

LECCIONES
Y
ENSAYOS

FACULTAD DE DERECHO

Decano

Dr. Alberto J. Bueres

Vicedecano

Dr. Marcelo Gebhardt

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Directora

Mary Beloff

Subdirector

Luis R. J. Sáenz

Secretario

Jonathan M. Brodsky

**CONSEJO DE REDACCIÓN
SEGUNDO SEMESTRE 2017**

Director

Ramiro Manuel Fihman

Subdirectora

Dominique Steinbrecher

Secretario de Redacción

Ignacio Josué Arrossagaray

Tutores/as

Juan Cruz López Guillermón

Karen Ailén Miranda

Redactores

Ezequiel Barnade

Ariel Salomon Liniado

Colaboradores/as

Lucia Belén Araque

John Antony Carlin Sanchez

Agustina Churba

Inés Colombato

Martina Galli

Maite Guerrero

Ignacio Hernández Desmery

Tamara Laznik

Federico Maximiliano Mantiñan

Lucila Martínez

Pablo Hernan Martos

Valentín Otiñano

Francisco Sáez Zamora

Andrea Schuster

Samantha Singer

Juan Manuel Vicente Herrero

Todos/as los/as integrantes del Consejo de Redacción son
estudiantes de grado de la Facultad de Derecho (UBA).

RÉPLICA

Lecciones y Ensayos invita a escribir respuestas o reacciones a los artículos publicados en la Revista. Para su publicación, dichas respuestas deberán ser enviadas, junto con los datos completos del/de la autor/a, a lye@derecho.uba.ar.

2017	99
------	----

FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

LECCIONES Y ENSAYOS

CONSEJO ASESOR

José Casás
María Laura Clérico
Anibal D'Auría
Marisa Herrera
Sandra Negro
Marcelo Raffin
Mario Villar

Algunos derechos reservados

Copyright by Departamento de Publicaciones
Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires
Av. Figueroa Alcorta 2263, 1° P (C1425CKB) -
Ciudad Autónoma de Buenos Aires – Argentina
Queda hecho el depósito que marca la ley 11.723

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

ISSN (en papel): 0024-0079.

ISSN (en línea): 2362-4620.

Los artículos de esta revista se distribuyen bajo una licencia Atribución-NoComercial-Sin-Derivadas 2.5 Argentina (CC BY-NC-ND 2.5 AR) <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/ar/>

Usted es libre para: Compartir, copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato, bajo las siguientes condiciones: atribuir correctamente la fuente, proveer un link a la licencia, e indicar cualquier cambio en el material; no puede hacer uso del material con fines comerciales, ni distribuir el material modificado, en caso de mezcla, transformación o creación de nuevo material a partir de esta obra, sin permiso previo del editor y/o los respectivos autores.

Impreso en la República Argentina

Correspondencia: Dirigirse a

Departamento de Publicaciones
Facultad de Derecho - UBA
Av. Figueroa Alcorta 2263, 1° P
(C1425CKB) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina
Tel./Fax: (54-11) 5287-6762

ÍNDICE

Editorial	13
-----------------	----

LECCIONES

Kurlat Aimar, José Sebastián, <i>El objetivo de valor constitucional de la posibilidad de disponer de una vivienda digna en el derecho francés</i>	17
Montero, Julio, <i>El debate sobre el aborto en una sociedad democrática: un argumento liberal</i>	45
Rua, Juan Carlos, <i>La democracia no tiene sentido. Salvo que usted sea un demócrata, claro</i>	67
Stordeur, Eduardo (h.) y Trevisán, Pablo, <i>Comentario a las principales reformas del Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia: su racionalidad económica y experiencias en el derecho comparado</i>	93
Vita, Leticia, <i>¿Quién debe ser el guardián de la Constitución? Una relectura del debate entre Kelsen y Schmitt a la luz del caso Prusia contra Reich de 1932</i>	131

ENSAYOS

Varela, Natalia, <i>La garantía del juicio por jurados en la etapa recursiva</i>	169
--	-----

MISCELÁNEAS

- Ramallo, María de los Ángeles, *A dos años de la caída de Playboy. Debates en torno a la industria pornográfica* 197

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

- Antúnez, Dalile; Orlando, Federico; Ronconi, Liliana y Verbic, Francisco, *Tomarnos en serio la igualdad. Comentarios a “Más allá de la igualdad formal ante la ley: ¿qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?”* de Roberto Saba 215

PONENCIAS DEL V CONGRESO DE DERECHO PENAL, PROCESAL PENAL Y CRIMINOLOGÍA PARA ESTUDIANTES Y JÓVENES GRADUADOS

- Fernández Fiks, Tomás, *¿Retribucionismo solo para delitos de lesa humanidad?* 247
- Batagelj, Federico y Batagelj, Jeremías, *Restricción de libertades como respuesta a la violencia machista* 269
- ¿Cómo publicar y participar en *Lecciones y Ensayos?* 281

EDITORIAL

Esta edición de nuestra Revista, correspondiente al segundo semestre del año 2017, nos encuentra situados/as en un contexto político complejo. En el país un marcado clima de tensión está penetrando el entramado social, y eso, de alguna u otra forma, nos afecta como espacio de estudiantes de Derecho de la universidad pública. Somos conscientes de que, posiblemente, cuando estas reflexiones sean publicadas, la coyuntura habrá cambiado –para mejor o para peor– pero, a pesar de ello, no queremos dejar pasar la oportunidad de expresarnos, aunque sea en este pequeño espacio que es nuestro editorial.

El Derecho, en contextos de conflicto social, es un arma de doble filo. Nosotros y nosotras, desde el lugar –no menor– que ocupamos dentro de la academia jurídica, creemos que es imprescindible continuar pensando la forma en que lo usamos. Podríamos, sin dudas, usar el Derecho para enmarcar jurídicamente políticas de estado represivas; podríamos, además, encontrar en ciertos principios –o incluso también en derechos reconocidos– la justificación perfecta para legitimar la reproducción de las desigualdades a través del tiempo; no sería demasiado difícil, tampoco, simplemente no hacer nada, “mirar la película”, ser espectadores/as de las disputas de poder, y perpetuar nuestra pasividad a lo largo de los años.

Pero también podemos usar el Derecho para combatir discursos que, en general, suelen terminar constituyéndose como los cimientos argumentales de prácticas inaceptables en un Estado de Derecho. Los discursos discriminatorios, la creación conceptual de enemigos, la banalización del control ciudadano de las políticas públicas, la aparente irrelevancia del control entre los poderes del Estado, la intrascendencia asignada a la participación del pueblo en las decisiones sobre la cosa pública, entre otras, son cuestiones que deben ser minuciosamente puestas en jaque por los/as operadores/as jurídicos/as.

Dentro de algunas décadas, posiblemente podamos reflexionar acerca de qué aportamos como academia del Derecho. Será cuestión de ver, con sinceridad, a qué y a quiénes hemos sido funcionales con nuestros aportes a

esta rama del conocimiento. Para evitar librar esto al azar, hay un elemento que se plantea como fundamental para asegurarse, en buena medida, estar parados/as en la vereda correcta; y no es más que el pensamiento crítico.

La trampa del Derecho es que muchas veces es enseñado como un conjunto de normas estáticas, que están vigentes, y sobre cuya aplicación han escrito prestigiosas y prestigiosos juristas de renombre. Todo empieza y termina en análisis superfluos de interpretaciones posibles; lo que no suele abundar por los pasillos de la Facultad es el cuestionamiento a las normas y a lo que dicen los jueces sobre estas. Lo que generalmente no nos cuentan en las aulas es que, lo que aprendemos al estudiar y quizás nuestra posterior carrera profesional, pueda ser utilizado para mantener el estado de cosas de una sociedad y un mundo desigual, inequitativo, cruel e individualista.

Está en nosotros y nosotras, como generación hija de la democracia, intentar darle al Derecho y a su comunidad académica un perfil activo, coherente y comprometido con la defensa de los derechos que, históricamente, el propio discurso jurídico se encargó de erosionar.

Como siempre, esperamos que esta edición les resulte de interés y, nuevamente, invitamos a todos y todas los/as estudiantes de la Facultad de Derecho de la UBA a formar parte de *Lecciones y Ensayos*.

CONSEJO DE REDACCIÓN

LECCIONES

EL OBJETIVO DE VALOR CONSTITUCIONAL DE LA POSIBILIDAD DE DISPONER DE UNA VIVIENDA DIGNA EN EL DERECHO FRANCÉS*

JOSÉ SEBASTIÁN KURLAT AIMAR**

Resumen: El texto de la Constitución francesa de 1958 y los textos a los que ella reenvía no mencionan expresamente un derecho a la vivienda. Sin embargo, ello no fue obstáculo para que el juez constitucional consagre un objetivo de valor constitucional: la posibilidad de toda persona de disponer de una vivienda digna. Este mecanismo, propio al derecho galo, se integra de manera *sui generis* a las reglas y principios de referencia del control de constitucionalidad –el llamado bloque de constitucionalidad–. El presente texto se interroga sobre la naturaleza y alcances de dicho objetivo constitucional. En un primer momento, es analizada la consagración de este. En segundo término, nos concentramos sobre su vocación primera: encuadrar la legislación. Finalmente, son estudiadas sus principales consecuencias contenciosas. Ciertamente, el pretor encuentra este objetivo constitucional con anclaje en los párrafos 10 y 11 del Preámbulo de 1946 y en el principio de la dignidad de la persona. A su vez, el objetivo de valor constitucional opera de manera teleológica, para el futuro, dando lugar a una progresividad limitada y a una posible sanción de la omisión inconstitucional. Su puesta en marcha implica ciertas tensiones con el derecho de propiedad y con otros derechos y libertades.

Palabras clave: vivienda – encuadramiento constitucional – objetivo de valor constitucional – Francia – derechos económicos y sociales

* Recepción del original: 24/6/2017. Aceptación: 21/8/2017.

** Doctor en Derecho – Universidad de Buenos Aires / Docteur en Droit – Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Miembro de la Asociación Francesa de Derecho Constitucional (AFDC), del Centro de Investigaciones de Derecho Constitucional (CRDC) de la Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Investigador Adscripto del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja” de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Abstract: The text of the French Constitution of 1958 and the texts to which it refers do not expressly mention a right to housing. However, this did not prevent the constitutional judge to consecrate an objective of constitutional value: the possibility for everyone to have access to adequate housing. This *sui generis* mechanism integrates the constitutional rules and principles —the so-called constitutional block—. This text questions the nature and scope of this constitutional objective. Firstly, we will analyze its consecration. Secondly, we will focus on its primary vocation: framing the legislation. Finally, we will study its main contentious consequences. Indeed, the judge finds this constitutional objective within the 10th and 11th paragraph of the Preamble of 1946 and in the Principle of the dignity of the person. At the same time, the objective of constitutional value operates in a teleological way, for the future, resulting in limited progressiveness and a possible penalty of the unconstitutional omission. Its implementation involves certain tensions with Property rights and other rights and freedoms.

Keywords: housing – constitutional framework – objective of constitutional law – France – social and economic rights

I. INTRODUCCIÓN

“[...] para cada derecho, nos preocupamos no solamente por afirmar sus principios sino por definir los medios concretos de su realización”.¹ Esta aseveración de una obra clásica del Derecho Constitucional francés de la posguerra revela un sentido profundo para el objeto de la presente contribución. La categoría de los derechos sociales, en efecto, muestra que resulta inútil consagrar los derechos liberales civiles y políticos sin considerar la pertenencia del individuo a la comunidad social.²

1. *Cfr.* DUVERGER, M., *Droit constitutionnel et institutions politiques*, París, PUF, 1959, p. 358.

2. Ver GICQUEL, J. y GICQUEL, J. E., *Droit constitutionnel et institutions politiques*, París, Domat, 2008, p. 97; BOSSUYT, M., “La distinction juridique entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels”, en *Revue des droits de l’homme*, Vol. VIII, n° 4, 1975, p. 783; DRAGO, R., “La protection des droits économiques et sociaux en France”, en DRAGO, R., *et al.*, *Vers une protection efficace de droits économiques et sociaux?*, Bruselas, Bruylant, 1973, pp. 37-47; LE POURHET, A. M., *Droit constitutionnel*, París, Economica, 2008, p. 138.

Es históricamente interesante tener en cuenta que la mayoría de los derechos sociales constitucionales en Francia figuran en el Preámbulo de la Constitución de 1946. Por una suerte de mecanismo de "muñeca rusa", el Preámbulo de la Constitución de 1958 reenvía a este texto que sirve a su turno de norma de referencia en ocasión del ejercicio del control de constitucionalidad. Debe notarse que ninguna mención a la vivienda figura en este.

El Derecho Constitucional galo, pese a esta ausencia normativa, desarrolló un objetivo de valor constitucional. Esta noción actúa como un vector que canaliza una protección constitucional en determinada materia y produce consecuencias jurídicas en un contencioso de la norma. Tal es entonces la definición de los términos de este trabajo: ausencia de derecho constitucional subjetivo y presencia de un objetivo de valor constitucional. El perímetro de nuestro estudio, por su parte, estará constituido por el análisis de la consagración de este objetivo constitucional (II), su función, tendiente a encuadrar la legislación (III), y sus implicancias contenciosas (IV).

II. EL RECONOCIMIENTO DE UN OBJETIVO DE VALOR CONSTITUCIONAL

Este objetivo fue establecido en dos etapas. En un primer momento, el Consejo Constitucional, en su decisión n° 90-274 DC del 29 de mayo de 1990, reconoce que la promoción de la vivienda de las "personas desfavorecidas" responde a una "exigencia de interés nacional", sin precisar su valor constitucional.³ Seguidamente, en su decisión n° 95-359 DC del

3. La decisión que precisa que las acciones llevadas adelante para garantizar la vivienda a personas desfavorecidas responden a una exigencia de "interés nacional" versa sobre la libre administración de las colectividades territoriales, en el marco de la ley n° 90-449 del 31 de mayo de 1990 tendiente a la puesta en marcha del derecho a la vivienda. En la especie, la institución de un ingreso mínimo de inserción se tradujo en un retorno a los mecanismos anteriormente aplicados de distribución de competencias y financiamientos. En esta decisión, el Consejo Constitucional afirma sin ambigüedad la facultad del legislador de instaurar en las colectividades territoriales ciertas categorías de gastos obligatorios. Esta facultad no es sin embargo ilimitada: por un lado, el legislador debe señalar con precisión el valor y el alcance de las obligaciones así impuestas, exigencia que excluye todo reenvío importante al poder reglamentario. Por otra parte, la instauración de las contribuciones obligatorias no debe desconocer la competencia propia de las colectividades territoriales ni obstaculizar su libre administración. En resumen, la misma debe tener una justificación real y un alcance

19 de enero de 1995, la jurisdicción constitucional consagró el objetivo de valor constitucional relativo a la posibilidad de “toda persona” (aspecto cuantitativo) de disponer de una “vivienda digna” (aspecto cualitativo). Mientras que en 1990 la exigencia de interés nacional concernía únicamente a las “personas desfavorecidas”,⁴ esta decisión tendió a la inclusión de las personas de ingresos modestos y no exclusivamente a las personas en situación de calle o indigentes. En lo que respecta al aspecto cualitativo, la noción de “vivienda digna” fue acusada de imprecisa por los 60 diputados que demandaron ante el Consejo Constitucional la inconstitucionalidad de la ley relativa a la solidaridad y a la renovación urbana que dio lugar a la decisión n° 2000-436 DC. La definición de vivienda digna considerada por el juez como “suficientemente precisa” es la de “una vivienda que no presente riesgos manifiestos que puedan atentar contra la seguridad física o la salud y dotada de elementos conforme a los usos habitacionales”.⁵ Incluso cuando se trata de una definición vaga, ella permite asociar la “vivienda” a un verdadero “hábitat” y no a un simple refugio. Por otra parte, una definición más precisa hubiera tornado difícil la concretización del objetivo de valor constitucional. Sin embargo, esta indeterminación fue identificada por una parte de la doctrina como un factor que torna menos vasto el campo de aplicación de este objetivo constitucional en comparación con los restantes.⁶

El Consejo Constitucional dedujo este objetivo de un cúmulo de tres referencias textuales que se superponen entre sí.⁷ Por un lado, los párrafos

limitado. Ver nota de PRÉTOT, X., *Droit sanit. et soc.*, 26 (4), oct.-dic. 1990, p. 714. Así, “[...] pertenece al legislador la facultad de definir las competencias respectivas del Estado y de las colectividades territoriales en lo que concierne las acciones a llevar adelante para promover la vivienda de las personas desfavorecidas que responde a una exigencia de interés nacional”. Cfr. cons. n° 14, decisión n° 90-274 DC del 29 de mayo de 1990.

4. Ver cons. n° 13, decisión n° 90-274 DC del 29 de mayo de 1990, precitada.

5. Cons. n° 55 de la decisión n° 2000-436 DC del 7 de diciembre de 2000.

6. Por ejemplo, “[a] propósito, en primer lugar, de las palabras ‘toda persona’, podemos preguntarnos si ellas implican que los discapacitados puedan disponer de viviendas especialmente adaptadas”. Cfr. DE MONTALIVET, P., *Les objectifs à valeur constitutionnelle (tesis)*, París, Univ. Panthéon-Assas (París II), 2004, p. 329. En cuanto a la “vivienda”, ella es definida en CORNU, G., *Vocabulaire Juridique*, París, PUF, 2011, p. 144, como “[i]nmueble construido sirviendo de habitación principal (o secundaria) de una persona o de una familia que la ocupa a título de propietario, de inquilino o de ocupante”.

7. Ver nota de JORION, B., *AJDA*, 1995, p. 457.

10 y 11 del Preámbulo de 1946 (II.A), por otro lado, el principio de la “dignidad” de la persona (II.B).

II.A. La referencia a los párrafos 10 y 11 del Preámbulo de 1946

Siguiendo la sugerencia de los requirentes y sin dificultades, el Consejo Constitucional se refiere expresamente a los párrafos 10 y 11 del Preámbulo de 1946.⁸ Así, según el alto tribunal, asegurar al individuo y a las familias las “condiciones necesarias para su desarrollo” (párrafo 10) y garantizar la “protección de la salud”, “la seguridad material” y “el descanso” (párrafo 11), implican necesariamente disponer de una vivienda.

En efecto, sobre los principios afirmados por el Preámbulo en 1946, el Consejo Constitucional reconoció progresivamente la mayoría de los derechos económicos y sociales de valor constitucional: derecho al trabajo (5^o párrafo), derechos sindicales y derecho de huelga (6^o párrafo), principio de participación de los trabajadores en la determinación de las condiciones del empleo y en la gestión de la empresa (8^{vo} párrafo), derecho a la salud y a la seguridad (11^{mo} párrafo). La filosofía de la totalidad del Preámbulo tiende a insertar en la continuidad constitucional la proclamación de principios políticos, económicos y sociales particularmente necesarios en nuestros tiempos para completar las libertades y derechos fundamentales de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano del 26 de agosto de 1789. Se trató de una reforma de las instituciones al servicio de una concepción renovada de la democracia, “[...] menos formal, más abierta a las realidades económicas y sociales, más preocupada por la solidaridad en el seno de la colectividad”. Es la “[...] síntesis entre los principios del liberalismo político que postulan la preservación del ciudadano contra los abusos estatales y la llegada de la democracia económica y social que implica, a la inversa, la intervención de las personas públicas”.⁹

8. Ver cons. n° 4 y 5, decisión precitada. También llama la atención que los requirentes habían invocado el principio que surge del segundo párrafo del Preámbulo (derecho a una vida familiar normal) en los términos de la decisión n° 325-93 DC del 13 de agosto de 1993 relativa a la ley sobre el encuadramiento de la inmigración. La demanda introductoria de instancia mostraba la imposibilidad de ejercer este derecho sin acceso a una vivienda. Sin embargo, el Consejo Constitucional no se sirvió de esta jurisprudencia.

9. Cfr: CONAC, G.; PRÉTOT, X. y TEBOUL G., *Le Préambule de la Constitution de 1946. Histoire, analyse et commentaires*, París, Dalloz, 2001, p. 48.

Sin embargo, “[...] ningún derecho de esta naturaleza había sido objeto de una creación *ex nihilo* por el Consejo Constitucional [quien efectuando] referencias casi sistemáticas al Preámbulo y a la Declaración [había evitado] pronunciarse sobre la constitucionalidad de los nuevos derechos no inscriptos en alguno de estos textos”.¹⁰ En particular, los llamados derechos-acreencia no figuran sino en textos internacionales, los que según el Consejo Constitucional no integran al bloque de constitucionalidad. Corresponde tener en cuenta, sin embargo, que lo que el alto Consejo mencionó no es un verdadero derecho sino una posibilidad. Consagrar un auténtico derecho a la vivienda hubiera sido mucho más percutiente y el juez se abstuvo de ello. Yendo más allá de lo que los requirentes habían demandado, esta decisión se funda igualmente y de manera cumulativa en el principio de valor constitucional de la “salvaguarda de la dignidad de la persona”.¹¹

II.B. La referencia al principio de la “dignidad de la persona”

Esta filiación entre la posibilidad de disponer de una vivienda digna y el principio de la dignidad de la persona muestra que esta implica la referencia a condiciones adecuadas de existencia. El Consejo ya había consagrado, en ocasión de las leyes relativas a la bioética en 1994, la salvaguarda de la “dignidad de la persona contra toda forma de servilismo y de degradación”.¹²

10. ZITOUNI, F., “Le Conseil Constitutionnel et le logement des plus démunis”, en *LPA*, n° 6, 1996, p. 16.

11. Ver cons. n° 6, decisión precitada.

12. *Cfr.* C.C., decisión n° 94-343 DC del 27 de julio de 1994. Este fallo declara conformes a la Constitución dos leyes relativas al respeto del cuerpo humano y a la donación y utilización de productos del cuerpo humano, a la asistencia médica para la procreación y al diagnóstico prenatal. Esta decisión se funda en la frase preliminar del Preámbulo de la Constitución de 1946 que proclama: “[t]ras la victoria de los pueblos libres sobre los regímenes que pretendieron sojuzgar y degradar la persona humana, el pueblo francés proclama de nuevo que cualquier ser humano, sin distinción de raza, religión o creencias, posee derechos inalienables y sagrados”. La dignidad no figura expresamente en ningún texto constitucional y por ello la doctrina la veía como ligada lógicamente y conceptualmente a este texto, puesto que la condena constitucional de la degradación de la persona humana implica necesariamente el reconocimiento de su dignidad. Según Bertrand Mathieu, la degradación de la persona humana reenvía necesariamente y, entre otras, a las experiencias “médicas” y eugenésicas de la Alemania nazi. Ver su nota, *RFDA*, n° 10 (5), sept.-oct. 1994, pp. 1021 y ss.

Ahora bien, la deficiente argumentación en materia de vivienda se encuentra para algunos autores en su débil anclaje textual.¹³ A pesar de su consagración en ciertos textos internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos,¹⁴ la “dignidad”, en cuanto tal, no es nombrada por ningún texto constitucional francés. Parte de la reflexión doctrinal manifiesta así que si bien esta noción se aplica en materia de manipulaciones genéticas, es difícil de transpolar al campo de la vivienda. Esto puede explicar que ningún párrafo del Preámbulo de 1946 fue mencionado en la decisión que consagra el objetivo de valor constitucional de la vivienda digna sino que este fue citado enteramente, contrariamente a la decisión “bioética” del 27 de julio de 1994. La crítica es entonces relativa a una interpretación vaga del principio de dignidad. El riesgo es el de perder la especificidad de la noción “diluida, rebajada al nivel de cualquier derecho social”.¹⁵

Otros estiman que sería inoportuno culpar al Consejo Constitucional por este avance jurisprudencial. En primer lugar, esta disposición permite otorgar un contenido “cualitativo” a la protección del ser humano y de su libertad. El principio de dignidad devendría, junto con el de libertad e igualdad, el tercer gran principio constitucional protector de los derechos humanos en Francia. En efecto, tendría vocación de reagrupar todos los derechos sociales. Como señaló François Luchaire: “La dignidad del ser humano resume esencialmente lo que podemos clasificar como una segunda generación de derechos y libertades [...] El Preámbulo de 1946 tiene por objeto esencial el de exigir de la sociedad misma no solamente abstenciones, sino también las prestaciones materialmente indispensables

13. En su nota en *LPA*, 7 de junio de 1995, pp. 9-10, Bertrand Mathieu juzga esta referencia a la noción de dignidad humana como superabundante.

14. Declaración Universal de los Derechos Humanos, preámbulo.

15. Ver MATHIEU, B., “La dignité de la personne humaine: quel droit? Quel titulaire?”, en *Recueil Dalloz*, 1996, p. 285. Desde el punto de vista jusfilosófico, el jusnaturalismo racionalista kantiano mostró desde siempre una centralidad en la consideración de la dignidad humana. Así, por ejemplo: “[l]a dignidad que consagra la esencia misma del hombre es considerada como un derecho natural fundamental, preexistente a toda construcción jurídica, y que trasciende a los otros derechos y libertades. Ella testimonia de la exigencia ética suprema pues este derecho tiene carácter absoluto: se trata de un ‘imperativo categórico’ según Kant”. Cfr. GODFRIN, V., “Le droit au logement: un exemple de l’influence des droits fondamentaux sur le droit de propriété”, en PÉDROT, P. (dir.), *Éthique, droit et dignité de la personne humaine*, París, Economica, 1999, p. 150.

para la dignidad del ser humano”.¹⁶ En segundo lugar, se ha dicho que allí se encuentra justamente el carácter innovador de la decisión. Las malas condiciones habitacionales implican “formas de degradación” y el principio de la dignidad postula asimismo la igualdad de todos los miembros de la comunidad, lo que se opone a prácticas discriminatorias. La necesaria interdependencia de los miembros de la colectividad impone la obligación para cada uno de ellos de respetar y ayudar a sus semejantes. Así, la perspectiva abierta por el juez no es la de un recurso individual accesible a quienes sufren de precariedad habitacional; el derecho a la dignidad es concebido como fuente de una obligación positiva que pesa sobre la totalidad de la colectividad (deber de solidaridad).¹⁷ Finalmente, otro sector doctrinal señala que podemos concebir el principio de dignidad como un principio “matriz” que permite al juez constitucional operar su control en base a postulados verdaderamente fundamentales.¹⁸

Con todo, la fórmula utilizada por el Consejo Constitucional pareciera atestiguar de una cierta ambigüedad. En efecto, algunos autores muestran que la yuxtaposición de los términos “objetivo” y “posibilidad” corresponde a un mecanismo hábil para vaciar de contenido el contencioso entre los diputados requirentes y las observaciones del gobierno en réplica.¹⁹

La principal consecuencia del desarrollo de este objetivo de valor constitucional es la consagración de un mecanismo para encuadrar la legislación.

16. *Cfr.* JORION, B., ob. cit., p. 457.

17. *Ver* ZITOUNI, F., ob. cit., p. 18.

18. “Ciertos principios devienen principios mayores, ‘principios-matriz’, pues engendran otros derechos de alcances y valores diferentes: El derecho a la dignidad es la matriz de un cierto número de garantías que formalmente son legales pero cuya protección es necesaria para asegurar el respeto del principio en sí mismo. Él sirve igualmente de fundamento a un objetivo constitucional, el de la vivienda digna. [...] Esta política de ‘principios-matriz’ permite al juez constitucional hacer versar su control sobre el respeto de los principios verdaderamente fundamentales ligados a la Constitución y cuya invocación no puede ser objeto de cuestionamiento”. *Cfr.* MATHIEU, B., “Pour une reconnaissance de ‘principes matriciels’ en matière de protection des droits de l’homme”, en *Recueil Dalloz*, 1995, pp. A-27 y A-28.

19. *Ver* SALES, E., *Le droit au logement dans la jurisprudence française. Etude comparée des jurisprudences constitutionnelle, administrative et judiciaire (tesis)*, Montpellier, Univ. Montpellier I, 2000, p. 164.

III. UN MECANISMO PARA ENCUADRAR LA LEGISLACIÓN

El dispositivo del objetivo de valor constitucional consiste en una articulación entre objetivos planteados a nivel constitucional y medios definidos a nivel legislativo. En derecho francés, la expresión “objetivo de valor constitucional” nació en ocasión de la decisión del Consejo Constitucional n° 82-141 DC del 27 de julio de 1982 relativa a la ley sobre la comunicación audiovisual. Esta decisión operó la conciliación efectuada por el legislador entre el ejercicio de la libertad de comunicación resultante del artículo 11 de la DDHC y “[...] los objetivos de valor constitucional que son la salvaguarda del orden público, el respeto de la libertad ajena y la preservación del carácter pluralista de las corrientes de expresión socioculturales”.²⁰ A través de esta institución, el juez constitucional sujetó a una categoría jurídica vastos sectores de la vida nacional, tales como los objetivos de pacificación social en las relaciones de trabajo y de pluralismo y transparencia financiera de las empresas de prensa. Posteriormente, los objetivos de protección de la salud pública, de salvaguarda del orden público, de continuidad de los servicios públicos, de respeto a la libertad ajena y de lucha contra los fraudes fiscales fueron enunciados, hasta la consagración del objetivo de valor constitucional de la posibilidad para toda persona de disponer de una vivienda digna. Se trata, este último, de un objetivo que será nombrado en numerosas ocasiones.²¹

La naturaleza de los objetivos de valor constitucional se orienta a encuadrar la legislación. Como se observa, el derecho no es aquí considerado

20. Ver FAURE, B., “Les objectifs de valeur constitutionnelle: Une nouvelle catégorie juridique?”, en *RFDC*, 1995, p. 47. El autor muestra que, en realidad, la primera decisión en la materia es la n° 80-127 DC del 19 y 20 de enero de 1981. La clasificación de los objetivos de valor constitucional es presentada en tanto desmembramientos del interés general o caracterizada como respuestas constitucionales en los campos económicos y sociales en VERPEAUX, M. y MATHIEU, B., *Droit constitutionnel*, París, PUF, 2004, p. 263.

21. C.C.; decisión n° 95-371 DC del 29 de diciembre de 1995, “Ley de finanzas rectificativa para 1995”, *recueil* p. 265, cons. n° 6; decisión n° 98-403 DC del 29 de julio de 1998, “Impuesto sobre inhabilitaciones”, *recueil* p. 276, cons. n° 4, 7 y 37; decisión n° 2000-436 DC del 7 de diciembre de 2000, “Ley relativa a la solidaridad y renovación urbanas”, *recueil* p. 176, cons. n° 50 y 54; decisión n° 2001-455 DC del 12 de enero de 2002, “Ley de modernizaciones sociales”, *JO* del 18 de enero de 2002, p. 1053, cons. n° 94; decisión n° 2009-578 DC del 18 de marzo de 2009, “Ley de movilización por la vivienda y la lucha contra la exclusión”, *JO* del 27 de marzo de 2009, p. 5445, cons. n° 12 y 14.

como un “orden de coacción” (Kelsen) sino de manera teleológica (III.A), para el futuro (III.B).

III.A. Una noción constitucional teleológica

Se trata de un mecanismo que fija las orientaciones y las prioridades a seguir. Los objetivos de valor constitucional no suponen una regla de conducta material sino que imponen un objetivo a perseguir por el legislador y que no implica derechos subjetivos.

En derecho francés, el matiz entre derecho, principio y objetivo de valor constitucional es de importancia. Este matiz permite, en primer lugar, diferenciar las normas de referencia entre ellas, en cuanto a su naturaleza y en cuanto a su alcance. En efecto, el objetivo de valor constitucional no tiene un carácter normativo tal que el de los principios y reglas de valor constitucional sino de una norma de aplicación de un principio o de una regla en un sector o campo determinado. En segundo lugar, el objetivo de valor constitucional permite canalizar u orientar el ejercicio de un derecho o de una libertad fundamental tornando más fácil la conciliación de normas constitucionales entre sí y su puesta en marcha por el legislador. La mayor originalidad de los objetivos reside en su naturaleza finalista, al costado de las formas jurídicas tradicionales.

La ausencia de derecho subjetivo fue desde el principio claramente identificada en Francia cuando los objetivos de valor constitucional fueron analizados. Así: “[...] son imperativos ligados a la vida en sociedad, cuya consideración se impone al legislador, y que justifican limitaciones a los derechos y libertades clásicos [...] Los derechos-acreencia no son derechos subjetivos sino objetivos cuya puesta en marcha se impone al Estado y que benefician de un rol correctivo respecto de los principios de esencia liberal. Se trata, esencialmente, de principios directores que deben guiar al legislador”²² en su comportamiento futuro.

III.B. Una noción constitucional para el futuro

Si el objetivo de valor constitucional busca encuadrar la legislación futura, podemos preguntarnos en qué medida el derecho francés reconoce

22. *Cfr*: VERPEAUX, M. y MATHIEU, B., *ob. cit.*, p. 263.

un dispositivo de progresividad (III.B.1) y si él reconoce un control de la omisión inconstitucional (III.B.1).

III.B.1. Una progresividad limitada

La calificación de objetivo de valor constitucional se asociaba doctrinariamente a la jurisprudencia llamada del efecto “anti retorno” y, al mismo tiempo, a la del efecto “piso”. Según ciertos autores, la primera de estas categorías fue mencionada por el Consejo Constitucional en su decisión que calificó como objetivo de valor constitucional la posibilidad de disponer de una vivienda digna. Según esta técnica “[...] lo que se prohíbe es la regresión, no la progresión de un derecho o de una libertad fundamental”.²³ Sin embargo, otra corriente doctrinaria rechazó desde el principio el efecto “anti retorno” en materia de vivienda. En efecto, el “constantemente más” siempre fue rechazado en materia social²⁴ y debemos considerar que el estado actual de la jurisprudencia lo ha abandonado en su totalidad, puesto que el Consejo Constitucional se niega a instaurar una regla de no retorno hacia atrás.²⁵ En materia de vivienda, ciertos autores señalaron que “[...] el límite marcado al legislador no es una prohibición en general, sino una regresión tal que afecte en su esencia el derecho a condiciones de vida digna”.²⁶

Podríamos creer entonces que el objetivo constitucional de la vivienda digna beneficia de un efecto “piso”, según el cual, la reducción del alcance de un derecho es aceptable pero siempre debe existir un piso

23. Cons. n° 8, decisión n° 95-359 DC del 19 de enero de 1995 precitada: “[...] el legislador puede a tales fines modificar, completar o derogar las disposiciones legislativas promulgadas anteriormente con la única condición de no privar de garantías legales los principios constitucionales cuya puesta en vigencia tenían por objeto las mismas”. Cfr: GAÏA, P., nota a la decisión n° 95-359 DC del 19 de enero de 1995, en *RFDC*, n° 23, 1995, p. 584.

24. “En efecto, es tan simple utilizar la técnica del efecto ‘anti retorno’ para las garantías jurídicas establecidas en materia de libertades, las que otra ley no podría disminuir, como para nada evidente utilizar esta técnica en materia de derechos-prestación frente a los cuales el margen de indeterminación otorgado al legislador es necesariamente más grande”. Cfr: nota a la decisión n° 95-359 DC del 19 de enero de 1995 de JORION, B., en *AJDA*, 1995, p. 462.

