de las formas procesales tornan inoperantes la metáfora del partero; además, no todos son almas filósofas y no podrían entenderlo. Sin embargo, en otros contextos, Sócrates emplea metáforas *apropiadas*, por ejemplo cuando filosofa con Teeteto acerca del saber. Esto puede parecer un escándalo para la filosofía, o lo que es igual, para *un discurso que pretende diferenciarse del mito*. ¿No es la metáfora ya *impropiedad*, sentido transportado? ¿En qué sentido

²¹ La *eironeia* que se atribuye al filosofar socrático desde Platón debe entenderse en su sentido griego clásico, con sus connotaciones de fingimiento y humor. Poco más de una generación posterior a Sócrates, Teofrasto la define como "una simulación de signo negativo tanto en palabras como en obras", y explica que el ironista está dispuesto a "entablar conversación con sus enemigos y a no dar pruebas de su odio", a "alabarlos" cuando están presentes y a "atacarlos" cuando no están; a "aceptar" sus agresiones; a conversar "sin alterarse con los que están indignados por haber sido objeto de una injusticia, y a los que desean verle con mucha prisa les hace saber que vuelvan en otra ocasión"; "lo que ha oído pretende no haberlo oído, y lo que ha visto finge no haberlo visto, y tras haber llegado a un acuerdo, simulará haberse olvidado". Según Teofrasto, el ironista es hábil en la utilización de expresiones como las siguientes: "no lo creo", "estoy extrañado", "por lo que dices de Fulano, se ha convertido en otra persona, pues a mí me ha dicho otra cosa", etc. TEOFRASTO, *Caracteres*, I, "De la *eironeia*" (o del fingimiento, según la traducción).

podríamos afirmar que la figura del partero es *apropiada* y la del tábano no lo es? ¿Cómo es posible que *haya metáforas filosóficamente apropiadas y otras inapropiadas*?

Antes de ensayar una respuesta, veamos la importante distinción socrática-platónica entre “verdaderas mentiras” (malas, mentirosas) y “mentiras de palabra” (necesarias, verídicas), distinción que Platón pone en boca de su maestro en *La República*.

En el Libro I de *La República*, Sócrates había refutado al irascible Trasímaco, quien sostenía que justicia es lo conveniente al más fuerte, y que es más redituable ser injusto que ser justo. En el Libro II, en tono más amistoso, Glaucón y Adimanto retoman la discusión con Sócrates, pero con argumentos un poco más refinados. Glaucón no queda satisfecho con la refutación de Sócrates a Trasímaco y le plantea la cuestión de manera más radical y difícil: Sócrates sólo ha mostrado que la justicia es buena para los demás, pero no para el mismo hombre justo; en todo caso, ha mostrado que la *apariencia* de ser justo es redituable, pero no la justicia misma. Sin embargo, dice Glaucón, para abordar correctamente la cuestión hay que contraponer dos extremos puros: el *injusto que parece justo* y el *justo que parece injusto*. La fábula sobre el anillo de Giges, que torna invisible a quien lo lleva, sugiere que la justicia sólo es buena cuando también *parece* justicia (no sólo cuando lo es), pues un hombre que pudiera hacerse invisible a gusto cometería todas las injusticias que quisiera. Así, Glaucón presenta una suerte de paradoja que debe resultar aguda al Sócrates enemigo de las apariencias: el justo que no parece justo no es lo que parece. En cambio, el injusto que parece justo, no presenta hiato entre lo que es y como aparece (pues la suprema injusticia consiste en ser injusto y no parecerlo); la injusticia es el reino de las apariencias, por lo que el injusto tendría más valor ontológico y moral, más ser y verdad,²² que el justo. Por su parte, Adimanto perfecciona la presentación de Glaucón (su hermano), y la plantea en el plano práctico de la educación (*paideia*): ¿por qué un joven debería optar por *ser* justo en vez de limitarse a *parecerlo*? Si todos los bienes de la justicia provienen de su apariencia (no de su ser real), no hay razón para ser justo, sino sólo para parecerlo. Además, como se sabe que la justicia real no reditúa, Adimanto agrega

²² Tengamos presente que estos conceptos tienen en Platón un inseparable sentido moral.

que los poetas y los charlatanes siempre inventan castigos y premios divinos que permiten recomponer la relación con los dioses a través de súplicas y sacrificios.

Ante estos nuevos planteos, Sócrates se ve obligado a echar mano del recurso metodológico de llevar la cuestión a un plano más amplio: si pudiéramos saber cómo nace la justicia y qué bien produce en la *Polis*, dice, podremos también saber cómo nace la justicia en el individuo y qué bien le reditúa. Acá se inicia propiamente la reflexión sobre la *Polis*.

Los guardianes (*filakes*) de la *Polis* deberán ser fuertes y fogosos frente a los enemigos, pero amistosos con los miembros de la *polis*, como perros domésticos. Pero para saber distinguir al amigo del enemigo deben ser también filósofos. Se pasa así al problema planteado por Adimanto, es decir, la educación de los guardianes-cuidadores: su educación debe referirse tanto a las musas como a la gimnasia, pero la formación del cuerpo debe estar subordinada a la del alma. Por lo tanto hay que empezar por las musas (música y poesía). Esto implica regular las fábulas (mitos) que se cuentan a los niños. No debe enseñarse que el mal pueda provenir de los dioses, sino que sólo el bien proviene de ellos. No se debe enseñar que han matado a su propio padre ni que guerrear entre ellos, porque estas cosas fomentan la falta de respeto a los padres y la enemistad entre los ciudadanos. Tampoco se debe enseñar que los dioses engañan ni que cambian de forma y apariencia.

Es en este contexto, en que se identifican el problema político con el problema religioso y el pedagógico, cuando Sócrates remata diciendo que hay dos clases de mentira: 1. la "mentira verdadera" que surge de la ignorancia y es un estado del alma; y 2. la "mentira de palabra" que es un reflejo del alma sana. Pero tengamos presente que la verdadera ignorancia de la que surge la verdadera mentira es la ignorancia que se ignora a sí misma, mientras que el alma sana es alma sabia sólo en la medida en que es sabedora de su propia ignorancia. Nadie puede querer la verdadera mentira, pues nadie anhela la ignorancia (que es el autoengaño); pero la simple mentira de palabra sí puede ser útil y deseada (es más: es necesaria). Aunque acá todavía Sócrates no lo dice expresamente, luego queda claro que esta "mentira de palabra" está al servicio del Bien verdadero, y si está al servicio del Bien verdadero, en última instancia, no será propiamente una mentira, del mismo modo que un hombre ig-

norante dirigido por un filósofo ya no se conduce propiamente como un ignorante. En otros términos: lo que Sócrates sugiere es que las fábulas (mitos) que se cuentan a los niños deben ser “mentiras de palabra” pero no “mentiras verdaderas”; deben ser mitos filosóficos, esto es, “buscadores” de la verdadera *episteme*, de lo divino. Pero esa divinidad nunca puede ser alcanzada en esta vida, en la que el filósofo sólo puede prepararse para la muerte. Así, del mismo modo que verdadero sabio sólo es quien se sabe conscientemente ignorante, lenguaje filosófico sólo puede ser aquel que se sabe conscientemente *impropio*, o sea, el lenguaje que asume conscientemente su intrínseca limitación mítica, alegórica, metafórica, poética.²³

En medio de esas disquisiciones sobre la educación de los guardianes, aparece por primera vez en la literatura filosófica la palabra “teología”. Pero significativamente es pronunciada por Adimanto, no por Sócrates (*República*, II, 379a). Adimanto le pide a Sócrates algún ejemplo de tales fábulas (mitos) buenas. Y Sócrates le responde que ni él ni Adimanto son poetas que puedan narrar fábulas (*mitologías*), sino fundadores de una *Polis*. Y como tales, sólo pueden sentar los lineamientos-marco (*typois*, huellas, figuras, imágenes, caracteres, esbozos) de esos mitos para guiar a los poetas. Entonces repregunta Adimanto cuáles son esos lineamientos-marco (*typoi*) que conforman la *theologia*, o sea, el correcto discurso, o *logos*, sobre la divinidad. Es notable el salto que la incorporación de este término pretende introducir en la discusión. Tanto Sócrates como Adimanto venían hablando de fábulas (mitos) sobre la divinidad y las cosas divinas, pero ahora Adimanto, que ha seguido la argumentación socrática, cambia del *mito* al *logos* (discurso puramente argumentado, fundado, *apropiado*). Sin embargo, Sócrates parece reticente a adoptar el término que quiere introducir Adimanto. En efecto, la respuesta de Sócrates es que se debe siempre aludir a la divinidad tal cual es efectivamente, aunque se lo haga con los *mitos* de la épica, de la lírica o de la tragedia (es decir, aunque se los aluda poéticamente). ¿Qué significado puede tener esta llamativa elusión de Sócrates ante el término que pretende introducir Adimanto? Parece claro que Sócrates rehúsa aplicar la

²³ Tal vez sea significativo, en este sentido, que Sócrates escriba poesía en los últimos instantes de su vida, según narra Platón en el *Fedón*.

palabra *logos* a este tipo de discurso educativo sobre la divinidad; aunque tampoco se trate ya de las fábulas falsas de los poetas populares como Homero.

Lo que parece haber implícito aquí es una distinción triple:

1. En primer lugar habría un discurso propio, un *logos* que no parece alcanzable por cualquiera y menos por los niños. Sólo a este tipo de discurso le correspondería propiamente la palabra “teología” que incorrectamente pretendía introducir Adimanto en el contexto de la educación de los futuros guardianes-cuidadores. Mi tesis, como dije, es que según Sócrates ese *logos* es inaccesible para el hombre en esta vida.

2. En un estadio intermedio, están las fábulas (mitos) que deben narrarse a los futuros guardianes-cuidadores, sea a través de la lírica, la épica o la tragedia: un discurso paidético que, aunque fabuloso y poético, es sólo “mentira de palabra” pero no “mentira verdadera”, pues no enseña cosas falsas acerca de la divinidad sino que apunta a ella, la *busca*. Es el lenguaje de la filosofía, que *sabe al menos su propia impropiedad*, sus límites.

3. Y por último, en un nivel inferior, están las fábulas (mitos) de los poetas populares, quienes pintan indecorosamente a los dioses, sea en la épica, en la lírica o en la tragedia (“verdaderas mentiras” que se fundan en la verdadera ignorancia –la que es ignorante de sí misma–, la promueven y la esparcen, con todas las implicancias negativas que ello acarrea para la *Polis*). Estos discursos resultan disolventes y atentatorios contra la unidad de la *Polis*.

Si dejamos de lado los pruritos y reservas terminológicas de Sócrates respecto al empleo de la palabra *logos* al discurso humano sobre lo divino, y si utilizamos el término “teología” en un sentido amplio (discurso acerca de lo divino, sin incluir ninguna connotación referida a su verdad o falsedad, a su *propiedad o impropiedad*), podríamos distinguir aquí tres tipos de teología:

1. Una *teología* pura, libre de metáforas pero inaccesible al hombre en esta vida (casi al modo de una “teología negativa”).

2. Una *teología paidética* (pedagógica y política), fabulosa pero políticamente útil para la salud de la *Polis*, y por lo tanto *apropiada* en ese sentido; un discurso figurado, pero *conciente de su impropiedad* para dar

cuenta justa de lo divino. Sin embargo, es precisamente esa conciencia de *impropiedad* lo que lo acerca a la verdadera divinidad.

3. Una teología mítica, fabulosa y políticamente nefasta, *impropia* e *ignorante de su propia impropiedad*.

Pero, como vimos en el análisis del *Teeteto*, las mentiras “verídicas” (buenas) sólo adquieren su verosimilitud (su *propiedad*) cuando cobran vida y significado a través del “caso” de la misma actividad filosófica. La *metáfora apropiada* adquiere su *propiedad* en el mismo quehacer práctico, realizativo, del filósofo en su filosofar. Sólo así puede presentarse el discurso *impropio* de la metáfora como “búsqueda” *apropiada* del *sentido propio*. Quiero decir: la articulación teórica de religiosidad, pedagogía y política, característica de la filosofía socrática, es correlativa con su articulación pragmática comunicativa entre “búsqueda” del sentido, metáfora y ejemplo. Aquel dialogo nos muestra a Sócrates y Teeteto filosofando sobre el filosofar, o sea, nos los muestran ya “buscando” aquello que se dice que hay que buscar.

Ahora sí, creo que podemos ensayar una respuesta a los interrogantes planteados en el primer párrafo de esta *addenda*. ¿Cómo es posible que *haya metáforas filosóficamente apropiadas y otras inapropiadas*?

La respuesta podría descomponerse en los siguientes puntos:

1. El lenguaje humano no puede constituir un *logos* puro, *apropiado*, libre de metáforas.

2. Pero aunque el discurso humano no puede escapar de la metáfora, sí puede adquirir algún grado de *propiedad* en tanto asuma esta imperfección que le es inherente (del mismo modo que el ignorante se hace filósofo al reconocer su ignorancia).

3. Y esa *propiedad del mito filosófico* (de la *metáfora apropiada*) radica en su aspiración a la trascendencia, en su búsqueda de lo divino en medio del devenir terreno, o sea en la búsqueda del *sentido propio del que se sabe carente*.

4. Pero esa metáfora que busca lo divino sólo se vuelve apropiada (cobra *sentido propio*) cuando se pone en acción en la misma práctica filosófica de la que pretende dar cuenta, como en el *Teeteto*. Como lo que ocurre en el diálogo filosófico es exactamente lo mismo que se está

diciendo en el diálogo, resulta que *la metáfora es apropiada al ejemplo* de lo que es ella metáfora (al "caso" del diálogo).

5. De este modo, como dijimos en nuestra conclusión sobre el *Teeteto*, el sentido emerge del juego entre la "búsqueda" del sentido *propio*, sus metáforas y el ejemplo puesto en acción (el "caso" concreto en que se dan las metáforas y la búsqueda del sentido).

6. Y de ahí que en la filosofía socrática se articulen, teórica y pragmáticamente, la "búsqueda" de la divinidad, la pedagogía y la virtud política.

7. Tal vez, en términos de lingüística contemporánea podría decirse: no hay significado sin significante, ni significante sin significado; pero tampoco puede haber significados y significantes fuera de una relación pragmática, concreta y real de comunicación.

10. NOTA FINAL

Si mi interpretación del *Teeteto* y sus metáforas es plausible, entonces podemos terminar con algunas consideraciones adicionales.

Primero. Si para Sócrates la honesta búsqueda de lo divino trascendente se traduce prácticamente en esta vida en una modesta actitud filosófica con positivas consecuencias políticas, éticas y paidéticas, ¿no podemos invertir la secuencia y decir al revés: que la modesta actitud filosófica, con todas sus positivas consecuencias prácticas, supone la "búsqueda" de algo trascendente? Esto parece más *apropiado* al principio de que el sentido emerge de una situación real y concreta de comunicación.

Segundo. Pero de este modo también podemos prescindir de la hipótesis místico-teológica-metafísica de lo trascendente como algo "divino". En efecto, en la práctica efectiva, y como se ve en el comportamiento de los mismos acusadores de Sócrates, la hipótesis de lo "divino" suele producir efectos opuestos a la modesta actitud filosófica que propugna el filósofo; más bien suele ir acompañada del fanatismo, el dogmatismo y el autoritarismo. ¿No es suficiente con reconocer que en toda situación real de comunicación van implícitos ciertos *presupuestos ideales de comunicación*? ¿Cuáles, por ejemplo? Bueno, por ejemplo que el texto leído tiene un sentido que le es *propio*: diez personas podemos hacer diez

interpretaciones diferentes de un texto –por ejemplo, del *Teeteto*–; pero ninguna de esas diez interpretaciones podría hacerse, ni mucho menos la comparación y discusión entre ellas, si no suponemos –como supuesto ideal de comunicación– que existe una interpretación correcta, aunque no fuere ninguna de esas diez.

Cuando estoy en actitud realizativa, es decir, cuando soy partícipe en una situación comunicativa real, asumo pragmáticamente –lo quiera o no– esos presupuestos ideales de habla. No puedo atribuir sentido alguno a un texto, un enunciado, un gesto, etcétera, si no le presupongo algunas pretensiones ideales de sentido y validez (que pueden ser de verdad, de corrección, de sinceridad, de buen gusto, etc.).²⁴

Tercero. Pero entonces, el *sentido* que hemos dado al *Teeteto* no es el que emerge de la situación real y concreta de comunicación entre Sócrates y Teeteto (que ya no es real ni concreta, sino narrada de modo doblemente indirecto), sino el que emerge de la situación real y concreta entre ese texto (atribuido a un tal Platón) y yo, lector de ese texto (que ya es un diálogo entre Terpsión y Euclides sobre otro diálogo entre Teodoro, Sócrates y Teeteto). El *sentido apropiado* no es *Propio* del texto en todo tiempo y lugar, sino que es el *sentido que me he apropiado* al interpretarlo. Pero no es posible que *me apropie* de ningún sentido del texto si no supongo que el texto *posee en sí mismo un sentido que le es Propio*. Y cualquiera que pretenda que mi interpretación no es correcta o *apropiada*, debe presuponer también condiciones ideales de validez (verdad, corrección, belleza, *propiedad*) desde las cuales *expropiar* la *propiedad* que yo le he adjudicado aquí.

²⁴ No parece que las genealogías ni las de-construcciones escapen a los presupuestos que la pragmática del lenguaje impone. Y si los textos genealógicos y los textos de-construktivos nos resultan frecuentemente esclarecedores, útiles, sugerentes, interesantes, o lo que fuere, es precisamente porque no escapan a esos presupuestos de la pragmática discursiva (cf. HABERMAS, *El discurso filosófico de la modernidad*, Buenos Aires, Katz, 2008, especialmente los capítulos 7, 9 y 10, dedicados a Derrida y Foucault). Por otro lado, el mismo Foucault hace una interpretación del filosofar socrático bastante parecida a la que hemos hecho en este artículo. Foucault entiende la *parhresía* del filósofo (su hablar franco) en inseparable unión con el *etymos logos* (discurso auténtico), y en ese honesto filosofar, la verdad no es algo que el filósofo o alguien posea, sino que es una función del discurso. Ver FOUCAULT, Michel, *El gobierno de sí y de los otros*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2009; especialmente la clase del 2 de marzo, pp. 305-343.

Las formas de participación y de movilización políticas en la construcción de la democracia en Europa entre 1640 y 1933

ALEJANDRA DOTI*

¿Hay un sentido de la democracia o hay varios? Sin duda, la historia ha ido conformando este concepto multívoco. En este trabajo, se pretende abordar cuatro perspectivas o contribuciones historiográficas a la formación del ideal democrático, desde los modos que fueron adquiriendo la participación política y la movilización social. Ello a través de sus manifestaciones en Francia e Inglaterra durante el siglo XIX hasta las alemanas de principio del siglo XX.

En este recorrido sobre la construcción de lo democrático hasta 1933 trataré de abordar las improntas dejadas por la Revolución Francesa, sus militantes y sus experiencias cotidianas, a través de la visión de Vovelle.¹ Impronta centrada en el valor de la participación en una “comunidad de iguales” expresado a través de las “mentalidades colectivas” que dejaron huella en el imaginario democrático. Luego, introduciré el tema de la presión de la representación del pueblo (creación inglesa) a través del texto de Morgan.² Finalmente con Agulhon,³ se intentará sistematizar la *mentalidad* como algo distinto a la ideología, pudiendo adentrarnos en las formas de participación política no institucionalizadas, que pasan por la *sociabilidad* como los protopartidos y los periódicos en la vida

* Abogada (UBA); profesora de Teoría del Estado de la Facultad de Derecho de la UBA. Docente de posgrado en la materia “Garantías constitucionales, Justicia y Derecho Penal en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”.

¹ VOVELLE, Michel, *La mentalidad revolucionaria*, Barcelona, Crítica, 1989 (Caps. 4, 6 y 7).

² MORGAN, Edmund S., *La invención del pueblo. El surgimiento de la soberanía popular en Inglaterra y los Estados Unidos*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2006 (Caps. 2, 3 y 4).

³ AGULHON, Maurice, *1848 ou l'apprentissage de la république, 1848-1852*, Paris, Du Seuil, 1973 (traducción), Cap. I.

social francesa; para terminar este recorrido con Schorske⁴ y Mosse⁵ y las formas de *participación movilizada* o a través de manifestaciones nacionalistas en Alemania, todas prácticas que nutrieron la democracia ideada y practicada. En este marco servirán los aportes de Rosanvallon⁶ a la idea de *nación*, en su versión francesa diferenciándola de otra posterior más romántica. Así se hará hincapié en que *el número y la razón* son inseparables en la matriz política francesa y éste es su conflicto.

En Inglaterra, en cambio, se analizará según Morgan que el *pueblo* crea el marco pero no se espera que actúe. Es más bien una entelequia en un ambiente sin gente en la calle. Por eso las llamadas revoluciones inglesas quedan en un lugar más ambiguo, y la realidad se halla mediada por los *discursos o ficciones* que pretenden generar credibilidad. La realidad y las ficciones, entonces, tratan de adecuarse mutuamente y ahí nace el proceso de representación. Hay en el autor un convencimiento lógico acerca de que los cambios en las ideas no se dan sólo por influencia de la realidad, sino por una dinámica dentro de las propias ideas.

Además, hay dos pensamientos fuertes en Morgan: el carácter *abstracto* y no empírico del Pueblo, y por el otro lado su función *limitante* y no institucionalizadora. La percepción fundante es una idea acerca de que gobernantes y gobernados son lo mismo, porque el representante también es súbdito.

En Mosse y Schorske podremos encontrar un modernismo alemán reaccionario que incluye a más individuos, y deviene en más participación política. El puntapié lo da la crisis del parlamento como lugar de representación. Esa ampliación se realiza en las fiestas y los rituales de masas. La movilización de las masas se asienta sobre la creencia en una unidad popular y nacional, y en un culto a la comunidad orgánica (en sus necesarias interdependencias). La lucha es contra lo atomizante de las formas de representación y participación liberales.

⁴ SCHORSKE, Carl E., *Viena Fin de siècle. Política y cultura*, Barcelona, GG Arte, 1981 (*Política en un nuevo tono: un trío austriaco*).

⁵ MOSSE, George L., *La nacionalización de las masas. Simbolismo político y movimientos de masas desde las guerras napoleónicas al Tercer Reich*, 1975, Madrid, Marcial Pons Historia, 2005 (Caps. 1, 6 y 7).

⁶ ROSANVALLON, Pierre, *La consagración del ciudadano. Historia del sufragio universal en Francia, México*, Instituto Mora, 1999, Primera parte, Cap. III (*El número y la razón*).

MICHEL VOVELLE Y “LA MENTALIDAD REVOLUCIONARIA”

El tema de la mentalidad revolucionaria en Francia, para este autor, se inscribe en una historia de las mentalidades, no ya como prisioneras de larga duración, sino como acontecimiento fundador. En este caso, la revolución como instancia de creatividad en el dominio de lo mental. Asimismo, la “mentalidad colectiva” no se reduce sólo al mito, a un clima común, a un espíritu colectivo o interclasista de la época. La revolución constituye un momento de tensión y de oposiciones de clase. Vovelle revaloriza la cultura popular, el tema de las multitudes, no tanto como masas que se mueven por inercia casi mágica o tradiciones milenarias. Hay algo más.

Vovelle parte de la noción de que las mentalidades son estructuras sociales, que son a su vez expresión de la cultura (abarcativas de las sensibilidades y de toda expresión de la vida cotidiana, una especie de ideología vista desde las vidas privadas, que sin duda crean imaginarios sociales). Lo que se articula son las *ideas* o valores, los *discursos*, las *actitudes* y las *prácticas* sociales para dar lugar a la construcción cultural y política de lo democrático.

En el texto citado se rescata la capacidad creativa e innovadora, centrada en la generación vívida de valores y de lenguajes nuevos, “al calor” del movimiento revolucionario. Así el autor valoriza particularmente la historia literaria, los orígenes intelectuales de la Revolución Francesa, en este sentido tomada como una auténtica “revolución cultural”. Quedan en un segundo plano las explicaciones sobre las causas primeras de la revolución, o sobre los condicionamientos demográficos y económicos, muchas veces de tinte mecanicista. Las sensibilidades colectivas forman parte de las ideologías. Por eso hay herencias recibidas, pero también valores innovados propios, como reelaboraciones antiguas.

Luego, existe una mentalidad difusa pero activa (“pueblo”) moldeada desde los intelectuales. Esto pone en cuestión que la política sea simplemente expresión de la sociedad, debiéndose captar la *espontaneidad revolucionaria de las masas* en estado naciente, desechando las explicaciones que vinculan excluyentemente a la misma con la marginalidad, lo irracional o lo instintivo.

La manipulación por los cabecillas pierde entidad como explicación unicista de la Revolución Francesa, cuando observamos que hay ideas motrices adquiridas, o sea que preexisten elementos de las mentalidades colectivas antecedentes. Las prácticas colectivas (en el espacio común de los cultivos y de los trabajos diarios compartidos) son poderosamente movilizadoras, explica Vovelle: la misa, la taberna, la feria semanal. En fin, el juntarse y divertirse. Las muchedumbres se explican por lo repetitivo y lo regular. Ese contacto ciudad-campo resulta en un contagio de ideas. La *masa* presenta entonces una aparente atomización. Analizando la turbulencia y los levantamientos se observa el dominio de la espontaneidad, luego parece sobrevenir una conciencia política más afirmada. También, a medida que se estudie, se verá su composición básica: pequeños burgueses, artesanos, tenderos, comerciantes, dependientes, asalariados, etcétera –*sans-culottes*– (que se aleja del preconcepto de protagonistas de la toma de la Bastilla pauperizados).

Hay sin duda un pasaje en la Revolución: de la muchedumbre espontánea y desorganizada de un principio, a los movimientos seccionales urbanos. Hay un sentido nuevo que le dan esos cabecillas urbanos más cultos: el mensaje es que el absolutismo tiene la culpa del hambre, hambre naturalizado hasta el momento. El reclamo social es tomado por algunos para darle un sentido político.

En este contexto, la mentalidad revolucionaria parece pulsionarse a partir del miedo pero también de la esperanza que los *discursos* introducen. Aquí se mezclan las prácticas con los discursos que enmarcan consignas y fines. Panorámicamente no sólo están los discursos sino también los gestos y actitudes. El militante o héroe revolucionario aparece en un nuevo sistema de valores vividos y soñados, los sentimientos colectivos y las aspiraciones de las masas, la idea de la felicidad ahora está en las prácticas de los *sans-culottes* parisienses.

Pueblo es el patriota y el ciudadano, pero, poco a poco, este concepto se corre hacia la asimilación al “antiaristócrata”. Se sustituye el vínculo paternalista de la política para pasar a la relación fraternal (la escarapela o el sombrero, el vestido o el tuteo como símbolos del igualitarismo y del fin de los privilegios). Se construye un nuevo concepto de “Pueblo”: *la parte activa y en lucha*. El catecismo revolucionario ha hecho su trabajo en la búsqueda de idearios unánimes, el súbdito ha pasado a ser un

individuo. Se advierte aquí las contradicciones entre el ideario libertario nivelador revolucionario y el iluminismo de pocos, contradicción que se hunde hasta nuestros días. Esa aspiración igualitaria resulta en un continuo hasta hoy. El nuevo hombre producto de la revolución es el *militante*, que invade las asambleas electorales, por momentos en una movilización intensa, en un proceso de politización y aculturación.

El autor, entonces, aborda el estudio de las manifestaciones de esa mentalidad revolucionaria: el miedo y su transformación política en el mito del complot; la muchedumbre urbana, provincial y campesina; la violencia en su proceso de mutación desde la explosión espontánea hasta las formas institucionalizadas revolucionarias, a través de un proceso de creciente organización y teorización por parte de un movimiento *sans-culotte* gradualmente politizado, que llega a justificar la violencia en términos de necesidad histórica y de defensa legítima de la revolución. En el estudio de las formas de la sociabilidad revolucionaria, de las fiestas religiosas, de la vida cotidiana y las costumbres, el autor establece los elementos novedosos que la revolución crea al lado de las supervivencias antiguas: la fiesta con sus escenarios, sus imágenes, sus discursos y su música, como expresión de un nuevo ideal de la sociedad y del mundo, en un proceso de mutación que examina parándose en el medio de la revolución. La religiosidad revolucionaria se manifiesta en un movimiento descristianizador de fuerte arraigo popular, en el carnaval y en el culto a la Diosa-Razón como en los cultos oficiales a los mártires; germinan nuevos valores del compromiso político, como la fraternidad y la felicidad. No se dejan de advertir tampoco, como decíamos, las contradicciones como hecho revolucionario. Hay entonces también un tiempo corto de la revolución y la emergencia de un sentido contrarrevolucionario.

Se recurre de este modo a fuentes tales como declaraciones, proclamas, prensa, hojas sueltas, afiches, la música (canciones revolucionarias e himnos adaptados del canto gregoriano). El análisis de los contenidos simbólicos (escarapela, gorro frigio entre los grupos populares) permite al autor establecer las formas y la evolución de los sentimientos de comunidad y la transición de las nociones tales como la de "pueblo". Desde el "buen pueblo" de la concepción del Antiguo Régimen se evoluciona hacia la idea nueva de fraternidad igualitaria y culmina en la acepción

restrictiva del mismo, por oposición a los poderosos. El abordaje de Vovelle incorpora a la historia de las mentalidades la dimensión económica, social y demográfica sin incurrir en reduccionismos simplificadores, ni en determinismos mecanicistas, ni en el facilismo de que la miseria fue el único motor del comportamiento de las masas. Aquí se analizan matices.

Desde esta perspectiva la Revolución Francesa sigue recitándose y muestra el grado de identificación de las personas con el pasado. Aunque siguen sin resolverse cuestiones que en 1789 se evidenciaron, lo cierto es que constituyó un fenómeno expansivo en la construcción del término *Democracia*, que pudieron tomar los liberales y nacionalistas primero, y los movimientos obreros después, en tanto sus lemas aún no han sido cumplidos, y permite así rastrear lo inacabado del sistema democrático a través de sus promesas incumplidas. Lo original de este planteamiento nos lleva a ver que su protagonista fue una “elite cultural” y no la burguesía. Y que la religión fue determinante para la Revolución en tanto divisora del pensamiento.

Debemos concluir que la *movilización de masas se inscribe en prácticas del pasado, reformuladas en los hechos iniciáticos de un nuevo estado de cosas político*. La política se apropia de espacios ya dados por las prácticas sociales, reinventándolos. Hay un encuentro o síntesis entre la ideología de las Luces y las aspiraciones ambiguas de los *sans-culottes*, ahí nace una mentalidad nueva, aunque es efímera. La impronta la dan los sueños e ideas motrices movilizadoros. La revolución se hace desde personajes intermediarios de la cultura, que transmiten y formalizan consignas surgidas de la pequeña burguesía (insertos en la cultura de las elites pero también con contacto con los grupos populares). El actor social ha pasado a ser actor político. De la sociedad civil se desplaza a la sociedad política. De individuo a ciudadano. De ahí que el pueblo comience a visualizarse como *protagonista activo de la vida política*.

En este análisis vovelliano se trata de observar lo político como producto de una mentalidad: y ella como articulación entre ideas, discursos y prácticas de los actores sociales intermedios, resaltándose que las prácticas colectivas son poderosamente movilizadoras. Este imaginario político subsiste hasta nuestros días en el ideal democrático de ampliación de la participación. En este artículo, se pretende ver la articulación entre

el campo de lo social y de las *prácticas masivas* en lo que tienen de repetitivo, los *discursos* acerca del *pueblo* y los *activistas (sans-culottes)*: minoría activa popular y muy politizada en secciones, representada principalmente por artesanos). En este camino lo político se afirma con cierta autonomía relativa de lo social.

Lo indeterminado de los sentimientos marca el camino de las masas, y son esas partes de la sociedad a las que el autor le interesa mirar. Confirma que la historia es siempre contingencia. El legado de la Revolución es para Vovelle las masas como actor social, que no siempre coincide con el actor político, y no resultan algo homogéneo. La mentalidad implica que lo material y lo simbólico se retroalimentan, decantan ideas y luego moldean prácticas y viceversa. La conclusión, *es posible una comunidad de iguales a partir del imaginario de la revolución.*

¿QUÉ ES EL PUEBLO EN EL TEXTO DE MORGAN?

El segundo de los autores elegidos, Morgan, al describir el mundo de las revoluciones inglesas, parte del interrogante acerca de por qué obedecen las mayorías. Valoriza en esta línea la fuerza de la opinión sobre la de la violencia desnuda. De ahí que hay ideas o *ficciones* que son aceptadas en política casi como actos de fe y que constituyen creencias. Hasta el silencio como consentimiento tácito, pasa a tener el mérito de la dignidad de la opinión. Estas ficciones crean *la realidad o trama de la sociedad pero también son creadas por ella*, de modo que hay un doble juego de relación e influencia.

Las llamadas Revoluciones inglesas del Siglo XVII se asocian a la idea de limitación del poder. Así, los desafíos desencadenados hacia la figura del rey, requirieron de una nueva ficción, reemplazante de la clásica derivada del *derecho divino de la monarquía*. Ese reemplazo de ficción va de la idea de los hombres como desiguales a los hombres como seres iguales. Los valores humanos y la autoridad política son sostenidos por las *ficciones*, que no dependen únicamente del gobierno de turno.

Las dos causas históricas (impositivas y religiosas), que parecen haber motivado la invención de la idea de *representación popular* –como nueva ficción legitimante del poder–, no deben ensombrecer la percepción de los cambios de lenguaje y discurso de la época. Los funcionarios públicos

ahora obtenían su autoridad del pueblo y por ello eran sólo responsables ante él por sus actos en funciones, y no ante la autoridad que los había nombrado (monarca). Dios-Rey- Pueblo pasa a Dios-Pueblo-Rey. En este sentido el pueblo asume el *control* en el cumplimiento de la voluntad de Dios por parte del gobierno.

La encarnación del pueblo en el cuerpo del rey es sustituida por la representación de la nación en los cuerpos intermedios. En verdad, los ingleses estaban más preocupados por la salvaguardia de las libertades individuales frente a la autoridad gubernamental, y por eso no se plantean ni es un problema para ellos el dilema democrático de la ampliación del sufragio universal, o el ejercicio de la mayoría como “pueblo real”.

La base expresada en el consentimiento popular a la coronación como acto contractual, cambia en este proceso de énfasis, no tanto en procura de ampliar el poder del pueblo sino de los representantes del pueblo y recategorizarlos como tales.

La nueva ficción política quedó constituida con la consideración de que el pueblo es poder definidor y limitador de un gobierno, y como ficción no resultaba revisable ni demostrable empíricamente, sino más bien un acto de creencia o fe.

De la imposibilidad de reunión del pueblo en su totalidad derivaba la necesidad de la representación, pero dejaba al pueblo el poder constituyente (transferidor de soberanía al Parlamento). El pueblo verdadero (el que se hace oír) constituye la mayor razón y ésta debe primar sobre el mayor número de voces (temida como turba ignorante, inmanejable y manipulable) dividiendo por ende al campo político.

El logro revolucionario consistió en que el Parlamente fundó su autoridad en su papel de representante del “pueblo”, sin importar si ese pueblo es una fracción. Esta noción resultó tanto limitante para la mayoría como para el Parlamento, en tanto sólo podían entenderse en su relación receptiva con el pueblo real. Implicó asimismo cierta transacción entre el Parlamento y la Monarquía, y el primero pasó a ser el pueblo, a ser lo mismo que él por vía de la legitimidad de la infalibilidad del bien común. En síntesis, este traspaso gradual concibió al *pueblo* tanto como conjunto de súbditos concretos, como ficción de soberanía.

Me parece que, desde esta perspectiva, la construcción inglesa novedosa de *la representación*, se asienta sobre la idea en proceso acerca de la infalibilidad del poder. Y por otro lado en que el lugar del pueblo es el Parlamento, y allí la gente valida y legitima una ficción nueva. Esta validación se da a través de lo que la gente habla, sus discursos, las arengas y panfletos de la época, que resultan fuertemente motivadores de esta creencia naciente. La cuestión religiosa incentiva también, en el contexto histórico inglés, esta tendencia desde que el puritanismo promueve la organización libre de sectas sin dependencia del Papa.

Cuando el Parlamento hacia 1642 elimina la censura, la libertad religiosa provoca una explosión de grupos de puritanos, los panfletos vuelan y la efervescencia de la opinión crea un estado de movilización. Los *levelers* o igualadores (niveladores) agitan con su prédica a la gente. Es un pueblo real que empieza a hacerse oír, a movilizarse, dejando de ser simplemente el pueblo imaginado. Sin encontrarnos ante un hecho revolucionario de fecha cierta, la historia inglesa se desliza y son sus ideas intermedias las que evolucionan modulando –sin un corte abrupto con la ficción monárquica y divina– una concepción acerca de la representación y la participación políticas. El cambio de ficción no modifica abruptamente aquí las prácticas, y ésta es la diferencia con la tradición francesa en que el representante no cobra importancia por su conexión con la tierra, sino con la Nación en su conjunto.

También es interesante ver que el representante inglés nace de la persona destacada del lugar, que resume el espíritu local, de modo que su base es material, y por eso es representante de “algo concreto”, de la tierra como un fragmento de la sociedad, como sustrato de la comunidad. De ahí se pasa a la idea de arraigo o afincamiento como base de la representación en definitiva de todos.

El pueblo comienza a actuar en la emisión de opinión. Paralelamente es el ejército el que expresa su voz en los primeros momentos. Este ejército está formado por gente pareja, que toma conciencia, discute, y tiene la fuerza, pero es ahí donde se introduce la diversidad de opiniones creando un marco de posibilidad de la pluralidad. En ese punto el pueblo deja de ser un receptor pasivo, aunque lo hace en ámbitos reducidos sin tomar las calles. No es entonces un pueblo que actúa directamente como el francés, sino un pueblo que *limita los poderes*, es un contrapeso. Morgan

LAS FORMAS DE PARTICIPACIÓN Y DE MOVILIZACIÓN POLÍTICAS EN LA CONSTRUCCIÓN DE LA DEMOCRACIA EN EUROPA ENTRE 1640 Y 1933

ALEJANDRA DOTI

habla de discursos o ficciones “evidentes” por sí que se imponen por decantación, postula al mismo tiempo que los cambios superestructurales en las ideas no sólo se motivan en la realidad sino en la propia dinámica de la circulación de ideas.⁷

Finalmente, se nos presenta claramente que este proceso de transacción inglesa de dar a la mayoría cierto control sobre el gobierno, produce una reconciliación con la minoría; a su vez, sirvió de justificación a la autoridad.

La percepción fundante parece ser la de que hay una idea de que gobernantes y gobernados son lo mismo, porque el representante también es súbdito cuando paga sus impuestos, y que el pueblo-parlamento aprue-

⁷ ROSANVALLON, *La consagración del ciudadano. Historia del sufragio universal en Francia* cit. El autor, haciendo primar el rol de la filosofía de las ideas en el juego de la representación, expresa que se hace necesario diferenciar esta construcción de la representación política inglesa con lo acontecido en Francia. Para entender ello, tangencialmente podremos recurrir a Rosanvallon, cuando afirma con relación a la tensión entre el número y la razón, que el hecho revolucionario francés se distanció de lo acontecido en Inglaterra, puesto que la imagen de la nación se hallaba fuertemente implantada en la representación colectiva, y la acción centralizadora de la monarquía contribuyó a reforzarla. El autor, siguiendo a Sieyès, alude a la realidad de la nación, tratando de ubicar a la *razón* como organizadora del combate entre la libertad y la igualdad, contra la arbitrariedad y proceso de los privilegios corporativos. Por eso la nación es soberana y única; y la elaboración de una Constitución despersonalizada –como declaración de derechos– garantizará la libertad y la igualdad de los ciudadanos y, más ampliamente, la plenitud de los derechos naturales. La democracia directa debe evitarse por su acción desordenante y paralizante. Esta burocratización va acompañado por el desarrollo del Iluminismo, como filosofía de la libertad, y allí se halla el germen de una reacción aristocrática al cambio revolucionario. Es decir el despotismo ilustrado y el liberalismo se relacionan ambiguamente, dando un *mix* contradictorio. En este contexto, el Parlamento o las intermediaciones no son fuente de protección ciudadana; los procedimientos representativos son sinónimo de intereses particulares. Ergo, los hoy llamados intelectuales y los escritores emergen como los únicos portavoces de la razón y la evidencia. El camino hacia el elitismo resulta ineludible, fundado ahora en la razón y no ya en el nacimiento, el poder o el dinero. Por eso la preocupación francesa aquí no es tanto la institucionalización nacional como la construcción de la nación mediante un acto social y una transformación psicológica, que el hombre no requiera de coacciones externas para querer por la Nación. De este modo la tensión entre el número y la razón, es entre liberalismo y democracia, y entre lo individual y lo colectivo, ya que la *voluntad de todos* no liga con la *igualdad de las voluntades*, y el problema es su articulación. La voluntad general no es la igualdad de voluntades ni tampoco su suma.

ba o no las políticas del rey, no crea las decisiones. Del representante se pasó al gobierno representativo, en una ficción que acerca a los extremos, y esboza a una clase gobernante, o sociedad política, conllevando una evolución modernizante. Es en definitiva una *ficción* que descomprime la tensión siempre existente entre gobernantes y gobernados, o entre los intereses generales y los particulares; es un cambio de énfasis sin ruptura absoluta, puesto que se cree en el Parlamento como representante del pueblo. Este principio halla hasta nuestros días expresión en los textos constitucionales, cuando se dice que el pueblo no delibera ni gobierna sino a través de sus representantes, los que serán entonces siempre una *fracción*.

MAURICE AGULHON Y LA PREGUNTA ACERCA DE CÓMO SE CONSTRUYE “LA MENTALIDAD REPUBLICANA” EN 1848 EN FRANCIA

En vísperas de la revolución de 1848, varios son los factores analizados por el autor para construir lo que denomina “la mentalidad republicana” en Francia. Los mismos se hallan relacionados con la historia, los monumentos, los temas sociales en debate en la época, y los lugares de sociabilidad en general (las fiestas, los esparcimientos, etc.). Asimismo, la aparición del partido republicano, como un embrión de partido moderno, coayuda a la conformación de la misma. En una segunda etapa, entre 1849 y 1851, restaurada la República en Francia, la democracia logra institucionalizarse.

El contexto político es el de los vaivenes institucionales de Francia después de la Revolución de 1789, exitosa en las ideas pero inestable en lo político, con esquemas gubernamentales de breve duración, oscilando entre la monarquía restaurada, el imperio y la república (I y II en el período analizado). Estas oscilaciones, sin embargo, dejan a salvo siempre el hecho de la abolición de la monarquía absoluta como legado permanente de la Revolución Francesa. Luis Felipe de Orleans, coronado por los sectores liberales moderados, se establece como un monarca constitucional, limitado por la asamblea, en 1830, y es ésta monarquía la que preparó el camino hacia la República.⁸

⁸ CHATELET, F., O. DUHAMEL y E. PISIER-KOUCHNER, *Historia del pensamiento político*, Tecnos, 1982.

El acontecimiento central del texto es la restauración de la república en 1848 y el período enfocado por Agulhon tiene que ver con la formación de una mentalidad republicana que acompaña el ascenso primero de la burguesía y luego de las masas populares como actores políticos dominantes. Se trata de una mentalidad anónima, colectiva, despersonalizada, nacional, que plasma el orgullo nacional de 1789, el de la restauración de la República del año II de 1792, y en definitiva de la democracia (hasta ahí asociada al terror y la guillotina).

Ese camino allí iniciado, que busca adeptos, durante la Restauración monárquica y el Orleanismo, construye el republicanismo de la Revolución de 1848. Hay que buscar los embriones atrás del acontecimiento. La participación en la política municipal fue un lugar de crecimiento de estas ideas, cristalizada también en el lugar informal de las asociaciones, las logias, los círculos como lugares de intercambio entre librepensadores y burgueses republicanistas (veteranos de la Revolución).

Sin la literatura histórica no hubiera comenzado a nacer una mentalidad que ahora valoraba a la república, asociando a Robespierre y las convicciones socialistas, y que la alejaba de la dictadura. Igual contribución advierte Agulhon a la asociación entre Revolución y República que nace del uso de las alegorías, del tipo de la "Marsellesa", desvinculándola de la imagen guerrera. Y aun cuando las tres casas reales: los Borbones, Bonaparte y los Orleáns se distanciaban en su práctica de un régimen revolucionario para volverse más conservadores, lo cierto es que ninguna teoría filosófica alentaba la vuelta atrás.

La sociedad contemporánea a la Revolución de 1848 se distingue porque además de los ideales liberales ponía el acento en los temas de la cuestión social. Es en esa década cuando surge el problema del obrero, y se revelan al público, por obra de los opositores y de las doctrinas filosóficas, humanitarias o cristianas (los socialistas utópicos). Así de las doctrinas solidarias, pasan a la prensa y la literatura, para terminar en la huelga.

Esta evolución va acompañada de otro problema –el campesino–, con menor prensa pero igual incidencia en los cambios de mentalidad aquí analizados. La subsistencia de grandes latifundios y proletarios del cam-

po –aun abolido el feudalismo– alentó un malestar más difuso pero que aparece en alguna literatura política.

El nacimiento de la mentalidad republicana también se promueve desde la idea romántica acerca de la fuerza nueva y sana que muestra el pueblo, humanismo que se expande a través de la poesía, el folklore musical, la extensión de las asociaciones obreras, el hábito de leer el diario, la alfabetización primaria, y en definitiva el acercamiento de las masas a la cultura. La necesidad de extensión del sufragio (evitando restricciones fundadas en el patrimonio) surge como consecuencia ineludible.

La evolución tampoco es lineal: recién después de 1848 puede hablarse de convergencias, no de unanimidades entre republicanismos, socialismo y romanticismo. Sí parece hegemónica la idea adversa al autoritarismo y la acentuación del movimiento liberal.

El democratismo político resulta, a los ojos del autor, conquistas nacidas difusamente durante el reinado de Luis Felipe, cuyo liberalismo moderado no halla el eco de las posiciones radicales, pero que en la práctica significó el establecimiento de la Guardia Nacional y de los consejeros municipales, como fin de la pasividad política. Logros todos madurados en 1848.

Si bien no puede hablarse de la conformación por esos años de un partido republicano, como hoy lo entendemos –estable en el tiempo y superador de la mera suma de conciencias individuales–, lo cierto es que la influencia de los diputados llamados radicales se hizo sentir en su nacimiento, al extremar las ideas del liberalismo político, no así del económico. Eran más que nada notables locales, abogados o financistas.

Las salas de redacción de los periódicos, como lugar de encuentro y discusión, fueron el embrión también de los comités del siglo posterior. Dos diarios se disputaban por la época el mote de prensa republicana, *El Nacional* era más liberal sentimental que socialista y por ello más proclive a las reformas políticas moderadas aun en alianza con los liberales dinásticos. *La Reforma* extremaba las reivindicaciones de los trabajadores por lo que se acercaba al socialismo. Igualmente, estas diferencias –más de dosis– no impedían que los políticos republicanos se acercaran a uno y otro, y tuvieran una acción colectiva organizadora, más central que

dispersa con relación a otras manifestaciones de la sociedad. Con los años, la prensa ecléctica republicana comenzó a competir con la comunista y socialista, sobre todo en París, esta última con menos compromiso hacia la república como régimen político.

Por último, las asociaciones habían pasado alternativamente de la ilegalidad, a la actividad, y fueron perseguidas y reducidas a la clandestinidad en este temor francés a lo corporativo. Su vida pasó por lo secreto, el mutualismo, los círculos, la masonería, que no tenían fines políticos pero que sin quererlo promovían la sociabilidad racionalista y liberal.

Aquí se vuelve, como en Vovelle, a centrar la atención sobre las mentalidades, o sea lo que resuena en las ideas, valores, actitudes. Importa lo que mueve a la gente a actuar, valorando de este modo los impulsos sociales. Se trata de ver el pasado, conociendo el historiador desde el presente cuáles fueron los acontecimientos subsiguientes al hecho revolucionario. Por eso esta perspectiva indaga en lo paradójal de la República y la Revolución que retardan la efectivización del sufragio universal, legislado recién en 1889 en Francia, por miedo al triunfo de las posiciones monárquicas.

Lo cierto es que el uso de la historia, y en especial de los *monumentos*, es rescatado aquí como los lugares materiales donde se construye la historia o la mentalidad (la Bastilla, las columnas parisinas, etc.). Desde esta perspectiva, podemos observar cómo el Estado tiene infinidad de recursos para construir la memoria: los billetes, las canciones patrias, las banderas, etcétera... Aunque las intencionalidades finalmente no coincidan con los resultados. Éstos constituyen discursos visuales o icónicos, símbolos y en definitiva otros modos que adopta la ideología. Esos símbolos se imprimieron en las mentalidades que finalmente fortalecieron a la República, con un tono heroicista atribuido a la Revolución Francesa.

La conclusión parece ser que la *República* resulta un continuo que va desde un contenido más liberal a uno menos liberal, uno más emparentado con los derechos y otro de mayor compromiso activo con el ciudadano y su participación. Los vaivenes de la historia monárquica y republicana francesa posteriores a 1789 demuestran estas dos puntas de la cuestión, pero ante todo ponen sobre el tapete la idea comunitaria

y más alejada del liberalismo: la de que no puede haber ciudadanos replegados sobre sí mismos.

La época estuvo signada por la puesta en la agenda estatal de la "cuestión social", frente al aumento de la población parisina, la migración del campo, el problema urbano, haciendo visible el tema de los pobres. Lo novedoso fue que los ciudadanos empezaron a pensar en *el pueblo*, asociándolo con los campesinos, en una inversión de la idea ilustrada de pueblo. Es decir apareció una *idea romántica*. Si bien no se puede en la época hablar de opinión pública extendida, lo cierto es que los diarios hicieron lo suyo, pero también esta esencia acerca del campo recorrió los cuentos y el folklore. Es decir, que fue una primera aparición de los valores nacionalistas, pero unido al republicanismo y al liberalismo, y más vinculado al arraigo que a la sangre.

De ahí que hacia 1871 comience a pensarse en la importancia de la educación de los campesinos para el sufragio, para contrarrestar los males de los gobiernos minoritarios, como herramienta y solución. Estas ideas republicanas se nutrieron de la tradición y del Romanticismo, y constituyeron algo parecido a un partido político (protopartido), alentado por las prohibiciones a las asociaciones políticas después de la Revolución. En general podían verse asociaciones filantrópicas progresistas y rituales, a donde llegan los temas de la política. Lo social vuelve a determinar a lo político. Es decir, que cuando las personas comienzan a salir de sus casas, a lugares semipúblicos como cafés, charlan, comen, comienza el espacio de los primeros partidos políticos incipientes, gente que se une por sus afinidades.

Por un lado, Agulhon visualiza a los notables del lugar que llegan a ser *diputados* y, por otro, a los *periódicos* como el lugar de la opinión. En esos círculos, redacciones, se comentan los diarios, que llegaban por correo o suscripción, y donde un nexo más personal va ganando uno a uno a los lectores. Éstos fueron embriones, sin estructuras todavía estables y extendidas como un partido político, que arraigaron en la sociedad construyendo el Partido Radical Republicano enfrentado a la derecha (o sea al aparato de la Iglesia).

El texto de Agulhon nos vincula con el tema del orgullo nacional y la literatura como suscitadora de la memoria colectiva, en el contexto

de la decadencia de las monarquías: Un clima intelectual que se mete por los intersticios sociales en un clima predominantemente humanitario y republicano.

Estas primeras formas de representación-participación política de las masas enseñaron sobre la herramienta más eficaz para influir en los votantes, o sea la comunicación boca a boca entre ellos: comunicación que desde entonces constituyó la más difícil de controlar para los gobernantes. Lo que ocurre en ese plano de la realidad tiene, entonces, una fuerza extraordinaria; la eficacia de todo mensaje político radica en que llegue al habla cotidiana de la gente y la persuada. Por eso resulta esencial a cualquier régimen el contralor de la prensa. Esta perspectiva del texto de Agulhon cobra actualidad cuando vemos su acentuación con la aparición de la herramienta de Internet, que posibilita que la gente multiplique la capacidad de comunicación horizontal y que los mensajes circulen con una fuerza inusual a través de espacios incontrolables para gobiernos y poderes.

La conclusión nos acerca a la afirmación de que si una autoridad es un poder validado culturalmente, toda sociedad fragmentada neutraliza las posibilidades de construcción de la autoridad, puesto que no fluye la consolidación de un imaginario colectivo o una mentalidad común.

LA NACIONALIZACIÓN DE LAS MASAS EN MOSSE Y SCHORSKE

Estas dos últimas perspectivas nos llevan a la confirmación de que lo social se expresa en lo político. En la realidad alemana de fin del siglo XIX y principios del siglo XX, resultan ser los oprimidos y los enojados por la organización que estaban adquiriendo los obreros, los que producen las movilizaciones. No se trata de personas unidas por intereses de clase, al modo inglés, sino personas que reaccionan en oposición a "algo", son "antialgo", y los invade un sentimiento de exclusión. Después veremos que ese algo puede encarnarse "instrumentalmente" en la izquierda obrera, el judío, el antinacional, el liberalismo explotador, etcétera.

Lo cierto que en el artículo de Schorske se parte de la idea de que las *fantasías son movilizadoras* creando imaginarios, determinantes de los modos de participación. Esta línea halla consonancia con las descripciones

de Romanelli⁹ acerca del caso italiano. Las coincidencias en la estructura social alemana e italiana radican en su conformación fuertemente jerárquica y corporativa. Es desde afuera, o sea desde el Estado, que se les dice a los individuos que deben votar, y por supuesto a quiénes. La iniciativa de participación se da desde arriba, ya no como en el caso francés o inglés, desde la iniciativa de la sociedad civil.

Siguiendo esta línea, en Mosse se asevera que las fantasías son moldeadas por las ideas, dando unidad, es decir, constituyendo identidades grupales. Son las ideas las que se filtran en las fantasías. Del mismo modo, como en Vovelle la idea de "Pueblo" o "Rey-padre" ejercía esa misma atracción y función.

Son aquí los *líderes nacionalistas y las masas* las que protagonizan y dan una vuelta de tuerca a la participación política a través de la movilización. En consonancia puede observarse cómo el urbanismo, la música, la pintura, la cultura del 1900, y aun la dimensión psicológica, crean el marco para tales expresiones de la política (impresionismo que da unidad de sentido a las partes, y que crea la pintura en los espacios al aire libre). Ahora la política trata de crear *fantasías* en los seguidores.