25. Ver VIDAL-NAQUET, A., *Les garanties légales des exigences constitutionnelles dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, París, Univ. Panthéon Assas (Paris II), 2004, pp. 227 y ss.

26. Cfr: MATHIEU, B., nota en *A.I.J.C.*, 1997, XIII, p. 440.

mínimo impenetrable. Sin embargo, y según una investigación doctoral, la mención a las “garantías legales de las exigencias constitucionales” no implica un efecto “anti retorno” ni un efecto “piso” sino una categoría jurídica específica y autónoma que permite sintetizar estas expresiones jurisprudenciales. Ello significa, por un lado, que el control ejercido por el Consejo Constitucional sobre las modalidades de protección de la vivienda no depende de la legislación anterior. Al contrario, se ejerce también ante la hipótesis de situaciones nuevas. Por otro lado, nada asegura que la legislación anterior sea constitucionalmente adecuada, ni siquiera respecto de un estándar mínimo. Finalmente, el recurso a la noción de garantías legales de las exigencias constitucionales no reside en la interdicción de una regresión apreciada *in abstracto* sino en la existencia de un umbral modulable que se aprecia en condiciones concretas. “La movilidad de este umbral permite igualmente reservar en provecho del legislador diversas posibilidades de acción, sea que mejora las garantías de que disponen los ciudadanos, [...] sea que las modifica en un sentido diferente, a partir del momento en que son preservadas las garantías legales de las exigencias constitucionales”.²⁷

Podemos percibir entonces que el alcance de la idea de progresividad jurídica en materia de vivienda es muy limitado. Sin embargo, debemos considerar que una posible sanción de la omisión inconstitucional puede tener lugar.

III.B.2. Una posible sanción de la omisión inconstitucional

En teoría constitucional general, es decir, fuera del análisis de un Estado de derecho determinado, la inconstitucionalidad por omisión es el incumplimiento total o parcial de los mandatos concretos contenidos en las normas constitucionales por inacción de los poderes constituidos durante un plazo establecido en la Constitución o considerado razonable por otros medios. Este dispositivo se explica, sea por una fuerza normativa plena de la supremacía constitucional, sea por una suerte de “derecho a la norma”. Concretamente, el control de la inconstitucionalidad por omisión evita que tal o cual disposición constitucional sea platónica por la sola inacción de los poderes constituidos, típicamente la legislatura.

27. Cfr: VIDAL-NAQUET, A., *Les garanties légales...*, ob. cit., p. 239.

En el Derecho Constitucional extranjero, la Constitución de la ex Yugoslavia del 27 de Febrero de 1974 consagró por primera vez el instituto de la omisión inconstitucional.²⁸ Entre los textos en vigor, el artículo 283 de la Constitución portuguesa declara: “Cuando el Tribunal verifique la existencia de una inconstitucionalidad por omisión dará conocimiento de ello al órgano legislativo competente”. En América Latina, el artículo 103 inc. 2 de la Constitución brasileña y la Constitución de Venezuela²⁹ señalan un procedimiento en caso de omisión inconstitucional. Por vía jurisprudencial, la inconstitucionalidad por omisión se desarrolló en países como Austria, Estados Unidos, España y, recientemente, en Colombia.³⁰ Entre los países que consagraron este mecanismo a partir de normas *infra* constitucionales, encontramos a Costa Rica, a través la ley n° 7135 de jurisdicción constitucional³¹ y República Dominicana, a través el artículo 29 inc. 2 de la ley n° 821 de organización jurisdiccional.

Según la reflexión doctrinal francesa, el objetivo de valor constitucional se asemeja en ocasiones a un control de la omisión inconstitucional.³² Esto significa una evolución en la producción jurídica del Estado, dando lugar así a una legalidad programática. La competencia finalista del objetivo del legislador no se acompaña, sin embargo, de un método de interpretación teleológico según el cual el juez deduciría del objetivo todo poder útil a su realización. Por el contrario, la ley es examinada más bien a la luz de la de la contribución que aporta a la concreción del objetivo. En efecto, la inconstitucionalidad de una ley puede surgir, por una parte, de una violación pura y simple de un objetivo de valor constitucional. Este caso supone un control tradicional de la no conformidad de una ley al objetivo, en la especie, la posibilidad de disponer de una vivienda digna. Se trata del irrespeto de la Constitución en su carácter de norma superior. En este punto, los objetivos de valor constitucional serían asimilables a otras reglas y principios constitucionales. Pero, por otra parte, una ley puede ser censurada en razón de la no realización de un objetivo

28. Art. 377.

29. Art. 336.

30. Ver, por todos, BAZAN, V., “La inconstitucionalidad por omisión en el derecho comparado”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, México D.F., UNAM, 2006, p. 502.

31. Art. 29.

32. Ver GODFRIN, V., *Le droit au logement...*, ob. cit., p. 154.

constitucional. El control cambia en este caso de método y el examen versa aquí sobre la relación entre el objetivo buscado y los medios definidos por el legislador: se comparan los resultados obtenidos con los resultados deseados. Esta técnica, que podríamos considerar de evaluación legislativa, provoca la salida del juez de la estricta constatación del respeto de la jerarquía normativa. Si “[...] la utilidad de la ley deviene así la condición de su constitucionalidad,”³³ el derecho francés ha tomado uno de los aspectos del control de las omisiones inconstitucionales: el de sancionar la inconstitucionalidad de las leyes que no satisfacen suficientemente el objetivo buscado. Así, el juez constitucional verificó en numerosas ocasiones el grado de realización del objetivo. En su decisión n° 98-403 DC del 29 de julio de 1998 sobre la ley relativa a la diversidad del hábitat,³⁴ el juez constitucional consideró que el legislador no había desconocido ninguna de las garantías legales asociadas a la puesta en marcha de los principios constitucionales de desarrollo de la persona y de la familia, de seguridad material y, sobre todo, de dignidad que fundan el objetivo de la posibilidad de disponer de una vivienda digna.³⁵ En su decisión n° 98-403 DC del 29 de Julio de 1998, el Consejo Constitucional examinó la conformidad a la Constitución de la ley de orientación relativa a la lucha contra las exclusiones.³⁶ El objeto de la imposición tributaria establecida era el de incitar a los propietarios concernidos a poner en alquiler las viviendas vacantes susceptibles de ser arrendadas. Según el Consejo, ella tenía por finalidad responder al objetivo de valor constitucional del acceso a una vivienda digna, aumentando la oferta de viviendas destinadas a personas desfavorecidas.³⁷ Finalmente, el Consejo Constitucional declaró, en 2009,³⁸ que era posible que el legislador modificara, incluso para los acuerdos en curso, el marco legal aplicable a la atribución de viviendas y a la resciliación de tales contratos pues “[...] estas disposiciones contribuyen a la puesta en marcha del objetivo de

33. Ver FAURE, B., “Les objectifs de valeur constitutionnelle...”, ob. cit., p. 69.

34. Ley n° 94-624 del 21 de julio de 1994.

35. Ver “L’examen par le Conseil constitutionnel de la loi d’orientation relative à la lutte contre les exclusions”, en *LPA*, n° 91, 1998, pp. 3-4.

36. Ley n° 98-657 del 29 de julio de 1998.

37. Ver GUISELIN, E., “L’accès à un logement décent et le droit de propriété: Ni vainqueur ni vaincu”, en *LPA*, n° 51, 2000, p. 10.

38. Decisión n° 2009-578 DC, precitada.

valor constitucional que constituye la posibilidad para toda persona de disponer de una vivienda digna".³⁹

Desde la perspectiva de la eficacia normativa de la Constitución, resulta paradójica verificar que el Derecho Constitucional de un Estado que no consagra expresamente un derecho a la vivienda haya desarrollado una suerte de control de la omisión inconstitucional por la vía jurisprudencial. Profundizaremos a continuación las principales consecuencias contenciosas de este objetivo de valor constitucional.

IV. EL OBJETIVO DE VALOR CONSTITUCIONAL DE LA VIVIENDA DIGNA EN EL CONTENCIOSO CONSTITUCIONAL

El derecho francés no dispone de un mecanismo comparable al amparo del derecho latinoamericano o español. Sin embargo, este instituto guarda ciertas similitudes con el *référé* que constituye una vía procesal idónea para salvaguardar derechos fundamentales en el marco de un contencioso de una particular rapidez. A nuestros fines, nos referiremos al *référé administratif*.

En 2002, el Consejo de Estado había pronunciado un fallo "*Epoux Fofana*" rechazando considerar el "derecho a la vivienda" invocado por el requirente bajo forma de una libertad fundamental, en el marco de un *référé-liberté*. El Consejo declaró en ese momento: "[...] las circunstancias del caso no demuestran ninguna afección grave y manifiestamente ilegal a una libertad fundamental por una persona jurídica de derecho público en ejercicio de sus funciones".⁴⁰ El "derecho" a la vivienda no constituía una libertad fundamental susceptible de permitir la puesta en marcha del *référé-liberté* en los términos de la ley del 30 de Junio de 2000.⁴¹ La ley del 5 de Marzo de 2007,⁴² por su parte, ha concretizado este derecho a nivel legal gracias al mecanismo del derecho "oponible". Fue en base al

39. Decisión n° 2009-578 DC, precitada, cons. n° 14 *in fine*.

40. C.E., *référé* del 22 de mayo de 2002, n° 242193.

41. Código de Justicia Administrativa, art. L521-2. En sentido de excluir el *référé-liberté* en materia de vivienda ver C.E., *référé* del 3 de mayo de 2002, n°245687, "*Association de réinsertion sociale du Limousin*".

42. Ley n° 2007-290 instituyendo un derecho oponible a la vivienda y versando sobre diversas medidas a favor de la cohesión social.

procedimiento instituido por esta ley⁴³ que el Tribunal Administrativo de París⁴⁴ intervino en la causa "Fofana II" en un procedimiento de *référé-suspension*.⁴⁵ Alojada precariamente con dos hijos desde junio de 2006 en el Centro de Albergue y Reinserción Social (CHRS), la requirente petitionó el 4 de enero de 2008 a la Comisión de Mediación de París que esta declare el carácter urgente y prioritario de la atribución de una vivienda. Sin embargo, reunida el 28 de Febrero de 2008, la Comisión había pronunciado un dictamen desfavorable motivado en la obligación de la peticionante de presentar previamente su permiso de residencia en Francia. Ahora bien, siendo que esta exigencia no estaba prevista por la ley, la requirente demandó ante el Tribunal Administrativo de París, por la vía de un recurso en anulación completado por un *référé-suspension*, contra el dictamen. El cuadro normativo se encuentra en que el legislador ha previsto que el dictamen de la Comisión no puede ser recurrido sino cuando, en un plazo de 6 meses, ninguna propuesta de vivienda fuere efectuada teniendo en cuenta las necesidades y las capacidades del peticionante. Ello indicaba que la decisión de la Comisión era susceptible de una demanda de anulación y de una de suspensión, pues existía duda seria sobre su legalidad.

Desde su consagración, el objetivo de valor constitucional para toda persona de disponer de una vivienda digna atrajo la atención a propósito de las tensiones que puede engendrar con el derecho de propiedad, debido a su antinomia irreductible (IV.1). A tal punto ello fue así que, incluso antes de que el Consejo Constitucional se pronunciara sobre el conflicto entre ambos, una parte de la doctrina predecía que "[...] en razón de tal objetivo, podemos asistir a una desaparición total del carácter fundamental del derecho de propiedad".⁴⁶ Por otra parte, el objetivo de valor constitucional

43. T.A. París, *référé* del 20 de mayo de 2008, "Mme. Fofana et Association Droit au logement Paris et ses environs", n° 0807829/9/1.

44. Código de Justicia Administrativa, art. L. 441-2-3.

45. Código de Justicia Administrativa, art. L.521-1.

46. Cfr: PAULIAT, H., "L'objectif constitutionnel du droit au logement décent: Vers le constat du décès du droit de propriété?", en *Recueil Dalloz*, 1995, p. A-37. La predicción de esta autora es que el derecho de propiedad podría desaparecer en tanto derecho fundamental en beneficio de un reconocimiento y consagración de sus desmembramientos caso por caso. Ella se funda, primeramente, en la ausencia de jerarquía entre las normas constitucionales. Seguidamente, en las limitaciones ya conocidas al derecho de propiedad. Por último, sostiene que los desmembramientos del derecho de propiedad, en particular el *abusus*, se

de la vivienda digna puede dar lugar a restricciones a otros derechos y libertades constitucionales (IV.B).

IV.A. Las restricciones al derecho de propiedad

El Consejo Constitucional calificó el derecho de propiedad como un derecho fundamental dotado de “pleno valor constitucional” que constituye “uno de los objetivos de la sociedad política”.⁴⁷ El derecho de propiedad así inscripto en el texto constitucional no tolera restricciones de parte del legislador que tiendan a desnaturalizarlo sino únicamente en nombre del interés general.⁴⁸ Los fundamentos normativos de tal carácter fundamental son el artículo 2 de la DDHC de 1789 que ubica este derecho como de rango “natural” y el artículo 17 de la misma Declaración que le otorga carácter “inviolable y sagrado”.

En su decisión n° 98-403 DC del 29 de Julio de 1998, el juez constitucional examinó la conformidad con la Constitución de la ley de orientación relativa a la lucha contra las exclusiones.⁴⁹ El Alto Consejo no declaró la inconstitucionalidad de la instauración de una obligación tributaria anual sobre las viviendas vacantes en las comunas pertenecientes a ciertas zonas de urbanización de más de 200.000 habitantes en caso de que exista un desequilibrio entre la oferta y la demanda. El objeto de tal tributación era el de incitar a los propietarios concernidos a alquilar sus viviendas desocupadas. El Consejo admitió también un nuevo procedimiento de inspección de inmuebles destinados a la vivienda. Según consideró, este procedimiento no constituye una privación del derecho de propiedad en el sentido del artículo 17 de la Declaración de 1789. Por el contrario, ella tiende a responder al objetivo de valor constitucional de la posibilidad de disponer de una vivienda digna, aumentando la oferta de viviendas destinadas a las personas desfavorecidas. No obstante, se declaró la inconstitucionalidad de cuatro artículos, de los cuales dos habían sido cuestionados por los requirentes, y

verían gravemente afectados. Su análisis global versa sobre las múltiples restricciones al derecho de propiedad toleradas por el juez constitucional.

47. Decisión n° 82-132 DC del 16 de enero de 1982, “Ley de nacionalización”, *recueil* p. 18.

48. La decisión n° 89-256 DC del 25 de julio de 1989 acepta una extensión del derecho de propiedad adaptada a las nuevas intervenciones públicas en los términos de la decisión n° 89-256 DC del 20 de julio de 1983: “limitaciones exigidas por el interés general”.

49. Ley n° 98-657 del 29 de julio de 1998.

los otros dos fueron invocados *ex officio*. El dispositivo del artículo 107 de la ley podía, efectivamente, conducir a que el acreedor sea declarado arrendador de oficio de un bien a un precio cuya determinación no necesitaba de su acuerdo. Asimismo, en ciertos casos, la ley permitía una disminución de su patrimonio sin calificación de necesidad pública y sin indemnización. Este artículo 107 desconocía, para el Consejo, el derecho de disponer libremente del patrimonio, siendo este un atributo esencial del derecho de propiedad. Los artículos 109 y 110, inseparables del artículo 107, fueron declarados inconstitucionales por vía de consecuencia. Seguidamente, en ocasión de la decisión n° 2000-436 del 7 de diciembre de 2000 relativa a la Ley de Solidaridad y Renovación Urbana, el Consejo se pronunció nuevamente sobre la limitación al derecho de propiedad precisando que "[...] los requirentes atacan el alcance de las disposiciones cuestionadas, las que ponen en marcha un procedimiento consultivo".⁵⁰ Así, no hay afectación de "[...] ninguno de los atributos del derecho de propiedad,"⁵¹ dado que el Consejo de Concertación de Alquileres es consultado sobre los proyectos en relación con la gestión del inmueble. No poseen, entonces, ninguna competencia comparable a la del propietario en materia de afectación de su patrimonio.

Ahora bien, ¿hay una verdadera afectación del carácter fundamental del derecho de propiedad en nombre del objetivo de valor constitucional de la vivienda digna? La respuesta no puede ser sino negativa. Por un lado, el derecho propiedad únicamente se ve afectado en el *abusus* (IV.A.1). Por otro lado, se encuentra aún protegido (IV.A.2).

IV.A.1. Un derecho de propiedad únicamente afectado en el abusus

En derecho francés, resulta totalmente concebible considerar que no resulta afectado el derecho de propiedad en su totalidad sino una de sus desmembraciones. Ello así por cuanto, "[...] el derecho de propiedad tal y como es reconocido por el Consejo Constitucional no tiene exactamente las mismas características que el derecho clásico reconocido en el artículo 544 del Código Civil [...] El derecho de propiedad se descompone normalmente en *usus*, *fructus* y *abusus*. El *abusus* significa que se puede dispo-

50. Ver nota de SCHOËTTL, J. E., *AJDA*, 2001, p. 18.

51. *Cfr.* SALES, E., *Le droit au logement dans...*, ob. cit., p. 242.

ner completamente de la cosa, incluso consumirla completamente, hacerla desaparecer o abandonarla. De la lectura de los precedentes, pareciera que es este prisma el que resultaría particularmente amenazado por el objetivo de valor constitucional de la vivienda digna. El *abusus* no existiría sino dentro de ciertos límites bastante rígidos: si el propietario no desea que su inmueble sea solicitado para una vivienda social, él dispone de la posibilidad de habitarlo o de venderlo. La libertad de elección es entonces relativa "[...] El objetivo constitucional puede forzar a un propietario a aceptar los pedidos de albergar personas, sin que pueda oponerse en función del derecho de propiedad".⁵² De esta manera, la posibilidad de obtener una vivienda digna se sitúa lejos de cuestionar el valor fundamental del derecho de propiedad. Sería así en caso de desposesión sin indemnización previa, hipótesis que no se verifica en la jurisprudencia. De la misma manera, en caso de limitaciones no constitutivas de una desposesión pero presentando un carácter tal que el sentido y el alcance del derecho de propiedad se encontrasen desnaturalizados. Por el contrario, el Consejo Constitucional se asegura de que el derecho de propiedad no sea desnaturalizado cuando el legislador amplía las posibilidades de imposición de puesta a disposición de la vivienda o cuando modifica las condiciones de venta en subasta de la vivienda de un deudor moroso. Por otra parte, la lógica interna de los principios y reglas de valor constitucional debe ser recordada: la posibilidad de obtener una vivienda digna no se sitúa en el mismo plano que el derecho de propiedad. Este último constituye un derecho constitucional, mientras que aquella no representa sino un objetivo de valor constitucional.⁵³ Simplemente, el derecho de propiedad fue objeto de un nuevo matiz que se puede insertar en el pasaje de una concepción completamente individualista a una de la propiedad en función social.

52. Ver PAULLAT, H., *L'objectif constitutionnel du droit au logement décent...*, ob. cit., p. 286.

53. Ver nota de TRÉMEAU, J., *RFDC*, 1998, pp. 767-768. "Resulta que estas limitaciones deben ellas mismas ser limitadas bajo pena de desnaturalizar el derecho de propiedad. El hecho de que la posibilidad de obtener una vivienda digna sea un objetivo de valor constitucional reviste aquí una gran importancia. En efecto, si se hubiese tratado de un derecho constitucional, el Consejo Constitucional habría controlado la conciliación operada entre dos derechos fundamentales, a saber, el derecho de propiedad y el derecho a una vivienda digna. Por el contrario, estando en presencia de un simple fundamento constitucional dirigido al legislador, el juez constitucional se asegura que el ejercicio del mismo no restrinja de manera demasiado importante el derecho de propiedad".

En efecto, la propiedad se tradujo en el Código Civil a manera de pleonasmismo. Este derecho se presentaba para su titular como la emergencia de lo particular sobre lo colectivo, se trataba del derecho de un hombre contra todos los otros. Sin embargo, desde finales del siglo XIX y principios del XX, el derecho de propiedad se vio confrontado a la eclosión de las doctrinas sociales que marcaron una ruptura con la concepción puramente individualista y absolutista de este derecho. La tesis de León Duguit relativa a la función social de la propiedad constituye un ejemplo.⁵⁴ Esta desarrolla la idea según la cual el propietario debe, ante todo, emplear la cosa para satisfacción de otros miembros del grupo para quienes la existencia de ese bien es indispensable. La propiedad es, para Duguit, una institución jurídica concebida para responder a las necesidades económicas y que evoluciona necesariamente con estas. De esta manera, en 1915, la Corte de Casación sancionó, por vía del ejercicio abusivo de un derecho, la utilización del derecho de propiedad con intención de dañar.⁵⁵ La propiedad, analizada como la libertad en materia de bienes, se encuentra así sujeta al régimen de responsabilidad civil y su abuso puede ser sancionado. La protección constitucional de este derecho fue objeto de este cambio de orientación. El juez constitucional tuvo oportunidad de constatar que desde 1789 "[...] las finalidades y las condiciones de este derecho fueron objeto de una evolución caracterizada por las limitaciones exigidas por el interés general".⁵⁶ Ello impide, finalmente, otorgarle sin limitaciones un carácter inviolable y sagrado. El reconocimiento del objetivo de valor constitucional de la posibilidad de disponer de una vivienda digna muestra, a partir de este momento, a un juez constitucional que concibe el derecho de propiedad en función social. Así, los diferentes atributos del derecho de propiedad abren la vía a la influencia del interés social. Mientras que la ausencia de *usus* podía ser absoluta sin implicar sanción alguna, en virtud de la regla según la cual la propiedad no se extingue por su inutilización, aquella puede en la hora actual ser sancionada por la imposición de puesta a disposición de inmuebles inutilizados. El derecho de propiedad se encuentra empero plenamente protegido.

54. Ver DUGUIT, L., *Traité de Droit Constitutionnel*, París, De Broccard, 1923, t. III, p. 128.

55. Corte de Casación, sentencia del 13 de agosto de 1915, n° 0002378.

56. Decisión n° 81-132 DC del 16 de enero de 1982, "Ley de nacionalización", *recueil* p. 18.

IV.A.2. Un derecho de propiedad aún protegido

Ello significa que el legislador no puede fundar en una regla o principio de valor constitucional antagónico una restricción desproporcionada al derecho de propiedad. Para saber si el objetivo de valor constitucional de la vivienda digna tiene algo de particular con respecto a este derecho es necesario analizar el control de proporcionalidad que se opera en materia de otras restricciones al derecho de propiedad.

En primer lugar, en la decisión n° 90-283 DC del 8 de enero de 1991, *“Lucha contra el tabaquismo y el alcoholismo”*, el Consejo Constitucional muestra que la verificación de la ausencia de violación del artículo 17 de la DDHC, o de la ausencia de desnaturalización del derecho de propiedad, forman parte del mecanismo jurídico del control de proporcionalidad: cuando los requirentes invocan la desnaturalización del derecho de propiedad, el Consejo puede constatar la inexistencia de una transferencia de esta que entraría en el campo de las previsiones del artículo 17. En su decisión n° 84-172 DC del 26 de julio de 1984, *“Estructura de las explotaciones agrícolas”*, el juez considera que la extensión de la aplicación de un régimen de autorización previa para el control de las estructuras de explotación agrícola no posee un carácter de gravedad tal que la afección del derecho de propiedad desnaturalice su sentido y alcance. De la misma manera, en su decisión n° 89-254 DC del 4 de julio de 1989, *“Modalidades de aplicación de las privatizaciones”*, se declara que la previsión de la posibilidad que detenta el Ministro de Economía y Finanzas de oponerse al aumento de participación de una o varias personas en una sociedad privatizada no tiene por efecto desnaturalizar el sentido y alcance del derecho de propiedad. Finalmente, en su decisión n° 90-287 DC del 16 de enero de 1991, *“Salud pública y seguro social”*, la homologación de tarifas de los establecimientos hospitalarios privados con fines de lucro implican restricciones a las condiciones de ejercicio del derecho de propiedad pero estas no tienen por efecto la desnaturalización de este derecho.

Así, según todas estas consideraciones jurisprudenciales previas a la consagración del objetivo de valor constitucional de la vivienda digna, ciertas restricciones al derecho de propiedad no fueron declaradas inconstitucionales.

En lo que concierne, por otra parte, las disposiciones legislativas censuradas por el Consejo Constitucional en razón de restricciones desproporcionadas al derecho de propiedad, se encuentra, en primer lugar, la decisión

n° 94-346 DC del 21 de julio de 1994, “*Derechos reales sobre el dominio público*”. El Consejo se pronunció aquí sobre la inconstitucionalidad en razón de verificar una desnaturalización de la protección del derecho de propiedad pública. En particular, esta ley permitía al beneficiario de una autorización de ocupación del dominio público del Estado disponer de un derecho real sobre las obras realizadas sin que un plazo preciso y definitivo fuere establecido. La ausencia de definición de la duración de los derechos reales tenía por efecto vaciar de contenido el derecho de propiedad. En segundo lugar, en la decisión n° 96-373 DC del 9 de abril de 1996, “*Estatus de la Polinesia*”, la alta jurisdicción constitucional censuró las disposiciones de la ley orgánica que preveía la autorización obligatoria, bajo pena de nulidad, de toda operación que tuviese por objeto la transferencia entre vivos de una propiedad inmobiliaria, salvo si el comprador fuese de nacionalidad francesa y domiciliado en la Polinesia. De esta manera, la ley fue considerada como organizando un régimen de autorización previa sin precisar los motivos de interés general sobre los cuales la administración local debía fundar su decisión. Con respecto a las desmembraciones del derecho de propiedad, en particular a propósito del *abusus*, del que ya hemos hablado,⁵⁷ en las decisiones n° 84-172 DC del 26 de julio de 1984, “*Estructura de las explotaciones agrícolas*” y n° 85-189 DC del 17 de julio de 1985, “*Principios de planificación*”, el alto Consejo ya había verificado que el *abusus* no se viera exageradamente disminuido.

En definitiva, si confrontamos las decisiones conciliando el objetivo constitucional de la vivienda digna⁵⁸ a esta jurisprudencia, no visualizamos por qué este objetivo tendría algo de particular. Por el contrario, se inserta claramente en el marco de otras limitaciones al derecho de propiedad. El Consejo siempre ha controlado que la restricción en cuestión no acabe por “vaciar de contenido el derecho de propiedad”⁵⁹ y no es sino esta la consideración que encontramos en materia de vivienda. En efecto, en ocasión de la decisión n° 2000-436 DC del 7 de diciembre de 2000, el juez constitucional declaró la inconstitucionalidad de la disposición legislativa que sujetaba sistemáticamente a la autorización administrativa todo cambio de

57. Ver *supra.*, III.A.1.

58. Decisiones n° 98-403 DC del 29 de julio de 1998 y n° 2000-436 del 7 de diciembre de 2000, precitadas.

59. Decisión n° 85-198 DC del 13 de diciembre de 1985, “*Enmienda Torre Eiffel*”, *RJC* 1-242.

destino de un local comercial o artesanal. Según sostiene: “[...] teniendo en cuenta las condiciones de su realización –voluntad de vender del propietario–, la autorización no constituye una expropiación sino una restricción al derecho de propiedad que se ve afectado en uno de sus componentes (*abusus*)”.⁶⁰

En consecuencia, la respuesta a la cuestión de saber si hubo algo de verdaderamente novedoso en lo que concierne al derecho de propiedad en razón de la introducción de este objetivo de valor constitucional es, a nuestro entender, negativa. Por un lado, una desnaturalización del derecho de propiedad en función del objetivo de la vivienda digna sería declarada inconstitucional. Por otro lado, estas limitaciones se enmarcan en el dispositivo de la proporcionalidad de las restricciones a los derechos y libertades constitucionales.

En este estadio se plantea el mismo interrogante con respecto a otros derechos y libertades constitucionales.

IV.B. Las restricciones a otros derechos y libertades constitucionales

En primer lugar, respecto de la libertad contractual, la decisión “*solidaridad y renovación urbana*” del 7 de diciembre de 2000, se pronunció abiertamente a propósito de las modalidades de salvaguarda de la libertad, inscrita en el artículo 4 de la DDHC, frente a una ley que había congelado la afectación social de ciertos inmuebles pertenecientes, o habiendo pertenecido, a la Caja de Depósitos y Consignaciones. La ley modificaba los contratos legalmente concluidos y aquellos en curso en materia de depósitos y consignaciones y sus asociados, restricción juzgada como grave a la economía de los contratos por el Consejo Constitucional. En la misma decisión, el Consejo de pronuncia con respecto al principio de la libre administración de las colectividades territoriales, cuyo respeto se impone al legislador quien “[...] puede, con fundamento en los artículos 34 y 72 de la Constitución, sujetar las colectividades territoriales y sus agrupamientos a ciertas obligaciones y cargas” pero “[...] a condición de que estas

60. Ver nota de SHCHOETTL, J. E., *AJDA*, 2001, p. 21; BOUMEDINE, M., *La place de la loi et des contrats dans la garantie du droit à la protection sociale de 1945 à nos jours*, Paris, Publibook, 2003, p. 143.

respondan a ciertas exigencias constitucionales o concurran a ciertos fines de interés general y que ellas no desconozcan las competencias propias de las colectividades concernidas. A su vez, tales restricciones no deben obstaculizar la libre administración de la colectividades concernidas y ellas deben estar definidas de manera precisa en cuanto a su objeto y alcance”.⁶¹ El Consejo no encuentra desconocimiento de la Constitución cuando la ley no impone obligaciones de resultado a las colectividades, pues el objetivo definido en la ley fue formulado de manera imprecisa.⁶² Con respecto a la fuerza ejecutoria de las decisiones de justicia, y su corolario, la separación de poderes, el Consejo se pronunció en su decisión n° 98-403 DC precitada.⁶³ El artículo 119 de la ley cuestionada fue declarado contrario a la Constitución en lo que respecta a la obligación del prefecto de asegurar, previamente a la ejecución forzada de un desalojo, que una vivienda fuese propuesta a las personas expulsadas. Dada esta subordinación del recurso a la fuerza pública a una formalidad administrativa previa, el texto desconoció el principio de fuerza ejecutoria y el de separación de poderes.⁶⁴ Por otra parte, en la decisión n° 95-371 DC del 29 de diciembre de 1995, en materia de una quita del Estado sobre la Caja de Depósitos y Consignaciones a título de un excedente de subvenciones giradas por el Estado a la Caja Garante de la Vivienda Social, “[...] el Consejo considera que esta operación, que pertenece al campo de competencias de las leyes de finanzas, es indisoluble de otra disposición de la ley que prevé una sustitución de la Caja Garante de la Vivienda Social por de la Caja de Depósitos para ciertas operaciones de crédito. Esta última disposición puede entonces figurar en la ley de finanzas”.⁶⁵ El Consejo hace mención al objetivo de valor constitucional de la vivienda digna sin pronunciarse expresamente sobre su restricción. Se deja entrever que el financiamiento de la vivienda social está directamente entrelazado con el objetivo de valor constitucional de la

61. Decisión n° 2000-436 DC del 7 de diciembre de 2000.

62. El contenido de las obligaciones residía en la formulación de los diferentes objetivos enumerados en el artículo 121-1 del Código de Urbanismo: “cohesión social”, “desarrollo sustentable”, “satisfacción sin discriminaciones de las necesidades presentes y futuras en materia de hábitat, de actividades económicas, deportivas y de interés general”, “utilización económica y equilibrada de los espacios naturales”, “preservación de la calidad del aire” y “prevención de riesgos tecnológicos, de contaminación y sonoros de toda naturaleza”.

63. Ver nota de MAGNIN, F., *LPA*, n° 116, 1998, p. 4.

64. *Cfr.*: decisión n° 80-119 DC del 22 de julio de 1980, *recueil* p. 46.

65. *Cfr.*: nota de VERPEAUX, M. y MATHIEU, B., *LPA*, n° 32, 1996, p. 11.

vivienda digna. Finalmente, la decisión n° 2001-455 DC del 12 de enero de 2001, “*Ley de modernizaciones sociales*”, pertenece igualmente el derecho de los contratos.⁶⁶ En la especie, el artículo 159 de la ley deferida preveía que cuando los inmuebles destinados a albergar personas en dificultades fueran objeto de locación o sub locación amueblada, el precio del alquiler de los muebles sería fijado por resolución ministerial. El Consejo se pronunció indicando primeramente que estas disposiciones tendían a la puesta en práctica del objetivo de valor constitucional de la vivienda digna. Seguidamente, en cuanto al principio de igualdad, el juez constitucional recuerda que este permite al legislador imponer a algunas categorías de personas ciertas cargas particulares pero, siempre, respetando la exigencia del artículo 13 de la Declaración de 1789 y por motivos de interés general. En orden a la libertad contractual, él distingue entre los contratos a concluir y los contratos en curso de ejecución. La resolución ministerial no podría así afectar los contratos legalmente concluidos de manera que desconociese el artículo 4 de la DDHC. Globalmente, la regla no es contraria a la Constitución siendo que la resolución ministerial no podría en el futuro fijar un precio de locación que afecte la igualdad ante las cargas públicas ni los contratos concluidos.

Efectuadas todas estas consideraciones, juzgamos pertinente exponer nuestra conclusión.

66. “Disponiendo que el precio de locación de los muebles será fijado ‘teniendo en cuenta los precios de los muebles y la duración de su amortización’, la disposición criticada se inscribe en el marco de la puesta en marcha del objetivo de valor constitucional que constituye la posibilidad para toda persona de disponer de una vivienda digna; que, sin embargo, si el principio de igualdad no prohíbe al legislador imponer a ciertas categorías de personas algunas cargas particulares con vistas a mejorar las condiciones de vida de otras categorías de personas, él no debe desconocer la exigencia del artículo 13 de la Declaración de 1789; que, por otra parte, si bien es posible que el legislador modifique por razones de interés general los contratos en curso de ejecución, el mismo no podría afectar la economía de los contratos legalmente concluidos de manera tal de desconocer manifiestamente la libertad que emana del artículo 4 de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano [...] Estas exigencias son satisfechas en la especie, bajo reserva de que la resolución ministerial no fije un precio de locación de muebles a un nivel que implique una ruptura de la igualdad ante las cargas públicas”. *Cf*: cons. n° 94 y 95.

V. CONCLUSIÓN

Hemos arribado al final de nuestra exposición habiendo analizado la ausencia de un derecho subjetivo a la vivienda a nivel constitucional. En este estadio de nuestro análisis quisiéramos abrir un poco el tema y plantearnos el interrogante de saber si el derecho a la vivienda puede ser considerado un derecho fundamental. La cuestión se presenta toda vez es la ley la que instituyó un derecho “oponible” a la vivienda.⁶⁷ ¿Pueden existir derechos fundamentales consagrados por la vía legislativa y ausentes de la Constitución?