Schorske describe a tres líderes políticos alemanes importantes de fin del siglo XIX, dolidos por la crisis de representación del liberalismo parlamentario racional, de lo que se sigue una asociación entre irracionalismo y pesimismo. Ellos son por un lado *Georg von Schönerer* y su propuesta de pangermanismo como contestación a la exclusión austriaca de Alemania. *Karl Lueger* y el socialismo cristiano, y por último, *Theodor Herzl* y el sionismo. Todos representan en algún lugar la búsqueda de una unicidad, la fuerza de las autonomías frente al liberalismo al que tachan de desintegrador y excluyente. El diagnóstico del autor dio por resultado el nacimiento de movimientos de masa. En una propuesta que se inclina por la sensibilidad y que desde los conductores políticos de masas provocan rebeliones culturales. Lo que está en juego según el autor es el paso de la sociedad tradicional a la moderna, y una cierta asincronía en este pasaje, que queda a dos aguas.

⁹ ROMANELLI, Raffaele, "Le regole del gioco. Note sull'impianto del sistema elettorale in Italia (1848-1895)", en *Notabili, Elettori, Elezioni, Quaderni Storici*, nuova Serie, 69, dic. 1988 (trad.).

El autor va detallando la vida de cada uno de estos líderes alemanes. De Schönerer dice que es un nacionalista que fusiona ciertas antinomias. Como hijo de un profesional integrado a la industria de los servicios, las fábricas de locomotoras, conforma un sector social que adquiriría títulos nobiliarios por servicios prestados, no por dinastía. Así forma parte de una sociedad que integra a las tradicionales aristocracias terratenientes agrícolas al capitalismo. El autor vincula que desde la indiferencia liberal capitalista al problema de las nacionalidades, se pasa al descontento en un clima de agresividad inhibida y de ahí a la aparición del demagogo. Se relaciona así por un lado al sionismo (asociado con el dinero y la prensa) como enfrentado a la aristocracia, al Pueblo y al líder antiliberal en un solo bloque.

En este marco, la Nación ocupa el lugar de la antigua aristocracia, y el enemigo es un elemento negativo que otorga coherencia al discurso. Comienza así a darse la agitación de palabras y de acciones, con prácticas parlamentarias amenazantes. La paranoia difamante también cumple en este caso un rol, descuidando si se quiere la cultura estética de la política, pero creando famas difíciles de destruir del imaginario social. Este discurso atraía a airados y románticos, con lealtades todavía seudofeudales, en una coalición entre aristocracia y masas.

Por el otro lado, Lueger, también desde la crítica social demócrata al liberalismo, opera de modo semejante. Vemos cómo esa construcción del enemigo *moviliza* y resulta en una práctica más extraparlamentaria de la política. Se resalta que la política es más magia que razón ahora. Paulatinamente los enemigos del liberalismo se van aglutinando, son todos aquellos que respetan las tradiciones y presentan cierta sensación de superioridad social. Son movimientos que aglutinan a resentidos y decadentes con añoranzas del pasado y sin adaptación a las nuevas realidades. Pero también une a los reformistas sociales anticapitalistas. Se dice entonces que el nacionalismo nació en la transición entre tradición y modernidad.

Finalmente, se alude en el texto al último líder, Herzl, quien pone el acento en la utopía y la fantasía creativa de los sueños. Se observa desde su historia personal que en su desesperación por lo estético se identifica con el judaísmo ilustrado, cosmopolita y humanista, que cree en el mérito del intelecto. Así aparece la explicación de que los movimientos sociales

se dan por la aparición de las actividades económicas nuevas, de la industrialización que desplaza la producción artesanal. Horrorizado, como corresponsal de un periódico en París, por la decadencia liberal, le teme a la fragmentación de intereses por su ausencia de coherencia general, observando a su vez la fascinación que despiertan los soberanos salvadores, carismáticos y antirrepublicanos.

Los tres líderes de movimientos de masas, comprenden que la masa es sugestionable y voluble, y que en ello radica la eficacia de la demagogia mágica que emprenden. Se inclinan por la persuasión no racional, la de los gestos grandiosos. Entienden que los símbolos son energías psíquicas que operan como motores de la historia. Y que la Nación es el vehículo de la organización de la energía grupal. Es posible la manipulación popular porque la gente necesita creer, por ende no hay que temerles. Lo comunitario y la revitalización del pasado se hallan presentes en los tres autores a través del valor dado a las tribus germanas, al catolicismo medieval o al Reino de Israel, resultando una ideología finalmente desintegrante.

En este clima, lo cierto es que poco a poco, más gente se va incluyendo en la política, porque se aflojan los requisitos para ser ciudadano, y como dice Romanelli, “el ciudadano se va haciendo”.¹⁰ Si bien la iniciativa se

¹⁰ Romanelli, obra citada: “En Romanelli aparece esta meta italiana post unificación, la de hacer a los ciudadanos italianos, es así de construible lo político, que hay que imponer la lengua italiana por encima de los dialectos. El estado italiano es un estado precario que comparte su lugar hasta con la mafia, pero que hacia 1860 necesita algo más, hace falta poder decir que se representa a la voluntad popular. Se avanza así en la participación política pero sin movilización, desde arriba. Realistamente Romanelli advierte acerca de que la representación está fuertemente mediada, y adquiere formas espurias. El pueblo es una invención para algo [...] Si cada nación tiene un espíritu según la vertiente alemana, y decantadas las mismas puede construirse una constitución que lo interprete, al modo alberdiano, *todo es invención*, nada está dado. La representación es una abstracción *para* una función. El fraude forma parte de una práctica para que una elite se recicle en el poder. Como no es una sociedad de individuos sino de cuerpos, como toda sociedad heterogénea necesita que el gobierno trate a todos como si fueran iguales, de tal modo las exclusiones siempre son naturalidades históricas. La política no va a alterar esto ni nadie lo piensa, las elecciones se constituyen en la bisagra entre la SOC y el E. La corrupción permite articular ambos. El fraude inventa el resultado y la corrupción mediante el soborno a votantes, permite a pesar de todo una evolución hacia una mayor participación de la gente. Esas evoluciones se advierten en el cambio del lugar de emisión del voto: del atrio

da desde arriba, no desde las bases sociales, se produce un fenómeno parecido al del caso italiano, donde los propios notables tradicionales abren el juego a la ampliación de la base electoral, casi por contagio o copia de lo ocurrido en otras partes de Europa. Innegablemente la gente se va interesando más en la política. Es cierto que los mecanismos liberales se han visto desbordados por la participación, y ya no resultan eficaces. De ahí el nacimiento del llamado “tono sostenido”: una práctica política originada en la participación ampliada, de gente sin educación ni práctica política anterior, grandilocuente en sus discursos exaltados, que cree en los gestos escénicos y en los lemas identitarios.

Nace una nueva práctica parlamentaria, la de interrumpir, hacer ruido, agredir verbalmente, patotear, como modos habituales de la política práctica. El lugar de la política deja de ser el Parlamento liberal, para pasar a las calles, en sus manifestaciones agresivas. La política de la confrontación, que hoy bien conocemos, nace en esta época, aquella que extrema y acentúa las distancias entre adversarios políticos, discursivamente, componiendo al “otro” como un enemigo. La racionalidad negociadora ahora es despreciada. Los actores sociales se interpelan discursivamente, y desde aquí se construyen.

La participación política ampliada crea actores sociales, no están desde antes como en Italia, pero a su vez ahora les interesa ganar elecciones. Por primera vez alguien se pregunta: ¿para que me voten, para que me crean, qué hay que decir?

El nacionalismo produce un *collage* ideológico: no desarrolla una sola idea, pero toma algo, en retazos, de la atmósfera, como residuos culturales que engarzan el presente con el pasado. Interpretan el ambiente social del momento, sin preocuparse por su coherencia: nacionalismo, antisemitismo, tradición, etcétera. La preocupación es ahora por el lado emotivo y estético de la política, lo visible y los símbolos adquieren entonces real importancia, podríamos decir que cierta religiosidad es sustituida por el patriotismo.

Los tonos y los gestos, los discursos en definitiva, deben tenerse en cuenta por el político-artista, porque esto es lo que espera el receptor-

de la Iglesia al lugar neutral de la escuela en un salto cualitativo. El Estado actúa como partido homogéneo que impone sus candidatos en cada lugar”.

masa. Como sus protagonistas no son defensores acérrimos de una idea, la política es más una modulación, un recorrido que pasa de tonalidad en tonalidad. El liberalismo, el nacionalismo, lo racial, lo democrático se combina residualmente en el caso alemán.

Se observa en comparación que el *partido político*, como estructura de representación política, se alza como menos poder inclusivo horizontal (de los iguales) que el movimiento. Este último, por su espontaneidad y falta de estructura preexistente (ausencia de plataforma y de permanencia en el tiempo más allá de los actos eleccionarios), recepta gente del mismo lado, en comparación con la captación más plural del partido político.

El *movimiento* adquiere una capacidad de adhesión casi mágica, al descubrir las voluntades de la gente pero a la vez peca de desmesurado en su búsqueda de conversión a ultranza. Es por ello más proclive por naturaleza a la necesidad de un conductor.

Es Mosse quien explica el clima circundante a la nacionalización de las masas en Alemania, y detallándolo como un proceso de incorporación ordenada de nuevos protagonistas a la política, pero desde el Estado. Este proceso, a la vez cultural e ideológico, entrelaza la nación a lo popular. Es una lucha antimoderna contra la disolución del individuo en la sociedad civil. Se advierte en la “nueva política” que las masas son polifacéticas, hay un pueblo formado y otra parte que no, por lo que no pueden dividirse aguas entre ilustrados y no. En este contexto, Mosse advierte acerca de que la línea de la política romántica de la segunda mitad del siglo XIX resultó una línea paralela pero también reaccionaria a la Ilustración.

La tesis es que lugares donde el sufragio es limitado, la participación política se da por vía de la movilización de los no representados. El paralelismo, en este sentido, con los populismos latinoamericanos es evidente, sobre todo cuando se habla del peronismo argentino como una forma de ampliación de la participación política.

Así cobra revalorización lo comunitario, lo ya conocido: la sociedad de cuerpos del siglo XVIII. La pertenencia a la nobleza, al señorío, a la Iglesia, a la familia, a la aldea y a la ciudad, que determinan un destino individual *pero en la comunidad*. La novedad es que ahora la *Nación* es la incluyente en el siglo XIX. En este clima se valoriza la *comunidad*,

como la relación cara a cara de iguales, rechazándose a la *sociedad*, como relación entre desiguales, distantes en sus pertenencias de origen. Esta visión de lo social dista de las interpretaciones marxistas que hablan de que los actores sociales se determinan en sus conductas en función de su ubicación en la estructura económica. También se aleja del modelo del liberalismo inglés, al modo descrito por Morgan, en que los individuos se unen entre sí por la voluntad de hacer algo en común, o como dirá Tocqueville, por sus intereses profesionales. Lo cierto es que el siglo XX y XXI, es más rico en asociaciones pero no ya de clases, sino multclasistas.

La sociabilidad política moderna nace informalmente -no en estructuras específicamente políticas- en los clubes sociales, el café, es decir, en lugares de recreación unidos a alguna idea (religiosa, política, de nación, etc.), adquiriendo entonces un costado político, y constituyendo finalmente un nuevo lugar de participación política. En este contexto, las ideas nacionalistas alemanas encarnadas en las asociaciones de gimnastas, de tiro o corales, dan vida a los sentimientos que procuran la unificación alemana. Fueron asociaciones que en la práctica tuvieron gran cantidad de participantes, y surtieron el efecto de aminorar las distancias con el Estado, ya que muchas de ellas fueron absorbidas por él. Fueron asociaciones que dieron importancia a la liturgia, unieron el deporte a la ceremonia grupal, a las fiestas estatales, al festejo por la Nación. Es desde la sociedad civil donde se construye lo político pero con fuerte presencia e iniciativa del Estado.

A diferencia de las experiencias francesas expuestas por Agulhon y Vovelle, donde desde la sociedad civil, desde sus clubes, se ocupaba el lugar de lo político en una suerte de retransmisión al gobernante, aquí aparece una iniciativa hegemónica de los líderes políticos.

En lo gimnástico se traduce también el ideal de belleza (el espíritu alemán que la política debe interpretar en sus ideales arios de proporcionalidad simétrica y el gusto por la simplicidad de las formas), a su vez transmitido a los monumentos y festividades. Asimismo el ideal griego da coherencia hacia el pasado al espíritu alemán.

Lo novedoso del entrecruzamiento alemán entre la Nación y lo popular adquiere una naturalización persistente en la política moderna pos-

terior. Es así como la incorporación de los obreros a esta idea de Nación, ya nunca más pudo ser desprendida totalmente.

El Estilo político o “el tono sostenido”, la actitud, marcan una época, una manera de hacer política, que ya no responde a bases programáticas partidarias. Aquí se desprende la idea de que los valores políticos dependen de los estéticos, y que en definitiva los mensajes políticos penetran desde escenarios montados al efecto. ¡Cuánta actualidad!

La nueva política entiende la historia como una continuidad que es proclive a la adaptación de las tradiciones a lo nuevo. La belleza de los ritos cúltricos (nacidos de la fe) se perciben desde entonces como efectivos para anclar lo *nacional* en la conciencia del pueblo, puesto que *cohesionan* y ordenan, en una unidad jerárquica. Es en esta época donde cobra importancia la palabra hablada más que la escrita, creciendo la propaganda y la manipulación, puesto que ella activa las emociones dejando en un segundo lugar a la política institucional como fuente de legitimidad.

La conclusión, en el final de este recorrido, es que las técnicas de la política de masas ya existían hacia 1933. La apelación al pasado glorioso, a los héroes y a los hechos excepcionales marca la práctica política. Esta preocupación por la belleza sencilla y antibarroca es funcional al ideal unificador intemporal, que puede unir opuestos y finalmente las diversidades del Imperio Austrohúngaro. Se crea la *ficción* (y va otra ficción política), ahora, de la disolución del conflicto mediante la unidad formal. El teatro es el lugar de la unidad con las masas en términos políticos. La importancia del entorno, de cómo se dice, priman. Los altares, la escenografía de la política son el lugar-espacio de la política, en donde el líder interpreta a la masa, activando sus emociones. Ese entorno satisface las aspiraciones de control social por la política, mediante la idealización imaginativa del pasado.

Podríamos decir que el nacionalismo se dirige tanto a las masas oprimidas por el capitalismo como a los aristócratas desposeídos por la burguesía, o sea que resulta un extremismo de clase media.

Las *conclusiones* o hilos conductores que encierran cada uno de los textos abordados hasta aquí, en clave de ampliación de la participación política y la movilización social, podrían pasar por acentuar paulatinamente en un continuo varios conceptos novedosos. Así el valor dado a

la *comunidad de iguales* (Aguilhon), las *mentalidades* como producto de la sociabilidad de Vovelle, las *ficciones políticas* de la representación del pueblo en los discursos en Morgan, la *participación movilizada* desde el liderazgo político de los autores alemanes. Hay siempre en todas estas líneas una historia de acontecimientos pequeños, domésticos e informales, tomados como incidentes productores de hechos revolucionarios, que devinieron en la ampliación de la participación política en la Europa del siglo XVIII, XIX y principios del XX.

No son las explicaciones mecanicistas centradas en la determinación económica de las superestructuras políticas las que priman en estas interpretaciones históricas. Tampoco se observa una continuidad ideológica única o cerrada en la construcción de lo democrático. Así lo democrático y lo liberal fueron combinándose, y adquirieron alternadamente tintes reaccionarios a la vez que ampliatorios de las formas de participación.

Ya sea desde lo racional o desde lo irracional, la política fue adquiriendo continuamente la necesidad de creación de *ficciones o creencias*, sustituidas o decantadas paulatinamente por las épocas y los localismos. Ya sea construida desde arriba o desde abajo, resultan irremplazables en los modos de conformación de la representación política. Básicamente está en juego la representación a lo largo de todas ellas.

Fuertemente aparece la deuda a la Ilustración: la idea de que todo el mundo puede participar en política. Será el modo inglés, en que la opinión pública nace de los intereses sectoriales legítimos y el egoísmo ordena mientras que el altruismo desordena. Será al modo francés, en que la circulación de las ideas y el debate se legitiman a la luz del interés general.

Vemos cómo heredamos de Francia una forma de hacer política derivada de la *conversación*, que denuncia a los enemigos del pueblo asegurando su virtuosismo como pueblo. En esta línea, Rosanvallon advierte sobre el extremismo en las palabras, pero la reticencia en las prácticas políticas, como el otorgamiento del voto a la mujer recién a mediados del siglo pasado.

Así es, entre el pueblo francés que gobierna o el pueblo inglés que controla, o la tentación irracional por el líder, aún hoy se debate la democracia.

Derecho constitucional del ciudadano y derecho constitucional del poder del Estado*

RAÚL GUSTAVO FERREYRA¹⁻²

§ A. OBSERVACIONES PRELIMINARES

Que el mundo se constituye por la totalidad de las cosas que existen independientemente del conocimiento es un enunciado razonablemente

* El título adoptado se inspira en la afirmación básica del Maestro Germán J. Bidart Campos. A partir de su *Derecho Constitucional* (Buenos Aires, Ediar, 1964) y a lo largo y ancho de toda su obra enseñó a distinguir entre el “Derecho constitucional de la libertad: centraliza un núcleo que coincide con el de la democracia, al conferir instalación a la persona humana de acuerdo con su dignidad, su libertad y sus derechos, y Derecho Constitucional del poder como el fragmento del mundo jurídico donde se localiza la política que hacen los gobernantes y la que hacen los gobernados apuntando al poder”.

Por su parte, el Prof. Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni tuvo la generosidad, paciencia e interés para leer este documento, con antelación a su exposición pública. Agradezco, por supuesto, nuevamente, sus beneficiosos comentarios y observaciones, escritos que se encuentran en mi archivo personal. No hace falta decirlo: él es ajeno a cualquier error que pueda contener la contribución.

¹ Profesor de Derecho Constitucional e Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas “Ambrosio Gioja”, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires; Doctor por la Universidad de Buenos Aires.

² El texto constituye la base dispuesta para la prueba de oposición oral rendida el día 3 de diciembre de 2008, en el marco del concurso para cubrir un cargo de Profesor Titular (catedrático) con dedicación parcial en la asignatura Elementos de Derecho Constitucional, Departamento de Derecho Público, expediente 601.981/2003, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. El jurado integrado por los Profesores Doctores Luis Aguiar de Luque, Antonio Torres del Moral y Robert Barker distinguió al autor en el primer lugar en de la valoración global de los méritos –antecedentes, prueba de oposición y entrevista personal– y por ende lo propuso para ocupar la plaza del concurso. Aunque es una práctica en otros lugares del Mundo, por los rasgos inherentes de los concursos en la UBA, no se publican los textos de las oposiciones orales por diferentes motivos, uno de los ellos, quizás el principal, que las disertaciones orales no son recogidas en soporte papel, grabación o video. En este

argumentable, difícil de controvertir y elemental para el sentido común. Naturalmente, el Derecho Constitucional es un existente mundano.³ Por ello, conocer el Derecho o sistema constitucional,⁴ implica la comprensión previa de su objeto: las reglas de raíz y jerarquía constitucional. Solamente a partir de dicha comprensión, es decir, a partir de una correcta configuración ontológica del objeto, se pueden formular atribuciones de la cosa.⁵

Consecuentemente, desde que la normatividad de un sistema constitucional no es sino la de un orden histórico concreto, la única cuestión que merece ser planteada en el contexto de la exposición es la relativa a las disposiciones normativas contenidas en el sistema constitucional de la Argentina actual, individual y concreto.⁶

caso la producción escrita precedió a la oral; dicho con más claridad todavía: publicados los temas por indicación de los miembros del jurado internacional –noviembre de 2008–, el aspirante luego de elegir uno de ellos dispuso su meditación y ulterior exposición escrita. Huelga decirlo: el examen oral no fue leído.

Hoy se ha juzgado interesante su publicación; se incluyen algunas afirmaciones reformuladas, merced a la reelaboración facilitada por las objeciones y/o preguntas de los señores miembros del jurado.

El jurado fijó cerca de 20 temas. El elegido por el autor fue: “Entre las garantías constitucionales de naturaleza estructural (separación de poderes, *checks and balances* [pesos y contrapesos], federalismo, etc.) y las garantías constitucionales de derechos individuales: ¿cuáles considera usted que son las más importantes para la defensa de la libertad?”.

Las citas de autores se consignan tal como fueron introducidas en la disertación oral; ahora, únicamente, a pie de página se deja constancia y al final del trabajo en la sección § VI, “Fuentes”, se consignan con mayor extensión la obra y los números de páginas en las que consta el planteo, declaración o concepto del autor citado, o de los que no han sido citados pero fueron objeto de consulta. De esta forma no se decide alterar el modo habitual de constancia de las referencias bibliográficas. Simplemente, mantener fidelidad con la estructura de la disertación oral.

En la Sección § VII se introducen también: a) los lineamientos de investigación y dirección de cátedra, y b) los programas de enseñanza, tal como fueron expuestos y presentados al Jurado.

³ RUSSELL, Bertrand, “El realismo analítico”, en *Análisis filosófico*, introd. y trad. de Francisco Rodríguez Consuegra, Barcelona, Paidós, 1999, p. 66.

⁴ BIDART CAMPOS, Germán. J., *El derecho de la constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar, 1995, p. 19.

⁵ BUNGE, Mario, *Epistemología. Ciencia de la ciencia*, Barcelona, Ariel, 1981, p. 55.

⁶ HESSE, Konrad, *Escritos de Derecho constitucional*, selección, trad. e introd. Pedro Cruz Villalón, Madrid, Centro de Estudios Políticos y constitucionales 1992, p. 4.

Sobre el método. Corresponde distinguir, pues, entre la descripción del objeto (el Derecho positivo constitucional) y luego, su valoración. Lógicamente, resulta indiscutible que para poder criticar hay que conocer (previamente) la cosa, en este caso, los rasgos básicos del sistema constitucional federal de la Argentina.

§ B. AFIRMACIONES BÁSICAS

A continuación, las proposiciones capitales⁷ que se discuten y desarrollan en esta disertación. No es mi intención elaborar conceptos constitucionales meta-positivos. Apoyo las afirmaciones sobre las expresas disposiciones normativas creadas por el poder constituyente y su desenvolvimiento en la experiencia constitucional.

Primera: La constitución escrita del Estado argentino es un modelo normativo que, naturalmente, como es dable esperar de toda obra humana, experimentará intentos de modificación, quebrantamiento o transgresiones en su continuidad histórica. Es justificable aseverar que la constitución vale o valdrá, lo que valen o valdrían sus garantías.

Segunda: La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 estipuló, en su art. 16, que “Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución”.

Si bien es cierto que resulta complejo imaginar la existencia de la garantía de los derechos individuales sin separación en el ejercicio de las funciones estatales, si se examina el período 10-12-1983/10-12-2008 (veinticinco años de democracia constitucional en la Argentina que se han cumplido muy recientemente), se puede proyectar que las garantías denominadas estructurales del sistema constitucional han tenido, por decirlo de algún modo, un rendimiento más distinguido que las garantías de los derechos individuales. La primera vez en ciento cincuenta y cinco años de historia constitucional en que todos los ciudadanos han podido y pueden participar, sin interrupciones, durante veinticinco años, del proceso de gobierno; con simulacros, debilidades y frustraciones, pero participación al fin de cuentas.

⁷ POPPER, Karl, *Escritos Selectos*, trad. de Sergio René Madero Báez, comp. por David Miller, México, D. F., Fondo de Cultura Económica, pp. 61-82 y 136-142.

Tercera: Un nivel de argumentación derivado del anterior, o sea, proyectado por el funcionamiento de la Constitución de la Argentina como proceso, pero sin controles horizontales, da lugar a nuevo animal político: la democracia delegativa.⁸ Se basa en la premisa de que la persona que gana la elección presidencial se encuentra autorizada a gobernar como él o ella crea conveniente, sólo restringida por la cruda realidad de las relaciones de poder existentes y por la limitación constitucional del término de su mandato.

Distingo, pues, la regulación de un orden constitucional concreto y la comprensión que efectivamente ha realizado, teniendo en mira el interrogante planteado en la apertura; es decir: importante significa una cualidad o atributo, algo que se atribuye a un objeto porque es muy interesante.

Sin que implique una afirmación anticipada, corroborar que la Constitución Federal de la Argentina –en adelante: CA de modo indistinto– ha mostrado una mayor distinción en tanto regulación y garantía del proceso de gobierno, no trae como consecuencia inmediata desmentir que la Ley Mayor carezca de una ideología o valores sustantivos. En todo caso, los procesos de gobierno⁹ estipulados en la Constitución vislumbran un funcionamiento más adecuado a la letra constitucional que las garantías de los derechos individuales que, muchas veces, deben verse cara a cara contra el despotismo ilustrado de la razón de estado.

Apréciese, ahora, un aspecto conceptual del título del trabajo. Por amor a la claridad y sin perjuicio de que se volverá más adelante, con el objeto de asegurar la demarcación de la propuesta, por *garantía constitucional* se han de captar aquellos instrumentos diseñados para acortar las orillas que habitualmente separan lo ordenado por la prescripción enunciada en el texto constitucional y el sentido que la práctica de las autoridades a cargo del gobierno pueda aplicarle incorrectamente. Por *división de poderes* de modo analítico debe recordarse que en todo Estado constitucional se individúan tres tipos básicos de tareas: *legislativa*

⁸ O'DONNELL, Guillermo, *Contrapuntos. Ensayos escogidos sobre autoritarismo y democratización*, Paidós, Buenos Aires, 1997, pp. 287-304.

⁹ ELY, John. H., *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*, trad. de Magdalena Holguín, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1997, pp. 97-131.

(producción de reglas generales que contienen requerimientos dirigidos a la conducta humana); *ejecutiva* (en su ejecución para lograr finalidades colectivas), y *judicial* (asegurar el respeto y reintegración de las reglas violadas, especialmente en casos de conflictos entre sujetos de derecho).¹⁰ Y por *eficacia*, si una regla es o no es cumplida por las personas cuyo requerimiento de conducta se dirige y, en el caso de ser violada, que se la haga valer con medios coercitivos por la autoridad que la ha impuesto.¹¹

§ C. REGLA FUNDAMENTAL

1. *Constitución y garantías*

Ciertamente, cada sistema constitucional posee sus propios rasgos de identidad. Posiblemente pueden hallarse formulaciones de disposiciones normativas de manera parecida en diversos textos constitucionales, pero la identidad finaliza allí, en el lenguaje. Porque cada orden institucional provoca y proyecta frutos y malestares diferentes sobre la realidad política, la que es influenciada decisivamente por el ámbito cultural de la comunidad.¹²

La Constitución Federal de la Argentina, con aciertos y errores, se ha afirmado, a nivel dogmático, como la Ley Mayor del sistema jurídico que pretende canalizar las expectativas de la sociedad para estabilizarlas y brindarles permanencia. Manteniéndome en esta posición, además, sostengo que, aunque los padres fundadores diferían o no coincidían acerca de cuán democrática sería la Constitución, está fuera de duda que, más de ciento cincuenta años después, dicha Ley Mayor –garantizando la participación libre, igual y plural de todos los ciudadanos sometidos a ella– ha juridificado la democracia.

Actualmente, el orden estatal de la República Argentina se encuentra instituido por su Derecho Constitucional, creación humana que emana

¹⁰ DE VERGOTTINI, Giuseppe, *Derecho constitucional comparado*, trad. de Claudia Herrera, Buenos Aires, Universidad. 2005, pp. 67-96.

¹¹ BOBBIO, Norberto, *Teoría general del Derecho*, Bogotá, Temis, 1997, pp. 20-38.

¹² HÄBERLE, Peter, “La constitución en el contexto”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 7, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales 2003a, pp. 223-245.

básicamente de las reglas generales contenidas en la Constitución Federal de 1853 con sus reformas de 1860 –la constitución histórica–, 1866, 1898, 1957 y 1994, y en las reglas del Derecho internacional de los derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional. El sistema jurídico constitucional es básicamente objeto de interpretación porque su delimitación viene determinada por la fuente de producción constituyente. En contadísimas ocasiones, también el Derecho Constitucional es producto de la interpretación judicial, por obra y gracia de la generalidad normativa de la disposición elaborada por el juez para justificar su decisión, la que no fue prevista por el constituyente. Sobre esta cuestión, remito a mi contribución “Rasgos básicos del Derecho Constitucional: sistema; libertad, igualdad, fraternidad; teoría”.¹³

La creación judicial de Derecho (constitucional) se produce, exclusivamente, en los casos de lagunas normativas y en los de conflictos de reglas –falta de plenitud y de coherencia, respectivamente, motivo por el cual sostener que las sentencias judiciales son normas individuales constituye una afirmación más que dudosa–. Consecuentemente, fuera de los citados casos que exponen defectos del sistema, es dudoso que las llamadas “normas o reglas individuales –sentencias–”, que parecen requerir el rasgo inequívoco de la generalidad, al menos respecto del sujeto o destinatario de la norma o regla, sean realmente “normas o reglas” constitucionales *stricto sensu*.¹⁴

La primacía del Derecho Internacional de los Derechos Humanos –en adelante DD. HH.– puede ser observada como un paradigma del Derecho Constitucional de la Argentina.

Por intermedio de la reforma constitucional de 1994, se dispuso en el art. 75, inc. 22: “...Corresponde al Congreso [...] Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los

¹³ FERREYRA, Raúl Gustavo, “Rasgos básicos del Derecho constitucional: sistema; libertad, igualdad, fraternidad; teoría”, en *Revista de Derecho Político*, Madrid, (en vías de publicación), 2009.

¹⁴ BULIGYN, Eugenio, “Los jueces ¿crean Derecho?”, en AA. VV., *Función judicial. Ética y democracia*, comp. por Jorge Malem, Jesús Orozco y Rodolfo Vázquez, Barcelona, Gedisa, 2003, pp. 21-37.

Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”.

La Ley 24.820 –publicada en el Boletín Oficial del 29/05/1997– otorgó jerarquía constitucional a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, aprobada por la XXIV Asamblea General de la OEA, en los términos del art. 75, inc. 22 de la Constitución Federal. La Ley 25.778 –publicada en el B. O. el 3/09/2003– otorgó jerarquía constitucional a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 26/11/1998 y aprobada por Ley 24.584. Consecuentemente, hoy, trece instrumentos del DD. HH. gozan de jerarquía constitucional.

Defender que la Constitución Federal es cauce de un poder constituyente democrático implica, además, sostener la existencia de un diálogo intergeneracional. El único modo democráticamente aceptable de justificar la idea de “constitución” es entenderla como un proceso público.

La Constitución Federal de 1853-60, con importantes reformas, mantiene su vigencia, fijando el techo jurídico y valorativo de la comunidad estatal.

La Ley Fundamental marca un vital punto de inflexión en la historia de la democracia argentina porque revela el paso último –no final– del proceso de construcción política del Estado, cuya semilla fue sembrada por la gesta revolucionaria de 1810, seguida de la declaración de la independencia el 9 de julio de 1816 y los intentos constitucionales de 1819 y 1826. Y también porque estructura las bases para el apoyo y arranque de todo el edificio estatal, cuyos antecedentes fundantes e inmediatos fueron el Pacto Federal de 1831, el Acuerdo de San Nicolás de los Arroyos de 1852 y el magnífico proyecto constitucional surgido de la pluma de Juan Bautista Alberdi.

El Estado constitucional de Derecho argentino se explicita como el resultado de cierto marco consensual entre integrantes –no todos los integrantes– de una comunidad, en un principio libre, que acordaron expresar los vínculos estrictamente necesarios y mínimos para el desenvolvimiento de la coexistencia pacífica y perdurable. La CA, en su cuerpo textual, contiene la expresión de ese consenso puesto de manifiesto por los contrayentes. Nada más ni nada menos.

La Ley Fundamental argentina, jurídicamente, es un pre-compromiso para una aceptación generalizada; todas, absolutamente todas las ramas del Derecho positivo en vigor encuentran su último –y su único– fundamento en ella, debiéndose dejar constancia, además, de la jerarquía constitucional conferida al Derecho Internacional de los derechos humanos.¹⁵

La Constitución Federal es, ante todo y sobre todo, una regla jurídica.

La Constitución Federal es ley suprema del sistema jurídico, a condición de que su vulneración o quebrantamiento no sólo puedan ser considerados prácticas antinormativas, sino también ineficaces. Consecuentemente, la fuerza normativa de la CA, es decir su verdadera eficacia, depende centralmente de la planificación de sus propias garantías. Dada su posición en el sistema jurídico, la Constitución se protege a sí misma o no la protege nadie ni nada.

Una rigurosa concepción de las garantías constitucionales permite visualizarlas como las herramientas para hacer efectivas íntegramente las pautas del sistema jurídico constitucional, en cualquier circunstan-

¹⁵ Cfr. arg. art. 75, inc. 22, CA.

cia de modo, tiempo y lugar, frente a cualquier voluntad o fuerza, por poderosa o enérgica que sea.

Defender la constitución, misión para la que son concebidas las garantías, consiste básicamente en protegerla contra las transgresiones o tentativas de quebrantamiento. Tales prácticas especialmente pueden provenir de las autoridades a cargo de los poderes constituidos del Estado, designadas, paradójicamente, para hacer cumplir de modo estricto sus disposiciones.

Garantías constitucionales es un concepto extremadamente amplio, motivo por el cual dentro de tal categoría quedan comprendidas: las garantías de la constitución; las garantías de los derechos constitucionales; la garantía orgánica del Defensor del Pueblo y, por último, la garantía de acceso a la jurisdicción supranacional.

2. *Garantías constitucionales*

Garantías de la Constitución

La concepción de las garantías de la constitución remite a una idea nuclear: que la política debería ser constitucionalmente adecuada, descartándose de plano la posibilidad de que la constitución pueda ser políticamente adaptada, según el paladar o antojo de quienes representen circunstancialmente la voluntad del cuerpo electoral.

El examen del sistema constitucional federal de la Argentina permite la siguiente ilustración de piezas que componen el subsistema denominado garantías de la constitución:

a) *División de las tareas de los poderes constituidos*: La separación, la organización y el equilibrio de las funciones de los poderes del Estado, con la finalidad exclusiva de limitar el poder y que los gobernantes se sometan a los postulados normativos establecidos en la Ley Fundamental.¹⁶

b) *Reforma constitucional*: El proceso de reforma de la Constitución Federal se enuncia en el art. 30 constitucional. Quizá podría entenderse, no sin razón, que el cambio constitucional atraparía a todos los sucesos y procesos que pueden sufrir los textos constitucionales, en el tiempo. No

¹⁶ En este sentido, por ej., arts. 1º, 29, 33, 44, 87 y 116 de la Constitución federal de la Argentina.

obstante, rigurosamente, el cambio sobre el que se teoriza es el “cambio formalizado” del sistema normativo constitucional, que implica la modificación de su texto producida por acciones voluntarias, intencionadas y regladas por la propia Ley Mayor. En tales condiciones, al hablarse de reforma constitucional, ésta puede consistir en: a) expansión: cuando se agrega una disposición al conjunto; b) contracción: cuando se elimina alguna disposición normativa de la nómina de ese conjunto; c) revisión: cuando se elimina alguna disposición normativa y luego se agrega otra incompatible con la eliminada. Se trata, en rigor, de un “proceso formal de aprobación”.

c) *Emergencias y autodefensa constitucional*: El plan de emergencias básico del Derecho Constitucional del poder: (a) declaración del estado de sitio;¹⁷ (b) intervención federal a las provincias y la Ciudad de Buenos Aires;¹⁸ (c) también cabe incluir en esta dimensión garantista al imperio de la Constitución aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Dicha regla, que fulmina con nulidad a los actos censurados, milita regamente, en el art. 36 constitucional; quizás, una nueva versión de democracia militante.¹⁹

d) *Desarrollo progresivo de los derechos subjetivos constitucionales por intermedio de la reglamentación a cargo del Congreso*: Comportan igualmente una garantía de la Constitución, bajo la óptica desde la cual se viene describiendo en este apartado las reglas constitucionales que aseguran que la zona periférica de los derechos fundamentales será reglamentada, si fuere necesario, exclusivamente por ley emanada del órgano legislativo. Así, por ejemplo, las atribuciones legislativas que la Constitución Federal de la Argentina confiere al Congreso en los arts. 75, 28 y concordantes de la Constitución Federal. Copiosa jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación –en adelante CSJN, indistintamente– se inscribe en tal orientación.²⁰

¹⁷ Cfr. arg. arts. 23 y 75, inc. 29, de la Constitución federal.

¹⁸ Cfr. arg. arts. 5º y 75, inc. 31.

¹⁹ TORRES DEL MORAL, Antonio, “Democracia militante”, en AA. VV., *Derecho Constitucional para el siglo XXI. Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho constitucional*, Madrid, Thomson-Aranzadi, t. I, 2006, pp. 209-224.

²⁰ En tal sentido, por ej., la doctrina registrada en *Fallos*: 312:496, “Portillo, Alfredo s/Infracción art. 44, ley 17.531”, 1989, entre muchos otros.

e) *Estándar de racionalidad, mínimo aceptable, y función republicana*: Los principios que estipulan y precisan un ejercicio racionalmente justificable de los poderes del Estado, exigiendo un mínimo estándar de razonabilidad en los actos de funcionarios a cargo de las distintas ramas del gobierno republicano (arts. 1º, 28 y 33 de la Constitución Federal).

f) *Control del Congreso*: La distinta gama de controles políticos del Congreso se encuentra prescripta en la Constitución Federal de la República Argentina en los arts. 53; 59; 60; 75, incs. 8º, 21, 22, 25, 26, 29, 31 y 32; 71; 76; 83; 99, incs. 3º y 11; 100, inc. 12; 101 y 104.

A cargo exclusivo del Senado: art. 99, incs. 4º, 7º y 19 de la CA.

g) *Federalismo*: Desde el punto de vista de las reglas constitucionales, el estado federal argentino consiste en un reparto de competencias entre las autoridades del gobierno federal y las autoridades de los gobiernos de los estados locales, que se ajusta al art. 121 constitucional: “las provincias conservan todo el poder no delegado” por la Constitución “al gobierno federal” y el que “expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación”. La Constitución federal es la norma abarcadora y suprema de todos los órdenes: federal, provincial y municipal. Cada uno de estos órdenes, a manera de parcialidades, forma parte de la Constitución, la que los crea y dimensiona, considerándolos como parte de un sistema que de ella nace. Se trata de la división vertical del poder del estado (arts. 1º, 28, 29, 31, 33 y Segunda Parte de la Constitución Federal).²¹

Garantías de los derechos constitucionales

Con idéntica jerarquía que las garantías del derecho de la Constitución, la esencia misma de las garantías de los derechos constitucionales queda constituida por la técnica jurídica especializada para dotar de efectividad a los derechos. Desde otro ángulo, pueden ser definidas como las herramientas de naturaleza reactiva y defensiva que se ofrecen a los habitantes para que, en cada caso singular o general en que se repute produjera una vulneración o amenaza de lesión de un derecho fundamental, puedan acudir a ellas y obtener la preservación del derecho.

²¹ VANOSI, Jorge, *Teoría constitucional. Teoría constituyente. Poder constituyente: fundacional, revolucionario, reformador*, 2ª ed. act., Buenos Aires, Depalma, 2000, pp. 451-474.

Enrolándome -insisto- con fines exclusivamente de naturaleza práctica, a continuación se realiza una enumeración de las garantías individuales que ofrece el sistema normativo constitucional argentino:

- La garantía de acceso a la jurisdicción: el debido proceso legal (arts. 17 y 18 de la CA).
- Acción constitucional de amparo (art. 43 de la Constitución Federal y art. 25 del Pacto de San José de Costa Rica).
- Acción constitucional de Hábeas Data (art. 43 de la Constitución Federal).
- Acción constitucional de Hábeas Corpus (art. 43 de la CA).
- Inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia y de los papeles privados.
- Jueces naturales. Prohibición de comisiones especiales. Prohibición de la confesión coercitiva (art. 18 de la Constitución Federal).

(a) Principio de legalidad en materia penal. Irretroactividad de la ley penal. Retroactividad de la ley penal más benigna. Información del hecho imputado. (b) Presunción de inocencia. (c) Condiciones para la validez de la confesión del imputado. Inmunidad de la declaración del imputado. (d) Libertad provisional: excarcelación y eximición de prisión. (e) Defensa técnica: comunicación entre el inculpado y su defensor. (f) Detención de personas, principio general: arresto sólo por orden judicial escrita. (g) Publicidad del proceso penal. (h) Peculiaridades del derecho de defensa y debido proceso: garantía de la doble instancia para recurrir el fallo ante juez o Tribunal Superior. Garantía a la asistencia letrada en proceso penal. (i) Indemnización por indebida privación de libertad. (j) *Non bis in idem* o garantía contra el doble juzgamiento. (k) Derecho del imputado a obtener un pronunciamiento que ponga término del modo más rápido posible a la situación de incertidumbre y de innegable restricción de libertad que puede comportar el enjuiciamiento penal. (l) Garantías constitucionales para la ejecución de la pena: cárceles sanas y limpias; prohibición de la pena de muerte; prohibición de tormentos, azotes y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.²²

²² Cfr. arg. arts. 1º, 18, 19, 28 y 33 de la CA; 7º, 8º, 9º y 10 de la CADH, y 9º, 10, 11, 14 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La excepción o defensa de inconstitucionalidad es una de las defensas más importantes y gravitantes de la que dispone el justiciable en el ámbito del Derecho federal argentino para peticionar, en cualquier proceso judicial, y exigir que se excluya a su respecto la aplicabilidad de un acto o norma que se encuentre infringiendo la Constitución federal, llevándose adelante el correspondiente control normativo, del cual puede derivar la declaración de inconstitucionalidad del producto jurídico sometido a juicio de revisión.

Entreacto. Interpretación y control judicial de la constitucionalidad

Una constitución jurisdiccionalmente garantizada es, presumiblemente, el paradigma de las garantías de la Constitución. La garantía jurisdiccional de la Constitución puede ser razonablemente entendida como el mecanismo jurídico-institucional que mayor aptitud reviste para garantizar que la constitución se mantenga como la norma suprema del sistema jurídico estatal.

Además, la garantía jurisdiccional posibilita al Estado que por su intermedio pueda asegurar la estructura jerárquica de su sistema jurídico. La garantía jurisdiccional de la Constitución merece ser encuadrada tanto en el plano de las garantías del derecho de la Constitución como en el de las garantías constitucionales para la defensa de los derechos constitucionales en particular.

Garantiza la supremacía constitucional, pero en virtud del modo de control difuso sus efectos solamente implican el caso concreto.

Garantía orgánica para la defensa de los derechos fundamentales: el Defensor del Pueblo

La reforma constitucional de 1994 confirió *status* constitucional al Defensor del Pueblo.²³ Igualmente, le vale el calificativo de garantía orgánica, a falta de otro mejor. Su misión es la defensa de los derechos fundamentales; tarea para la cual se lo legitima procesalmente por intermedio de la regulación constitucional.

²³ Cfr. arg. art. 86 de la Constitución Federal Argentina.

Garantía supranacional para la defensa de los derechos fundamentales estatuídos por el derecho de la constitución

La reforma constitucional de 1994 confirió rango constitucional a las disposiciones de la CADH, de conformidad a lo estipulado en el art. 75, inc. 22, de la CA. Afirmando una tendencia iniciada en 1984, luego de la reforma de 1994 la jurisdicción constitucional en materia de protección de los derechos fundamentales ha dejado de pertenecer exclusivamente al Estado argentino, en razón de que puede acudir a la jurisdicción supranacional para perseguir la restauración de una regla jurídica tutelada por la CADH. Tal hipótesis no es ni habitual ni ordinaria, y sólo procede una vez que se encuentran reunidos una serie de rigurosos recaudos, entre los que ocupa el primer rango el de la interposición y agotamiento de los recursos previstos al respecto por la esfera jurisdiccional estatal interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos. Con cierta licencia, puede predicarse también desde un punto de vista débil que la jurisdicción organizada para la defensa de los derechos fundamentales es concurrente, ya que la facultad de reclamar la tutela sobre la base de los mecanismos de protección previstos por la Convención autoriza tal aseveración. Es, en tal línea de acción, entonces, donde se sostiene que el acceso a la jurisdicción supranacional configura una garantía para la defensa de los derechos constitucionales.

Además, el Estado argentino puede solicitar a la Corte Interamericana una opinión consultiva sobre la compatibilidad entre cualquiera de las leyes internas del Estado y la CADH u otro tratado concerniente a la protección de los DD. HH.

3. "Excursus" sobre eficacia de las garantías

Es intención fijar lineamientos para la comprensión teórica del sistema constitucional argentino, haciendo hincapié en el desempeño de las garantías. Ellas son, a mi juicio, inseparables del significado de constitución. Así, la constitución será verdaderamente la nave insignia del sistema jurídico, siempre que las garantías tengan aptitud para respaldar sus propias prescripciones regladas.

Las garantías pueden ser eficaces o ineficaces, pero son siempre imprescindibles para reducir la brecha entre la prescripción de la Ley Fun-

damental y el acto o norma del servidor público. A veces lo logran. Otras, su ineficacia queda patentizada, originándose un proceso capaz de quebrantar la correcta estructuración del Derecho Constitucional.

El problema de la eficacia o ineficacia de las garantías constitucionales es, sustancialmente, si ellas son aptas o no para poner en funcionamiento los mecanismos susceptibles de originar que, en caso de incumplimiento, las disposiciones constitucionales sean observadas por las personas a quienes se dirigen.

La concepción de las garantías de la constitución remite a que la política sea genuinamente constitucional, tanto en su génesis como en su desarrollo, es decir, que las decisiones políticas se elaboren y ejecuten en virtud del marco que estatuye la constitución, y no al revés. Los mecanismos descritos tienen como destinatario exclusivo a los poderes públicos. Si por política ha de entenderse, siguiendo a Bertrand Russell,²⁴ la producción de los efectos proyectados o deseados sobre otros hombres, las garantías de la Constitución son, básicamente, garantías políticas: la Constitución garantiza el pacto democrático fundamental; establecida la Constitución, las garantías políticas consisten en las relaciones reales de poder existentes entre los órganos políticos organizados y aspiran a tutelar la división vertical y horizontal del poder y los frenos y contrapesos recíprocos.

La conexión entre las garantías de la Constitución con las garantías de los derechos constitucionales es evidente, en virtud de que la constitución como norma jurídica no encierra una finalidad en sí misma, sino que es una herramienta privilegiada para garantizar la vida, la libertad, la propiedad y la seguridad personal a los ciudadanos.

Las garantías de la Constitución operan en cierto modo como presupuestos de las garantías de los derechos constitucionales, porque las primeras posibilitan la vigencia de la supremacía constitucional, la que es indispensable para generar la plataforma que requieren las segundas, para así poder arrancar. No parece razonable negarse a reconocer que cuando una persona pide el amparo de alguno de sus derechos, no está sólo peticionando el respeto de una prerrogativa individual, social o gru-

²⁴ RUSSELL, Bertrand, "Las formas del poder", en *Antología*, 18ª ed., trad. de Luis Echavarrí, Buenos Aires, Siglo XXI, 2004, pp. 130-142.

pal que el texto constitucional le confiere, sino además –y, si se prefiere, indirectamente–, ejerciendo un derecho implícito a que la Constitución se mantenga y conserve. Puede subrayarse, entonces, que cuando una persona reclama que se garantice un derecho, cuyo reconocimiento confiere el texto de la Constitución, también se estará defendiendo la Constitución, ya que es propiamente el principio de supremacía de Ley Fundamental el que le discierne y adjudica la disponibilidad de la acción en su defensa; que de otro modo no podría operar.

Las garantías de los derechos son, básicamente, garantías jurídicas: se distinguen de las políticas en tanto sus efectos son susceptibles de cálculo seguro; lo que puede no serlo es saber si van a ser o no reconocidas en casos particulares, si son suficientes en sus disposiciones concretas, si se las aplicará en todas las circunstancias; pero éstas son deficiencias que acompañan a todo hacer humano. Las garantías jurídicas dependen, en última instancia, de la interpretación judicial para su aplicación.

En cualquier caso, y para realizar una afirmación bien corta, las garantías políticas, las garantías de la Constitución, protegen, sustancialmente, la producción del Derecho; en cambio, las garantías jurídicas tutelan, primordialmente, la aplicación del Derecho. Es dable reconocer que las primeras defienden un particular poder normativo, de alcance general; no ocurre lo mismo con las segundas, que se dirigen a casos individuales, en ningún caso generales.

Nótese que Karl Loewenstein²⁵ distinguió en el proceso del poder, en términos de controles verticales y horizontales; entre los controles verticales fijó al federalismo y a las garantías individuales; por su lado, entre los horizontales, básicamente, a la división del poder. He dado tratamiento detallado en la obra *Notas sobre Derecho constitucional y garantías*,²⁶ al que remito en homenaje a la brevedad. Sin embargo, se pone de manifiesto que la decisión de plantear el tema y problema de las garantías constitucionales fijando el horizonte de proyección en la naturaleza productiva o aplicativa del Derecho tiene que ver, especialmente, en la originalidad de la disertación, impregnada, ciertamente, por una deci-

²⁵ LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la constitución*, 2ª ed. reimpresión, trad de Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona, Ariel, 1979, pp. 233-236, 354-360 y 390-421.

²⁶ FERREYRA, Raúl Gustavo, *Notas sobre Derecho constitucional y garantías*, 2ª ed., México, Porrúa, 2004, pp. 77-131.

sión gnoseológica del autor, que sin deslucir ni devaluar el criterio de Loewenstein, lo tiene presente, pero se presenta con otra estructura y una dimensión que provoca otros efectos.

§ D. LA PRIMACÍA (RELATIVA) DE LAS GARANTÍAS POLÍTICAS

La Constitución federal de la Argentina es una constitución liberal. Liberal, en el sentido de que su finalidad originaria es la garantía de la libertad.

Para concretar la idea fundamental de la libertad, se deducen dos consecuencias presentes como piezas elementales de la Ley Mayor de la Argentina: la regla de distribución, que importa un ámbito de libertad del ciudadano que se supone anterior al Estado, quedando la libertad del individuo ilimitada como pauta regia, mientras que la facultad del Estado para invadirla es limitada; y la regla de organización, que significa que el poder del Estado se divide y encierra en un sistema de competencias tan detallada como determinadas y circunscriptas.²⁷

1. *La distribución: la libertad constitucional*

Antes de visualizar, estrictamente, cuál ha sido el rendimiento de la defensa de la libertad, corresponde deslizar el concepto básico sobre la libertad jurídica.

Apropiadamente, la libertad como regla genérica se refleja en el Preámbulo de la Constitución federal de la Argentina, que propone como uno de los contenidos del fin del estado: "...asegurar los beneficios de la libertad..."

La libertad constitucional comporta diversos aspectos:

- Un *status* personal que depare al hombre la calidad de sujeto de Derecho, cuya negación es la incapacidad de Derecho o la esclavitud. El art. 15 constitucional, al abolir la esclavitud, mantiene virtualidad presente para afianzar esta regla, porque si no pueden existir esclavos, todo hombre es persona jurídica. Por su parte, los arts. 1º y 3º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y

²⁷ SCHMITT, Carl, *Teoría de la constitución*, trad. de Francisco Ayala, 1ª reimp., Madrid, Alianza Editorial, 1992, pp. 137-148.

Políticos prescriben que todo ser humano tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.

- Un área de intimidad neutra o inofensiva para el grupo o para terceros, que quede inmunizada y sustraída a toda interferencia del Estado. Es la fórmula del art. 19 constitucional: las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral públicas ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados.
- Una regla básica, una suerte de regla de clausura del sistema: todo se encuentra permitido, excepto, naturalmente, lo que se encuentra expresamente prohibido. Esta interpretación se deduce, claramente, del art. 19 constitucional: porque si nadie puede ser privado de hacer lo que la ley no impide, es porque lo no prohibido está permitido. Si fuese necesario que las permisiones, todas, debieran estar habilitadas, se perderían hasta el infinito, tornando irracional el sistema constitucional.

Políticamente libre es el individuo que se encuentra sujeto a un sistema jurídico, en cuya creación participa, tan siquiera, en nimia medida.²⁸

- La Constitución federal garantiza la libertad de elegir y ser elegido, plenamente, con arreglo al principio de soberanía popular. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su art. 23, garantiza que todos los ciudadanos puedan: a) participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores y, de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.
- La libertad constitucional de cada hombre está limitada por la libertad de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático. Regiamente, regla esta cuestión el art. 23 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

²⁸ KELSEN, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, 2ª ed. rev., trad. de Eduardo García Maynez, México, D. F., Imprenta Universitaria, 1958, pp. 335-360.

Todos estos aspectos de la libertad coinciden con la base de legitimación del Estado, el que no debe empeorar las condiciones de vida de los habitantes y permitir su libre participación en la construcción estatal.

2. *La organización*

La garantía política de la división de los poderes estatales tiene por inocultable finalidad contribuir a la consecución de lo que cotidianamente parece imposible, o digno de una de las más fantásticas de las utopías: someter el poder al cumplimiento de reglas de juego jurídicas preestablecidas.

La garantía apunta a impedir la concentración de los poderes. La garantía de la división de poderes, al menos en teoría, pone de manifiesto un principio novedoso en la vida y desenvolvimiento de las grandes comunidades humanas: que el fraccionamiento del poder del Estado era –y es– un formidable escudo de protección para la libertad de los habitantes.

Montesquieu, a quien puede asignarse la paternidad de la teoría de la división de poderes, concretó la misma sistematizando, posiblemente, sus experiencias sobre la vida política en Gran Bretaña. Oigamos al propio Montesquieu: “...Hay en cada Estado tres clases de poderes: el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo de los asuntos que dependen del ‘derecho de gentes’ y el Poder Ejecutivo de las cosas que dependen del Derecho Civil. Por el Poder Legislativo, el príncipe o el magistrado promulga leyes para cierto tiempo o para siempre, y enmienda o deroga las existentes. Por el segundo poder, dispone de la guerra y de la paz, envía o recibe embajadores, establece la seguridad, previene las invasiones. Por el tercero, castiga los delitos o juzga las diferencias entre particulares. Llamaremos a éste Poder Judicial, y al otro, simplemente, Poder Ejecutivo del Estado. La libertad política de un ciudadano es la tranquilidad de espíritu que proviene de la confianza que tiene cada uno en su seguridad: para que esta libertad exista, es necesario un gobierno tal que ningún ciudadano pueda temer a otro...”²⁹

Una vez estipulados los tres poderes constituidos, Montesquieu articulaba su máxima, con el tiempo convertida en célebre regla del Estado

²⁹ MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, trad. de Nicolás Estévez, París, Casa Editorial Garnier Hermanos, circa 1900, p. 224.

liberal: “cuando el Poder Legislativo está unido al Poder Ejecutivo en la misma persona o en el mismo cuerpo, no hay libertad, porque se puede temer que el monarca o el Senado promulguen leyes tiránicas para hacerlas cumplir tiránicamente. Tampoco hay libertad si el Poder Judicial no está separado del legislativo ni del ejecutivo. Si va unido al Poder Legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario, pues el juez sería al mismo tiempo legislador. Si va unido al Poder Ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor.”

La teoría de la separación de las funciones de los poderes del Estado, si bien fue inventada en Europa, se plasmaría por primera vez eficazmente en América con la Constitución de Filadelfia de 1787, la que le otorgó la carta de ciudadanía en el Derecho Constitucional positivo. Su sistema de gobierno denominado presidencial, para distinguirlo del parlamentario, se caracteriza por la nítida distribución de las funciones a cargo de cada uno de los tres poderes constituidos del Estado. En la Constitución de los Estados Unidos se pueden ver recogidas y ampliadas las ideas expuestas por Montesquieu alrededor de cuarenta años antes, al punto de que cada uno de los tres departamentos a los que se encarga y atribuye la configuración del gobierno del Estado tienen clara y concretamente delineadas sus funciones específicas. Verdaderamente, lo que se “conserva” de la idea desarrollada por Montesquieu es la necesidad de adoptar mecanismos que impidan la concentración del poder y que, además, permitan el control de su ejercicio.³⁰

El modelo constitucional estadounidense (concretamente, la ingeniería adoptada para llevar a cabo la distribución de los poderes y la asignación de sus competencias respectivas) es tenido muy en cuenta por los poderes constituyentes que dieron nacimiento a los Estados constitucionales en el siglo XIX en América Latina. Éstos adoptan una posición más rígida todavía, poniendo a resguardo a los titulares del Poder Ejecutivo ante los actos de control político del Congreso. Esta configuración rigurosa que persigue la intangibilidad del presidente de la República se acentúa en el momento constituyente originario de la Argentina de 1853-60.

³⁰ VALADÉS, Diego, *Parlamentarización de los sistemas presidenciales*, México, D. F., UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 23-34.

La distribución del poder genera la aparición de departamentos gubernativos distintos, a los que se encarga la formación de la voluntad estatal. La fragmentación de las funciones de los poderes estatales, tanto desde el punto de vista horizontal como vertical, desde una perspectiva normativa consiste en distribuir atribuciones entre poderes constituyentes y poderes constituidos, y luego entre Estado federal y provincias –corresponde agregar, a partir de 1994, a la Ciudad de Buenos Aires–, y finalmente, generar las distintas competencias de los órganos e instituciones federales, concretada en el texto normativo de la Constitución federal. La técnica utilizada por los padres fundadores de la Constitución federal de la Argentina –insisto, en el plano estrictamente normativo– era uno de los antídotos más eficaces que se conocían a mediados del siglo XIX para evitar la concentración del poder y asegurar cierto espacio para la libertad de las personas.

3. *Experiencia constitucional*

Tal como se propuso al inicio, corresponde examinar el desarrollo que han observado las garantías políticas y las garantías jurídicas de la Constitución federal de la Argentina en los últimos veinticinco años.

Se trata, en rigor, en ciento cincuenta y cinco años de historia constitucional, del primer período de veinticinco años en los que todos los varones y mujeres que integran el cuerpo electoral han podido, sin restricciones, concurrir a las urnas para elegir y ser elegidos, sin que haya existido quebrantamiento del orden constitucional.

3.a) *Sobre la división de poderes*³¹

- En seis ocasiones se eligió presidente y vicepresidente de la Nación: 1983, 1989, 1995, 1999, 2003 y 2007.
- En trece oportunidades se han elegido diputados de la Nación. Idénticamente, la integración y renovación de la Cámara de Senadores ha sido constitucionalmente adecuada.

³¹ Se decide abandonar la pretensión de exhaustividad, o sea, no se menciona en qué año fue elegido tal o cual presidente de la República o se eligió o renovó a los miembros del Congreso de la Nación. Se adopta la determinación para privilegiar el acotamiento de la materia seleccionada.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sido integrada en todo el período observando las reglas constitucionales. Alrededor de veinte magistrados, en todo el período, han integrado el Tribunal. Se destaca la reglamentación administrativa, a partir de 2003, de la atribución presidencial para nominar los candidatos al más Alto Tribunal de Justicia. A partir de dicho momento, de modo plausible, la consideración de la nominación, latamente, ingresa al auditorio público.

El Ministerio Público, órgano constitucional extra-poder, se ha integrado respetando el procedimiento constitucional.

Los órganos de control (Auditoría general y Defensor del Pueblo) también se han integrado cumpliéndose las reglas constitucionales.

Reforma constitucional

La reforma constitucional de 1994 fue la más amplia de todas las registradas en la historia. Gozó de mayor aceptación en todas las etapas del proceso constituyente, si se compara con sus dos predecesoras.

Veamos tres niveles:

El textual: de alrededor de 7.500 palabras se pasó a más de 12.500, sin contar la jerarquía constitucional de las disposiciones contenidas en el derecho internacional de los derechos humanos a que hace referencia el art. 75, inc. 22, de la CN.

El de las categorías jurídicas básicas: se expandieron por adición. Ingresaron nuevos derechos subjetivos y garantías, órganos de control, organismos de gobierno y se transfirieron competencias.

El dogmático: la reforma constitucional sancionada el 22/8/1994 acentuó notablemente las potestades del presidente –pese a crear la figura del Jefe de Gabinete de Ministros–; fijó acertadamente la forma de elección directa y el acortamiento de la duración del período; incorporó con jerarquía constitucional instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos; se realizaron reformas sobre el modo de hacer las leyes, cuyos resultados no han sido muy visibles; replanteó el federalismo sobre bases bastante inciertas, pero muy razonablemente confirió autonomía a la Ciudad de Buenos Aires; reconoció nuevos derechos y garantías, y actualizó el sistema axiológico manteniendo el piso originario; introdujo

sensibles modificaciones sobre la naturaleza del Poder Judicial de la Nación al crear –con hibridez manifiesta– el Consejo de la Magistratura, circunstancia que se ha agudizado, recientemente, con la sanción de la ley 26.080; también introdujo como órgano extrapoder independiente al Ministerio Público; intentando mejorar los controles, incorporó el Defensor del Pueblo y la Auditoría General de la Nación; constitucionalizó la regla democrática reconociéndola como procedimiento básico que debe nutrir a la configuración del Derecho Constitucional y su mantenimiento –cfr. art. 36, Constitución Federal– regulando, además, los partidos políticos, incorporando mecanismos de democracia semidirecta y la defensa del orden constitucional; se realizaron importantes esfuerzos para posibilitar que los estados locales creen regiones para el desarrollo económico y social; se define la autonomía municipal y se trazan bases rectoras para la integración con otros Estados soberanos.

Federalismo

- El pacto federal argentino se integra por veintitrés provincias y la Ciudad de Buenos Aires. En todos los casos, todos los poderes constituidos de los entes de la federación se han integrado, de acuerdo a lo que ordenan las respectivas constituciones provinciales, sin interferencia ni limitación del poder federal.
- Los municipios, el tercer estadio de la descentralización del poder federal en la Argentina, se han integrado y desenvuelven sus atribuciones de acuerdo a las reglas previstas por la Constitución federal. En todos los casos, las elecciones han sido libres, sin objeciones.
- En contados casos se apeló a la intervención federal. Todos ellos justificados.
- La casi totalidad de las provincias puso en marcha el poder constituyente de segundo grado y reformó sus constituciones provinciales.

4. Garantías de los derechos individuales

En 1897, Joaquín V. González dijo: “...No son, como puede creerse, las declaraciones, derechos y garantías, simples fórmulas teóricas: cada

uno de los artículos y cláusulas que las contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación. Los jueces deben aplicarla en la plenitud de su sentido, sin alterar o debilitar con vagas interpretaciones o ambigüedades la expresa significación de su texto. Porque son la defensa personal, el patrimonio inalterable que hace de cada hombre, ciudadano o no, un ser libre e independiente dentro de la Nación Argentina..."³² La proposición citada corrobora, enfáticamente, la fuerza normativa de la Constitución, en particular, de las garantías tanto en su aplicación entre particulares como contra el Estado.

La CSJN tiene la última palabra en materia de control de constitucionalidad y resolución de conflictos. En la Argentina, los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, dada la adopción del modelo de control de constitucionalidad difuso, no tienen efectos, en principio, para otros procesos que se desarrollen en otras jurisdicciones, ya sean federales o provinciales; la autoridad del fallo, pues, rinde en el proceso en que fue dictado; no obstante, los jueces que decidan apartarse de la doctrina oficial fijada por la CSJN deben aportar argumentos suficientes, bajo pena de nulidad. Esta construcción judicial emanada de la propia CSJN carece de soporte en el texto de la Constitución federal y elimina la discusión crítica y fomenta el creacionismo judicial, en detrimento de la división de poderes, ya que se priva al Congreso de la discusión de una materia constitucional.

La elección de los veinticinco fallos que se ilustra al final de este trabajo no es azarosa. Sin ninguna intención de hacer un inventario de la jurisprudencia del tribunal, una breve incursión por su repertorio jurisprudencial –la colección *Fallos* de la Corte Suprema de Justicia de la Nación– permite comprobar que hay determinados fallos, dentro de los miles y miles pronunciados en estos veinticinco años, que ningún análisis riguroso de su labor jurisprudencial debería dejar de ponderar. No afirmo que son los más importantes; en todos ellos se insinúa con firmeza, de una manera u otra –por acción porque la Corte lo hizo con acierto o con error, o por omisión porque la Corte debió hacerlo y no lo hizo–, el fenómeno del papel institucional del Tribunal. Algunos de los fallos que

³² GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, Ángel Estrada, circa 1920, p. 86.

más abajo se citan no deberían haber sido dictados jamás por la Corte; su demérito es tajante, especialmente por haberse renunciado a la custodia de la Constitución o favorecer la demolición de uno o varios de los derechos fundamentales.

Invito entonces a repasar el listado cronológico de algunos *leading cases* de la Corte, los que inmediatamente luego de identificados por el nombre de las partes consignan la fecha del pronunciamiento, lo cual permite una lectura con algún sesgo histórico y, además, inmediatamente al lado la materia preferentemente examinada en el fallo.³³

“Indalia Ponzetti de Balbín c/Editorial Atlántida SA” (1984): CSJN, 11/12/1984 (Derecho a la privacidad e intimidad) en: *Fallos*: 306:1892.

“Gustavo M. Bazterrica y Alejandro c/Capalbo” (1986): CSJN, 29/8/1986 (Límites a la tarea legislativa y derecho de privacidad) en: *Fallos*: 308:1392.

Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del decreto del Poder Ejecutivo Nacional 158/1983 (1986): CSJN, 30/12/1986 (Condenas penales a ex dictadores del proceso militar 24/3/1976 a 10/12/1983, por graves violaciones a los derechos humanos: homicidios agravados, tormentos, privaciones ilegales de la libertad, y robos) en: *Fallos*: 309:5.

“Ramón Juan Alberto Camps y otros” (1987): CSJN, 22/6/1987 (Constitucionalidad legislación que dispuso la presunción *juris et de jure* de no punibilidad al personal militar de las Fuerzas Armadas que actuó desde el 24/3/1976 hasta el 26/9/1983 en operaciones con motivo alegado de reprimir el terrorismo) en: *Fallos*: 310:1162.

“José R. Dromi s/Avocación” (1990): CSJN, 6/9/1990 (Proceso de privatización de empresas estatales) en: *Fallos*: 313:863.

“Luis Arcenio Peralta y otro c/Nación Argentina” (1990): CSJN, 27/12/1990 (Emergencia pública, derecho de propiedad y fomento judicial del hiperpresidencialismo) en: *Fallos*: 313:1513.

“Miguel Ángel Ekmekdjian c/Gerardo Sofovich y otros” (1992): CSJN, 7/7/1992 (Prioridad de rango del Derecho internacional convencional) en: *Fallos*: 315:1492.

³³ Básicamente, la mayoría de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación pueden ser consultados libremente en el website www.csjn.gov.ar.

“Horacio Giroidi y otros” (1995): CSJN, 7/4/1995 (Valor de la jurisprudencia de los tribunales internacionales para la interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos) en: *Fallos*: 318:514.

“Carlos Santiago Fayt c/Nación Argentina” (1999): CSJN, 19/8/1999 (Control de constitucionalidad de aspectos de una reforma constitucional) en: *Fallos*: 322:1616.

“Provincia de San Luis c/Nacional” (2003): CSJN, 5/3/2003 (Control de constitucionalidad de aspectos de la declaración de emergencia pública) en: *Fallos*: 326:417.

“Enrique Lautaro Arancibia Clavel” (2004): CSJN, 24/8/2004 (Respeto a los derechos humanos e imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad), en: *Fallos*: 327:3311.

“Carlos A. Vizzoti” (2004): CSJN, 14/9/2004 (Reconocimiento judicial de la Constitución federal como norma jurídica y protección del derecho individual del trabajo) en: *Fallos*: 327:3677.

“Pedro C. F. Hooft c/Provincia de Buenos Aires” (2004): CSJN, 16/11/2004 (Regla de razonabilidad e igualdad ante la ley) en: *Fallos*: 327:5118.

“Mabel Itzcovich c/ANSeS” (2005): CSJN, 29/3/2005 (Control de constitucionalidad de legislación sobre derecho de la seguridad social) en: *Fallos*: 328:566.

“Julio H. Simón y otros” (2005): CSJN, 14/6/2005 (División de los poderes, vigencia de los derechos humanos, control de constitucionalidad de las leyes de punto final y obediencia debida) en: *Fallos*: 328:2056.

“Juan A. Massa c/Poder Ejecutivo Nacional” (2006): CSJN, 27/12/2006 (Responsabilidad del Estado, emergencia económica y derecho de propiedad) en: *Fallos*: 329:5913.

“Antonio Domingo Bussi c/Congreso de la Nación. Cámara de Diputados” (2007): CSJN, 13/7/2007 (División de los poderes, cuestiones privativas no justiciables y elección popular de los miembros de los departamentos políticos) en: *Fallos*: 330:3160.

“Julio Lilo Mazzeo y otros” (2007): CSJN, 13/7/2007 (Desaparición forzada de personas, positivización de los derechos humanos e inconstitucionalidad del indulto presidencial por delitos de lesa humanidad) en: *Fallos*: 330:3248.

“Celia María Ana Cambiaso Peres de Nealon y otros c/Centro de Educación Médica e investigaciones médicas (2007): CSJN, 28/8/2007 (Derecho a la salud) en: *Fallos*: 330:3725.

“Defensor del Pueblo de la Nación c/Nación Argentina y Provincia del Chaco” (2007): CSJN, 18/9/2007 (Suministro de agua y alimentos a indígenas en emergencia extrema) en: *Fallos*: 330:4134.

“Adolfo V. Badaro c/ANSeS” (2007): CSJN, 26/11/2007 (Protección de la movilidad de los beneficios jubilatorios) en: *Fallos*: 330:4866.

“Editorial Río Negro c/Provincia del Neuquén” (2007): CSJN, 5/12/2007 (Libertad constitucional de prensa) en: *Fallos*: 330:3908.

“Silvia Beatriz Mendoza y otros c/Estado Nacional” (2008): CSJN, 8/72008 (Protección del ambiente) en: *Fallos*: 331:1622.

“Asociación de Trabajadores del Estado c/Estado Nacional y otro” (2008): CSJN, 11/11/2008 (Derecho de libertad de asociación sindical) en: *Fallos*: 331:2499.

No se observa en el lenguaje de la Constitución ninguna preferencia hacia la garantía del proceso de gobierno sobre la garantía de los derechos individuales. La Constitución federal de la Argentina se realiza todos y cada uno de los días, felizmente, desde el 10/12/1983.

Hay realización de la Constitución cuando los legisladores sancionan una ley, el juez pronuncia una sentencia, el presidente emite un decreto o un ciudadano transita libremente por un camino o decide presentar sus ideas en el auditorio público.

El Derecho Constitucional federal de la Argentina, tal como se refiere más arriba, se compone de reglas que contienen o captan motivaciones dirigidas a la conducta humana. El Derecho Constitucional no puede dejar de ser vinculado, pues, con la conducta humana. La fuerza normativa de la Constitución se encuentra condicionada, por decirlo de algún modo, con la posibilidad de realización de sus propias determinaciones. Cuanto mayor sea el grado de conexión de las reglas constitucionales con las circunstancias políticas e históricas, procurando conservar y desarrollar lo que se encuentra diseñado en la regla constitucional del presente, tanto mejor conseguirán estos preceptos desplegar su fuerza normativa.³⁴

³⁴ HESSE, *Escritos de Derecho Constitucional* cit., pp. 25-29.

El Derecho Constitucional de la Argentina, en el período 1983-2008, muestra, por lo tanto, una realización superior en tanto se refiere a la garantía del proceso de gobierno; las garantías de los derechos individuales necesitaron siempre una decisión, no que las realice, pero sí que las actualice cuando han sido puestas en entredicho.

§ E. COMENTARIO FINAL

Difícilmente, las garantías de los derechos individuales puedan realizarse si falta una adecuada separación de poderes y los contrapesos en el sistema, porque no hay garantía de que funcionen sin eso y, por lo tanto, no habrá garantía de libertad. Descreo que una declaración de derechos, revestida de un mágico sistema de garantías, pueda operar sin instituciones que puedan hacerla realidad y ante la cual pueda reclamarse por su desconocimiento.

Las garantías políticas, las garantías de la Constitución, son primarias, en el sentido funcional y temporal. Funcional porque, básicamente, por intermedio de la división de poderes pueden crear ámbitos institucionales apropiados para el desarrollo de las garantías individuales. Temporalmente: porque en el diseño de la Constitución, si bien la libertad es un *prius*, primero se divide el poder y luego se detalla el *status* de las garantías individuales.

No obstante, queda claro que en el ámbito de la regulación normativa (la Constitución federal), las garantías políticas y las garantías jurídicas tienen la misma altura jerárquica.

La Constitución federal es un instrumento destinado a la preservación de la libertad. De no ser así, no habría merecido que se luchara por ella. Ni en 1853. Ni en 1983.

Entre 1983-2008, lo que ha distinguido a la Constitución federal de la Argentina, ha sido un proceso de gobierno, antes que el congelamiento de valores sustantivos. De ninguna manera esta afirmación implica ingresar o tomar partido en la polémica entre textualistas versus contextualistas. Simplemente: un análisis de la realidad, basado en datos sobre el funcionamiento de las garantías de la Constitución y las garantías de los derechos individuales.

Una de las peores crisis de la historia constitucional de la Argentina, la iniciada en 2001, fue superada a merced del “proceso” de gobierno estipulado en la Constitución federal: participación, publicidad y apertura a todos quienes de una forma u otra deseaban decidir o participar en las decisiones.

Examinado el período 1983-2008, los datos aportados vehiculizan el significado de que las garantías políticas han tenido un rendimiento más destacado que las garantías individuales. Ello no significa un rendimiento óptimo. Pone de manifiesto, en la comparación, un mejor funcionamiento, que quedaría demostrado, acabadamente, desde el mismo momento en que, en repetidas ocasiones, los ciudadanos y ciudadanas argentinos han concurrido a las urnas para elegir a sus representantes. Toda una novedad en la práctica constitucional. Quedan notables materias pendientes, entre ellas, el afianzamiento de los derechos individuales y el desarrollo de los grupales y colectivos, léase: educación y salud.

La Constitución federal garantiza el pluralismo político: núcleo de la libertad. La Constitución federal se ha mostrado como una regla abierta, capaz de asegurar que cualquier alternativa política que cumpla con las reglas mayores acceda a la dirección del proceso gubernativo constitucional. Se dispone, por supuesto, de ámbitos reales de libertad, pero no funcionan adecuadamente los controles. Por ahora: una democracia constitucional procesal, con pocos controles.

La Constitución federal, tal como se anticipa en el punto II de esta exposición, se ha destacado por ser una regla procesal que garantiza la libre alternativa y alternancia política en el juego del poder: ha permitido el libre acceso y ejercicio del poder de toda variante que se ha presentado. Ninguna, dentro de las cuatro esquinas del texto constitucional, ha sido prohibida. La Constitución federal, pues, se destaca por su desempeño procesal para garantizar la democracia. La afirmación no desdice la existencia de una ideación sobre los valores sustantivos en la Constitución; ciertamente, en la letra constitucional pueden existir y de hecho ocurre, empero, en el desarrollo constitucional, en la experiencia constitucional de día tras día, no se puede comprobar de modo incontrovertible que la tarea de preservar o congelar valores haya funcionado. En todo caso, de manera más modesta, un juicio empírico comprueba que la garantía del pluralismo, el núcleo de la libertad, ha operado para conformar la

ordenación de las relaciones entre gobernantes y gobernados. Resta mucho camino, todavía: el control efectivo de los titulares del poder y la efectiva vigencia de todas las garantías de los derechos individuales.

Esta prevalencia de un aspecto de la garantía política, desgraciadamente, genera una consecuencia negativa. En la letra, la democracia constitucional argentina es representativa; es decir, el cuerpo electoral delega a ciertos y determinados servidores públicos la capacidad de hablar por ellos y tomar decisiones. Desde luego, la representación implica responsabilidad y rendición de cuentas por parte de los gobernantes. El representante es responsable ante quienes lo autorizaron a hablar en su nombre. Esta nueva categoría, la democracia delegativa, hace pie en el hecho de que la persona que gana la elección presidencial se encuentra autorizada a gobernar como le plazca, sólo restringido por la cruda realidad emergente de las relaciones de poder existentes y por la limitación constitucional del término de su mandato. La democracia delegativa se desarrolla en el presidencialismo; el presidente es considerado la encarnación de la Nación y las medidas de gobierno no necesitan guardar parecido con los anuncios de la campaña electoral. Los presidentes, además, suelen verse a sí mismos como personajes por encima y por fuera del sistema de partidos y de los intereses comunitarios organizados.³⁵

En los escenarios de democracia delegativa, los partidos, el Congreso y la prensa son libres, pero constituyen, en un sentido fuerte, junto con los tribunales de justicia, un estorbo u obstáculo a la tarea del presidente, quien en su carrera hacia el absolutismo cree reunir el destino del país. Elegido el presidente, pues, en la democracia delegativa es esperable que los delegantes ciudadanos, complacientemente, constituyan una audiencia pasiva de todo lo que haga el presidente.

Ciertamente, lo que diferencia marcadamente a la democracia delegativa de la democracia representativa es la debilidad de los controles. Como se dijera al inicio, los controles interórganicos, horizontales, es decir, una red de poderes relativamente autónomos que puedan examinar y cuestionar (y de ser necesario, sancionar actos irregulares cometidos durante el

³⁵ O'DONNELL, Guillermo (1997), *Contrapuntos. Ensayos escogidos sobre autoritarismo y democratización*, Buenos Aires, Paidós, p. 299.

desempeño de los cargos públicos) no es puesta en funcionamiento o, cuando se ejecuta, es extremadamente débil en la democracia argentina.

La democracia delegativa es fuertemente mayoritaria. Consiste en producir, por intermedio de elecciones limpias, una mayoría que autoriza a un presidente a convertirse en intérprete exclusivo de los intereses de la Nación. Luego de la elección, se espera que el elector-ciudadano-delegante vuelva a una audiencia pasiva y acrítica con el presidente. Esto conduce a un estilo mágico de hacer política: el mandato delegativo.

En la lógica de la delegación, las autoridades constitucionales, por la inexistencia de diálogo y control, pasan, muchas veces, de la omnipotencia a la impotencia.

Así, puede insinuarse una nueva tipología constitucional: las constituciones vulnerables y las que no lo son. Las primeras corresponden a comunidades donde predominan tendencialmente las actitudes hacia soluciones mágicas e irracionales. Allí, las prescripciones del sistema constitucional pueden ser dejadas de lado, si es que ellas obstaculizan las políticas de turno. La política pocas veces es políticamente constitucional; siempre se intentará imponer la ley del más fuerte. Contrariamente, las constituciones no vulnerables corresponden a sociedades cuya organización revela una natural tendencia al cumplimiento de las reglas básicas del juego constitucional preconfiguradas, siendo que éstas encabezan la posibilidad de que cada ciudadano pueda cumplir racionalmente su plan de vida elegido.

La Constitución federal de la Argentina es imperfecta e incompleta. Aun con esa ausencia de perfección y totalidad, no tengo dudas en afirmar que el mundo de la democracia constitucional de la Argentina en el período 1983-2008 es el mejor de todos los mundos políticos de cuya existencia histórica los argentinos han tenido conocimiento y constancia acreditada.

La Argentina cuenta con división de poderes. Tiene una democracia constituida. Y aunque los efectos estabilizadores y racionalizadores de la Constitución potencian la vida comunitaria, no siempre se alcanza a impedir el abuso del poder, tan propio de los sistemas de gobierno hiperpresidencialistas.

La división de poderes es una de las más importantes invenciones de la modernidad. Si ha de ser cierto, como observa Peter Häberle, que podría hablarse de un derecho fundamental a la división de poderes, ya

que se encuentra al servicio de los derechos humanos y la protección de la libertad del individuo³⁶, hay razones sobradas para ser optimista, porque se puede mejorar y desarrollar la naturaleza participativa en la forma de la toma de decisiones y ahondar las garantías individuales.

§ F. FUENTES

- AGUIAR DE LUQUE, Luis, "Los límites de los derechos fundamentales", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* (Nº 14), Madrid, 1993, pp. 9-34.
- BARKER, Robert, *La Constitución de los Estados Unidos y su dinámica actual*, Lima, Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2005.
- BAZÁN, Víctor, "La reconfiguración del rol institucional de la Corte Suprema de Justicia argentina y el camino hacia su consolidación como tribunal constitucional", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2008-14º año*, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2008, pp. 25-61.
- BIDART CAMPOS, Germán J., *El derecho de la constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar, 1995, p. 529.
- BOBBIO, Norberto, *Teoría general del Derecho*, Bogotá, Temis, 1997, p. 269.
- BULIGYN, Eugenio, *Los jueces ¿crean Derecho?*, en AA. VV., *Función judicial. Ética y democracia*, comp. por Jorge Malem, Jesús Orozco y Rodolfo Vázquez, Barcelona, Gedisa, 2003, pp. 21-37.
- BUNGE, Mario, *Epistemología. Ciencia de la ciencia*, Barcelona, Ariel, 1981, p. 275.
- DE VERGOTTINI, Giuseppe, *Derecho constitucional comparado*, trad. de Claudia Herrera, Buenos Aires, Universidad, 2005, p. 1010.
- ELY, John Hart, *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*, traduce Magdalena Holguín, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1997, p. 291.
- FERREYRA, Raúl Gustavo, *Notas sobre Derecho constitucional y garantías*, 2ª ed., México, Porrúa, 2004, p. 366.
- "Rasgos básicos del Derecho Constitucional: sistema; libertad, igualdad, fraternidad; teoría", en *Revista de Derecho Político*, Madrid, 2009 (en vías de publicación).
- GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, Ángel Estrada, circa 1920, p. 795.

³⁶ HÄBERLE, Peter, *El Estado constitucional*, trad. de Héctor Fix Fierro, estudio introductorio Diego Valadés, México, D. F., UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003b, pp. 193-224.

- HÄBERLE, Peter, "La constitución en el contexto", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 7, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pp. 223-245.
- HÄBERLE, Peter (2003b), *El Estado constitucional*, trad. de Héctor Fix Fierro, estudio introductorio Diego Valadés, México, D. F., Unam, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 338.
- HESSE, Konrad (1992), *Escritos de Derecho Constitucional*, selección, trad. e introd. de Pedro Cruz Villalón, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 104.
- KELSEN, Hans (1958), *Teoría general del Derecho y del Estado*, 2ª ed. rev., trad. de Eduardo García Maynez, México, D. F., Imprenta Universitaria, p. 477.
- MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, trad. de Nicolás Estévez, París, Casa Editorial Garnier Hermanos, t. I, circa 1900.
- LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la constitución*, 2ª ed. -reimpresión-, trad. de Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona, Ariel, 1979, p. 619.
- O'DONNELL, Guillermo, *Contrapuntos. Ensayos escogidos sobre autoritarismo y democratización*, Buenos Aires, Paidós, 1997, p. 360.
- POPPER, Karl, *Escritos selectos*, trad. de Sergio René Madero Báez, comp. por David Miller, México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 430.
- RUSSELL, Bertrand, "El realismo analítico", en *Análisis filosófico*, introd. y trad. de Francisco Rodríguez Consuegra, Barcelona, Paidós, 1999, p. 127.
- RUSSELL, Bertrand, "Las formas del poder", en *Antología*, 18ª ed., trad. de Luis Echávarri, Buenos Aires, Siglo XXI, 2004, p. 486.
- SAGÜÉS, Néstor P., "Evolución institucional argentina: sistema de gobierno, Poder Judicial, derechos fundamentales 1975-2005", en *Estudios constitucionales*, Año 6, N° 2, Santiago, Centro de Estudios constitucionales de Chile, Universidad de Talca, 2008, pp. 143-171.
- SCHMITT, Carl, *Teoría de la constitución*, trad. de Francisco Ayala, 1ª reimp., Madrid, Alianza Editorial, 1992, p. 377.
- TORRES DEL MORAL, Antonio, "Democracia militante", en AA. VV., *Derecho Constitucional para el siglo XXI. Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Madrid, Thomson-Aranzadi, t. I, 2006, pp. 209-224.
- VALADÉS, Diego, *Parlamentarización de los sistemas presidenciales*, México, D. F., Unam, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.
- VANOSSI, Jorge, *Teoría constitucional. Teoría constituyente. Poder constituyente: fundacional, revolucionario, reformador*, 2ª ed. act., Buenos Aires, Depalma, t. I, 2000.

§ G. INVESTIGACIÓN Y PROGRAMAS

1. *Lineamientos para la investigación y extensión universitaria*

Se proyectan aquí las ideas básicas sobre los planes previstos para la orientación científica de la cátedra de Derecho Constitucional, particularmente vinculadas con la actividad de los docentes de la misma.

Una observación preliminar obliga a reconocer que, dado que en una cátedra se desempeñan profesores adjuntos regulares, profesores adjuntos interinos y docentes de la carrera, las letras que subsiguen tienen como marco de referencia la participación de todos. Por dicha razón, cuanto se expone se encuentra imbuido de ese presupuesto.

Se proponen, por lo pronto, tres ideas que trasuntan otras tantas actividades básicas del itinerario académico. Dicho en forma más descriptiva: se plantean un punto de vista interno de la cátedra y un punto de vista externo de ella.

2. *Reuniones de la Cátedra*

La correcta comprensión de las partes integrantes de la Constitución federal de la Argentina tiene como presupuesto dogmático la lectura de conjunto de la misma. Así, se requiere un punto de partida y un adecuado perímetro para trazar los fundamentos que emanan de las predeterminaciones del sistema constitucional y sus conexiones. La reunión de cátedra se presenta como un ámbito sumamente propicio para alentar este tipo de indagaciones y reflexiones.

Se considera insustituible e indispensable que la cátedra, con todo su plantel de profesores, mantenga reuniones periódicas. Naturalmente, no es la periodicidad el ingrediente a que se apunta, sino la riqueza conceptual que de ellas razonablemente pueda extraerse.

Las reuniones pueden ser mensuales. A ello debe agregarse que los importantes avances tecnológicos permiten, sin dudas, un diálogo personal e interpersonal tan fluido como constante.

Y, en rigor de verdad, son dos temas básicos los que acaparan la atención. En primer lugar, el desenvolvimiento de la tarea docente y las dificultades que cotidianamente en las aulas se van planteando. Y, en segundo lugar, las propias dudas y desafíos que cada docente va arti-

culando a partir de su propia comprensión dogmática y axiológica del mundo del derecho constitucional.

3. *La investigación*

Si se debiera indicar en pocas palabras cuál es la aspiración capital, podría decirse: estimular la perfección y correlativo aumento del conocimiento. Se parte de la premisa que dicho aumento es una actividad que no perjudica a nadie; todo lo contrario, cuando ello ocurre, la comunidad se beneficia. La ruta más relevante para perseguir el mejoramiento del conocimiento es, innegablemente, la investigación. El aliciente a la investigación científica para todos y cada uno de los docentes de la cátedra es un criterio rector que inspirará la tarea docente, en caso que se acceda al cargo que se concursa.

Resulta interesante individualizar cuáles son los postulados de la investigación. Se emplea el término investigación en sentido neutral, sin incluir en el mismo una orientación positiva o negativa. Investigación, como ya se ha dicho, es búsqueda metódica del conocimiento, partiéndose de la premisa que ella debe intentar la solución de nuevos problemas o corroborar (o no) descubrimientos anteriores. Aunque, como es sabido, en el derecho las conclusiones de la exploración son bastante contingentes. En razón de ello, el estatuto epistemológico adoptado inclina a sostener que la respuesta correcta es un ideal que si bien reconoce profundas dificultades para ser alcanzado, constituye el objeto regulativo de toda la interpretación jurídica constitucional.

En esta inteligencia, toda investigación en el campo del derecho constitucional, es un proceso consistente en averiguar algo sobre las piezas o elementos que lo configuran. Consiguientemente, toda investigación tiene un telón de fondo o visión general o sustrato filosófico que caracteriza el enfoque científico.

Las investigaciones en la Cátedra pueden ser, al menos, de dos clases, según quienes sean los investigadores que intervienen y participan activamente en ella. Por un lado, aquellas en las cuales participan todos los profesores. Por otro lado, las que se realizan en particular por uno o varios miembros del plantel docente.

Sin embargo, tanto en uno como en otro caso, los temas relacionados con el derecho constitucional de la libertad, con el derecho constitucional del poder y con la reforma constitucional serán los excluyentes, concentrando los afanes investigativos.

Uno de los principales objetivos de la actividad a cargo de la unidad académica, será el fomento de la investigación; ello, además e inexcusablemente, obligará al examen de cuestiones relacionadas con la metodología de las ciencias jurídicas. Luego de este estudio, se planteará en el seno de la cátedra cuáles son esos temas claves que a juicio de sus integrantes merecen un estudio pormenorizado. En este contexto, se decidirá, previa indagación, reflexión y deliberación fundada, cuáles son los temas de derecho constitucional merecedores, en su carácter de objetos, de objeto de estudio específico. Solamente como nota marginal, y sin presuponer nada, se entiende que la caracterización o dimensión básica del plan para la investigación de los profesores de la cátedra deberá abarcar, de manera continuada, toda la duración del cargo al que se aspira.

Lo expuesto párrafos más arriba, de ninguna manera supone desalentar las investigaciones individuales. En estos casos, además de intentar institucionalizar tales tareas en el ámbito de la Facultad, se procurará orientar al investigador para que pueda alcanzar sus objetivos.

4. *Relación con la comunidad científica nacional y extranjera*

De ninguna manera se pretende ir tan lejos como para hablar de la internacionalización del Derecho Constitucional. Sin embargo, se trata de una hipótesis que poco a poco va realizando ingentes apariciones; sobre todo, aunque no exclusivamente, en materia de tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales.

Si a ello se agrega la velocidad y fecundidad que tienen las comunicaciones, la vinculación con la comunidad científica que cultiva el derecho constitucional es una tarea impostergable.

En este sentido, siempre que se encuentre a nuestro alcance, se estimulará y facilitará toda actividad que implique el intercambio de puntos de vista sobre el derecho constitucional comparado. Para cumplir estos fines, la relación científica con profesores de Derecho Constitucional de

universidades argentinas y del exterior es el horizonte de proyección más seguro de la tarea que al respecto se pretende desplegar, buscando el progreso de nuestro saber.

Finalmente, propongo los programas.

Programa de enseñanza y examen de la materia elementos de Derecho Constitucional.

Contenidos mínimos.

Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

Ciclo profesional común.

Prof. Dr. Raúl Gustavo Ferreyra.

Parte Uno

Poder, Democracia y Derecho

Unidad 1

Nociones preliminares.

Enfoques sobre el mundo jurídico.

Unidad 2

Rasgos básicos del Derecho Constitucional.

Unidad 3

La constitución y sus garantías.

Unidad 4

Noticia sobre historia constitucional de la Argentina.

Piezas constitucionales. El Preámbulo.

Unidad 5

Momentos constituyentes: el cambio formalizado, la reforma constitucional.

Interpretación. La sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución.

El control de constitucionalidad.

Unidad 6

Derecho de los tratados y convenciones sobre derechos humanos con jerarquía constitucional.

DERECHO CONSTITUCIONAL DEL CIUDADANO Y DERECHO CONSTITUCIONAL DEL
PODER DEL ESTADO

RAÚL GUSTAVO FERREYRA

Parte Dos

Sistema de Derechos y Garantías

Unidad 6

Igualdad jurídica.

Unidad 7

Libertad constitucional.

Unidad 8

Derechos políticos.

Unidad 9

Derechos patrimoniales.

La tributación.

Unidad 10

Derechos sociales.

Unidad 11

Otros derechos enumerados y derechos implícitos.

Unidad 12

El perfil de los nuevos derechos.

Unidad 13

Garantías de los derechos constitucionales.

Amparo e inconstitucionalidad.

Parte Tres

Sistema de los poderes del Estado y sus controles

Unidad 14

Parte orgánica de la Constitución.

La garantía de división de poderes.

Unidad 15

Congreso. Legislación y control.

La ley.

Unidad 16

Órganos de control. Defensor del Pueblo de la Nación. Auditoría General de la Nación.

Unidad 17

Poder Ejecutivo. Filiación. Naturaleza. Administración.

Atribuciones.

El reglamento.

Unidad 18

Jefe de Gabinete y otros órganos dependientes del Poder Ejecutivo.

Unidad 19

La jurisdicción.

La sentencia.

Corte Suprema de Justicia de la Nación: tribunal de garantías y poder político del Estado.

Atribuciones del Poder Judicial federal.

Unidad 20

El pacto federal argentino. Constituciones provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires.

Unidad 21

Ministerio Público.

Unidad 22

Derecho de la integración. *Mercosur*.

Derecho Constitucional comparado.

Brevísima noticia sobre aspectos jurídicos de la integración europea.

Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

Ciclo Profesional Orientado.

Profesor Dr. Raúl Gustavo Ferreyra.

Lineamientos mínimos para el Programa de Enseñanza y Examen de la materia Derecho Constitucional profundizado, Ciclo profesional orientado.

Unidad I

Enfoques sobre el mundo jurídico.

Sistema jurídico y posición de los Derechos Fundamentales.

Quid sobre el contenido mínimo o esencial de los derechos fundamentales.

Unidad II

El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa.

Unidad III

Teoría de las Garantías Constitucionales.

Unidad IV

Ley Fundamental y Parlamento.

Unidad V

Ley Fundamental y departamento ejecutivo.

Unidad VI

La jurisdicción, garantía de la constitucionalidad.

Unidad VII

La Corte Suprema de Justicia de la Nación: su papel institucional.

Unidad VIII

Garantías de los Derechos Constitucionales.

Unidad IX

Vías para promocionar el control normativo: amparo, hábeas corpus, hábeas data, cuestión de constitucionalidad, acción de inconstitucionalidad, recurso extraordinario federal.

Unidad X

Tendencias actuales en el Derecho Constitucional comparado.

Unidad XI

Sistema constitucional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Unidad XII

La Unión Europea. Rasgos básicos del proceso de integración.

La cuestión en América del Sud. Retos, desafíos, horizonte de proyección.

Las revistas jurídicas en el ámbito universitario: foros de expresión y laboratorios de escritura*

AGUSTÍN PARISE**

Las revistas jurídicas en el ámbito universitario ocupan un rol esencial en la formación de los futuros abogados y en el desarrollo del Derecho como ciencia. Esta aseveración, que seguramente sería compartida por Ignacio Winizky,¹ se analizará mediante una incursión en el modelo norteamericano de revistas jurídicas, contrastándolo con el que existe en América Latina. Las revistas jurídicas en el ámbito universitario no sólo ofrecen un foro de expresión para los alumnos, también ofrecen un laboratorio en donde ellos comienzan a desarrollar habilidades de escritura académica. Ambos aspectos pueden ayudar en la evolución del derecho como práctica y ciencia.

* Partes de este trabajo fueron presentadas oralmente por el autor en la Conferencia Estadounidense de Revistas Jurídicas Estudiantiles (*National Conference of Law Reviews*) celebrada en el Southern University Law Center (EE. UU.) el 21/10/2009. La presentación se tituló “¿Cuándo las Revistas Jurídicas Estudiantiles hacen una diferencia?” (*When Do Law Reviews Make a Difference?*). El panel también contó con presentaciones realizadas por Mark E. Hoch y Michael J. Malinowski.

Nótese que el autor ha intentado acompañar fuentes en formato electrónico, facilitando de ese modo el acceso a materiales extranjeros. Los sitios web fueron consultados el 15 de marzo de 2010 y el autor conserva copias de los contenidos en soporte papel.

** Investigador Asociado (Instituto de Derecho Civil, Universidad Estatal de Luisiana); Jefe de Trabajos Prácticos (Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires).

¹ Ignacio Winizky fue el creador de la revista *Lecciones y Ensayos* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Concibió la revista como “una publicación periódica, comprendiendo la lección del profesor y el ensayo *primerizo* del alumno. Puso tal empresa en manos de ‘todos’ los estudiantes, como prueba de su inmensa ‘fe en la juventud universitaria argentina” (énfasis agregado). Véase, *Historia de Lecciones y Ensayos* en: http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/pub_lye_historia.php.

I. UN FORO DE EXPRESIÓN

En los EE.UU. existen dos clases o grupos principales de revistas jurídicas,² ya sean en soporte papel o electrónico.³ El primer grupo de revistas está compuesto por las llamadas *Peer-Review Journals* (Revistas Editadas por Pares). Estas revistas, que tienen una marcada circulación tanto entre alumnos y académicos como entre quienes ejercen la profesión, someten los trabajos que publican al escrutinio previo por parte de expertos. Las revistas del primer grupo son administradas y su contenido es seleccionado por profesionales del Derecho, por lo general, profesores universitarios. El segundo grupo está compuesto por las llamadas *Student Law Reviews* (revistas jurídicas estudiantiles), las cuales tienen el mismo alcance de circulación que las del grupo anterior. Las revistas del segundo grupo son administradas y su contenido es seleccionado por alumnos de las diferentes escuelas de derecho. Cada escuela tiene al menos una revista jurídica estudiantil que publica temas de Derecho en general. Muchas escuelas también cuentan con revistas especializadas que publican trabajos sobre áreas específicas del Derecho (verbigracia, Derecho Ambiental, Derecho Internacional) o que agrupan trabajos sobre los intereses sociales de los alumnos (verbigracia minorías raciales, grupos políticos).⁴ La mayoría de los alumnos que forman parte del cuerpo

² Adviértase que para los fines de esta nota se entiende que *review* y *journal* tienen el mismo alcance.

Nótese que existe un grupo de revistas que son administradas por las asociaciones de abogados (*Bar Journals*). Estas revistas tienen ante todo la finalidad de informar a un grupo bien determinado de lectores, en general a los miembros de ese foro o jurisdicción, sobre cuestiones prácticas del derecho.

³ Las revistas en soporte electrónico se encuentran en alza en América Latina y en los EE. UU. Es de notar, si bien no necesariamente sea una consecuencia de la referida alza, que la suscripción a revistas jurídicas en soporte papel ha disminuido en los EE. UU. en los últimos años. Véase <http://www.nationaljurist.com/content/law-review-paid-circulation-declines>.

⁴ Por ejemplo, la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard cuenta con una gran cantidad de revistas especializadas, entre otras, *Harvard Journal on Racial and Ethnic Justice*, *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, *Harvard Environmental Law Review*, *Harvard Human Rights Journal*, *Harvard International Law Journal*, *Harvard Journal of Law & Gender*, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, *Harvard Journal of Law & Technology*, *Harvard Journal on Legislation*, *Harvard Latino Law Review*, *Harvard Law and Policy Review*, *Harvard Negotiation Law Review*, *Journal of Sports and Entertainment Law* y *Harvard National Security Journal*.

editorial de una revista son seleccionados como resultado de su desempeño académico durante el primer año de la carrera de Abogacía.⁵ Un grupo menor de los alumnos accede al cuerpo editorial luego de ser premiados en concursos literarios organizados por la revista misma.⁶

Prácticamente no existen en los EE. UU. las revistas que aquí se denominarán *híbridas*: se trata de aquellas publicaciones que presentan una mezcla entre el primero y el segundo grupo. Estas revistas se caracterizan por la interacción entre alumnos y profesionales (o pares). Las revistas híbridas pueden tener matices de interacción entre ambos componentes: en unas existirá mayor gravitación de profesionales sobre alumnos, en otras se dará lo contrario y en otras, los dos componentes compartirán un mismo pie de igualdad. El Instituto de Derecho Civil de la Universidad Estatal de Luisiana ha creado el *Journal of Civil Law Studies*,⁷ que es actualmente una de las pocas revistas híbridas de los EE. UU. Esta publicación es administrada por los miembros del Instituto y el contenido es editado por pares. Sin embargo, los alumnos de la Escuela de Derecho de la Universidad Estatal de Luisiana colaboran con el trabajo editorial para acomodar los escritos al formato de la revista y para controlar la veracidad de las fuentes consultadas y citadas. Asimismo, se estimula a los alumnos a compartir sugerencias tanto sobre el estilo como el contenido de los trabajos. La revista invita a los alumnos a presentar trabajos propios para publicación, que se destinan a una sección especial.

Las revistas jurídicas estudiantiles son por lejos las más corrientes en los EE. UU. Se puede estimar la existencia de, al menos, 600 revistas jurídicas de este tipo.⁸ Lo más positivo de éstas es que garantizan un foro único de expresión para los alumnos. Esa garantía, con ese alcance, no existe en ningún otro país del mundo. Allí los alumnos pueden expresar sus ideas y seleccionar al mismo tiempo los trabajos que encuentran de interés.

⁵ Véase el desarrollo de Julio César Cueto Rúa que no pierde vigencia: CUETO RÚA, Julio, *El "Common Law". Su estructura normativa. Su enseñanza*, Buenos Aires, La Ley, 1957, pp. 382-384.

⁶ Véase la clara explicación en VOLOKH, Eugene, *Academic Legal Writing*, 3ª ed., New York, Foundation Press, 2007, p. 216.

⁷ Véase www.law.lsu.edu/jcls.

⁸ El listado más completo de revistas jurídicas estudiantiles indica a la fecha 631 revistas en los EE. UU. y se encuentra disponible en <http://lawlib.wlu.edu/lj/index.aspx>.

¿Qué tan grande es el foro al que estamos haciendo referencia? Un ejercicio de matemáticas ayuda a dilucidar la cuestión. En el año 2009 existían 200 escuelas de derecho acreditadas para operar en los EE. UU.⁹ Si cada escuela de derecho tiene un promedio de tres revistas jurídicas estudiantiles, y cada una realiza cuatro entregas por año, cada una de las cuales incluye al menos dos trabajos de alumnos, estamos hablando de una publicación de, por lo menos, 4.800 contribuciones elaboradas por alumnos. Ese año la matrícula en las 200 escuelas acreditadas era de 152.033 alumnos.¹⁰ Por ende, se puede concluir que en los EE. UU. aproximadamente el 3% de los alumnos de la carrera de Abogacía publican trabajos en las revistas jurídicas estudiantiles.

Si bien este porcentaje hace que las publicaciones sean muy codiciadas por los alumnos, lo que claramente demuestra es que existe un foro de expresión garantizado para los futuros abogados. Un gran número de revistas jurídicas estudiantiles son adquiridas por las bibliotecas de las escuelas de derecho, por los tribunales y por las firmas de abogados. Asimismo, el contenido de prácticamente todas las revistas jurídicas estudiantiles se hace disponible en las principales bases de datos electrónicas de los EE. UU.,¹¹ facilitando de aquel modo la difusión de los trabajos tanto dentro de las universidades, así como en los ámbitos de práctica profesional y de administración de justicia.

II. UN LABORATORIO DE ESCRITURA

La escritura académica es un arte. Es como tocar el violín. Son muy pocos los violinistas profesionales que comienzan a tocar siendo adultos. La mayoría de los grandes violinistas tocan desde la niñez. Lo mismo debería pasar con quienes se dedican a escribir trabajos de doctrina jurídica. Se debe fomentar la escritura académica mientras que el futuro abogado se encuentra dentro de los claustros académicos, contando con

⁹ Law School Admission Council & American Bar Association Section of Legal Education and Admissions to the Bar; *ABA-LSAC: Official Guide to ABA-Approved Law Schools - 2010 Edition*, Pensilvania, 2009, p. i.

Nótese que a ese número cabe agregar las instituciones educativas que no se encuentran acreditadas aún y que están en proceso de alcanzar la acreditación.

¹⁰ Ídem nota 9, p. 870.

¹¹ Las principales bases de datos son administradas por *HeinOnline*, *Westlaw* y *LexisNexis*.

la tutela del docente. Cuanto antes se comience a escribir, más herramientas se adquirirán y se convertirá al alumno en un gran escritor, algo así como un virtuoso del violín.

Las Revistas Jurídicas Estudiantiles proporcionan un laboratorio donde los alumnos pueden comenzar a desarrollar la escritura académica. Asimismo, las revistas fomentan la escritura dentro del marco universitario. Por otra parte, los concursos literarios sobre temas jurídicos logran que los alumnos descubran aspectos del Derecho que necesitan atención y estudio.

No todos los trabajos estudiantiles pueden ser publicados. Las revistas jurídicas estudiantiles incluyen en las secciones principales trabajos realizados por profesionales (verbigracia: abogados, profesores y jueces) y se reservan secciones en donde se publican trabajos realizados por alumnos. Se debe considerar que muchos alumnos escriben –como requisito para permanecer en algunas revistas– trabajos que no llegan a ser seleccionados para su publicación. Se puede estimar que se publica uno de cada diez trabajos presentados para evaluación. El foro se encuentra efectivamente abierto para un alumno, pero motiva en diez la investigación y creatividad académica.

III. UNA MIRADA A AMÉRICA LATINA

Se sostuvo que al menos el tres por ciento de los alumnos matriculados en las escuelas de Derecho de los EE. UU. publica un trabajo en alguna revista jurídica estudiantil. Este número no es despreciable, en especial si se lo compara con la realidad en América Latina. Por ejemplo, en la Argentina se enseña Abogacía en 78 sedes universitarias.¹² En 2008 las matrículas de esas sedes sumaban 200.511 alumnos que estudiaban Abogacía.¹³ En los EE. UU., la población es de al menos 300 millones,¹⁴ mien-

¹² Conforme el Ministerio de Educación de Argentina, la carrera de derecho se dicta en 78 sedes de universidades nacionales y privadas. Véase <http://estudiarenArgentina.siu.edu.ar/pages/study1501.php>.

¹³ El autor agradece a Raquel San Martín por la orientación brindada para el acopio de las estadísticas. Véase Secretaría de Políticas Universitarias, *Anuario 2008 de Estadísticas Universitarias*, Buenos Aires, 2009, cuadro 1.9, p. 37; disponible en http://www.mcy.gov.ar/spu/documentos/Anuario_2008.pdf.

¹⁴ El último censo de población, en 2000, indicó que la población de los EE. UU era de 281.421.906. Véase <http://www.census.gov/main/www/cen2000.html>.

tras que en la Argentina es de no menos de 40 millones.¹⁵ Sin embargo, hay más alumnos en la carrera de Abogacía en la Argentina que en los EE. UU.¹⁶ Este escenario es similar en otras partes de América Latina. Por ejemplo, hace una década Brasil contaba con 292.728 alumnos en las facultades de derecho, mientras que México sumaba 188.422 y Venezuela 44.000.¹⁷ Para esta fecha, los números de alumnos en estos países seguramente han cambiado. Sin embargo, es muy probable que los números no reflejen una drástica disminución y, por el contrario, reflejen un alza que acompañe la tasa de crecimiento poblacional.

En América Latina son muy pocas las universidades que cuentan con revistas jurídicas estudiantiles.¹⁸ Por ejemplo, en la Argentina existe la revista *Lecciones y Ensayos* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. La revista fue creada en 1956 y realiza una entrega anual, incluyendo generalmente hasta tres ensayos realizados por alumnos. La revista es dirigida por alumnos y los dictámenes sobre cuáles trabajos son publicados son elaborados por alumnos que se encuentran cursando los últimos años de las carreras que se dictan en la referida Facultad de Derecho. Asimismo, la revista cuenta con un Consejo Asesor formado por docentes, que interviene cuando los alumnos lo solicitan en cuestiones concretas. Es dable advertir que los alumnos aceptan presentaciones únicamente bajo seudónimo, manteniendo de tal modo un estricto sistema de anonimato.¹⁹

¹⁵ El último censo de población, en 2001, indicó que la población de la Argentina era de 36.260.130. Véase http://www.indec.gov.ar/censo2001s2/ampliada_index.asp?mode=01.

¹⁶ Nótese que los estudios de Abogacía en los EE. UU. se inician luego de completar estudios de grado en los *Colleges* (universidades). Por lo tanto, los estudios de Derecho (*Juris Doctor*) que se realizan en las escuelas de derecho (*Law Schools*) serían estudios de post-grado para los estándares latinoamericanos. Ello podría justificar la menor cantidad de alumnos en los EE. UU.

¹⁷ Véase PÉREZ-PERDOMO, Rogelio, *Latin American Lawyers: A Historical Introduction*, Stanford, Stanford University Press, 2006, p. 105.

¹⁸ Esta aseveración puede hacerse extensiva a la mayoría de las universidades en Europa continental.

¹⁹ Debe notarse que se convocan docentes de marcada trayectoria, aun cuando no formen parte del Consejo Asesor, para evaluar los trabajos de los alumnos en los concursos de ensayos.

El autor agradece a Diego M. Papayannis la explicación sobre el funcionamiento de la revista. Véase también <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/index.php>.

De aplicarse las mismas matemáticas a las cifras en la Argentina, quedaría demostrado que el tres por ciento de los EE. UU. se reduce drásticamente. En los EE. UU., los alumnos que publican trabajos en revistas jurídicas estudiantiles se encuentran en una proporción de uno entre cientos. En la Argentina esa proporción se desfigura: pasa a ser de uno entre miles. El foro de expresión de los alumnos es prácticamente inexistente en la Argentina. Adviértase que junto con el foro también desaparece el laboratorio de escritura.