Nuestra postura, brevemente, y dejando para otra ocasión un desarrollo más extenso de esta, es que sí, efectivamente. La asociación entre derechos fundamentales y derechos únicamente constitucionales es, a nuestro entender, una mala comprensión de la fundamentalidad de los derechos concentrada exclusivamente en una aparente jerarquía normativa.⁶⁸

Si reconocemos, en primer lugar, que los derechos fundamentales tienen una dimensión ética y, al mismo tiempo, admitimos que operan como una objetividad normativa de manera ontológica; arribaremos a la conclusión de que *un derecho fundamental puede ser reconocido por operadores jurídicos diversos y variados*. No solo por el constituyente, sino también por el legislador e, inclusive, por el juez.⁶⁹

BIBLIOGRAFÍA

“L’examen par le Conseil constitutionnel de la loi d’orientation relative à la lutte contre les exclusions”, en *LPA*, 1998, n° 91.

BAZAN, Víctor, “La inconstitucionalidad por omisión en el derecho comparado”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, México, UNAM, 2006.

BOSSUYT, Marc, “La distinction juridique entre les droits civils et politiques

67. Ley n° 2007-290 del 5 de marzo de 2007 instituyendo un derecho oponible a la vivienda y versando sobre diversas medidas a favor de la cohesión social precitada.

68. Ver PICARD, E., “L’émergence des droits fondamentaux en France”, en *AJDA*, n° especial “Les droits fondamentaux: une nouvelle catégorie juridique?”, 1998, pp. 6-42.

69. PICARD, E., “Droits fondamentaux”, en AA.VV., *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, pp. 544-549.

- et les droits économiques, sociaux et culturels”, en *Revue des droits de l’homme*, Vol. VIII, n° 4, 1975.
- BOUMEDINE, Malik, *La place de la loi et des contrats dans la garantie du droit à la protection sociale de 1945 à nos jours*, Paris, Publibook, 2003.
- CONAC, Gerard; PRÉTOT, Xavier y TEBOUL, Gerard, *Le Préambule de la Constitution de 1946. Histoire, analyse et commentaires*, Paris, Dalloz, 2001.
- CORNU, Gerard, “Logement”, en AA.VV., *Vocabulaire Juridique*, Paris, PUF, 2011.
- DE MONTALIVET, Pierre, *Les objectifs à valeur constitutionnelle*, Paris, Univ. Panthéon-Assas (Paris II), 2004.
- DRAGO, Roland, “La protection des droits économiques et sociaux en France”, en DRAGO, R. et al., *Vers une protection efficace de droits économiques et sociaux?*, Bruselas, Bruylant, 1973.
- DUGUIT, Léon, *Traité de Droit constitutionnel*, Paris, De Broccard, 1923.
- DUVERGER, Maurice, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, PUF, 1959.
- FAURE, Bertrand, “Les objectifs de valeur constitutionnelle: Une nouvelle catégorie juridique?”, en *RFDC*, 1995.
- GAÏA, Patrick, nota a la decisión n° 95-359 DC del 19 de enero de 1995 en *RFDC*, n° 23, 1995.
- GICQUEL, Jean y GICQUEL, Jean-Eric, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Domat, 2008.
- GODFRIN, Valérie, “Le droit au logement: un exemple de l’influence des droits fondamentaux sur le droit de propriété”, en PÉDROT, Philippe (dir.), *Éthique, droit et dignité de la personne humaine – Mélanges en l’honneur de Christian Bolze*, Paris, Economica, 1999.
- GUISELIN, Emmanuel-Pie, “L’accès à un logement décent et le droit de propriété: Ni vainqueur ni vaincu”, en *LPA*, n° 51, 2000.
- JORION, Benoît, nota a la decisión n° 95-359 DC del 19 de enero de 1995, en *AJDA*, 1995.
- , nota sin título, en *AJDA*, 1995, pp. 457-459.
- LE POURHET, Anne-Marie, *Droit constitutionnel*, Paris, Economica, 2008.
- MAGNIN, François, nota sin título, en *LPA*, n° 116, 1998.
- MATHIEU, Bertrand, “Pour une reconnaissance de ‘principes matriciels’ en matière de protection des droits de l’homme”, en *Recueil Dalloz*, 1995.
- , “La dignité de la personne humaine: quel droit? Quel titulaire?”, en *Recueil Dalloz*, 1996.

- , nota sin título, en *A.I.J.C.*, 1997, XIII.
- , nota sin título, en *RFDA*, n° 10 (5), sept.-oct. 1994.
- PAULIAT, Hélène, “L’objectif constitutionnel du droit au logement décent: Vers le constat du décès du droit de propriété?”, en *Recueil Dalloz*, 1995.
- PICARD, Etienne, “Droits fondamentaux”, en AA.VV., *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003.
- , “L’émergence des droits fondamentaux en France”, en *AJDA*, n° especial “Les droits fondamentaux: une nouvelle catégorie juridique?”, 1998.
- PRÉTOT, Xavier, nota sin título, en *Droit sanit. et soc.*, 26 (4), oct.-dic. 1990.
- SALES, Eric, *Le droit au logement dans la jurisprudence française. Etude comparée des jurisprudences constitutionnelle, administrative et judiciaire*, Montpellier, Univ. Montpellier I, 2000.
- SCHOËTTL, Jean-Éric, nota sin título, en *AJDA*, 2001.
- TRÉMEAU, Jérôme, nota sin título, en *RFDC*, 1998.
- VERPEAUX, Michel y MATHIEU, Bertrand, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2004.
- , nota sin título, en *LPA*, n° 32, 1996.
- VIDAL-NAQUET, Ariane, *Les garanties légales des exigences constitutionnelles dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, Paris, Univ. Panthéon Assas (Paris II), 2004.
- ZITOUNI, François, “Le Conseil Constitutionnel et le logement des plus démunis”, en *LPA*, n° 6, 1996.

EL DEBATE SOBRE EL ABORTO EN UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA: UN ARGUMENTO LIBERAL*

JULIO MONTERO**

Resumen: En este artículo argumento que cuando discutimos sobre la penalización del aborto en sociedades democráticas debemos dejar de lado el problema de si el aborto es moralmente permisible y concentrarnos, en cambio, en el problema político de si un Estado democrático puede castigar legítimamente a las mujeres que decidan interrumpir un embarazo. Dado el hecho del pluralismo, fundamentar una ley sobre el aborto apelando a convicciones éticas particulares y controvertidas, viola el principio de legitimación democrática. Asimismo, argumento que cuando adoptamos esta perspectiva, la penalización del aborto se vuelve muy difícil de justificar ya que infringe el derecho de las mujeres a la integridad corporal y lesiona su condición de ciudadanas iguales.

Palabras clave: pluralismo – doctrinas comprensivas – derechos fundamentales – integridad corporal – igualdad

Abstract: In this article I argue that when we discuss about abortion regulations in the context of democratic societies, we must leave aside the issue of whether abortion is morally permissible and focus, instead, on the political issue of whether a democratic State may legitimately punish those women who decide to terminate their pregnancy. This is so because given the fact of pluralism, grounding a law on this subject-matter on private and controversial ethical convictions infringes the principle of democratic legitimacy. Along the same lines,

* Recepción del original: 07/09/2017. Aceptación: 17/09/2017.

** Julio Montero es doctor en Teoría Política por University College London y doctor en Filosofía por la Universidad Nacional de La Plata. Actualmente se desempeña como investigador de Conicet y como profesor de Ética y Filosofía del Derecho en la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires. Es co-editor de la Revista Latinoamericana de Filosofía y de la Revista Latinoamericana de Filosofía Política. Sus artículos se han publicado en revistas como *The Journal of Political Philosophy*, *The Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, *Ethics and Global Politics* y *Human Rights Review*.

I also argue that once this perspective is adopted, the criminalization of abortion becomes hard to justify as it compromises the right of women to bodily integrity and their equal status as citizens.

Keywords: pluralism – comprehensive doctrines – fundamental rights – bodily integrity – equality

I. INTRODUCCIÓN

El debate sobre el aborto es uno de los más persistentes en las democracias actuales. En algunos países, el aborto se ha despenalizado por decisión de las legislaturas o los tribunales, al menos cuando se realiza durante el primer trimestre del embarazo. En otros casos, se lo considera una práctica punible con pena de cárcel, excepto cuando el embarazo conlleva riesgo para la vida de la madre o es producto de una violación. Finalmente, hay algunas sociedades que todavía castigan el aborto en cualquier circunstancia.¹ Pero, al margen de la solución que se haya adoptado, existe siempre un grupo más o menos importante de gente que cree que la regulación vigente es profundamente injusta.

En este sentido, muchas personas creen que el feto es una persona humana desde el momento de la concepción y que despenalizar el aborto es equivalente a despenalizar el homicidio, o peor aún, el infanticidio. Imagine que una mañana usted se levantara y leyera en los diarios que el Congreso de la Nación ha decidido que ya no castigará el asesinato. Seguramente usted pensaría que la decisión es absolutamente irrazonable y que el sistema legal se ha tornado completamente injusto. Así ven las cosas muchos militantes de los grupos que se autodenominan pro-vida. Por el contrario, otros consideran o bien que el feto no es todavía una persona con derecho a la vida, o bien que, aun si lo es, la penalización del aborto afecta los derechos de las mujeres de un modo inaceptable. Desde su perspectiva, obligar a una mujer a llevar a término un embarazo contra su voluntad representa una grave forma de instrumentalización. Es como si, de pronto, se volviera a instituir un régimen de servidumbre parcial que permitiera a

1. Para un panorama general de la legislación sobre el aborto a nivel mundial, véase DWORKIN, R., *El Dominio de la vida*, Barcelona, Ariel, 1994, pp. 82-91.

algunas personas disponer del cuerpo de otras. Así ven las cosas muchas militantes de los grupos *pro-choice*. Tal vez esto explique por qué parece imposible alcanzar un acuerdo sobre el problema del aborto, y por qué el debate degenera en una lucha entre facciones enemigas que se dedican a hacer *lobby* y demostraciones de fuerza. Como dice Ronald Dworkin en *El Dominio de la vida*, este debate se ha convertido en la versión contemporánea de las guerras de religión.²

Un buen punto de partida para lograr que el debate avance es distinguir dos niveles de análisis distintos que a menudo se confunden. El primer nivel se refiere al aborto como problema moral. La pregunta que debemos responder cuando pensamos sobre este problema es si el aborto es una práctica moralmente permisible a la luz de las convicciones morales que consideramos verdaderas. Si yo pienso, por ejemplo, que el feto es una persona moral con derechos o que dios le ha insuflado un alma humana desde el momento de la concepción, muy probablemente sostendré que el aborto es moralmente aberrante. En cambio, el segundo nivel de análisis se ocupa del aborto como problema político. En este caso, la pregunta que debemos responder es si un Estado democrático puede usar el poder coercitivo que monopoliza para castigar a las mujeres que decidan interrumpir un embarazo.

Es normal pensar que estas dos preguntas están íntimamente relacionadas. De hecho, a primera vista, diríamos que no podemos responder a la pregunta política antes de haber encontrado una respuesta para la pregunta moral. En tal caso, el aborto solamente podría despenalizarse si se trata de una práctica moralmente permisible. Si, por el contrario, es una práctica moralmente repudiable, entonces corresponde castigarla, quizás incluso de modo severo.

En este artículo trataré de defender dos tesis. La primera sostiene que en una sociedad democrática, el problema del aborto debe abordarse como un problema estrictamente político, no moral. A su vez, la segunda tesis es que dados los principios fundamentales que animan la cultura pública de las democracias actuales, la decisión de penalizar el aborto es imposible de justificar ya que su prohibición infringe el derecho a la integridad corporal y constituye una seria afrenta a la dignidad de las mujeres. Finalmente, consideraré algunas posibles objeciones y presentaré mis conclusiones.

2. *Ibid.*, p. 10.

II. MORAL Y POLÍTICA: LEGITIMIDAD, PLURALISMO Y JUSTIFICACIÓN PÚBLICA

Me gustaría comenzar explicando por qué creo que en una sociedad democrática el problema del aborto debe abordarse como un problema estrictamente político. Es sabido que en las sociedades premodernas, los principios de organización política se derivaban de alguna concepción filosófica del mundo. Los filósofos iniciaban su indagación con una tesis sobre el orden "natural" del universo, localizaban a la criatura humana en ese mapa, y finalmente extraían una serie de prescripciones sobre cómo debíamos comportarnos y sobre cómo debían ser las instituciones. El tránsito habitual era de la metafísica a la antropología, de la antropología a la moral y de la moral a la política.

Pero en el mundo moderno esta lógica se quiebra. Y se quiebra por una razón evidente: las visiones abarcativas del mundo, generalmente asociadas a alguna doctrina religiosa, dejan de ser unánimemente aceptadas por los ciudadanos y surgen en su lugar una pluralidad de concepciones del mundo en tensión y competencia. Este fenómeno fue famosamente catalogado por algunos filósofos contemporáneos como el "hecho del pluralismo". Así lo define John Rawls en su *Liberalismo Político*: "Es el hecho de que las instituciones libres tienden a generar [...] una variedad de doctrinas y concepciones [...] No se trata simplemente del resultado de intereses personales o de clase, o de la comprensible tendencia de las personas a ver la vida política desde una perspectiva singular. Son, en cambio, un resultado de la razón libre en el marco de instituciones libres".³

El hecho del pluralismo es tan persistente que se ha convertido en un rasgo permanente de las sociedades modernas. Y esa persistencia puede explicarse recurriendo a lo que Rawls llamó "cargas del juicio". Las cargas del juicio son una serie de factores que explican por qué personas igualmente inteligentes y bien intencionadas podrían alcanzar conclusiones distintas, a menudo opuestas, sobre asuntos tan cruciales como la existencia de dios, la religión verdadera o la corrección moral. Entre otras cargas, Rawls señala:

El hecho de que interpretar la evidencia empírica puede ser una tarea complicada.

3. RAWLS, J., *Political liberalism*, Nueva York, Columbia University Press, 1996, p. 37.

El hecho de que podemos tener opiniones distintas sobre el peso relativo de las diversas consideraciones que son relevantes a la hora de formarnos un juicio sobre algo.

El hecho de que muchos de nuestros conceptos son vagos y de textura abierta y tenemos dudas sobre cómo aplicarlos a un caso concreto.

El hecho de que nuestro modo de evaluar la evidencia suele estar condicionado por nuestra propia experiencia vital, por nuestra subjetividad, dirían algunos.

El hecho de que algunos asuntos son especialmente difíciles de pensar dadas las limitadas capacidades humanas.⁴

Es importante señalar que el hecho del pluralismo tiene un notable impacto sobre la legitimación del poder político. Dado que las personas discrepan profundamente sobre asuntos morales, metafísicos y religiosos, el ejercicio de ese poder ya no puede justificarse por referencia a ninguna concepción del mundo en vez de otra. A esta condición podemos denominarla "principio de legitimidad democrática".⁵

Es evidente que esta concepción de la legitimidad es un modo de dar sentido al principio fundamental de la moralidad política democrática, a saber: el principio de que las personas son esencialmente iguales. Si todos somos iguales pero tenemos distintas concepciones metafísicas, morales y religiosas, entonces no puede priorizarse ninguna de ellas a la hora de justificar leyes que se aplican a todos en nombre de todos. Eso sería lo mismo que decir que las opiniones de algunos valen más que las de otros, lesionando así el estatus igual de los ciudadanos.

A su vez, el principio de legitimidad democrática admite al menos dos interpretaciones alternativas. La primera es la interpretación exigente. Según esta lectura, ninguna ley puede ser justificada apelando a razones privadas, ni siquiera las leyes de tránsito. En consecuencia, una regulación que permitiera la exhibición de símbolos religiosos en edificios públicos, como escuelas, hospitales o cortes de justicia sería abusiva. Si uno sigue este camino conceptual desemboca en el liberalismo neutralista, cuyo lema es que todas las decisiones que adopte el Estado deben estar justificadas sobre consideraciones que sean neutra-

4. *Ibid.*, p. 56.

5. También conocido en la bibliografía especializada como "principio liberal de legitimidad". Véase *Ibid.*, p. 217.

les respecto de las diversas doctrinas comprensivas sostenidas por los ciudadanos.⁶

Por supuesto, la interpretación exigente puede ser impugnada alegando que deja muy poco margen para la realización de valores comunitarios. Por ejemplo, bajo esta lectura, el Estado nunca podría financiar las expresiones culturales preferidas por la mayoría. Desde esta perspectiva, invertir dinero en un programa como "Fútbol para todos" o en financiar el Teatro Colón alegando que a la mayoría le gusta el fútbol o que la mayoría quiere preservar ciertas formas culturales que no resisten la despiadada lógica del mercado, podría ser inaceptable. Pero hay una segunda interpretación del principio de legitimidad democrática que puede resultar menos controvertida.

Desde esta nueva interpretación, la exigencia de no apelar a razones privadas rige solamente para lo que Rawls llama las "esencias constitucionales" y las "cuestiones de justicia básica". Es decir, para cosas tales el reconocimiento de derechos y la distribución de oportunidades, recursos y riqueza.⁷ En consecuencia, siempre que la estructura básica de la sociedad sea justa, en el sentido de que asigna los bienes sociales primarios más fundamentales de acuerdo con criterios que todos pueden aceptar como ciudadanos iguales, las mayorías pueden plasmar sus preferencias sobre asuntos menos importantes mediante las políticas públicas que prefieran.

Las consideraciones anteriores prueban la primera de mis tesis. Si el principio de legitimidad democrática exige que nos abstengamos de justificar el uso del poder político apelando a doctrinas comprensivas, entonces ya no deberíamos discutir sobre el problema de si el aborto es moralmente permisible. En especial, porque ese interrogante solo puede saldarse invocando tradiciones éticas particulares sobre las que estamos en completo desacuerdo. Por lo tanto, si queremos tener alguna chance de éxito, más bien nos conviene circunscribirnos al problema mucho más acotado de si es correcto usar el poder coactivo del Estado para penalizar a las mujeres que quieran interrumpir un embarazo. Tal vez podamos ponernos de acuerdo sobre eso aunque no estemos de acuerdo sobre la verdad moral o la religión verdadera.

6. GARRETA LECERCQ, M., *Legitimidad política y neutralidad estatal. Sobre los fundamentos del liberalismo*, Buenos Aires, Eudeba, 2007, pp. 9-24.

7. RAWLS, J., ob. cit., p. 227.

III. LA CULTURA PÚBLICA POLÍTICA

La pregunta que se impone ahora es la siguiente: ¿cómo podemos justificar una ley o una política pública sin recurrir a lo que nosotros, como sujetos prácticos responsables, pensamos que es la verdad moral? ¿Cómo puedo justificar una política, por ejemplo una política distributiva, sin apelar a mis propias convicciones morales sobre lo que cada persona debe recibir, sobre qué exige la dignidad humana y sobre la corrección normativa de los diversos modos de producción? Naturalmente, si pensamos este problema en abstracto no tiene solución. Pero cuando tenemos en cuenta que el proceso de modernización ha sido progresivo, enseguida aparece una respuesta: podemos justificar el uso del poder político recurriendo a las ideas que integran la cultura pública de nuestra sociedad.

En este sentido, un presupuesto clave del liberalismo contemporáneo y de buena parte de la teoría democrática es que en las democracias actuales hay una cultura pública distintiva que los ciudadanos comparten ampliamente al margen de sus discrepancias en otros ámbitos. Y esa cultura pública puede servir como plataforma común para dirimir controversias sobre asuntos que los separan.⁸

Por ejemplo, en las sociedades democráticas todos pensamos que las personas merecen un respeto igual y que, por esa razón, las formas más extremas de discriminación son repudiables. Algunos creen que el fundamento de esta convicción es que todos fuimos creados a imagen y semejanza de dios; otros, como los utilitaristas, creen que el fundamento es que todos somos igualmente capaces de sentir placer y dolor; otros, como los kantianos, creemos que el fundamento es que todos somos personas autónomas con capacidad para actuar en virtud de principios libremente escogidos; y otros, como Richard Rorty, creen que el fundamento es simplemente que así nos gusta hacer las cosas en las democracias occidentales herederas de la Ilustración.⁹ Y no hay ningún problema con esto: precisamente porque las ideas que vertebran la cultura pública pueden sostenerse sobre pers-

8. Este presupuesto no solamente está presente en la filosofía de Rawls, sino también en la de Dworkin. Véase RAWLS, J., ob. cit., pp. 213-240 y DWORKIN, R., *Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 2006, cap. 1.

9. RORTY, R., *Esperanza o Conocimiento*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1997, cap. 3.

pectivas diversas, esa cultura pública es, como dice Rawls, objeto de un consenso superpuesto: todos suscribimos esa cultura aunque por razones distintas.¹⁰

Es posible que la cultura pública democrática haya surgido de un mero acuerdo estratégico entre grupos rivales que descubrieron que la confrontación conducía a la guerra civil y volvía la vida breve, brutal y horripilante. De hecho, esta tesis goza de sobrado respaldo histórico. Al menos en el mundo occidental, las ideas liberales comienzan a consolidarse luego de las guerras de religión producidas por la Reforma: católicos y protestantes se masacraron durante décadas, hasta que se dieron cuenta de que ningún bando tenía superioridad como para suprimir al otro. Entonces abrazaron progresivamente un principio de tolerancia religiosa para detener el derramamiento de sangre, y ese fue el germen de la democracia constitucional tal como la conocemos.

En cualquier caso, el origen histórico de la cultura pública democrática es anecdótico. Con el correr del tiempo, la mayoría de las personas fueron integrando los valores constitutivos de esa cultura a sus propias doctrinas comprensivas y acabaron defendiéndolas, no por razones prudenciales, sino por razones de principio. Lo que al inicio fue una concesión producto de la necesidad, se volvió objeto de convicción profunda.

Si mi razonamiento es correcto, ya tenemos la respuesta que buscábamos: cuando hay que tomar una decisión sobre el uso del poder político en materias en que los ciudadanos están profundamente divididos, debemos hacerlo recurriendo a la cultura pública. El desafío es construir argumentos a partir de los principios que componen esa cultura pública, mostrando que cuando son vistos en su mejor luz, tales principios favorecen determinada decisión. Si podemos hacer esto, ya no hay un debate de sordos en el que las partes carecen de todo punto de acuerdo. El terreno está preparado para que florezca el debate fraterno; un debate en el que contraponemos interpretaciones rivales de valores que todos compartimos.

El acervo de ideas que componen la cultura pública democrática contiene dos grandes módulos. El primero está compuesto por una serie de criterios para el razonamiento y la deliberación pública como, por ejemplo, la consistencia y el papel crucial de la evidencia científica. Por su parte, el segundo módulo está integrado por una serie de valores o principios de

10. RAWLS, J., ob. cit., pp. 133-150.

moralidad política ampliamente compartidos.¹¹ En lo que sigue me voy a concentrar especialmente en este segundo estrato de la cultura pública, el de los principios y valores.

IV. LA CULTURA PÚBLICA DEMOCRÁTICA, LOS DERECHOS Y LA INTEGRIDAD CORPORAL

El siguiente paso en mi argumento es identificar un principio clave de la cultura pública de las sociedades democráticas que puede ayudarnos a resolver el problema político del aborto. El principio que tengo en mente es sumamente familiar y tal vez sea el más básico de todos. Me refiero al principio que sostiene que los ciudadanos de una democracia gozan de una serie de derechos fundamentales y que esos derechos tienen alta prioridad. Por lo general, esos derechos fundamentales están contenidos en una constitución y, más recientemente, en instrumentos de derechos humanos como la Declaración Universal. Algunos ejemplos son:

- el derecho a la vida;
- el derecho a la seguridad de la persona;
- el derecho a la libertad de consciencia;
- el derecho a la libertad expresión;
- el derecho a la libertad de movimiento;
- el derecho de participación política.

La importancia que asignamos a estos derechos es tal que si un gobierno los cercenara arbitrariamente diríamos que se ha convertido en algo parecido a una dictadura. Como explica Ronald Dworkin, en una democracia constitucional los derechos operan como cartas de triunfo, en el sentido de que decir que tengo un derecho a algo desactiva otras consideraciones que podríamos invocar para negar su ejercicio como, por ejemplo, consideraciones relativas al bien común. Ergo, nadie puede negarme el derecho de expresar mis ideas argumentado que esas ideas ofenden a la mayoría o alteran el orden público. Si efectivamente tengo ese derecho, nada más importa.¹²

11. *Ibid.*, p. 224.

12. DWORKIN, R., *Taking Rights Seriously*, Londres, Bloomsbury, 1997, cap. 223.

Luego de este examen –somero y preliminar– de la cultura pública democrática, estamos preparados para volver al problema del aborto. Y más concretamente al problema político del aborto. El desafío entonces es decidir si un gobierno democrático puede penalizar a las mujeres que interrumpen voluntariamente un embarazo a la luz de esa cultura compartida. Y mi apuesta es que la idea de los derechos fundamentales que acabamos de examinar puede ayudarnos a elaborar un argumento en respuesta a esta pregunta.

La premisa inicial de ese argumento es que uno de nuestros derechos fundamentales como ciudadanos de una democracia es el derecho a la integridad corporal. Al nivel más abstracto, el derecho a la integridad es un derecho a tomar decisiones soberanas sobre nuestro cuerpo; un derecho a ser los únicos dueños de nosotros mismos. Cuando alguien me lesiona viola este derecho porque trata mi cuerpo como un recurso que le pertenece; y también lo viola si me obliga a hacer con mi cuerpo cosas que yo no quiero hacer por medios coactivos.¹³ Supongamos, por ejemplo, que el gobierno impusiera pena de cárcel a las personas que se hicieran un tatuaje, una cirugía estética o una lipo-aspiración. En ese caso, seguramente diríamos: "Esta disposición es absolutamente inaceptable. Yo tengo un derecho a la integridad corporal, y eso quiere decir que mi cuerpo es mío y que yo y nadie más que yo decido qué hago con él".

Si esta reacción de indignación resulta razonable, ya tenemos un buen argumento contra la penalización del aborto. Porque la penalización del aborto interfiere muy significativamente con el derecho a la integridad corporal. La mujer que no puede interrumpir un embarazo ya no es dueña de su cuerpo; técnicamente hablando, su cuerpo le pertenece a otros, ya sea al Estado o a las mayorías que actúan a través de él. De hecho, si nos parece inaceptable que nos impidan hacernos un tatuaje, debería parecernos mucho más inaceptable todavía que se obligue a una mujer a poner su cuerpo al servicio de otros durante nueve meses bajo amenaza de condena criminal.

Por supuesto, alguien podría objetar que algunas veces el Estado puede interferir legítimamente con nuestra integridad corporal para protegernos de malas decisiones. Por ejemplo, tal vez podría impedirnos que nos

13. RIPSTEIN, A., *Force and Freedom: Kant's Legal and Political Philosophy*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1999, pp. 45-50.

hiciéramos cirugías o tratamientos estéticos sumamente peligrosos para la salud. Y tal vez podría también impedirnos prácticas como la automutilación y el consumo recreativo de drogas especialmente nocivas, como el paco o la morfina. En la jerga de los filósofos políticos, esto se llama paternalismo: el Estado se comporta como un padre que nos cuida de nosotros mismos.

Algunos liberales sostendrían que incluso una interferencia paternalista con la integridad corporal es ilegítima: si la persona que lleva a cabo la práctica en cuestión es un adulto y es plenamente consciente de los riesgos, no hay razones para impedirle que haga lo que quiera con su cuerpo. Para estos liberales, el paternalismo nunca está justificado; y yo tendería a estar de acuerdo con ellos.¹⁴

Sin embargo, aun cuando el paternalismo leve esté justificado en algunos casos, esto no nos autoriza a concluir que la prohibición de abortar también lo está por esa misma razón. Porque el paternalismo es impedirle a alguien hacer algo en nombre de su propio interés o bienestar, y cuando castigamos penalmente el aborto hacemos una cosa muy distinta: le impedimos a alguien hacer lo que quiere con su cuerpo para preservar los intereses de un supuesto tercero. Entonces ya no estamos ante un caso de paternalismo sino ante un acto de autoritarismo, en el mejor de los casos un caso de brutal perfeccionismo entendido como una intervención que se realiza para promover un cierto ideal de excelencia humana.

En la próxima sección voy a considerar algunas posibles objeciones contra mi argumento. Pero antes de eso, me gustaría decir algo más sobre la relevancia del derecho a la integridad. A veces, la importancia de este derecho es soslayada. El derecho a la integridad es construido como un derecho bastante limitado a no ser dañados o agredidos físicamente. Así, es muy común que en los textos legales el derecho a la integridad se asimile con el derecho a la seguridad de la persona o con el derecho a no padecer tortura o trato cruel, inhumano y degradante. Mi impresión es que esta interpretación deflacionaria está completamente desencaminada. Si el derecho a la integridad corporal está enunciado como un derecho distintivo, entonces debe hacer algún trabajo normativo que otros derechos no hacen. Y esto sugiere una interpretación alternativa, una interpretación bajo la

14. Para una discusión iluminadora del concepto de paternalismo, véase NINO, C. S., *Ética y Derechos Humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1986, cap. 9.

cual el derecho a la integridad corporal es un derecho mucho más amplio, casi me atrevería a decir el derecho por antonomasia. Esta tesis la puedo explicar mejor recurriendo a algunos filósofos modernos como Locke y Kant.

En su *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, Locke dice que si las personas son iguales, entonces ninguna persona puede dominar a otra.¹⁵ Y en la doctrina del derecho de su *Metafísica de las Costumbres*, Kant habla de un derecho fundamental a la independencia, entendido como un derecho a no ser sometido a la voluntad arbitraria de otros.¹⁶ En ambos casos, la ausencia de dominación se traduce de modo inmediato en un derecho a disponer del propio cuerpo, bajo el supuesto de que una persona *es* su cuerpo. La idea no es descabellada: el cuerpo y los talentos y capacidades que aloja son el principal recurso que un individuo tiene para realizar los fines que libremente adopta como agente propositivo.¹⁷ Entonces, el derecho a la integridad corporal es en realidad el derecho crucial, en el sentido de que los derechos fundamentales restantes, como los que protegen libertades, pueden verse como meras instancias de realización de ese derecho todavía más primario. Ejercer cualquier libertad no es otra cosa que hacer lo que queremos con nuestro cuerpo y capacidades a condición de que respetemos el igual derecho de los demás.

Si es así, la interferencia coactiva con la integridad corporal constituye una instancia de sometimiento en el sentido más elemental. Cuando el Estado nos impide disponer de nuestro cuerpo de modo arbitrario, nos reduce a la condición de sirvientes: ya no somos personas iguales, amos de nosotros mismos, sino un recurso del que otros pueden disponer. En este sentido, la penalización del aborto atenta directamente contra la dignidad de la persona, porque la mujer ya no es un fin en sí misma sino un mero medio para la promoción de metas que otros —el Estado, los funcionarios públicos, las mayorías— consideran valiosas. Esto tal vez explique por qué muchas mujeres sienten que la penalización es profundamente ofensiva; hay un sentido no trivial en que constituye una forma de esclavización. Y no es necesario decir que una democracia con esclavas no es una democra-

15. LOCKE, J., *Second Treatise of Government*, Cambridge, Mass., Hackett Publishing, 1980, pp. 8-14.

16. KANT, I., "The Metaphysics of Morals", en KANT, I., *Practical Philosophy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, pp. 353-604.

17. RIPSTEIN, A., ob. cit., pp. 40-56.

cia en absoluto, no al menos después de Abraham Lincoln y Martin Luther King.

Vale la pena señalar que este argumento es distinto del que han ofrecido algunos tribunales, como la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en el famoso caso *Roe vs. Wade*. En ese caso, la Corte declaró inconstitucional una ley adoptada por la legislatura del Estado de Texas que castigaba penalmente el aborto desde el momento mismo de la concepción, excepto cuando su continuidad supusiera riesgo para la vida de la madre. En la sentencia de mayoría, redactada por el juez Blackmun, la Corte sostuvo que la penalización de aborto antes del tercer trimestre violaba el derecho de las mujeres a la privacidad, el cual incluía un derecho a la privacidad en materia de procreación.¹⁸ Este argumento es significativamente más débil del que acabo de presentar, no solamente porque el derecho a la privacidad en materia reproductiva parece menos importante que el derecho a la integridad corporal, sino además porque no es del todo claro que el derecho a la privacidad incluya realmente un derecho a decidir sobre la maternidad.

V. ALGUNAS OBJECIONES: EL CONCEPTO DE PERSONA, CONFLICTO DE DERECHOS Y PERSONA POTENCIAL

A partir de las consideraciones anteriores, podemos decir que ya tenemos un buen argumento para resolver el problema político del aborto en una sociedad democrática. Como el lector habrá notado, este argumento respeta el principio de justificación democrática ya que no presupone ninguna doctrina comprensiva en particular, sino que se sostiene sobre principios fundamentales de una cultura pública que todos compartimos a pesar de nuestras diferencias. Mi impresión es que una persona con firmes convicciones religiosas aceptaría que tenemos un derecho a la integridad corporal tanto como un kantiano o un neo-lockeano. Después de todo, esa persona también quiere disponer de su cuerpo para perseguir sus propios fines, incluida la práctica de su religión. Hay, sin embargo, algunas objeciones interesantes que vale la pena considerar.

18. UNITED STATES SUPREME COURT, *Roe vs. Wade*, 78-18, 1973, consultado en [<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/410/113.html>] el 7/9/2017.

V.A. Conflicto de derechos

La primera objeción es que el derecho a la integridad corporal no es un derecho absoluto.¹⁹ Por más que se trate de un derecho muy importante, su ejercicio puede ser legítimamente restringido, no solamente por razones paternalistas sino también para preservar los derechos de otros. Siguiendo este camino, alguien podría decir: "Es cierto que las mujeres tienen un derecho fundamental a disponer de su cuerpo. Pero el embrión también tiene un derecho a la integridad corporal y quizás un derecho todavía más fundamental a la vida. Por consiguiente, el Estado puede penalizar legítimamente ciertos usos de nuestro cuerpo para preservar ese derecho".

A primera vista, este argumento parece respetar el principio de legitimidad democrática que estuvimos examinando porque no se sostiene sobre ninguna doctrina comprensiva sino sobre el reconocimiento de los derechos que animan la cultura pública que compartimos. Pero esta impresión es engañosa. Y es engañosa porque presupone que el feto es una persona con derechos, presupuesto que resulta sumamente controvertido en el sentido de que muchas personas podrían rechazarlo razonablemente. De acuerdo con la embriología, durante las primeras semanas de embarazo el feto carece de cabeza, pies y manos, así como del sustrato neuronal necesario para tener intereses propios y hasta para experimentar placer o dolor.²⁰ Para decirlo brutalmente: el feto es nada más que un sistema de células que realizan procesos fisiológicos de acuerdo con un programa genético.