En la región han comenzado a crecer las revistas híbridas. Por ejemplo, en la Argentina, la *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, de la Escuela de Derecho de la Universidad Torcuato Di Tella, es una de las que opera de manera híbrida. Los alumnos tienen una marcada gravitación en la toma de decisiones. Si bien la revista es dirigida por un docente, las decisiones sobre qué publicar son tomadas por los alumnos en consulta con el director. Cuando los alumnos reciben un trabajo que no responde a una invitación previa, luego de un filtro editorial inicial, consultan con especialistas que funcionan como árbitros anónimos.²⁰

No se debe ignorar que algunas universidades de Argentina y América Latina cuentan con revistas jurídicas. Sin embargo, estas revistas raras veces cuentan con la participación de alumnos de grado y, en aún menor medida, publican trabajos de alumnos. Por ende, esas revistas no son consideradas por muchos alumnos de grado como un posible foro de expresión. Quizá la mayor ventaja de estas revistas es que logran regresar al ámbito universitario parte de los debates académicos y proporcionan una selección de trabajos avalada por profesionales.

Como consecuencia de esta carencia de foro, en América Latina la mayoría de los trabajos de doctrina se gestan fuera de los ámbitos universitarios. Así, en el caso de la Argentina, prácticamente la totalidad de las notas de doctrina son publicadas en revistas jurídicas de mucho prestigio que, sin embargo, no tienen afiliación con las casas de estudios.²¹ Este foro externo es también muy necesario, si bien no debería ser el único. Las revistas jurídicas estudiantiles y las revistas híbridas deberían

²⁰ El autor agradece a Martín Hevia la explicación sobre el funcionamiento de la revista. Véase también http://www.utdt.edu//ver_contenido.php?id_contenido=512&id_item_menu=1574.

²¹ Véanse, por ejemplo, *Revista Jurídica Argentina La Ley y Jurisprudencia Argentina*.

poder coexistir con las actuales revistas sin poner en jaque el prestigio o circulación de estas últimas. El rol de las nuevas revistas sería claro: existir como foro de expresión y laboratorio de escritura principalmente para alumnos. Se han intentado proyectos entre casas editoriales y universidades, si bien no han logrado prosperar.²² Estos últimos invitan a contribuciones por parte de alumnos y docentes de las universidades, si bien son publicados por casas editoriales.

IV. UNA NECESIDAD PARA EL PERFECCIONAMIENTO

El panorama en América Latina parecería demostrar que prácticamente no existe un foro de expresión para los alumnos de Abogacía. Asimismo, con la excepción de los trabajos de iniciación en la investigación y las monografías que forman parte de los cursos regulares de grado, no existe un laboratorio donde los alumnos puedan desarrollar sus habilidades de escritura. Esta carencia seguramente genera una desaceleración en la escritura académica desde el comienzo mismo de la formación profesional.²³ Por ende, se demora el inicio de la actividad académica a la etapa del efectivo ejercicio profesional y/o se limita a un grupo reducido de profesionales que pueden en el futuro volcarse a la escritura. Los trabajos de doctrina se limitan a ser elaborados por profesionales del Derecho y los alumnos deben esperar su turno y anhelar ser aceptados en ese único foro.

Es el deber de las universidades latinoamericanas, dentro de sus posibilidades estructurales, aumentar la cantidad de alumnos que publican dentro del ámbito universitario. La tendencia negativa no debe perdurar. Se debe revertir para que la calidad de los futuros trabajos de doctrina

²² Véase, por ejemplo, *Revista Universitaria La Ley*.

²³ Existe otro problema que puede ser resuelto con la implementación de revistas jurídicas estudiantiles o revistas híbridas. La demora en la escritura no favorece la proyección internacional de los graduados latinoamericanos. Estos últimos se encuentran en una posición de desventaja ante los graduados de otras regiones cuando anhelan posiciones de investigación o estudios de posgrado en el extranjero. Muchas unidades de investigación y facultades de Derecho requieren, entre los requisitos para solicitar aceptación a programas, becas y subsidios, que se acompañe un listado con las publicaciones e investigaciones realizadas. Al no existir un foro de expresión temprano, los graduados latinoamericanos generalmente no cuentan durante sus primeros años como profesionales con credenciales en esos campos.

jurídica siga aumentando. Es evidente que el cambio demorará y que los recursos deberán ser calculados, pero ello no es impedimento para que se comience a avanzar en una nueva dirección.

Las nuevas tecnologías de comunicación podrían ayudar en ese respecto. La falta de recursos económicos, una realidad que siempre pareció marcar negativamente la posibilidad de desarrollar revistas dentro del marco universitario en América Latina, puede ser salvada con el desarrollo de revistas en soporte electrónico. Estas revistas no sólo ahorran recursos en la etapa de impresión y circulación, sino que también facilitan la celeridad en la difusión de ideas.

La creación de nuevos foros y laboratorios traerá la necesidad de asumir nuevas responsabilidades por parte de los alumnos y los docentes que los instruyen. No debe ignorarse que se han formulado muchas críticas al sistema de revistas jurídicas estudiantiles. Entre las críticas más corrientes se encuentra que los alumnos no cuentan con un conocimiento acabado del Derecho para poder seleccionar, evaluar y editar los trabajos presentados. Se critica también que los alumnos que forman parte del cuerpo editorial de la revista tienden a “congelarse” en su desempeño académico, estimando erróneamente que han alcanzado el mayor de los logros. Asimismo, se critica que la gran cantidad de trabajos publicados hace difícil identificar los mejores, ya que los últimos muchas veces se pierden en un mar compuesto de cientos de trabajos mediocres o simplemente no sobresalientes. Se sostiene también que los alumnos se dejan impresionar por las credenciales del autor y no por la calidad del trabajo presentado, haciendo por ende más difícil el acceso a los foros a quienes están iniciando su actividad académica. Por último, se cree que como consecuencia de la combinación de todos esos aspectos negativos, la calidad de los trabajos comienza a disminuir.²⁴ Existen dos grandes desafíos para los alumnos. Los alumnos deberán asumir el compromiso de respetar ideas y fomentar la pluralidad de expresiones. Sin

²⁴ Véanse las recientes críticas formuladas, entre otros, por: WATSON, Alan, *The Shame of American Legal Education*, 2ª ed., Lake Mary, Vandephas Publishing, 2006, pp. 88-95; GINGERICH, Jonathan, “A Call for Blind Review: Student Edited Law Reviews and Bias”, en *Journal of Legal Education*, vol. 59, Nro. 2, Los Ángeles, AALS, 2009, pp. 268 y ss., también disponible en <http://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/3326758/Gingerich%20909.pdf?sequence=2>.

embargo, el mayor desafío será difundir conocimiento mientras se mantienen altos los estándares de una institución educativa.

La implementación de revistas híbridas parecería poder brindar una solución a gran parte de las críticas que las revistas jurídicas estudiantiles enfrentan.²⁵ Las revistas híbridas deberán aceptar presentaciones únicamente bajo seudónimo y garantizar que una sección de la revista sea reservada a publicaciones de trabajos de alumnos. De tal modo, estas publicaciones proporcionarán a los alumnos un foro de expresión que también los llevará a desarrollar sus habilidades de escritura. Al mismo tiempo, el rol de los profesionales en la selección de los trabajos podrá contrarrestar el argumento de quienes consideran equivocada o riesgosa la selección de temas por parte de los alumnos.

Corolario: la inclusión de una mayor cantidad de revistas jurídicas en el ámbito universitario contribuirá a una mejor formación de los alumnos en América Latina. Las nuevas revistas se sumarán a las existentes para ofrecer el tan necesario foro de expresión y laboratorio de escritura académica para los alumnos.

²⁵ Véanse las críticas elaboradas por Richard A. Posner a las revistas jurídicas estudiantiles. El referido autor concluyó una de sus exposiciones con la sugerencia de implementar revistas híbridas, si bien no las define como tales. Véase POSNER, Richard A., "Against the Law Reviews", en *Legal Affairs*, noviembre-diciembre 2004, disponible en http://www.legalaffairs.org/issues/November-December-2004/review_posner_novdec04.msp.

La ciencia del Derecho y el advenimiento del nazismo: el perturbador ejemplo de Carl Schmitt

DANIEL RAFECAS*

La historia del Derecho (...) muestra (...) qué grandes son los peligros que amenazan al Derecho y a la Justicia de parte del poder y sus portadores, porque los oportunistas se ponen siempre a disposición del poder, dispuestos a la traición al Derecho y a la Justicia.

EBERHARD SCHMIDT, 1961

EL ASCENSO DEL PENSAMIENTO Y LA FIGURA DE CARL SCHMITT DURANTE EL PERÍODO DE WEIMAR

Carl Schmitt (1888-1985) fue un jurista alemán de extracción católica y de reconocido prestigio en círculos académicos conservadores ganado en las primeras décadas del siglo XX, que adhirió en forma relativamente temprana al nazismo afiliándose al partido el 1º de mayo de 1933,¹ y luego fue designado por el régimen hitleriano –entre otros cargos– como catedrático de Derecho Público en la Universidad de Berlín en octubre de 1933, puesto en el que permaneció en forma ininterrumpida hasta mayo de 1945.

Durante la vigencia de la República de Weimar (1919-1933), entre otras obras, Schmitt publicó títulos tales como *La situación espiritual del parlamentarismo actual* (1923), *El concepto de lo político* (1927) y especial-

* Juez Federal. Doctor en Derecho Penal (UBA). Profesor regular, titular del Seminario de posgrado sobre Derecho y Holocausto (Facultad de Derecho, UBA).

¹ Carl Schmitt, ciudad de Colonia (en donde era aun Profesor, luego en octubre de ese año se mudaría a Berlín para asumir la cátedra en la Universidad y diversos cargos en el Partido y el Estado), miembro de número del NSDAP 2-098-860 (FRIEDLÄNDER, 85).

mente, su *Teoría de la Constitución*, editada por primera vez en 1928, que tuvo gran repercusión nacional e internacional; a la que le siguió la igualmente importante obra *Legalidad y Legitimidad* (1932).

La obra científica de Schmitt hasta ese entonces se inscribió en una larga lista de trabajos de autores de Derecho Público enrolados francamente en el más profundo antiliberalismo que, en la Alemania posterior a la Primera Guerra Mundial, encontraron un fermento propicio para difundir sus invectivas antidemocráticas debido al desprestigio que ostentaban el parlamentarismo y las demás instituciones de la República de Weimar entre las elites políticas y económicas y también en buena parte de la clase media.

La obra de Schmitt previa a que el nazismo acceda al poder en Alemania lo muestra como un autor con una clara impronta antidemocrática. En un ensayo de 1932, comparaba despectivamente a los ciudadanos con derecho al voto con *ovejas* que en tiempo de elecciones son llevadas por los partidos políticos “*al corral de sus listas*”, al tiempo que describía a la democracia liberal y al pluralismo como “*un desatino fantástico*”.²

En cambio, se mostraba abiertamente partidario de “*una jefatura libre, fundada carismáticamente, caracterizada racialmente*”, para lo cual resultaba mucho más propicio el *Estado de excepción*, ámbito sobre el cual Schmitt le atribuía legitimidad al Soberano; como se advierte fácilmente, esta literatura favorecedora de la erección del Estado autoritario pronto se vería cristalizada en la figura y el pensamiento de un *Führer*.

En aquel entonces, “...se veneraba la estética de un Estado jerárquico-antidemocrático, un Estado que separado de intereses sociales (‘anarquistas’) encarnara la unidad, el poder y la decisión. Toda la literatura de Schmitt, ya antes de 1933, está signada por el endiosamiento de un orden estatal poderoso y por la decisión (...) Se demandaba la gran orientación, el ‘liderazgo’ que pudiera conducir fuera de la miseria espiritual de la época”.³

En tal contexto, hacia 1932, el movimiento nacionalsocialista era visto como una propuesta no sólo de restauración conservadora, sino especialmente como la única alternativa a lo que en aquel entonces parecía

² RÜTHERS, 64.

³ RÜTHERS, 49.

inexorable: el acceso al poder en Alemania de los sectores de izquierda, escenario que acercaba al país a la caída en un régimen comunista al estilo del bolchevique impuesto en el ex Imperio Ruso una década antes.

Podría decirse que este *espanto* de la burguesía en Alemania ante el fantasma del comunismo, en un ambiente de humillación nacional por los duros términos impuestos por los vencedores y enmarcado en una situación de colapso económico con cifras de desempleo e inflación nunca antes vistas, es lo que explica el *viraje*, incluso antes de que Hitler acceda al poder, de buena parte de la *intelligentsia* alemana hacia posturas más reaccionarias, incluso radicales, de la cual los juristas, profesores de Derecho y magistrados judiciales eran una suerte de avanzada intelectual de gran influencia.

Así, el ámbito del Derecho –especialmente, el sistema de administración de Justicia– potenció en aquellos años lo que podría considerarse como un rol garantizador del *statu quo*, es decir, de la conservación de los privilegios de clase y de las vigentes relaciones de poder frente a la amenaza de un cambio sustancial propiciado por la clase obrera y los círculos políticos e intelectuales que la apoyaban, nucleados especialmente en el partido comunista y en la socialdemocracia.

Fue así que, con el acceso de Hitler al poder el 30 de enero de 1933, esta tendencia en los ambientes académicos se potenció y reorientó en apoyo explícito del nuevo panorama político que se abría de la mano de la *revolución nacionalsocialista*, generando un entusiasmo que no se limitó al común de los profesores de Derecho, sino que “la elite más altamente calificada profesionalmente ofreció gustosa su capacidad; algo más: muy a menudo lo hizo con verdadero júbilo al servicio del nuevo Estado (...) con pasmosa regularidad, en 1933 o después de ese año, gran parte del profesorado especialmente calificado se dejó tomar por el ‘espíritu nacionalsocialista’ en la medida en que ellos no estuvieron en oposición a los nuevos dueños del poder”.⁴

En esta vanguardia intelectual de cuño reaccionario destacó el gran académico del Derecho Político, Carl Schmitt.

Según Zarka, “...la adhesión de Schmitt al nazismo ha sido tan consciente y profunda, que no es posible estudiar sus textos jurídico-políti-

⁴ RÜTHERS, 37.

cos (...) poniendo entre paréntesis su compromiso a favor de los principios nazis y el crédito que ha aportado a las peores leyes del régimen de Hitler...", máxime cuando "...Schmitt nunca ha criticado sus opciones del período nazi y que, al contrario, ha trabajado para proporcionales una justificación *a posteriori*..."⁵

En el mismo sentido se pronuncia Rùthers, para quien el período nacionalsocialista de Schmitt "...corresponde al *cenit* de su carrera académica y sus actividades jurídico-políticas entre sus 45 y 57 años de edad. Él fue profesor en Berlín, consejero de Estado prusiano, editor del *Diario de los Juristas Alemanes*, inspector de núcleo del grupo de profesores del *Reich* en la asociación de guardianes del Derecho nacionalsocialista, miembro de la Academia de Derecho alemán, protegido por Göring y Hans Frank".⁶

Schmitt ya en 1933 sostenía que los principios del nacional-socialismo debían reputarse válidos en todo momento y situación, para la aplicación y administración de patrones generales de conducta, ya sea por medio del juez, del abogado o del profesor de Derecho, reduciendo de este modo a estos actores, al juez particularmente, en funcionarios policíacos.⁷

EL CONTRASTE DE SCHMITT CON UN JURISTA PERSEGUIDO POR DEMÓCRATA Y POR JUDÍO: HANS KELSEN

Durante las décadas previas a que se concretara el acceso del nacionalsocialismo al poder en Alemania, la contienda escolástica entre *ius-naturalistas* y *positivistas* estaba entrando en el ocaso en favor de esta última doctrina, de la mano de la estrella de un jurista de la talla de Hans Kelsen (1881-1973), quien para la época de esplendor del "*círculo de Viena*",⁸ impuso sus postulados en sucesivas obras, que finalmente

⁵ ZARKA, 18.

⁶ RÜTHERS, 53.

⁷ NEUMANN, 492-493.

⁸ Que lideraba el filósofo Moritz Schlick (que fuera asesinado en Viena en 1936) e integraban entre otros, Otto Neurath (que emigró en 1934 a Bélgica y luego a Gran Bretaña) y Rudolf Carnap (que emigró a Estados Unidos en 1935). La contemporaneidad de Kelsen con el círculo de Viena no lo alejó de sus raíces kantianas y neo-kantianas de la Escuela de Marburgo, y fue más lo que aportó Kelsen -con su renombre internacional- al círculo de Viena, que lo que éste influyó sobre aquél; sobre este

condensaron en su *Teoría pura del Derecho* (1934), aceptada en los círculos académicos de las ciencias jurídicas como un producto moderno y superador de las anticuadas doctrinas justificantes del absolutismo y del solapamiento entre moral, religión y derecho.⁹

Esta teoría difundida desde Europa central declaraba, precisamente a comienzos de los años treinta del siglo pasado, que no había diferencia conceptual entre Estado y Derecho, pues sólo cabía concebir un único Derecho, al cual el propio Estado también estaba sometido.

Aunque bien sabemos el espíritu liberal que impulsaba al gran jurista vienés –pues identificaba la democracia con el sistema parlamentario y rescataba de ella su carácter de vehículo formal tendiente a la toma de decisiones prescindiendo de sistemas de valores universalmente aceptados–, la historia se encargaría de demostrar que, tal como acontecía con el iusnaturalismo,¹⁰ tampoco el *positivismo jurídico* de Kelsen contenía los anticuerpos necesarios para evitar que el terror se adueñara del poder estatal sin poder deslegitimarlo desde la teoría normativa.

Así lo sostiene Franz Neumann, para quien si bien “...una doctrina demoleadora [en atención a sus argumentos lógicos] puede ser un instrumento útil en el análisis científico, no puede servir de base para la acción política. Además, la teoría pura del derecho comparte los defectos del positivismo lógico y de toda otra ‘teoría pura’: su inocencia es virginal. Al excluir de su consideración todos los problemas relativos del poder político y social, prepara el camino al decisionismo, a la aceptación de

particular Carlos Cárcova ha afirmado que, en aquellos años, “...las influencias filosóficas del Círculo de Viena y del positivismo lógico, no tuvieron gran relevancia en su pensamiento...” (CÁRCOVA, pp. 81 y ss.).

⁹ Define Cárcova a este trabajo de Kelsen como su obra capital, “en cuya denominación queda esbozado el programa teórico que alienta, construir una ciencia del derecho capaz de alcanzar una autonomía disciplinar que expulse de su objeto propio los lastres de la metafísica, la axiología y la ideología” (CÁRCOVA, pp. 81 y ss.).

¹⁰ Hubo también intentos de juristas adictos al régimen de rehabilitar la vigencia del *derecho natural* para fundamentar la emergencia del Estado totalitario, como el caso de Hans J. Wolff y su trabajo *La nueva forma de gobierno del Reich alemán*, de 1933, en el que exclamaba “¡Entramos en una nueva época jusnaturalista!” y argumentaba que en la crisis del pensamiento jurídico los datos habían caído “a favor de la naturaleza”; sólo que las normas adecuadas ya no debían deducirse “...de la naturaleza del hombre [...] sino de la naturaleza de la peculiaridad del pueblo (de los pueblos) como dato natural y resultado histórico” (citado en MARCUSE, 101).

las decisiones políticas cualquiera sea su origen y contenido, con tal que haya tras ellas un poder suficiente. La teoría pura del derecho ha hecho tanto como el decisionismo para minar cualquier sistema de valores universalmente aceptable".¹¹

En el mismo sentido expresa Cárcova: "Es cierto que la teoría kelseniana, al excluir todo juicio de valor, aun el que pueda construirse comunicativamente en un proceso de intercambio dialógico, parece fincar la viabilidad social de un orden dado, exclusivamente en su eficacia, lo que conlleva el riesgo de que cualquier forma de ejercicio del poder social resulte legitimada".¹²

Como en toda tragedia, el desenlace lo alcanzó al propio protagonista, perseguido por los nazis en varias universidades europeas.

En efecto, Hans Kelsen enseñaba en la Facultad de Derecho de la Universidad de Viena, cátedra que debió resignar en 1930 debido al clima antisemita que imperaba en los claustros.

Así, aceptó la convocatoria de la Facultad de Derecho de la Universidad de Colonia, en la Alemania de la República de Weimar, y en agosto de 1930 fue designado allí como Profesor ordinario para Derecho Público, Teoría del Estado y Filosofía del Derecho.

En 1932, fue elegido Decano de la Facultad.

En esa calidad, Kelsen recibió a un nuevo integrante del cuerpo docente de su Facultad: Carl Schmitt.

Con el advenimiento del régimen nazi, bajo el amparo del *estado de excepción* desplegado, y merced al trabajo de juristas favorables a la expansión del poder estatal, a comienzos de abril de 1933, la "*cláusula aria*" de la "*Ley del Servicio Civil*" obligó a la expulsión de jueces, abogados y profesores universitarios judíos de sus actividades, así como del resto de la administración pública.¹³

¹¹ NEUMANN, 67-68.

¹² CÁRCOVA, pp. 81 y ss. Agrega el autor a continuación: "No es menos cierto, que la formulación de la teoría y la rigurosidad de su autor, constituyeron un ariete para desmoronar mitos y esencialismos, funcionales para encubrir despotismos, que sus ideas de libertad y tolerancia democrática, siempre repudiaron".

¹³ Es célebre la interpretación ampliatoria ideada y reglamentada por un rector para así también alcanzar con la expulsión a los becarios universitarios: la Universidad, era la de Friburgo. El rector, el famoso filósofo, autor de *Ser y Tiempo*, Martín Hei-

Con la puesta en vigor de esta legislación, Kelsen fue el primer profesor destituido de su cargo y despojado de su cátedra en su Facultad.¹⁴

Señala Rùthers que su expulsión, dispuesta el 13 de abril de 1933, lo sorprendió en una gira académica por Suecia y tuvo que informarse por la prensa de su destitución como Decano y del retiro obligado, al regreso de su viaje.

Las razones alegadas lo sindicaban como “judío y marxista”.¹⁵

Hoy sabemos de las reacciones favorables que tuvo esta legislación discriminatoria en los juristas funcionales al régimen, como fue el caso de Carl Schmitt, quien entre otras actitudes similares, se negó a firmar una carta en solidaridad con su colega en la Facultad de Derecho en Colonia, Hans Kelsen.

Sostiene al respecto Villar Borda que “...una de las acciones más innobles cometidas por Carl Schmitt en ese tiempo de bajezas fue su comportamiento con Hans Kelsen. Éste, como Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Colonia, lo había convocado como profesor, a pesar de las ardientes polémicas que los enfrentaron como profesores...”

Tras la expulsión de Kelsen de todos los cargos en esa Facultad por el régimen nazi, debido a su condición de judío y demócrata liberal, “...Schmitt se negó a firmar la carta comedida en que sus colegas pedían la revocación de esa orden ministerial y, por el contrario, justificó inmediatamente la medida contra Kelsen y todos los judíos o profesores

degger. Acerca del papel cumplido por Heidegger, especialmente en los primeros años de la Alemania nacionalsocialista, como Rector en Friburgo, ver FARÍAS, pp. 193 y ss.

¹⁴ RÜTHERS, 72.

¹⁵ Ídem, p. 69. El 11 de septiembre de 1933 Kelsen fue definitivamente despedido. Partió al exilio, rumbo a Ginebra, enseñó Derecho luego en Praga, entre 1936 y 1938, pero de allí también tuvo que huir por las persecuciones antijudías. Finalmente, se trasladó a los Estados Unidos, desde donde había recibido varias invitaciones. Cárcova nos da los detalles: Kelsen “Enseña primero en la *New School for Social Research* [en Nueva York, ámbito académico que albergó –entre otros– a los emigrados alemanes de la Escuela de Frankfurt]; luego, en 1941, ingresa como Profesor visitante en Harvard, con el apoyo de Roscoe Pound. Este último, más tarde, le sugiere trasladarse a California para enseñar en la prestigiosa Univ. de Berkeley, donde en 1945 consigue una plaza definitiva y obtiene la ciudadanía norteamericana” (CÁRCOVA, pp. 81 y ss.). Kelsen, desde los Estados Unidos, participó activamente contra el Régimen nazi (HILBERG [1993], 234).

LA CIENCIA DEL DERECHO Y EL ADVENIMIENTO DEL NAZISMO: EL PERTURBADOR EJEMPLO DE CARL SCHMITT

DANIEL RAFECAS

‘no arios’, como forma de ‘purgar’ las universidades alemanas. Así consta en las publicaciones de esos días”.¹⁶

En efecto, unos días después, el 12 de mayo de 1933, escribía en el periódico nazi *Westdeutscher Beobachter* un artículo con claras connotaciones antisemitas:

“Las nuevas determinaciones sobre funcionarios, médicos y abogados, limpian la vida pública de elementos extranjeros no arios (...) En este grande y profundo, pero al mismo tiempo interno proceso de cambio(...) nada heterogéneo debe entrometerse. Él nos *perturba*, aunque sea con buena intención, en una forma dañina y peligrosa. Nosotros aprendemos sobre todo a diferenciar entre *amigo* y *enemigo*”.¹⁷

Unas semanas después, en una nota dedicada a meditar la situación de los intelectuales en el *Tercer Reich*, publicada el 31 de mayo de 1933 en un diario nazi, Schmitt consideraba a los académicos que partían al exilio:

“vomitados para todos los tiempos de Alemania”.¹⁸

Vale la pena citar aquí a Manuel Rivas, quien también destacó el contraste entre Schmitt y Kelsen: “Hubo quien tuvo el valor de decir que no. Por ejemplo, en el campo jurista, el valeroso Hans Kelsen, con quien Schmitt había polemizado sobre la democracia parlamentaria, y que, proscrito, con el estigma de ‘enemigo’, siguió defendiendo la libertad en el exilio. Hubo quien ejerció al menos la resistencia del silencio ante la aplastante maquinaria totalitaria. Schmitt, no. Al contrario. Su aportación a la ascensión del nazismo fue entusiasta y sistemática, y lo fue en el período decisivo, entre 1933 y 1936”.¹⁹

EL PERÍODO NACIONALSOCIALISTA DE CARL SCHMITT

Debe enmarcarse esta cuestión, en la amplia adhesión prestada al nazismo desde todos los ámbitos científicos, desde la física y la medicina hasta la antropología y las demás ciencias sociales.

¹⁶ VILLAR BORDA, p. 17

¹⁷ RÜTHERS, 75.

¹⁸ RÜTHERS, 75.

¹⁹ RIVAS, op. cit.

Es más, se ha dicho con toda razón que “[l]as contribuciones de la literatura especializada y la adhesión hacia los nuevos gobernantes por parte de destacados representantes de *todas* las facultades y disciplinas científicas fueron verdadera legión en esa época”.²⁰

En este marco de amplia aceptación del *nuevo Estado* en el mundo de las ciencias, y respecto de la función del Derecho en la nueva realidad que vivía Alemania, el propio Hitler dejó en claro su pensamiento públicamente apenas asumido, al dirigirse al Parlamento, oportunidad en la que manifestó que *el Derecho debía*:

“Servir, en primer lugar, al mantenimiento de esta comunidad nacional”.

Articulada a través del Estado y encarnada en la persona del *Führer*, por lo cual:

“El individuo no puede ser el centro de los cuidados de la ley, sino el pueblo”.²¹

A la vez que exhortaba a los expertos en Derecho, en una conferencia especial celebrada el 4 de octubre de ese año, a:

“Mantener la autoridad de este Estado totalitario”.²²

En sintonía con ello, un amplísimo número de académicos del Derecho –muchos convencidos, aunque tampoco faltaron algunos arribistas y oportunistas en busca de ascensos o promociones– se dedicaron desde el mismo día de asunción del poder por parte de Hitler, a producir y difundir en publicaciones especializadas y libros específicos, lo que desde un comienzo podía definirse como una *teoría del Derecho* y una *teoría del Estado* nacionalsocialistas, cuyo efecto inmediato pero no menor estaba dirigido claramente a legitimar y racionalizar las insólitas iniciativas legislativas desplegadas por el nuevo régimen.

Así, en primer lugar, debemos convocar aquí a Carl Schmitt, quien en diciembre de 1933, año que había visto ascender y consolidar a Hitler

²⁰ RÜTHERS, 66.

²¹ BRACHER, 22.

²² NEUMANN, 69.

en el poder en Alemania, publicaba su influyente ensayo “*Estado, movimiento, pueblo*”, en el que el pueblo es definido como una *comunidad racial*, en perfecta sintonía con el corazón de la ideología nacional-socialista.²³

En esta obra, Schmitt sostenía entre otros conceptos similares, que:

“El contacto permanente e indudable que existe entre el *Führer* y los que le siguen como así también su fidelidad recíproca, se basa en la igualdad genérica...” -es decir, la identidad de pueblo y raza- “...Sólo esta igualdad puede evitar que el poder del *Führer* se convierta en tiranía y arbitrariedad...”²⁴

En 1934, su estrella estaba en pleno ascenso en el universo nazi, en especial en el ámbito de protección del *viceführer* Göring, y se lo designa director del órgano oficial del derecho nazi, la *Deutsche Juristenzeitung* “donde publica numerosos artículos que avalan las peores leyes nazis”.²⁵

Ese año, sostendría de modo general en sus obras que el “*espíritu del nacionalsocialismo*” debía considerarse como una suerte de norma no escrita del ordenamiento jurídico, una especie de fuente supralegal del derecho, y este espíritu latía subyacente en el *orden del pueblo* fundado sobre la base de la *igualdad racial*.

Sobre esta base, Schmitt alegaba:

“La totalidad del derecho alemán actual (...) tiene que estar exclusiva y únicamente guiada por el espíritu del nacionalsocialismo (...) Toda interpretación debe ser una interpretación en el sentido nacional-socialista”.²⁶

Y a continuación Schmitt sostendrá directamente que:

“El programa del Partido Nacionalsocialista Alemán (NSDAP) es una genuina, y por cierto, la más importante, fuente del derecho. Es ya desde ahora derecho válido”.²⁷

²³ ZARKA, 20.

²⁴ MARCUSE, 126-127, nota 61.

²⁵ ZARKA, 21.

²⁶ RÜTHERS, 81.

²⁷ Ídem.

Estas interpretaciones de teóricos del derecho de reconocido prestigio fueron “...de un *valor incalculable para legitimar una forma de dominación* que socavaba el Estado de derecho a favor de un ejercicio arbitrario de la voluntad política”.²⁸

En especial consideración viene aquí el caso de Carl Schmitt, quien era considerado, para la época de la llegada de Hitler al poder, como “el político y teórico del derecho más prestigioso de Alemania en aquella época” por un historiador de la talla de Saul Friedländer.²⁹

En el mismo sentido el filósofo chileno Víctor Farías, que escribió una obra fundamental acerca del papel cumplido por Martin Heidegger antes y durante del régimen nazi, consideró a Carl Schmitt para esa misma época como “el jurista más importante del III Reich”.³⁰

Para Rivas, Schmitt “[h]abía sido conocido como el *kronjurist*, la corona o el cerebro jurista del III Reich. El principal artífice de la arquitectura jurídica del nazismo. El diseñador del permanente ‘estado del excepción’, para quien la política es sinónimo de guerra, y el adversario o disidente, de enemigo. El teórico del decisionismo, que lleva al límite perverso la máxima de Hobbes: ‘*Autoritas non veritas facit legem*’ (la autoridad, no la verdad, es la que hace las leyes). Una actualización de esa otra indisoluble unidad marital, la del trono y el altar, en la que el monarca absoluto es ahora un providencial *Führer* o Caudillo. En la práctica, una justificación de la tiranía con lenguaje futurista, para la sociedad de masas”.³¹

En palabras de Neumann, la teoría de Carl Schmitt –a quien consideraba el más inteligente y capaz de todos los tratadistas de Derecho Constitucional nacionalsocialistas–, “...es una doctrina de la fuerza bruta en su forma más descarada, contraria a todos y cada uno de los aspectos y actos de la democracia liberal, y a toda la concepción tradicional del imperio del Derecho”.³²

En tal sentido, fue el propio Schmitt quien resumió tempranamente la estrategia nazi para concretar la demolición del Derecho Penal liberal

²⁸ KERSHAW, 105.

²⁹ FRIEDLÄNDER, 84.

³⁰ FARÍAS, 231.

³¹ RIVAS, op. cit.

³² NEUMANN, 66.

y de esta forma desatar, en una escala nunca antes vista, el ejercicio estatal del poder punitivo proveniente de la detentación de todos los resortes del sistema penal.

Este desmantelamiento palmo a palmo de los principios más elementales del Derecho Penal liberal, entendido inequívocamente como un conjunto de derechos y garantías puestos al servicio del ciudadano y como dique de contención a las pretensiones punitivas del Estado, comenzó sin demoras: "...desde el comienzo, el *Tercer Reich* en puntos fundamentales destruyó los principios de una sociedad jurídica (...) hasta los juristas conservadores allanaron el camino con su colaboración y sus dictámenes".³³

Para este autor, la política no era otra cosa que la relación existente entre *amigo* y *enemigo*. En esta línea de pensamiento, un enemigo es alguien a quien, tarde o temprano, hay que destruir. Como toda relación humana puede convertirse en relación política, el paso del *adversario* al *enemigo* está siempre al alcance de la mano.

Incluso el aspecto más recalcitrante del ideario nacionalsocialista, su cruel e irracional antijudaísmo, que se convirtió en política de Estado no bien Hitler asumiera el poder, tuvo en Carl Schmitt no sólo a un fiel seguidor también en este aspecto, sino más bien a un temprano y ferviente activista de la causa antisemita.

Como una suerte de mandamiento de iniciación entre los académicos e intelectuales de renombre que se plegaron al régimen nacionalsocialista, el primer síntoma del nuevo estado de cosas venía dado por la súbita interrupción de todo diálogo o intercambio epistolar con colegas, estudiantes y demás integrantes de la comunidad académica por su condición de judíos; señala al respecto el prestigioso historiador Saul Friedländer que Carl Schmitt fue uno de los ejemplos más llamativos de esta conducta, al ponerle un abrupto final a su extensa correspondencia con el filósofo político judío Leo Strauss.

No sólo ello, destaca Friedländer que "[p]ara asegurarse de que no había ningún malentendido acerca de la posición que tomaba, Schmitt introdujo algunos comentarios abiertamente antisemitas en la nueva edición de su obra *El concepto de lo político*, publicada en 1933", y en com-

³³ BRACHER, 23.

paración con las posiciones que simultáneamente estaba adoptando el filósofo Martin Heidegger –también él temprano adherente al nacionalsocialismo, designado en 1933 rector de la Universidad de Friburgo–, “la postura antijudía de Schmitt sería mucho más franca, extrema y virulenta que la del filósofo de Friburgo”.³⁴

En tal sentido, además de lo ya expresado, veremos a continuación, entre otros aportes, su destacado papel legitimador del más brutal ejercicio ilegal de poder punitivo estatal en los acontecimientos de junio de 1934 (*La noche de los cuchillos largos*) y de septiembre de 1935 (sanción de las *Leyes de Núremberg*); así como también el penoso papel cumplido en octubre de 1936 como organizador y principal conferencista, en Berlín, del Congreso de juristas para erradicar de las ciencias jurídicas todo vestigio de influencia judía (Congreso sobre “*La judería en la ciencia jurídica alemana*”).

Tras su decisivo aporte al régimen nazi durante aquellos primeros años de su vigencia, Schmitt fue víctima de una serie de intrigas impulsadas por varios colegas que eran a la vez miembros de las SS –entre ellos Otto Köllreuter, Karl Eckhardt y Reinhard Höhn– que desconfiaban de su lealtad y de su convencimiento acerca del ideario nacionalsocialista, calificándolo de oportunista y arribista, y de sobreactuar impostadamente su adhesión al régimen.

Así, en diciembre de 1936, apenas dos meses después del congreso antijudío, comenzó un declive en la actuación pública de Schmitt, y una serie de renunciaciones a muchos de sus cargos, limitándose, desde ese momento, a retener su cátedra en Berlín y a publicar algunas monografías siempre favorables al nazismo, como su ensayo “*Enemigo total, guerra total, Estado total*”, de 1937, o “*Neutralidad en el derecho internacional y totalidad racial*”, de 1938, o con comentarios antisemitas, como en su obra sobre Thomas Hobbes “*El Leviathan en la teoría del Estado de Thomas Hobbes*”, también de 1938;³⁵ así como sus numerosos trabajos, a partir de

³⁴ FRIEDLÄNDER, 85. Agrega este autor que “[e]l 22 de abril de 1933 Heidegger envió una petición a Carl Schmitt (...) rogándole que no diera la espalda al nuevo movimiento. La petición era superflua, dado que Schmitt ya había expresado su adhesión” (p. 84).

³⁵ “Los judíos se quedan a un lado y contemplan cómo los pueblos del mundo se matan unos a otros; para ellos esa ‘matanza y carnicería’ (*Schlächten und Schlachten*) es legal

1939, en torno a la idea del *Grossraum* o “Gran Espacio”, absolutamente funcional a la teoría del “espacio vital” que ya estaba presente en “Mi Lucha” y que pretendió legitimar la conquista de los territorios orientales, desde Polonia hasta la Unión Soviética.

Pero veamos algunos hitos ineludibles en la provisión schmittiana de discursos jurídicos funcionales y legitimantes de la violencia brutal característica del régimen nazi:

a) La legislación de excepción con ocasión del incendio del “Reichstag”

El punto de partida del siniestro derrotero que dinamitó las bases de la convivencia democrática en Alemania, fue la legislación sancionada en ocasión del incendio del Parlamento alemán (*Reichstag*), mediante la ley del 28 de febrero de 1933, por la cual se autorizaba a la policía secreta a detener ciudadanos sin orden judicial bajo los rótulos de *enemigos* o *conspiradores* y podía mantenerlos en *custodia protectora* en campos de concentración por tiempo indefinido y sin ningún control judicial.

Señala Neumann que esta ley “...no tiene un solo elemento concreto que permita predecir si se puede privar a un hombre de su libertad, ni en qué condiciones, ni por cuánto tiempo. Sólo dice a la Gestapo que haga lo que quiera; que solvente cada caso como mejor le parezca. Semejante norma no es Derecho, sino decisionismo arbitrario”.³⁶

y *kosher*. Por ello se comen la carne de la gente asesinada y viven de ella” (!), cfr. FRIEDLÄNDER, 266-267. Esta obra de Schmitt está traducida al español (Comares, Granada, 2003). En la nota 54, Friedländer agrega: “En general, el antisemitismo de Schmitt fue algo mucho más profundo que un simple oportunismo, y su compromiso político e ideológico entre 1933 y 1945 al parecer no se puede equiparar con una simple ‘recolección de fichas’, como pretendían sus defensores” (p. 513).

³⁶ NEUMANN, 498-499. Refiere el citado autor, que “[e]n su mayoría, los juristas se sentirán repelidos por la idea que pueda existir un sistema jurídico que no sea sino un medio de aterrorizar a la gente (...) Pero, en la terminología del que fue mi maestro, Max E. Mayer, son ‘reglas culturalmente indiferentes’ de carácter predominantemente técnico (...) en casos ordinarios son neutrales desde un punto de vista cultural (...) Hay que distinguir dos conceptos de derecho, uno político y uno racional. En sentido político, es derecho toda medida dictada por un poder soberano, cualquiera que sea su forma o contenido (...) así pues, el derecho es voluntad y nada más. Por otra

Parece absurdo dignificar con el nombre de “Derecho” semejante manifestación de violencia institucionalizada en desmedro de derechos fundamentales: “Si el Derecho no es más que la voluntad del soberano, sí; pero si el Derecho, a diferencia del mandato del soberano, ha de ser racional en su forma o en su contenido, rotundamente no. El sistema jurídico nacional-socialista no es sino una técnica de manipulación de las masas por el terror. Los tribunales en lo criminal, junto con la Gestapo, el fiscal y los verdugos, son hoy, por encima de todo, profesionales de la violencia”.³⁷

A ello le sucedió, menos de un mes después, el 24 de marzo de 1933, la sanción de una ley por la cual el *Reichstag* le concedió a Hitler amplias facultades legislativas en forma permanente, en una suerte de delegación definitiva de funciones al Poder Ejecutivo, alegándose razones de excepción que se convirtieron en permanentes y perduraron a lo largo de todo el tiempo en que estuvo vigente el régimen nazi.

A partir de la entrada en vigor de esta ley, denominada “*Ley para remediar la miseria del pueblo y del Reich*” (*Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich*), el Parlamento pasó a tener funciones decorativas, a ser convocado expresamente para su conformación a partir de los designios de Hitler, por lo general con fines de propaganda o bien para proyectar la imagen de apoyo popular institucionalizado respecto de algunas de sus iniciativas.

Respecto de esta legislación ampliatoria del Estado autoritario, Carl Schmitt –entre otros juristas– salieron públicamente a respaldar el nuevo estado de cosas, pese a que se trataba inequívocamente de la claudicación de derechos y libertades fundamentales de los individuos a expensas del poder estatal.

Así, sostenía Schmitt que esta nueva ley era una suerte de norma constitucional transitoria para la nueva Alemania, y que ello estaba le-

parte, el concepto racional de derecho no está determinado por su origen, sino por su forma y contenido. No es derecho todo acto del soberano. En ese sentido el derecho es una norma, comprensible por la razón, abierta a la comprensión teórica y que contiene un postulado ético, sobre todo el de igualdad. Derecho es razón y voluntad” (pp. 485-486).

³⁷ Ídem, 503-504.

gitimado a partir de lo sucedido en las elecciones del 5 de marzo de aquel año, cuyo resultado consideraba

“...un plebiscito mediante el cual el pueblo alemán ha reconocido a Adolf Hitler (...) como el *Führer* político del pueblo alemán”.

Debe recordarse que en aquellos comicios, los nacional-socialistas, pese a detentar el poder político en Alemania y con todo el aparato de propaganda volcado a obtener el respaldo popular en las urnas, no alcanzaron el 50% de los votos.

b) *La “Noche de los cuchillos largos”*

Un hito remarcable en este proceso de desintegración de los más elementales pilares del Estado de derecho durante la Alemania nazi, tuvo lugar tras el asesinato planificado por Hitler y las SS, sin ningún tipo de contemplaciones, ni juicio o aviso alguno, el 30 de junio de 1934, de casi un centenar de adversarios políticos –en especial, Ernst Rohm y demás miembros de las SA, además de dirigentes políticos conservadores como el ex Canciller Kurt von Schleicher y de altos jefes del Ejército como el mayor general von Bredow–, en lo que se conoció como “*la noche de los cuchillos largos*”.

Los asesinatos –consumados en su mayoría aprovechando la sorpresa y la oscuridad– fueron ejecutados por miembros de las SS y otros grupos de choque, empleando la más elemental fuerza bruta, ya que los señalados para su eliminación murieron víctimas de feroces palizas, de apuñalamientos o de ejecuciones a corta distancia con armas de fuego, la mayoría de ellos sorprendidos en sus propias viviendas, aunque no faltaron casos –como el del líder SA Rohm y su círculo de confianza– en que los perseguidos fueron secuestrados, conducidos a cárceles y allí masacrados sin más.

Una vez finalizada la cacería humana, y en una acabada demostración de la perversión al servicio de la política que imperaba en la jerarquía nazi, “se culpó falsamente a los comunistas, tal como hoy lo demuestran los historiadores serios e imparciales, y se ordenaron acciones policiales inmediatas para capturar a los funcionarios de ese partido, ocupar sus oficinas y expropiar sus bienes”.³⁸

³⁸ VILLAR BORDA, 14-15.

Así, a partir de estas persecuciones desencadenadas desde las entrañas del poder hitleriano, “[l]a exclusión de los diputados comunistas permitió a Hitler conseguir mayoría en el *Reichstag*, aislando al único grupo opositor, la socialdemocracia, cuyos días también estarían contados. Los campos de concentración se poblaron con todos aquellos dirigentes, intelectuales, profesionales, artistas de la izquierda que no habían logrado ponerse a salvo en el extranjero. Así comenzó a construirse, a través de medidas, decretos y disposiciones administrativas, el aparato de dominación totalitaria del nacionalsocialismo”.³⁹

Tres días más tarde, el 3 de julio de ese año, el *Reichstag* sancionaba por aclamación la “*Ley de las Medidas de Legítima Defensa del Estado*” por la cual se consideraba a los sangrientos sucesos acaecidos los días previos como un acto directo de ejercicio de jurisdicción por parte del *Führer* y como tal, sustraído a toda revisión o juzgamiento.⁴⁰

Unos días después, tras el discurso de Hitler del 13 de julio de 1934, nuevamente apareció en escena *Carl Schmitt*, dando a conocer un alegato abiertamente elogioso del terrorismo de Estado desatado en la *noche de los cuchillos largos* y de su vil intento de legitimación por parte del *Reichstag*.

En una de las páginas más vergonzosas de la historia del Derecho, que muestra hasta dónde pueden llegar los discursos jurídicos justificantes del más brutal ejercicio ilegal de poder punitivo estatal, para colmo en boca de un destacado e influyente jurista de renombre internacional, Schmitt sostenía en este opúsculo llamado “*El Führer defiende el derecho*”:

“El *Führer* está defendiendo el ámbito del derecho de los peores abusos al hacer justicia de manera directa en el momento del peligro, como juez supremo en virtud de su capacidad de líder (...) El auténtico líder siempre es también juez. De su capacidad de líder deriva su capacidad de juez. Quien pretende separar ambas capacidades o incluso oponerlas entre sí convierte al juez en líder opositor o en instrumento del mismo y busca desquiciar al Estado con la ayuda de la justicia. Se trata de un método aplicado con frecuencia no sólo para destruir el Estado sino también el derecho. Un ejemplo característico de la ceguera del pensa-

³⁹ Ídem, 15.

⁴⁰ Se trató, entonces, de la “...promulgación de una ley especial, por la que se encubrían asesinatos retroactivamente, mediante una pátina de legalidad” (KIRCHHEIMER, 174).

miento jurídico liberal fue el intento de transformar el derecho penal en el gran salvoconducto, la 'magna carta del criminal' (Fr. Von Liszt). El derecho constitucional, de igual manera, tuvo que tornarse la *magna carta* de los reos de alta traición y los traidores a la patria".

Continúa Schmitt en otro pasaje:

"En realidad el acto del *Führer* correspondió a una jurisdicción auténtica. No está sometido a la justicia sino que constituyó en sí la más alta justicia (...) En un Estado dirigido por un solo líder (...) en el que el cuerpo legislativo, el gobierno y la justicia no se vigilan con recelo, como sucede en el Estado de derecho liberal [aquí cita a su discípulo Ernst Rudolf Huber], lo que normalmente se consideraría justo para un acto de gobierno, tiene que serlo en una medida muchísimo mayor al tratarse de un acto por medio del cual el *Führer* probó su liderazgo y judicatura supremos".

Y concluye Schmitt del siguiente modo:

"Dentro del espacio total de aquellos tres días [del 29 de junio al 1º de julio de 1934] destacan particularmente las acciones judiciales del *Führer* en las que como líder del movimiento castigó la traición de sus subordinados contra él como líder político supremo del movimiento. El líder de un movimiento asume como tal un deber judicial cuyo derecho interno no puede ser realizado por nadie más".⁴¹

Destaca Rivas, que "[a] diferencia de otras épocas, en las que la marca del tirano era el obscuro desprecio por la ley, la gran operación de ilusionismo histórico de Schmitt es convertir al tirano en 'supremo juez', en fuente de derecho, el que con sus pasos va imprimiendo la ley".⁴²

Acerca del papel cumplido frente a estos terribles sucesos por Carl Schmitt, Rüthers resalta el hecho de que si bien este jurista, previo a la llegada de Hitler al poder, había sostenido que "*el concepto de lo político*" se fundaba exhaustivamente en la diferencia entre *amigo* y *enemigo*, incluyendo la posibilidad de la eliminación física, ello "...fue superado ampliamente por la *praxis* asesina del nacionalsocialismo. Ya no sólo se dio

⁴¹ Ver el texto completo en ZARKA, 95-102.

⁴² RIVAS, op. cit.

muerte a los 'enemigos'. Cuando pareció conveniente, también estrechos colaboradores, incluso amigos y camaradas políticos, fueron liquidados y se justificó su asesinato cuando fueron declarados enemigos por el *Führer*".⁴³

c) *Las leyes de Núremberg*

Las *leyes de Núremberg* de septiembre de 1935 no fueron las primeras en el proceso de segregación legal al que fue sometido el colectivo judeoalemán desde el ascenso de Hitler al poder en 1933, sino, más bien, un eslabón fundamental de una larga cadena de productos jurídicos emanados del régimen nazi, que continuaron en los años siguientes y se aceleraron para la época del inicio de la Segunda Guerra Mundial.

Esta producción normativa constante estuvo dirigida unívocamente al paulatino desmantelamiento de las libertades y garantías ciudadanas, esto es, al anegamiento de los restos del Estado de derecho heredado de la *República de Weimar*, y a su veloz reemplazo por un Estado policial que se fue librando de todo tipo de controles o límites en el ejercicio del poder, y que, como ya vimos, tuvo su punto de partida el 28 de febrero de 1933 con la aprobación por parte del Parlamento alemán (*Reichstag*) y a pedido del *Führer*, de una ley de emergencia por la cual se echó mano del art. 48 de la Constitución alemana (diseñada en el período democrático precedente) que autorizaba la suspensión transitoria de derechos y garantías ciudadanas ante la puesta en peligro de las bases del Estado y de la sociedad.

Cabe señalar que este estado de emergencia, o como sostiene Giorgio Agamben, este *estado de excepción*,⁴⁴ supuestamente transitorio, se man-

⁴³ RÜTHERS, 86.

⁴⁴ AGAMBEN, p. 19. Para cumplir los objetivos propuestos, el régimen nazi extrajo por la fuerza a los supuestos enemigos políticos de sus ámbitos de pertenencia, ya sea familiares, sociales, culturales, y de los circuitos de comunicación social, despojándolos de este modo de toda significación socio-jurídica: "el primer paso esencial en el camino hacia la dominación..." -sostiene Hannah Arendt- "...es matar en el hombre a la persona jurídica" (p. 665). Ello se logra colocando a ciertas categorías de personas fuera de la protección de la ley: el hasta entonces ciudadano, con nombre y apellido, profesión, etc., con derechos y obligaciones de diversa índole, rápidamente pasa a ser una *no-persona*, alguien de la cual sólo queda pendiente un cuerpo vital, lo que Agamben ha llamado la *nuda vida* del *homo sacer*, el cual está enteramente en manos del Estado

tuvo hasta el 8 de junio de 1945. Hitler ni se molestó, durante la vigencia de su régimen, en derogar aquella Constitución liberal.

En este paso desde un Estado de derecho a un Estado racial, cumplieron un papel fundamental las denominadas *leyes de Núremberg*, sancionadas el 15 y 16 de septiembre de 1935, dos años y medio después del ascenso de Hitler al poder en Alemania.

Su misma denominación remite a uno de los sitios fundacionales del nacionalsocialismo, en donde año tras año el Partido rendía honor a sus mártires y se llevaban a cabo vistosos y multitudinarios desfiles (precisamente en dicha localidad, y en el marco del festejo correspondiente al año de 1935, es que se redactó esta norma).

Su génesis se dio unos días antes, el 13 de septiembre de 1935, fecha en que Hitler ordenó que en dos días se redactase una norma tendiente a proteger la sangre y el honor alemanes. Se reunieron numerosos funcionarios, la mayoría abogados, de distintas dependencias, que se pusieron a trabajar inmediatamente. Dos días después, la norma estaba sancionada y publicada oficialmente.

El advenimiento de esta legislación fue precedido de una amplia difusión, y al momento de su sanción, fue acompañada por una gran campaña de prensa oficial, que aplaudía la decisión del *Führer* de segregar a los judíos del seno de la comunidad alemana.

El objetivo fundamental de estas normas era consagrar jurídicamente que los judíos alemanes dejaban de ser ciudadanos plenos para pasar a ser de segunda clase, lo que implicaba en forma manifiesta, la abolición del principio de igualdad ante la ley, ello como un paso decisivo en el marco de un largo proceso de exclusión legal del colectivo judeoalemán.

policial, no sólo para privarle de todos derechos, sino además para disponer definitivamente de esa vida, anulándola en cualquier momento impunemente, sin necesidad de razón o justificación alguna más allá del puro acto de poder. Señala Agamben que allí cuando se desvanece la frontera entre orden jurídico y estado de excepción (como lo fue el régimen nazi en toda su extensión), la *nuda vida* pasa a ser a la vez el sujeto y el objeto del ordenamiento político y de sus conflictos: "*Todo sucede como si, al mismo tiempo que el proceso disciplinario por medio del cual el poder estatal hace del hombre en cuanto ser vivo el propio objeto específico, se hubiera puesto en marcha otro proceso (...) en el que el hombre en su condición de [mero ser] viviente ya no se presenta como objeto, sino como sujeto del poder político (...) en los dos está en juego la nuda vida del ciudadano, el nuevo cuerpo biopolítico de la humanidad*" (AGAMBEN, p. 19).

Los aspectos penales de esta legislación, que acompañaron a la definición jurídica del judío, consistían en la creación de nuevos “delitos” tendientes a reprimir con penas de presidio o prisión no sólo los matrimonios entre *judíos y arios*, sino también todo “*comercio carnal extramatrimonial entre judíos y ciudadanos de sangre alemana*”, entre otras nuevas figuras.

En la elaboración de estas leyes de 1935 tuvieron especial desempeño dos juristas, el Secretario de Estado del Ministerio del Interior, *Dr. Wilhelm Stuckart* y su experto en asuntos judíos, el *Dr. Bernhard Lösener*.

Stuckart, de 33 años, era un Doctor en Derecho afiliado al NSDAP en 1920, y pese a su juventud, llegó al alto puesto que detentaba a fuerza de demostrar eficiencia y lealtad al partido como “juez” administrativo dentro de la estructura de las SS, durante los dos años anteriores.

Por su parte, Lösener, que para esa época también contaba con 33 años, fue autor de no menos de 27 decretos antijudíos durante la vigencia del nazismo.⁴⁵

También resulta interesante mencionar el perfil del Ministro del Interior, Wilhelm Frick, quien promulgó, junto con Hitler, estas leyes: 58 años, Doctor en Derecho y afiliado al partido en 1923. Previamente a hacerse cargo de esta cartera, fue diputado por el NSDAP, alcanzando durante su labor en el *Reichstag* el cargo de Presidente del bloque parlamentario que respondía a Hitler.

Esta normativa necesitó de ulteriores aclaraciones, en especial, porque no definía específicamente quién debía considerarse “judío” desde el punto de vista jurídico.

Allí apareció en escena nuevamente el experto Lösener, autor intelectual de la *Primera Ordenanza de la Ley de Ciudadanía del Reich*, fechada el 14 de noviembre de 1935, que aclaraba el punto y que además estableció un método automático que separaba a los judíos en distintas categorías.

Con esta y otras reglamentaciones de las *leyes de Núremberg*, se introdujeron en el ordenamiento jurídico vigente en el *Reich*, una serie de

⁴⁵ Es interesante señalar que tras la caída del régimen, Lösener estaba en libertad ya en 1949 y que volvió a la función pública en Colonia.

reglas técnicas destinadas a establecer con la mayor precisión posible quién debía considerarse legalmente como *judío*, de modo tal que a partir tal etiquetamiento, todas las medidas legales y administrativas, pasadas y futuras, contra los judíos, le alcancen sin más consideraciones.

Estas frías y calculadas especificaciones tendientes a definir quién era “judío” en sentido técnico-legal, no bien entrada en vigor la legislación el 1º de enero de 1936, fueron rápidamente asumidas por la maquinaria burocrática estatal puesta al servicio de la persecución de esta colectividad, y luego sería copiada fielmente en casi todos los territorios anexados, conquistados o bajo regímenes aliados a Hitler.

Debe subrayarse el hecho de que no sólo Alemania, sino todo Occidente estuvo al corriente de la entrada en vigor de esta legislación abyecta. Y lo cierto es que prácticamente no hubo críticas ni condenas, sino todo lo más, un distanciamiento de la cuestión, señalándose que se trataba de una *cuestión de política doméstica* de Alemania, que no pasaría a mayores consecuencias.⁴⁶

La convocatoria del régimen nazi al año siguiente de la sanción de las leyes, en oportunidad de constituirse Berlín como sede de los Juegos Olímpicos, no deja lugar a dudas al respecto.

Ello fue facilitado, en buena medida, por la pátina de legitimación que se le intentó dar a esta legislación discriminatoria por parte de destacados juristas favorables al régimen nazi, entre los cuales destacó el ya mencionado *Carl Schmitt*.

Schmitt, escribió varios artículos apologéticos de las *leyes de Núremberg*, y las defendió personalmente en congresos internacionales,⁴⁷ pro-

⁴⁶ Leyes similares se introdujeron posteriormente en la Italia fascista y en el régimen de Vichy, entre muchos otros territorios controlados por el Eje. Tampoco faltó algún Estado autoritario satélite que intentó emular esta cruzada legisferante antisemita, como la España franquista, que en 1938 barajó un proyecto de reforma pretendiendo introducir una norma penal castigando con pena de presidio de hasta seis años “*el matrimonio con persona de raza inferior*”.

⁴⁷ Ver sus astutas líneas argumentales desarrolladas en su conferencia titulada: *La legislación nacionalsocialista y la reserva del “ordre public” en el derecho privado internacional*, presentada el 28 de noviembre de 1935 en Berlín, con motivo del encuentro de la *International Law Association*, ver texto completo en Zarka, 65-86.

pugnando precisamente la supuesta íntima vinculación de su contenido con la “auténtica” idiosincrasia del “verdadero” pueblo alemán.

Así, en su trabajo denominado nada menos que *La constitución de la libertad* –tal lo que para Schmitt significaban estas leyes–, publicado el 1º de octubre de 1935, ensayaba la siguiente explicación:

“La palabra ‘alemán’ aparece [en las leyes de Núremberg] únicamente para recalcar que ‘todos los alemanes son iguales ante la ley’. Pero esta frase, que, dentro de una concepción de lo alemán sustancial y relativa al pueblo, hubiera adquirido un sentido recto, sirvió por el contrario para tratar a quienes no son de la misma raza igual que a los alemanes y para considerar como alemán a todo aquel que fuera igual ante la ley (...) Hoy el pueblo alemán vuelve a ser pueblo alemán también en el ámbito del Derecho. Tras las leyes del 15 de septiembre (de 1935), la sangre y el honor alemanes son de nuevo conceptos fundamentales de nuestro Derecho. El Estado, ahora, es un instrumento de la fuerza de la unidad populares”.

Y concluye Schmitt su alegato a favor de estas leyes de modo difícilmente más elogioso, al sostener que éstas

“No son tres importantes leyes aisladas sin más a la altura de otras leyes importantes. Ellas abarcan e impregnan todo nuestro Derecho. A partir de ellas se determina qué es para nosotros moralidad y orden público, a qué puede llamarse decencia y buenas costumbres. Son la Constitución de la libertad, el núcleo de nuestro Derecho alemán actual. Todo lo que hacemos en calidad de juristas alemanes alcanza gracias a ella honor y sentido”.⁴⁸

⁴⁸ Ver el texto completo en Zarka, 61-64. Sobre este texto y el papel cumplido por Schmitt, Zarka sostiene que “...las nociones de decisión, de estado de excepción y de dictadura, suministran una constelación teórica que converge con el Estado nazi, aunque estas nociones hayan sido formadas bastante antes del nazismo...” Sostiene el autor que el análisis de la justificación schmittiana de las leyes de Núremberg permite “...evidenciar los procedimientos retóricos, estilísticos, pero también conceptuales y teóricos por los que un pensamiento, en un momento dado (...) vuelve comprensibles, aceptables, incluso deseables para una población dada (...) la barbarie, la ignominia y la infamia...” Y llama a la reflexión el citado profesor de Filosofía Política en *La Sorbonne* de París sobre lo paradójico que significó que “...la entrada del judío en la legislación nazi condiciona, paradójicamente, su salida fuera de todo derecho positivo” (idem, 18-19).

Estas tristemente célebres leyes racistas de Núremberg, apuntaban a marginar a los judíos de la sociedad al cancelarles su condición de ciudadanos plenos y definirlos como súbditos; así como también a través de la prohibición, bajo severas penas de, por ejemplo, matrimonios mixtos o relaciones sexuales entre personas judías y alemanas, y dieron soporte jurídico para la identificación y posterior segregación de los judíos del resto de la población no sólo en Alemania sino en toda la Europa conquistada.

De este modo, permitió a los nazis sentar las bases formales y materiales para los pasos posteriores del proceso de destrucción del colectivo judío, esto es, la cancelación sistemática de derechos; la expoliación económica; la concentración en zonas determinadas, o bien en guetos; la deportación fuera de los confines del territorio, y, finalmente, el exterminio físico de millones de niños, hombres, mujeres y ancianos, por la sola condición de encajar en algunas de las categorías de “judío” diseñadas por Stuckart y Lösener, sancionadas por Frick y Hitler y legitimadas inmediatamente por Schmitt y otros juristas fieles al nazismo.

Como sostiene Franz Neumann, estas leyes de “purificación de la sangre” figuran “...entre las más infames del repertorio nacional-socialista (...) han quebrantado totalmente los últimos vestigios de protección jurídica que ofrecía, hasta el momento en que fueron aprobadas, el código penal”.⁴⁹

Por su parte, para Zarka “[l]as leyes de Núremberg fueron, en efecto, la introducción en la legislación alemana de la ideología racista y discriminadora de Hitler y del partido nacional-socialista”, que establecieron un “*racismo de Estado*”.⁵⁰

d) *El Congreso de juristas para erradicar toda influencia judía*

Decíamos previamente que la mayoría de los juristas que se adscribieron al nazismo, acompañaron también su faceta más impresentable, el amplio y desenfadado antisemitismo constitutivo de una implacable política de Estado desde el mismo momento de la asunción de Hitler al poder.

En este sentido, las bases de la política nazi en este aspecto quedaron muy claras con el virulento discurso antijudío que pronunció el ministro

⁴⁹ NEUMANN, 139-140.

⁵⁰ ZARKA, 13.

de Educación del gabinete de Hitler, Bernhard Rust, el 5 de mayo de 1933 en el auditorio de la Universidad de Berlín, que tuvo amplia difusión:

“La ciencia para un judío no supone una tarea, una obligación, un dominio de organización creativa, sino un negocio, y una forma de destruir la cultura del pueblo que le ha acogido. Por eso las cátedras más importantes de las universidades que se hacen llamar alemanas están llenas de judíos. Se vaciaron para permitirles el acceso y para que prosiguieran sus actividades parasitarias, las cuales fueron luego recompensadas con premios Nobel”.⁵¹

Entre los juristas que cumplieron un papel destacado en el despliegue de esta política infame se encontraba Carl Schmitt, no sólo por sus obras, discursos y contribuciones teóricas destinadas a legitimar el antisemitismo y la expulsión de los judíos de la vida cultural e intelectual de Alemania, sino además al haber sido –en su carácter de *Inspector de grupos del Reich* en la *Alianza de guardianes del Derecho nacionalsocialista*– el organizador y principal expositor del Congreso de juristas que tuvo lugar en 1936 en la Universidad de Berlín, destinado a erradicar de la ciencia jurídica alemana todo vestigio de influencia de autores judíos.

Esta idea venía circulando en los ámbitos nazificados de la educación superior desde el mismo ascenso de Hitler al poder, impulsado especialmente por su ala más fanática conformada por la *Asociación de Estudiantes Nacionalsocialistas*, cuya primera medida, dispuesta el 8 de abril de 1933, fue la “quema pública de escritos destructivos judíos”, triste y premonitorio episodio que tuvo lugar en Berlín (donde se quemaron más de veinte mil libros) y en otras grandes ciudades de Alemania el 10 de mayo de aquel año.

Entre los puntos que los estudiantes nazis destacaban como campaña de información a propósito de la quema de libros, sostenían:

“Cuando el judío escribe en alemán, miente. Debería ser obligatorio, a partir de ahora, indicar en los libros que deseen publicar en alemán: ‘traducido del hebreo’”.⁵²

⁵¹ FRIEDLÄNDER, 88.

⁵² FRIEDLÄNDER, 89.

LA CIENCIA DEL DERECHO Y EL ADVENIMIENTO DEL NAZISMO: EL PERTURBADOR
EJEMPLO DE CARL SCHMITT

DANIEL RAFECAS

Al Congreso supuestamente científico que organizó unos años más tarde, en 1936, Schmitt –destacado catedrático de Derecho Político de la Casa de estudios que oficiaba de anfitriona del evento– invitó no sólo a profesores universitarios de facultades de Derecho, sino también a integrantes de otras organizaciones de cuño nacionalsocialista, como los *Cristianos Alemanes* e incluso, por carta, al mismísimo director del diario antisemita *Der Stürmer*, Julius Streicher.⁵³

El Congreso sesionó los días 3 y 4 de octubre de 1936, y contó con la participación de un centenar de profesores universitarios que debatieron y presentaron ponencias en torno al tema *La judería en la ciencia jurídica alemana*.

Acerca de la cuestión de qué hacer con las citas y doctrinas de autores judíos, incluyendo a Hans Kelsen, en el marco del Congreso se concluyó por unanimidad y aclamación, que aquéllos, o bien debían ser directamente suprimidos, o bien, si no quedaba más remedio que invocarlo en un trabajo científico, se debía anteponer la referencia a “el judío...” para conjurar tal perniciosa referencia.

En el discurso de clausura del Congreso, a cargo de Schmitt, éste sostenía al respecto que:

“Ya con la simple mención de la palabra *judío* se produce un exorcismo saludable”.

En este mismo Congreso, orquestado por Schmitt, se propuso y aprobó por unanimidad el retiro de todas las obras “judías” y su colocación en recintos apartados, dedicados pues a los autores de tan peligroso y perjudicial origen, como un ámbito exótico y escindido por completo de la ciencia del Derecho nacionalsocialista.

Acerca de este congreso, Friedländer señaló que Schmitt lo hizo para hacer “...ostentación de su propio fervor antisemita...” y que allí “...inició

⁵³ En el marco del Congreso, Schmitt ensalzaba “...la formidable lucha del *Gauleiter* [de Franconia] Julius Streicher, para poder caracterizar a los emigrantes judíos como algo carente de espíritu” (RÜTHERS, 107). Se refería a las grotescas caricaturas y a las furiosas invectivas sobre los judíos que a diario publicaba *Der Stürmer*, el panfleto antisemita que dirigía, y por el cual, tras el fin de la guerra, fuera condenado a muerte en el juicio principal de Núremberg.

y puso fin al encuentro con dos conferencias antijudías. Abrió su primera conferencia y concluyó su charla de clausura con la misma frase, una famosa sentencia de Hitler extraída del *Mein Kampf*: ‘Me defiendo contra los judíos (...) estoy haciendo el trabajo del Señor’.⁵⁴

Señala Rùthers, que “[l]a ciencia jurídica alemana allí representada declaró su salida de la cultura jurídica europea, cuando ella, con una resolución final unánimemente aprobada, elevó a programa obligatorio de todas las facultades ‘las exigencias de purificación’ de Schmitt”.⁵⁵

Según este mismo autor, a partir de lo decidido en el Congreso y de las gestiones posteriores de Schmitt para llevar a la práctica las consignas allí elaboradas, durante los años posteriores “[e]n las universidades y en todas las bibliotecas públicas se clasificaron inmediatamente las obras de autores judíos y fueron guardadas en los llamados ‘anaqueles venenosos’. Ellos eran accesibles sólo con una autorización especial. Después de 1936 se generalizó en la práctica la prohibición, para los trabajos científicos, de hacer citas de autores judíos (...) También en la Justicia se prohibió completamente la cita de autores judíos alrededor de 1937”.⁵⁶

CONCLUSIONES

La dictadura nacionalsocialista se consolidó en el poder con base en el empleo de la más brutal y desnuda violencia descargada contra quienes se consideraban sus enemigos internos.

Para ello, los circuitos de garantías y derechos fundamentales de los ciudadanos, propios del Estado de derecho, siempre fueron vistos por la jerarquía nazi como una limitación absurda e injustificada del programa político en ciernes, que buscaba convertir a Alemania rápidamente en un Estado totalitario, liderado por un *Fùhrer*, y conformado por una comunidad racial homogénea y compacta.

⁵⁴ FRIEDLÄNDER, 266.

⁵⁵ RÜTHERS, 111. Agrega Friedländer que “mientras Schmitt limpiaba los estudios legales y la ciencia política de cualquier espíritu judío, Philipp Lenard, Johannes Stark y Bruno Thüring, entre otros, llevaban a cabo la misma campaña purificadora en la física. Purgas similares se estaban extendiendo en todos los dominios de la vida intelectual” (p. 267).

⁵⁶ RÜTHERS, 111-112.

De allí el profundo desprecio de Hitler y sus seguidores hacia los políticos, juristas y magistrados liberales y demócratas, que fueron perseguidos y discriminados, cuando no salvajemente golpeados.

Estos hombres ilustrados, que desde la tribuna política, la cátedra o el estrado judicial compartían la preocupación por ponerle un límite al poder estatal y paraestatal de los nazis, en su mayoría fueron forzados a dejar sus cargos y abandonar su país, cuando no reclusos en campos de concentración, desaparecidos o asesinados.

Ahora bien, con el silenciamiento de estas voces no bastaba; todo ejercicio de poder, por más despiadado y elemental que sea en sus métodos y fines procurados, necesita de discursos que lo legitimen, que lo hagan mínimamente presentable, discursos racionalizadores que luego serán reproducidos por los medios de prensa del Estado y del Partido, instalados en los ámbitos comunicacionales con pretensión de normalidad y legalidad.

Es aquí donde aparecen, con decepcionante asiduidad, muchos juristas de primera línea, para poner toda su astucia, toda su vocación de poder, al servicio del terrorismo de Estado.

Apelando al prestigio ganado en épocas previas a la irrupción del régimen dictatorial, estos académicos de renombre, como fue el caso paradigmático de Carl Schmitt, tranquilizaron masivamente las conciencias de los burócratas y técnicos legales que nutrieron a la tiranía, al *Behemoth*, con las herramientas jurídicas necesarias para el más amplio y desenfadado ejercicio de poder punitivo criminal en contra de las minorías perseguidas, especialmente, del colectivo judío.

Como la estela de impunidad y olvido que deja tras de sí todo régimen genocida abarca también a quienes proveyeron esos discursos legitimantes del mal absoluto, la regla en el pasado reciente ha sido que estos juristas, amparándose en su pretendida condición de “científicos” supuestamente distanciados de toda ideología o coyuntura política, se las han arreglado para evitar rendir cuentas ante la Justicia.⁵⁷

⁵⁷ Tras la caída del III Reich, Carl Schmitt pasó un breve período de internamiento, entre 1945 y 1947, en un campo en las afueras de Berlín y luego en Núremberg, en calidad de testigo-acusado, “un proceso del que consiguió zafarse con esa habilidad de escurridizo que caracteriza muchos de sus movimientos históricos” (cfr. RIVAS, op. cit.).

Pero no sólo eso: al igual que en todos los demás ámbitos de las ciencias, muchos juristas han logrado asombrosamente rescatar del naufragio algo de su fama y, de algún modo, continuaron vigentes en las décadas posteriores, recostados sobre los pliegues conservadores y reaccionarios del Derecho, por lo general generosamente aceitados desde usinas políticas a las cuales tales discursos le son funcionales, que proveen claustros universitarios, editoriales y medios masivos de comunicación propios, puestos al servicio del “veterano e inofensivo profesor”.

Ése fue el caso de Carl Schmitt, quien si bien nunca más recuperó su cátedra en Alemania, sí tuvo un considerable renacimiento en la posguerra, en especial, en círculos intelectuales de derecha tanto en la España franquista,⁵⁸ como en Latinoamérica, durante la vigencia de la Doctrina de la Seguridad Nacional, ciertamente con influencia hasta nuestros días.

Sus obras previas al nazismo, más algunas escritas en la posguerra, todas de cuño conservador-autoritario, volvieron a circular. En cambio, sus escritos y trabajos bajo la égida nacionalsocialista fueron astutamente disimulados y escondidos a la vista de las nuevas generaciones de estudiantes de todas las ciencias sociales.

Sólo en las últimas décadas, desde la propia Alemania, se ha comenzado una profunda revisitación del período nacionalsocialista de Carl Schmitt y de muchos otros casos similares en todos los ámbitos científicos, tarea que estaba pendiente en el proceso de democratización germano y que está teniendo un notorio y saludable desarrollo.

Que este trabajo contribuya en esa misma dirección, a compensar tanta ignominia, tanta ocultación de la verdad histórica, que tarde o temprano, tenía que ser revelada, pues se trata de una condición indispensable para aprender de nuestros errores y evitar en definitiva que la historia se repita.

⁵⁸ El 21 de marzo de 1962, Schmitt, de 74 años, fue condecorado y declarado miembro de honor por el “Instituto de Estudios Políticos del *Movimiento Nacional*” (el partido único franquista), representado por su presidente Manuel Fraga Iribarne. Así, en aquellos años, Schmitt “[e]n España encuentra su refugio intelectual y, en gran manera, vivo y triunfante, su modelo de Estado. El escenario donde ejemplificar la derrota de la democracia parlamentaria”, cfr. RIVAS, op. cit.

LA CIENCIA DEL DERECHO Y EL ADVENIMIENTO DEL NAZISMO: EL PERTURBADOR
EJEMPLO DE CARL SCHMITT

DANIEL RAFECAS

BIBLIOGRAFÍA

- AGAMBEN, Giorgio, *"Homo sacer". El poder soberano y la nuda vida*, trad. de Antonio Gimeno Cuspinera, Valencia, España, Pre-textos, 2003.
- ARENDT, Hannah, *Los orígenes del totalitarismo*, trad. de Guillermo Solana, Madrid, Alianza, 2002, t. III.
- BRACHER, Karl, *La dictadura alemana. Génesis, estructura y consecuencias del nacionalsocialismo* [1973], trad. de José A. Garmendia, Madrid, Alianza, 1995.
- CÁRCOVA, Carlos, *Las Teorías Jurídicas post positivistas*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, pp. 81 y ss.
- FARÍAS, Víctor, *Heidegger y el nazismo*, ed. corregida y aumentada, Mallorca, Objeto Perdido Ediciones, 2009.
- FRIEDLÄNDER, Saul, *El Tercer Reich y los judíos (1933-1939). Los años de la persecución*, trad. de Ana Herrera, Barcelona, Galaxia Gutenberg/Círculo de Lectores, 2009.
- HILBERG, Raúl, *La Destrucción de los Judíos Europeos* [1961], trad. de Cristina Piña Aldao, 1ª ed. (de la ed. 2002 revisada, publicada por *Yale University Press*), Madrid, Ediciones Akal, 2005.
- *Perpetrators, Victims, Bystanders, The jewish catastrophe 1933-1945*, New York, Harper Perennial, 1993.
- KERSHAW, Ian, *Hitler*, trad. de Lucía Blasco Mayor, Madrid, Biblioteca Nueva, 2000.
- KIRCHHEIMER, Otto, "Criminal Law in National Socialist Germany", publicado originalmente en *Studies in Philosophy and Social Science*, N° VIII, 1940, New York, Columbia University. Se cita la edición del manuscrito en la obra *The rule of law under siege. Selected essays of Franz L. Neumann and Otto Kirchheimer*, Berkeley, California, William Scheuerman editor, 1996, pp. 172-189.
- MARCUSE, Herbert, "La lucha contra el liberalismo en la concepción totalitaria del Estado" [1934], en *La sociedad opresora*, trad. de Ítalo Manzi, Caracas, Tiempo Nuevo, 1970.
- NEUMANN, Franz, *Behemoth. Pensamiento y acción en el nacionalsocialismo*, trad. de Vicente Herrero y Javier Márquez, México, Fondo de Cultura Económica, 1943.
- RAFECAS, Daniel, "El Derecho Penal frente al Holocausto", en *Nuestra Memoria*, Buenos Aires, Fundación Museo del Holocausto, N° 23, junio de 2004.
- RIVAS, Manuel, "La 'fiesta sagrada' de don Carlos. El homenaje franquista en 1962 al principal jurista del nazismo, Carl Schmitt", en *El País*, España, edición del 2 de abril de 2006 (extraída del sitio web del diario citado).

- RUSCHE, George y Otto KIRCHHEIMER, "Nuevas tendencias en la política penal durante el período fascista", en *Pena y Estructura Social* (1939), trad. de Emilio García Méndez, Bogotá, versión en castellano publ. en 2004 por editorial Temis.
- RÜTHERS, Bernd, *Carl Schmitt en el Tercer Reich*, 2ª ed. ampl., trad. de Luis Villar Borda, Universidad Externado de Colombia, 2004.
- VILLAR BORDA, Luis, "Presentación", en RÜTHERS, Bernd, *Carl Schmitt en el Tercer Reich*, 2ª ed. ampl., trad. de Luis Villar Borda, Universidad Externado de Colombia, 2004, pp. 13-18.
- ZARKA, Ives-Charles, *Un detalle nazi en el pensamiento de Carl Schmitt*, trad. de Tomás Bueno, Barcelona, Anthropos, 2007.

Clásicos

**Carta sobre los estudios convenientes
para formar un abogado con arreglo a
las necesidades de la sociedad actual
en Sudamérica escrita por el abogado
Alberdi a un joven compatriota suyo,
Estudiante de Derecho en la
Universidad de Turín, en Italia**

TOMO III

Buenos Aires, La Tribuna Nacional 1886

“Carta sobre los estudios convenientes para formar un abogado con arreglo a las necesidades de la sociedad actual en Sudamérica”, en Alberdi, Juan Bautista, *Obras completas*, t. III, Buenos Aires, La Tribuna Nacional, 1886, pp. 343-353.

Valparaíso, abril 16 de 1850

Señor D. Lucas Gonzáles, en Turín (Italia)

Mi estimado compatriota:

Su honorable familia, que tanto se empeña por su educación, solicita mi opinión sobre el plan de estudios de Derecho que mejor le convenga seguir en Europa.

He ejercido la profesión de abogado por algunos años en el Río de la Plata y en Chile: debo a la experiencia el conocimiento de muchos vacíos en la enseñanza de Derecho, que hemos recibido los de la actual generación.

Con este antecedente, voy a decirle lo que yo haría si me viese en el caso de recomenzar mi carrera de estudios de Derecho.

Encuentro sensata la idea de su familia de pensar en una guía o dirección para sus estudios de Derecho en Europa. Como usted se propone ser abogado en América del Sur, es necesario que esos estudios se adapten a los objetos de mayor aplicación en la jurisprudencia de estos países. Sin embargo, las cosas han cambiado notablemente con motivo de la revolución entre nosotros. Las aplicaciones de la jurisprudencia hoy no son las mismas que en los tiempos de nuestros padres; ellas han variado con los intereses que han promovido el nuevo régimen político, establecido en nuestro continente. La enseñanza legal, para ser útil, debe darse cuenta de estas variaciones.

En vista de ellas, voy a indicarle las ramas del Derecho que debe estudiar con preferencia, el tiempo que más o menos que debe dedicarles, y los países donde mayor provecho puede hacerse el estudio de esas ramas.

Usted no va empezar sus estudios en Europa: los lleva hechos, en gran parte, en esta universidad de Chile. Teniendo eso presente, así como su edad, le indicaré el plan de estudios que seguiría yo mismo si me hallase en su posición.

En sus estudios preparatorios hechos en Santiago, observo que faltan los de matemáticas y otras ciencias exactas. Si pudiese llenar ese vacío, no deje de hacerlo, en beneficio de su carrera de abogado.

Los estudios no son necesarios por la utilidad de sus fórmulas, semejante interés sería muy secundario. Su conveniencia viene porque las matemáticas son el mejor medio de educar nuestras cabezas orientales y españolas en las prácticas del *método* de la *lógica*, y del *orden*: ellas dan disciplina a nuestras facultades exaltadas, nos acostumbran a la perseverancia y refrenan los arrebatos de la imaginación. Recuerde que el abogado no es llamado a contar, sino a ocuparse de cosas positivas y serias.

Casi toda su actividad está reducida a alegar, esto es, *a razonar y a probar*, por lo que con razón se ha dicho que la jurisprudencia es la lógica misma considerada bajo cierto aspecto. Mr. Dupin, caracterizando el talento del célebre jurisconsulto Merlín, ha dicho: —“Todo en él partía de la cabeza, era la lógica únicamente, pero una lógica poderosa, una dialéctica a veces un poco sutil, pero siempre manejada con arte y conducida con una destreza infinita, a través de las varias ramificaciones de una cuestión. Tal era el distintivo de su talento”. Si escucha a nuestro sabio

compatriota el doctor G. Ocampo, si lee al respetable tratadista francés Mr. Gabriel, ellos le dirán que "el instrumento esencial en toda especie de pruebas, el que sirve para ligar las unas a las otras, es el *razonamiento*"¹. Este instrumento de buen éxito que es el primero en la abogacía, se adquiere con el estudio de las matemáticas y de otras ciencias exactas, cuyos métodos se hallan modelados por el de aquéllas.

Viniendo ahora a nuestro principal objeto, las materias legales propiamente dichas, le diré que encuentro acertada la idea de comenzar sus estudios en Turín. La Italia de hoy no es inferior en este punto a la de Acurcio, Baldo, Bartolo, Parlatorio, Luca, Targa, Azuni, Cassaregis, Muratoris, etc., lumbreras de la jurisprudencia española y europea. Turín posee una de las más antiguas y célebres universidades del otro continente. Allí puede estudiar el derecho romano y el derecho canónico que son las dos fuentes del derecho español. Italia posee el secreto de esas dos ciencias por haber sido cuna de ambas.

El derecho romano es al nuestro lo que un original es a una traducción. *Las siete partidas* de D. Alfonso, que nos rigen hasta hoy, son una traducción discreta y sabia de las *Pandectas* y el *Código* romanos.

Con todo, no hay que exagerar la importancia de ese estudio; los tiempos han cambiado, y nuestra sociedad americana no es llamada a profundizar los arcanos de filología y erudición romanas. El presente abraza demasiado para que convenga distraerse mucho en el pasado: un año en Turín sería lo bastante: Allí es conocido por todos el idioma francés que es el segundo latín de Italia y del mundo: es menester cultivar ambos idiomas como útiles auxiliares del abogado en todas partes.

En Francia es donde debe proseguir sus otros estudios preparatorios de Derecho, de paso le observaré que París no sería preferible a una escuela jurídica de provincia. Ha notado Mr. Cormenin, que los mejores libros de administración se escriben fuera de la capital de ese país. Lo que favorece a su composición debe favorecer a su estudio. La provincia ofrece mayor economía de tiempo, de salud y de dinero, y sobre todo más analogía con los países en que nuestros jóvenes viajeros en Europa han de aplicar y realizar sus conocimientos.

¹ *Essai sur la nature, les différentes espèces y les divers degrés de force des preuves*, par feu M. Gabriel, Chap. VIII.

Después de derecho romano nada más aplicable en la jurisprudencia de los Estados de origen Greco-latino, que el derecho civil francés, que no es otra cosa que una refundición del derecho romano, donde se han satisfecho las necesidades de nuestra civilización actual. De ahí es que los jurisprudencistas franceses son un manantial de instrucción y doctrina aplicables en los países españoles, tan fértil como oportuno.

Los textos mismos del derecho francés son un medio luminoso de comentario para nuestras leyes españolas. Conozco en América del Sur abogados distinguidos que deben toda su superioridad a su continuo estudio de los jurisprudencistas franceses y a las aplicaciones prácticas de las doctrinas de estos. Lea con atención el celebrado *Diccionario de legislación y Jurisprudencia* de Escriche: tratadista español, y encontrará que sus más bellos artículos son traducciones de libros conocidos de derecho francés.

Comentar la ley nacional por la extranjera es el fin de la *legislación comparada*, rama moderna de la ciencia que, con razón, se ha hecho una muy útil especialidad. Por esto, es conveniente estudiar el derecho francés, así como el tomar noticias de otras legislaciones extranjeras. A medida que el espíritu democrático se apodera de la dirección de nuestro siglo y abate las autoridades individuales, la ley como expresión del sentimiento nacional, se sobrepone en respeto al pensamiento de los autores por más sabios que sean. Ya no se quiere saber cómo piensa tal autor inglés o francés, sino cómo piensa Inglaterra o Francia sobre tal punto de Derecho; y sus leyes civiles son la expresión de sus opiniones. Según esto, citar una ley francesa en apoyo de las nuestras, dado un caso, es como invocar lo que piensan 33 millones de habitantes: voto mil veces más respetable que el del sabio más importante.

En cuanto a los puntos de mayor interés para su estudio del *derecho civil francés*, yo le indicaría que prefiriese el punto de los contratos y obligaciones ante todo.

La índole industrial de nuestra época y el ascendiente de la propiedad mobiliaria que es su consecuencia, hacen de las transacciones la fuente más ordinaria de adquisición. La base del Derecho que rige los contratos mercantiles y marítimos, reside en el Derecho común o civil. De las ramas accesorias de este derecho, le recomendaría el estudio del *derecho minero* y del *derecho rural*: muy útiles en Chile y Buenos Aires como en la ge-

neralidad de nuestra América del Sur: minera y pastora casi exclusivamente por sus actuales destinos industriales. Las *acciones posesorias* en uno y otro ramo, son de utilísimo estudio por la frecuencia de sus aplicaciones y las dificultades de su delicado ejercicio.

El Derecho comercial debe formar la mitad del saber de un abogado hispano-americano. Bajo el antiguo régimen podía pasarse sin saberlo, y así sucedía con frecuencia, por dos razones que fácilmente se admitirán. El régimen colonial, es el régimen del exclusivismo y del privilegio: dos agentes que son la muerte del comercio. La colonia es la clausura y la interdicción, el comercio, por el contrario, vive de la libertad y la fomenta donde no existe. Sin comercio, de poca utilidad debía sernos el derecho comercial antes de este siglo. Otra razón que lo hacía inútil entre los estudios del abogado, es que nuestras *Ordenanzas de Bilbao* y los estatutos de nuestro consulado de comercio excluían estrictamente a los letrados del patrocinio de las causas mercantiles. ¿Qué interés podían tener en aprender leyes que no les era dado discutir y comentar en la práctica del foro? Hoy no sucede eso: las puertas de los juzgados de comercio se han abierto para la palabra del abogado, y con razón, porque el Derecho comercial es ciencia que no se puede conocer sin largos ni detenidos estudios.

El estudio del Derecho comercial francés es de gran utilidad para nosotros, ya por claridad y luz de sus tratadistas, ya porque estos son indirectos comentadores de nuestro derecho comercial español, por la razón que la *Ordenanza de Bilbao*, es casi una traducción de la *Ordenanza de Luis XIV*, de 1673, así como ésta es el manantial en que se ha nutrido el actual *Código Civil francés de comercio*. Es decir, el Derecho comercial marítimo, forma una mitad del derecho que acabo de aceptar, y el nuestro emana también de la ordenanza francesa expedida en 1681, bajo el ministerio de Colbert.

Yo no gastaré tiempo en estudiar Derecho político en Francia, por varias y buenas razones que me es fácil dar: Primeramente, porque Francia apenas sabe con cuál derecho quedarse, si el monárquico o republicano. Después de eso, en América el Derecho Público es un instinto, tenemos más de un publicista distinguido que no ha estudiado en las aulas. Nuestros hermanos del norte han creado la organización más perfecta que se conozca de la democracia sin tener escuelas ni autores cé-

lebres de derecho. Por otra parte, estudiar Derecho político, es como comprar armas de fuego cuando es prohibido usarlas. Rousseau decía que *los médicos hacen las enfermedades*; quién sabe hasta qué grado no sea cierto, que los publicistas hacen las conmociones. Con todas nuestras pretensiones de *República del siglo 19*, los sudamericanos vivimos en tiempos bastante parecidos a los de *Cuyacio*, que cuando oía hablar de partidos decía: *de eso no habla el Edicto del Pretor*.

No sucede lo mismo respecto del *Derecho administrativo*, aunque emanado del Derecho Público, puede estudiarse, sin embargo, con cierta independencia de él.

En nuestras escuelas sudamericanas de Derecho no es conocida su enseñanza, y de ahí viene que sean tan escasos entre nosotros los hombres aptos para desempeñar los destinos públicos. Bajo el antiguo régimen, los empleados que eran todos europeos, venían formados desde España, en el oficio que debían tomar a su cargo. Los americanos, no recibíamos esa enseñanza, ni la necesitábamos porque los empleos nos estaban vedados. Después de la revolución, los gobiernos patrios, menos previsores que el de España, han dejado las cosas en peor estado que antes; pues ahora no se enseña la materia que por la forma de nuestro sistema, son todos llamados a desempeñar; y los empleados se hacen administradores, administrando, es decir, a fuerza de errores y demoras que cuestan caro al país: de lo que resulta, por otra parte, que los empleados llegan a ser aptos, cuando se han desopinado, ya por sus inepticias, o se han hecho populares por los odios que son resultado de los errores protegidos por el respeto oficial.

Pero como el abogado, por la naturaleza de su oficio no está llamado precisamente a ser empleado de la administración, la rama que más le conviene estudiar del Derecho administrativo, es la relativa al elemento contencioso de esta ciencia, que comprende el estudio de las autoridades y su manera de proceder, así como los principios de decisión, que reglan los litigios suscitados con ocasión de los contratos y conflictos entre el Estado y los particulares.

Para el estudio del Derecho internacional, en sus aplicaciones a la práctica del foro, hay que distinguir el *Derecho público internacional*, del *Derecho internacional privado*: Este último es el que particularmente inte-

resa al abogado de Sudamérica. Para convencerse de ello, basta fijarse que las ciudades de este nuevo continente, y sobre todo las litorales y marítimas, se componen en su mayor parte y están llamadas a engrandecerse de extranjeros, siendo materia principal del derecho internacional privado, el estudio de las leyes o estatutos que reglan la capacidad y estado civil de las personas de los extranjeros, para lo que es contratar y obligarse civilmente; de las leyes que rigen validez de los contratos y disposiciones testamentarias de los extranjeros por lo que hace a la forma externa de los actos y a los bienes y objetos que son materia de ellos, de los principios generales que determinan cuál es la posición de los extranjeros ante los tribunales del país, en sus litigios con los reñícolas y con otros extranjeros, ya como demandantes, ya como demandados; de las reglas que gobiernan la organización y la validez de las pruebas testimoniales y documentales; de las comisiones rogatorias; de los embargos, retenciones y medidas conservatorias; de los efectos o ejecución de las sentencias en país extranjero, y de las vías y modos de ejecución, tanto en lo criminal como en lo civil. De estas materias, que han adquirido mayor aplicación, a medida que se han hecho más íntimas y frecuentes las relaciones de los pueblos, se ha formado modernamente una especialidad de la jurisprudencia internacional, que es aplicable especialmente a América, que parece ser el punto de reunión de todos los extranjeros de la tierra.

Aunque la *parte positiva* de este derecho internacional privado, consta de las leyes de cada país relativas a los puntos arriba detallados, es necesario sin embargo conocer la parte teórica, que le sirve de base o fundamento, y se compone de los principios deducidos de las leyes y tratados establecidos con más generalidad entre las naciones de Europa y América, más civilizados y cultas.

Un médico formado en París, es médico en todas las partes, porque en todas partes el hombre es el mismo en cuanto a su organismo en estado de salud o enfermedad. No sucede lo mismo en la abogacía. Para ser abogado español, es necesario saber las leyes españolas, que no son las leyes francesas. Hay pues muchas *jurisprudencias*, al paso que no hay más que una medicina. Conviene, según esto, no estacionarse en Francia, si ha de ser Vd. Abogado en países españoles. Dos años de residencia en Francia considero lo bastante, no para estudiar a fondo las materias

que dejo detalladas, sino para adquirir una primera noticia de ellas, que es todo el fin de los estudios escolares, pues no se aprende a fondo el Derecho ni otra ciencia alguna, sino con la edad y la experiencia.

Con estudios preparatorios como los que le dejo indicado, yo creo más útil estudiar el *derecho español* en España, que en América. Los estatutos de un país, se conocen mejor en la metrópoli que en las colonias, porque allí nacen y existen asimilados a los usos y costumbres del suelo desde sus más apartados tiempos. Yo he escrito en otra parte los siguientes renglones, que me permitiré reproducir aquí sin temor de ser oportuno a sus ojos: *España, he dicho, es tal vez el país de Europa que más interesa estudiarse por el viajero de nuestra América Meridional: allí están las raíces de nuestra lengua y de nuestra administración, el secreto de nuestra índole y carácter; allí se han escrito las leyes que nos rigen y la lengua que hablamos; nosotros hemos admitido y manejado todo esto sin la intervención de nuestra conciencia, y nada más que como pupilos; para entender nuestra sociedad, para sondear las miras y espíritu de nuestras instituciones sobre que reposan y descansan de largo tiempo sus cimientos, es necesario ir a estudiar la madre patria. Desde lo alto de la Metrópoli pasada, es donde podremos echar una mirada general y completa a la sociedad en que vivimos. Allí está y estará por largo tiempo nuestra capital: no nos gobiernan ya sus reyes, tampoco el ejemplo de su actual vida pública; pero el yugo de su acción anterior, la influencia de su poder pasado, no es tanto más difícil sacudir, cuanto que se hallan arraigados en nuestros cráneos y hasta en la sangre de nuestras venas (...) La calma de la reflexión nos dará a conocer un día, que la independencia de América no es más que la desembarcación de la familia política española, la división de esa nación en dos familias independientes y soberanas (...) El hacha de la revolución ha trozado el gajo por donde se transmitía la savia desde el tronco hasta las ramas de nuestro árbol genealógico. El vástago ha echado raíces independientes en nuestro suelo; pero la planta exótica exige terreno y cultivo análogos a los que alimentaron su progreso en el país originario. Busquemos allí el secreto de que se valieron nuestros padres para dar vida y engrandecimiento a la sociedad de que fuimos vástago un tiempo, y cuya índole y propiedades conservamos hasta el día. Comienza a comprenderse que el secreto de nuestra historia actual reside en el estudio de nuestro pasado colonial; pronto se comprenderá, que para conocer a fondo nuestra existencia colonial, es necesario descender a la historia del pueblo español europeo, cuyos elementos sirvieron para componer el pueblo*

español americano (...) Así las ideas generales y la ciencia nos traerán un día al seno de nuestra familia, que hemos reconocido y renegado en el calor del pleito doméstico llamado revolución americana. Vendrá en breve el día en que no se oirá decir en español, que el español es bárbaro. Ya hemos dicho de nuestra raza todo lo malo posible; ahora es necesario por el reverso abrigado del cuadro, echar una mirada al mundo desde los umbrales del hogar español, y formar parada ante los extraños de los títulos que nos asisten para envanecernos de nuestro origen. Hemos alabado a los de 1810: tomemos ahora las cosas de más alto y con Washington Irving y Prescott, admiremos a los de 1492; a los que descubrieron la mitad del globo terráqueo, después de 6 mil años de habitado por las razas de que descendemos (...) a los que fundaron un Estado en el que por espacio de tres siglos jamás se puso el sol, y cuyas leyes como los vientos alisios circulaban toda la redondez del planeta que habitamos; a los que fundaron estas veinte naciones, que hablan hoy de su lengua, que se rigen por sus leyes, que conservan su culto, sus templos, sus poblaciones, sus rutas, sus tribunales, sus impuestos, su sistema militar, su comercio, sus ciudades y edificios monumentales. Todo esto es algo más que nuestros triunfos de los catorce años, obtenidos con armas, con luces debidas a los vencidos: pues todo esto lo desconocemos, lo detractamos para ponderar nuestras instituciones que se lleva el viento revolucionario, ese viento que sopla no obstante en vano contra las murallas del robusto y viejo edificio español, sin poderle destruir. No combatamos a la raza española, porque somos ella misma; a su obra, porque es el mundo que habitamos (...) Estudiemos, pues, a la España para conocernos a nosotros mismos, y para conocer bien a la España, estudiémosla en España².

El calor de esas líneas son reaccionarias: las escribí hace cuatro años, y el refutado en ellas, soy yo mismo, que antes de ir a Europa, di muchas pruebas de la aversión heredada a la generación revolucionaria contra la España y el espíritu de sus cosas. Mi adhesión a Europa y al influjo saludable de su acción en la civilización del continente que habitamos, me ha traído, por la lógica y por las simpatías despertadas a la vista de las montañas ibéricas, que a mi padre, nacido en ellas, oí recordar con ternura tantas veces, al respeto de la España, cuya acción en estos países, no es otra cosa en el fondo que la acción misma europea, pues España pertenece y forma parte de Europa.

² *Veinte días en Génova*, Cap. XVI

La generación pasada nos ha dejado un antecedente, que prueba la exactitud del consejo que precede, y del buen efecto de nuestros viajes a la península, en la cultura y progreso de nuestros países. Nuestros primeros y grandes progresistas de 1810, estuvieron casi todos en España antes de hacerse expectables en América. Los San Martín, los Bolívar, los Carrera, los Blanco, los Belgrano, los Rivadavia, los Alvear, los Larrea, los Mateu, se habían preparado en la península para los grandes hechos con que ilustraron su vida y los fastos de la libertad americana.

No le extrañe toda esta digresión. Ella tiene por objeto encaminar las excursiones trasatlánticas de los jóvenes estudiosos americanos a una de las fuentes más fecundas de instrucción, sobre todo en materia de jurisprudencia.

A pesar de todo lo dicho, conviene no olvidar que su objetivo, es ser objeto sudamericano, y que hoy día España, no obstante, compone su legislación la mayor parte de la nuestra, es un país extranjero para estos nuevos estados políticos, que en los 40 años de su independencia han creado su *derecho patrio* y peculiar, derogación y aumento de innumerables puntos del derecho peninsular antiguo.

Es necesario regresar con tiempo a América para estudiar esta parte de la ciencia, sin la cual es imposible el ejercicio de los conocimientos jurídicos adquiridos en Europa. Por ese motivo, considero que bastan dos o tres años de residencia en España, yo opino que se deben distribuir en el doble estudio *teórico y práctico* del Derecho civil peninsular. Tampoco se debe olvidar, que aún bajo el gobierno colonial, hemos tenido una legislación peculiar de Indias, que en la península es poco conocida, por carecer allí de aplicación, que forma una parte de nuestro derecho patrio actual, que es necesario estudiar en América.

He ahí, mi distinguido compatriota, los breves consejos que he podido reunir en esta carta, en los escasos momentos de ocio, que me dejan las numerosas ocupaciones de mi profesión, embarazosa quizás no por otro motivo que el no haber tenido la dicha de prepararme en ellas, según el plan de estudios, que tengo el honor de aconsejarle y que yo debo al consejo de mi experiencia.

Suyo.

Estudios e investigaciones

Técnicas de la docencia universitaria

Ensayo

JUAN JOSÉ CARBAJALES*

*A mi madre, GRACIELA CROSES, docente de alma
A PACHI GUIBOURG, maestro cabal¹*

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN

Muchas veces me he preguntado si los métodos de enseñanza tienen que ver con la ética (cualquiera sea la teoría que la avale) o si se reducen a meras herramientas pedagógicas a disposición del profesor. En este ensayo procuro esbozar una aproximación al tema.

Para ello, he plasmado mi experiencia de casi diez años de docencia al frente de un curso de la materia Teoría General del Derecho en la Facultad homónima de la Universidad de Buenos Aires.

Si bien no se encontrarán aquí fundamentos teóricos relativos a la ciencia de la enseñanza (Pedagogía), el objeto ha sido, simplemente, reflejar los diversos métodos empleados, con relativa eficacia en el dictado de un curso “atípico” (aunque no el único) para el marco en el que está inserto.

II. CONSIDERACIONES PRELIMINARES SOBRE LA ÉTICA

En forma reciente el profesor Cianciardo ha advertido que la solución para la actual crisis financiera global requiere de un profesor despistado,

* Abogado y Licenciado en Ciencia Política por las Facultades de Derecho y de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Posgrado de Actualización en Regulación Energética (CEARE). Docente de grado por concurso público en la Facultad de Derecho (UBA). Correo electrónico: jjc_13@hotmail.com.

¹ Cofundador, junto con Diana Cañal, del grupo *Spes*, donde reafirmé el valor de la vocación docente y aprendí algunas de las técnicas que aquí se explicitan. También debo reconocer una mención al profesor Eduardo A. Russo, de quien he -literalmente- copiado algunas de las provocaciones lanzadas en sus inigualables cursos.

de un hombre poco práctico que nos ayude a “pararnos a pensar”. Y requirió un compromiso ético a los fines de “contribuir con la generación y educación de un nuevo ser humano” y con la “producción de conocimiento nuevo”.²

Este llamado de atención puede llevarnos a preguntar qué ética profesional debe guiar la conducta de un profesor,³ en particular de un docente universitario y, con especial énfasis, en quien enseña en una universidad pública. Debo aclarar, de antemano, que no tengo una respuesta firme al asunto. Ni siquiera podría replicar, con algún nivel de certeza científica, qué entiendo por “ética”, o si existe una sola o varias.

No obstante ello, creo que es posible arriesgar un esbozo de ciertos parámetros razonables que podrían guiar el desempeño de un docente universitario. Desenvolvimiento que está en función de una serie de principios democráticamente aceptados como rectores de la práctica docente. Principios que se traducen en la obligación de conocer su ciencia y de saber aplicarla a través de una técnica adecuada, de capacitarse de manera permanente y de comprometerse con su vocación, quizás éste sea el intangible más valioso pero más difícil de recrear.

Si partimos desde una de las teorías éticas plausibles (lo que implica ejercer una opción explícita y específica), encuadrada en los imperativos categóricos kantianos y en su visión de la Ilustración, podríamos aceptar que una de las finalidades básicas de la enseñanza universitaria es la de tomar a cada persona como un fin en sí mismo, esto es, de buscar que cada alumno comprenda los conceptos a enseñar en clase. Provocar que el *sapere aude* emancipador se plasme en el aula y que cada estudiante se atreva a pensar por sí mismo; como insiste el profesor Guibourg, facilitarle los caminos para que pueda construir su propio sistema de pensamiento⁴ mediante el ejercicio de la reflexión crítica.

² CIANCIARDO, Juan, “Se necesita un profesor despistado”, en diario *La Nación*, Sección Opinión, 25/06/2009.

³ Cfr. VIGO (h), Rodolfo Luis, “Crisis financiera internacional: Aristóteles tenía razón”, en *La Ley* 2008-F-1391, quien advierte -junto con el Estagirita- que “los problemas políticos, jurídicos o económicos son, en última instancia, problemas éticos o ‘prácticos’ (en definitiva, humanos), en tanto comprometen decisiones, conductas, ejercicio de la libertad, bienes humanos, la justicia, etc.”.

⁴ GUIBOURG, Ricardo A., *La construcción del pensamiento. Decisiones metodológicas*, Buenos Aires, Colihue Universidad, 2004, *passim*, especialmente p. 12.

Ello, en el marco del avance cultural logrado en nuestros tiempos, donde el consenso sobre el valor del régimen democrático (sin descuidar el análisis crítico sobre sus variantes formal/sustancial) y la defensa de los Derechos Humanos (sin evitar la discusión sobre su fundamento filosófico) son basamentos inevitables para comparar nuestro pasado y comprender nuestro presente, tomando como pauta los estándares establecidos en las normas constitucionales y en los tratados internacionales. Ello, a fin de no olvidar la historia ni dejar de proyectar el futuro, de enseñar nuestros vaivenes cíclicos y construir nuestros intereses como sociedad; en fin, de resignificar a diario nuestros valores en tanto Nación. Eso sí, sin perder de vista que en esta tarea el profesor debe procurar no cruzar la línea de la imposición de su propia *Weltanschauung* o “visión del mundo”, de su propia ideología, a los fines de respetar la máxima weberiana de objetividad en la profesión docente.⁵

III. TÉCNICAS DEL DOCENTE UNIVERSITARIO

Desde esta atalaya, considero oportuno describir ciertas técnicas posibles de ser desarrolladas por un docente comprometido con su vocación y con la realidad social en la que está inmerso. Técnicas que no reemplazan –como bien afirma Cianciardo– la tarea intelectual del “profesor distraído”, así como tampoco implican una enumeración exhaustiva de los métodos disponibles.

En concreto, algunas de las herramientas pedagógicas a utilizar en la *praxis* universitaria cotidiana podrían encuadrarse dentro los siguientes temas:

⁵ “El verdadero profesor se guardará muy bien de imponer desde la cátedra ningún tipo de posición, ya sea expresamente o por medio de sugerencias, puesto que como es natural, la forma más desleal es aquella de ‘dejar hablar a los hechos’” (Weber, Max, en sus conocidas conferencias tituladas “La ciencia como profesión” –o vocación, confundidas en el término germánico *Beruf*– y “La política como profesión”, editados en *Ciencia y Política*, con prólogo de Juan Carlos Torre, Centro Editor de América Latina, 1991, p. 47); también es destacable la afirmación del autor de *Economía y Sociedad* en cuanto a que la doble faz de investigador y profesor, esto es, las aptitudes por la enseñanza y la investigación, “no coinciden en absoluto, y si se encuentran en un solo hombre es absolutamente por casualidad” (op. cit., pp. 29, 30).

A. *Una clase inicial desestructurante*: antes de comenzar con el desarrollo normal de los contenidos académicos del curso, se organiza una clase “bizarra”, para romper las estructuras de los estudiantes, llamar su atención, desmitificar roles y desacralizar la relación docente-alumno. Las variantes son muchas, quizás la más efectiva sea la “simulación”, esto es, comenzar desde el primer minuto de la primera clase, y sin previo aviso a los alumnos, con una actuación en vivo, donde el plantel docente intervenga con papeles cambiados (el ayudante hace de jefe de trabajos prácticos, éste de profesor extranjero invitado –pretendiendo hablar “portuñol” o “francoñol”– y la máxima autoridad de la cátedra fungiendo de alumno preguntón) hasta el final de la clase, para antes de terminar retirarse todos del curso con variadas excusas y volver a entrar a los cinco minutos... “desenmascarados”. Otra alternativa es la representación de una pequeña obra de teatro, también de improvisado (se les avisa a los alumnos que el titular dará una “clase magistral” en el Auditorio), usando disfraces y material accesorio que apunten al grotesco. Allí, por ejemplo, se recrea la historia de un mítico Carlitos Cromagnon,⁶ el primer ser humano en la tierra en su primer día de vida (¿cómo va aprendiendo?, ¿por prueba y error?, ¿y descubre el lenguaje o lo construye arbitrariamente?). Un agregado clave es la filmación de las actuaciones, que va armando un archivo de estas iniciativas y puede verse con los alumnos al final de la cursada.

El contenido del *acting* es mixto: por un lado, se muestran facetas poco usuales en los profesores; por otro, se incluyen temáticas a desarrollar durante la cursada. Por ejemplo, se introduce a los alumnos en el programa de la materia, en la modalidad de aprobación, asistencia, trabajos prácticos, etcétera; e incluso en algunos de los temas de fondo a estudiar. Pero con un objetivo claro: desencajarlos. Puesto que al ver en una situación tan desacartonada a sus profesores, sea cual fuere la jerarquía de los docentes, inevitablemente cada alumno se replanteará el sentido del curso, las motivaciones para el estudio y el compromiso que le dará a esa materia.

⁶ Personaje que ya era un visitante asiduo de estos ejercicios pedagógicos desde varios años antes del trágico suceso de la discoteca homónima.

Los resultados positivos, a partir de ahí, suelen ser sorprendentes, tanto por lo difícil que será para el estudiante olvidar la imagen de un profesor disfrazado, como por la segura resignificación que este símbolo le representará a lo largo de toda su vida profesional. Todas las experiencias de orden vivencial, especialmente si tienen contenido lúdico e implican incorporar habilidades que no sean meramente intelectuales, tienen un efecto liberador único y dejan una marca indeleble en los alumnos.

B. *Fichas individuales*: se le solicita a cada alumno en la primera clase (sea “reconstructiva” o no), la confección de una ficha personal que deberá completar con una foto 4x4 (“actualizada”) y con diversos datos tanto objetivos como subjetivos.⁷ Entre los primeros se encuentran las referencias al lugar de nacimiento, la edad y la ocupación, a si están casados o tienen hijos, etc. Entre los datos subjetivos se les pregunta por qué estudian esa carrera, por qué lo hacen en una universidad pública (“que sustentan todos los jubilados y todos los pobres que pagan el IVA al comprar un sachet de leche”), qué quieren ser, qué no quieren ser, cuáles son sus sueños y cuál su hipotética necrológica.