Por supuesto, esto no quiere decir que no se lo pueda considerar una persona en el sentido moral. Moralmente hablando, el término "persona" es una construcción artificial y distintas tradiciones pueden interpretarlo de manera dispar. Si yo dijera que el feto no es una persona moral, entonces estaría violando el principio de justificación democrática porque les estaría pidiendo a los demás que aceptaran mi particular perspectiva sobre una materia que es objeto de controversia. Pero lo mismo vale al revés: cuando alguien nos pide que aceptemos que esa estructura biológica rudimentaria es una persona con derechos, nos pide en realidad que aceptemos sus propias convicciones morales o filosóficas. Y eso viola el principio de

19. De un modo más general, hay autores que sostiene que ningún derecho es absoluto. Véase al respecto la interesante discusión en GEWIRTH, A., "Are There Any Absolute Rights?", en *The Philosophical Quarterly*, Vol. 31, n°122, 1981, pp. 1-16.

20. DWORKIN, R., *El dominio de la vida*, ob. cit., p. 31.

justificación democrática. En consecuencia, la única solución es aplicar la estrategia de evitación liberal: dado que mantenemos un desacuerdo razonable sobre si el feto es una persona con derechos –desacuerdo que puede explicarse por referencia a las cargas del juicio– debemos evitar este asunto y dejar que cada persona decida a la luz de sus convicciones.

V.B. Los derechos de la persona potencial

La segunda objeción es una variación de la primera. Dice que aunque en el debate público democrático el feto no puede ser considerado como una persona plena, se trata de una persona en potencia y, por consiguiente, de una entidad que puede ser legítimamente protegida por el Estado. Esta es, por cierto, una línea argumentativa muy transitada por los grupos pro-vida.

Este argumento tiene algo de verdad. Por más que el feto no pueda ser considerado como una persona con derechos, parece haber buenas razones para brindarle alguna protección legal y reconocerle un estatus jurídico y normativo distinto del de una cosa. De hecho, así lo hacemos al menos con algunos animales no humanos: no les garantizamos la misma protección que a una persona, pero los protegemos de varias maneras mediante leyes y regulaciones coercitivas. Estoy seguro de que la mayoría de mis lectores coincidiría en que el Estado no debería dejar morir a un feto que fue extraído del cuerpo de la mujer si puede asistirlo, aunque no sea todavía una persona.²¹

Pero no creo que este argumento alcance para justificar la penalización del aborto. Y la razón es que, como dije antes, en la cultura pública de las democracias constitucionales el derecho a la integridad corporal es un derecho fundamental de altísima prioridad; y si goza de altísima prioridad no sería razonable restringir su ejercicio de un modo significativo para proteger los supuestos intereses de una persona en potencia. Después de todo, cuánto valor tenga el feto como estructura biológica o qué nivel de protección merezca una vida en potencia es algo sobre lo que podemos discrepar razonablemente, ya que este asunto depende, una vez más, de la tradición ética que suscribimos.

21. Según Dworkin, en las democracias constitucionales existe un amplio consenso respecto del valor intrínseco de la vida. Todos coincidimos en que la vida humana es algo sagrado, aunque bajo distintas interpretaciones de lo que esto significa. Véase DWORKIN, R., *El Dominio de la Vida*, ob. cit., p. 33.

V.C. El argumento es absurdo

La tercera objeción que quiero considerar sostiene que el argumento que presenté podría tener consecuencias muy problemáticas ya que podría usarse para despenalizar el homicidio, la violencia doméstica y otras prácticas aberrantes. La idea ahora es que si el principio de justificación democrática impide que restrinjamos el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas apelando a doctrinas o consideraciones que no todos aceptan, entonces no podríamos impedirle a un racista discriminar a personas que considera inferiores; y no podríamos tampoco impedirle a un ciudadano con una concepción muy tradicional de la familia tiranizar a sus hijos o a su mujer. Si es así, mi argumento ha quedado reducido al absurdo.

El problema con esta objeción es que cuando la consideramos mejor se vuelve inviable. Y se vuelve inviable por referencia a la propia cultura pública que compartimos. Si bien es cierto que los ciudadanos de una democracia constitucional pueden discrepar sobre si el feto es o no una persona, un presupuesto fundamental de su cultura pública es que todo ser humano adulto es una persona que goza de derechos iguales al margen de su origen étnico, su género y su religión. En eso sí estamos todos de acuerdo. Por consiguiente, hay una diferencia crucial entre el aborto y las prácticas racistas o la violencia familiar: mientras que realizarse un aborto es perfectamente compatible con la cultura pública democrática, discriminar a otros o maltratar a la familia en nombre de creencias tradicionales socava los cimientos mismos de esa cultura. En términos de Rawls, esta es la diferencia entre doctrinas comprensivas "razonables" y doctrinas comprensivas irrazonables o fundamentalistas.

V.D. "Persona" como concepto metafísico

La última objeción alega que, contrariamente a lo que yo presupongo, el concepto de persona no es un concepto moral sino en realidad un concepto metafísico. En consecuencia, de lo que se trata no es de evitar que algunas personas usen el poder coercitivo del Estado para imponerles a otras sus propias creencias morales en una materia controvertida. Se trata más bien de elucidar la noción de "persona" como categoría filosófica y de tomar decisiones que estarían justificadas a la luz de esos resultados. La objeción completa se puede reconstruir así:

si el feto es una persona desde el punto de vista metafísico;

y si en nuestra cultura pública las personas tienen un derecho fundamental a la vida;

y si el derecho a la vida tiene prioridad sobre otros derechos, como el derecho a la integridad corporal;

Entonces, la penalización del aborto está justificada.²²

En respuesta a esta objeción, quisiera señalar que el argumento es de naturaleza condicional. Es decir, la conclusión de que la penalización del aborto está justificada es verdadera si y solamente si todas las premisas del argumento son verdaderas. Y tengo dudas importantes al respecto. Por ejemplo, aun cuando sea cierto que el feto es una persona y que, como tal, goza de un derecho fundamental a la vida, no estoy seguro de que ese derecho a la vida tenga prioridad sobre el derecho de la mujer a la integridad corporal. Como expliqué en la sección anterior hay buenas razones para pensar que el derecho a la integridad es un derecho absolutamente fundamental y tal vez no sea cierto que siempre y en todos los casos su ejercicio puede restringirse para preservar la vida de otros.

Para ver por qué esta actitud escéptica es plausible, puede ser útil reconstruir un experimento mental elaborado por Judith Jarvis Thomson en su famoso –y polémico– artículo "A Defense of Abortion".²³ En ese texto, Thomson nos pide que imaginemos la siguiente situación: una mañana usted se despierta y descubre que durante la noche un grupo de fans lo ha conectado a un famoso violinista con problemas renales. Los fans le explican que el violinista necesita que usted filtre su sangre durante nueve meses para no morir y que, por razones de compatibilidad genética, usted es el único que puede hacerlo. La conclusión de Thomson es que sería encomiable que usted aceptara hacerle este favor, pero que aun así estaría en todo su derecho de negarse. Si bien todos tenemos el deber de no dañar a los demás, nadie puede obligarnos a incurrir en grandes sacrificios para ayudar a otros contra nuestra voluntad.²⁴

22. La objeción fue formulada por Gonzalo Rodríguez Pereyra a una versión preliminar del argumento. Véase RODRIGUEZ PEREYRA, G., *Un argumento político a favor de la penalización del aborto*, consultado en [<http://www.afra.org.ar/wp-content/uploads/2016/05/Rodr%C3%ADguezPereyra.Unargumentopol%C3%ADtico.pdf>] el 7/9/2017.

23. THOMSON, J., "A Defense of Abortion", en *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 1, n° 1, 1971.

24. El sostén normativo de esta idea es el famoso principio de separación entre las personas. Véase RAWLS, J., *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1997, pp. 19-24; NOZICK, R., *Anarchy, State and Utopia*, Basic Books, 1974, pp. 30-35.

Finalmente, para terminar de despachar esta objeción, me gustaría hacer un comentario sobre la primera premisa: la premisa de que el feto podría ser una persona en términos metafísicos. Para la cultura democrática, esta apelación a la metafísica no es en absoluto una solución. Porque, como expliqué, el principio de legitimidad democrática no solamente exige excluir creencias morales controvertidas, sino cualquier otra creencia sobre la que pueda haber disenso razonable dadas las cargas del juicio.²⁵ En este sentido, la tesis metafísica de que el feto es una persona es una tesis tan controvertida como la tesis metafísica que afirma la existencia de dios. De hecho, estoy seguro de que cualquier grupo de filósofos, biólogos o embriólogos tendría serias divergencias al respecto. Y es fácil explicar por qué: aunque estemos de acuerdo sobre una serie de hechos x, y, z, podemos discrepar sobre cómo interpretar esos hechos y sobre qué conclusiones sacar de ellos. Ya sabemos que todo hecho adquiere significado a la luz de una teoría marco más general. En consecuencia, el concepto metafísico de persona no puede ser de ayuda en el debate político sobre el aborto aun cuando sea solo una premisa de un argumento más amplio.

VI. CONCLUSIÓN

La conclusión más importante del artículo es que la penalización del aborto parece imposible de justificar en una sociedad democrática: impedirle a una mujer interrumpir un embarazo por medios coactivos representa una forma de dominación que lacera su dignidad y su condición de ciudadana igual ante la ley. Las leyes que penalizan el aborto son profundamente opresivas. Esta es una deuda pendiente de muchas democracias constitucionales.

Es muy importante resaltar que esta conclusión ofrece respuesta al aborto como problema político, no como problema moral. En otras palabras, el argumento no sostiene que el aborto sea moralmente permisible ni que el feto o el embrión no sean personas morales –o, para el caso, personas metafísicas–. Si el argumento dijera eso, violaría el principio de justificación democrática. El argumento solamente sostiene que, dadas las

25. GARRETA LECLERQ, M., ob. cit., pp. 177-276.

discrepancias profundas aunque razonables que mantenemos al respecto, una mayoría no puede usar el poder coercitivo del Estado para penalizar el aborto. Por el contrario, debe permitir que cada mujer decida a la luz de sus propias convicciones. Después de todo, impedirle a una mujer abortar en nombre de las convicciones morales que nosotros consideramos verdaderas, es equivalente a obligar a una mujer abortar aun cuando cree que el aborto es moralmente aberrante.

Hay, no obstante, una posible limitación de mi argumento que quisiera examinar. Dado que mi razonamiento está montado sobre el derecho a la integridad corporal, alguien podría decir que a partir del momento en que el feto es viable la mujer no está autorizada a practicarse un aborto sino simplemente a solicitar que el feto sea extraído de su cuerpo.²⁶ Si el feto puede completar su desarrollo fuera del cuerpo de la mujer, entonces la mujer no tiene derecho a extinguirlo.²⁷

Esto permite apreciar la diferencia entre el argumento que acabo de ofrecer y otro argumento liberal clásico construido sobre el principio de autonomía, o, como lo llamó la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Roe vs. Wade*, el derecho a la privacidad. Mientras el derecho a la autonomía es un derecho a decidir si una quiere convertirse en madre, el derecho a la integridad es únicamente un derecho a controlar el propio cuerpo. Por lo tanto, si el feto puede continuar su desarrollo fuera del cuerpo de la mujer, la mujer no debería estar autorizada a impedirlo.

Del mismo modo, se podría argumentar que a medida que el embarazo progresa y el tiempo de gestación necesario para que el feto sea viable disminuye, el balance de razones o de valores se altera. Una cosa es pedirle a una mujer que ponga su cuerpo al servicio de un embrión en estadio inicial durante siete u ocho meses, y otra cosa distinta es pedirle que no interrumpa el desarrollo de un feto más avanzado durante uno o dos meses. En el primer caso, pedimos un sacrificio grande para preservar una entidad muy primitiva; en cambio, en el segundo, pedimos un sacrificio moderado para preservar una entidad mucho más parecida a una persona, bajo la definición de "persona" que todos aceptamos.

A modo de respuesta, debo reconocer que el problema de si la mujer

26. Se considera que el feto es viable desde el momento en que puede subsistir fuera del cuerpo de la madre.

27. THOMSON, J., ob. cit.

tiene derecho a abortar una vez que el feto es viable puede ser más controvertido y dejar mayor espacio para el disenso razonable. Pero hay dos consideraciones que me parecen relevantes. La primera es que la autonomía, como concepto político, es también un valor clave de la cultura pública de las democracias constitucionales. Ya sea que usemos el derecho a la autonomía para elegir un plan de vida distinto del que propone la tradición en la que crecimos, ya sea que lo usemos para abrazar dogmáticamente convicciones heredadas, creemos que en una democracia constitucional las personas deben ser libres de vivir según sus propias elecciones. Si esto es correcto, el respeto por la autonomía de la mujer requeriría no solamente que la dejáramos disponer sobre su cuerpo, sino además que la dejemos tomar decisiones libres sobre asuntos tan cruciales para su vida como es el de la maternidad.

La segunda consideración es que, al margen del valor que la autonomía pueda tener, exigirle a una mujer que permita extraer de su cuerpo un feto para que continúe su desarrollo de modo independiente también parece comprometer su derecho a la integridad corporal. Si la mujer tiene derecho a disponer de su cuerpo, debe tener también un derecho a decidir qué clase de intervenciones pueden realizarse en su cuerpo. Y eso quiere decir que la mujer puede decidir si le realizan una cesárea para extraer el feto, si le inducen un parto prematuro, o le practican una intervención de otra naturaleza, con otras consecuencias. Si alguien tiene que operarse y hay varios procedimientos disponibles, supongo que todos concederíamos que esa persona tiene que poder elegir qué procedimiento se realiza. En ese caso, la conclusión sería que la mujer siempre puede decidir, incluso en las etapas finales del embarazo.

Si bien esta es la conclusión más importante, hay una segunda conclusión del argumento que quiero enfatizar. Aunque algunos de mis lectores no compartan mi tesis sobre la despenalización del aborto –y estarían en todo su derecho de no hacerlo– tal vez puedan compartir mi tesis metodológica. Esa tesis es la que afirma que en una democracia constitucional debemos eludir el problema moral del aborto y concentrarnos exclusivamente en el problema político, argumentando y exigiendo que se argumente únicamente a partir de razones públicas y nunca sobre la base de doctrinas comprensivas controvertidas. Si mantenemos la controversia dentro de estos márgenes, ya habremos dado un paso crucial porque cumpliremos con el deber fundamental de tratarnos como ciudadanos iguales en el debate, renunciando a imponer a los demás nuestras propias convicciones persona-

les.²⁸ Y así, aumentaremos muy significativamente las posibilidades de que la conclusión que alcemos muestre respeto por todos, incluso por aquellos que discrepan honestamente con ella. Si tenemos éxito en este ejercicio de auto-constricción, el debate sobre el aborto dejará de ser un debate entre enemigos que miden fuerzas y se convertirá en un diálogo ciudadano, una instancia de deliberación conjunta, signada por la fraternidad cívica.

BIBLIOGRAFÍA

- DWORKIN, Ronald, *Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 2006.
- , *Taking Rights Seriously*, Londres, Bloomsbury, 1997.
- , *El dominio de la vida*, Barcelona, Ariel, 1994.
- GARRETA LECERCQ, Mariano, *Legitimidad política y neutralidad estatal. Sobre los fundamentos del liberalismo*, Buenos Aires, Eudeba, 2007.
- GEWIRTH, Alan, "Are There Any Absolute Rights?", en *The Philosophical Quarterly*, Vol. 31, n° 122, 1981.
- KANT, Immanuel, "The Metaphysics of Morals", en KANT, Immanuel, *Practical Philosophy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.
- LOCKE, John, *Second Treatise of Government*, Cambridge, Mass, Hackett Publishing, 1980.
- NINO, Carlos S., *Ética y Derechos Humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1986.
- NOZICK, Robert, *Anarchy, State and Utopia*, Basic Books, 1974.
- RAWLS, John, *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1997.
- , *Political liberalism*, Nueva York, Columbia University Press, 1996.
- RIPSTEIN, Arthur, *Force and Freedom: Kant's Legal and Political Philosophy*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1999.
- RODRIGUEZ PEREYRA, Gonzalo, *Un argumento político a favor de la penalización del aborto*, consultado en [<http://www.afra.org.ar//wp-content/uploads/2016/05/Rodr%C3%ADguezPereyra>].

28. Este ejercicio de auto-constricción es, según Rawls, una de las principales virtudes de la ciudadanía en una democracia liberal y de sus funcionarios, incluyendo especialmente a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia. En su *Liberalismo Político*, Rawls se refiere a ella como el "deber de civilidad". Véase, RAWLS, J., *Political Liberalism*, ob. cit., pp. 223-240.

Unargumentopol%C3%ADtico.pdf] el 7/9/2017.

RORTY, Richard, *Esperanza o Conocimiento*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1997.

THOMSON, Judith, "A Defense of Abortion", en *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 1, n° 1, 1971.

United States Supreme Court, *Roe vs. Wade*, 78-18, 1973, consultado en [<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/410/113.html>] el 7/9/2017.

LA DEMOCRACIA NO TIENE SENTIDO. SALVO QUE USTED SEA UN DEMÓCRATA, CLARO*

JUAN CARLOS RUA**

Resumen: En este artículo se someterán a crítica las razones generalmente esgrimidas para defender la democracia, como forma de estudiar sus diversos sistemas posibles, sus fundamentos, presupuestos teóricos y resultados. Esto permitirá demostrar las ventajas sustanciales, epistémicas e institucionales de los modelos deliberativos respecto de otras alternativas democráticas.

Palabras clave: democracia – teoría política – democracia deliberativa

Abstract: In this article, the reasons generally used for the defense of democracy will be subjected to critical analysis, as a way of studying its various possible systems, their foundations, theoretical assumptions and results. This will demonstrate the substantial, epistemic and institutional advantages of deliberative models over other democratic alternatives.

Keywords: democracy – political theory – deliberative democracy

I. ¿DEMOCRACIA? ¿QUÉ ES ESO?

A todos nos gusta la democracia. Mientras más, mejor. Exactamente lo mismo pensamos acerca de nuestros derechos y, sobre todo, respecto de nuestra libertad. A más derechos, mayor libertad y mucha más democracia.

* Recepción del original: 17/10/2017. Aceptación: 21/12/2017.

** Abogado y Especialista en Derecho Penal (ambos por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires). Funcionario del Poder Judicial de la Nación. Profesor Adjunto a cargo del curso Autonomía, libertad de expresión y democracia y Jefe de Trabajos Prácticos de Derechos humanos y garantías, ambos de la currícula de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Tengo malas noticias: el matrimonio entre derechos y democracia fue arreglado por sus padres (fundadores). Realmente no se aman y, en el fondo, están juntos por conveniencia.

Pero estoy adelantándome en mi exposición, convirtiéndome en un *spoiler*. Para llegar a esa conclusión deberé transitar varias preguntas incómodas: ¿Qué es la democracia? ¿Qué sentido tiene? ¿Cómo justificamos nuestra intuición de que la democracia es el mejor de los sistemas posibles? Solo una vez hallada una respuesta tentativa a estas preguntas nos encontraremos en condiciones de sopesar las diferentes alternativas democráticas para optar por una de ellas.

Comenzaré viajando hacia atrás. Hace mucho tiempo y en una galaxia muy, muy lejana, un profesor de filosofía del derecho me hizo notar una obviedad: si todos acordamos en algo es porque probablemente estemos hablando de cosas diferentes.

Eso ocurre con la democracia. ¿Qué tienen en común liberales de izquierda, libertarios, comunitaristas y republicanos más allá de considerarse demócratas? Poca cosa, además del convencimiento de que la comida de mamá es la mejor (de sus propias madres, la mía tiene poco trato con filósofos del derecho).

“Hoy en día ‘democracia’ es un término con una connotación fuertemente positiva. No hay régimen, incluso el más autoritario, que no quiera hacerse llamar democrático. Juzgado por el modo como cada régimen se autodefine, se podría decir que hoy ya no existen en el mundo regímenes que no sean democráticos. Si las dictaduras existen, sirven, a decir de los autócratas, solo para restaurar en el más breve lapso posible la ‘verdadera’ democracia, que naturalmente deberá ser mejor que la suprimida por la violencia”.¹ Eso debería ser suficiente para alertarnos y obligarnos a examinar qué es lo que realmente piensan sobre el asunto.

“Si un politólogo del futuro o de otro planeta, ingenuo e inteligente (los convenientes atributos de tales invitados), llegada la ocasión, entretuviera sus horas en repasar nuestras alabanzas, no podría menos que mirar con cierta ternura nuestra pasión por la democracia y con desconfianza nuestras explicaciones. ‘Desde luego –pensaría– todos la querían, aunque cada uno por razón distinta, razón que, además, era discutida por el vecino...’. A buen seguro, nuestro confundido investigador no podría menos

1. BOBBIO, N., *Teoría general de la política*, Madrid, Editorial Trotta, 2006, p. 405.

que concluir que el acuerdo acerca de la bondad de la democracia era de vuelo corto, que los fundamentos morales de la democracia no estaban claros".²

¿Qué tiene de bueno la democracia, entonces? ¿Qué es la democracia? El sistema político sometido a la voluntad popular, diremos con soltura. Ajá, claro. ¿Sometemos todas las decisiones al voto de todos los habitantes, entonces? ¿No? ¿Qué decisiones? ¿Quiénes participan del proceso? ¿Necesitamos representantes? ¿Qué tipo de representación les daremos? ¿Qué límites tienen en su tarea?³

Estas complejidades derivan de la propia noción en juego. La palabra "democracia" sufre de un defecto particular de los lenguajes naturales, técnicamente identificado como vaguedad combinatoria.

Es decir, es imposible identificar un núcleo cerrado de características definitorias suficientes para la aplicación del concepto. Por el contrario, existe un amplio catálogo de ellas, que deben encontrarse combinadas de forma indeterminada, para justificar el uso de la palabra.

"Así, tomando las características A, B, C, D, E, F y G, podemos decir que ninguna de ellas aisladamente es esencial, en tanto se hallen presentes las restantes, es decir, la cosa puede recibir el nombre 'X' mientras tenga la mayoría de las características. Es similar a lo que ocurre con un cuerpo legislativo, que debe tener un quórum para sesionar, aunque no interesa cuáles sean los miembros que constituyan el quórum. Ningún miembro del cuerpo es indispensable; es decir, no hay ningún miembro sin el cual no pueda realizarse la sesión, pero debe haber una mayoría para que esta se efectúe".⁴

Por ejemplo, diremos que un sistema con una constitución escrita, división de poderes, elección de representantes mediante un sistema de colegio electoral y que garantice fuertemente el derecho a la libertad de expresión es democrático; pero lo mismo podremos decir de una monarquía constitucional parlamentaria que carezca de una norma suprema sistemá-

2. OVEJERO, F., "Teorías de la democracia y fundamentaciones de la democracia", en UNIVERSIDAD DE ALICANTE, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 19, Alicante, Doxa, 1996, p. 309.

3. Estas dificultades son expuestas con mucha claridad en el apartado "Democracia y 'democracias'", en PRZEWORSKI, A., *Qué esperar de la democracia. Límites y posibilidades del autogobierno*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2010.

4. HOSPERS, J., *Introducción al análisis filosófico*, Buenos Aires, Macchi, 1965, p. 53.

tica y de un control judicial sobre la constitucionalidad de las leyes, sin que ambos tengan prácticamente ninguna característica definitoria en común.

Esto dificulta de sobremanera dar una respuesta sensata a la principal pregunta que debemos formularnos cuando hablamos de este tema. ¿Qué sentido tiene la democracia? ¿Qué nos lleva a ser demócratas?

Rechazaremos en este punto la tentación de acudir a frases hechas como *la democracia es el mejor de los sistemas posibles* o *la democracia es el peor de los sistemas, con excepción de todos los otros*, para intentar pensar en las razones por las que mayoritariamente creemos que alguna opción democrática es necesariamente más valiosa que cualquier alternativa que excluya la participación popular en los asuntos públicos.

II. DOS DEMOCRACIAS CONTRAPUESTAS

Me interesa mostrar, en principio, dos tipos de justificativos para la democracia: sustantivos o epistémicos. Los primeros expresan la idea de que la democracia es valiosa por cuanto expresa en mayor medida que otras formas de gobierno el compromiso con valores como la libertad y la igualdad⁵ y los restantes afirman que la participación comunitaria en la toma de decisiones mejora las probabilidades de que estas sean justas o correctas.

Ingresando al punto, y pasando por alto las dificultades metodológicas asociadas a la afirmación de alguna clase de supremacía absoluta de los valores mencionados, Martí sostiene que "[o]torgamos valor a la libertad o autonomía, tanto a la autonomía privada como pública, porque reconocemos que los seres humanos están dotados de la capacidad de tomar decisiones valiosas desde el punto de vista de la racionalidad (instrumental) y de la razonabilidad (sustantiva), una capacidad de determinar sus planes de vida así como sus acciones concretas. Esta capacidad forma parte a su vez de aquello que constituye al menos parcialmente la dignidad de las personas, el factor que les hace merecedores de igual consideración y respeto".⁶

Si bien resulta conceptualmente atractiva, lo cierto es que la asociación entre autonomía privada y pública es difícilmente sostenible en nues-

5. MARTÍ, J. L., *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, Madrid, Marcial Pons, 2006, p. 179.

6. *Ibid.*, con cita de PITKIN y SCHUMER, MICHELMAN y WALDRON, p. 207.

tro sistema institucional. Recuérdese que la autonomía individual, dentro de nuestra práctica constitucional, solo veda toda interferencia arbitraria sobre aquellas acciones que por ser autorreferentes se encuentran excluidas del ámbito de lo político.

En palabras de Nino, mediante la idea de autonomía, se "establece que es valiosa la adopción individual libre de ideales de excelencia humana y de planes de vida basados en ellos. Por lo tanto, (se) sostiene que el Estado (así como también los demás individuos) no puede interferir en esa elección ni en la materialización de esos ideales y planes. El Estado debe limitarse a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida, de tal manera que impida la interferencia mutua en el curso de tal persecución".⁷

Por el contrario, aquella mutua dependencia de la autonomía privada y pública parece comprometida con valores republicanos, que sostienen un modelo de libertad centrado, no ya en la falta de interferencias arbitrarias sino en la ausencia de dominación. Es decir, la tradición que parece retomar Martí entiende que para que un agente sea realmente autónomo no ha de existir un agente público o privado que goce de la facultad de interferir arbitrariamente en la definición y ejecución de su plan de vida, sin que sea necesario que exista una efectiva interferencia.

Como ejemplo de esta corriente, en su obra central sobre el tema Pettit muestra su preocupación por redefinir el concepto de libertad. Para ello se opone al concepto de autonomía como una simple "no interferencia" que caracteriza a los liberales, para reconceptualizarla a través de la idea de libertad como "no sometimiento" o "no dominación".⁸

En palabras del autor "[...] la posesión por alguien de poder de dominación sobre otro —en cualquier grado— no implica que la persona que lo disfruta interfiera realmente, con mejores o peores motivos, en la vida del individuo dominado; no es necesario que la persona que disfruta este poder tenga la menor inclinación a interferir. Lo que es constitutivo de dominación es el hecho de que, en algún respecto, quien detenta poder tiene capacidad para interferir arbitrariamente, aún si nunca va a ejercerla. Este hecho significa que la víctima del poder actúa en el área relevante con la

7. NINO, C. S., "Discurso moral y derechos liberales", en MAURINO, G. (ed.), *Los escritos de Carlos S. Nino*, Buenos Aires, Gedisa, 2007, Vol. I, p. 33.

8. PETTIT, P., *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, Barcelona, Paidós, 1999, p. 38.

venia, explícita o implícita, del detentador del poder; significa que está a merced de esta persona, que está en la posición de un dependiente, de un deudor o de algo por el estilo. Si hay conocimiento común de esta implicación, como normalmente lo hay, se sigue de aquí que la víctima del poder no puede disfrutar del estatus psicológico de un par igual: está en una situación en la que el miedo y la deferencia estarán a la orden del día, no la espontánea franqueza que va de la mano de la igualdad intersubjetiva".⁹

Es decir, este esquema de pensamiento sostiene que no puede hablarse de dos esferas separadas, sino que la autonomía de las personas necesariamente debe incluir, no solo la libre elección de un plan de vida y su ejecución, sino una participación igualitaria en los asuntos comunitarios.

Sin importar lo atractivo que pueda parecer tal ideal, lo cierto es que resulta difícilmente aplicable a nuestra práctica institucional. La vida moderna está plagada de injustas desigualdades y relaciones de poder, sin que su absoluta desaparición pueda considerarse requisito imprescindible para hablar, al menos en sentido jurídico, de la existencia de acciones autónomas.

En efecto, en el camino de maximizar la igualdad, el Estado debe realizar acciones positivas tendientes a suprimir paulatinamente las relaciones de subordinación, pero de ello jamás podrá concluirse la falta de libertad de todas las acciones realizadas bajo este orden de cosas. Un predicado de estas características, razonable quizás en un nivel de análisis político, desbarataría todo nuestro sistema institucional.

En fin, "[t]al como fue formulado en su origen, ese ideal carece de coherencia lógica y no es factible en la práctica. Cuando somos gobernados en forma colectiva, cada uno de nosotros no puede obedecerse a sí mismo. Elegir libremente por sí mismo no es un criterio razonable para evaluar democracias reales".¹⁰

Resta pues, considerar si la democracia posee valor epistémico, es decir, si es razonable suponer que las decisiones tomadas con intervención popular son, en algún sentido, mejores que las que surgen de otros modelos.

Es imposible responder esta pregunta sin clarificar, al menos un poco, las características precisas del modelo. Esta es una cuestión que no puede

9. PETTIT, P., ob. cit., p. 92.

10. PRZEWORSKI, A., ob. cit., p. 55.

ser resuelta en abstracto, sino que requiere un análisis de sus condiciones de funcionamiento y producto.

Tentativamente propongo analizar esquemáticamente la cuestión, pensando en dos ideales de democracia, que con diferentes alcances se encuentran comprometidos de alguna forma con la voluntad popular.¹¹ Realizo esta clasificación a partir de criterios epistémicos, esto es, de la forma en que sus representantes teóricos ven maximizada la posibilidad de acceder a decisiones correctas o justas.

Cabe aclarar que existen otras formas de abordar esta cuestión. Por ejemplo, Martí distingue entre modelos de *democracia como mercado*, *democracias pluralistas* y *democracias agonistas*, en función del tipo de intereses que sus defensores asignan a las personas y la forma en la que esquematizan su forma de vincularse, pero no son funcionales al tipo de análisis que propongo, por lo que no las abordaré.¹²

Pero volviendo a la cuestión, el primero de los modelos ideales, que definiré conservador elitista, sostiene que existen soluciones políticas correctas o imparciales y reserva su descubrimiento a personas especialmente virtuosas o preparadas.

Así de antipático como suena, aderezada con un poco de miedo a las facciones, es la ideología que fundamenta nuestro esquema constitucional histórico. Hiperpresidencialismo con veto incluido, sistema bicameral, control de constitucionalidad difuso en mano de jueces profesionales organizados verticalmente, todo nuestro sistema busca que la comunidad elija unos pocos representantes, los mejores, para que tengan la última palabra en asuntos de relevancia.

Así fue pensada desde sus orígenes por nuestros padres fundadores y sus pares norteamericanos. Por ejemplo, en *El Federalista III* Jay explicaba que "[...] una vez establecido el gobierno nacional, los mejores hombres del país no solo consentirán en servirlo, sino que lo usual será que sean nombrados para manejarlo, pues si bien la ciudad o el campo u otras influencias locales pueden colocar a sus hombres en las cámaras bajas de los Estados, en los senados o los tribunales y en los departamentos del poder ejecutivo, bajo el gobierno nacional será necesaria una reputación

11. Utilizo en este punto el esquema propuesto en GARGARELLA, R., *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona, Ariel, 1996.

12. MARTÍ, J. L., ob. cit., capítulo II, punto 3: "Las alternativas a la democracia deliberativa".

más general, bastante más amplia, de talento y de las demás cualidades requeridas para acreditar que un hombre es capaz de ocupar los cargos del gobierno nacional. De ahí resultará mayor prudencia, orden y buen juicio en la administración, las determinaciones de carácter político y las decisiones judiciales del gobierno nacional, que en las de los Estados individuales y constantemente aquellas serán más satisfactorias para las demás naciones y más seguras por lo que a nosotros respecta".¹³

En el mismo sentido, el profesor Gargarella explica que "[...] sin duda, la figura que simbolizó y defendió más insistentemente este tipo de pensamiento elitista fue el intelectual y político inglés Edmund Burke. En sus múltiples escritos, Burke procuró distinguir entre las meras 'opiniones' de la gente y sus verdaderos 'intereses', para decir luego que la mayoría de los ciudadanos —guiados por opiniones precipitadas, prejuiciadas o poco reflexivas— no alcanzaban a reconocer los mejores medios para defender sus propios intereses objetivos. La idea era que el 'pueblo' tendía a guiarse por su simple voluntad, y no por la razón, por lo cual era necesario que los individuos más ilustrados de la comunidad definieran y defendieran tales 'intereses' objetivos".¹⁴

Existe una metáfora clásica a la que acuden los defensores de estas posturas. Si uno se encuentra en una cama de hospital a punto de ser intervenido en una operación en la que jugará su vida, ¿preferirá que las decisiones de vida o muerte las tome un especialista o las someterá a votación entre sus familiares y amigos?

Este ejemplo es tan simpático como falaz. El permiso del médico no deriva de su sapiencia sino del consentimiento informado del paciente en

13. HAMILTON, A., MADISON, J. y JAY, J., *The Federalist*, Indianapolis, Hackett Publishing Company Inc., 2005, p. 10, apartado 3. El original reza: "When once an efficient national government is established, the best men in the country will not only consent to serve, but also will generally be appointed to manage it; for although town or county, or other contracted influence may place men in state assemblies, or senates, or courts of justice, or executive departments; yet more general and extensive reputation for talents and other qualifications, will be necessary to recommend men to offices under the national government—especially as it will have the widest field for choice, and never experience that want of proper persons, which is not uncommon in some of the states. Hence it will result, that the administration, the political counsels, and the judicial decisions of the national government will be more wise, systematical and judicious, than those of individual states, and consequently more satisfactory with respect to other nations, as well as more safe with respect to us".

14. GARGARELLA, R., ob. cit., p. 49.

someterse a un tratamiento, que puede retirar en el momento de considerarlo pertinente. "En política las cosas son diferentes, dado que la mayoría de nosotros nunca ha consentido la autoridad política del gobierno que manda sobre nuestras vidas. La justificación de la autoridad política necesita una base distinta del consentimiento, y el conocimiento experto aparece siempre como una alternativa tentadora. Pero es importante comprender por qué la autoridad no puede derivar del conocimiento experto. Aunque reconociéramos que existen decisiones políticas mejores y peores (y creo que debemos reconocerlo) y que hay personas más expertas que otras a la hora de saber qué debe hacerse (y todos pensamos que existen personas peores que otras), de ese conocimiento experto no se sigue que tengan autoridad sobre nosotros ni tampoco que deban tenerla. Esta falacia experto/jefe o *expert/boss fallacy*, como dije, es seductora, pero el mero conocimiento de lo que debe hacerse deja sin respuesta la pregunta de qué debe hacerse en relación con quién debe gobernar".¹⁵

Pero esta no es la principal de las objeciones posibles. Existen varias preguntas encadenadas que uno debería hacer a un defensor de este modelo: ¿a qué se refiere con decisiones correctas? ¿A qué ideal o personas deben favorecer? ¿Cómo puede probarse de forma intersubjetivamente válida que existen personas mejor preparadas que otras para descubrirlas? ¿Qué lo hace pensar que, aún siendo los mejor preparados para ello, los miembros de esta elite se sentirán compelidos a guiarse por este conocimiento cuando les cause algún grado de perjuicio?