Una vez recolectadas, se procesan a los efectos de detectar los datos relevantes en función de otra clase especial, la llamada “clase de las fichas”. Ésta consiste en una charla informal, con el grupo dispuesto de forma circular para que todos puedan verse las caras. Se aconseja romper el hielo con algunos alimentos y bebidas para compartir que llevan los docentes. El profesor va convocando de a uno a los chicos para que comenten su propia historia personal. El objetivo es dialogar entre todos sobre la existencia y la trascendencia, esto es, sobre los cambios que acarrea el inicio de una vida universitaria, especialmente para quienes la lejanía de la facultad los obligó a mudarse de su lugar de origen (desde el pequeño Quitilipi en Chaco hasta la fría Ucrania “a la que no pensar volver por este magnífico país me dar todo”), acontecimiento vital que necesariamente les ha acarreado todo tipo de situaciones novedosas: desde temas logísticos (“volvía todos los fines de semana a mi pueblo”) y de escasez financiera (“lo que me podía dar mi mamá me alcanzaba sólo para el alquiler”), hasta las dificultades y los beneficios

⁷ Datos que, a pesar de las dudas de algunos alumnos... no son comercializados ni vendidos a la SIDE.

de la adaptación a la gran ciudad: sea por la nostalgia y la soledad que impone la distancia con los seres queridos, sea por la liberación que implica dejar la casa materna. En una palabra, se habla del desafío de la independencia (“con mi amiga de Salto nos tomamos un colectivo para ir a conocer Galerías Pacífico, pero al cabo de dos horas llegamos a... Puente Pacífico”). También se aborda a quienes tienen una familia a cuestas (“estudio de madrugada” o “meciendo la cuna”), o a los que trabajan infinitas horas, buscan trabajo o bien laboran en una tarea relativa a la disciplina (“sí, pero no es el ideal que imaginaba cuando aspiraba a trabajar ‘en lo mío’”). Asimismo, se hace hincapié en temas subjetivos tales como el destino que buscan, las opciones que descartan (no ser “mediocre” o “frustrado”), sobre qué dirá el obituario (“¿qué es eso, profesor?”) luego de una larga vida de logros y decepciones, y por qué estudian en una universidad pública (tanto por “la calidad y el prestigio” como por “la gratuidad”). Por último, se les pide que hablen del objeto personal que debían llevar bajo la consigna de mostrar un elemento que los representara, un símbolo de sus propias existencias (“traje la camiseta del *clú* de mis amores” o “el anillo que la *bobe* me dio antes de morir”).

A lo largo de la clase se reflejan realidades tan heterogéneas que los relatos de los nominados se entrecruzan con aportes del resto, lo que configura el puntapié inicial para lograr la fundamental integración entre los sujetos que protagonizarán la cursada durante largos y movidos meses. Por ello esta técnica, sin ultrapasar los umbrales de una intromisión “psicológica”, plantea simplemente la oportunidad de conocer una mínima parte del bagaje personal que cada “ocupante” de la clase trae -indefectiblemente- consigo.

También, debe resaltarse que las fichas mantienen su valor incluso luego de esa clase, puesto que sirven para identificar foto, nombre y cara de los alumnos (especialmente si la memoria no es un atributo destacable del profesor), así como para mantener el vínculo post-curso, en tanto los datos de teléfono o mail suelen ser útiles para localizarlos cuando por algún motivo se presenta una necesidad mutua.⁸

⁸ Como ha sido, por ejemplo, la necesidad de confeccionar un *abstract* para el presente trabajo, para lo cual contamos con la valiosa colaboración de una ex alumna, la inteligente y siempre presente Paola Fabiana González, a quien le agradecemos y auguramos una gran carrera profesional.

Datos objetivos

Nombre y apellido (grande y claro):

Edad:

Fecha y lugar de nacimiento:

Lugar de residencia actual (sin calle):

Teléfono:

Correo electrónico:

Estado civil/hijos:

Ocupación:

Otros estudios/carrera:

Cantidad de cuatrimestres cursados (sin CBC):

Cantidad de materias aprobadas:

¿Fue recomendado? ¿Por quién?:

FOTO 4X4

Datos subjetivos

¿Por qué estudia en una facultad pública? ¿Qué espera de ella?:

¿Qué quisiera ser?:

¿Qué no quisiera ser?:

¿Cuál es su sueño?:

¿Cómo imagina su obituario/necrología?:

¿Cuáles son sus *hobbies*?:

¿Hay alguna otra información que quisiera compartir con el resto del curso?:

Enlaces de interés

Entrada:

<http://www.youtube.com/watch?v=xkpkHVTTYFQ>

Profesor:

http://www.youtube.com/watch?v=6epq_-nJYSY

Alumnos:

<http://www.youtube.com/watch?v=GOKi-usvJCK>

C. *Clases dinámicas y trato personalizado*: el ritmo dado al vínculo entre docentes y alumnos es fundamental para extraer lo mejor de cada uno. Por ello, a través de una interacción fluida se busca motivar a cada estudiante a que se atreva a hablar, a expresar sus ideas en público, a equivocarse frente a sus pares, a no buscar necesariamente la aprobación del docente, a construir alguna de las múltiples respuestas posibles y –principalmente– a fundamentar siempre esa respuesta. Este esquema requiere también llamar a cada alumno por su nombre de pila (¡el efecto en su autoestima es increíble!), reconocer la individualidad de cada uno a fin de mitigar la denostada masividad de las grandes universidades (especialmente las públicas).⁹ Asimismo, el fundamento del debate interactivo radica en el entendimiento de que el saber del docente es siempre limitado y no otorga privilegios ni un *status* especial, lo que implica restringir al máximo el dictado de “clases magistrales”¹⁰ y volcarse a un *feedback* mutuamente constructivo.

⁹ Masividad que no se combate con las restricciones al ingreso sino con un compromiso mayor de los actores involucrados, en pos de reducir el “anonimato” y la apatía por enseñar y aprender. Para ampliar sobre este tema, ver el debate entre los rectores de una universidad privada (Austral) y una pública (de Buenos Aires): VILLAR, Marcelo, “La universidad no puede ser masiva”, en diario *La Nación*, Sección Cultura, 12/03/2008; HALLÚ, Rubén, “La universidad pública tiene jerarquía”, en diario citado, Sección Opinión, 11/04/2008. Asimismo, GUADAGNI, Alieto A., “Muy pocos graduados. El problema fundamental de nuestras universidades estatales”, en diario *La Nación*, Sección Opinión, 09/02/2010.

¹⁰ Véase, sobre los “preconceptos medievales” y la importancia de una nueva pedagogía en la enseñanza y aprendizaje del derecho, la excelente columna de opinión de GUIBOURG, Ricardo A., “Aprender derecho”, en *La Ley*, 2009-C, del 28/06/2009.

Por su parte, no debe perderse de vista que cada alumno es el sujeto de la clase, no “los alumnos” como categoría aglutinante, por lo que se procurará respetar cada una de sus opiniones, contestar sus dudas (una y cien veces, si es necesario), clarificar los conceptos si, a pesar del esfuerzo, es evidente la falta de comprensión. Y, por supuesto, saber contemplar sus problemas, escuchar sus planteos y, eventualmente, flexibilizar de manera razonable el reglamento ante circunstancias personales extraordinarias, aunque sin desmedro de la legalidad reglamentaria y de la igualdad frente al resto de los compañeros. Por ejemplo: si alguno no llega con un trabajo práctico en la fecha pautada, aceptarlo igual y corregirlo con la salvedad de que será una entrega “tardía”, con su consecuente disminución en la nota. O si un estudiante cambió de trabajo y avisa que llegará tarde a muchas clases, advertirle que deberá esforzarse el doble para compensar la inequidad “horaria”.

D. *El rol de los ayudantes*:¹¹ la construcción de una “cátedra” pasa, en parte, por incitar a los ayudantes –sean todavía alumnos o ya graduados– a participar en las diferentes modalidades que se presentan durante la cursada, permitirles ir madurando al asumir responsabilidades crecientes (tales como tareas administrativas, la co-corrección de trabajos prácticos o la exposición de un pequeño tema del programa), incentivarlos a empezar a escribir sobre los temas de la materia, a participar de grupos de estudio y asistir a seminarios de la especialidad, con el consiguiente protagonismo que todo ello genera. No para convertirse en algo “superior” al alumno, sino para fungir como nexo entre el cuerpo docente y los alumnos,¹² pues al situarse en una posición intermedia logran generar más confianza en los estudiantes y son la primera rueda de auxilio frente a sus consultas. Todo esto los hará ir fogueándolos en la incipiente carrera

¹¹ Aprovecho el tema para destacar y agradecer la inestimable ayuda recibida en la gestación, desarrollo y evaluación de estas técnicas pedagógicas por parte de la abogada y docente Paola Cabaña, sin cuya colaboración y opinión crítica muchos de estos “experimentos con la verdad” (Gandhi *dixit*) hubiesen seguramente naufragado. También reconozco los valiosos aportes del grupo de ayudantes-alumnos denominados “los Caracciolos”, integrado (en distintas épocas) por Felicitas Tissone, Nicolás Papalía, María Julia D’Alessio, Victoria Marsilli, Ariel Ospitaleche, Silvina Leverone, Esteban Markovic, Ignacio Olivar, Lucía Micaela Troncoso y hasta el *specimen* Norberto Berner.

¹² Al mejor estilo del “monitor” en las escuelas de Minibásquet.

docente que están iniciando. No obstante, para que la confianza mutua con los profesores se vaya cimentando es fundamental saber escucharlos, tomar en cuenta sus apreciaciones sobre la marcha del curso y respetar sus prioridades (“primero la facultad y el trabajo, luego la ayudantía”), pero sin dejar de exigirles el cumplimiento del nivel de compromiso que cada uno ha libremente asumido.

E. *Evaluaciones para pensar*: el eje rector pasa por armar instancias examinadoras que tiendan a la aplicación de la teoría a un caso concreto, mediante la subsunción de las categorías conceptuales a un problema determinado. Asimismo, se dará preferencia a los temas de actualidad, que tienen el *plus* de “enganchar” al alumno en tanto lo conecta con su cotidianidad y le permite verificar la incidencia de las teorías en la realidad. Aquí el docente debe procurar iniciar al educando en la problematización y sistematización de los conceptos aparentemente desarticulados entre sí y con las temáticas vigentes en la sociedad, señalando inconsistencias (contradicciones, redundancias, lagunas) o incoherencias sistémicas. Como diría el escritor italiano Umberto Eco al preguntarse para qué sirve el profesor en la era de la informática, se trata de intentar “reorganizar sistemáticamente lo que Internet le transmite [al alumno] en orden alfabético, diciendo que existen Tamerlán y monocotiledóneas pero no la relación sistemática entre estas dos nociones”.¹³ Ahora bien, qué es la organización sistemática si no la manifestación más efectiva del razonamiento, la puesta en práctica del pensamiento... Al respecto, vale rescatar la anécdota –que si no es verídica, bien merecería serlo–¹⁴ relatada por Sir Ernest Rutherford, presidente de la Sociedad Real Británica y Premio Nobel de Química en 1908, sobre un estudiante de física que brindó una respuesta heterodoxa a un problema y múltiples explicaciones para fundamentar que su postura era absolutamente acertada. Al verificar que todas las justificaciones eran válidas, se le preguntó por qué no había dado la respuesta ortodoxa desde un inicio, aquella que todos esperaban,

¹³ Eco, Umberto, “¿De qué sirve el profesor?”, en diario *La Nación*, Sección Opinión, 21/05/2007.

¹⁴ <http://cienciaenmifamilia.blogspot.com/2009/01/aprender-pensar.html> [Última consulta: 22/02/2010].

a lo que contestó que él efectivamente la conocía, pero que durante sus estudios “sus profesores habían intentado enseñarle a pensar”.¹⁵

En cuanto a la modalidad de los exámenes, existen varias alternativas posibles. La evaluación escrita es preferible que también sea anónima (el autor no asienta su nombre en la hoja, sólo el número de su documento), en pos de reducir el involucramiento personal del profesor –que para esa altura ya habrá llegado a conocer a sus alumnos lo suficiente como para tener los naturales sentimientos de aprecio, indiferencia y desestima para con la mayoría de ellos– y maximizar la necesaria imparcialidad a la hora de corregir. El formato oral, por su parte, se usa preferentemente para el segundo parcial, y tiene la ventaja de permitir orientar a quien está rindiendo y poder verificar, así, los verdaderos niveles de estudio, de comprensión y de facilidad para “bajar” los conceptos a la práctica. La evaluación final también suele ser oral, pero integradora de toda la materia, al tiempo que la aprobación del curso dependerá de la participación individual en clase, de los trabajos prácticos y, principalmente, de los exámenes parciales o, eventualmente, del final.

El contenido de los exámenes es de por sí de alta complejidad; incluye un texto a analizar y comprender (verbigracia, un fallo de la Corte Suprema, una nota de opinión de un diario) como disparador para la resolución de muchas cuestiones en poco tiempo, con lo cual se pretende que el alumno desarrolle las habilidades no sólo de retención de conceptos (indispensable para su aplicación al caso), sino principalmente la de enfrentarse a las múltiples encrucijadas del documento, donde se abren varias bifurcaciones posibles que exigen la adopción de decisiones propias, a respaldar con las debidas fundamentaciones. Todo ello en un contexto de presión por el escaso tiempo disponible, cuyo objetivo último es entrenar al futuro profesional para resolver cuestiones “en tiempo real”, simulando la manera en que deberá desenvolverse en la práctica laboral cotidiana. Restricciones temporales que persiguen, a su vez, obligar al pensante a ejercer su capacidad de síntesis, esto es, a identificar qué conceptos son los más relevantes para la resolución de la proble-

¹⁵ El estudiante se llamaba Niels Bohr, físico danés, premio Nobel de Física en 1922, más conocido por ser el primero en proponer el modelo de átomo con protones y neutrones y los electrones que lo rodeaban, y cuya virtud principal fue la de haber sido, fundamentalmente, un innovador de la teoría cuántica.

mática planteada, requerimiento que es habitualmente relegado frente a la modalidad evaluativa de la pregunta conceptual cuya respuesta es a desarrollar. Como advierte Guibourg: "El momento de la evaluación es generalmente la clave psicológica acerca del objetivo de la enseñanza, tal como haya de ser interpretado por el alumno. Es adecuado requerir en un examen cierto ejercicio de la memoria, pero lo ideal es que esa memoria consista en el presupuesto indispensable, y no necesariamente expreso, de las respuestas razonablemente fundadas".¹⁶

F. *La página web*: en nuestros días, las herramientas informáticas son un recurso sumamente útil para estar en contacto con los alumnos durante el resto de los días en que no se cursa la materia. Armar una página, un *blog*, un grupo de Internet o una red social sirve para realizar consultas diarias, tanto verticales ("profesor, ¿me puede decir si el punto IV entra al examen?") como horizontales ("chicos, ayer no pude ir por temas laborales, ¿alguno me podría pasar lo que vieron en clase?"), compartir información (periodística, de cursos en la facultad), ahorrar tiempo (al enviar un trabajo práctico por correo electrónico se evita tener que hacer la interminable cola en la fotocopidora "del Centro") y mantener el contacto post-cursada ("hola, soy una ex alumna incorregible, quiero aconsejarles a los nuevos alumnos que no se pierdan la clase de las fichas..."). En fin, una herramienta más a disposición de todos.

G. *Salirse del libreto*: un profesor virtuoso ha de estar dispuesto a abrirse a los alumnos y fomentar la apertura de éstos, a transmitir no sólo ciencia sino también experiencia. Como diría Charly García en *Aprendizaje*,¹⁷ "animarse a decir una verdad" (con toda la matización que esta última palabra exige), es decir, atreverse a servir de modelo, a exponer su propia historia personal. Volviendo a Eco, si el profesor no sabe dar instrucciones precisas sobre cómo seleccionar el material a utilizar, "por lo menos puede ofrecerse como ejemplo, mostrando a alguien que se

¹⁶ GUIBOURG, "Aprender derecho" cit.

¹⁷ GARCÍA, Charly, "Aprendizaje", del álbum *Confesiones de invierno* del grupo "Sui Generis", Buenos Aires, 1973, cuya estrofa completa dice: "(...) Y tuve muchos maestros de que aprender / sólo conocían su ciencia y el deber / nadie se animó a decir una verdad / siempre el miedo fue tonto..."

esfuerzo por comparar y juzgar cada vez todo aquello que Internet pone a su disposición". Demostración válida no sólo para el uso de la técnica, del *métier* que es su especialidad, sino también como patrón de conducta, ejemplo de *prudencia*, de integridad profesional y humana. El filósofo Santiago Kovadloff ha descripto también este compromiso al referirse a los "maestros cabales", cuya virtud principal radica en que mientras el docente convencional se limita a dar a conocer un contenido, informar y a lo sumo explicar, un gran maestro "transmite, encarna lo que comunica, respalda, mediante un profundo compromiso personal lo que pone en juego como saber", con lo que "alcanza el corazón del estudiante, lo transforma, genera en él una predisposición al aprendizaje nacida de la empatía".¹⁸

Por otro lado, el docente o la docente deben publicitar las múltiples posibilidades que brinda la Universidad (pública), tanto en lo académico como en extensión. En cuanto a los aspectos académicos, las ofertas para cursar un cuatrimestre en otra facultad del extranjero, participar en concursos internacionales, asistir a charlas, jornadas y seminarios donde encontrará a especialistas en la materia -de aquí y del exterior- y podrá ir eligiendo y descartando temáticas para el desarrollo profesional futuro. En todo ello se incita a los alumnos a gozar y explotar la "inmunidad" que les otorga la condición de estudiante, tanto por la gratuidad de las actividades como por la libertad para opinar y equivocarse, privilegios de los que no gozarán tan ampliamente al ser graduados, habida cuenta de que todas las actividades de posgrado suelen ser onerosas y que al profesional (cualquiera sea la antigüedad de recibido) ya se le exige otro estándar de calidad en la elaboración de sus respuestas. También se motiva al alumno a sumarse a cátedras en condición de ayudante, para ir forjando la carrera docente si es que tiene esa vocación, o bien para ir inmiscuyéndose en el fascinante ámbito de la investigación. En cuanto a las ofertas de extensión universitaria, se les transmite la amplitud de temáticas disponibles (idiomas, teatro, voluntariado social, prácticas en cárceles y centros comunitarios, música, deportes, etc.) que enfocan en la vinculación de la Universidad con la sociedad.

¹⁸ KOVADLOFF, Santiago, "Maestros cabales", en diario *La Nación*, Sección Opinión - El Mirador, viernes 14/08/2009.

A su vez, el profesor hará bien en transmitir a sus futuros colegas cuáles son las realidades del ejercicio de la profesión, a fin de reflejar que el mercado laboral exige la excelencia para poder asomar las narices por encima de la masa de profesionales, lo que requiere tener en claro cuál es la finalidad perseguida por cada uno, el faro en el cual referenciarse; dicho a modo de eslogan, “esforzarse hoy para el largo plazo”, esto es, realizar cada acto y tomar cada decisión cotidiana teniendo presente la meta última, el *telos* o causa final que se traduce en los grandes trazos o andariveles de la vida profesional que cada uno pretende para sí (ser alguien “exitoso”, “adinerado”, “prestigioso”, “mediático”). El fundamento de esta actitud radica en que los logros no son producto de respuestas mágicas e instantáneas (a pesar de lo que se predica a menudo), sino de la acumulación sistemática de pequeñas acciones en sentido concurrente, concretadas hoy con la mirada puesta en el mañana.

H. La *non class*: así como en ámbitos diplomáticos –al realizarse grandes conferencias internacionales– se habla del *non paper* como el documento aún no oficial pero que ya circula y refleja las posiciones sinceras o de máxima de cada una de las partes negociantes, y que suele ser tomado como más importante incluso que el instrumento finalmente consensuado, la *non class* es una clase totalmente atípica, fuera de los requisitos formales del programa de la materia, pero que suele adquirir una relevancia única. Su ubicación en el cronograma de clases no es aleatoria: se encuentra entre el recuperatorio del segundo parcial y el final, en razón de que los reglamentos acostumbra exigir que medie una semana entre ambas instancias; por lo tanto, se aprovecha la fecha intermedia, donde ya se ha terminado la cursada regular y no quedan conceptos por abordar.

Su contenido es, por definición, libre, y las variantes exploradas son las siguientes: alrededor de una mesa ovalada se disponen textos “literarios” (pequeños relatos, minicuentos, poesías, etc.) sin referencia al autor. Cada alumno elige uno al azar, lo lee en voz alta y luego comenta qué le pareció, quién podría ser el autor (“Cortázar, Galeano o el negro Dolina”, “un tal Sacheri, Fontanarrosa o Mex Urtizberea”), dando lugar al debate colectivo. Al final, la profesora revela la mentirilla... que todos

los textos son de su autoría. También se puede abordar una temática poco desarrollada en la práctica universitaria, como es el manejo de las herramientas básicas imprescindibles a la hora de conseguir trabajo: técnicas de manejo del procesador de textos, los lenguajes de una carta o de una nota, los trucos para dar relevancia a un CV; o bien sobre cómo exponer una simple idea en un ensayo (“armar la estructura primero”), cómo diagramar una tesis, cuáles son las partes de un periódico, las frases típicas en latín (“*alea jacta est* dijo el conquistador antes de atravesar el Rubicón”), etc. Por último, se puede utilizar la oportunidad para ver el video de la actuación de la primera clase, con una discusión posterior sobre las múltiples reacciones surgidas (¡y sobre cómo nos influyen las apariencias!).

En fin, es una no-clase cuya diversidad permite al docente desplegar sus virtudes de *rara avis in terris* y potenciar facetas poco comunes en la formación universitaria.

I. *La clase de cierre*: consiste en una reunión post-cursada, grupal y circular, en un ámbito novedoso (por ejemplo, la cancha de básquet de la facultad o la plaza de enfrente), cuyo objeto básico es realizar una evaluación en conjunto del desarrollo integral de la materia. Debe estar matizada con un frondoso picnic esta vez aportado por los flamantes egresados (“yo preparé una pastafrola casera y la decoré con las iniciales de la materia”). El objeto es dialogar sobre los aspectos positivos, para mejorarlos, y los puntos negativos, para mitigarlos; todo ello, en beneficio de los presentes y de las futuras generaciones de alumnos. Como es realizada una vez que las listas ya han sido cerradas, los estudiantes se encuentran con más libertad y sin compromisos para formular todo tipo de críticas, alabanzas, recriminaciones y agradecimientos. Finalmente, el cuerpo docente realiza entre los alumnos un sorteo de media docena de libros (o mapas, o discos) literarios, no referidos al contenido de la materia, que se obsequian para fomentar la integridad de los futuros profesionales, y cuentan con dedicatoria personalizada. Lo mismo con otros ejemplares para los ayudantes-alumnos, en reconocimiento público y gratitud por el desinteresado aporte al desarrollo del curso.

IV. COLOFÓN

Como se ha visto, la tarea del docente universitario ofrece múltiples variantes al momento de ser plasmada en prácticas concretas. Sin embargo, su rol es, en definitiva, semejante a la tarea de formación asumida por padres y maestros iniciales. Como dice el ex rector de la UBA, Jaim Etcheverry, la función formativa de estos adultos es actuar “como la hiedra”, que alienta, estimula el crecimiento y entusiasmo al joven (quien lo agradece), pero que, a la vez, ofrece resistencia y firmeza (tarea ésta no siempre complaciente). En una palabra, el profesor encarna la figura de un muro que apoya y limita. Y, citando al filósofo español Fernando Savater en su libro *El valor de educar*, aquel autor concluye que ese rol docente está basado en un “apoyo resistente, cordial pero firme, paciente y complejo”, cuyo objetivo es “ayudarlos a crecer rectamente hacia la libertad adulta”.¹⁹

Bajo esta inteligencia y en el convencimiento que la palabra del profesor o la profesora “no es la última, sino la orientadora”,²⁰ las técnicas aquí descritas no pretenden ser sino un humilde aporte –basado en la experiencia personal de un joven profesor universitario– al necesario debate sobre cómo aunar el deber y la pasión del maestro, el reglamento y su vocación; en definitiva, sobre el contenido de la(s) ética docente.

¹⁹ JAIM ETCHEVERRY, Guillermo, “Como la hiedra”, en diario *La Nación*, Revista, domingo 22/05/2005.

²⁰ KOVADLOFF, op. cit.

Informe del Curso de Práctica Profesional especializado en Derecho Penal Juvenil¹

El curso de Práctica Profesional especializado en Derecho Penal Juvenil se dedica exclusivamente a defender jóvenes en conflicto con la ley penal y niños y niñas víctimas de delitos penales. Desde ya, resulta interesante que los estudiantes tengan la posibilidad de ejercer una defensa penal y, a la vez, patrocinen a una parte querellante. Esto les brinda conocimientos, destrezas y experiencias funcionales opuestas permitiéndoles una mejor capacitación profesional.

El presente informe refleja algunos de los casos judiciales que han sido abordados durante el 2008 y 2009, cuáles han sido los planteos realizados desde el Curso de Práctica Profesional y qué respuesta judicial se obtuvo. Es preciso remarcar que uno de los objetivos del curso es mejorar los estándares de vigencia de los derechos de los niños y niñas teniendo en cuenta la normativa internacional de derechos humanos.

A fin de evitar la divulgación de la identidad de los niños y niñas, se utilizan nombres ficticios al momento de relatar los casos.

DEFENSAS PENALES DE JÓVENES

CASO “MARIANO”

Mariano a los 16 años de edad estaba procesado penalmente en dos causas. En la causa 8883/17, que tramitó en el Juzgado Nacional de Menores nro. 6, y luego en el Tribunal Oral de Menores nro. 1, se encontraba procesado por robo doblemente agravado por su comisión en poblado y en banda y con la utilización de un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no fue acreditada.

¹ El informe fue realizado por DIEGO FREEDMAN, docente a cargo del curso, y sus colaboradores docentes CLAUDIA MORENO ÁLVAREZ, MARIANA ABALLAY, JUAN BAUTISTA LÍBANO, SEBASTIÁN CICCOLI, ROMINA MAMONDIZ, NATALIA TUCCI y GRISELDA CARDOZO.

El hecho que se le atribuye ocurrió el 12 de mayo de 2008 por la tarde, cuando tres personas mediante la exhibición de armas de fuego amedrentaron a tres turistas extranjeros y le sustrajeron la suma de \$ 150, un reproductor de música de bolsillo y una cámara fotográfica.

En la causa 5378, que ya ha sido elevada a juicio (Tribunal Oral de Menores nro. 1, inicialmente tramitó en el Juzgado Nacional de Menores nro. 1), ha sido procesado por el delito de robo agravado por el uso de armas.

Se le imputa que el 17 de julio de 2008 por la noche junto con otro sujeto amenazaron a una persona mediante el uso de un arma blanca y le sustrajeron su teléfono celular.

Privación de la libertad por medio de la disposición tutelar

En virtud de estas imputaciones y sus antecedentes personales, el 17 de julio de 2008, el Juzgado Nacional de Menores nro. 1 decide su internación en los términos del artículo 411 del Código Procesal Penal de la Nación en el instituto Rocca. El 30 de septiembre de 2008, la disposición tutelar es mantenida por el Tribunal Oral de Menores nro. 1.

En los exámenes forenses, se ha verificado que el joven ha consumido marihuana, psicofármacos y pasta-base desde los 15 años y no ha recibido ningún tipo de tratamiento. Por ello, se recomendó un tratamiento ambulatorio psicoterapéutico.

De modo que se advierte que el joven Mariano está siendo privado de la libertad en ejercicio de las facultades de disposición tutelar previstas en el Régimen Penal de la Minoridad. Estas facultades se ejercen con el fin de garantizar la “protección integral” del joven.

Frente a esta situación, se planteó que estamos ante una privación de la libertad y que nuestro régimen constitucional no admite, en principio, la adopción de esta medida en aras de la protección del joven. En particular, se hizo mención a la opinión consultiva nro. 17 de la Corte Interamericana cuando refiere que “la conducta que motive la intervención del Estado en los casos a los que se refiere el punto anterior debe hallarse descrita en la ley penal. Otros casos, como son los de abandono, desvalimiento, riesgo o enfermedad, deben ser atendidos en forma diferente, a la que corresponde a los procedimientos aplicables a quienes

incurren en conductas típicas. Sin embargo, en dichos casos es preciso observar, igualmente, los principios y las normas del debido proceso legal, tanto en lo que corresponde a los menores como en lo que toca a quienes ejercen derechos en relación con éstos, derivados del estatuto familiar, atendiendo también a las condiciones específicas en que se encuentren los niños". Por ende, se considera que las cuestiones vinculadas con la protección deben ser abordadas de manera diferente a la respuesta del Estado frente al delito, o sea, adoptando medidas distintas a la privación de la libertad en un instituto de régimen cerrado.

A la vez, se hizo mención a que la ley 26.061 ha derogado al régimen de la ley 10.903 con el fin de ajustarse a los criterios dispuestos por las normas constitucionales y las normas internacionales de derechos humanos. Por ello establece que las medidas de protección no pueden consistir en la privación de la libertad del adolescente y deben ser adoptadas por autoridades administrativas (arts. 33 y 36 de la ley 26.061). Este régimen admite que sólo ante medidas excepcionales la autoridad administrativa deba notificar al Juez competente en materia de familia (art. 40 de la ley 26.061). Si bien hay intervención judicial en estos casos, tampoco las medidas adoptadas deben implicar la privación de la libertad bajo un régimen cerrado (art. 41, inc. e, de la ley 26.061) y su duración debe ser determinada y limitada a las causas que la justificaron.

Por ello, se solicitó la externación del joven Mariano y que se le otorgue la ayuda institucional especializada para su drogadependencia, a fin de garantizar el derecho a la salud y el interés superior del niño, teniendo en cuenta la opinión del joven.

Cuando fue denegada la solicitud, se planteó un recurso de apelación que fue resuelto por la sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, el 22 de septiembre de 2008, confirmando la denegación. Se consideró que los elementos de prueba del expediente tutelar (informes de los asistentes tutelares y de la Defensora Pública de Menores e Incapaces) justifican la privación de la libertad. Asimismo, se argumentó que los antecedentes penales (en total cuatro causas, de las cuales en tres fue sobreseído por ser no punible) y la falta de contención familiar hacían procedente la privación de la libertad. Sin embargo, se ordenó a los especialistas del Cuerpo Médico Forense la determinación de las pautas adecuadas para un correcto tratamiento de la adicción del joven.

Detención por “olfato policial”

En la causa 5378, el joven Mariano fue detenido por un funcionario policial en la vía pública. En la declaración policial surge que la detención se produjo porque lo observó corriendo con una cámara de fotos. Por estos elementos, consideró que había una “sospecha razonable” para proceder a la detención del joven según la normativa procesal.

Frente a esta detención, hemos planteado una nulidad al considerar ilegítima la detención, ya que no hubo “sospecha razonable” y no se justificó el “olfato policial”. Al respecto se sostuvo que las circunstancias que habilitan la detención deben ser de interpretación restringida y proceder si hay elementos que objetivamente la justifiquen. Para nosotros, en este caso, el hecho de que un joven corriese con una cámara de fotos no manifiesta inequívocamente que haya cometido un hecho ilícito. Por ello, planteamos la nulidad de la detención y por aplicación de la teoría de “los frutos del árbol venenoso” la consecuente nulidad de todos los actos procesales derivados.

Nuestro planteo fue rechazado con costas por la magistrada a cargo del Juzgado Nacional de Menores nro. 6. Al respecto, la Jueza argumentó que “el aludido ‘olfato policial’, y dicho sea de paso sabemos que ha logrado esclarecer innumerables hechos delictivos y detener a otros tantos autores, se ha ajustado al inciso 3º del artículo 284 del código de procedimientos”.² Aclara que “cualquier persona puede pensar que ‘huía’ con lo robado en sus manos” y que “sería ilógico que un policía pensara que en la realidad social actual [...] iba a devolver esa cámara fotográfica, o la llevaba a reparar o la trasladaba de un lado a otro con tamaña prisa, aun tratándose de un joven”. Agrega que “El indicio vehemente no requiere el conocimiento de la comisión del hecho, por cualquiera de los medios posibles, ni aun el de menor calidad o posibilidad de certeza. Es una sensación fundada en datos no directos del hecho o

² Código Procesal Penal de la Nación, art. 284: “Los funcionarios y auxiliares de la policía tienen el deber de detener, aun sin orden judicial (...) 3º): Excepcionalmente a la persona contra la cual hubiere indicios vehementes de culpabilidad, y exista peligro inminente de fuga o de serio entorpecimiento de la investigación y al solo efecto de conducirlo ante el juez competente de inmediato para que resuelva su detención”.

circunstancias que permiten inferirlo lógicamente, sin tener una prueba directa ni indirecta del mismo”.

Estas consideraciones nos parecieron un tanto preocupantes, al legitimar el “olfato policial” por sus resultados y no establecer un claro estándar respecto a qué se entiende por “indicios vehementes de culpabilidad” (bastando una mera sensación que no se encuentre fundada en pruebas), lo cual, validaría un ejercicio arbitrario y abusivo de las facultades de detención policial. Por ello, planteamos un recurso de apelación.

El 27 de noviembre de 2008, la sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional confirmó parcialmente la resolución de la magistrada de primera instancia y revocó la imposición de costas. Lo relevante es que no comparten los argumentos de la Jueza de Menores y que éste no es un caso de “olfato policial” (de lo contrario, hubieran declarado la nulidad del procedimiento). Los camaristas consideran que el procedimiento de detención, en realidad, comenzó con la detención inicial de Mariano como acto de prevención. Luego, cuando inmediatamente aparecen las víctimas del hecho que lo señalan como el autor del robo, procede la detención por encontrarse en un estado de flagrancia. Por ende, se advierte que los magistrados integrantes de la Cámara han realizado un mayor esfuerzo para precisar los supuestos que hacen procedente la detención policial.

Exclusión de antecedentes

En ambas causas, constan los antecedentes del joven Mariano, incluso causas en la que ha sido sobreseído por no ser punible debido a que no contaba con la edad mínima para ser castigado penalmente (se le atribuyen hechos que habría cometido cuando tenía menos de 16 años de edad).

Debido a que consideramos que no es aplicable el instituto de la reincidencia respecto de los jóvenes menores de 18 años, solicitamos la exclusión de los antecedentes en ambos expedientes. Basamos nuestro pedido en el artículo 5º del régimen penal la minoridad cuando prescribe que “Las disposiciones relativas a la reincidencia no son aplicables al menor que sea juzgado exclusivamente por hechos que la ley califica como delitos, cometidos antes de cumplir los dieciocho años de edad”. De

forma concordante, el artículo 50 del Código Penal dispone que “No dará lugar a reincidencia la pena cumplida por [...] los cometidos por menores de dieciocho años de edad”. En consecuencia, consideramos que la normativa vigente veda la valoración de todo antecedente judicial o policial del joven al momento de determinar la autoría y su responsabilidad penal. Si se considera que no deben aplicarse las reglas de la reincidencia, de ningún modo deben valorarse antecedentes de hechos delictivos atribuidos mientras no era punible. Es menester recordar que, como expresamos previamente, al momento de resolverse la privación de la libertad del joven se valoraron estos antecedentes.

Este planteo tuvo respuesta judicial en ambas causas. En la causa 8883/17, la magistrada titular del Juzgado Nacional de Menores nro. 6 consideró que la información es obligatoria a todo proceso por las normas del Código Penal y del Reglamento para la Jurisdicción y que no se evalúan estos antecedentes según las reglas de la reincidencia. Por su parte, el Tribunal Oral de Menores, en la causa 5378 hizo saber que no se evalúan los procesos penales finalizados que no hayan dado lugar a condenas.

En consecuencia, si bien no se obtuvo la exclusión de los antecedentes de los expedientes judiciales, los magistrados intervinientes manifestaron que no los valorarán al momento de decidir.

Régimen de semidetención y salidas transitorias

Se solicitó al Tribunal Oral de Menores nro. 1, que se encuentra a cargo de la supervisión de la privación de la libertad de Mariano, la concesión de un régimen de semidetención o, en subsidio, de salidas transitorias.

En primer lugar, se solicitó la concesión de una prisión diurna del joven Mariano haciendo aplicación de la ley 24.660 y de las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de menores privados de libertad, permitiendo que duerma en su hogar para reforzar el vínculo familiar y reducir los efectos deteriorantes del encierro. En subsidio se solicitaron salidas transitorias, teniendo en cuenta la proximidad del “día de la madre” (la presentación se hizo en el mes de octubre). El objetivo del planteo es lograr la aplicación de ciertos estándares en materia de ejecución penal a la privación de la libertad por medio de la internación tutelar.

El Tribunal Oral de Menores nro. 1 no hizo lugar al pedido fundándose en que no ha sido sugerida la externación por los profesionales intervinientes y alegando que “las licencias sociofamiliares son solidarias a un proyecto inmediato de egreso”. También se valoró la entidad de los delitos imputados. A la vez, se remitió copia del escrito a la Directora del Instituto Rocca a fin de realizar un abordaje terapéutico.

Apartamiento de la psicóloga

La madre del joven Mariano nos comentó que en una entrevista mantenida con la psicóloga interviniente le manifestó que ella junto con la asistente social son las que deciden el tratamiento adecuado al niño y que carecen de utilidad los pedidos formulados por nuestra defensa. Asimismo, le expresó que era innecesario contar con un abogado del patrocinio jurídico gratuito de la Facultad de Derecho, porque la defensa es competencia del Defensor oficial y que los planteos sólo han complicado el desarrollo del tratamiento al generar falsas expectativas a Mariano. Se le advirtió que mientras se mantenga la actitud pasiva del joven van a subsistir los dictámenes adversos.

Frente a esta información solicitamos el apartamiento de las profesionales, ya que evidenciaron una actitud parcial y se criticó la labor que hemos desarrollado que exclusivamente se dedicó a la defensa jurídica del joven, sin entrometernos en el tratamiento psicológico. El apartamiento se justificó en que procedía la recusación de los profesionales, asimilándolos a peritos y haciendo aplicable la causal de haber manifestado extrajudicialmente su opinión. Aparte, se consideró que el tratamiento que debe recibir el joven no debe quedar subordinado a los planteos jurídicos defensivos.

El Tribunal Oral de Menores nro. 1, el 12 de noviembre de 2008, resuelve apartar a los profesionales actuantes y designa profesionales sustitutos.

CASO “FEDERICO”

El joven Federico de 16 años de edad se encuentra procesado en la causa 3416 como coautor del delito de tentativa de robo agravado por

el uso de armas cuya aptitud para el disparo no pudo acreditarse en trámite ante al Juzgado Nacional de Menores nro. 1.

El hecho que se le imputa a Federico es haber intentado desapoderar a una persona de una motocicleta junto a otro joven mediante la amenaza con un arma de fuego. Cuando la víctima se escapa del lugar, un vecino salió de su casa y efectuó una serie de disparos, uno de los cuáles, impactó sobre Federico. El joven debió ser trasladado al hospital, donde se produjo su detención y la de su compañero.

Aplicación de la atenuación de la escala penal desde el inicio del proceso y del instituto de la pena natural

El procesamiento fue apelado sosteniendo que Federico había tenido participación secundaria en el hecho (según un testimonio de la víctima, había permanecido callado y quieto) y que al no haberse encontrado las armas de fuego procedía la aplicación de la figura del robo simple. Además, se planteó la posibilidad de considerar que la escala penal aplicable debía ser atenuada al grado de la tentativa en virtud del fallo “Maldonado, Daniel” de la Corte Suprema.³ Por ende, si se aplicaba la figura de robo simple y se reducía en tres oportunidades la escala penal aplicable (por ser un delito cometido por un joven punible, por ser cometido en grado de tentativa y por verificarse una participación secundaria), el máximo era inferior a los dos años de pena privativa de la libertad, en consecuencia, correspondía declarar como no punible al joven Federico. Recuérdese que según el Régimen Penal de la Minoridad los jóvenes de 16 a 18 años de edad no son punibles por hechos delictivos cuya pena no supera los dos años de privación de la libertad.⁴

Asimismo, se planteó la aplicación del instituto de la “pena natural” por el cual, las lesiones graves sufridas por el joven Federico, a causa del disparo recibido mientras cometía el hecho que se le imputa, debieron haber sido valoradas para eximir o atenuar la pena aplicable.

La sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, resolvió el 24 de noviembre de 2008 confirmar el procesamiento considerando correcta la calificación legal y la imputación a título

³ 7 de diciembre de 2005.

⁴ Decreto-ley 22.278, art. 1º.

de coautor debido a su valoración de los elementos de prueba agregados al expediente. En relación con la atenuación de la escala penal en virtud del precedente “Maldonado, Daniel” consideró que no resulta de aplicación al caso en esta etapa del proceso y sólo debe tenerse en cuenta al momento de fijarse la pena. Con respecto al instituto de la pena natural considera que debe aplicarse al momento de dictar la sentencia condenatoria. Por ende, cabe destacar que la Cámara ha precisado un alcance limitado del fallo “Maldonado, Daniel”, pero ha reconocido el instituto de la “pena natural”, que ha sido poco aplicado por nuestra jurisprudencia.

Por último, cabe destacar que en su voto en disidencia, la camarista María Laura Garrigós de Rébori calificó el hecho como robo simple, debido a que considera inconstitucional la figura del robo agravado por el uso de armas de fuego sin aptitud para el disparo.

Prohibición de ser obligado a declarar en contra de sí mismo

Se hizo un planteo de nulidad de la detención del joven Federico porque consideramos que se vio afectada la garantía constitucional de no ser obligado a declarar contra sí mismo.

Como antes relatamos, Federico debió concurrir al hospital público para atenderse de una agresión sufrida por medio del disparo de un arma de fuego. Probablemente, si no hubiera recibido atención médica hubiera fallecido o puesto en grave peligro su salud física. Pero al concurrir al hospital, inmediatamente, se produjo la denuncia a la policía y se le inició una causa penal en su contra. Por lo cual, se advierte la tensión entre preservar su derecho a la salud y su derecho a la vida y la garantía de no ser obligado a autoinculparse. Creemos que la denuncia que realiza en forma automática el personal médico del hospital público, apenas recibe a un herido de bala, puede provocar que las personas que hayan cometido un ilícito y necesiten atención médica prefieran arriesgarse a poner en juego su salud para evitar el inicio de una causa penal en su contra. En virtud de ello, consideramos que debe declararse la nulidad de la detención del joven Federico, originada por esta denuncia del personal médico, para asegurar que siempre se privilegie el derecho a la vida y a la salud. En apoyo de esta tesitura se citaron numerosos

precedentes judiciales en los casos de abortos provocados por la mujer embarazada, que luego debió atenderse en un hospital público.

La nulidad de la detención provoca, por aplicación de la teoría de “los frutos del árbol venenoso”, la invalidez de todos los actos que son su consecuencia. Por ello, planteamos la nulidad de todos los actos derivados de la detención.

Sin embargo, este planteo fue rechazado por la magistrada de grado y la sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional.

Probation durante la etapa de instrucción

Cuando se decreta la clausura de instrucción y el Fiscal requiere la elevación a juicio, nos opusimos y presentamos la suspensión del proceso a prueba. Consideramos que este instituto es aplicable en la etapa de instrucción y era procedente en este caso según el criterio fijado en el fallo “Acosta” de la Corte Suprema que recepta la tesis amplia. A este argumento, cabe sumar que las Reglas de Tokio establecen la necesidad de que los Estados adopten y apliquen ampliamente mecanismos alternativos a la pena privativa de libertad, antes y después del juicio penal (ver Reglas 2.3, 2.5 y 5).

En relación con la procedencia de la probation a menores de edad, argumentamos que el legislador no realizó ningún tipo de diferenciación, en cuanto a la aplicación respecto de adolescente, lo cual nos lleva a inferir que no hay obstáculos para su aplicación. Ello encuentra razón de ser en el principio de no discriminación y de igualdad ante la ley (art. 16 de la Constitución Nacional y art. 2º de la Convención sobre los Derechos del Niño). Esta tesis fue sostenida por el Tribunal Oral de Menores nro. 3 de la Capital Federal en la causa 481, “M. G. B. s/Robo simple en grado de tentativa”, resuelta el 11 de junio de 1996, cuando señaló que “Al no estar expresamente prohibida la aplicación de este instituto a los menores de dieciocho años (...) es que entendemos que la llamada probation puede ser aplicada (...) ¿Por qué no otorgar la posibilidad a un imputado menor de edad de ser escuchado en sus propuestas de reparación de daños? (...) No se trata de un arrepentimiento (...) sino de un resarcimiento, lo que la ley y el estado en repre-

sentación de la sociedad pretenden del procesado (...) Se logra así una perfecta comunión entre los intereses sociales y los derechos del encartado". También citamos otros pronunciamientos que hicieron aplicación del instituto de suspensión de juicio a prueba respecto de adolescentes, a saber: Tribunal Oral de Menores nro. 1 de la Capital Federal, causa 3690, "P. N., X. A."; Tribunal Oral de Menores nro. 2, causa 3588, "C., R. S. y S., E. G.", 23/5/2006; el mismo Tribunal en la causa 4862; Tribunal Oral de Menores nro. 3 de la Capital Federal, causa 3304, "G., H. y Piccolo, Ariel p/Robo en grado de tentativa", 22/11/2005 y causa 3738, "C. M. J. y Caparrós García, Nicolás Manuel s/Robo agravado por su comisión en poblado y en banda", 17/2/2006. En otra causa en que ejercimos la defensa, el 11 de junio de 2008, el Tribunal Oral de Menores nro. 2, resolvió en la causa 4862, aceptar el pedido de suspensión de juicio a prueba. Allí se consideró que los jóvenes "poseen capacidad suficiente para decidir en cuanto a lo que considere más conveniente a sus intereses, dando así por terminado el estado de incertidumbre que pesa sobre él" (voto de la magistrada Cassará, al cual adhiere el magistrado Velázquez).

Finalmente, consideramos que existen diversas razones que justifican que se adopte un criterio amplio al momento de decidir la aplicación de la suspensión a juicio a prueba respecto de los delitos cometidos por los adolescentes. Debe mencionarse que hay varias normas jurídicas que promueven el uso de salidas alternativas a la sanción penal a fin de evitar los graves efectos deteriorantes y estigmatizantes que puede tener el proceso penal y la sanción respecto de un adolescente. Al respecto, pueden mencionarse la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 40.3, inc. b) y las Directrices de Acción sobre el niño en el sistema de justicia penal (Directriz 15). Esto debe complementarse cuando esta normativa prevé que la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como última medida de último recurso y durante el período más breve que proceda (art. 37, inc. b, de la Convención sobre los Derechos del Niño). Por su parte, la Corte Suprema ha considerado que los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos, menores y adultos, y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a lo que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado ("Maldonado, Daniel

Enrique y otro s/Robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado”, 7 de diciembre de 2005). Esto se debe traducir en una mayor posibilidad de acceso a mecanismos alternativos a la condena penal.

Esta solicitud es denegada por el Juzgado por extemporánea, ya que debe presentarse después de la elevación a juicio, cuando la causa se encuentre radicada en un Tribunal Oral de Menores. Debe señalarse que esto significaba un retraso sustancial debido a la sobrecarga de trabajo que pesa sobre estos Tribunales.

Por ello, se presentó un recurso de apelación fundado en que procede la probation en la etapa de instrucción. En nuestra presentación señalamos que el Código Penal, en sus arts. 76 (bis), 76 (ter) y 76 (quáter) no exige expresamente que deba ser concedido cuando la causa ya haya sido elevada a juicio. Incluso en el párrafo tercero del art. 76 (bis) menciona expresamente que será el Juez y no el Tribunal Oral, el que estudie la razonabilidad. Por otro lado, que el texto de la ley haga referencia a Tribunales en otros párrafos de la regulación no debe ser interpretado como que sólo puede ser concedido luego de que la causa penal haya sido elevada a juicio. Fundamos tal tesis en que el procesamiento ya genera cierto grado de convicción sobre el tipo penal aplicable, que determina la pena en expectativa por el hecho imputado y con ello la procedencia de la probation. Por el contrario, la elevación a juicio no agrega en sí ningún elemento necesario para la procedencia de la suspensión del juicio a prueba. En la causa “Martínez, Marcelo s/Suspensión juicio a prueba” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala V, 9 de septiembre de 2008) se estableció que la solicitud de suspensión de juicio a prueba efectuada por el apelante no resulta extemporánea, toda vez que puede ser peticionada aun en la etapa de instrucción, una vez que los elementos de convicción reunidos permitan tener al menos con probabilidad acreditada la existencia del hecho y la responsabilidad penal que por el mismo le cabe al sujeto.

Además, es menester considerar que la suspensión de juicio a prueba tiene, como uno de sus objetivos, alivianar la carga procesal de la Justicia. Asimismo, el art. 293 del Código Procesal Penal de la Nación no veda la aplicación durante la etapa de instrucción.

Finalmente, se hizo hincapié en los argumentos jurídicos que justifican que la suspensión del juicio a prueba sea concedida con un criterio más amplio para los adolescentes, que habían sido detallados en la presentación anterior.

En junio de 2009, la sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional rechaza la postura de la Jueza de grado. Sostiene que la suspensión de juicio a prueba puede solicitarse en la etapa de instrucción a partir de la declaración indagatoria del imputado dado que no existen limitaciones legales (cita el caso nro. 33.850, “Barrera, Maximiliano Ezequiel”, 19 de marzo de 2008, y el caso 35.040, “Martínez, Marcelo”). Agrega que “particular interpretación corresponde hacer sobre el instituto de la suspensión del juicio a prueba para el caso de aplicarse a imputados menores de edad, en tanto a la luz del mandato de la Convención Internacional de Derechos del Niño y la interpretación realizada por la Corte Suprema de Justicia en el precedente ‘Maldonado’, corresponde adoptar respecto de ellos, siempre que sea posible, medidas alternativas a la aplicación de la pena privativa de la libertad, para promover el mejor desenvolvimiento del menor y evitar la reiteración de las conductas que lo vincularon al sistema penal”. De este modo, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional habilitó que los Juzgados de Menores, en la etapa de instrucción, concedan la probation a menores de edad. Esto permite la aplicación de salidas alternativas al proceso en un corto plazo del tiempo, favoreciendo tanto la inserción social del adolescente como la eficiencia en la administración de Justicia.

El 24 de noviembre de 2009 se celebra la audiencia en el Juzgado Nacional de Menores donde tramita la causa y se le otorga a Federico el beneficio de la suspensión del juicio a prueba. Se fija como regla la realización de tareas comunitarias en la parroquia del Padre “Pepe” (2 horas todos los días miércoles, durante un año). El magistrado de grado tuvo en cuenta la tesis amplia de la probation, adoptando el criterio fijado por la Corte Suprema en el caso “Acosta” para determinar la procedencia. Asimismo, valoró toda la normativa especial como el art. 40, apartado 3.b de la Convención sobre los Derechos del Niño que obliga a los Estados adoptar medidas no judiciales cuando sean apropiadas y deseables y la Regla 17.4 de las Reglas de Beijing que alienta

la suspensión del proceso. También cita las Directrices de Riad, las Reglas de Tokio y la Observación General nro. 10 cuando recomiendan medidas no punitivas. Finalmente recepta el fallo “Maldonado” de la Corte Suprema interpretando que la especialidad debe traducirse en el esfuerzo de ampliar la posibilidad de acceso a mecanismos alternativos al proceso penal.

CASO “NICOLÁS”

Nicolás a la edad de 17 años fue procesado por la comisión de dos delitos.

En la causa 4931/2007, que tramitaba en el Juzgado Nacional de Menores nro. 7, acompañado por Armando, se encontraban procesados por considerarlos autores penalmente responsables del delito de robo reiterado. El hecho que se les atribuye ocurrió el 2 de diciembre de 2006, cuando dos personas rompieron la vidriera de un local de teléfonos celulares y un local de indumentaria femenina, apoderándose de diversos elementos.

En la causa 4862/2007, Nicolás y su compañero Rodrigo, son procesados por el delito de robo reiterado en grado de tentativa. El hecho que se le imputa aconteció el 28 de abril de 2007 por la madrugada, cuando dos sujetos se apoderan de un estéreo y dos pares de anteojos de un automóvil sin provocar daños en la cerradura.

Suspensión del proceso a prueba. Aplicación de la “tesis amplia”

Ambas causas fueron elevadas al Tribunal Oral de Menores nro. 2, donde solicitamos el beneficio de la suspensión del juicio a prueba.

Utilizando argumentos similares al caso “Federico”, consideramos que la pena en expectativa de los hechos imputados hacía presumir que procedería la condena condicional. Más teniendo en cuenta que la escala penal debe sufrir dos reducciones, la primera por ser tentativa de dos hechos de robo y la segunda por la aplicación de la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema en el caso “Maldonado, Daniel”. A lo cual, debe sumarse que la escala penal aplicable tiene un mínimo bastante bajo (1 mes) y Nicolás cometió hechos de escasa afectación al bien jurídico sin cometer en ningún momento hechos de violencia contra las personas. Es

menester remarcar que transcurrió un año del último hecho que se le imputó a Nicolás, por lo cual es necesario considerar que ya ha transcurrido un lapso considerable y que ya ha desarrollado un proyecto de vida: ha comenzado a estudiar y se encuentra trabajando. Es decir que se advierten cambios positivos después de la comisión del último hecho que demuestran que no necesita de una sanción penal para integrarse a la sociedad. Téngase en cuenta que ése es el fin de las sanciones aplicadas a los adolescentes según la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 40, inc. 1), las Reglas de Beijing (art. 26.1) y las Directrices de Acción sobre el niño en el sistema de justicia penal⁵ (Directriz 18).

El Tribunal Oral de Menores nro. 2 resolvió aceptar el pedido de suspensión de juicio a prueba, con una reparación patrimonial de \$ 50 por cada delito y declaró extinguida la acción penal con los depósitos hechos por Nicolás.

Se argumentó que procedía la probation, porque el fiscal no se opuso y debido a la jurisprudencia fijada por nuestra Corte Suprema en el caso "Quiroga, Edgardo Oscar"⁶ no corresponde que los jueces impulsen por sí solos la causa penal. Se alega que si bien el Régimen Penal de la Minoridad es más beneficioso que la suspensión del juicio a prueba, porque puede terminar con la absolución sin imponer reglas de conducta, los jóvenes "poseen capacidad suficiente para decidir en cuanto a lo que consideren más conveniente a sus intereses, dando así por terminado el estado de incertidumbre que pase sobre (ellos)". A la vez, se decidió que debido a que el joven Nicolás estuvo sujeto a la disposición tutelar, no correspondía la imposición de reglas de conducta (voto de la magistrada Cassara al que adhirió el magistrado Velázquez). Cabe reseñar que se produjo una disidencia del magistrado Talón, ya que decide rechazar el pedido de probation porque el Régimen Penal de la Minoridad es más beneficioso para el joven.

CASO "PABLO"

Pablo es un joven, al que se le imputa que en el 2004, cuando tenía 16 años de edad, logró sustraer un bolso de mano tipo botinero, que

⁵ Res. 1997/30 del Consejo Económico y Social.

⁶ 23 de diciembre de 2004.

sólo contenía en su interior un trozo de fiambre. El hecho fue calificado como robo simple, se elevó a juicio siendo asignado el Tribunal Oral de Menores nro. 2.

Plazo razonable de duración de proceso penal

El 23 de junio de 2008, se presentó una excepción de falta de acción, solicitando el sobreseimiento de Pablo, porque se consideró que se encontraba afectada la garantía de duración razonable del proceso penal debido a que el proceso se inició el 24 de octubre del 2004 y hasta el momento no se había realizado el debate oral. Es decir que habían transcurrido tres años y ocho meses y aún no se había puesto fin al proceso penal que lo involucraba al joven.

Debe remarcar que la fiscalía interviniente presentó el ofrecimiento de prueba el 28 de octubre de 2005, mientras que la defensa hizo lo propio el 1º de noviembre de 2005 y, desde entonces, no se produjeron hechos procesales relevantes que avancen hacia la finalización del proceso penal. Por ello, se consideró que se había violado la garantía del plazo razonable y se debía decretar el sobreseimiento de nuestro defendido.

Para fundar nuestra postura, sostuvimos que la garantía de duración razonable del proceso penal tiene su fuente en el art. 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y se citaron precedentes de nuestra Corte Suprema (“Mattei, Ángel”,⁷ “Mozzatti, Camilo y otro”⁸ y “Acerbo, Néstor Horacio”⁹) y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (“Suárez Rosero vs. Ecuador”¹⁰).

Asimismo, se consideró que resulta exigible un estándar más estricto respecto de los jóvenes, por el cual, un proceso penal en el cual se enjuicia a un adolescente debe extenderse, por lo menos, un plazo menor que el de un adulto por un delito similar. En particular, se citó la Convención sobre los Derechos del Niño y las Reglas de Beijing. En el comentario a

⁷ 29 de noviembre de 1968.

⁸ 17 de octubre de 1978.

⁹ 21 de agosto de 2007.

¹⁰ 12 de noviembre de 1997.

estas reglas se dispone que “la rapidez en la tramitación de los casos de menores es de fundamental importancia. De no ser así, peligrarían cualesquiera efectos positivos que el procedimiento y la resolución pudieran acarrear. Con el transcurso del tiempo, el menor tendrá dificultades intelectuales y psicológicas cada vez mayores, por no decir insuperables, para establecer una relación entre el procedimiento y la resolución, por una parte, y el delito, por otra” (cf. comentario a la regla 20.1 de las Reglas de Beijing).

Cabe agregar que los delitos cometidos por los niños, en general, son flagrantes y no tienen dificultades probatorias. Por lo tanto, la investigación y el debate deben producirse velozmente, sin provocar dilaciones indebidas.

Como respuesta a nuestro pedido, el 1º de septiembre de 2008, el Tribunal Oral de Menores nro. 2 rechazó la solicitud de sobreseimiento, sin embargo en base al estado de incertidumbre en este proceso penal, fijó una audiencia de debate. Es decir, pese a que no reconoció la afectación a la garantía de plazo razonable, frente a nuestro planteo, se fijó una fecha próxima de debate.

Suspensión de juicio a prueba. No exigibilidad del ofrecimiento de reparación

A fin de evitar cualquier antecedente penal y siguiendo la opinión de nuestro defendido, preferimos solicitar la suspensión del juicio a prueba el 17 de septiembre de 2008, con similares argumentos que en el caso “Federico”.

Se desarrolló la falta de obligatoriedad del ofrecimiento de reparación patrimonial a la víctima en virtud de que los niños no están obligados a trabajar, y por lo tanto, nuestro defendido no tenía la posibilidad de obtener recursos económicos.

El Tribunal Oral de Menores nro. 2 resuelve conceder la suspensión del juicio a prueba el 25 de noviembre de 2008 aceptando como reparación patrimonial, la suma de \$ 50 por mes en dos cuotas y teniendo por cumplida las reglas de conducta ofrecidas. Los argumentos fueron similares al caso “Nicolás”.

CASO “ALEX”

Alex tiene 18 años de edad y se le imputa haber sustraído seis entradas para un espectáculo deportivo entre el Club Atlético River Plate y el Club Atlético Independiente y cinco pesos en moneda de un peso. El hecho en cuestión ocurrió el 4 de mayo del 2007, cerca de las diez de la mañana, en las proximidades del estadio del Club Atlético River Plate de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y fue calificado como robo simple en grado de tentativa según el requerimiento de elevación a juicio.

Cierre de las actuaciones tutelares

En esta causa, se planteó el cierre de las actuaciones tutelares. Para ello, se consideró que un niño que se encuentra imputado por la comisión de un delito penal no sólo sufre las coerciones procesales, como se le imponen a los adultos, sino que el Régimen Penal de la Minoridad habilita la posibilidad de que sufra restricciones a su libertad personal por medio de la disposición tutelar. Por ello, cuando se inicia una causa penal contra un niño se abre un expediente actuario, donde se investiga el ilícito atribuido, y un expediente tutelar en el cual se dispone el estudio de su persona y de sus condiciones familiares y sociales en aras de ordenar medidas para su supuesta protección. Desde ya, este estudio implica restricciones a la libertad personal del niño que depende de la voluntad discrecional del Juez interviniente. Esto se debe a que el Régimen Penal de la Minoridad prevé en forma genérica que el magistrado puede “ordenar las medidas que crea convenientes respecto del menor, que siempre serán modificables en su beneficio”.

En el caso concreto de Alex, consideramos que la disposición tutelar padecida tiene una connotación negativa al punto de ser considerada por el joven como una pena, en su sentido más amplio. A causa de este seguimiento el joven y su entorno familiar han sufrido las consecuencias de una intromisión en su vida privada, que no tiene un fin procesal, generando así una restricción de derechos.

Por ello, analizamos y cuestionamos la constitucionalidad de la medida dispositiva cuando puede ser considerada como una pena en sentido material. En primer lugar analizamos la contradicción de esta medida con el principio de legalidad, por el cual, la criminalización de las con-

ductas sólo puede hacerse a través de leyes, es decir, normas jurídicas generales dictadas por el Poder Legislativo. Cuando el legislador no utiliza términos precisos debemos considerar que este principio constitucional se encuentra vulnerado. Precisamente, el Régimen Penal de la Minoridad permite que se adopten medidas de disposición cuando el niño se encuentra en una situación de abandono, falta de asistencia o peligro (art. 2º) sin precisar adecuadamente el supuesto de hecho por el cual procede.

El castigo penal en un Estado Constitucional de Derecho debe estar precisamente determinado en la normativa aplicable. En su caso, el Juez podrá graduar la pena aplicable dentro de los límites racionales y proporcionales fijados por el legislador. Por el contrario, las medidas impuestas en el tratamiento tutelar son “siempre por tiempo indeterminado y limitadas, en todo caso, por la mayoría de edad, oportunidad en la que cesa la disposición judicial sobre el menor en ‘situación irregular’”.¹¹ Esto se debe a que se faculta al Juez de disponer del niño, sin fijar un plazo concreto. En nuestro caso, Alex se encuentra obligado a concurrir a las citas que dispone el asistente social o psicólogo y desconoce el tiempo que se lo sujetará al deber de presentarse a esas entrevistas, por lo tanto, se puede inferir que la situación de incertidumbre es tal que viola el principio de legalidad. A lo cual debe sumarse la indefinición de los requerimientos que pueden exigirse con relación a Alex.

Según las reglas constitucionales sólo puede castigar acciones, es decir, conductas trascendentes de los individuos. En el caso concreto se está sometiendo a Alex a una pena, sin tener como fundamento la realización de una acción, sino que se justifica en su situación personal.

El poder punitivo sólo puede ser ejercido válidamente cuando el individuo castigado ha sido declarado culpable de un hecho delictivo a través de un proceso respetuoso de las garantías constitucionales. En este caso, se verifica que Alex sufre la pena antes de haber sido juzgado y condenado penalmente. Debe advertirse que, a fin de preservar el prin-

¹¹ BELOFF, Mary A., “La aplicación directa de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en el ámbito interno”, en *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*, comp. por Martín Abregú y Christian Courtis, Buenos Aires, CELS/Editores del Puerto, 1997, pp. 626 y 627.

cipio de inocencia, las únicas restricciones admisibles son las medidas que garantizan la realización del proceso penal.

Otra garantía que se encuentra afectada en la prohibición de la persecución penal múltiple. En el caso concreto se advierte que en un mismo momento Alex está siendo investigado penalmente y corre el riesgo de ser condenado, a la vez, es “castigado” por haber sido acusado de cometer un delito en virtud de las medidas de disposición ordenadas en el marco del expediente tutelar. Consideramos que el hecho de que se lo interrogue en el marco del expediente tutelar y separadamente se investiguen las circunstancias del ilícito en el expediente actuario pone a Alex en un estado de indefensión, ya que caen sobre él dos investigaciones paralelas, producto ambas de una doble persecución penal por la misma situación.

También se encuentra vulnerada la garantía a ser juzgado por un tribunal imparcial, ya que para un caso y en el mismo Juzgado tramitan dos expedientes con competencia diversa, como son el “expediente tutelar” y el “expediente actuario”. Pese a esta separación de los expedientes, durante la intervención judicial se produce comunicabilidad de distintas circunstancias del imputado. Es indudable que el conocimiento y la intervención del Juez en el expediente tutelar de Alex, disponiendo distintas medidas de tutela, le genera un conocimiento (directo o indirecto) sobre los hechos que son materia de debate, que puede provocar prejuicios e impresiones que influyan al momento de analizar su responsabilidad penal. Tal vez, sea necesario un conocimiento del imputado y de su medio al aplicar la pena para una determinación más ajustada, pero no resulta exigible este conocimiento para verificar la materialidad y la autoría del hecho imputado.

Otra garantía procesal fundamental en un Estado Constitucional de Derecho es el derecho del imputado a negarse a declarar. Alex es obligado a declarar en el expediente tutelar y confía que esta medida de alguna forma contribuirá a su situación personal. El grave problema que existe es que la información aportada por Alex es conocida por el magistrado e indudablemente va a influenciar en su decisión. Se ha dicho: “En el expediente tutelar pueden incorporarse declaraciones del ‘menor’ sometido a tutela, referidas a su vida, su situación familiar y social, su conducta, etc., en donde no se respeta garantía alguna. Estas declaraciones

pueden ser tenidas en cuenta para la adopción de algunas de las ‘medidas tutelares’ que luego disponga el juez”.¹²

La Constitución Nacional en el art. 18 y el art. 19 vela por la intimidad de las personas. En el expediente tutelar se confeccionan innumerables diagnósticos e informes socioambientales tanto sobre el adolescente como sobre su familia. Se investiga dónde y con quién vive el niño, a qué se dedican sus padres, qué actividad desempeña el joven, si estudia, en qué ocupa su tiempo libre, si trabaja, si tiene hermanos y a qué se dedican. De modo que el niño sufre continuas intromisiones a su intimidad, que no han sido consentidas en ningún momento.

Frente a estos planteos el Juzgado Nacional de Menores nro. 1 no hizo lugar al cierre de las actuaciones tutelares y mantuvo la disposición provisoria sosteniendo que no constituye una facultad judicial, sino un deber legal que surge del Régimen Penal de la Minoridad. Sostuvo que este deber tiende a posibilitar que el magistrado pueda ejercer las facultades conferidas en el art. 4º de la ley 22.278, teniendo en cuenta que Alex está siendo imputado de la comisión de un delito y es punible en función de su edad.

Según sostuvo la magistrada interviniente, la Convención sobre los Derechos del Niño establece que todas las medidas concernientes a los jóvenes que adopten los tribunales deben atender primordialmente al interés superior del niño. Entre esos cuidados se encuentra la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores y la adopción de las diversas medidas de cuidado para supervisar su evolución cuando corresponda mantenerlo en libertad.

De modo que se logró que se explye en su resolución judicial sobre la justificación de la disposición tutelar por parte de la Justicia de Menores.

Suspensión de juicio a prueba

Cuando se declaró clausurada la instrucción, propusimos la suspensión del juicio a prueba en esta etapa con argumentos similares al caso

¹² BELOFF, Mary y José Luis, MESTRES, “Los recursos en la justicia de menores”, en MAIER, Julio B. J. (comp.), *Los recursos en el procedimiento penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1999, p. 180.

de “Federico”. El objetivo era lograr que se conceda probation antes de ser elevada a juicio a fin de ampliar el uso de este instituto que posibilitaría descomprimir los Tribunales Orales de Menores.

El Juzgado Nacional de Menores nro. 1 denegó el pedido y elevó el expediente al Tribunal Oral de Menores. Sostuvo que el artículo 349 del Código Procesal de la Nación le otorga a la defensa únicamente dos facultades. La primera consiste en el planteo de las excepciones y la segunda es discrepar con el dictamen del acusador público, expresándolo a través de su oposición a la elevación a juicio del proceso y solicitando el sobreseimiento. Además, sostuvo que la petición de la suspensión de juicio a prueba debe ser formulada una vez completada la instrucción del sumario y después del auto o decreto de elevación a juicio. Por ello, en el caso de Alex se consideró que la petición ha sido solicitada extemporáneamente.

En consecuencia, se limitó el alcance del instituto de la probation, impidiendo que sea aplicado en los albores del proceso penal juvenil.

CASO “HERNÁN Y FERNANDO”

En la causa 4015, se le imputa a Hernán y Fernando haber integrado un grupo de quince personas que en el 2003, mediante el uso de elementos como palos, piedras y botellas, dañó las instalaciones de un kiosco de la Ciudad de Buenos Aires, causó lesiones leves a sus propietarios y sustrajo la recaudación. También, se encuentran imputados en la causa 3249 de intentar sustraer elementos de valor del interior de un taxi, dañar otro auto, romper los vidrios de un edificio y robar una bicicleta en octubre de 2003.

Ambas causas ya han sido elevadas a juicio, quedando radicadas en el Tribunal Oral de Menores nro. 3 y todavía esperan fecha de juicio

Embargo

Debido a que Hernán quería realizar una operación inmobiliaria, pero estaba inhibido a causa del procesamiento en ambas causas, se hizo un escrito para levantar dicha inhibición y sustituirla por un embargo. Se solicitó que se deje sin efecto la inhibición de bienes alegando que se causaba un gravamen irreparable a Hernán, ya que no le permitía acceder a un crédito inmobiliario otorgado para la adquisición de una vivienda.

El Tribunal Oral de Menores nro. 3 con gran celeridad decidió sustituir la garantía, levantándose la inhibición y se pudo hacer la operación inmobiliaria.

Falta de acción y plazo razonable

Solicitamos la excepción de falta de acción y el dictado del sobreseimiento por la afectación de la garantía de duración razonable del proceso penal, ya que ambas causas llevan más de 5 años de trámite y no presentan complejidades procesales. Se utilizaron argumentos similares al del caso "Pablo".

El Tribunal Oral de Menores nro. 3 rechazó el planteo considerando que "la causa ha tenido hasta el momento un trámite regular pero aun tratándose de hechos de poca complejidad y de las aspiraciones del Tribunal de fijar la pertinente audiencia en el menor tiempo que resulte factible, ello no se ha concretado en razón de encontrarse excedidas sus posibilidades ante la desproporción existente entre las causas que ingresan y la insuficiente infraestructura con las que cuenta, lo que obliga a escalonar los debates según el orden de urgencias en el que resultan prioritarias, sin dudas, aquellas en las que se encuentran personas detenidas". Se agrega que "fácilmente se advierte que sin un adecuado cambio legislativo que se sume al diario esfuerzo de empleados, funcionarios y magistrados, no es posible revertir el hecho de que un proceso como éste se vea demorado por las razones expuestas supra, lo que nos lleva a concluir -y sin que ello implique considerar que las falencias del sistema deban recaer en cabeza de los imputados que se ven afectados por la incertidumbre que conlleva la falta de una sentencia firme- que en la actual situación, objetivamente, el presente no registra un tiempo de trámite mayor que otros similares en cualquier Tribunal Oral de Menores de esta Ciudad, y que, consecuentemente, no se ha excedido el plazo razonable para su culminación".

Frente a esta resolución, se interpuso un recurso de casación. El 15 de diciembre de 2008, la sala IV rechazó el recurso, pero hubo un voto en disidencia del magistrado Díaz Ojeda que consideró que correspondía decretar el sobreseimiento de ambos imputados acogiendo a nuestra argumentación. Afirma el magistrado "la instrucción preparatoria insumió

más de dos años y medio, habiendo mediado entre la citación a prestar declaración indagatoria (2/06/2003) y el requerimiento de elevación a juicio (15/09/95) un lapso de más de dos años y tres meses, lo que implica un significativo apartamiento de los plazos previstos en el artículo 207 del CPPN. Seguidamente, elevada la causa a juicio con fecha 10 de agosto de 2006, no habiéndose fijado todavía fecha para la celebración de audiencia de debate". A continuación, considera que no hay ninguna razón que justifique esta extensión temporal teniendo en cuenta la falta de complejidad del hecho investigado, la actividad procesal de la defensa y la conducta de las autoridades judiciales. Asimismo, sostiene que para la no aplicación del castigo "Concorre en igual dirección el principio general de política criminal que caracteriza al Derecho Penal juvenil como la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico, que extrema su vigor cuando de menores infractores se trata". Por el contrario, la mayoría de la sala IV, integrada por González Palazzo y Hornos consideró que "no ha sido demostrada con evidencia, ni se desprende plausiblemente de la compulsa de autos, más aún teniendo en consideración que los actuados se encuentran actualmente en la etapa de juicio y los imputados no se ven privados de su libertad, por lo que, la obtención de una resolución definitiva del pleito que ponga fin a las restricciones que implica el mero sometimiento de la recurrente al juicio penal no puede considerarse un derecho denegado (art. 16 de la CN)". Se justificó la duración del proceso y la falta de afectación de la garantía constitucional por la crítica situación de los Tribunales Orales de Menores, por la gravedad de los delitos imputados que tienen una pena de 15 años de reclusión o prisión y de 4 años de prisión y porque las partes ya fueron convocadas a juicio.

Por ende, a través de nuestro planteo, hemos producido una sólida discusión judicial sobre la aplicación de esta garantía a los adolescentes.

CASO "ARIEL"

El joven Ariel resultó imputado del delito de robo agravado por ser cometido en poblado y en banda.¹³ Se lo acusa de un hecho ocurrido el

¹³ Causa 21.410/09, tramitó inicialmente en la Fiscalía descentralizada de La Boca; como el joven era mayor de 18 años se aplicó el régimen ordinario.

21 de mayo de 2009 cuando una pareja, mientras transitaba por un muelle turístico, fue rodeada por un grupo de personas. Un joven le arrebató a la mujer una cámara fotográfica y todos se fugaron del lugar. El damnificado lo persiguió hasta que uno de los jóvenes del grupo lo amenaza con golpearlo, entonces desistió.

Las víctimas denunciaron este hecho a la Prefectura Naval y dos oficiales detuvieron a dos jóvenes que se encontraban por la zona, pero no poseían la cámara fotográfica presuntamente sustraída. Uno de los jóvenes era Ariel. Sin embargo sus características, no coinciden con la descripción física que dieron las víctimas.

Nulidad de detención

La causa fue instruida por la Fiscalía por aplicación del art. 353 bis del Código Procesal Penal de la Nación. En esta instancia planteamos la nulidad de la detención, porque la descripción de las víctimas a los oficiales preventores no se correspondía con las características físicas de nuestro defendido. En consecuencia, no había causa razonable que justifique la detención de Ariel. Para ello, solicitamos la aplicación del precedente de la Corte Suprema “Daray, Carlos A. s/ Presentación” (22/12/94, Fallos: 317:1985) donde se sostuvo que era ilícita la detención sin orden judicial de quien ni fue visto cometer delito alguno por el personal policial, ni surge indicio alguno que razonablemente pudiera sustentar la sospecha de su vinculación con la comisión de un delito. También se mencionó el precedente “Fernández Prieto” (12/11/98), donde el magistrado Petracchi considera que debe haber razones y elementos objetivos para justificar una detención (considerando 7). Al respecto detalla, con base en la jurisprudencia norteamericana, que “El funcionario policial no está autorizado a detener y revisar a toda persona que ve en la calle o acerca de la cual está realizando investigaciones. Antes de colocar sus manos sobre la persona de un ciudadano en busca de algo, él debe tener motivos razonables y constitucionalmente adecuados para actuar de ese modo (‘Sibron vs. New York’ [392, U. S., 40, 64 - 1968])” (considerando 8).

En este caso, el único elemento que justificó la detención policial de Ariel es haberlo encontrado en las cercanías del lugar donde ocurrió

minutos antes un robo y estar vestido con una campera azul, tal como hubieran señalado las víctimas del robo. Sin embargo, el joven Ariel también llevaba puesta una gorra blanca y tiene un tatuaje muy notorio en su cuello, lo cual no fue informado por las víctimas. Por ende, consideramos que no habían razones objetivas que justifiquen su detención deviniendo inválida, como todos los actos consecuentes, en virtud de la teoría de los frutos del árbol venenoso.

Nuestra petición fue denegada por el magistrado de grado, ya que se consideró que sí había elementos suficientes para justificar la detención. Se dedujo un recurso de apelación reiterando los argumentos planteados anteriormente. Sin embargo, la sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional confirmó la decisión.

Actualmente, la causa fue elevada a juicio y planteamos la probation, que fue concedida.

CASO “JULIÁN”

Julián se encuentra imputado en una causa penal¹⁴ por haber participado junto con otro joven en un robo con armas de fuego el 27 de enero de 2009 en una mensajería ubicada en la Ciudad de Buenos Aires cuando tenía diecisiete años de edad. Según el auto de procesamiento, dictado el 3 de marzo de 2009, ingresaron al negocio y golpearon en la cabeza a su propietario desapoderándolo de un reloj y de la suma de 50 pesos. Así también, le sustrajeron a un empleado dos teléfonos celulares y una motocicleta.

Los jóvenes fueron detenidos el 29 de enero de 2009 al mediodía cuando circulaban con la moto del empleado del negocio por el barrio de la mensajería y fueron reconocidos por ambas víctimas. En el momento de ser detenidos, se le dictó a Julián la internación en el Instituto Rocca como medida de disposición tutelar.

Cuestionamiento a la internación

Apenas recibimos la consulta, presentamos el 13 de febrero de 2009 un escrito solicitando la externación.

¹⁴ Expte. nro. 3510, Juzgado Nacional de Menores, nro. 1.

En primer lugar, planteamos la ilegalidad de la privación de la libertad en centros cerrados por motivos tutelares. Para ello, consideramos que la ley 26.061, que ha derogado al régimen de la ley 10.903 con el fin de ajustarse a los criterios dispuestos por las normas constitucionales y las normas internacionales de derechos humanos, establece que las medidas de protección no deben consistir en la privación de la libertad del adolescente y deben ser adoptadas por autoridades administrativas (arts. 33 y 36 de la ley 26.061). Por ende, las medidas de disposición con fines de protección del niño que autoriza el régimen penal de la minoridad y el Código Procesal Penal de la Nación, en el caso de considerarse válidas constitucionalmente, no deben significar necesariamente la privación de la libertad del adolescente en un instituto.

Asimismo, sostuvimos la improcedencia de la privación de la libertad como medida de protección en este caso concreto. Al respecto argumentamos que en los instrumentos de derechos humanos, la privación de la libertad de un adolescente debe ser utilizada como medida de último recurso y en forma excepcional (Convención sobre los Derechos del Niño, art. 37, inc. b, y las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los menores privados de libertad, Regla 17), lo cual implica que el magistrado justifique debidamente la imposibilidad de aplicar otras medidas o bien su ineficacia. En particular, en este caso, el joven Julián contaba con un núcleo familiar comprometido con su debida crianza y cuidado, pudiendo adoptarse otra medida más efectiva en resguardo de su interés superior. Asimismo, manifestamos que el joven le contó a su familia que quería retornar al hogar y aceptaba someterse a todas las condiciones que puedan serle impuestas durante la tramitación del proceso.

Finalmente, sostuvimos la necesidad de aplicación del art. 331 del Código Procesal Penal de la Nación, referente al plazo en el pedido de excarcelación, a fin de que se expida el Defensor de Menores y el juez resuelva de inmediato.

Nuestro planteo fue rechazado en primera instancia fundándose, en primer término, en el estado de sospecha respecto del imputado (procesamiento no confirmado aún). Asimismo, se expresa que el informe aportado por el Centro de Admisión y Derivación expresa que “las amistades de Julián son del ámbito de la trasgresión (...) impresionando su

grupo de origen –dentro del cual se encuentran sus hermanos Maximiliano, adicto a la pasta base, y Ricardo, detenido en la Unidad Penitenciaria de Olmos– como una familia disfuncional que esquivo preocuparse por la situación del joven, quien además establece vínculos con modelos comportamentales negativos, con características de matiz violento, razones por las cuales las profesionales informantes concluyen en la necesidad de continuar trabajando con el joven y su entorno próximo con el objetivo de delimitar una alternativa viable a su internación”. Seguidamente se sostiene que “la dificultad que evidencian los progenitores en brindarle a Julián sostén y contención, sumado a la proclividad de éste a establecer vínculos con modelos transgresores son pautas objetivas de valoración que permiten presumir fundadamente que en caso de disponerse su egreso bajo la guarda de aquéllos se comprometería su sujeción al proceso”. De modo que se advierte que se combinan justificativos tutelares con procesales (peligro de fuga).

En virtud de esta resolución, se planteó un recurso de apelación manteniendo los razonamientos sostenidos en la primera instancia y criticando los argumentos de tinte peligrosista de la magistrada de grado. Al respecto, se consideró que la privación de la libertad se basaba en la supuesta peligrosidad de Julián lo que afectaba la concepción de Derecho Penal de acto que recepta nuestra Constitución Nacional. Se señaló que sólo se tuvo en cuenta cierto estado (amistades, familiares adictos a las drogas o vinculados con actividades delictivas) para disponer la privación de la libertad. Al respecto, nuestra Corte Suprema ha sostenido que “18) Que resulta por demás claro que la Constitución Nacional, principalmente en razón del principio de reserva y de la garantía de autonomía moral de la persona consagrados en el art. 19, no permite que se imponga una pena a ningún habitante en razón de lo que la persona es, sino únicamente como consecuencia de aquello que dicha persona haya cometido. De modo tal que el fundamento de la pena en ningún caso será su personalidad sino la conducta lesiva llevada a cabo” (“Gramajo, Marcelo Eduardo s/Robo en grado de tentativa –causa 1573–”, 5 de septiembre de 2006). Asimismo, nuestro máximo Tribunal ha cuestionado la constitucionalidad de las medidas restrictivas de la libertad sobre la base de la peligrosidad alegando que “(a) (...) considerada seriamente y con base científica, nunca puede ser base racional para la privación de la libertad

por tiempo indeterminado; (b) (...) la peligrosidad, tal como se la menciona corrientemente en el Derecho Penal, ni siquiera tiene esta base científica, o sea, que es un juicio subjetivo de valor de carácter arbitrario; (c) por último, no lo es, porque la pretendida presunción de peligrosidad confirma que en el fondo se trata de una declaración de enemistad que excluye a la persona de su condición de tal y de las garantías consiguientes” (caso “Gramajo”). Agregando que “no puede sostenerse seriamente que se autorice a un estado de derecho para que imponga penas o prive de libertad a una persona con independencia del *nomen juris* que el legislador, la doctrina o la jurisprudencia eligiera darle al mecanismo utilizado para ello, sobre la base de una mera probabilidad acerca de la ocurrencia de un hecho futuro y eventual”.

El 6 de abril de 2009, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala I, confirmó la resolución de la magistrado de grado. En primer lugar sostuvo, con cita de precedente “Famoso” (17 de marzo de 2004) que “la internación de un menor dispuesta por el juez de grado debe ser fundamentada y la restricción de su libertad analizada con el mismo celo que el encarcelamiento preventivo de un mayor, con la consecuente motivación, conforme la Convención sobre los Derechos del Niño (...) cada vez que se plantee una apelación atinente a la situación procesal de un menor dispuesto, se remita el expediente tutelar correspondiente”. Desde ya, éste es un estándar que fortalece el control por parte de la Cámara de toda decisión de los magistrados de menores, implicando que la privación de la libertad debe ser fundada y es revisable en forma amplia por parte de la Alzada merituando tanto el expediente actuario como el tutelar.

Sin embargo, los magistrados habiendo analizado el expediente tutelar consideran que “de los informes psicológicos y sociales practicados sobre el menor y su entorno familiar se desprenden pautas objetivas que justifican mantener la internación dispuesta por la Sra. Juez de grado. En tal sentido, adviértase que tanto el Instituto Manuel Rocca (...) como así también la Defensora Pública de Menores (...) fueron contestes al manifestar que no están dadas las condiciones para su egreso, teniendo en cuenta que de las entrevistas llevadas a cabo se colige que sus padres no cumplen con las funciones normativas que les son exigibles como tales, siendo que la progenitora se encontraría avocada mayormente a

otro de sus hijos con problemas de adicción, mientras que el diálogo entre el menor y su padre en 'casi nulo'. Asimismo, de la concurrencia mantenida con el joven se arribó a la conclusión de que 'tendría sobre su subjetividad los modelos transgresores y adictivos procedentes de algunos miembros de su entorno inmediato'. Se advierte que la resolución de la Cámara ha justificado la medida de internación en pautas vinculadas con la protección del adolescente, abandonando en gran medida los argumentos peligrosistas de la Jueza de grado.

Finalmente, se señala que "el planteo de la defensa respecto de la lisa y llana externación del menor no es procedente, sin perjuicio de que deberán arbitrarse los medios para analizar alguna otra medida de protección que no impliquen la internación del joven en un instituto de menores": En conclusión los magistrados ordenan que se aplique, en la medida de las posibilidades, una medida de protección alternativa, lo que permite efectivizar la idea de excepcionalidad en la privación de la libertad.

En función de esta resolución, solicitamos la aplicación de una medida de protección alternativa a la privación de la libertad. Para ello, requerimos la externación y que el joven quede a cuidado de un familiar competente e idóneo. Remarcamos que cuenta con tres hermanas que viven en forma independiente y una tía. Asimismo, postulamos que la asistencia a un establecimiento educativo, la colaboración por parte de la Iglesia y los talleres barriales podrían servir de contención para el joven.

En nuestra presentación, también señalamos que la internación del joven en el Instituto Rocca fue ordenada por el tiempo mínimo indispensable para ordenar y contar con los estudios de su personalidad y de sus condiciones familiares y ambientales. Desde ya, se advertía que ese tiempo mínimo ya había transcurrido y la privación de la libertad con fines tutelares le impide realizar los objetivos que se había propuesto con anterioridad en relación al trabajo y al estudio y no le permite una plena inserción social.

Resaltamos que en el expediente tutelar surge una clara intención del joven de reintegrarse socialmente, ya que concurre todos los días al colegio y participa regularmente de talleres de oficios (carpintería).

Finalmente, nuestro pedido fue atendido y se ordenó la libertad del adolescente en julio de 2009 por orden del Tribunal Oral de Menores nro. 2.

CASO “DANIEL”

Daniel se encontraba imputado de cometer junto con una persona adulta un robo mediante el uso de un arma blanca acontecido el 21 de agosto de 2007.¹⁵ En ese momento, Daniel, tenía 17 años de edad. La víctima fue un chofer de un taxi y le habían sustraído dinero y sus documentos.

Los imputados fueron detenidos a pocos metros de la víctima por personal policial. Nuestra intervención como defensores comenzó cuando la causa ya estaba elevada a juicio.

Falta de requerimiento de instrucción

Como nunca se había producido el requerimiento de instrucción, ya que la causa se inició con la prevención policial y nunca intervino el Fiscal hasta producirse el requerimiento de elevación a juicio, plantemos la nulidad de la declaración indagatoria y de todos los actos posteriores. Consideramos que esta falta de intervención del Fiscal afectó en este caso el debido proceso y la defensa en juicio, ya que la investigación fue conducida exclusivamente por el magistrado. Incluso el objeto de la investigación fue definido por la prevención policial. Pusimos hincapié en que en los procesos juveniles se exige la intervención de órganos especializados que, en este caso, sería el Fiscal de Menores.

Este planteo fue rechazado por el Tribunal Oral de Menores nro. 3 considerándose que es admisible el inicio de una causa judicial por la prevención o información policial cuando constatan de modo directo la comisión de un delito. Se agrega que no se actuó de oficio y que la Fiscalía tenía conocimiento de la investigación judicial.

Juicio oral

Debido a que la persona coimputada de nuestro defendido se encontraba privada de la libertad por medio de la prisión preventiva esta causa tuvo tratamiento prioritario y se celebró el debate oral en junio de 2009.

¹⁵ Causa 1034/2007, Tribunal Oral de Menores, nro. 3.

Nuestro planteo defensivo procuró poner en duda el uso de un arma, ya que la víctima nunca la pudo ver, sino que sólo sintió que le apoyaron un objeto filoso en el cuello, y considerar el hecho como una tentativa, ya que los imputados fueron detenidos por el personal policial a pocos metros de la víctima sin tener la posibilidad de disponer de los objetos sustraídos. Éste fue un criterio sostenido por la jurisprudencia, a saber: “El delito de robo debe quedar en grado de tentativa, si la inmediata detención del acusado a unos cien metros del lugar del hecho, cuando intentaba alejarse a la carrera y el secuestro de los efectos de los que se había despojado al damnificado, impidió que llegara a tener en algún instante la posibilidad de disponer de dichos efectos” (Tribunal Oral en lo Criminal nro. 6, “Romero, Mariano Osvaldo”, 16/4/2001). En similar sentido, se consideró que “El suceso debe quedar en grado de tentativa pues, tanto por el escaso lapso transcurrido hasta la aprehensión del inculcado, como por el recupero de los objetos pertenecientes a la víctima, puede aseverarse que los funcionarios policiales que detuvieron al acusado, en la emergencia, generaron una custodia ‘ficta’ que impidió la consumación del ilícito. Ha de responder el encartado, por ende, como autor del delito de robo en grado de tentativa” (Tribunal Oral en lo Criminal nro. 20, “Paniagua, Claudio Javier”, 28/11/2000) .

Debe remarcararse que el hecho no fue calificado durante la etapa de instrucción como tentativa, a nuestro juicio, por la errónea descripción fáctica de la prevención policial. Lo cual demuestra los perjuicios que provoca admitir que la definición del objeto de la investigación quede a cargo del personal policial.

El Tribunal Oral de Menores nro. 3 finalmente resolvió declarar la responsabilidad penal de Daniel por el delito de tentativa de robo agravado por la comisión mediante un arma. Este Tribunal concluyó que el delito había quedado en grado de tentativa, porque la víctima nunca perdió de vista a los autores del hecho.

Sin embargo no fijó la pena, ya que decidió prorrogar el tratamiento tutelar por el término de 6 meses (nuestro defendido en ese momento aún era menor de edad, ya que tenía 19 años). En ese marco, se dispuso que Daniel debe mantener residencia en el domicilio aportado, ajustarse a la supervisión del Tribunal a través de las entrevistas domiciliarias

con el Asistente Tutelar que se designe, finalizar la gestión de obtención del documento nacional de identidad y procurar ocupación útil.

QUERELLAS DE JÓVENES VÍCTIMAS DE DELITOS

CASO "MALENA"

La madre de la niña Malena de 5 años de edad realiza una denuncia el 22 de noviembre del 2007, declarando que su hija le manifiesta que el 16 de noviembre de 2007, cuando se encontraba jugando en la terraza con su amiga, se le acercó el padre de ella y le introdujo por debajo del pantalón de *jean* que vestía una de sus manos, manoseándole la cola y los genitales.

El 28 de mayo del 2008, el Juzgado Nacional de Instrucción resolvió elevar la causa a juicio por el delito de abuso sexual (art. 119 del Código Penal, 1^{er} párrafo y último párrafo en relación al inc. a). La causa tramitó en el Tribunal Oral en lo Criminal nro. 16 de la Capital Federal.

Custodia policial

En julio de 2008, se solicitó la custodia policial en la vivienda por ciertas actitudes agresivas del imputado hacia la familia de Malena. De acuerdo a lo manifestado por los padres de la niña, el imputado continuaba viviendo en el mismo lugar que su familia, donde todos los días eran angustiantes, ya que los provocaba constantemente.

Como respuesta a nuestro pedido, el Tribunal Oral hizo lugar a lo solicitado disponiendo la custodia policial en la vivienda dando cumplimiento a lo previsto por el artículo 79, inciso c, del Código Procesal Penal de la Nación para protección de los familiares y de la niña.¹⁶

Condena en juicio abreviado

Antes de que se lleve a cabo la audiencia de juicio, el 23 de febrero de 2009, la defensa y la fiscalía solicitan la aplicación del instituto del

¹⁶ Código Procesal Penal de la Nación, art. 79: "Desde el inicio de un proceso penal hasta su finalización, el Estado nacional garantizará a las víctimas de un delito y a los testigos convocados a la causa por un órgano judicial el pleno respeto de los siguientes derechos (...) c) A la protección de la integridad física y moral, inclusive de su familia".

juicio abreviado. El imputado reconoce la existencia y participación en el hecho imputado y acepta la calificación del requerimiento de elevación a juicio. La Fiscal interviniente solicita que se condene al imputado a la pena de tres años de prisión de ejecución condicional. Asimismo requiere que se tomen ciertas medidas de restricción para que el imputado permanezca alejado de la niña.

Ante esta presentación como querrela emitimos nuestra opinión ante el Tribunal donde manifestamos la adhesión a lo peticionado por la Fiscal, debiendo tenerse en cuenta que para la determinación de la pena aplicable debe valorarse el grado de vulnerabilidad de la víctima por su corta edad (5 años al momento del hecho), como así también el aprovechamiento por parte del imputado de la situación de vecindad existente, lo cual le permitió un gran dominio de la situación. Se citó como precedente jurisprudencial “Vilca Mamani, Liborio” del 11 de agosto de 2008, en el cual el Tribunal Oral en lo Criminal nro. 16, expresó: “la propia naturaleza y características del aberrante hecho cometido por el procesado contra una niña que, como ya se dijo, al momento del suceso sólo contaba con ocho años de edad, la circunstancia de haber sido abusada en el propio interior del edificio en donde vivía por parte de quien se había ganado no sólo su confianza sino la de su grupo familiar, la ausencia de motivo alguno para violentar la esfera de protección sexual de la niña, el alto grado de vulnerabilidad que una menor de dicha edad presenta y que indudablemente debió haberse representado el imputado, la actitud asumida por el encausado luego de la comisión del hecho y su personalidad moral”.

Con relación a la medida de restricción de acercamiento del imputado se mencionó los artículos 34 y 39 de la Convención sobre los Derechos del Niño y la Directriz nro. 8 de las Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigo de delitos. Allí se establece que “*Interés superior del niño*. Si bien deberán salvaguardarse los derechos de los delincuentes acusados o declarados culpables, todo niño tendrá derecho a que su interés superior sea la consideración primordial. Esto incluye el derecho a la protección y a una posibilidad de desarrollarse en forma armoniosa. *Protección*. Todo niño tiene derecho a la vida y la supervivencia y a que se le proteja contra toda forma de sufrimiento, abuso o descuido, incluidos el abuso o el descuido físico, psicológico,

mental y emocional. *Desarrollo armonioso*. Todo niño tiene derecho a crecer en un ambiente armonioso y a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. En el caso de un niño que haya sido traumatizado, deberán adoptarse todas las medidas necesarias para que disfrute de un desarrollo saludable”.

En marzo de 2009, el Tribunal Oral en lo Criminal resuelve condenar al imputado como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual agravado por resultar un grave daño en la salud física o mental de la víctima a la pena de tres años de prisión en suspenso. Asimismo decide imponerle como reglas de conducta la realización de tareas comunitarias en Caritas y la abstención de frecuentar lugares de concurrencia de la niña Malena a fin de protegerla.

CASO “EMILIANO”

En la segunda quincena del mes de diciembre de 1989, en un viaje realizado por los alumnos de 7º grado, el alumno Emiliano de 13 años de edad fue víctima del delito de corrupción por parte de un cura y profesor de la institución, volviéndose a repetir dicho episodio en la biblioteca del colegio.

Las actuaciones se iniciaron con la denuncia formulada en junio de 2000 y está a cargo del Juzgado Nacional de Instrucción nro. 4.

El imputado se dio a la fuga, luego del dictado del procesamiento, fue detenido en los Estados Unidos por portación de documentación falsa, encontrándose de ese modo en una situación de ilegalidad y pudiendo ser deportado. Al momento de llevarse a cabo dicha detención, paralelamente se había librado orden de captura internacional emanada del Juzgado de Instrucción, a raíz de la denuncia efectuada por Emiliano, la cual fue recibida por Interpol Argentina con sede en Washington.

Extradición

Debido a que las autoridades norteamericanas nos informaron que la deportación es un proceso lento y su resolución podría llevar meses y, posiblemente, años; se decidió solicitar la extradición, en virtud de los arts. 8º y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a fin de asegurar la garantía de duración razonable del proceso penal,

que ya lleva 8 años de trámite. Consideramos que esta garantía es aplicable a las víctimas de delitos.

Además, se tuvo en cuenta el Tratado bilateral de extradición que ha firmado la República Argentina con el gobierno de los Estados Unidos y se justificó el cumplimiento de los requisitos exigidos. Se señaló que el delito por el que está siendo sometido el imputado a juicio, es punible de acuerdo a la legislación penal de los Estados Unidos con una pena que excede el piso mínimo requerido a los fines de solicitar la extradición. Además, es manifiesta la circunstancia de que el delito ha sido cometido en territorio argentino, por lo cual, nuestro país se encuentra legitimado como Estado requirente a los fines de la extradición del imputado.

Como respuesta a nuestro pedido el Juzgado inició el proceso de extradición, que se encuentra en trámite.

CASO “CAMILA”

El 29 de agosto de 2007, la Sra. López realizó una denuncia contra su pareja Ramón, porque su hija Camila de 15 años de edad le contó, entre llantos, que mantuvo relaciones sexuales desde los 13 o 14 años aproximadamente con esta persona. Hoy Camila tiene 16 años y cuenta detalladamente cómo este hombre aprovechaba que su madre estaba trabajando para abusar de ella reiteradas veces. En su diario íntimo, prueba fundamental, refleja la angustia y la confusión que casi la llevan a la muerte por un intento de suicidio. La causa actualmente ha sido elevada al Tribunal Oral en lo Criminal nro. 27 y todavía no se ha realizado el juicio oral.

Calificación Legal

Consideramos que el hecho imputado a Ramón queda tipificado en el artículo 120 del Código Penal (abuso sexual) siéndole aplicable la figura calificada (segundo párrafo) en virtud de los incisos b, y f, del artículo 119 del Código Penal (el hecho fuere cometido por encargado de la guarda y contra un menor de dieciocho años, aprovechando la situación de convivencia preexistente) en concurso ideal con la figura penal prevista en el artículo 125, último párrafo del Código Penal (corrupción de menores).

Se consideró aplicable esta calificación legal porque ha quedado demostrado en el sumario que el imputado compartía la vivienda con la víctima y con su madre y se encargaba materialmente su cuidado. Por su parte, la figura de corrupción de menores, prevista en el artículo 125 del Código Penal, suele ser definida como la depravación de los modos de conducta sexual en sí misma o la acción que deja una huella profunda en el psiquismo de la víctima al torcer el sentido natural, biológico y sano de la sexualidad, o bien la deformación del sentido naturalmente sano de la sexualidad.¹⁷ Se agrega que en la figura penal de corrupción se protege fundamentalmente la libertad sexual y supletoriamente la normalidad sexual.¹⁸

Debe tenerse en cuenta que en el art. 125 del Código Penal, la corrupción se materializa mediante dos verbos típicos: promover y facilitar. Es por ello que Núñez sostiene que no se trata, por consiguiente, de un delito de resultado material, sino de un delito formal, porque su criminalidad reside ya en el peligro de que la conducta del autor corrompa, prostituya o mantenga en la corrupción o prostitución a la víctima o aumente su depravación sexual. Es sólo necesario, pues, que el acto propenda a la corrupción, ponga en peligro la sana y normal fisiología sexual de la víctima, máxime en los casos de los niños y niñas.¹⁹ En consecuencia, sólo basta verificar que se realizó una conducta con potencialidad corruptora en perjuicio de la niña, sin verificar si efectivamente se la corrompió.

Por su lado, la Fiscal califica la conducta del imputado como constitutiva del delito de estupro agravado por ser cometido contra un menor de dieciocho años, aprovechando la situación de convivencia preexistente. Como fundamento, alega que la jurisprudencia ha expresado que “aun cuando el acceso carnal haya sido consentido por la víctima, no mediando violencia ni intimidación, el hecho de que ésta tuviera trece años al momento de los hechos y que carecería de experiencia sexual pone de manifiesto que corresponde encuadrar la conducta del imputado en el delito previsto en el art. 120 del Código Penal” (Cámara 2ª de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de Formosa, “C. E. I.”, 18/05/2005).

¹⁷ TENCA, Adrián M., *Delitos sexuales*, Buenos Aires, Astrea, 2001, p. 144.

¹⁸ TENCA, *Delitos sexuales* cit., p. 144.

¹⁹ NÚÑEZ, Ricardo, *Derecho Penal argentino*, Omeba, t. IV, p. 341.

El Juzgado Nacional de Instrucción nro. 3, por su parte, el 11 de agosto 2008, entendió que se ha dado acabado cumplimiento a las previsiones establecidas las normas procesales, declaró clausurada la instrucción en la presente causa y respecto de Ramón, correspondiendo en consecuencia elevar la causa a juicio.

CASO “LUCÍA”

El 16 de septiembre del año 2007, la señora Virginia realiza una denuncia contra su pareja Felipe, en la cual declara que, cuando regresaba de su trabajo, al ingresar a la habitación de su hija Lucía, de 14 años de edad, los encuentra en la cama, desnudos. La hija desesperada le cuenta que Felipe la había obligado a mantener relaciones sexuales reiteradas veces durante un mes y diez días.

El 30 de septiembre de 2008, se realizó el juicio oral en el Tribunal Oral en lo Criminal nro. 6. El imputado estuvo privado de la libertad durante el proceso penal por medio de la prisión preventiva.

Calificación legal

Tras producido el debate, se mantuvo la calificación de nuestro requerimiento de elevación a juicio, por la cual se consideraba el hecho imputado a Felipe como la reiteración del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por el grave daño a la salud provocado a la víctima y por ser cometido contra una menor de dieciocho años aprovechando la situación de convivencia preexistente, en virtud de lo establecido en los incisos a, y f, del artículo 119 del Código Penal de la Nación. La escala penal aplicable es de 8 a 20 años de prisión o reclusión

Juicio

En el juicio, uno de los principales elementos de prueba fue la declaración de la niña, a través de la cámara Gesell, que fue recreada en el juicio oral. Se le permitió incluso a las partes formular preguntas a través de la psicóloga. En los alegatos se fundamentó la credibilidad de los testimonios de los niños. Se advertía que el relato de la niña no era estructurado, por lo tanto, no había sido preparado y se notaban los rasgos de angustias que demuestran que la joven vivenció lo narrado.

Asimismo, se valoraron los indicadores relevados por la perita psicóloga en particular: los sentimientos de inseguridad, la falta de confianza, la tristeza, la culpabilidad y la vergüenza de la niña; la baja en el rendimiento escolar y la aparición de dificultades de aprendizaje; su aislamiento social y la evitación de todo lo atinente a la sexualidad.

Debe destacarse que Lucía presentaba una desfloración de antigua data lo cual demuestra que mantuvo relaciones sexuales. Lo que cuestionó, en particular, la defensa es que no había rastros de lesiones físicas en los peritajes realizados. Por nuestra parte, justificamos a la hora de alegar que no siempre en un abuso sexual mediante el acceso carnal, se producen lesiones y, en muchos casos, llegan a cicatrizar. Debe reseñarse que la diferencia etaria entre el autor y la víctima y el hecho que desempeñe un rol de autoridad provoca que la joven se someta sexualmente sin mucha resistencia. Por otro lado, se citó jurisprudencia que hace referencia a que no se exige la existencia de lesiones. Al respecto, se consideró que “Basta que el sujeto activo del delito de violación obre con energía e intensidad de acción para que se considere que el acceso carnal se consumó mediante el uso de la fuerza, sin necesidad de que el agente apele al ataque brutal ni que la víctima llegue a la resistencia heroica”.²⁰

La madre, que justo encontró a su hija con su pareja desnudos en la habitación, también produjo un relato creíble por la angustia que expresó al momento de relatarlo.

Una de las defensas esgrimidas por el abogado del imputado fue que el perfil de Felipe no era de “abusador” según el examen al que fue sometido. De todos modos, en nuestro alegato se citó jurisprudencia en la que se consideró que no todos los abusos sexuales son cometidos por personas que tengan un perfil de abusador. Al respecto, puede mencionarse el caso “Acosta” del Tribunal Oral en lo Criminal del Mar del Plata que dijo que hay abusadores normales: “que no existe tipología psiquiátrica ni psicológica de los abusadores sexuales, los cuales no suelen presentar signos de alienación o de trastornos notables de la personalidad. Se precisó que en los delincuentes sexuales no se observan estadísticamente síntomas patológicos o grandes anormalidades de la personalidad”.

²⁰ CCrim. de 2ª Nom. de Catamarca, 21/04/99, “Brizuela, José N.”, L. L. NOA 2000-1199.

La pena solicitada fue de 20 años de prisión teniendo en cuenta la escala penal y la reiteración de los hechos de abuso (concurso real).

El Tribunal Oral en lo Criminal nro. 6 resolvió condenar a Felipe a la pena de 17 años de prisión, considerando que el hecho cometido era abuso sexual con acceso carnal agravado por ser cometido contra una menor de dieciocho años aprovechando la situación de convivencia pre-existente.

La defensa planteó un recurso de casación, que fue rechazado. Actualmente, se encuentra en trámite un recurso extraordinario federal.

CASO “JAZMÍN”

En febrero del 2009 el papá de Jazmín realiza una denuncia penal contra el abuelo de la niña por abuso sexual debido a que habrían producido manoseos recíprocos en las zonas genitales.²¹ Este hecho se habría producido cuando la niña tendría tres años de edad. Posteriormente, con el patrocinio del Práctico Profesional, nos constituimos como parte querellante.

La principal prueba resulta ser la declaración de la niña por el método de cámara Gesell, ya que no hay indicios físicos del presunto abuso sexual al no haberse producido una penetración. El relato de la niña es considerado verosímil por la psicóloga debido a diversos indicadores como la elaboración no-estructurada y la adecuación contextual. De modo que se descarta que la niña fabule o haya sido inducida a declarar en contra de su abuelo.

Medidas de protección de la víctima

Luego de haber solicitado la declaración indagatoria del imputado, a través de una presentación como querellante, en septiembre de 2009 se requirieron medidas de protección urgentes y preventivas en el marco de la ley 26.485 (Ley de Protección Integral de las Mujeres) a fin de evitar el contacto del imputado con la niña preservando su integridad psíquica durante el proceso penal. En particular se solicitó la prohibición de acercamiento al lugar de residencia y demás sitios habituales

²¹ Intervino el JNac. de Instrucción nro. 15, expte. 6171/09.

de concurrencia de Jazmín. Para ello, se tuvo en cuenta el art. 26 de la ley 26.485 que detalla una serie de medidas preventivas urgentes aplicables por el magistrado en todo proceso judicial en el cual se denuncia la violencia sexual contra la mujer. Entre las medidas previstas se incluye: “Ordenar la prohibición de acercamiento del presunto agresor al lugar de residencia, trabajo, estudio, esparcimiento o a los lugares de habitual concurrencia de la mujer que padece violencia” (inc. a.1). Asimismo, se hizo alusión a la Directriz 8, inc. c.ii, de las Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos²² que establece que “Todo niño tiene derecho a crecer en un ambiente armonioso y a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. En el caso de un niño que haya sido traumatizado, deberán adoptarse todas las medidas necesarias para que disfrute de un desarrollo saludable”. De esta forma se procura que el proceso penal no sólo cumpla el objetivo de investigar el hecho delictivo denunciado, sino también de proteger a la víctima de futuras agresiones.

El magistrado, al momento de dictar el procesamiento, resuelve prohibir el acercamiento del imputado a menos de doscientos metros del domicilio de Jazmín hasta la finalización del proceso penal. Se advierte que el magistrado recién ordenó esta medida de protección con el dictado del procesamiento del imputado.

Procesamiento del imputado

El 22 de septiembre de 2009, el magistrado interviniente dicta el procesamiento del imputado por el delito de abuso sexual agravado por el vínculo, ya que el presunto autor es ascendiente de la víctima. Justifica la materialidad y la autoría del hecho en la declaración de la víctima y las pericias psicológicas. Al respecto sostiene que “la secuencia histórica queda perfectamente comprobada a través de los precisos, contundentes y congruentes testimonios tanto de la denunciante, la propia damnificada –que describe a pesar de su corta edad la forma y circunstancias en que fuera abusada–, como de la profesional que interviniera en la materia-

²² Aprobadas por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas en su res. 2005/20 de 22/7/2005.

lización de los informes psicológicos ordenados”. Cabe remarcar que la juventud de la niña al momento de declarar.

Asimismo, tiene en cuenta los trastornos psicológicos de la niña que presentaba un síndrome de estrés postraumático. En consecuencia, se advierte que el magistrado repara en las especiales características de los hechos de abuso intrafamiliar (carencia de testigos directos y falta de evidencias físicas por la demora en denunciar) para analizar el marco probatorio. Asimismo, cita un fallo de Cámara donde se afirmó que “debe recordarse que a pesar de la negativa del imputado en relación a la comisión del hecho atribuido lo cierto es que la firme imputación de la víctima sumada a la incorporación de indicios relevantes son suficientes para sospechar que el imputado participó en el delito achacado, máxime en este tipo de delitos que se desarrollan casi siempre fuera de la presencia de terceros (CNCCorr., sala IV, 10-3-2003)”.

Esta resolución fue confirmada por la sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional el 26 de abril de 2009 basándose en la coherencia del relato de la niña. Actualmente, esta causa se ha elevado a un Tribunal Oral en lo Criminal.

CASO “VIVIANA Y JORGE”

En mayo del 2008, el padre de Viviana y Jorge se presenta ante la comisaría para realizar una denuncia contra su vecino Nicolás, acusándolo de haber abusado sexualmente de sus hijos²³. Este hecho se habría producido cuando sus hijos estaban al cuidado de la madre de Nicolás, la señora Nélica. Precisamente, Jorge fue abusado sexualmente en forma reiterada durante el 2001, cuando tenía entre 9 y 10 años de edad, sometiéndolo a manoseos en todo el cuerpo y obligándolo a practicarle sexo oral. Por su parte, Viviana sufrió el abuso sexual en el 2004, cuando contaba con 8 o 9 años de edad y el imputado se desnudó e intentó penetrarla por la vía vaginal.

Los padres de Viviana y Jorge se enteran del abuso sexual perpetrado contra su hijo Jorge cuando éste se los manifiesta. Luego se enteran de que Viviana también había pasado por una situación similar cuando se

²³ Interviene el JNac. de Instrucción, nro. 17, expte. 20.059/08.

lo cuenta a su hermano Jorge. En consecuencia, deciden hacer la correspondiente denuncia penal y luego se presentan como querellantes con el patrocinio del Práctico Profesional en octubre de 2008.