La imposibilidad de dar respuesta satisfactoria a estos interrogantes muestra que no hay razones válidas, fuera de los prejuicios populares motorizados por las elites beneficiarias, para sostener que deba delegarse el gobierno colectivo en un pequeño grupo de ilustrados.

Un océano separa estas ideas de modelos que llamaremos, para simplificarlos, populistas. Sus cultores negarán que la reflexión individual sea un medio idóneo para acceder a respuestas correctas, confiando para ello en la voluntad general que, por razones de igualdad, se expresará de forma esencialmente agregativa. Por ello, frente a cada decisión de relevancia se consultará a la comunidad de forma directa o, frente a su imposibilidad, a sus representantes.

15. ESTLUND, D., *La autoridad democrática. Los fundamentos de las decisiones políticas legítimas*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2011, p. 28.

En palabras del profesor Gargarella, "[...] una posición es populista cuando considera que las decisiones imparciales o más correctas se definen, directamente, a partir de la opinión de las mayorías. La expresión mayoritaria, en este caso, constituye una condición necesaria y suficiente para el logro de la imparcialidad. En este sentido, por ejemplo, un populista tenderá a apelar a la 'voz' del pueblo en cada ocasión en que deba decidirse un problema moral básico y, además —y esto es lo que resulta preocupante, en todo caso—, considerará que lo que el pueblo diga, en dicha ocasión, será correcto e indiscutible".¹⁶

El ejemplo más paradigmático de estas posturas puede verse en Rousseau, quien sostiene que, una vez conformada una unidad política a partir del contrato social, sus ciudadanos se someten igualmente a la voluntad general, que es infalible y se expresa de manera agregativa.

En palabras del autor, "[e]l ciudadano admite todas las leyes, incluso las que se aprobaron a pesar suyo, comprendidas las que le castigan cuando viola alguna. La voluntad constante de todos los miembros del Estado es la voluntad general, y por esto son ciudadanos y libres. Cuando en una asamblea del pueblo se propone una ley, lo que se pide no es precisamente que aprueben o rechacen, sino si están conformes o no con la voluntad general, que es la suya, y cada uno de los que dan su voto expone su opinión, deduciendo del cálculo de votos la declaración de la voluntad general. Cuando, al contrario, prevalece la opinión contraria a la mía, se demuestra solamente que estoy equivocado y que lo que consideraba como la voluntad general no lo era. Si hubiera predominado mi opinión particular habría hecho una cosa distinta a lo que quería, y entonces no hubiera sido libre".¹⁷

Frente a este planteo cabe reformular algunas de las preguntas que nos hicimos anteriormente. ¿Cómo puede usted probar de forma intersubjetivamente válida que las decisiones tomadas por la mayoría son correctas? ¿Qué lo hace pensar que, aun pudiendo descubrirlas, los miembros de la mayoría se sentirán compelidos a guiarse por este conocimiento cuando les cause algún grado de perjuicio?

En cuanto a la primera de las cuestiones, una primera respuesta posible puede verse en la lectura que realiza Carlos Nino respecto del propio Rousseau. Según nos explica, para el autor ginebrino el justificativo no se

16. GARGARELLA, R., ob. cit., pp. 84–85.

17. ROUSSEAU, J., *El contrato social*, Buenos Aires, AGeBE, 2005, p. 107.

encuentra en una especial idoneidad de la voluntad popular para hallar las soluciones correctas, sino que esta sería constitutiva de la justicia.

“[E]sta concepción de la democracia ha sido fuertemente acusada de permitir prácticas autoritarias y con bastante razón. Se podría pasar fácilmente de la posición en la que la persona moral colectiva (el pueblo) se encuentra representada por la mayoría tomando decisiones bajo ciertas reglas que protejan a las minorías, a una posición en la que la persona moral podría estar representada por un solo líder o una minoría iluminada. La justificación de la democracia basada en la soberanía popular no reconoce el contrapeso que le opone a la democracia el reconocimiento de los derechos individuales”.¹⁸

A estas razonables preocupaciones por la situación de las minorías deben sumarse algunos problemas metaéticos de muy difícil resolución. Parece imposible explicar de forma intersubjetivamente válida que sean las propias mayorías las que definan por sí e independientemente de todo criterio externo la justicia de las decisiones. Por el contrario, luce meramente como otra forma de sostener que la justicia es intrascendente y que cada minoría, cada individuo, puede ser legítimamente sacrificado por la colectividad.

Eso parece surgir del propio contrato social, donde se lee que todas las normas que organizan la democracia “[...] se reducen a una sola: a la enajenación completa de cada asociado, con todos sus derechos, a la comunidad entera, ya que, dándose íntegramente cada uno, la condición es igual para todos, y, siendo igual para todos, nadie tiene interés en hacerla onerosa a los otros. [...] Efectuándose la enajenación sin reservas, la unión es tan perfecta como puede ser, y ningún asociado tiene ya nada que reclamar, puesto que si resta algunos derechos a los particulares, como no habría ningún superior común que pueda pronunciarse entre ellos y el público, siendo en este punto cada cual su propio juez, pretendería en el acto serlo en todo. El estado natural subsistiría, y la asociación devendría necesariamente tiránica o vana”.¹⁹

Pero no es esta la única alternativa dentro de esta corriente de pensamiento. En una visión más modesta se sostiene que el voto mayoritario

18. NINO, C. S., *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 2003, p. 137.

19. ROUSSEAU, J., ob. cit., p. 20.

posee mayores posibilidades que cualquier otro método para tomar decisiones correctas o justas.

Para ello, sus defensores acuden a diversas variantes del teorema del jurado, formulado por Condorcet en el año 1785, mediante el que se pretendía evaluar las probabilidades de acierto de los ciudadanos convocados a dirimir los conflictos penales.

“El teorema sostiene que: una vez garantizadas determinadas condiciones, la probabilidad de que una decisión correcta sea respaldada por una mayoría de votantes aumenta en función del número de participantes tiende al infinito. Las condiciones que deben garantizarse para que el Teorema se aplique son concretamente cuatro: 1) cada participante debe votar en forma sincera, 2) los votos deben ser independientes, 3) los votantes deben elegir entre solo dos alternativas, y 4) la competencia epistémica (la probabilidad individual de acertar) de todos los votantes debe ser la misma, y siempre superior al 0,5”.²⁰

Si bien es correcto en su formulación, ya que de acuerdo con las condiciones que determinan su aplicación conduce a decisiones correctas con un mayor grado de probabilidad que sus alternativas, no es de gran provecho para evaluar modelos reales.

Como en aquel chiste sobre físicos teóricos que resuelven un problema agropecuario para pollos esféricos en el vacío, la estrictez de sus condiciones de aplicación no permite utilizarlo para analizar la realidad. Bajo ninguna circunstancia los votantes se enfrentarán, en igualdad de condiciones y bajo la situación de aislamiento predicha, a la decisión entre solo dos alternativas.

Pero aun superada esta dificultad, lo cierto es que no existen buenas razones para suponer una especial competencia epistémica en las personas. En mayor o menor medida todos somos impulsivos, insensatos, influenciables o meramente estúpidos. El éxito del marketing, el discurso anticientífico y los *remakes* de películas de los ochentas muestra que no es sabio esperar mucho de la capacidad de los ciudadanos para elegir.

El problema con esta clase de justificaciones es que no pueden fundarse en una presunción. Posturas como el principio de caridad, en cuanto estipula que cada ciudadano tiene mayor probabilidad de acertar que de equivocarse en sus juicios, son inidóneas para convencer(se) de que la de-

20. MARTÍ, J. L., ob. cit., pp. 185-186.

mocracia realmente conducirá a mejores resultados que otras alternativas. Sobre todo cuando del propio teorema se desprende que en caso de que la competencia epistémica sea menor a 0,5, la probabilidad de error aumenta con el número de participantes. Es decir, realmente no podemos afirmar con algún grado de certeza que la participación democrática tenga mejores probabilidades de acceder a respuestas correctas que una moneda lanzada al aire.

Todo esto nos trae de regreso a la primera de las preguntas que, por ahora al menos, parece seguir sin una respuesta válida: ¿cómo justificamos nuestra intuición de que la democracia es el mejor de los sistemas posibles?

III. LA DEMOCRACIA COMO DECISIÓN. LA MEJOR DEMOCRACIA

Si bien ambos modelos merecen el mote de democráticos, ninguno tiene características que permitan afirmar alguna clase de superioridad substancial o epistémica, por lo que la definición entre uno u otro dependerá exclusivamente del esquema teórico y valorativo de cada intérprete.

Es más, estas dificultades trascienden la discusión entre modelos, privándonos de alguna respuesta objetiva e incuestionable a la pregunta inicial. ¿Qué tiene de bueno la democracia? ¿Por qué uno es demócrata?

Ello no afecta la vocación democrática, sino que obliga a sincerarla. Que no exista una única razón universal para sostener una idea no significa que deba ser desechada, sino que nos obliga a argumentar su valor de forma más elaborada y consistente.

Y sobre todo nos obliga a pensar, a someter a crítica cada aspecto, sopesándolo y analizando sus ventajas y perjuicios. La "democracia" no será ya una palabra mágica, capaz de justificar cada uno de los sistemas que se coloquen bajo su paraguas, sino que será cada modelo, cada democracia real, cada sistema institucional específico el que será evaluado.

Pero para ello deberemos aceptar que la democracia es una decisión. Que elegimos ser demócratas por razones que no podemos sostener como verdades reveladas, sino como meras reglas de preferencia, susceptibles de críticas y correcciones.

Y es en este marco que propondré una lectura democrática que permitirá superar, al menos parcialmente, las dificultades de los dos modelos ideales desarrollados en el punto anterior.

III.A. La democracia deliberativa

Para ello, me centraré en un modelo deliberativista. En él, la regla democrática consistirá, ante todo y más allá del voto, en una práctica comunitaria de discusión de los asuntos públicos, donde necesariamente deben verse representadas las voces de todos los potencialmente afectados por la decisión a tomarse, bajo un esquema mínimo de igualdad. Así, lo relevante en esta postura no es la forma de decidir, que inevitablemente deberá tomarse de forma agregativa o por la actuación de un funcionario electo a tales fines, sino el procedimiento de formación de las voluntades que tomen parte de la decisión.

Según veo, este modelo resulta comparativamente superior a sus alternativas en cuanto a lo substancial y, sobre todo, en lo epistémico, lo que permite formular una preferencia válidamente fundada a su favor.

III.B. Razones sustantivas en favor de la deliberación

Dijimos anteriormente que una de las razones por las que el término "democracia" resulta especialmente atractivo es por su vinculación con la protección de la libertad e igualdad, como valores centrales de los sistemas políticos.

En este sentido, si bien descartamos que existan razones para suponer que la democracia sea, por sí misma y en cualquiera de sus versiones, especialmente protectora de estos valores, lo cierto es que si uno de sus modelos posibles efectivamente es más igualitario o liberal, esta sería una razón suficientemente válida para preferirlo sobre otros.

Para profundizar sobre este punto es imprescindible señalar que la "democracia deliberativa" no existe más que como un ideal regulativo. Es decir, no hay, y probablemente es imposible que exista, un sistema real que podamos considerar deliberativista. Este sistema es tan solo un horizonte, un espejo mágico al que preguntarle cuan demócratas somos.

Estas utopías legítimas "[...] establecen un modelo ideal de sociedad a la que se ambiciona llegar, sin embargo, no se trata como equivalentes a todas las situaciones que no logran alcanzar este modelo. Estas utopías permiten ordenar esas situaciones de acuerdo con la distancia que las separa del modelo ideal. En el caso de la democracia, ese orden depende del grado en que se cumpla con las condiciones que le dan al proceso democrático su

valor epistémico y del nivel de satisfacción de esas condiciones que logran los arreglos institucionales".²¹

El motivo de ello es que este modelo es particularmente exigente en cuanto al cumplimiento de ciertas precondiciones ideales de funcionamiento, cuya real existencia es improbable.

Sobre este punto cabe hacer una distinción. No deben confundirse las condiciones, entendidas como reglas básicas del sistema, con las precondiciones, esto es, el sustrato fáctico en el que el proceso político específico debe hallarse insertado.

Aclarado ello, una correcta discusión comunitaria de los asuntos públicos exige que los participantes del debate actúen libres de toda coerción, esto es obvio, y puedan expresar sus puntos de vista y razones justificatorias con razonable posibilidad de éxito. Para ello, es imprescindible un mínimo piso en materia de igualdad material, y en consecuencia, un equitativo acceso a los bienes culturales que repercutirán en las posibilidades reales de llevar adelante argumentos en su beneficio.

"[A]unque el principio de igualdad sustantiva que opera como precondición del procedimiento deliberativo no implica una igualación absoluta de los participantes de dicho proceso, sí requiere que las desigualdades no alteren significativamente la igual capacidad de influir en la determinación de las decisiones políticas. La influencia política, en el modelo de la democracia deliberativista, se mide por la capacidad de participar efectivamente en el proceso argumentativo. Esto es, por la posibilidad de determinar la agenda de discusión, de presentar los propios argumentos y que estos sean tomados en consideración, de criticar los argumentos de los demás y de gozar de la misma oportunidad de convencer racionalmente a los demás de la corrección de las propias propuestas. Así, la igualdad política de la democracia deliberativa requiere igualdad de al menos dos tipos: igualdad de recursos materiales e igualdad de capacidades. Con respecto al primer tipo, la igualdad de recursos, influye en la capacidad de influencia política al menos de dos formas. Por una parte, las personas que no acceden a un mínimo de recursos materiales no pueden conformar libremente sus planes de vida ni sus preferencias políticas, y pueden incluso estar en una situación personal muy precaria que prácticamente las expulsa de cualquier proceso político. Por la otra,

21. NINO, C. S., ob. cit., p. 203.

una sociedad que reparte muy desigualmente sus recursos materiales, como cuestión de hecho, difícilmente puede garantizar una igualdad de influencia política mínima".²²

De esta forma, estos modelos democráticos muestran un compromiso profundo con posturas maximizadoras de los ámbitos de autonomía personal e igualdad, no solo fijando estándares altos de base, sino estipulando además una obligación de mejora permanente, que acerque cada día más los sistemas reales con el ideal regulativo que los inspira.

III.C. Razones epistémicas en favor de la deliberación

Si bien esto parece suficiente para dirigir nuestras preferencias, el debate público robusto, vigoroso y desinhibido sobre los asuntos públicos es además, en comparación con los modelos conservadores o populistas ya vistos, fuente potencial de mejores decisiones.

En este punto me apartaré por completo de las corrientes mayoritarias, en cuanto definen a la democracia deliberativa como un sucedáneo del discurso moral, que por ello permite con un mayor grado de probabilidad acceder a la verdad moral.

En esta línea, José Luis Martí explica que "[l]a democracia deliberativa está justificada, y por lo tanto las decisiones políticas tomadas mediante un procedimiento democrático deliberativo son legítimas, porque dicho procedimiento posee mayor valor epistémico que otros procedimientos democráticos alternativos. Esto significa que las decisiones tomadas mediante tales procedimientos tienen una probabilidad mayor de ser correctas en general que las tomadas mediante otros procedimientos democráticos, siendo dicha corrección al menos parcialmente independiente del proceso e intersubjetivamente válida".²³

De idéntica forma, Nino destaca que, ante los problemas de legitimidad que podrían tener los sistemas meramente agregativos de decisión, "[s]i todos aquellos que pueden ser afectados por una decisión han participado en la discusión y han tenido una oportunidad igual de expresar sus intereses y justificar una solución a un conflicto, esta será muy probablemente impar-

22. MARTÍ, J. L., ob. cit., pp. 111-112, con cita de KNIGHT y JOHNSON, *What sort of equality does deliberative democracy require?*

23. MARTÍ, J. L., ob. cit., p. 181.

cial y moralmente correcta siempre que todos la acepten libremente y sin coerción".²⁴

Si bien estas posturas funcionan como atractivos ideales regulativos, ya vimos que su altísimo nivel de exigencia en cuanto a precondiciones del modelo, nos eximen de un análisis demasiado profundo sobre la propuesta. Es posible que exista una verdad moral y que un sistema deliberativo ideal conduzca con mayor probabilidad a su obtención, pero lo cierto es que no podemos verificar una ni obtener el otro.

Por el contrario, y haciéndome eco de críticas de autores como Johnson²⁵ y Fearon,²⁶ sostendré un modelo de democracia deliberativa más modesto, que lejos de permitirnos acceder a un valor tan elevado como la *verdad moral*, solo pretende mejorar las potencialidades de los actores del sistema democrático.

En palabras del primero, "[...] un argumento plausible en favor de la deliberación no puede ser utópico en el sentido de que efectúe supuestos heroicos acerca de los participantes (y) [...] no debe —en el esfuerzo por diferenciarla de la negociación— excluir categóricamente ni los planteos interesados ni los conflictos que esos planteos pudieran generar entre la gama de temas admisibles de los que podrían ocuparse las partes[...]".²⁷ Es decir, argumentar en favor de la deliberación exige la búsqueda de razones reales y mensurables, aplicables de alguna manera a nuestras sociedades.

En este sentido, considero que este procedimiento resulta superador de otras teorías menos exigentes y por ello maximiza la legitimidad de las decisiones tomadas, en cuanto favorece a aquellos sujetos que deciden actuar de forma altruista o empáticamente promoviendo la protección de algún interés que exceda el propio, pero sin acudir a valores absolutos de difícil comprobación intersubjetiva. Es decir, sostengo que la deliberación solo permite a los actores tomar mejores decisiones de acuerdo con los fines que les son propios, pero no actúa en ningún sentido mejorando el tipo de preferencias que deciden privilegiar.

24. NINO, C. S., ob. cit., p. 166.

25. JOHNSON, J., "Argumentos a favor de la deliberación. Algunas consideraciones escépticas", en ELSTER, J. (comp.), *La democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 2001.

26. FEARON, J. D., "La deliberación como discusión", en ELSTER, J. (comp.), *La democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 2001.

27. JOHNSON, J., ob. cit., p. 222.

Si bien me resulta profundamente atractiva la idea de que la discusión comunitaria de los asuntos públicos mejora la naturaleza de las preferencias individuales, motivando paulatinamente a las personas a comprometerse con posturas no centradas exclusivamente en el autointerés, tiendo a ser pesimista en este punto. No existe ningún dato de la realidad que nos permita suponer que esto sea así con un grado razonable de generalidad, así que no debería ser utilizado como un argumento en favor de la postura que defiendo.

Sin perjuicio de ello, entiendo que la deliberación resulta superadora de los otros modelos democráticos, en cuanto permite a los intervinientes revelar información oculta, superar la racionalidad limitada y, sobre todo, el desarrollo de razones intersubjetivas por sobre aquellas puramente egoístas,²⁸ por lo que brinda a todos los actuantes las herramientas necesarias para tomar las mejores decisiones posibles, de acuerdo con los fines que les son propios.

Es decir, tal como explicamos anteriormente, no existen buenas razones para suponer que las personas son potencial fuente de buenas decisiones, ni siquiera que esta probabilidad sea mayor a la del azar de tirar una moneda al aire, pero de ningún modo eso debe llevarnos a concluir que no debemos mejorar sus potencialidades epistémicas. En otras palabras, puede que todos seamos bastante estúpidos e influenciables, pero como comunidad debemos privilegiar aquellos arreglos institucionales que minimicen estas deficiencias.

Ingresando en el punto, el proceso de toma de decisiones individual depende de las premisas que conformen el sistema de pensamiento de cada individuo. Muchas de ellas tienen que ver con sus valores e ideología y, como dijimos anteriormente, no hay razones para suponer que la participación democrática vaya a motivar un cambio en algún sentido previsible, pero la discusión pública sí resulta idónea para aportar a cada interviniente información más completa sobre los hechos que se debaten y sus potenciales efectos o repercusiones sobre terceras personas.

En este sentido, "[...] una razón para discutir es que permite facilitar una revelación relativamente matizada de la información privada (en este caso las preferencias) en tanto que sería engorroso tratar de diseñar un mecanismo de votación que permitiese la misma gama y modo de expre-

28. FEARON, J. D., ob. cit., pp. 65-78.

sión. Dicho de otra manera, con cualquier procedimiento determinado de votación que una legislatura se haya comprometido previamente a emplear (por ejemplo, la mayoría decide los temas uno por uno), ese procedimiento raramente o nunca permitirá a los individuos enviar tantos 'mensajes' que caractericen sus preferencias o su información privada como lo haría la discusión libre. Por ejemplo, si usted es un legislador que está decidiendo si va a votar afirmativa o negativamente respecto de una moción (dos mensajes posibles), le gustaría poder expresar una preferencia fuerte o débil, y también saber si algunos otros legisladores tienen opiniones firmes acerca del resultado. Si en el debate otro legislador dice que él y quienes lo votaron se oponen enérgicamente a que sea aprobada la moción, usted podría cambiar su voto por la negativa, ya sea por altruismo o porque no le importa demasiado la cuestión, o en virtud de una reciprocidad implícita ('tú me apoyas en las medidas que me importan y yo te apoyaré en las tuyas'), o porque piensa que es normativamente correcto que la elección social conceda máxima importancia a algún concepto de satisfacción o de bienestar colectivo".²⁹

Otro efecto benéfico de la discusión permanente de los asuntos públicos se proyecta sobre el tipo y calidad de razones esgrimidas para sostener las preferencias. Cuando el proceso de justificación es público, el triunfo o derrota de cada propuesta dependerá de las buenas o malas razones que se esgriman para sostenerla y en ese sentido obligará a los participantes a buscar aquellas con mayor aceptabilidad comunitaria.

En palabras de Martí, "[...] el propio proceso se basa en una obligación de justificar las pretensiones de cada uno, en formular argumentos genuinos y proposiciones normativas que puedan ser aceptados desde un punto de vista imparcial. Y de este modo excluye determinados *imputs* que socavan la imparcialidad [...] incluso cuando los participantes en la deliberación no tengan motivaciones genuinamente imparciales, e intenten hacer un 'uso estratégico de la argumentación' [...] se ven obligados a comportarse hipócritamente y camuflar sus verdaderas intenciones, y actuar como si sus motivaciones fueran imparciales, como si sus declaraciones fueran argumentos genuinos, como si tomaran realmente en consideración los argumentos de los demás".³⁰

29. FEARON, J. D., ob. cit., pp 67-68.

30. MARTÍ, J. L., ob. cit., p. 196.

Es decir, de ningún modo sostengo que de esta forma se evitarán por completo los egoísmos y engaños, pero ciertamente su posibilidad de éxito será menor. El secreto es un terreno propicio para que medren las decisiones basadas en el puro autointerés o beneficio de pequeños grupos con gran influencia que de ningún modo podrían justificar públicamente los beneficios que reciben.

Esta mejora en la clase y calidad de argumentos significa, a su vez, una mejora en las posibilidades colectivas de tomar buenas decisiones. "Para emplear la famosa expresión de Herbert Simon, la discusión podría ser entonces un medio para reducir el efecto de la racionalidad limitada, la realidad de que nuestra capacidad de imaginar y calcular es limitada y falible. Por lo tanto, enfrentados a un problema complejo, los individuos podrían aumentar sus limitadas aptitudes a través del debate y de ese modo incrementar las posibilidades de hacer una elección correcta. La discusión podría reducir el efecto de la racionalidad por dos razones. En primer lugar, podría ser 'acumulativamente' valiosa porque otro podría pensar en alguna posibilidad que no se me había ocurrido y viceversa. En segundo lugar, podría ser 'acrecentativamente' valiosa porque en el curso de la discusión, pensaríamos en posibilidades o problemas que no se nos hubieran ocurrido a ninguno de nosotros por sí (es lo que, supongo, se denomina tormenta de ideas)".³¹

Por tales razones es que sostengo que la democracia deliberativa permite mejorar las posibilidades ciudadanas de acceder a decisiones que satisfagan sus intereses y, consecuentemente, epistémicamente preferible frente a sus alternativas.

III.D. Razones institucionales en favor de la deliberación

Pero aun si esto no fuera suficiente para inclinar la balanza, existen buenas razones de índole institucional para sostener una preferencia por los modelos deliberativos sobre otras alternativas democráticas.

En este sentido, nuestro sistema ha sido históricamente impermeable a demandas y requerimientos ciudadanos, reduciendo la práctica democrática al mero acto del sufragio.

31. FEARON, J. D. ob. cit., p. 72, con cita de SIMON, H., *Models of Bounded Rationality*, Cambridge, Mass: MIT Press, 1983.

Como mero ejemplo, son elocuentes los términos utilizados en el célebre y muy discutido fallo "Schiffirin" de la Cámara de Casación Penal, en el que se sostuvo, con cita del profesor Ekmekdjian que "[l]o que afirma el art. 22 de la Constitución Nacional es que la única forma legítima y verificable de la expresión soberana del pueblo es el sufragio. Por medio de este, el pueblo rechaza o acepta las alternativas que le propone la clase política. Este artículo rechaza la anarquía del populismo y el autoritarismo de derecha o de izquierda, así como cualquier intento de quebrantamiento del sistema constitucional y de las instituciones políticas. Otros tipos de presunta expresión de la voluntad popular, distintos del sufragio (tales como reuniones multitudinarias en plazas o lugares públicos, encuestas, huelgas, *lock-outs* u otros medios de acción directa, vayan o no acompañadas por las armas, etc.) no reflejan realmente la opinión mayoritaria del pueblo; sino a lo sumo la de un grupo sedicioso".³²

De esta limitada forma de ver la democracia, centrada exclusivamente en el sufragio periódico, derivan algunos problemas para los que el sistema no tiene respuesta. Por ejemplo, son conocidas las dificultades del voto para registrar la intensidad y tipo de preferencias que lo justifican, inescindibles del igualitario principio de *una persona - un voto*.

Cada elección, generalmente realizada luego de un período razonablemente largo de tiempo, nos muestra una fotografía que a veces resulta indescifrable y, por ello, es inidónea para guiar al cuerpo de representantes de forma razonablemente compatible con los valores de quienes los votaron. Imaginemos la perplejidad de un intérprete de buena fe que intentara leer una elección que incluya, por ejemplo, la victoria de una candidata católica, antiabortista y favorable a la intervención estatal en los mercados, seguida de otra candidata, liberal en lo político y conservadora en lo económico, con un tercer puesto compartido entre diversas propuestas de izquierda revolucionaria. ¿Qué quiso decir la ciudadanía? Es imposible saberlo.

A ello sumemos que las elecciones periódicas vedan completamente la posibilidad comunitaria de advertir errores, corregir desvíos o fijar la agenda pública. Serán los representantes, y sus particulares lecturas de la situación política, en el mejor de los casos desinteresadas y en el peor,

32. CÁMARA FEDERAL DE CASACIÓN PENAL, SALA I, *SCHIFFIRIN, MARINA S/ RECURSO DE CASACIÓN*, 3/7/2002.

puramente egoístas, las que definirán por completo el destino de la administración.

El profesor Gargarella, tomando como ejemplo un hecho de nuestra historia reciente, pone de manifiesto los potenciales efectos de esta dificultad sobre nuestra vida comunitaria. "Los dramáticos hechos que cerraron el año 2001 e inauguraron el nuevo, en la Argentina, nos llaman la atención, entre otras muchas cosas, sobre el sistema institucional vigente en el país. Resultó notable comprobar, en aquellos días, la incapacidad del diseño institucional argentino para anticipar, prevenir, procesar o resolver conflictos políticos significativos. Resultó notable comprobar cómo, luego de doscientos años de vida independiente, la Argentina, como tantos otros países, sigue careciendo de una red de instrumentos que torne posible, para todos sus ciudadanos, expresar sus demandas y pedir cuentas por la insatisfacción de ellas".³³

De ello cabe concluir que no es conveniente reducir nuestra vida pública, nuestro ámbito de decisión comunitaria, al simple acto de votar. El diseño de nuestro sistema no hace más que esconder las dificultades de la política, posponerlas hasta la próxima elección, confiando en que la robustez de los muros institucionales que la aíslan de la ciudadanía serán suficientes para evitar la violencia.

Pero lo cierto es que ha fallado en este intento. El permanente aumento en la recurrencia de manifestaciones multitudinarias que ocupan calles, plazas y espacios públicos muestra que no podemos reducir nuestra vida política al voto, sino que es necesario diseñar un sistema de *suplementos electorales*³⁴ que permitan canalizar institucionalmente la vida pública. En palabras de Fiss, "[a]un cuando las elecciones periódicas son cruciales para la democracia, ya que colocan la decisión final en manos de la ciudadanía, no deberíamos hacer de las elecciones, como no lo hemos hecho, la medida completa de la democracia".³⁵

Es en este sentido que los modelos deliberativos resultan comparativamente mejores que sus alternativas para minimizar la violencia política, al

33. GARGARELLA, R., "Piedras de papel y silencio: la crisis política argentina leída desde su sistema institucional", en GARGARELLA, R., *El derecho a la protesta. El primer derecho*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005, p. 125.

34. FISS, O., "El carácter indócil de la política", en FISS, O., *Democracia y disenso. Una teoría de la libertad de expresión*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2010.

35. *Ibid.*, pp. 80-81.

garantizar a todos los ciudadanos la capacidad de conocer los fundamentos de las decisiones con potencialidad de afectar su vida y, sobre todo, cuestionarlas en forma previa a su dictado, con razonable posibilidad de éxito.

Por supuesto, no existen razones para suponer que la deliberación permitirá suprimir los conflictos sociales. La violencia es inescindible y probablemente constitutiva de los procesos políticos y no es posible pensar que la mera posibilidad de poner en cuestión la forma en que se decide vaya a convertir nuestra vida comunitaria en una prolija mesa de discusión. Pero no es menos cierto que sí permitirá minimizar los desbordes y, sobre todo, evitar que estos sean disruptivos de los carriles institucionales.

IV. LA BÚSQUEDA DE FUNDAMENTOS COMO CAMINO A LA MAXIMIZACIÓN DE LA DEMOCRACIA

Este recorrido no pretende ser más que un llamado a la reflexión acerca de ciertas deficiencias de nuestra práctica democrática y, sobre todo, de las malas razones en las que generalmente se basa su defensa.

La "democracia", en su sacralidad, ha protegido ideologías de lo más diversas, muchas de las cuales no superarían una contrastación sincera con nuestro esquema de valores. En estas breves páginas intenté demostrar que no existen razones de índole general que nos permitan asumirnos como "demócratas", a secas y sin condiciones.

Esta toma de conciencia, lejos de obligarnos a cambiar de parecer en cuanto a nuestro compromiso democrático, debería ser suficiente para motivarnos a analizar críticamente los diversos modelos, sus presupuestos teóricos, condiciones de aplicación y resultados, en busca de aquellos que verdaderamente satisfagan nuestros intereses y sistema de valores.

Esta reflexión crítica nos alejará de generalidades, conduciéndonos a una democracia tangible, valiosa por motivos reales y mensurables y no por su mero valor simbólico.

Y es en este marco que propongo que los modelos centrados en la deliberación permanente de los asuntos públicos resultan comparativamente mejores que sus alternativas, por razones sustantivas, epistémicas y de índole institucional.

Es decir, entiendo que las consideraciones aquí vertidas son suficientes para sostener que la democracia deliberativa muestra una adecuada satisfacción de los valores de autonomía e igualdad, es idónea para optimizar

la calidad de las decisiones ciudadanas y mejora la calidad institucional, minimizando las posibilidades de quiebres o disrupciones.

Pero, sobre todo, el compromiso sincero con modelos democráticos robustos obliga a una permanente reflexión crítica sobre el funcionamiento institucional que, abandonando todo apego por tradiciones y estructuras históricas, permita aquellas modificaciones que optimicen sus resultados y, sobre todo, impliquen una maximización de las posibilidades reales de participación de cada uno de los intervinientes en el debate público.

BIBLIOGRAFÍA

- BOBBIO, Norberto, *Teoría general de la política*, Madrid, Editorial Trotta, 2006.
- ESTLUND, David, *La autoridad democrática. Los fundamentos de las decisiones políticas legítimas*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2011.
- FEARON, James D., "La deliberación como discusión", en ELSTER, Jon (comp.), *La democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 2001.
- FISS, Owen, "El carácter indócil de la política", en FISS, Owen, *Democracia y disenso. Una teoría de la libertad de expresión*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2010.
- GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona, Ariel, 1996.
- , "Piedras de papel y silencio: la crisis política argentina leída desde su sistema institucional", en GARGARELLA, Roberto, *El derecho a la protesta. El primer derecho*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005.
- HAMILTON, Alexander, MADISON, James y JAY, John, *The Federalist*, Indianapolis, Hackett Publishing Company Inc., 2005.
- HOSPERS, John, *Introducción al análisis filosófico*, Buenos Aires, Editorial Macchi, 1965.
- JOHNSON, James, "Argumentos a favor de la deliberación. Algunas consideraciones escépticas", en ELSTER, Jon (comp.), *La democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 2001.
- MARTÍ, José L., *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, Madrid, Marcial Pons, 2006.
- NINO, Carlos S., "Discurso moral y derechos liberales", en MAURINO, Gustavo (editor), *Los escritos de Carlos S. Nino*, Vol. I, Buenos Aires, Gedisa, 2007.

—, *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 2003.

OVEJERO, Félix, "Teorías de la democracia y fundamentaciones de la democracia", en UNIVERSIDAD DE ALICANTE, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 19, Alicante, Doxa, 1996.

PETTIT, Phillip, *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, Barcelona, Paidós, 1999.

PRZEWORSKI, Adam, *Qué esperar de la democracia. Límites y posibilidades del autogobierno*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2010.

ROUSSEAU, Jean-Jacques, *El contrato social*, Buenos Aires, AGeBE, 2005.

SABA, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué le debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2016.

COMENTARIO A LAS PRINCIPALES REFORMAS DEL PROYECTO DE LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA: SU RACIONALIDAD ECONÓMICA Y EXPERIENCIAS EN EL DERECHO COMPARADO*

EDUARDO STORDEUR (H) Y PABLO TREVISÁN**

Resumen: Este artículo tiene por finalidad presentar las principales reformas contenidas en el proyecto de ley de defensa de la competencia, mostrando su racionalidad y atractivo, en particular la ventaja que estas tienen sobre las reglas e instituciones actualmente vigentes. Es decir, se busca desarrollar no solo el típico comentario informativo acerca del cambio legislativo, algo muy útil, por cierto, sino además explicar la racionalidad de las principales reformas, en buena medida en base a la experiencia del derecho comparado y el análisis de los incentivos.

Palabras clave: ley de defensa de la competencia – principales reformas – racionalidad económica

Abstract: This article aims to present the main reforms contained in the defense of competition draft bill, showing its rationality and attractiveness, in particular the advantage they have over the rules and institutions currently in force. That is, it seeks to develop not only the typical informative comment about the legislative change, something very useful, of course, but also to explain the rationality of the main reforms, largely based on the experience of comparative law and the analysis of the incentives.

* Recepción del original: 28/09/2017. Aceptación: 15/10/2017.

** Eduardo Stordeur (h) es profesor de grado y Doctorado en la UBA, profesor regular y Director del Master en Derecho y Economía de la Universidad Torcuato Di Tella y Vocal de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC). Pablo Trevisán es Profesor de Derecho de la Competencia en el programa Master en Derecho y Economía de la Universidad Torcuato Di Tella y en la UCA. Es Vocal de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) y ha dictado clases y conferencias de Derecho de la Competencia en otras varias instituciones locales y extranjeras.

Keywords: defense of competition draft bill – main amendments – economic rationale

I. INTRODUCCIÓN

El derecho de la defensa de la competencia ocupa un lugar cada más relevante en el derecho y políticas públicas comparadas. En las últimas décadas, casi todos los países del mundo han legislado sobre la materia y establecido agencias especializadas como autoridad de aplicación, en su gran mayoría colegiadas e independientes del poder político.

El caso de la Argentina, como sucede en muchos campos de políticas públicas es algo paradójico: fue uno de los primeros países en sancionar una entonces moderna ley antimonopolio durante la década del 20 y, sin embargo, a la fecha está rezagada en materia legislativa, comparada con otros países, incluyendo a algunos de la región como Chile, Brasil o México, en el sentido de que muchas instituciones que se han mostrado de enorme utilidad en la práctica, están ausentes de la ley de competencia vigente en nuestro país.

En efecto, en 1923 se sancionó la primera ley de competencia en la Argentina, la que fue reformada en 1946. Estas no tuvieron mayor aplicación práctica. Fue en 1980, sin embargo, cuando por primera vez se sancionó una ley de defensa de la competencia en sentido moderno (ley 22.262), que creó la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (“CNDC”). La última reforma sustancial tuvo lugar en 1999, mediante la ley 25.156, actualmente vigente, aunque con importantes reformas posteriores. Esta última reforma implicó un avance significativo en materia de derecho de competencia en la región, especialmente con la introducción de un tribunal de competencia independiente (nunca puesto en vigencia) y la introducción del control de concentraciones económicas.

La última reforma tuvo lugar en 2014 que principalmente abolió el tribunal e introdujo una variedad de reformas a la ley 25.156, ninguna de la cuales está alineada con las mejores prácticas comparadas en la disciplina. Lamentablemente, esta última reforma, trasnochada, inconveniente e innecesaria en nuestra opinión, no tuvo el más mínimo debate entre los legisladores y comisiones del Congreso.

Puesto en otros términos, la Argentina carece de una ley moderna y efectiva de defensa de la competencia: la legislación actual no cuenta

con ciertas instituciones que, en los hechos, han demostrado ser competentes y exitosas en derecho y política de competencia comparadas y que gozan de unánime aceptación entre los expertos a nivel internacional.

Por ese motivo, en agosto de 2016, luego de un intenso trabajo de meses donde se contó con la colaboración de expertos locales y extranjeros de destacada trayectoria, la CNDC contribuyó a la redacción de un proyecto de ley de defensa de la competencia que incorporó las mejores prácticas en la disciplina, pero reconociendo al mismo tiempo la experiencia local de las últimas décadas.

En líneas más generales, el proyecto tiene por finalidad (i) incrementar la disuasión, introduciendo sanciones más significativas y de aplicación más probable que en la actualidad; (ii) la creación de un moderno programa de clemencia, una herramienta vital para la detección y prevención de acuerdos entre competidores, que en general ha mostrado resultados exitosos en otros países, con algunas escasas excepciones; (iii) la implementación de un genuino sistema de control de concentraciones previo, como rige en la mayor parte de los países y que constituye una regla central para prevenir concentraciones económicas que con alto valor de probabilidad pueda poner en riesgo la competencia; (iv) la creación de una autoridad independiente del poder político, algo también frecuente en los países con alta calidad institucional y que se considera un pilar fundamental para el buen funcionamiento del derecho de la competencia y (v) reforzar la implementación de reglas aplicables a las acciones privadas por daños ocasionados como consecuencia de conductas anticompetitivas, también en línea con exitosas experiencias internacionales.

Este artículo tiene por finalidad presentar las principales reformas contenidas en el proyecto de ley presentado en el Congreso, mostrando su racionalidad y atractivo, en particular la ventaja que estas tienen sobre las reglas e instituciones actualmente vigentes. Es decir, se busca desarrollar no solo el típico comentario informativo acerca del cambio legislativo, algo muy útil por cierto, sino además explicar la racionalidad de las principales reformas, en buena medida en base a la experiencia del derecho comparado y el análisis de los incentivos.

Con esa finalidad, inicialmente se presenta una breve y simple idea sobre el contenido y meta central del derecho de defensa de la competencia, a los fines de introducir al lector no especializado o familiarizado con esta área, tan específica y poco corriente del sistema legal. La segunda parte del

artículo introduce las reformas y explica su racionalidad y necesidad, para finalmente cerrar con las conclusiones.

II. BREVE NOTA SOBRE EL DERECHO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

El derecho de defensa de la competencia consiste en una parte del sistema legal que tiene como meta central proteger el proceso competitivo en los mercados con la finalidad central, aunque no excluyente para todos los casos de derecho comparado, de evitar perjuicios a los consumidores.¹

Otro modo de poner el asunto es que establece (vía sanciones) un sistema de precios por violar el proceso competitivo del mercado, sea por medio de abuso de posición dominante o acciones coordinadas con otros competidores, de modo tal de inducir a que los operadores del mercado desarrollen acciones que no afecten la competencia en los mercados. Con independencia de ciertos tecnicismos económicos muy útiles, la idea central se puede traducir de manera muy simple: la competencia favorece a los consumidores por medio de mayor cantidad, variedad y mejores precios de productos. La finalidad del derecho de la defensa de la competencia no es lograr una meta determinada (como un precio o una cantidad determinada de producción en un mercado) sino, como los árbitros en los deportes, asegurar el proceso más que el resultado.

Con esta finalidad una típica agencia de competencia o antimonopolios desarrolla las siguientes actividades, normalmente reguladas por la ley de competencia y legislación complementaria: (i) investiga denuncias por conductas anticompetitivas en los mercados o bien la inicia cuando tiene indicios de la misma en algún mercado; (ii) analiza ciertas operaciones de concentración económica traídas a su análisis, cuando estas cumplen ciertos requisitos preestablecidos en el marco legal aplicable,

1. Otras metas como por ejemplo la protección de las pequeñas empresas o la consolidación de un mercado común, por ejemplo, en Europa, han constituido metas del derecho de la competencia. Pero modernamente hay cierta convergencia, probablemente asociada al mayor empleo de teoría económica en derecho de la competencia, a reconocer el bienestar de los consumidores como la meta central del derecho de la competencia. Probablemente, la agencia que de modo más claro se separa de esto en la actualidad, adoptando como meta eficiencia de los mercados en general (y por lo tanto incluyendo el bienestar de los productores y no solo de los consumidores) es el caso del derecho de la competencia en Canadá.

a los fines de aprobar, condicionar o rechazar dichas operaciones, según corresponda.

Hay una variedad de diferencias según el país, pero en general una de las metas del derecho de la competencia es sancionar "abusos de posición dominante" en el mercado o bien "actos de monopolización" de los mercados, evitando que un oferente con alto poder de mercado adopte acciones que eliminen la competencia actual o potencial. Naturalmente, por lo tanto, acoge denuncias respecto de estas conductas o bien inicia investigaciones de oficio a los fines de determinar, y eventualmente sancionar, acciones que afectan la competencia en los mercados.

Simplificando de manera conveniente el asunto, estas conductas pueden ser producto de acuerdos entre competidores para no competir, como el caso de un cartel de precio o reparto de mercados o bien conductas anticompetitivas de tipo unilateral, más conocidas en nuestra tradición como abuso de posición dominante.

Un ejemplo intuitivo y conocido (que rara vez se presenta o al menos se sanciona en la práctica en derecho local y comparado contemporáneo) es por ejemplo el caso de los precios predatorios que ocurren cuando un competidor que detenta una porción grande del mercado baja el precio por debajo del costo de proveer el bien o el servicio con la finalidad de excluir actuales o evitar nuevos competidores del mercado, para luego incrementar el precio y obtener la mayor ganancia derivada del monopolio. La agencia, en nuestro caso la CNDC y el Secretario de Comercio, instruyen verdaderos procedimientos destinados a examinar si se ha infringido la ley de competencia en cuyo caso se impone una pena, usualmente una multa, lo que es más frecuente en todas las agencias del mundo.

La segunda actividad central que tiene una agencia consiste en examinar *ex ante* las concentraciones económicas entre empresas, tales como fusiones o adquisiciones de acciones o determinados activos que califiquen conforme ciertos requisitos, como un umbral mínimo de valor de la operación, con la finalidad de prevenir concentraciones que potencialmente y con alto grado de probabilidad puedan tener efectos anticompetitivos. En general, la mayor parte de las agencias, lógicamente, aprueban la mayor parte de las transacciones, solo desafiando unas pocas que presentan problemas potenciales a la competencia y, usualmente, recomendando distintos "remedios" (como desinvertir o modificar la estructura de gobierno de una firma) con la finalidad de evitar estos efectos anticompetitivos.

A diferencia de los procedimientos que tienen por finalidad examinar la eventual comisión de una conducta anticompetitiva, que genera incentivos *ex post* para cuidar el proceso competitivo de los mercados, el control de fusiones busca un control *ex ante*, es decir, prevenir efectos anticompetitivos, antes que remediarlos, como en el caso anterior. Esta actividad, desde luego, está regulada centralmente por la ley de competencia.

Finalmente, para simplificar, una agencia de competencia, como la CNDC, en el caso de la Argentina, también elabora estudios económicos a los fines de detectar problemas de competencia en los mercados, eventualmente efectúa recomendaciones a otros poderes del estado con la finalidad de adaptar la legislación a los fines de proteger el proceso competitivo y desarrolla actividades de promoción de la competencia.

III. PRINCIPALES REFORMAS DEL PROYECTO DE LEY

Conviene ahora examinar la naturaleza de las reformas más importantes del proyecto de ley, que conforme la opinión de expertos nacionales y extranjeros (incluyendo la opinión de organizaciones como la International Bar Association, IBA, y la American Bar Association, ABA) implicaría una mejora sustancial respecto de la legislación actualmente en vigencia.

En este apartado, vamos a explicitar el contenido de las reformas más importantes y explicar las razones que explican y justifican su introducción en el proyecto de ley. A fines de limitar el presente trabajo solo a los aspectos sustanciales vamos a referir a las reformas centrales del proyecto.

III.A. Reformas vinculadas al control de concentraciones

La idea central del procedimiento de control de fusiones consiste en prevenir fusiones o transferencias accionarias o de activos que puedan, con alta probabilidad, resultar en una disminución de los niveles de rivalidad en los mercados.

En los Estados Unidos, existe una larga tradición en el asunto: ya el artículo 7 de la Ley Clayton de 1914, prohibió las fusiones y adquisiciones que afecten o reduzcan la competencia. Luego la ley Hart Scott Rodino (HSR) fue sancionada en 1976 en dicho país a los fines de que las agencias puedan efectuar el control *ex ante*, es decir antes de que la operación

se perfeccione. La idea central es que bloquear o restituir la competencia una vez que una concentración anticompetitiva ha sido realizada resulta demasiado complicado.

Desde luego que esto tiene costos: la demora posible en transacciones ventajosas para la sociedad, el mayor costo administrativo de la agencia que debe examinar contra reloj las concentraciones, son elementos que se deben tener en cuenta y minimizarlos dentro de lo posible.

En tanto que el mismo consiste en un procedimiento de tipo preventivo, el ideal del procedimiento de control de fusiones sería que opere de manera previa a la consumación de la concentración económica y no a posteriori como, en gran medida, sucede bajo el régimen de conductas. De otro modo, los costos que se desean evitar, asociados al control *ex post*, son demasiados altos para la sociedad cuando se determina que una determinada operación debe ser bloqueada o condicionada, luego de su consumación.

El problema con un sistema de control que funciona *ex post*—como en la práctica ha sucedido en la Argentina, producto de una errada aplicación del art. 8 de la ley 25.156 y otras falencias sistémicas, como ser las consecuencias directas e indirectas de nunca haber sido puesto en funcionamiento el tribunal independiente creado en 1999— es que introduce buena parte de los costos y elimina en gran medida los beneficios de un procedimiento preventivo o prospectivo, haciendo al procedimiento menos atractivo y poco eficiente.

Bajo un sistema de control *ex ante* genuino, las partes tienen importantes incentivos para cooperar puesto que la demora en proveer la información relevante a la agencia corre a su costa, ya que hasta tanto la autoridad de competencia se expida, la transacción en cuestión no puede cerrarse o consumarse. Es decir, la demora consecuencia de falta de información, la paga la empresa.

En un sistema de control *ex post* la demora la paga la sociedad y probablemente, por costo de agencia, en algunos casos, las empresas, que deben afrontar costos más altos (como por ejemplo, honorarios más elevados a sus abogados y consultores). De esta forma, los costos se incrementan y las dilaciones en los procedimientos son frecuentes, en buena medida, porque no existen los incentivos necesarios para que el procedimiento concluya en un tiempo breve, incrementándose así los costos privados y, peor aún, los costos sociales del procedimiento *ex post*.

Uno de los principales beneficios, entonces, es prevenir concentraciones anticompetitivas preservando el status anterior al de la operación de

la concentración, situación que no se verifica con los posibles altos costos que implicaría *–a posteriori* del cierre de la operación de concentración en cuestión– adoptar remedios estructurales, los que pueden ser altamente costosos para las partes y la sociedad en general. Después de integradas las firmas, puede ser altamente costoso o inviable imponer un remedio estructural, luego de, por ejemplo, el cierre de una fábrica, discontinuidad de producción de determinados productos, el empleo conjunto de redes de distribución, o cualquier otra de estas medidas que pueden ser altamente costosas de retrotraer.

Bajo la actual legislación, la notificación prevista en la ley 25.156 puede ser posterior (hasta una semana) a la toma de control de la empresa. Esta redacción del primer párrafo del artículo 8 de la ley 25.156, es de carácter procesal, pero en la práctica ha implicado una (errada) modificación de la segunda oración de dicho artículo 8, que es de carácter sustancial. Como manifestáramos anteriormente, ello se ha producido en buena medida por los largos tiempos de la CNDC para el análisis y la resolución de operaciones de concentración traídos a su conocimiento durante el período 2003-2015, además de la ambigüedad del referido texto del primer párrafo del artículo 8 de la presente ley² y por nunca haber sido puesto en funcionamiento en tribunal independiente creado por la ley en 1999.

De ese modo lo que probablemente fue pensado como "control previo" quedó en los hechos como "control posterior" a la toma de control. El proyecto de ley busca poner fin a esta ambigüedad actual, introduciendo un sistema claro y obligatorio para la aprobación previa a la toma de control, tal como de hecho está legislado en la mayor parte del derecho comparado, siendo esta la forma en la cual el instituto cobra pleno sentido.

El control previo de fusiones requiere de parte de la autoridad de aplicación mayor velocidad de aprobación, a riesgo de constituirse en un verdadero límite a la celeridad del comercio. A los fines de dar tiempo a la autoridad de aplicación con los expedientes acumulados, la ley prevé razonablemente un periodo de un año de transición hasta el inicio de la vigencia del control previo de fusiones, un desafío logístico importante para la autoridad de aplicación. Sin embargo, casos exitosos de países vecinos

2. El artículo 8 de la LDC por un lado afirma que una operación de concentración no aprobada por la autoridad no tendrá efectos ni entre las partes ni respecto de terceros y en el mismo artículo autoriza a notificar las concentraciones dentro del plazo de una semana de la operación.

con similares antecedentes, como Brasil, muestran que es posible gestionar de modo eficiente y en tiempo, sin detener la marcha de los negocios, un sistema de notificación previo de concentraciones, en particular estableciendo procedimientos simplificados especiales para casos de concentraciones que, dadas ciertas características objetivas, no presentan problemas de competencia y otras modificaciones adicionales.

En este sentido, el proyecto de ley, busca incrementar la eficiencia del procedimiento, para lo cual se propone incrementar los umbrales para la notificación que, establecidos de manera nominal en pesos argentinos en la anterior ley, han quedado totalmente desactualizados forzando a la agencia a examinar concentraciones de muy poco valor económico que no deberían notificar la operación, cargando costos a la agencia y a la economía en general.

El proyecto establece un umbral que a fines de evitar quedar obsoleto por inflación no fija en moneda nacional, sino que remite a una unidad de cuenta, la Unidad Móvil (UM), tal que solo deben notificar aquellas concentraciones cuyo volumen de negocio supere en la Argentina los 150 millones de UMs, es decir, el equivalente a lo que a la fecha del presente trabajo serían aproximadamente unos 2.250 millones de pesos. Este tipo de umbral es acorde a los lineamientos internacionales en la materia que mandan a centrar esfuerzos en las operaciones que por cuya magnitud puedan presentar problemas al interés económico general,³ evitando asignar recursos a operaciones que no tendrían impacto en el interés económico general, de modo tal de poder asignarlos sea a conductas o a concentraciones que así lo ameriten.

Las UM se establecen inicialmente en quince pesos argentinos pero serán actualizadas anualmente por la autoridad de aplicación de la ley, tomando como indicador el índice de precios al consumidor (IPC) que elabora el Instituto Nacional de Estadísticas y Censo (INDEC) bajo el IPC. La ley por lo tanto introduce un incremento del umbral que quedaría establecido en 2.250 millones de pesos, algo próximo a 140 millones de dólares estadounidenses.

En cuanto al cálculo del volumen de negocios, el proyecto establece un método nuevo que toma en cuenta el volumen de negocio de la firma

3. Al momento de la promulgación de la ley 25.156 el umbral por volumen era, en pesos, equivalente a 200 millones de dólares estadounidenses y, por el mero efecto de la inflación, hoy representa menos de 10 millones de dólares.

que toma el control y de la empresa objeto de la transacción, lo que tiene pleno sentido económico, en tanto es la forma más consistente de evaluar el eventual poder de mercado, *ex post* la transacción, el elemento que se debe tomar en cuenta a los fines de establecer el potencial riesgo a la rivalidad de los mercados, consecuencia de la concentración.

Otra medida importante para ganar en eficiencia consiste en adoptar un procedimiento que permita acortar el tiempo para aprobar las fusiones sencillas, algo que en los hechos se ha comenzado a hacer aun sin la reforma de la ley. De hecho, el proyecto de ley distingue procedimientos de dos fases (pendiente de reglamentación) para transacciones que a priori puedan afectar la competencia, de aquellas operaciones simples que con suma probabilidad no tiene la potencialidad de generar problemas de competencia en los mercados.

Esto sucede, por ejemplo, cuando una empresa que se dedica a la actividad B compra a otra que se dedica a la actividad C, y cuando además B no necesita de C para su producción y viceversa. En estos casos, denominados de "conglomerado", rara vez hay problemas de competencia. Lo mismo cuando las empresas que se dedican a la misma actividad que se fusionan, por ejemplo, detentan, aun en forma conjunta, es decir *ex post* la operación, una muy baja cuota de mercado que indica que no habrá posición de dominio o poder de mercado.

De ese modo se prevé una primera fase inicial para todas las concentraciones que tendrá una duración de 45 días. En caso de que se detecten eventuales efectos anticompetitivos que hagan más complejo el análisis de la operación se habilita la segunda fase. Como se comentó, además se establece un procedimiento sumario para operaciones simples que a primera vista no presentan problemas para la competencia en los mercados.

El proyecto de ley mantiene, como la actual ley vigente y la mayoría de las leyes del mundo, una serie de excepciones bajo las cuales las partes no deben notificar la operación. Actualmente, determinadas operaciones, como por ejemplo fusiones de empresas o transferencia de fondo de comercios, deben notificar siempre que se den otras condiciones, pero al mismo tiempo determina una serie de excepciones, que tienen por racionalidad el hecho de que en estos casos no hay afectación a la competencia.

El proyecto de ley mantiene una regla general respecto del tipo de operaciones que deben notificar, en tanto establece que configura una concentración económica, cualquier "otro acuerdo o acto que transfiera en forma fáctica o jurídica a una persona o grupo económico los activos de una

empresa o le otorgue influencia determinante en la adopción de decisiones de administración ordinaria o extraordinaria de una empresa”.

Este último concepto es un poco vago, pero la enorme variedad de casos que se plantean en los hechos, hace poco conveniente intentar una definición más precisa en la ley. Esto en tanto hay variadas maneras en las cuales una firma puede tener “influencia sustancial” en la política comercial de otra. Naturalmente, el concepto de control en competencia, donde lo que importa es quién toma las decisiones comerciales competitivas, difiere y es mucho más laxa y compleja que la más rígida del derecho societario.

Probablemente, sea poco conveniente hacer una lista de casos o definiciones precisas en el caso del derecho de sociedades y, de hecho, consideramos algo complejo hacer una lista exhaustiva o precisar el concepto en la ley, sobre todo dada la basta jurisprudencia administrativa generada durante años por la CNDC, que básicamente, al menos en la actualidad y en sus orígenes, sigue la jurisprudencia de la Comisión Europea.

La ley además establece un procedimiento que ya existe y está regulado a nivel de resolución, y de hecho se emplea, como es el procedimiento de consulta por el cual las partes de una operación pueden consultar al Tribunal de Defensa de la Competencia si tienen o no obligación de notificar la operación, en aquellos casos sobre los cuales tengan dudas si corresponde o no la notificación.

El proyecto pone además en jerarquía de ley los procedimientos destinados a determinar si operaciones no informadas deben notificarse. De ese modo, como en la actualidad, de oficio o por denuncia, la autoridad tendrá la facultad de iniciar una investigación con la finalidad de establecer si la operación debió haber sido notificada. La incorporación en la ley tiene la ventaja de poner en claro una competencia que de todas formas la CNDC ya tenía y venía ejerciendo, en algunas oportunidades respecto de casos importantes.

III.B. Autoridad de aplicación

El proyecto de ley innova respecto de la autoridad de aplicación, adoptando un marco institucional muy diferente al actual, donde entre otras metas, se busca mayor independencia del poder político. Es evidente la importancia de la independencia de la autoridad de aplicación para la eficiencia en la ejecución de la ley. La idea es muy simple: intereses no técnicos y más bien políticos o sectoriales, podrían llevar a decisiones ajenas a

los fundamentos técnicos de una política y derecho de defensa de la competencia. Naturalmente esto incluye aspectos que podrían incluir a grupos económicos, capaces de "capturar" la agencia.⁴ Claramente, cuanto más independiente una agencia menos probable es el error por sesgo en sus decisiones.

Es desde luego difícil medir el desempeño de una agencia, especialmente si se la compara con otras. El método más simple consiste en simplemente medir el resultado por ejemplo en número de casos, pero esto no dice mucho sobre la calidad de las decisiones. Después de todo muchas decisiones podrían ocurrir simplemente por el bajo costo de elaboración asociado a la mala calidad. En algunos casos, la cantidad de éxitos en la justicia, según el tipo de procedimiento en cada país, podría indicar al menos cierta consistencia interna de la calidad de las decisiones. Pero es probable que una agencia débil simplemente no invierta en decisiones controvertidas, las que son más probables de ser apeladas y cuestionadas judicialmente y eventualmente revertidas. Una agencia débil y de baja calidad podría obtener buen puntaje en ambos test simplemente por medio de decisiones de bajo nivel que no tienen impacto y por lo tanto no son cuestionadas ante la justicia. Otras métricas como medir productividad por cantidad de empleados, por ejemplo, pueden indicar algo, pero no es del todo seguro que esto sea algo fiable para hacer comparaciones entre agencias, las que pueden diferir mucho en procedimientos y otros aspectos que desvirtúen esta medición. Por otra parte, en muy buena medida, el gran éxito de una agencia reside precisamente en aquello que no se ve: el grado de disuasión que genera en potenciales infractores, algo difícil de medir.⁵

En todo caso, hay características que parecen deseables, como contar con una buena dotación de personal capacitado, autoridades experimentadas, directores expertos, una buena ley que confiera poder suficiente a la agencia, otras instituciones que hagan creíble o al menos allanen el camino

4. Ver, STIGLER, G., "The theory of economic regulation", en *Bell Journal of Economics and Management Science*, Vol. 2, n° 1, 1971; PELTZMAN, S., "Toward a More General Theory of Regulation", en *The Journal of Law and Economics*, Vol. 19, n° 2, 1976. BECKER, G., "A Theory of Competition Among Pressure Groups for Political Influence", en *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 98, n° 3, 1983; LAFFONT, J. J. y TIROLE, J., "The politics of government decision making. A theory of regulatory capture", en *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 106, n° 4, 1991.

5. Es probable que el efecto reputación tenga peso en este tipo de instituciones.

para las políticas de competencia. En este sentido, se destaca la autonomía e independencia de la autoridad.⁶

Es una idea aceptada por los especialistas que el ideal de una agencia de competencia es que sea independiente políticamente, a los fines de que consideraciones cortoplacistas de tipo electoral o sectoriales no tengan peso, al menos directa o decisivamente, en las decisiones de las autoridades de competencia, que deben adoptar decisiones técnicas con la finalidad de preservar la competencia.⁷ En especial, ello sería necesario en la Argentina a los fines de que las autoridades puedan resistir las presiones usuales sectoriales y tomen decisiones técnicas en pos del "interés económico general",⁸ bien jurídico protegido bajo la legislación de competencia vernácula.

Sin embargo, hay diversas formas institucionales de intentar la independencia de la agencia de competencia, pero no es del todo claro cuál de ellas es el mejor mecanismo institucional, lo que en buena medida, probablemente, dependa del lugar que tiene la agencia en el ambiente institucional y las prácticas políticas e historia institucional de cada país. Por otra parte el tipo de presiones deberían estar relacionadas con la independencia que tenga la agencia y el tipo de sanciones que puede imponer. De nuevo, no sería extraño que una agencia débil sin peso en la política pública simplemente sea independiente por irrelevante. El contexto también debería tener impacto: por ejemplo, ante crisis inflacionarias la tentación de intentar emplear (siempre de modo infructuoso) las herramientas de com-

6. Desde luego que esa independencia puede ser formal y la agencia funcionar bajo el mandato directo o indirecto de un ministro, pero en cualquier caso si hay independencia formal, esto es mucho más costoso de obtener y por lo tanto menos probable.

7. Por ejemplo de acuerdo con un documento de la UNCTAD, el más eficiente tipo de autoridad administrativa a cargo de ejecutar una ley de competencia es una autónoma o cuasi autónoma o independiente del Gobierno, con fuertes competencias judiciales y administrativas para conducir investigaciones e imponer multas. UNCTAD, *Independence and accountability of competition authorities*, TD/B/COM.2/CLP/67, 2008, p. 3. Con independencia de los problemas para medir la eficacia de una agencia, autores como Dutz y Vagliasindi, por ejemplo, han presentado indicadores que muestran la mayor eficiencia de una agencia independiente. DUTZ, M. y VAGLIASINDI, M., *Rules versus implementation: Determinants of competition policy effectiveness in transition economies*, Londres, Mimeo, EBRD, 1999.

8. Claro que independencia no significa que la agencia no dé cuenta de sus actos. Debe estar sujeta a las reglas generales que establecen la responsabilidad de los funcionarios públicos y, en los casos en particular, a la revisión judicial. Esto con independencia de otros mecanismos institucionales que permitan su control e inclusive, llegado el caso, su remoción.

petencia para controlar a la suba generalizada de precios, puede ser algo constante en un país con este problema macroeconómico. Es probable, por otra parte, que en los hechos la independencia esté relacionada con la calidad general de las instituciones del país y su tradición de respeto a la ley.

Pero ciertamente que los aspectos formales tienen influencia y, por ejemplo, la garantía de estabilidad asegura una mayor resistencia de las autoridades a eventuales presiones políticas. Esto puede ser especialmente importante en países con baja calidad institucional donde con frecuencia son presiones sectoriales las que en buena medida dirigen la política y la economía.

Otro aspecto formal interesante es la idoneidad, lo que es relevante al menos por dos aspectos. El primero, es que con esto se inhibe en buena medida una elección completamente sesgada de partidismo o política, al menos cortoplacista. En el caso del proyecto, tanto la estabilidad de las autoridades como la idoneidad constituyen metas importantes. Los jueces del Tribunal no pueden ser excluidos sino por razones objetivas de peso y son elegidos por medio de un concurso público de antecedentes, que define una terna, sobre la cual luego elige el Presidente de la Nación.

Si bien probablemente el ideal es que la elección recaiga en el Congreso, sucede que quizás esto sea deseable en aquellos países donde hay tradición de debate y cierta independencia del poder legislativo de la política de corto plazo y donde hay tradición de consenso en ciertas políticas públicas, en particular, de competencia. Allí donde las fracturas son grandes, donde hay divisiones y donde no hay un mínimo de cooperación entre las fuerzas políticas que conforman el Congreso, pareciera no ser del todo seguro que la elección de los miembros se dará respecto a características de idoneidad de los candidatos, en vez de serlo por razones políticas e intereses sectoriales de corto plazo. Es decir, uno de los aspectos centrales es la efectiva implementación práctica de la reforma. No es del todo claro que en materia de políticas públicas uno deba perseguir, fuera de contexto, siempre el ideal.

Con independencia de ser esto sumamente intuitivo, es interesante destacar que en una encuesta de la OCDE sobre política de competencia, "mayor independencia" fue el factor más mencionado como determinante para que una agencia pueda en efecto promover las metas usuales del derecho de la competencia.⁹

9. OECD, *The Objectives of Competition Law and Policy: Note by the Secretariat*, Global

Usualmente, los elementos que tienen peso en la independencia de la agencia son quién conforma la autoridad y cómo es el mecanismo de elección y, sobre todo, de destitución. En el caso del proyecto, la existencia de un proceso de selección basado en un concurso con participación de un jurado con autoridades académicas y políticas variadas, asegura este aspecto.

Otro elemento central son los recursos humanos y financieros para llevar adelante su actividad, sin necesidad de tener que recurrir a órganos políticos. Respecto de este modelo, el contenido del proyecto de ley implica un avance creíble y probable, dados nuestros antecedentes de baja calidad institucional.

La ley establece designaciones donde el Presidente de la Nación elige sobre la base de una terna elegida por un concurso, se establece un período de duración del mandato para la autoridad diferente al presidencial, límite severo a la remoción de las autoridades, entre otras disposiciones que vamos a comentar.

Sin embargo, antes, es conveniente contar con un panorama del asunto a nivel internacional y sobre todo en la UE, institucionalmente más próxima a nuestro ordenamiento legal. Ciertamente, no hay un solo diseño institucional que sea per se "independiente". De hecho, por ejemplo, la estructura institucional de las agencias de los países que componen la UE varía, al punto que estas tienen sus propias especificidades. De hecho, la única regulación clara al respecto es la disposición contenida en el artículo 35 del Reglamento 1/2003 que pide que los Estados miembros designen una autoridad o autoridades de competencia responsables de la aplicación de las leyes de competencia de la UE de manera que se cumplan efectivamente las disposiciones del Reglamento, sin imponer requisitos específicos sobre las agencias. Esto implícitamente pide, al menos, que el diseño institucional de las agencias permita la aplicación correcta del derecho europeo sobre la materia, lo que lleva implícito, claramente, un alto grado de independencia de los gobiernos o políticas nacionales respectivas.

El modelo institucional más frecuente en la UE es el de una autoridad administrativa única que tiene por misión ejecutar la ley de competencia, cuyas decisiones están sujetas a control judicial. Solo unos pocos países tienen una autoridad administrativa que instruye los casos y los presenta ante un Tribunal.

En la UE, la mayoría de las agencias, de hecho, son organismos separados de los ministerios o del poder ejecutivo. Además, la mayoría de ellas, no están sujetas a control de otro órgano estatal, aun cuando algunas pocas sí están asignadas a la responsabilidad final de algún ministerio y en algunos casos pueden recibir instrucciones del ejecutivo, o al menos, recomendaciones generales, pero sin intervenir sobre casos individuales. Y de hecho, en varios Estados Miembros, el ministro puede instruir a las agencias, para que realice investigaciones sectoriales o estudios de competencia, del mismo modo que dar instrucciones para que se investigue un caso, pero nuevamente sin influencia, al menos formal, sobre el resultado o contenido de la decisión. Además, algunas agencias, deben comparecer y rendir cuentas ante la comisión respectiva del parlamento.

En algunos Estados Miembros no hay criterios establecidos para el nombramiento de las autoridades, mientras que en otros hay requisitos de idoneidad en el área. Por otra parte, el órgano que designa a las autoridades también varía. En muchos países de la UE, son designados por el parlamento, aunque en algunos casos lo son por un órgano general encargado de los nombramientos de funcionarios.

La independencia también se garantiza a través de salvaguardias con respecto al tiempo de permanencia en el cargo y las causales estrictas de remoción. En la mayoría de los países de la UE el mandato de las autoridades de las agencias abarca un periodo de entre 3 a 7 años, en la mayor parte de los casos renovables y únicamente de manera excepcional tienen un mandato indefinido. Además, las autoridades no pueden ser destituidas sino por causas específicas, lo que los protege de las presiones políticas, salvo raras excepciones donde pueden ser destituidas sin causal alguna. En todos los casos, además, existen reglas sobre incompatibilidades o para prevenir conflictos de interés.

En términos de provisión de recursos financieros existen también diferencias significativas entre las agencias de los países que componen la UE, pero solo unas muy pocas generan su propio presupuesto. De modo que las agencias no siempre tienen control sobre personal o presupuesto de modo completamente independiente del ejecutivo o legislativo.

Dentro de los estándares de la UE, aun con variaciones, el proyecto de ley, adopta la regla que tienen de asegurar, al menos en mayor medida, la independencia de las autoridades del poder político y favorecen la distribución de competencias hacia dentro de la autoridad, generando procesos de decisión más transparentes.

Mientras en la actualidad la CNDC tiene facultades instructoras y de asistencia a la Secretaría de Comercio, la nueva ley establece la independencia del Tribunal que puede emitir sentencias que son vinculantes. Se propone la creación de la Autoridad Nacional de la Competencia (ANC), que estará formada por el Tribunal de Defensa de la Competencia, de carácter colegiado, conformado por un Presidente y cuatro Vocales y dos órganos unipersonales: la Secretaría de Instrucción de Conductas y la Secretaría de Concentraciones Económicas, encargadas de la instrucción de los respectivos expedientes de su competencia.

Los miembros de la Autoridad, tanto los del Tribunal como los Secretarios, serán nombrados previo concurso público ante un Jurado que deberá elaborar una terna que será publicada y expuesta a un período de exposición pública para que los administrados puedan hacer observaciones, período luego del cual el PEN designará a los miembros de la ANC. Los miembros de la ANC son elegidos para un mandato de cinco años y solo pueden cesar anticipadamente en sus funciones por circunstancias extremas contempladas en la ley, y como mal desempeño de sus funciones, lo que requiere una mayoría de dos tercios de los miembros del jurado. La inamovilidad de los nombramientos constituye un elemento central a la independencia del organismo.