En este caso, la principal prueba también resulta ser el relato de los niños que se tomó mediante la cámara Gesell, ya que ambos eran menores de 18 años de edad en ese entonces. Ambos jóvenes hacen un relato concordante con lo manifestado por sus padres y es considerado verosímil por los profesionales intervinientes descartando la fabulación o que hayan sido inducidos por terceros. En particular se mencionan ciertos indicadores como la elaboración no estructurada, la presencia de detalles, la adecuación contextual, la admisión de falta de memoria y la resonancia afectiva. Asimismo, se verificaron en los peritajes psicológicos las secuelas psíquicas de experiencias traumáticas de carácter sexual.

Examen de los niños

Durante esta etapa probatoria, se solicitó que el médico ginecólogo que examine a la niña sea de su mismo sexo. Para ello, se recurrió a la Directriz 10 de las directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos cuando dispone que “Los niños víctimas y testigos de delitos deberán ser tratados con tacto y sensibilidad a lo largo de todo el proceso de justicia, tomando en consideración su situación personal y sus necesidades inmediatas, su edad, sexo, impedimentos físicos y nivel de madurez y respetando plenamente su integridad física, mental y moral”.

También, nos opusimos a que se le realice una pericia física al joven Jorge, que nunca manifestó haber sido penetrado. Para ello, se tuvo en cuenta el relato del niño y la protección de su integridad y su intimidad reconocida en los artículos 9º y 10 de la ley 26.061.

Ambos pedidos fueron tenidos en cuenta por el magistrado interviniente.

Procesamiento del imputado

En junio de 2009, se dictó el procesamiento del imputado por los delitos de abuso sexual simple en concurso real con el delito de abuso sexual gravemente ultrajante. El magistrado de grado se basó en la de-

claración de los niños y los peritajes psicológicos. Asimismo, se valoró que “La clase de delitos como el investigado por lo general de los casos se concretan en un ámbito de reserva y privacidad que dificulta la tarea de investigación. En efecto, generalmente tal extremo impide la obtención de testigos presenciales de los hechos y la escasa edad de las víctimas, las dificultades propias del habla en personas que aún no han desarrollado su intelecto como adultos, y la vergüenza o pudor que las situaciones conflictivas que se denuncian les genera a las víctimas, no permite determinar las circunstancias precisas en que se cometieron los injustos que se traen a conocimiento de los tribunales”. Es de destacar que el magistrado considere que no resulta exigible ciertas precisiones sobre el momento y las circunstancias de los hechos imputados. De modo que se define un estándar especial respecto a la investigación de hechos de abuso sexual infantil donde no resultaría necesario acreditar con cierto grado de exactitud el día y el horario en que ocurrió el hecho.

Este procesamiento fue confirmado por la Alzada en agosto de 2009 (Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional), basándose en las declaraciones de los jóvenes y los informes psicológicos.

Medidas de protección de los niños

A fin de proteger a las presuntas víctimas, dado que el imputado era vecino y se había cruzado con los niños amedrentándolos, se solicitó la custodia policial y la prohibición de acercamiento. Para ello, se tuvo en cuenta, como en el caso de Jazmín, lo establecido por la ley 26.485 y el art. 79, inc. c, del Código Procesal Penal de la Nación, además de los estándares internacionales de derechos humanos.

El magistrado ordena la prohibición de acercamiento del imputado a 100 metros de las presuntas víctimas e implanta una consigna policial en su domicilio. En cuanto a la procedencia, considera que “las medidas cautelares en el proceso penal pueden ser dispuestas con anterioridad al auto de procesamiento, más cuando podrían preceder a la convocatoria a prestar declaración indagatoria”. Luego, tiene en cuenta el art. 26 de la ley 26.485 y la obligación de protección de la integridad psíquica, física, sexual, ambiental y educacional de los niños dispuesta por la Con-

vencción sobre los Derechos del Niño incorporadas al art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional. Con respecto al principio de inocencia, considera que no es absoluto, de lo contrario, no sería procedente ningún acto procesal restrictivo y la medida a adoptar procura la protección futura de derechos.

Esta resolución, también fue confirmada por la Alzada, en agosto de 2009. Allí se consideró que “el estadio procesal en que se encuentra el legajo habilita la imposición de la medida de coerción –prohibición de acercamiento–, máxime cuando se erige como de naturaleza tuitiva, a diferencia de otras, pues su fin es la protección de la víctima frente a los riesgos que le generaría el mantener su contacto con el imputado”. En relación con el principio de inocencia se sostiene que “toda medida de coerción coarta derecho de la persona sometida a proceso, los cuales, por otro lado, tampoco son absolutos”. Sin embargo, se redujo la distancia fijada por el magistrado de grado a 50 metros porque el imputado reside a 100 metros de las presuntas víctimas. De modo que tanto en primera instancia como en la Cámara se admitieron medidas cautelares destinadas a la protección de las víctimas durante la etapa de instrucción.

Requerimiento de elevación a juicio

Habiendo quedado firme el procesamiento del imputado, se decretó la clausura de la instrucción y como querellantes solicitamos el requerimiento de elevación a juicio. En nuestra presentación, no compartimos el criterio del Juez de grado respecto a la calificación del delito que fue víctima la niña Viviana. Al respecto consideramos que debe ser calificado como tentativa de abuso sexual agravado por el acceso carnal, porque el imputado, más allá de los manoseos, intentó penetrarla por la cavidad vaginal. En consecuencia, se advierte que hubo principio de ejecución, porque el imputado estaba desnudo sobre la niña, y tenía la intención evidente de penetrarla, lo cual, no pudo ser consumado por la resistencia ejercida. En forma coincidente, se ha sostenido en la jurisprudencia que “Para calificar un hecho como tentativa de violación, debe poderse establecer que el propósito del agente era el acceso carnal en el que la violación consiste y no simplemente en un torpe desahogo, cosa no infrecuente y que hace encuadrar el hecho como abuso deshonesto con-

sumado (...) La figura correspondiente es la violación, pero no consumada sino tentada si el procesado no obró con el fin de satisfacer lascivamente su necesidad sexual, sino con el manifiesto propósito de acceder a la víctima, es decir, no con lo que constituiría el dolo del abuso deshonesto, que excluye el acceso carnal, sino con lo que sería dolo de violación (...) Que no haya concretado el *inter criminis* en toda su extensión, no cambia el tipo penal, menos aún, cuando demostrado está que el cese de la acción delictiva no se debió a su propia voluntad, sino a algo ajeno a ella" (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, "Garnica, B.", 3 de abril de 1981). Asimismo, sostuvimos que según el relato de la niña, el presunto autor había realizado actos inequívocos compatibles con el comienzo de la ejecución de un hecho de abuso sexual agravado por el acceso carnal. Al respecto cabe citar el fallo "R., R. J." de la Cámara en lo Criminal de 1ª Nominación de Catamarca (20 de febrero de 2009, publicado en la L. L. NOA, 2009) donde se ha expresado que "encontrándose acreditado que el imputado, conforme lo declarado por la menor, la tocaba con su miembro viril en la vagina, del cual salía líquido, cuando llegó su madre, lo que impidió que continuara con su designio criminoso, corresponde calificar el hecho como abuso sexual con acceso carnal en grado de tentativa, pues si bien comenzar a penetrar es ya consumación, los actos anteriores a esa penetración, cuando estén inequívocamente dirigidos a la violación, significan su tentativa".

CASO "ALEJANDRA"

Este caso se inició el 16 de junio de 2008 a raíz de una denuncia formulada por la madre de Alejandra porque el padre de la niña la abusó sexualmente en reiteradas oportunidades cuando convivían en hoteles de la Ciudad de Buenos Aires y de Santa Teresita. En ese momento, la niña vivía sólo con su padre, esta situación persistió hasta el año 2009, cuando tenía 12 años de edad.

El abuso sexual comenzó cuando la niña contaba entre siete y diez años de edad y consistió en manoseos en las zonas genitales, sexo oral y acceso carnal, siempre en contra de su voluntad.

Las principales pruebas producidas consistieron en la declaración de la niña en cámara Gesell, la pericia psicológica a fin de verificar signos

de victimización sexual y la pericia física en las zonas genitales de la niña que demostró la penetración a temprana edad.

En marzo de 2009, nos constituimos como querellante, luego de formulado el requerimiento de elevación a juicio y se realizó el debate en diciembre de 2009.

Juicio oral

En el juicio oral se reprodujo el video de la declaración de la niña en la cámara Gesell realizada durante la instrucción a fin de evitar su revictimización innecesaria.

En esa instancia sostuvimos que el marco probatorio era suficiente para acreditar el hecho imputado porque en los casos de abuso sexual infantil intrafamiliar se cometen, en general, en un ámbito íntimo, donde el autor tiene un gran dominio del hecho, lo que hace sumamente dificultoso que haya testigos. Asimismo, la víctima del abuso sexual infantil no suele denunciar en forma inmediata el hecho por el miedo y la relación de sometimiento con el adulto, lo cual impide que haya rastros de fluidos corporales. En consecuencia, sostuvimos que era fundamental valorar el relato de la niña y su verosimilitud acreditada por el dictamen pericial.

Los magistrados consideraron acreditado el hecho argumentando que “las manifestaciones vertidas por la menor (...) han sido suficientemente elocuentes para que, luego de su confronte con el resto de las probanzas acumuladas, se tenga por acreditado que el imputado era quien sometió en cuanto menos tres ocasiones y en diversos lugares, a distintas prácticas sexuales contra la voluntad de la niña aprovechándose, no sólo de su corta edad, sino también de la convivencia mantenida entre víctima y victimario y de la influencia que sobre ella tenía debido a su condición de padre y único cuidador”.

En relación con la calificación legal, se consideró que el sexo oral quedaba tipificado bajo la figura de acceso carnal. Al respecto, se argumentó que “luego de especificar que la víctima de este delito puede ser ‘persona de uno u otro sexo’ y que puede accederse por cualquier vía, no puede sostenerse con seriedad que el sexo oral no consentido no configure el tipo penal de acceso carnal pues, es claro que el acceso vaginal y anal están comprendidos en el tipo al especificarse que las

víctimas pueden ser de ambos sexos. Por ello, la siguiente aclaración de que el acceso carnal puede ser por cualquier vía, evidentemente amplió la posibilidad de que se acceda por una vía distinta a la vagina y al ano". Al momento de graduar la pena, se consideró la vulnerabilidad de la niña, porque "era el único responsable de su cuidado y educación, por lo que no tenía ninguna posibilidad de buscar ayuda en un tercero".

En consecuencia, se decidió condenar al imputado por ser autor penalmente responsable del delito de abuso sexual cometido contra una menor de trece años de edad agravado por la condición de descendiente de la víctima y por aprovecharse de la situación de convivencia preexistente en concurso real con abuso sexual agravado por el acceso carnal operando las agravantes mencionadas precedentemente. La pena establecida fue de 14 años de prisión.

Actualmente, se está tramitando un recurso de casación.

La formación en Práctica Profesional de Abogacía¹

MALENA KAREEN TOTINO SOTO²
y MARÍA MERCEDES MARCO MUCCIARDI³

El presente trabajo es un relato de la experiencia en el dictado de la materia Práctica Profesional, Comisión 1163, del último año de la carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho en la Universidad de Buenos Aires.

Se destacan cuatro elementos: la presencia del consultante con un caso real a resolver; el trabajo en pequeños grupos durante dos días de la cursada y en grandes grupos durante el tercer día en el teórico; la mediana incorporación de TIC, y, por último, la contingencia de la perentoriedad de los plazos procesales en los juicios.

Con el asesoramiento y asistencia técnica brindada por el CITEP, nos encontramos implementando un *campus* virtual como una estrategia y forma de innovación en el proceso de enseñanza-aprendizaje.

Nuestra propuesta se basa en el convencimiento de que su incorporación nos permitirá acercar a los alumnos a nuevas formas de acceder y gestionar los conocimientos de una manera fácil, económica y eficaz; desarrollar nuevos modos de pensamiento, nuevas formas de apropiación y construcción del conocimiento; y la formación en nuevas habilidades y destrezas en función de la resignificación de los objetivos de la materia a través de la tríada: *saber, saber hacer, saber-ser*.

¹ Nuestro profundo agradecimiento al Centro de Innovación en Tecnología y Pedagogía de la UBA (Citep www.uba.ar/citep), su equipo: Mgs. Lila Pinto, Mgs. Claudia Lombardo, Lic. Jimena Jacobovich, Lic. Leo Gottifredi, por el apoyo brindado.

² Abogada Titular Comisión 1163, Práctica Profesional, Facultad de Derecho-UBA, malenaktotinosoto@yahoo.com.ar.

³ Abogada, Ayudante Docente Comisión 1163, Práctica Profesional, Facultad de Derecho, UBA, marcomucciardi@yahoo.com.

I. PRÁCTICA PROFESIONAL Y SUS PARTICULARIDADES

El *consultorio jurídico gratuito* es socialmente conocido como “*Patrocinio Jurídico Gratuito*” y se ubica en el 8º piso de Talcahuano 550, en el Palacio de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, constituyendo la faz pública de la materia *Práctica Profesional* de la carrera de *Abogacía* de la *Facultad de Derecho en la Universidad de Buenos Aires*. Se cursa⁴ durante un año, con ingreso de los alumnos en los meses de febrero y agosto. Habiendo, como consecuencia de ello, una camada de alumnos nuevos⁵ cada semestre. El número de alumnos por año alcanza en la actualidad un promedio de treinta.

Es condición para la prestación del servicio jurídico que la situación socioeconómica del consultante no le permita abonar los honorarios profesionales de un abogado, pudiendo la decisión basarse en el interés pedagógico que despierta la cuestión planteada, o implique la defensa de la Constitución Nacional, los Derechos Humanos o bien por consistir en la defensa de cuestiones extrapatrimoniales.

La Comisión funciona tres días a la semana. Los *martes y viernes* en el *Patrocinio Jurídico*. Allí, el trabajo se desarrolla en tres grupos de diez alumnos: cada uno de ellos es coordinado por un ayudante docente. Asimismo, está a cargo de un jefe de trabajos prácticos (J. T. P). Los días *miércoles*, las clases son teórico-prácticas en la modalidad que más adelante se relatará.

Existen elementos que caracterizan el dictado de la materia que otorgan una mayor complejidad al proceso de enseñanza y aprendizaje y que explican las decisiones tomadas en la planificación:

1. *La presencia del consultante* con un caso real a resolver y la contingencia de la *perentoriedad de los plazos procesales en los juicios*, ambos como parte del proceso de aprendizaje del estudiante.

El proceso de aprendizaje no se produce sólo en un marco teórico-hipotético, sino frente a situaciones reales condicionadas por las carac-

⁴ Es un alumno del último año de la carrera de abogacía. La Comisión 1163 atiende los días martes, miércoles y viernes en el horario de 14 a 16, en el aula 8 de la calle Talcahuano 550, piso 8º de la Ciudad de Buenos Aires (dentro del Palacio de Justicia). En la Facultad los alumnos lo llaman “El práctico”.

⁵ La cursada coincide con los días hábiles judiciales, de febrero a diciembre.

terísticas de los actores, *consultantes-contrapartes-abogados-mediadores-miembros del poder judicial*.

En otras palabras el aprender se relaciona directamente con el enfrentamiento de una “situación problema planteada por un consultante” y la búsqueda de soluciones a través de una estrategia elaborada en forma compartida dentro de un pequeño grupo, permitiendo el desarrollo de las habilidades que hacen al desempeño de su actividad profesional. En el transcurso de este proceso, el alumno adquiere un nuevo sentido en cuanto al pensar, sentir, hacer e interactuar con relación al conflicto.

Las actuaciones judiciales o administrativas incluyen no sólo la atención personal de las sucesivas consultas y preparación de todo tipo de escritos necesarios, sino también el control y seguimiento estricto de los expedientes y la asistencia a las audiencias que se fijen. En todas estas actividades intervienen personalmente los alumnos.⁶ Los casos relacionados con cuestiones de familia son abordados interdisciplinariamente con la participación de los asistentes sociales y psicólogos que integran el servicio social del Consultorio.

2. *El trabajo en grupo.*

Teniendo en cuenta los datos aportados por los alumnos al ingresar (experiencia laboral en ámbito público, judicial, privado; orientación, lugar de residencia, si ingresan por recomendación), la estrategia del equipo docente es proceder a distribuir a los estudiantes en los grupos conformados teniendo en cuenta los siguientes criterios: alumnos con antigüedad de un cuatrimestre; alumnos ingresantes con experiencia/sin experiencia; afinidad con personas; cantidad de hombres; cantidad de mujeres; domicilios; actividad en estudios jurídicos, tribunales, privada con el objeto de lograr diversidad y heterogeneidad en su composición.

Los docentes realizan la planificación de la materia, hacen un seguimiento de lo realizado por cada grupo, asignan casos, firman escritos, asisten a audiencias, facilitan la comunicación e intercambio de información tanto en clase como a través del uso de las herramientas digitales,

⁶ Para ello, el consultante presta su conformidad mediante un escrito denominado “Autoriza”, en el que lo faculta a tomar vista de los expedientes y a realizar todo acto delegable en los términos del art. 135 del Código Procesal Civil y Comercial nacional.

operan sobre los subgrupos, sobre los roles obstruccionistas de la tarea, propician la comunicación, la interacción y el diálogo. La labor del ayudante es de suma importancia ya que asume el rol de coordinador y facilitador del aprendizaje.

La idea de grupo y su funcionamiento son esenciales en la formación del alumno.

El aprendizaje se realiza en grupo y con el grupo. La acción de aprender se relaciona directamente con el enfrentamiento de una “situación problema” y la búsqueda de soluciones a través de una estrategia elaborada en forma compartida, subyaciendo en las interacciones entre los integrantes un modelo de relaciones humanas donde se generan aprendizajes.

Por ello, nos resulta útil superar el esquema de enseñanza tradicional que considera al grupo como objeto de enseñanza y asumir los planteamientos de la didáctica grupal, que define al grupo como sujeto de aprendizaje.

Al estar integrados los grupos por alumnos “viejos” e ingresantes se busca que los primeros, que son poseedores de saberes, experiencias y prácticas, asuman un rol de liderazgo y de enseñanza mutua para con sus compañeros ingresantes. El J. T. P. y los ayudantes docentes desempeñan un rol protagónico en la conducción del proceso de enseñanza-aprendizaje y los alumnos avanzados, o “alumnos viejos”, asumen un rol de monitor dentro del grupo. Esto provoca que las relaciones dentro de la clase se transformen, ya que el lugar del que enseña es ocupado por alguien que aún se haya en proceso de formación.

Esta triple coordinación aparente e inicial –jefe de trabajos prácticos, ayudante docente, alumnos “viejos”– va transformándose en el proceso grupal de conformación e interacción con los alumnos ingresantes debido a que estos últimos son también poseedores de conocimientos, experiencias, actitudes e ideas que condicionan y operan sobre la tarea, pudiendo asumir el rol de liderazgo en el proceso de aprendizaje.

La interacción de coordinaciones tiene como meta la facilitación del aprendizaje, con capacidad de observar el proceso grupal, facilitando la comunicación como instrumento de aprendizaje por medio del cual los

participantes condicionan recíprocamente su conducta en forma de intercambio de ideas, actitudes, conocimientos y experiencias.

II. LOS OBJETIVOS DE PRÁCTICA PROFESIONAL⁷

Clarificar y superar la dicotomía entre formación teórica y práctica a través de la tríada: saber, saber hacer, saber-ser, nos permitió identificar y proponer: qué conocimientos, qué habilidades y, por sobre todo, qué actitudes son fundamentales construir con el futuro abogado.

Todo ello, en el intento de abrir el debate e intercambio teniendo en cuenta la llegada del Bicentenario en la Argentina como nuevo horizonte de pensamiento y de reflexión.

Bajo los tres ejes propuestos y definidos: *saber-hacer-ser* y en base al cruce de información obtenida en encuestas al alumnado y un relevamiento realizado al campo profesional del abogado, construimos una selección de contenidos, objetivos y el perfil del abogado para Práctica Profesional.

Los contenidos seleccionados debían reunir o cumplir los siguientes requisitos:

- Actualidad y vigencia.
- Integración entre teoría y práctica.
- Equilibrio entre lo conceptual, procedimental y actitudinal.

En cuanto a los objetivos, teniendo en cuenta que los mismos son afirmaciones que tratan de identificar lo más claramente posible lo que deberán ser capaces de hacer los alumnos al finalizar la enseñanza y que su utilidad es la de expresar en términos de conocimientos, habilidades y actitudes lo que vayan adquiriendo los alumnos en el proceso de aprendizaje, se definieron los siguientes:

- Que el alumno desarrolle las capacidades propias del abogado litigante.
- Que el alumno desarrolle las capacidades propias del abogado productor de conocimiento científico en Derecho.

⁷ Para mayor profundidad del tema ver Ponencia citada en la bibliografía “¿Nuevos enfoques en la Formación Práctica? o ¿Nuevos enfoques en Práctica Profesional? Construyendo una nueva mirada en práctica profesional de Abogacía camino al Bicentenario”.

- Que el alumno desarrolle las capacidades propias del abogado como productor de normas.⁸

Y por último, respecto al perfil del futuro abogado que Práctica Profesional pretende desarrollar, concluimos que:

“La Materia Práctica Profesional se propone formar profesionales flexibles, reflexivos, críticos, capaces de adaptarse a los entornos cambiantes que presenta la sociedad actual y de incorporar progresivamente tecnologías de la Información y Comunicación, capaces de incorporar estrategias que le permitan seguir aprendiendo y actualizándose a lo largo de la vida. Se trata de una formación que le permita desempeñarse autónomamente con su profesión en diversas tareas y en diversos campos, ya sea como abogado litigante, asesor, legislador, etc. Capaces de desarrollar una investigación científica en el campo del Derecho y de producir normas jurídicas generales o individuales. Todo ello en el marco de la ética, el cuidado y respeto que exige el desempeño de cualquier profesión”.

III. LA INCORPORACIÓN PROGRESIVA DE TICs

Una nueva cultura digital esta siendo parte de la producción de nuestra actividad profesional. En el decir de Rafael Santoyo *“La constante producción de tecnologías de la comunicación e información representan un reto para asimilar su potencial formativo a los esquemas de educación formal”.*

El uso de nuevas tecnologías de información y comunicación (TICs) y su integración a la vida de las personas nos convenció de su incorporación como herramientas en la tarea cotidiana de la comisión. Desde el año 2000, implementamos la utilización del correo electrónico, en el año 2004 incorporamos el uso del *Yahoo groups* y desde finales del año 2008 contamos con WI-FI en el Centro de Formación Profesional, en el año 2009 la inclusión de un *campus* virtual y en 2010 incorporamos un *docupen*.

Desde entonces, alumnos y docentes hemos incorporado nuestras computadoras personales para la realización de las tareas en el aula, lo cual permite una mayor integración del trabajo realizado en clase y en línea. A su vez, hemos logrado adquirir una impresora, escáner y fo-

⁸ Jurídicas, contractuales, generales, individuales, voluntarias, técnicas.

tocopiadora. En la Facultad de Derecho los alumnos cuentan con una sala multimedia para acceder a computadoras e Internet en forma gratuita.

La incorporación de las citadas herramientas ha permitido superar las limitaciones del espacio físico de encuentro para trasladar el trabajo grupal y su comunicación al ciberespacio, democratizando el uso y disponibilidad del material actual y pasado, generando nuevas interacciones grupales. Se rompen, en este sentido, las barreras en la comunicación, las limitaciones de tiempo, espacio, las limitaciones interpersonales como ser la posibilidad de expresar pensamientos, puntos de vista fuera de los encuentros personales.

La elección de cada una de las herramientas ha sido el resultado de una decisión pedagógica adecuada a la temática, contenidos y características de nuestra materia.

A continuación las describiremos en sus principales aspectos:

IV. HERRAMIENTAS UTILIZADAS EN EL *Campus*. SU CONTENIDO

A. *Herramientas para la comunicación*

Las mismas pueden ser chat o foros; respecto a estos últimos hemos generado los siguientes:

1. *Foro de presentación*: los alumnos ingresantes se dan a conocer en este foro y editan su perfil: incluyen una fotografía y hablan sobre sus intereses.

2. *Foros por grupo para la elaboración de estrategias y escritos procesales*: cada grupo y su tutor se comunican para diseñar las estrategias procesales en los juicios e intercambian los escritos judiciales. Este foro reemplaza el uso del correo electrónico. Hay uno de los grupos que le da un especial uso al foro, cada "*Tema*" en el foro tiene el nombre de una "*Causa Judicial*".

3. *Foros para la resolución de la tarea en el "campus"*: en este foro se resuelve cualquier problemática que genere la resolución de la tarea de los módulos que corresponden a las clases teórico-prácticas de los días miércoles.

B. Herramientas para la administración de materiales

Permiten la gestión de contenidos y materiales posibilitando el acceso a archivos de cualquier tipo (texto, videos, audio), enlaces Web, *wikis*, blogs.

Cada tema de la planificación tiene un módulo.

1. *Módulos*: los mismos se publican semanalmente y contienen un *objetivo* (se detallan los contenidos y los objetivos a alcanzar en el mismo), una *tarea* (en general está vinculada a la de escribir estrategias procesales, realizar piezas procesales, redactar artículos, ponencias) y la *bibliografía* pertinente que ayuda a resolver la tarea (puede contener archivos producidos por los propios docentes, doctrina, jurisprudencia, legislación, links a sitios oficiales o jurídicos).

Con relación a la tarea su resolución puede ser individual, en pequeño o en gran grupo.

2. *Wikis*: esta herramienta permite la edición de un texto por múltiples autores que va registrando la historia del documento, desarrollando el aprendizaje colaborativo. Respecto a ello hemos incluido los siguientes *wikis*:

3. *De elaboración de escritos de mero trámite*: que es utilizado en los juicios llevados por la comisión.

4. *De elaboración de piezas procesales complejas*: también para juicios llevados por la comisión.

5. *De tips para la recorrida de tribunales*: caracterizado por el intercambio de experiencias y aprendizajes entre los alumnos y de su desarrollo en el rol de editor de artículos doctrinarios, obteniendo como resultado un artículo que ha sido publicado en el diario jurídico virtual *El Dial*.⁹

6. *De elaboración de la doctrina que rige el ejercicio profesional*: actualmente en construcción y con la finalidad de generar un nuevo artículo doctrinario cuya temática versará sobre los primeros pasos a seguir en el comienzo del ejercicio profesional.

⁹ "Tips para la recorrida en tribunales": publicado en elDial.Com. el 4-11-2009 http://www.eldial.com.ar/suplementos/practica/i_practica_univNP.asp. Autores: Docentes y alumnos de las comisiones 1163 y 1167 de Práctica Profesional.

7. *Docupen*: es un escáner del tamaño de una lapicera que permite a alumnos y profesionales perfeccionar lo que denominamos “*la recorrida de tribunales*” para tomar nota de las novedades en los expedientes.

8. *Bases de datos*.

9. *Base de datos de consultantes*: contiene todos los datos personales y los datos de los juicios. Se almacena la hoja de ruta que es actualizada en clase con el resultado de la recorrida de tribunales y/u otras gestiones.

10. *Guía de trámites*: contiene datos de entidades públicas y privadas, la dirección, teléfono, link, los trámites a efectuar en ellas.

11. *Directorios*.

12. *Carpetas de escritos de consultantes*: se guardan los escritos presentados en los juicios.

13. *Directorio de modelos de escritos*: construido con los escritos elaborados por los alumnos de la comisión.

14. *Directorio de formularios*: contiene los más utilizados en la tarea diaria en tribunales o frente a entidades públicas.

15. *Directorio de jurisprudencia*: contiene la jurisprudencia por tema que han buscado, seleccionado y validado su fuente los alumnos.

16. *Glosario*: de términos de práctica profesional editado por docentes y alumnos. Se está elaborando este diccionario para que los alumnos nuevos puedan consultar la terminología.

C. Herramientas de organización

1. *Calendario de eventos*: del usuario, del grupo, de la comisión: se plasman las fechas de audiencias y en las que se debe entregar la tarea de cada módulo.

2. *Listado de causas*: cada grupo tiene su listado de causas en la que se detallan el último paso procesal y la estrategia a seguir. Se actualiza cada martes y viernes con las novedades de la recorrida en tribunales.

D. Herramientas para gestionar los estudiantes

Permiten el seguimiento y evaluación de los alumnos, pudiendo conocer de sus intervenciones en los foros, sus tareas, accesos al *campus* y a sus secciones; permitiendo dar cuenta del proceso de construcción del conocimiento.

1. *Informe de causas*: para que el alumno diseñe estrategias judiciales y extrajudiciales de resolución de conflictos.

2. *Actividad audiencias*: los alumnos editan en línea una reseña de lo sucedido en la audiencia a que han concurrido y su apreciación personal de ello.

3. *Actividad recorrida en tribunales*: los alumnos editan en línea la fecha en que han efectuado la recorrida tribunalicia.

4. *Cuestionarios*: se elaboran cuestionarios para su resolución.

5. *Encuestas*: se elaboran encuestas para conocer la pertinencia de los temas con su práctica profesional y la dinámica de los grupos.

CONCLUSIONES

Conforme a las características en el dictado de nuestra materia, los objetivos y la implementación del *campus* virtual, perseguimos el logro, el perfeccionamiento –mediante un proceso de trabajo y de investigación– y el enriquecimiento continuo de la propuesta educativa pretendiendo:

- Un modelo de organización y gestión de estudio jurídico en función de las herramientas digitales disponibles masivamente.
- La creación de un puente hacia el ejercicio profesional, favoreciendo el pasaje de ser estudiante hacia lo que implica vivenciar su profesión en términos de nuevo rol y nuevas responsabilidades.
- Acceso y gestión de conocimientos de una manera fácil y económica.
- Desarrollo de nuevos modos de pensamiento, formas de apropiación y construcción del conocimiento.
- Formación en nuevas habilidades y destrezas.
- Aprender haciendo desde el primer día.
- Aprender con relación a los sujetos (consultantes, abogados, empleados del poder judicial, compañeros de grupo).

BIBLIOGRAFÍA

DÍAZ, Eduardo, “Principales aspectos de la prestación del servicio profesional del abogado litigante”, *elDial.com.*, Buenos Aires, 2009.

- FESTENSTERMARCHER, Gary, "Tres aspectos de la Filosofía de la investigación sobre la enseñanza", en WITTROCK, M., *La investigación de la enseñanza, I. Enfoques, teorías y métodos*, Barcelona, Paidós, 1989.
- PERKINS, David, *La Escuela Inteligente*, Barcelona, Gedisa, 1995.
- PERRENOUD, Philippe, "La formación de los docentes en el siglo XXI", en *Revista de Tecnología Educativa*, Santiago, Chile, ed. XIV, nro. 3, pp. 503-523. rmascayano.googlepages.com, 2001.
- "Saberes de referencia, saberes prácticos en la formación de los enseñantes: un oposición discutible", en *Compte-rendu des travaux du séminaire des formateurs de L'UUFM*, trad. de Gabriela Diker, Grenoble, IUFM, 1994, pp. 25-31.
- SOUTO, Marta, "El análisis didáctico multirreferenciado. Una propuesta", en *Seminario Análisis pedagógico de los grupos de enseñanza-aprendizaje desde la relación dialéctica teoría-praxis*, dir. por la Prof. Marta Souto, Facultad de Filosofía y Letras, 1988.
- "Hacia una didáctica de lo grupal", Miño y Dávila Editores, 2003.
- TOTINO SOTO, Malena Kareen y María Mercedes MARCO MUCCIARDI, "La construcción de aulas virtuales y la formación práctica del abogado", http://www.uba.ar/webnueva/image/Manual_docente_VF.pdf 18, Centro de Innovación en Tecnología y Pedagogía, 18-2-2010.
- TOTINO SOTO, Malena Kareen y Mireya Silvana Janet, TOTINO SOTO, "¿Nuevos enfoques en la formación práctica? o ¿Nuevos enfoques en práctica profesional? Construyendo una nueva mirada en práctica profesional de abogacía camino al Bicentenario". Presentada en el Congreso de Práctica Profesional organizado por la Facultad de Derecho (UBA) a través de su Departamento de Práctica Profesional y la Escuela Superior de Derecho de la Universidad del Centro de la Provincia de Buenos Aires, se desarrolló los días 3 y 4 de septiembre de 2009, en la ciudad de Azul, Provincia de Buenos Aires.

Actualidad universitaria

Introducción a la Resolución del Consejo Directivo 499/2010 sobre los programas de investigación

NANCY CARDINAUX

La Resolución (CD) 499/2010 crea una serie de programas destinados a introducir a los estudiantes de grado en tareas de investigación científica respondiendo de esta manera a la necesidad de promover la investigación en el campo jurídico. Dicha promoción apunta no solamente a formar investigadores profesionales sino también a producir una innovación en el perfil de los abogados que la Facultad forma, ya que el desarrollo de capacidades asociadas a la investigación puede proporcionarles herramientas importantes para ejercer las diversas funciones para las que el título de abogados los acredita. Por último, la resolución permite que los docentes-investigadores tengan mayores posibilidades de articular aquello que investigan con lo que enseñan y, sobre todo, de contar con espacios curriculares a través de los cuales puedan enseñar cómo se investiga e integrar a los alumnos a sus grupos de investigación.

UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

Resolución (CD) nro. 499/2010

Buenos Aires, 20 de octubre de 2010.

Visto el Estatuto Universitario, que en el punto III de sus bases establece entre las funciones de la Universidad la de formar “investigadores originales, profesionales idóneos y profesores de carrera, socialmente eficaces y dispuestos a servir al país”;

El artículo 113 del Estatuto Universitario, según el cual corresponde a este Consejo Directivo, entre otras funciones: “reglamentar la docencia libre”, “determinar las épocas, el número, orden y forma de las pruebas de promoción”, “aprobar los programas de enseñanza proyectados por los profesores”, “proponer las condiciones de admisibilidad en sus aulas” y “prestar aprobación a la designación de docentes interinos”;

La Resolución (CS) 3798/04 que, entre sus objetivos, incluye el de “profundizar la formación desde el punto de vista de investigación científica en el campo del derecho, evaluando y modificando las instancias vigentes y, eventualmente, creando otras nuevas dentro del propio plan de estudios” y “revisar la articulación con la formación de posgrado y con el doctorado”;

El Anexo 1 a la Resolución (CS) 3798/04 que, como objetivo general de la carrera de Abogacía, establece que “la Facultad de Derecho debe tener y desarrollar un proyecto educativo que asegure que los egresados (...) promuevan la generación y la comunicación de conocimientos socialmente significativos en el ámbito disciplinar e interdisciplinar, y fomenten la formación continua para la comprensión de adelantos científicos futuros, en un ambiente de libertad, justicia e igualdad de oportunidades entre todos los habitantes”;

La “Propuesta de integración de la investigación científica en el diseño curricular de la carrera de grado” elaborada por la Secretaría Académica de esta Facultad de Derecho en febrero de 2003;

La propuesta realizada por la Secretaría de Investigación; y

Considerando:

Que para cumplir con los fines establecidos por el Estatuto Universitario y la Resolución (CS) 3798/04 resulta conveniente generar programas de investigación destinados a vincular la investigación y la enseñanza de grado, complementando e incrementando la oferta ya existente en los cursos del Ciclo Profesional Orientado;

Que sería beneficioso para la formación integral de las y los estudiantes que exista un mecanismo que permita aprovechar las visitas de investigadores/as reconocidos/as de otras instituciones, nacionales o extranjeras, y volcarlas en la enseñanza de grado;

Que un “Programa de Seminarios de Investigación” contribuiría a la enseñanza de la investigación jurídica en el marco del Ciclo Profesional Orientado, complementando los cursos existentes y garantizando una oferta mínima de seminarios específicamente orientados a la investigación;

Que un “Programa de Estudiantes Adscriptas/os a Actividades de Investigación” estrecharía la relación entre las/los estudiantes y las/los investigadoras/es de la Facultad; fomentaría la investigación en su conjunto, al brindarles asistencia a las y los investigadoras/es; y permitiría que las y los estudiantes se acerquen a la vanguardia del conocimiento en las áreas de su interés;

Que un “Programa de Acreditación de Puntos del CPO por Actividades de investigación” permitiría acreditar los esfuerzos académicos realizados por aquellas y aquellos estudiantes que investigan en el marco de proyectos reconocidos institucionalmente;

Que un “Programa de Reconocimiento de Cursos del CPO Orientados a la Investigación” fomentaría la existencia de una mayor oferta de investigación en el marco del Ciclo Profesional Orientado; permitiría la actualización bibliográfica de los cursos y de las y los docentes a su cargo; enriquecería el acervo de la Biblioteca de la Facultad; y redundaría en una mejor transferencia del conocimiento alcanzado a través de la investigación a la enseñanza de grado;

Que un porcentaje significativo de las y los graduadas/os de la Facultad se dedica a la docencia e investigación;

Que el ejercicio profesional de la abogacía, en cualquiera de sus facetas, requiere de la realización de tareas de investigación;

Que, en consecuencia, el perfil práctico de la carrera de Abogacía que se dicta en la Facultad debe complementarse con el fomento de la docencia y la investigación;

Lo aconsejado por la Comisión de Investigación y Posgrado y lo dispuesto en su sesión del día 12 de Octubre de 2010;

Por ello,

*El Consejo Directivo de la Facultad de Derecho
resuelve:*

Artículo 1º - Aprobar el “Programa de Seminarios de Investigación”, cuyo reglamento obra como Anexo I de la presente Resolución.

RESOLUCIÓN DEL CONSEJO DIRECTIVO 499/2010 SOBRE LOS PROGRAMAS DE INVESTIGACIÓN

Art. 2º - Aprobar el “Programa de Estudiantes Adscriptas/os a Actividades de Investigación”, cuyo reglamento obra como Anexo II de la presente Resolución.

Art. 3º - Aprobar el “Programa de Acreditación de Puntos del CPO por Actividades de Investigación”, cuyo reglamento obra como Anexo III de la presente Resolución.

Art. 4º - Aprobar el “Programa de Reconocimiento de Cursos del CPO Orientados a la Investigación”, cuyo reglamento obra como Anexo IV de la presente Resolución.

Art. 5º - Establecer la entrada en vigencia de los cuatro programas mencionados en los artículos anteriores a partir del ciclo lectivo 2011.

Art. 6º - Encomendar a la Secretaría de Investigación la organización, implementación, difusión y seguimiento de los cuatro programas mencionados en los artículos anteriores.

Art. 7º - Regístrese. Pase a Secretaría de Investigación, Secretaría y Subsecretaría Académica, Secretaría de Hacienda y Administración General, Subsecretaría de Relaciones Internacionales e Institucionales, Dirección de Asuntos Estudiantiles, Dirección de Consejo Directivo, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja, Centro de Estudios de la Actividad Regulatoria Energética, Centro de Estudios Interdisciplinarios de Derecho Industrial y Económico, Oficina de Comunicaciones, Dirección General Académica y Departamental, Departamentos Académicos, Centro de Graduados, Dirección de Biblioteca, Registro de Alumnos, Dirección General de Administración Financiera y Contable y Dirección de Supervisión y Control. Cumplido, archívese.

CAROLINA I. VACCARO
(Directora Consejo Directivo
e información Docente)

MÓNICA PINTO
(Decana)

SERGIO BRODSKY
(Subsecretario académico)

Anexo 1

Reglamento del “Programa de Seminarios de Investigación”

Sección I - Del Programa

Artículo 1º - La Secretaría de Investigación podrá organizar seminarios de doce (12), veinticuatro (24), treinta y seis (36) o cuarenta y ocho (48) horas presenciales, a cargo de docentes-investigadores/as, destinados a estudiantes del Ciclo Profesional Orientado.

Art. 2º - Los seminarios consistirán en la realización de un trabajo de investigación orientado a producir conocimiento jurídico original y relevante.

Art. 3º - Cada cuatrimestre, la Secretaría de Investigación elevará al Consejo Directivo, para su aprobación definitiva:

- i) La nómina de seminarios planificados para el período siguiente;
- ii) La nómina de docentes-investigadores/as a cargo de cada seminario, junto con su *curricula vitae*;
- iii) El programa general de cada seminario, incluyendo sus condiciones de aprobación y regularidad, en las que se deberá exigir al menos un ochenta por ciento (80%) de asistencia a las reuniones del seminario;
- iv) El mínimo y el máximo de estudiantes que podrá participar de cada seminario;
- v) El departamento o los departamentos en los que sugiere se acredite cada seminario.

Sección II - De los docentes-investigadores a cargo de los seminarios

Art. 4º - Las y los docentes a cargo de los seminarios deberán ser investigadoras/es que cuenten con título de Doctor o méritos equivalentes.

Sección III - De la inscripción a los seminarios

Art. 5º - Serán elegibles para participar del seminario aquellas y aquellos estudiantes que, al momento de la inscripción, hayan aprobado las

catorce asignaturas del Ciclo Profesional Común y tengan un promedio no menor a siete puntos (sin contar las calificaciones del Ciclo Básico Común).

Art. 6º - En el marco del presente programa, cada estudiante podrá realizar un máximo de cuarenta y ocho (48) horas de seminario por cuatrimestre, y de noventa y seis (96) horas de seminario en toda su carrera.

Art. 7º - La convocatoria del programa y la recepción de solicitudes estarán a cargo de la Secretaría de Investigación. Una vez recibidas todas las solicitudes, la Secretaría de Investigación le solicitará a la Secretaría Académica que controle el cumplimiento de los artículos 5º y 6º y de la reglamentación correspondiente al máximo de puntos del Ciclo Profesional Orientado permitidos por período lectivo.

Art. 8º - Una vez cumplido el procedimiento del artículo 7º, la Secretaría de Investigación remitirá las solicitudes de los/as estudiantes elegibles al/a la docente-investigador/a a cargo del seminario. Las y los estudiantes serán seleccionadas/os por el o la docente-investigador/a a cargo del seminario, en base a:

- i) Su promedio (sin contar las calificaciones del Ciclo Básico Común);
- ii) Sus antecedentes, evidenciados en su *curriculum vitae*;
- iii) Una breve declaración de interés;
- iv) Su manejo de idiomas, en caso de ser relevante para el seminario en cuestión;
- v) Una entrevista personal, si el o la docente-investigador/a lo considerara necesario.

Art. 9º - El o la docente-investigador/a podrá seleccionar un número menor al cupo máximo de estudiantes determinado para el seminario. El o la docente-investigador/a presentará a la Secretaría de Investigación el listado de estudiantes seleccionadas/os, que será irrecurrible.

Art. 10 - En caso de que el o la docente-investigador/a a cargo del seminario no pudiera hacerse cargo de la selección de los estudiantes, ésta se realizará por estricto orden de promedio (sin contar las calificaciones del Ciclo Básico Común).

Art. 11 - La Secretaría de Investigación remitirá a la Secretaría Académica el listado de estudiantes seleccionados/as antes de la fecha de inscripción a materias del cuatrimestre, a fin de que ésta elabore las actas correspondientes.

Sección IV - De los seminarios

Art. 12 - La programación anual de los seminarios deberá, en lo posible, abarcar temáticas amplias (transversales a varias disciplinas jurídicas), para tratar de incluir las inquietudes académicas de la mayor cantidad de alumnos.

Art. 13 - En todos los casos, para aprobar el seminario, las y los estudiantes deberán realizar un trabajo de investigación, orientado a producir conocimiento jurídico original y relevante.

Sección V - De la finalización de los seminarios

Art. 14 - Las y los estudiantes que aprueben los seminarios recibirán un (i) punto del Ciclo profesional Orientado por cada doce (12) horas de seminario.

Art. 15 - La Secretaría de Investigación fomentará la difusión de aquellos trabajos resultantes de los seminarios que así lo ameriten a juicio de los y las docentes-investigadores/as a cargo. Los y las autores/as de los mismos gozarán de completa libertad para disponer de sus trabajos, pero deberán mencionar que éstos fueron el resultado de un seminario correspondiente al presente programa.

Sección VI - De la organización en general

Art. 16 - En todas aquellas cuestiones no resueltas específicamente por este reglamento o por el programa general de cada seminario, se aplicará subsidiariamente el Reglamento General de Cursos.

Anexo II

Reglamento del "Programa de Estudiantes Adscriptas/os a Actividades de Investigación"

Sección 1 - Del Programa

Artículo 1º - La Secretaría de Investigación podrá organizar una convocatoria cuatrimestral para los y las docentes-investigadores/as de la

Facultad que estén dispuestos/as a contar con un/a estudiante adscrito/a para asistirlos/as en sus tareas de investigación.

Sección II - De las y los docentes y su inscripción al programa

Art. 2º - Podrán participar del programa, en calidad de directores de adscriptos/as, aquellos/as profesores/as regulares de la Facultad que además:

- i) Sean investigadores/as del Instituto de Investigaciones Sociales y Jurídicas Ambrosio L. Gioja; o
- ii) Tengan dedicaciones docentes exclusivas o semiexclusivas en esta Universidad; o
- iii) Sean directores/as o co-directores/as de un proyecto UBACyT, DeCyT u otro de jerarquía equivalente; o
- iv) Sean investigadores/as de carrera del Conicet.

Art. 3º - Los y las docentes-investigadores/as interesados/as en participar del programa deberán presentar la documentación solicitada por la Secretaría de Investigación en los plazos y modalidades estipulados por ésta para cada convocatoria.

Art. 4º - Una vez finalizado el período de inscripción para docentes-investigadores/as, la Secretaría de Investigación realizará la convocatoria para la inscripción de los y las estudiantes.

Sección III - De las y los estudiantes y su inscripción al programa

Art. 5º - Serán elegibles para participar del seminario aquellos/as estudiantes que, al momento de la inscripción, hayan aprobado las catorce asignaturas del Ciclo Profesional Común y tengan un promedio no menor a siete puntos (sin contar las calificaciones del Ciclo Básico Común). No serán elegibles aquellos/as estudiantes que ya hayan participado del presente programa.

Art. 6º - La Secretaría de Investigación realizará una convocatoria destinada a todos/as los y las estudiantes elegibles. Los resultados del proceso de selección serán anunciados con anterioridad a la fecha de inscripción a materias del cuatrimestre correspondiente.

Art. 7º - En la convocatoria se difundirá -como mínimo- la siguiente información:

- i) Nombre y apellido, y dirección de correo electrónico de las y los docentes-investigadoras/es participantes;
- ii) Departamento académico en que se acreditarán los puntos;
- iii) Título y descripción del trabajo de investigación que está realizando cada docente-investigador/a;
- iv) Requisitos de idioma;
- v) Otra información que el o la docente-investigador/a considere de interés.

Art. 8º - Las y los estudiantes elegibles que estén interesadas/os en participar del programa deberán contactarse con las y los docentes-investigadoras/es por correo electrónico, con copia a la Secretaría de Investigación, para presentarles su candidatura. La Secretaría de Investigación establecerá pautas mínimas acerca de la información que las y los estudiantes deberán enviar a las y los docentes-investigadoras/es.

Art. 9º - La selección de cada adscripto/a será realizada por los y las propios/as docentes-investigadores/as en base a los antecedentes de cada estudiante, pudiendo además mantener entrevistas con los y las estudiantes antes de tomar la decisión definitiva.

Art. 10 - Vencido el plazo establecido, cada docente-investigador/a informará a la Secretaría de Investigación el nombre del o de la estudiante adscripto/a elegido/a. Cada investigador/a podrá elegir un/a solo/a adscripto/a para trabajar con él/ella durante el cuatrimestre.

Art. 11 - Los y las estudiantes seleccionados/as deberán presentar en tiempo y forma la documentación que la Secretaría de Investigación les solicite.

Art. 12 - La Secretaría de Investigación remitirá a la Secretaría Académica un listado con los nombres de los y las estudiantes adscriptos/as seleccionados/as, antes de la fecha de inscripción a materias del cuatrimestre, a fin de que ésta controle el cumplimiento del artículo 5º y que ningún/a estudiante exceda el máximo de créditos del Ciclo Profesional Orientado permitidos por período lectivo, de acuerdo con la reglamentación correspondiente. En caso de que algún/a estudiante no cumpliera

con los requisitos del artículo 5º, se le informará al/a la docente-investigador/a y al/a la estudiante que no podrá participar del programa.

Sección IV - Del trabajo de las/os adscriptos/os y su acreditación

Art. 13 - Los y las estudiantes adscriptos/as deberán cumplir un mínimo de cuarenta y ocho (48) horas totales de trabajo.

Art. 14 - El o la estudiante adscripto/a deberá asistir al/a la docente-investigador/a en sus tareas de investigación, por ejemplo, buscando bibliografía e información, verificando las fuentes, aportando sugerencias sobre el trabajo, etc. Sin perjuicio de lo anterior, el o la estudiante podrá, a su vez, trabajar sobre investigaciones propias relacionadas con las de su director/a, con la autorización de éste/a.

Art. 15 - Una vez finalizado el trabajo, el o la director/a deberá elaborar un informe respecto del desempeño del/de la adscripto/a, y dirigirlo a la Secretaría de Investigación. La calificación final será "Aprobado" o "Desaprobado".

Art. 16 - La Secretaría de Investigación remitirá los informes mencionados en el artículo anterior a la Secretaría Académica, que los remitirá a su vez al Consejo Directivo para la acreditación de los puntos correspondientes.

Art. 17 - Aquellos y aquellas estudiantes que aprueben el trabajo de acuerdo con la calificación presentada por el o la docente-investigador/a, recibirán dos puntos del Ciclo Profesional Orientado.

Sección V - De la organización en general

Art. 18 - En todas aquellas cuestiones no resueltas específicamente por este reglamento, se aplicará subsidiariamente el Reglamento General de Cursos.

Anexo

Reglamento del "Programa de Acreditación de Puntos del CPO por Actividades de Investigación"

Artículo 1º - Las y los estudiantes que sean integrantes de un proyecto UBACyT o DeCyT radicado en esta Facultad podrán inscribirse en la

Secretaría de Investigación para solicitar la acreditación de cuatro puntos del Ciclo Profesional Orientado por el desarrollo de tareas de investigación durante un período no menor a doce(12) meses, de acuerdo a lo dispuesto por el presente reglamento.

Art. 2º - Podrán inscribirse al programa aquellos y aquellas estudiantes que:

- i) Hayan aprobado las catorce asignaturas del Ciclo Profesional Común;
- ii) Tengan un promedio no menor a siete puntos (sin contar las calificaciones del Ciclo Básico Común);
- iii) No hayan participado previamente del presente programa;
- iv) Sean integrantes de un proyecto de investigación UBACyT y/o DeCyT radicado en esta Facultad en el que puedan desarrollar al menos un año de trabajo; y
- v) Realicen un trabajo sustantivo individual de investigación en el marco del proyecto.

Art. 3º - El trámite de inscripción se iniciará con la presentación ante la Secretaría de Investigación de:

- i) Un formulario que la Secretaría de Investigación preparará a tales efectos, y que deberá llevar la firma del/de la estudiante y del/de la director/a del proyecto; y
- ii) Documentación probatoria del cumplimiento de los requisitos.

Art. 4º - En el formulario, el o la directora/a deberá indicar el Departamento en el que considera que deben acreditarse los puntos. Previa intervención de la Secretaría de Investigación, la documentación se remitirá a la Secretaría Académica para que ésta tome la decisión definitiva, luego de haber controlado el cumplimiento de los requisitos de los incisos i), ii) y iii) del artículo 2º.

Art. 5º - Habiendo transcurrido al menos doce (12) meses de la notificación al/a la estudiante de la decisión referida en el artículo anterior, éste/a podrá solicitar la acreditación de los puntos, presentando la siguiente documentación ante la Secretaría de Investigación:

- i) Informe del/de la directora/a del proyecto de investigación sobre las actividades desarrolladas por el o la estudiante, en el que se avale la acreditación de los puntos; y

- ii) Memoria (informe final) redactada por el o la estudiante, presentada de acuerdo con las pautas establecidas a tal efecto por la Secretaría de Investigación.

Art. 6° - La Secretaría de Investigación remitirá las presentaciones que cumplan con todos los requisitos a la Secretaría Académica, la que a su vez, las elevará al Consejo Directivo para la acreditación de los puntos correspondientes.

Anexo IV

Reglamento del "Programa de Reconocimiento de Cursos del CPO orientados a la Investigación"

Sección I - Del programa y la convocatoria

Art. 1° - Con la finalidad de apoyar y fomentar la vinculación entre la investigación y la enseñanza de grado en el Ciclo Profesional orientado, la Facultad de Derecho reconocerá institucionalmente los cursos orientados a la investigación, y les brindará difusión y asistencia a través de la Secretaría de Investigación.

Art. 2° - Se considerará "Curso orientado a la investigación" aquel destinado principalmente a producir un conocimiento jurídico original y relevante.

Art. 3° - La Secretaría de Investigación realizará una convocatoria anual destinada a las y los docentes-investigadores/as que dicten cursos del Ciclo Profesional Orientado que, a su juicio, cumplan con los requisitos para ser reconocidos como "Cursos orientados a la investigación".

Sección II - De los "Cursos orientados a la investigación"

Art. 4° - Ante cada convocatoria, la Secretaría de Investigación designará *ad hoc* una Comisión Evaluadora para el proceso de selección del programa.

Art. 5° - La Comisión Evaluadora realizará una primera selección en la que determinará cuáles de los cursos presentados en la convocatoria cumplen con los requisitos para ser considerados "Cursos orientados a la investigación".

Art. 6º - La Comisión Evaluadora podrá seleccionar diferentes cursos dictados por el/la mismo/a docente-investigador/a.

Sección III - De los subsidios para actualización bibliográfica

Art. 7º - Entre aquellos cursos designados como "Cursos orientados a la investigación", la Comisión Evaluadora elegirá un máximo de diez para que reciban un subsidio de \$ 500 (quinientos pesos) cada uno, destinado exclusivamente a la compra de material bibliográfico para la actualización de los contenidos del curso. Para ello, la Comisión tendrá en cuenta los antecedentes del/de la docente-investigador/a, las características del curso ofertado, y los resultados previstos en caso de recibir el subsidio.

Además, intentará que la diversidad temática de la investigación en la facultad se vea representada en la distribución de los subsidios.

Art. 8º - Los libros adquiridos con el subsidio deberán ser entregados a la Biblioteca de la Facultad transcurrido un año desde el momento de su compra. El o la docente-investigador/a deberá presentar la rendición de cuentas de sus gastos y los comprobantes de donación a la Biblioteca ante la Secretaría de Investigación, que los remitirá a la Secretaría de Hacienda, a sus efectos.

Art. 9º - Podrán ser beneficiarios de un subsidio diferentes "Cursos orientados a la investigación" dictados por el/la mismo/a docente-investigador/a.