Dada la especialidad de esta rama del derecho, que en cierta medida consiste en economía aplicada, es razonable que el proyecto de ley disponga, como es frecuente y como está hoy de hecho compuesta la CNDC, que entre los miembros del Tribunal deberá haber al menos dos abogados y dos economistas. De hecho, cierta competencia en este campo del derecho, probablemente, requiere de abogados que entiendan al menos a nivel intuitivo conceptos centrales de economía y de economistas que tengan igual nivel de conocimiento de temas legales básicos. En cualquier caso, la mirada interdisciplinaria es fundamental.

Los miembros del Tribunal tienen como función central la resolución de los expedientes al modo de un tribunal tradicional, además de la dirección del organismo en general. Es decir, es la autoridad resolutoria tanto en materia de control de concentraciones como en materia de conductas. Sin embargo, tiene facultades para desarrollar investigaciones económicas o informes correspondientes al área de promoción de la competencia.

Dentro de la ANC, se destaca además la Secretaría de Instrucción de Conductas Anticompetitivas, propiamente el órgano de instrucción que tiene como finalidad central la instrucción de los expedientes, operando al

modo de un fiscal, presentando al Tribunal las acusaciones y eventuales sanciones en casos de conductas que violan la competencia.

De igual modo, la Secretaría de Concentraciones Económicas tiene a su cargo, según las previsiones de la ley, la instrucción de los expedientes de control de concentraciones. Debe resolver aquellas que, por su simpleza están sujetas al procedimiento sumario, y presentar un dictamen al Tribunal, recomendando eventual aprobación, subordinación o rechazo de la aprobación.

Esta disposición tiene por lógica, dentro del mismo organismo, separar la instrucción de la decisión lo que permite un mejor examen de las cuestiones, muchas veces muy delicadas y de alto impacto en la economía, en la resolución de los casos de competencia. En el caso de las concentraciones simples, dado que usualmente esto conlleva un trámite casi formal (que en algunos países procede apenas en semanas), tiene pleno sentido que estos no sean objeto de dictamen ni elevados al tribunal.

Es claro que la agencia constituye una herramienta más de las políticas de competencia del estado y que además la política de competencia es parte de la política económica general. En esta línea, la ley establece la Subsecretaría de Fomento de la Competencia, que en el ámbito del ejecutivo tiene funciones de promoción y aplicación de la normativa de la competencia y puede ser parte en procedimientos de control de las concentraciones.

En suma, se busca la creación de una autoridad con mayor grado de independencia del poder político que la actual, en tanto la elección de las autoridades, si bien recae en el Presidente de la Nación, son preseleccionados por medio de una terna resultante de un concurso, que además garantiza idoneidad y profesionalismo. Personas con trayectoria en este campo del derecho y la economía, tienen costos más altos en reputación para transigir con metas cortoplacistas del tipo que usualmente preocupan a los políticos. También, se ha establecido que el período de duración del mandato es diverso al del Presidente de la Nación y las causas de remoción son limitadísimas, con lo cual se intenta garantizar aún más la independencia de la autoridad de aplicación. La distribución de competencia en la autoridad permite distribuir el poder, contribuir a mejores decisiones y lograr un proceso de toma de decisiones más transparente y menos centralizado.

III.C. Sanciones

La ley de competencia vigente en la Argentina no solo no disuade, sino que constituye, en cierta forma, una invitación a cometer actos o con-

ductas anticompetitivas. Una de las principales sanciones dispuestas por la ley 25.156 es la multa, que por el mero transcurso del tiempo y la inflación reinante en nuestro país desde 1999 a la fecha, se ha tornado en irrisoria. Asimismo, producto de ciertas modificaciones erradas introducidas a dicha ley por el Congreso en 2014, hoy es mucho más compleja la persecución de ilícitos anticompetitivos por parte de la autoridad de aplicación (es decir, la CNDC y el Secretario de Comercio). Es decir, la dificultad de investigar conductas anticompetitivas, sin las herramientas mínimas suficientes, sumado a las sanciones irrisorias vigentes, hacen que la ley hoy día no presente el más mínimo grado de disuasión.

A los efectos de atacar esta grave falencia, el proyecto regula las sanciones, elevando de modo considerable el monto y la forma de cálculo de las multas, lo que implica mayor efecto disuasorio, una de las metas centrales de la reforma.

Claramente, la eficiencia de un sistema legal no se mide de manera correcta o al menos completa, por la cantidad de sanciones, sino por la capacidad del mismo de impedir (hasta cierto grado) o disuadir, dependiendo el área del derecho y la consiguiente finalidad de la ley, las acciones ilegales. Después de todo, las sanciones, como multas que impone la CNDC, constituyen transferencias de riquezas de una persona a otra (del infractor al gobierno) pero una mejora directa en el bienestar de las personas. Por otra parte, ejecutar la ley es costoso, de modo que la ganancia social más clara es, precisamente, la disuasión, lo que implica una mejora para la sociedad. Tanto los costos sociales de ejecutar la ley, como las transferencias, que son actividades costosas se justifican, precisamente, por el elemento disuasivo.¹⁰

En materia de defensa de la competencia, la literatura se ocupa centralmente de temas como la multa óptima, el efecto disuasivo de programas de clemencia o de sanciones criminales del tipo pena de prisión.¹¹ Es decir,

10. Asumimos que el castigo no constituye, por sí mismo, una ganancia social. Lo que es usual mirado el asunto desde el enfoque económico. Si el lector tuviere otra idea, de todas maneras es evidente que la disuasión es más conveniente que la imposición de una pena. Esta idea en derecho es frecuente, en autores clásicos, como Montesquieu, Beccaria y Bentham, por ejemplo, de un modo tan conocido, que no requiere demasiadas citas.

11. Ver, por ejemplo, LANDES, W. M., "Optimal Sanctions for Antitrust Violations", en *University of Chicago Law Review*, Vol. 50, n° 2, 1983; WERDEN, G. J. y SIMON, M. J., "Why Price Fixers Should Go to Prison", en *The Antitrust Bulletin*, Vol. 32, n° 4, 1987; GALLO, J.

se han centrado en la idea del derecho y la economía de que la disuasión está concentrada en la pena y su probabilidad de aplicación (siempre respecto de las ganancias), que funciona como un precio por infringir la ley.

Esto es correcto, pero probablemente una parte del asunto, puesto que hay otros elementos que sí tienen o intuitivamente deberían tener peso en la disuasión, tales como el desempeño del poder judicial en la materia, la independencia y calidad de la agencia administrativa que ejecuta la ley, la calidad de los procedimientos destinados a ejecutar la ley. Una agencia más independiente del poder político, que por definición resulta más difícil de capturar por medio del lobby o mediante la introducción de metas diferentes a las estrictamente técnicas con miras a resultados políticos de corto plazo y dotada de poderes y recursos suficientes, simplemente, incrementa la probabilidad de detección y sanción, lo que incrementa el costo actual de violar la ley de competencia.

En materia de multa, su versión óptima opera cuando la sanción es lo suficientemente grande como para prevenir las conductas que causan daño a la sociedad, lo que sucede cuando el costo de violar la ley es mayor que la ganancia. Más técnicamente, bajo ciertas condiciones, como ausencia de costos de transacción, por ejemplo, eso se logra cuando el producto del tamaño de la sanción (S) y la probabilidad subjetivamente percibida de ser sancionados (P) es igual a costo social o daño que causa la infracción.¹²

Claro que tampoco es deseable que la sanción esperada sea tan grande que lleve al extremo opuesto: que el riesgo de violar la ley sea tan grande que inhiba a los agentes de mercado y personas en general a llevar adelante acciones socialmente útiles. Esto ocurre cuando las sanciones son tan grandes que pueden disuadir a las personas de llevar adelante acciones cuyo beneficio es más grande que el daño que generan a la sociedad. Más grave en los hechos, todavía, es que una sanción muy grande puede colocar en una situación financiera desventajosa a un competidor e inclusive producir

C., DAU SCHMIDT, K. G., CRAYCRAFT, J. L. y PARKER, C. J., "Criminal Penalties Under the Sherman Act: A Study of Law and Economics", en *Research in Law and Economics*, Vol. 16, 1994; MOTTA, M., y POLO, M., "Leniency Programs and Cartel Prosecution", en *International Journal of Industrial Organization*, Vol. 21, n° 3, 2003.

12. Todo esto derivado del trabajo central de BECKER, G., "Crime and Punishment an economic approach", en *Journal of Political Economy*, Vol. 76, n° 2, 1968; STIGLER, G. J., "The optimum enforcement of laws", en *Journal of Political Economy*, Vol. 78, n° 3, 1970.

su quiebra y eventual salida del mercado, lo que reduce las condiciones de la competencia.

De modo que, con independencia de las dificultades asociadas a incorporar la información correcta en términos de costos y beneficios de la empresas para cumplir la ley, y otros problemas graves para determinar con precisión la sanción correcta, parece claro que estas deben ser lo suficientemente significativas como para tener poder disuasorio y al mismo tiempo no tan grandes como para provocar la quiebra o serios problemas financieros que amenacen la continuidad misma o la vitalidad de su desempeño competitivo en los mercados. Además, la alternativa de conectar la multa únicamente con la capacidad de las firmas para pagar las multas, puede causar distorsiones graves en el régimen de competencia, generando un sistema distorsionado de incentivos que puede llevar a prácticas inadmisibles.

En un mundo de incertidumbre, además, no es muy claro que uno pueda emplear de modo preciso el modelo básico de multa óptima desarrollada a partir de Becker, pero al menos sí pareciera ser claro que este permite pensar mejor algunos problemas. Por ejemplo, en materia de abuso de posición dominante unilateral, donde hay más matices y donde podría haber errores en materia de ejecución de la ley, una política de multas preliminarmente menos significativas que en el caso de los carteles podría tener sentido, puesto que puede contribuir a eliminar errores asociados a una disuasión excesiva. Por otra parte, en estos casos puede haber ganancias sociales derivadas de tales prácticas y usualmente generan menos costos sociales que los carteles. A la inversa, en materia de colusión o cartelización del mercado, donde es evidente el alto costo social, donde es más nítida la línea de demarcación entre lo correcto e incorrecto, y donde el daño es más grande, tiene sentido no solo imponer sanciones más significativas sino también más seguras, ahorrando costos de transacción por medio de sanciones que funcionen por "objeto" ilícito o, en cierta forma, que se asemejen a una regla *per se*.

El proyecto de ley toma en cuenta los elementos salientes de la literatura de un modo pragmático y prudente: de un lado coloca sanciones elevadas que puedan tener efecto disuasivo pero coloca límites que eliminen el riesgo de eliminar un competidor en el mercado sea en forma completa o relativa e incorpora elementos tales como la gravedad de la infracción, la distinción no solo en severidad de la multa sino en estándares para casos de conducta unilateral y colusiones, entre otros elementos, que tienen plena

racionalidad económica. También otros elementos, como, por ejemplo, que la multa debe privar al infractor de los beneficios ilícitamente obtenidos tal que tenga un tamaño superior al beneficio ilícito puesto que de otro modo no hay disuasión posible. De hecho, si la multa resultase igual a la ganancia, dada que la probabilidad de detección siempre es menor que uno, siempre sería conveniente infringir la ley de competencia.

Sin perjuicio de que la reparación de daños por actos anticompetitivos corre por cuerda separada, la ley toma en cuenta los daños causados por la conducta al momento de establecer el cálculo de la multa aplicable. Esto tiene sentido en términos de que a un daño mayor corresponde una sanción más grave. Además, deben tomarse en cuenta –a los fines de graduación de la multa– los indicios de intencionalidad, lo que tiene sentido en términos de la literatura porque cuando un acto es plenamente intencional es más probable su concreción y, por igual motivo, la reincidencia o antecedentes del infractor. Por otra parte, a fines de que tenga peso en la disuasión se toma en cuenta la capacidad económica del responsable, pero no como único elemento o siquiera decisivo que pueda introducir distorsiones en el mercado.

Dado que en general debe haber una relación con el daño ocasionado, para establecer la multa correcta la ley pide además tomar en cuenta en la graduación de la misma otros elementos como el tamaño del mercado afectado, la duración de la práctica y la posición de la firma en el mercado, siendo evidente que estos elementos están positivamente relacionados con el tamaño del daño al mercado y, en menor medida, con los beneficios asociados a la infracción.

En cuanto al límite máximo, la ley satisface correctamente este elemento, al adoptar criterios muy difundidos y aceptados en el derecho comparado. Se establece, como criterio para la imposición de multas, lo siguiente: (i) hasta el 30% del volumen de negocios vinculado al producto o servicio asociado a la infracción al régimen de competencia del último ejercicio económico, multiplicado por el número de años de duración de la infracción, siguiendo en buena medida los lineamientos europeos sobre el asunto. Es decir, se sigue aquí el criterio de limitar la multa a porcentaje del mercado afectado por la conducta. Se establece también como límite (ii) hasta el 30% del volumen de negocios consolidado durante el último ejercicio económico del grupo económico al que pertenezcan los infractores. En este caso la multa se calcula tomando como base la actividad total de la persona que excede (en ciertos casos) al mercado afectado. Por último,

(iii) la ley establece que podrá aplicarse hasta el doble del beneficio ilícito obtenido por la infracción al régimen de competencia. La ley establece que siempre que sea posible emplear este triple criterio de manera simultánea, se debe emplear el criterio que lleve al importe más grande. En caso de no poder determinarse el monto resultante de ninguna de estas opciones anteriores, la ley establece que el importe máximo de la multa será de hasta 200 millones de Unidades Móviles.

Estos límites tienen sentido: la multa no debería ser expropiatoria, ya que sería contraproducente a la competencia que lleve a la quiebra a la firma y, además, para mantener el efecto disuasorio constante la multa debe adaptarse de algún modo a la capacidad económica del infractor. Por otra parte, siempre debería ser mayor que la ganancia obtenida, de otro modo la pena no puede funcionar a nivel disuasorio. Sin embargo esto requiere mayor análisis.

La idea de vincular el máximo con la capacidad económica de la firma tiene pleno sentido ya que, para mantener el efecto disuasorio, es necesario tomar en cuenta la capacidad económica del infractor.

La regla por la cual se emplea el criterio para el cual se logra la multa más grande tiene sentido a los fines de hacer más efectiva la disuasión en un ámbito donde la probabilidad de detección y condena puede ser relativamente baja y donde el costo social (es decir, la suma del daño que esta produce a la sociedad) es más bien alto. Por lo tanto, como regla, tiene sentido establecerla como tope el máximo, siempre que estos criterios sean operables según el caso.

Por otra parte, un tope asociado con el volumen de negocio tiene el sentido de evitar la quiebra de la empresa, lo que no tiene sentido alguno desde el punto de vista de la competencia. Pero en los hechos, dada la escala en la Argentina es poco probable que esto suceda, dados los límites que establece la ley y el tamaño de los negocios en el país.

La ley contempla otras sanciones a los fines de elevar la disuasión, lo que tiene sentido dada la dificultad de detectar y sancionar infracciones que afectan un bien colectivo como es el caso de la competencia en los mercados, donde usualmente los perjudicados son los consumidores quienes tiene pocos incentivos para obtener información y actuar en defensa de sus derechos, simplemente porque el costo privado de hacerlo supera, normalmente, al beneficio esperado (privado) de iniciar una denuncia o acción en defensa de la competencia. De ese modo, la ley establece la posible exclusión de los responsables del Registro Nacional de Proveedores el Estado

y la inclusión de los responsables de la conducta anticompetitiva entre los responsables de la misma, eliminando la posibilidad de que la multa pueda ser pagada por la empresa.

El proyecto prevé sanciones para casos donde opera una toma de control antes de que la autoridad de aplicación haya aprobado la concentración y también para el caso de falta de notificación.

III.D. Programa de clemencia

Usualmente se considera que son las acciones concertadas entre competidores, con la finalidad de no competir, sea para incrementar precios, repartirse mercados o, entre otras, disminuir la calidad y variedad de los bienes, la conducta más grave desde el punto de vista de defensa de la competencia.

En el caso de los carteles ocurre una paradoja: son las infracciones más graves, pero al mismo tiempo las más complejas de detectar y sancionar, sobre todo porque la jurisprudencia pide un estándar más bien alto de prueba que muestre, además de indicios de mercado de la existencia del mismo, evidencia de un acuerdo explícito entre competidores. La herramienta que ha permitido en la mayor parte del mundo incrementar la detección de cárteles consiste en los programas de clemencia, institución ausente actualmente en la legislación argentina y sin la cual es muy complejo detectar y sancionar carteles. De ese modo, dado que usualmente arrojan beneficios altos y la probabilidad de detección es baja, el cartel aparece como buen negocio en la Argentina.

El proyecto centralmente introduce la variante más exitosa de programa de clemencia registrado en el derecho comparado. Se incluye la posibilidad de exención total o reducción parcial de la multa a quien se acoge primero al programa de clemencia, defeccionando del acuerdo.

Para lograr la exención total el proyecto de ley requiere que quien denuncia sea el primero en suministrar la información sobre la práctica colusoria, pudiendo acogerse aun en caso de haberse iniciado una investigación por el Tribunal, pero no se haya logrado prueba suficiente. Quien se presenta al programa de clemencia, debe ofrecer al Tribunal la plena cooperación en la investigación y, desde luego, se exige el cese inmediato de la conducta, salvo que, de otro modo, el Tribunal autorice expresamente la continuación de ciertos actos que faciliten la investigación.

Siempre que reúna los requisitos anteriores, pueden presentarse otros miembros del cartel obteniendo, según el caso, siempre que aporte pruebas adicionales, y obtener por medio de su cooperación una reducción entre el 50% y el 20% del importe de la sanción. Se toma en cuenta, a los fines de establecer el tamaño de la reducción, el orden de presentación de solicitud de acogimiento al programa.

Asimismo, cuando un miembro de un cartel denuncie la existencia de una segunda conducta en infracción de la ley, no solo obtiene inmunidad respecto de la que denuncia, sino también una reducción de un tercio del importe de la multa por la primera conducta.¹³ Otra novedad, en lo que puede considerarse un programa amplio que persigue hacer atractiva la participación, es que a diferencia de muchos casos en derecho comparado no se excluye del programa a quienes organizaron o son líderes del acuerdo o cartel.

El primer programa de clemencia fue introducido en los Estados Unidos a comienzos de la década de los setenta, pero como ocurrió con otras experiencias, fue inicialmente poco efectivo hasta la reforma de 1993 que tuvo enorme éxito y contribuyó a la adopción del programa por parte de otros países. Fue en 1996 cuando la Comisión Europea comenzó a emplear un programa de clemencia. Muchos otros países, como por ejemplo Francia, Irlanda, Holanda, Reino Unido, la República Checa y, entre nosotros, Chile, Brasil y México, adoptaron este instituto con el cambio de siglo, con resultados exitosos, para la mayor parte de los casos. Para 2011 todos los países miembros de la Unión Europea, por ejemplo, contaban ya con un activo programa de clemencia.

En nuestro caso, dada la proximidad cultural e institucional es interesante que la adopción del programa en Brasil en 2000 y en México en 2006, ambos casos exitosos medidos en la detección y sanción a carteles, resulta auspicioso para el caso de la Argentina. Hace unos años, la CNDC presentó un proyecto para incorporar un programa de clemencia en la ley 25.156, pero lamentablemente el mismo nunca fue tratado en el Congreso. Como se afirmó, en general, los programas han sido exitosos, en particu-

13. AUBERT, C., KOVACIC, W. y REY, P., *The impact of leniency programs on cartels*, Manuscript presented on the 2nd International industrial Organization Conference, Chicago, 2004. Estos autores sostienen que más que un programa de clemencia donde se perdonan multas, colocar incentivos o premios para quienes denuncian acuerdos oclusivos, inclusive individuos privados, puede tener más impacto en la disuasión que el arreglo tradicional.

lar, el pionero programa de Estados Unidos, aunque dadas las diferencias institucionales y culturales con ese país, esta conclusión no puede ser universalizada.¹⁴ La experiencia internacional, aun con matices y diferencias, indica que en general habría cierto acuerdo respecto a que los programas de clemencia son exitosos.¹⁵

Conviene explicitar, aunque sea de manera intuitiva, los incentivos que subyacen y que dan racionalidad a esta institución. La idea central es que en general un cartel, o acuerdo entre competidores para no competir, constituye un arreglo esencialmente poco estable dado los incentivos para defeccionar o traicionar los términos del acuerdo con la finalidad de aprovechar los precios más altos en beneficio propio. Sin embargo, hay evidencia de carteles que han logrado de manera muy eficaz durar en el tiempo y obtener enormes beneficios, como muestra el caso de los camiones en Europa que duró más de 14 años y que llevó a la multa más grande de la historia en derecho de la competencia.

De modo que aun cuando, dadas determinadas condiciones, estos acuerdos pueden ser centralmente inestables, un programa de clemencia tiene por finalidad modificar los incentivos de los miembros del cartel haciendo al acuerdo aún más inestable al introducir incentivos adicionales para traicionar o defeccionar del acuerdo, aun cuando siempre pueden quedar incentivos para formar parte de un cartel.

Lo central, es que el programa de clemencia lo hace más costoso. Esto está lejos de ser una conjetura: en las últimas dos décadas la jurisprudencia ha demostrado que muchas firmas se han acogido a estos programas, lo que redundo en un claro beneficio social, proveyendo información importante para que las investigaciones de carteles sean más eficientes en la detección y posterior sanción de carteles, situación que —en cierta forma— convalidaría a estos programas como una herramienta adicional y válida en la lucha contra los carteles.

El programa de clemencia genera incentivos para la defección y por

14. Ver MILLER, N. H., “Strategic Leniency and Cartel Enforcement”, en *American Economic Review*, Vol. 99, n° 3, 2009. Miller ofrece evidencia clara sobre la eficacia del programa de clemencia en los Estados Unidos. Para Europa, ver BRENNER, S., “An Empirical Study of The European Corporate Leniency Program”, en *International Journal of Industrial Organization*, Vol. 27, n° 6, 2009, pp. 639-45.

15. HARRINGTON JR, J. E., “Optimal corporate leniency programs”, en *The Journal of Industrial Economics*, Vol. LVI, n° 2, 2008, pp. 215-246.

lo tanto modifica la relación costo-beneficio de permanecer en el arreglo anticompetitivo, incrementado el riesgo de ser denunciado. Por ese motivo, además, se incrementan los riesgos *ex ante* y se haría menos atractivo formar parte de un cartel. Esto en tanto, la razón principal para acogerse a un programa de clemencia, después de todo, es que la probabilidad o la sanción o ambas sean lo suficientemente grandes, para inducir a la delación y ruptura del cartel.¹⁶

Cuando una empresa aplica al programa y brinda información sobre un cartel incrementa el costo marginal o incremental de los demás miembros del cartel puesto que les impone el pago de la multa. Dado esto, naturalmente, el programa de clemencia tiene o debería tener efectos disuasivos. Genera además incentivos para que las partes de un cartel guarden prueba de la existencia del mismo y sus actividades.

Obviamente una ganancia de eficiencia del programa es que al hacer menos probable y menos estables los acuerdos entre competidores para no competir, generan mayor excedente actual o potencial a los consumidores. Por otra parte, la agencia antimonopolios baja su costo administrativo y de error en la detección, investigación y sanción de carteles, en tanto cuenta con mejor información. Permite, en suma, a la agencia procesar mayor cantidad de casos con los mismos recursos, lo que redundaría en mayor beneficio social y menores costos administrativos, todo lo cual constituye una indudable ventaja. A esto se suma la potencial ventaja en la disuasión, aun

16. En cuanto a la literatura que examina la eficiencia de los programas de clemencia, se dividen en estudios teóricos y otros empíricos. Los estudios teóricos son (con límites) concluyentes en que los programas de clemencia generan incentivos para desestabilizar carteles y que constituyen herramientas eficaces para disuadir la formación de carteles. MOTTA, M. y POLO, M., ob. cit.; SPAGNOLO, G., *Leniency and Whistleblowers in Antitrust*, Handbook of Antitrust Economics, Ed. P. Buccirossi, Cambridge: M.I.T. Press, 2007; AUBERT, C., KOVACIC W. y REY P., "The Impact of Leniency and Whistleblowers Programs on Cartels", en *International Journal of Industrial Organization*, Vol. 24, n° 6, 2006; CHEN, J. y HARRINGTON JR, J. E., "The Impact of the Corporate Leniency Program on Cartel Formation and the Cartel Price Path", en GHOSAL, V. y STENNEK, J. (eds.), *The Political Economy of Antitrust*, Amsterdam, Oxford: Elsevier, 2007; HARRINGTON JR, J. E., ob. cit. Ver también, HINLOOPEN J. y SOETEVEENT, A. R., "Laboratory evidence on the effectiveness of corporate leniency programs", en *RAND Journal of Economics*, Vol. 39, n° 2, 2008, pp. 607-616. La literatura empírica, aun cuando concluye también sobre los efectos positivos de los programas de clemencia, presenta, sin embargo, resultados algo más ambiguos, aun en algunos casos como en los Estados Unidos, su éxito parece más bien indubitable.

cuando en determinadas condiciones este efecto puede verse afectado, tal como se ha comentado.¹⁷

Puesto que un cartel en el cual es conveniente denunciar cuando se es parte, simplemente no se forma, es interesante la pregunta, asumiendo niveles altos de racionalidad de las partes, el interrogante acerca de qué debe suceder para que una firma decida participar de un cartel y además denunciar, eliminando su parte de su renta de monopolio. Debe ocurrir que por cuestiones exógenas se incremente la probabilidad de describir el cartel y de ese modo la alternativa de denunciar debe incrementar su valor respecto de la alternativa de mantenerse como miembro del cartel.

Es decir, un cartel estable puede pasar a ser inestable cuando se sanciona un programa de clemencia. Después de todo, sin el programa de clemencia, un arrepentido solo tiene la alternativa de abandonar el acuerdo y competir; pero, teniendo la opción del programa, además de abandonar el acuerdo y competir, tiene la posibilidad de tomar acciones concretas que permitan efectivamente desarmar el cartel, incrementando así los costos de los demás miembros del acuerdo que deben afrontar, muchas veces, multas muy significativas.¹⁸

Sin un programa de clemencia, almacenar evidencia de la existencia y operatividad del cartel, es simplemente irracional para cualquiera de las firmas que lo forman, simplemente porque esto, cualquiera sea el caso, puede luego mejorar el caso de la agencia o los tribunales en caso de tener que enfrentar un caso. En cambio, los incentivos cambian frente a un programa de clemencia: en este caso, conviene retener evidencia para dejar abierta la posibilidad de aplicar o acogerse al programa.

Por otra parte, sin un programa de clemencia, las firmas denunciadas tienen incentivos para desvirtuar todo tipo de evidencia confirmatoria de la existencia de un cartel, simplemente porque en eso consiste la defensa en juicio. Con el programa de clemencia, los incentivos funcionan a la inversa, en tanto ahora es conveniente para la empresa o persona denunciante presentar la totalidad de la información disponible o al menos la parte sustancial que le permita acceder al programa. Entonces, en general,

17. Sobre el diseño óptimo de un programa de clemencia, esto pide más de lo que nos proponemos en este estudio. Ver: HARRINGTON JR, J. E., ob. cit.

18. ELLIS C. J. y WILSON W. W., *Cartels, Price-Fixing, and Corporate Leniency Policy: What Doesn't Kill Us Makes Us Stronger*; University of Oregon, 2003, disponible en [<http://darkwing.uoregon.edu/~wwilson>].

es predecible que la calidad y cantidad de información se incrementa para las agencias y los tribunales con la consiguiente ganancia social.

Sin embargo, el ideal en derecho no es ciertamente la sanción, sino que un sistema legal eficiente debería disuadir conductas contrarias a la ley, previniendo daños y ahorrando los costos de su ejecución, entre otras ventajas. El sistema legal constituye antes un mecanismo de cooperación social que una herramienta de resolución de conflictos o un mecanismo para imponer penas o sanciones. En esta línea han ido evolucionando diversas ramas del Derecho, como por ejemplo el derecho civil en materia de reparación de daños, materializándose dicho cambio en la Argentina mediante la última reforma del Código Civil y Comercial, que mutó de ser meramente resarcitorio ampliando su alcance mediante la inclusión del deber de prevención del daño en todas sus manifestaciones.¹⁹

En cuanto a la disuasión, no hay evidencia suficiente para ser conclusivos respecto del grado de disuasión que introduce un programa de clemencia. De hecho, aunque probablemente bajo condiciones muy generales e intuitivas, es muy probable que haya ganancias en disuasión, ciertamente que a nivel incentivo el programa de clemencia tiene o podría tener, dependiendo de las condiciones, efectos algo ambiguos.²⁰

Parece evidente que la comparación de la cantidad de carteles detectados antes y después del establecimiento de un programa de clemencia, constituye una muestra débil del efecto disuasorio del instituto. De hecho, más carteles podrían ser descubiertos simplemente porque dadas otras con-

19. TREVISÁN, P., "Acción Preventiva de Daños y Defensa de la Competencia", en *La Ley*, AR/DOC/916/2016, 2016, para un análisis de la prevención del daño y su eventual aplicación al derecho de la competencia.

20. Brenan en el estudio comentado comparó las características de carteles que fueron denunciados en el contexto del programa de clemencia con aquellos que fueron detectados antes de la vigencia del programa de clemencia, en los seis años anteriores. Distinguió el efecto de corto plazo asociado al hecho de que las firmas revelan información reduciendo costos de investigación de los efectos de largo plazo, como la disuasión. En cuanto a los efectos de corto plazo, encontró que efectivamente las agencias cuentan con mejor información con un programa de clemencia lo que reduce el costo de aplicar la ley. Sin embargo no encontró información concluyente respecto de la capacidad disuasiva del programa. En suma, para este autor, el programa de clemencia confirma la eficiencia del mismo en el corto plazo respecto de carteles que están actualmente siendo investigados, pero concluye que no hay evidencia respecto de la disuasión en el largo plazo. (MOTTA, M. y POLO, M, ob. cit., y SPAGNOLO, G., ob. cit., son críticos del programa europeo en el largo plazo).

diciones es más rentable acordar con competidores. Sin embargo, en el corto plazo una tasa más alta de detección debería sugerir mayor nivel de disuasión, puesto que es improbable que otras condiciones que afectan la rentabilidad de un cartel cambien dramáticamente en el corto plazo, constituyendo en este sentido, la instalación de un programa de clemencia en un limitado pero genuino experimento natural. De modo que la mayor detección en el corto plazo podría ser interpretado como una prueba, aunque sea no del todo concluyente, del efecto disuasivo del programa de clemencia.

Es probable, pero es algo que debe ser examinado de manera profunda que, además, si hubiere genuino efecto disuasivo, entonces, el promedio de vida de un cartel sea menor con un programa de clemencia que sin un programa de este tipo en la legislación. Y tiempos menores de defección implica mayor beneficio social o bienestar para el consumidor.²¹

El examen de esas condiciones nos llevaría demasiado lejos, pero en condiciones más o menos generales incrementa la probabilidad de denuncia, pero es posible que disminuya el valor esperado de las multas, dados los descuentos que contiene el programa. Sin embargo, la mayor evidencia y facilidad de detección pueden llevar en conjunto a un incremento de las sanciones, aunque sea por la mayor velocidad de condena y la liberación de recursos para detectar otros arreglos para no competir. En cualquier caso, el valor esperado de las multas sube para las firmas que no se acogen al programa y eso debería actuar como factor disuasivo suficiente, lo que sin embargo constituye una cuestión empírica difícil de examinar (en buena medida dada la naturaleza oculta de los carteles). Esto en conjunto debería o podría tener un efecto disuasivo.²²

21. DICK, A. R., "When are cartels stable contracts?", en *Journal of Law and Economics*, Vol. 39, 1996, pp. 241-283. Un estudio clásico sobre por qué algunos carteles duran décadas y otros son muy poco estables y poco duraderos. El autor encuentra que la duración de un cartel se podría explicar por el costo de ejecutar el acuerdo y el valor que representa para sus miembros. El autor, examinado los acuerdos entre competidores que surgieron en el contexto de la ley de comercio exterior, los arreglos más longevos tendían a exportar a pequeños compradores, contaban con una amplia cobertura internacional, operaban en periodos de precios estables y en momentos de creciente demanda. Y que de hecho los acuerdos que eran operados por una agencia de venta común eran más estables. Sin embargo, los carteles perdían vitalidad y estabilidad con el paso del tiempo. Los carteles que tenían por sola finalidad fijar precios eran los menos estables, en razón de que incentivaban al ingreso de competidores.

22. Se han hecho varios estudios sobre la eficacia relativa de la política de competencia

En otros términos, como sucede con la mayor parte de las reglas legales, un programa de clemencia puede implicar costos o problemas. Con un programa de clemencia baja el costo de las multas promedio y eso podría tener un efecto adverso en la disuasión. De modo que, dejando todo quieto, en especial el tamaño de las multas, puede ocurrir que un programa de clemencia baje el costo esperado de formar parte de un cartel. En general, por lo tanto, es deseable que venga acompañado de un incremento en el tamaño de las multas. De otro modo es posible que el incremento en la probabilidad de sanción no compense de modo adecuado la disminución promedio del tamaño de las multas y el cartel sea un más redituable.

Un programa de clemencia requiere que la agencia sea capaz de detectar y sancionar carteles fuera del programa de clemencia, de otro modo, razonablemente, no hay incentivos suficientes para aplicar. Simplemente porque si la probabilidad de detección es muy baja no tiene sentido la auto denuncia y la pérdida de la renta monopólica.²³ Es necesario además que las sanciones sean suficientemente grandes, de otro modo tampoco habría incentivos suficientes para aplicar al programa. De hecho, si la sanción y la probabilidad de su aplicación es baja, las ganancias esperadas del cartel podrían ser más grandes que los riesgos de seguir en él. Es decir, se podría frustrar el programa.

A nivel práctico, en la Argentina la introducción del programa de clemencia viene acompañada de un muy necesario y elevado incremento en las sanciones, una de las condiciones para su eficacia. También, de otras herramientas, como mayor independencia y facultades de la agencia y otras reformas que deberían incrementar la efectividad de la agencia, incrementando la probabilidad de detección, por lo cual otro elemento importante destacado por la literatura se cumple. La tradición cultural y la calidad de las instituciones en general, puede afectar la eficacia del programa, pero respecto de lo primero es auspicioso, al menos, el éxito de estos programas

en países, aun cuando no es claro que esta evidencia sea del todo concluyente (NICHOLSON, M.W., "An antitrust law index for empirical analysis of international competition policy", en *Journal of Competition Law & Economics*, Vol. 4, n° 4, 2008). Algunos estudios miran evidencia cuantitativa, como cantidad de detección de carteles y otros cualitativa, basada en encuestas que capturan percepciones sobre el efecto de estos programas en la comunidad. (KEE, H. L. y HOEKMAN, B., "Competition Law as market discipline?", en *European Economic Review*, Vol. 51, n° 4, 2007).

23. CHEN, J. y HARRINGTON JR., J. E., ob. cit.

para la mayor parte de los países y en particular aquellos que tienen igual tradición y valores culturales empresariales similares o próximos, como México, Chile o Brasil.

Consideramos que suma mucho también, a nivel de diseño, la ausencia de discrecionalidad en la concesión del beneficio de acogerse, algo que parece fue decisivo en el éxito de reformas en materia de programas de clemencia. Merecen mayor estudio los incentivos detrás de las facilidades a sucesivos denunciadores, lo que podría minar el incentivo a ser el primero, pero la diferencia entre el primero y el segundo parece suficientemente importante y además, en el caso de los sucesivos denunciadores, el Tribunal mantiene discrecionalidad para graduar dependiendo de la calidad de la información, lo cual condiciona el éxito relativo de los sucesivos auto denunciados.²⁴

III.E. Reparación de daños²⁵

El Capítulo X del Proyecto se ocupa de regular las acciones por daños y perjuicios por infracciones a la ley de competencia de una manera novedosa, en términos de la actual legislación. Las partes perjudicadas por la conducta anticompetitiva podrán demandar la reparación de los daños en la justicia ordinaria, lo que eventualmente si es que este tipo de acciones judiciales son acogidas por nuestra práctica y cultura legal, debería funcionar como un elemento disuasorio adicional, en tanto hace *ex ante* más costoso incurrir en conductas violatorias de la ley.

La idea central es muy intuitiva: dadas ciertas condiciones como una alta probabilidad de ser condenado y sufrir otros costos, si tengo que reparar el daño, tengo incentivos para, por ejemplo, no incurrir en tal conducta, por la simple razón que la suma del costo multiplicado por la probabilidad de que se me aplique la sanción es mayor que la ganancia esperada del

24. Una condición que permite la estabilidad de un cartel es la existencia de un mecanismo que permita detectar y sancionar, a costos razonables o bajos, a quien defeciona el arreglo que forma el cartel. Sucede, que un programa de clemencia que solo admite a una primera firma denunciante, esta puede actuar como mecanismo para sancionar a una firma (que no es la denunciante), acogiéndose al programa de clemencia.

25. TREVISÁN, P., "Infracción de Daños y Perjuicios por Infracciones a las Normas de Defensa de la Competencia", en *JA* 2013-IV, n° 4, Buenos Aires, 2013, para un análisis comprensivo del tema de la reparación de daños en materia de defensa de la competencia.

ilícito o infracción. En los hechos es muy complicado generar estos costos, pero siempre sirve tener estos conceptos en mente para pensar mejor el diseño y la ejecución del derecho. En el caso, para cualquier nivel de disuasión vigente es claro que la obligación de pagar, además de multas y sufrir otros costos, tener que reparar los daños contribuye a elevar el nivel de disuasión, siempre manteniendo constantes otras condiciones de la misma.

Esto además es tremendamente importante en materia de defensa de la competencia porque sucede que a diferencia del caso medio o más frecuente en otros ámbitos del sistema legal, los casos de defensa de la competencia afectan al interés económico general o, dicho en otros términos, a la sociedad en su conjunto, por lo cual en muchos contextos el daño es soportado por muchas personas, frente a lo cual puede suceder que ocurra lo que los economistas llaman un dilema de acción colectiva: aun cuando tenga sentido económico iniciar una acción, cada una de las víctimas consideradas aisladamente no tenga incentivos correctos para iniciar las acciones respectivas o no, al menos, en una cantidad óptima o próxima a la óptima, tal que sea capaz de disuadir al victimario potencial. Por eso la probabilidad de demanda es muy baja y tiene mucho sentido económico que se sumen a las sanciones típicas de la agencia, como las multas, las compensaciones derivadas de juicios por daños ante los tribunales ordinarios.

A fines de evitar que esto pueda afectar los incentivos para aplicar al programa de clemencia, la ley establece la facultad del Juez para reducir la indemnización o bien exonerar completamente a quienes hayan participado de este programa. De otro modo quienes aplican al programa de clemencia solo obtienen una reducción o exención completa de responsabilidad legal en el ámbito administrativo, pero no en el civil y comercial.²⁶

La ley reduce costos de transacción (es decir hace menos costoso defender los derechos) estableciendo que siempre que la acción de daños y perjuicios se haya iniciado con posterioridad a resolución firme del Tribunal, esta hará cosa juzgada de tal modo que solo se deberá examinar la relación de causalidad y el monto de la reparación, eliminando del proceso la prueba de la existencia de la conducta fundamento de la acción de daños y perjuicios.

26. Esto, desde luego, puede despertar polémica, pero los redactores de la ley prefirieron proteger el programa de clemencia.

Probablemente, el empleo de un proceso colectivo, perfectamente habilitado en la Argentina para este tipo de asuntos, aun cuando todavía no muy empleado, sería de enorme utilidad, en tanto la extensión y homogeneidad del daño en materia de la competencia. Esta innovación institucional sería de enorme utilidad para inducir a los afectados a iniciar acciones, ya que reduciría los costos asociados al proceso y al mismo tiempo tendería a resolver el dilema de acción colectiva mencionado más arriba. Es que las infracciones al régimen de competencia, traducido en términos económicos, tienen efectos sobre la sociedad en general o una parte importante de personas, las que privadamente tienen pocos incentivos para llevar adelante un juicio complejo.

En un proceso entre privados o en el cual se hubieren afectado principalmente intereses de carácter netamente privados, las partes simplemente pueden capturar todo o buena parte del valor de una sentencia favorable por lo cual, siempre que este sea superior al costo de iniciar la acción, tienen incentivos para demandar. Pero en estos procesos, como se ha explicado, el daño se reparte entre muchas personas y cada una considerada individualmente enfrenta pocos incentivos para demandar. Un proceso de tipo colectivo baja los costos y sube el beneficio esperado del proceso haciendo que este sea más probable y económico.

En línea con este argumento, dada la baja probabilidad de detección y sanción de las conductas anticompetitivas, la ley establece la posibilidad del Juez de establecer una multa civil, del tipo daño punitivo, en términos algo similares a su procedencia en derecho del consumidor, con la finalidad, entre otras, de mantener constante el nivel de disuasión compensando la baja probabilidad de sanción.

Por último, solo a título informativo, para la reparación de daños la ley establece un plazo de prescripción distinto que para la prescripción de la acción de la conducta. Mientras que en este último caso se mantiene en 5 (cinco) años el plazo de prescripción, el proyecto establece un plazo de 3 (tres) años desde el cese de la infracción o bien de su conocimiento por parte del perjudicado y de 2 (dos) años desde que está firme la resolución del Tribunal.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

Este trabajo tiene como finalidad presentar las principales reformas introducidas por el proyecto de ley de Defensa de la Competencia presen-

tado ante el Congreso de la Nación en 2016, mostrando su racionalidad y atractivo, examinando no solo los incentivos que subyacen a las mismas, sino además resultados del derecho comparado.

En este sentido, se ha explicado que la finalidad central de la reforma consiste en (i) incrementar la disuasión, introduciendo sanciones más significativas y de aplicación más probable que en la actualidad; (ii) la creación de un moderno programa de clemencia; (iii) la implementación de un genuino sistema de control de concentraciones previo, como rige en la mayor parte de los países; (iv) la creación de una autoridad independiente del poder político, algo también frecuente en los países con alta calidad institucional y (v) reforzar la implementación de reglas aplicables a las acciones privadas por daños ocasionados consecuencia de conductas anti-competitivas, también en línea con exitosas experiencias internacionales.

Con esa finalidad se han expuesto cada una de las reformas que permiten el logro de estas metas, mostrando la diferencia y ventaja respecto de la legislación actual, mostrando la racionalidad económica de las mismas y comentando los principales resultados del derecho comparado.

BIBLIOGRAFÍA

- AUBERT, Cécile, KOVACIC, William y REY, Patrick, *The impact of leniency programs on cartels*, Manuscript presented on the 2nd International Industrial Organization Conference, Chicago, 2004.
- , "The Impact of Leniency and Whistleblowers Programs on Cartels", en *International Journal of Industrial Organization*, Vol. 24, n° 6, 2006.
- BECKER, Gary S., "Theory of Competition among Pressure Groups for Political Influence", en *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 98, n° 3, 1983.
- , "Crime and Punishment an economic approach", en *Journal of Political Economy*, Vol. 76, n° 2, 1968.
- BRENNER, Steffen, "An Empirical Study of the European Corporate Leniency Program", en *International Journal of Industrial Organization*, Vol. 27, n° 6, 2009.
- CHEN, J. Y HARRINGTON JR, J. E., "The Impact of the Corporate Leniency Program on Cartel Formation and the Cartel Price Path", en GHOSAL, V. y STENNEK, J. (eds.), *The Political Economy of Antitrust*, Amsterdam, Oxford: Elsevier, 2007.

- DICK, Andrew R., "When are cartels stable contracts?", en *Journal of Law and Economics*, Vol. 39, 1996.
- ELLIS, C. J. y WILSON, W. W., *Cartels, Price-Fixing, and Corporate Leniency Policy: What Doesn't Kill Us Makes Us Stronger*, University of Oregon, 2003, disponible en [<http://darkwing.uoregon.edu/wwilson>].
- KEE, Hiau L. y HOEKMAN, Bernard, "Competition Law as market discipline?", en *European Economic Review*, Vol. 51, n° 4, 2007.
- LAFFONT, Jean J. y TIROLE, Jean, "The politics of government decision making. A theory of regulatory capture", en *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 106, n° 4, 1991.
- LANDES, William M., "Optimal Sanctions for Antitrust Violations", en *University of Chicago Law Review*, Vol. 50, n° 2, 1983.
- HARRINGTON JR, Joseph E., "Optimal corporate leniency programs", en *The Journal of Industrial Economics*, Vol. LVI, n° 2, 2008.
- HINLOOPEN, Jeroen y SOETEVEENT, Adriaan R., "Laboratory evidence on the effectiveness of corporate leniency programs", en *RAND Journal of Economics*, Vol. 39, n° 2, 2008.
- MILLER, Nathan H., "Strategic Leniency and Cartel Enforcement", en *American Economic Review*, Vol. 99, n° 3, 2009.
- MOTTA, Massimo y POLO, Michele, "Leniency Programs and Cartel Prosecution", en *International Journal of Industrial Organization*, Vol. 21, n° 3, 2003.
- NICHOLSON, Michael W., "An antitrust law index for empirical analysis of international competition policy", en *Journal of Competition Law & Economics*, Vol. 4, n° 4, 2008.
- PELTZMAN, Sam, "Toward a More General Theory of Regulation", en *The Journal of Law and Economics*, Vol. 19, n° 2, 1976.
- SPAGNOLO, Giancarlo, *Leniency and Whistleblowers in Antitrust*, Handbook of Antitrust Economics, Ed. P. Buccirossi: Cambridge, M.I.T. Press, 2007.
- STIGLER, George, "The theory of economic regulation, en *Bell Journal of Economics and Management Science*, Vol. 2, n° 1, 1971.
- , "The optimum enforcement of laws", en *Journal of Political Economy*, Vol. 78, n° 3, 1970.
- TREVISÁN, Pablo, "Acción Preventiva de Daños y Defensa de la Competencia", en *La Ley*, AR/DOC/916/2016, abril 2016.
- WERDEN, Gregory J. y SIMON, Marilyn J., "Why Price Fixers Should Go to Prison", en *The Antitrust Bulletin*, Vol. 32, n° 4, 1987.

Documentos:

UNCTAD, *Independence and accountability of competition authorities*, TD/B/COM.2/CLP/67, 2008.

OECD, *The Objectives of Competition Law and Policy: Note by the Secretariat*, Global Forum on Competition, Session 1, Doc. n° CCNM/GF/COMP, 2003.

¿QUIÉN DEBE SER EL GUARDIÁN DE LA CONSTITUCIÓN? UNA RELECTURA DEL DEBATE ENTRE KELSEN Y SCHMITT A LA LUZ DEL CASO PRUSIA CONTRA REICH DE 1932*

LETICIA VITA**

Resumen: Este artículo busca revisar el clásico debate entre Carl Schmitt y Hans Kelsen en torno a la defensa de la Constitución a la luz del caso conocido como “Prusia contra Reich” resuelto en 1932 por el Tribunal Estatal de Leipzig. Este proceso, que involucró como defensor del Reich a Schmitt, como representante de Prusia a Hermann Heller y contó con un comentario de Kelsen a la sentencia; permite poner a prueba las ideas sobre quién debe ser el defensor de la Constitución en un caso crucial para la suerte de la República de Weimar. Asimismo, nos permite sumar una tercera voz al debate, la del jurista socialdemócrata Hermann Heller.

Palabras clave: defensa de la constitución – garantías constitucionales – weimar – hans kelsen – carl schmitt – hermann heller

Abstract: This article seeks to rethink the classic debate between Carl Schmitt and Hans Kelsen on the defense of the Constitution in the light of the court case known as “Prussia against Reich”, heard before the High Court in Leipzig, Germany, in 1932. This case, which involved Schmitt as defense lawyer of the Reich; Hermann Heller who represented the Social Democrats in Prussia; and

* Recepción del original 09/10/2017. Aceptación: 29/10/2017.

** Profesora Adjunta regular con dedicación exclusiva de Teoría del Estado, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Investigadora del CONICET. Investigadora Permanente del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales A. L. Gioja, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Este artículo se basa en una investigación llevada a cabo gracias a una beca postdoctoral del Ministerio de Educación de Argentina y el Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD) en el Instituto Max Planck de Historia del Derecho Europeo en Frankfurt am Main, Alemania. Correo electrónico: ljvita@derecho.uba.ar.

which ruling was commented by Kelsen; allows as to test the ideas on who should be the defender of the Constitution in a crucial case for Weimar Republic’s fate, and enables us to add a third voice to the debate: Heller’s one.

Keywords: defense of the constitution – constitutional guarantees – weimar – hans kelsen – carl schmitt – hermann heller

I. INTRODUCCIÓN

La pregunta por quién debe ser el guardián de la Constitución y cuáles son los mecanismos para proveer a su defensa es una cuestión clásica de la teoría constitucional, como así también lo es la disputa teórica que sostuvieran sobre esa materia Hans Kelsen y Carl Schmitt en los años treinta. Sin embargo, mucho menos conocido y frecuentado por la academia jurídica –especialmente la hispanohablante¹ es el caso conocido como “Prusia contra Reich”, en el cual se debatieron ante el *Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich* [Tribunal Estatal del Reich] casi los mismos argumentos que dirimieran Kelsen y Schmitt pocos años antes y con la participación directa e indirecta de ambos.

La querrela entre ambos juristas, seguramente una de las más conocidas y trabajadas de toda la teoría jurídica de Weimar,² se concentró entre

1. La primera traducción al español de la sentencia del caso y de las intervenciones de Schmitt, Heller y Kelsen ha sido publicada en VITA, L. (edit.), *Prusia contra Reich ante el Tribunal Estatal. La sentencia que enfrentó a Hermann Heller, Carl Schmitt y Hans Kelsen en Weimar*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015. Sobre la trascendencia del proceso para la teoría política y jurídica moderna se ha ocupado parte de la academia anglosajona, en especial, David Dyzenhaus, quien realiza un análisis de la sentencia y de las posiciones de Schmitt, Heller y Kelsen en DYZENHAUS, D., “Legal Theory in the Collapse of Weimar: Contemporary Lessons?”, en *The American Political Science Review*, Vol. 91, n° 1, 1997, pp. 121-134 y en DYZENHAUS, D., *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen, and Hermann Heller in Weimar*, Oxford, Oxford University Press, 1999. También se ocupa de las teorías constitucionales en disputa en Weimar y del caso Prusia contra Reich Peter Caldwell en CALDWELL, P., *Popular Sovereignty and the crisis of German Constitutional Law. The Theory & Practice of Weimar Constitutionalism*, Durham y Londres, Duke University Press, 1997.

2. Muchos son los trabajos que recogen el debate entre Kelsen y Schmitt sobre el guardián de la Constitución. Uno de los más recientes es el de VINX, L., *The Guardian of the Constitution Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law*, Cambridge,

los años 1928 y 1931, la última y más crítica etapa de la República. Se desencadenó específicamente en 1928 a partir de una publicación que hizo Kelsen en Francia bajo el título *La garantie juridictionnelle de la Constitution* [La garantía jurisdiccional de la Constitución]³ en la revista *Revue du Droit Public et de la Science Politique*. Carl Schmitt le respondería en 1929 con algunos artículos⁴ que terminaría reformulando en forma de libro en 1931 con el título: *Der Hüter der Verfassung* [El guardián de la Constitución]⁵ publicado por la editorial Mohr de Tübingen. Finalmente, la réplica de Kelsen no tardaría en aparecer, ese mismo año, bajo el título *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* [¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?] en forma de un artículo publicado en la revista *Die Justiz*, de Berlín.

El caso “Prusia contra Reich”, por su parte, se desencadenó en 1932 a raíz del así llamado *Preußenschlag* [golpe de estado de Prusia] del 20 de julio de ese año. Este golpe consistió en la intervención federal —con destitución de las autoridades locales— y declaración del estado de sitio en

Cambridge University Press, 2015. Cabe destacar en español los de HERRERA, C. M., “La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución”, en *Revista de Estudios Políticos. Nueva Época*, n° 86, Madrid, 1994, pp. 195-227 y el de PAULSON, S., “Subsunción, política jurídica y el reproche de ‘formalismo’. La discusión acerca del ‘guardián de la Constitución’”, en CARDINAUX, N., CLÉRICO, L. y D’AURIA, A. (coord.), *Las razones de la producción del derecho. Argumentación constitucional, argumentación parlamentaria y argumentación en la selección de jueces*, Buenos Aires, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UBA, 2006, pp. 51-68.

3. KELSEN, H., “La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)”, en *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l’Étranger*, t. 45, año XXXV, Paris, 1928, pp. 197-257. Sobre las distintas traducciones y versiones de esta publicación ver la introducción de Domingo García Belaunde en KELSEN, H., “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n° 10, 2008, pp. 3-46.

4. Nos referimos a “Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung”, publicado en SCHREIBER, O. (ed.), *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben: Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50 jährigen Bestehen des Reichsgerichts*, Vol. 1, Öffentliches Rechts, Berlin y Leipzig, De Gruyter, 1929, pp. 154-178, luego incluido también en SCHMITT, C., *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, Berlín, Duncker & Humblot, 1958, pp. 73 y ss. y a “Der Hüter der Verfassung”, que sería publicado en el *Archiv des öffentlichen Rechts*, 55 (XVI), 1929, pp. 161-237.

5. Esta obra ha sido traducida al español con el título *La defensa de la Constitución* por Manuel Sánchez Sarto para la Editorial Labor en 1931. Con esta traducción, se pierde la connotación personalista de la palabra alemana “Hüter” que significa “guardián”.

la región de Prusia, como consecuencia de una serie de disturbios entre el partido nazi y el comunista. A raíz de estos hechos el Estado federado de Prusia demandó al Reich frente al Tribunal Estatal del Reich requiriendo se declarara la inconstitucionalidad de la medida tomada.

Este caso tuvo una importancia crucial en la suerte de la República. Existe cierto consenso en la literatura especializada en identificar en él un punto de no retorno en la destrucción de la democracia en Weimar.⁶ Asimismo, es posible apreciar la relevancia jurídico-institucional que tuvieron los hechos y luego el proceso en las publicaciones de la época, especialmente en las revistas jurídicas más prestigiosas. El *Deutsche Juristen-Zeitung*, *Die Justiz* y el *Archiv des Öffentlichen Rechts* publicaron artículos sobre el tema diariamente.⁷ Pero su importancia se puede apreciar especialmente en la calidad de la argumentación de quienes estuvieron involucrados de manera directa o indirecta en él. Frente al estrado se enfrentó Carl Schmitt, quien era defensor del Reich, con Hermann Heller, que actuó como representante de la facción del partido socialdemócrata en Prusia. Además de otros prestigiosos juristas de la época que acompañaron al equipo de ambas partes, el caso contó con la opinión de Hans Kelsen, quien publicó un comentario sobre la sentencia al poco tiempo de que se diera a conocer.

En este artículo nos proponemos revisitarse el clásico debate sobre el guardián de la Constitución a la luz del caso “Prusia contra Reich”. Entendemos que esta relectura nos permite dos cosas: analizar las ideas sobre la defensa de la Constitución a partir de un caso crucial para la suerte de la democracia alemana, e incorporar al clásico debate una tercera perspectiva: la de Hermann Heller. Su postura ante el Tribunal Estatal nos permite sumar a la dicotómica discusión entre Kelsen y Schmitt una mirada distinta sobre quién o quiénes serían los encargados de defender a una Constitución de sus enemigos. Así, a la opción schmittiana por el presidente y a la

6. Por ejemplo, STOLLEIS, M., *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Weimarer Republik und Nationalsozialismus*, Munich, C.H. Beck Verlag, 2002; KIRKAND, T. y McELIGOTT, A. (edit.), *Opposing Fascism. Community, Authority and Resistance in Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 38.

7. Entre otros, HECKEL, J., “Das Urteil des Staatsgerichtshofs vom 25.10.1932 in dem Verfassungsstreit Reich-Preußen”, en *Archiv des Öffentlichen Rechts*, Bd. 23, 1933, pp. 183 y ss.; BILFINGER, C., “Reichsexekution”, en *Deutsche Juristen-Zeitung*, n° 2, 1933, pp. 146-150.

kelseniana por el Tribunal Constitucional, Heller sumará una mirada pragmática e innovadora para su época, recurriendo a una argumentación que –por momentos– evoca la del examen de proporcionalidad en el derecho constitucional.

Para llevar a cabo este objetivo presentaremos, en primer lugar, el caso “Prusia contra Reich” a partir de un breve resumen de los hechos, los argumentos de la demanda y de la contestación y un resumen de la sentencia del Tribunal Estatal. En segundo lugar, discutiremos las ideas de Heller, Schmitt, y Kelsen sobre los hechos y el proceso, teniendo en cuenta no solo las ideas expresadas en el marco del proceso de 1932, sino considerando también la vinculación de esos argumentos con su obra completa. Esto nos permitirá esgrimir algunas conclusiones sobre la relectura del debate sobre la defensa de la Constitución, a la luz del caso de estudio.

II. EL CASO PRUSIA CONTRA REICH ANTE EL TRIBUNAL ESTATAL DE LEIPZIG (1932)

II.A. Los hechos

Para comprender los hechos que desencadenaron el caso es preciso recordar que desde 1929 la situación de la joven República de Weimar era cada vez más crítica. Hacia finales de ese año el canciller Heinrich Brüning inauguraría lo que fue conocido como el *Präsidentialregierung* [gobierno presidencial]: la etapa durante la cual el parlamento nunca más logró formar una mayoría y el Presidente gobernó exclusivamente por medio de decretos.⁸ La polarización electoral era también una realidad, el partido nazi tenía cada vez más apoyo en las urnas y el electorado retiraba su apoyo a la moderada coalición de Weimar tradicionalmente compuesta por el partido socialdemócrata alemán (en adelante SPD), el *Zentrum* católico y los libe-

8. Recordemos que la de Weimar era una República semiparlamentaria. Esta contaba con un jefe de Estado –presidente– elegido directamente por la población y con un jefe de Gobierno –canciller– elegido por el parlamento. En virtud de las importantes atribuciones que le otorgaba la Constitución, el presidente estaba facultado a disolver el *Reichstag* o Parlamento, y cuando este no lograba acuerdo para nombrar a un canciller, podía hacerlo el presidente.

rales del Partido Democrático Alemán (DDP),⁹ para otorgarle su voto a los extremos del espectro político.

Por su parte, el estado federado de Prusia disfrutaba de una clara posición de supremacía en el seno del Reich: su extensión abarcaba aproximadamente la mitad del territorio alemán y en él residía la mayoría de la población del país. Su riqueza económica y su posición política, además, creaban una situación de desequilibrio en relación con el resto de los estados federados, que se replicaba en lo político. Desde 1919 los socialdemócratas gobernaban casi sin interrupción en este estado. Sin embargo, en las elecciones al Parlamento prusiano de abril de 1932, quedaron en minoría y se vieron obligados permanecer como gobierno interino en funciones, ya que ni comunistas ni nacionalsocialistas se ponían de acuerdo para dar su confianza a un nuevo gobierno. La socialdemocracia estaba a punto de perder su último bastión.

Mientras tanto, la violencia empezaba a copar las calles. Los días previos a los hechos que motivaron el proceso se caracterizaron por una escalada de violencia que tuvo como punto máximo lo que se conoció como el *Altonaer Blutsontag* [domingo sangriento de Altona]. Altona era una ciudad en el conurbano cercano a Hamburgo, habitada mayormente por trabajadores obreros y portuarios con clara simpatía electoral hacia el partido comunista alemán. Si bien la violencia no era patrimonio exclusivo de los grupos de derecha, los episodios del caso fueron desencadenados por el partido nazi y sus llamadas *Werbemärsche* [marchas de propaganda], que realizaban por los pueblos y ciudades con mayor presencia electoral de las clases trabajadoras.

En efecto, el día 17 de julio de 1932 siete mil nazis intentaron marchar a través de una de las zonas de mayor concentración comunista. El resultado de esa provocación fueron dieciocho muertos y una centena de heridos. Se culpó a los comunistas por las matanzas. En los medios y los sectores conservadores se fue agitando la imagen de una clase trabajadora insurgen-

9. En las elecciones del 14 de septiembre de 1930 los nazis obtuvieron un 18,3% de los votos frente al 2,6% que habían logrado en 1928. Al mismo tiempo, los comunistas llegaban a un 13,1%, habiendo crecido de un 2,1% en 1920 a un 10,6% en 1928. Esta tendencia electoral se vio reforzada en las elecciones presidenciales de marzo de 1932. Ver KLEIN, C., *De los espartaquistas al nazismo: la República de Weimar*, Barcelona, Península, 1970 y ЕУСК, Е., *A History of the Weimar Republic*, Nueva York, Atheneum, 1970, pp. 350 y ss.

te y desobediente a la autoridad.¹⁰ Se hablaba incluso de una “guerra civil”. Mientras tanto los nazis, que habían sido la causa original del problema, se presentaban como víctimas de los disturbios de la clase trabajadora y la violencia comunista.¹¹ Estos fueron los hechos que sirvieron para que tres días más tarde, un 20 de julio de 1932, el presidente Paul von Hindenburg firmara, a instancias de su canciller Franz von Papen,¹² un decreto por el cual se declaraba la intervención de Prusia y se nombraba a este último como comisario del Reich, destituyendo al gobierno socialdemócrata de Otto Braun y a su gabinete encabezado por Carl Severing. Asimismo, el decreto habilitaba al nombramiento de nuevos representantes de Prusia en el parlamento alemán (*Reichstag*) y en la cámara de representantes de los estados federados (*Reichsrat*). Todos ellos designados por el Reich.

Este decreto, fue fundamentado en el famoso artículo 48 de la Constitución de Weimar, en sus párrafos primero y segundo.¹³ La justificación no fue incluida en el texto del decreto sino que fue formulada en un discurso radial que dio Papen el mismo día y luego se publicó en la prensa.¹⁴ Tanto en la fundamentación radial como en la luego publicada, pero

10. En todo este período de violencia en la República de Weimar la prensa partisana jugó un rol clave. Sobre el tema ver FULDA, B., *Press and politics in the Weimar Republic*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

11. KIRKAND, T. y McELLIGOTT, A., ob. cit., p. 38.

12. El Presidente asumió su cargo con 84 años. Su edad y deteriorada salud contribuyeron a que se dejara influenciar fuertemente por su entorno. Precisamente fue ese entorno el que lo motivó a elegir a von Papen como su canciller y más adelante haría lo mismo con Hitler. Franz von Papen era miembro del partido católico *Zentrum* pero su experiencia política se reducía al *Landtag* prusiano. Lejos de ser un típico funcionario de la República, era un aristócrata adinerado, antiguo integrante de la caballería que creía que el gobierno debía volver a manos de los caballeros, la nobleza y los grandes terratenientes. Su gabinete, por lo tanto, no incluía ni un solo miembro de la clase media. Su nombramiento se debió mayormente a la recomendación que de él hiciera un antiguo camarada: Kurt von Schleicher. Ver HENIG, R., *The Weimar Republic 1919-1933*, Nueva York, Routledge, 2002.

13. El artículo 48 de la Constitución de Weimar sostenía en su párrafo primero que “si un estado federado no cumple los deberes que le impone la Constitución o las leyes del Reich el presidente de este podrá obligarle a ello, con ayuda de la fuerza armada”, en su párrafo segundo que “cuando se hayan alterado gravemente o estén en peligro la seguridad y el orden públicos en el Reich, el presidente puede adoptar las medidas indispensables para el restablecimiento de los mismos, incluso en caso necesario con ayuda de la fuerza armada. Con este fin puede suspender temporalmente en todo o en parte los derechos fundamentales fijados en los artículos 114, 115, 117, 118, 123, 124 Y 153”.

14. Ambas publicadas en BRECHT, A., *Preußen contra Reich vor dem Staatsgerichtshof*.

especialmente en la primera, se acusaba a Prusia de falta de voluntad política para luchar contra el partido comunista, agrupación que atacaba “persistentemente” los “fundamentos del Estado, la Iglesia y la familia”.

Finalmente, cabe destacar que la reacción inicial de los socialdemócratas prusianos no fue la resistencia armada, pese a contar con un importante apoyo de las clases trabajadoras. Se ha discutido si la suerte de la República hubiera sido otra de contar con una respuesta más radical de parte de sus defensores.¹⁵ Lo cierto es que el partido, fiel a su tradición socialista reformista, optó por la legalidad y acudió al Tribunal Estatal en Leipzig para que definiera la constitucionalidad del decreto.¹⁶ Las audiencias ante el Tribunal se dieron en el mes de octubre y el 25 de ese mismo mes se dictó la sentencia definitiva.¹⁷ A casi tres meses de esa sentencia Hitler era nombrado canciller de la República.

II.B. La demanda de Prusia y la contestación del Reich

Si bien Prusia fue la principal afectada por el decreto del Reich, en el caso se acumularon distintas demandas vinculadas en su objeto: a) la de los representantes del Parlamento local pertenecientes al Partido Socialdemócrata Alemán y el *Zentrum*; b) la del jefe de Gobierno de Prusia, Otto Braun, junto con los ministros depuestos por el decreto y c) las demandas de los estados federados de Baviera y Baden, que se sumaron a la presentación de judicial de Prusia por estar en situación similar respecto de un gobierno interino sin poder formar gobierno y en medio de una crisis de

Stenogrammerbericht der Verhandlungen vor dem Staatsgerichtshof in Leipzig vom 10. bis 14. und vom 17. Oktober 1932, Berlín, Dietz Nachfolger, 1933, pp. 482-484.

15. Eberhard Kolb sostiene que aquellos más directamente involucrados como Otto Braun, Carl Severing o Albert Carl Grzesinski sostenían que la resistencia armada no hubiera tenido mayores resultados y que hubiera sido sumamente irresponsable. Karl Dietrich Bracher y Erich Eyck, en cambio, que esto fue un grave error.

16. Sobre la importancia de la legalidad en el pensamiento socialdemócrata de Weimar ver HERRERA, C. M., *Derecho y socialismo en el pensamiento jurídico*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

17. Algunas obras de referencia sobre el caso son: GRUND, H., ‘*Preußenschlag*’ und *Staatsgerichtshof im Jahre 1932*, Baden-Baden, Nomos, 1976; HUBER, E. R.; *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, t. 7, Stuttgart, Kohlhammer, 1978, pp. 1015 y ss. y BAY, J., *Der Preussenkonflikt 1932/33. Ein Kapitel aus der Verfassungsgeschichte der Weimarer Republik*, Erlangen-Nürnberg, Univ. Dissertation, 1965.

violencia política. Todos ellos demandaban al Reich por el decreto del 20 de julio.

El grupo de juristas que representó a ambas partes no podría haber sido de mayor renombre: la mayoría de ellos ya habían publicado sus opiniones sobre la constitucionalidad de la intervención en Prusia en la prensa especializada.¹⁸ La elección de semejantes figuras nos habla no solo de la importancia del ámbito del derecho público en la época de Weimar, sino también de la trascendencia institucional que tuvo este proceso ante el Tribunal Estatal.¹⁹ En efecto, ninguna de las voces relevantes del derecho público alemán dejó de pronunciarse sobre el tema: ni antes, ni durante, ni después del proceso. La diversidad de opiniones demuestra, además, que no existía un consenso claro respecto de cómo debía actuar el Tribunal Estatal en defensa de la Constitución de Weimar.

18. Por ejemplo GIESE, F., “Zur Verfassungsmäßigkeit vom Reich gegen und in Preußen geschaffenen Maßnahmen”, en *Deutsche Juristen Zeitung*, n° 37, 1932, pp. 1021 y ss.; GIESE, F., “Beamtenrechtliche Auswirkungen einer Reichsexekution”, en *Reichsverwaltungsblatt und Preußisches Verwaltungsblatt*, n° 53, 1932, pp. 701 y ss.; SCHMITT, C., “Die Verfassungsmäßigkeit der Bestellung eines Reichskommissars für das Land Preußen”, en *Deutsche Juristen Zeitung*, n° 37, 1932, pp. 953 y ss.; BILFINDER, C., “Exekution, Diktatur und Föderalismus”, en *Deutsche Juristen Zeitung*, n° 37, 1932, pp. 1017 y ss.; y HELLER, H., “Ist das Reich verfassungsmässig vorgegangen?”, en *Frankfurter Zeitung*, n° 77, Jg. Nr. 591-592, n°10, 1932, Abendblatt-Erstes Morgenblatt, pp. 1-2.

19. La trascendencia de estos hechos para la vida de la República se puede apreciar en los muchos análisis que se publicaron tras la sentencia y que convocaron a juristas como Ernst Rudolf Huber o Walter Jellinek y al mismo Kelsen, por supuesto, como también a algunos de los protagonistas del proceso, como el mismo Hans Nawiasky o uno de los jueces que intervinieron, Maximilian Schwalb. Ver HUBER, E., *Reichsgewalt und Staatsgerichtshof*, Oldenburg, Gerhard Stalling, 1932; JELLINEK, W., “Zum Konflikt zwischen Preußen und Reich”, en *Reichsverwaltungsblatt und Preußisches Verwaltungsblatt*, n° 53, 1932, pp. 681 y ss.; KIRCHHEIMER, O., “Die Verfassungslehre des Preußen-konflikts”, en *Gesellschaft*, n° 9, 1932, pp. 194 y ss.; NAWIASKY, H., “Zum Leipziger Urteil”, en *Bayerische Verwaltungsblätter*, n° 80, 1932, pp. 338 y ss.; SCHWALB, M., “Zur Ausführung des Staatsgerichtshofs-Urteils in der Preußensache”, en *Reichsverwaltungsblatt und Preußisches Verwaltungsblatt*, n° 53, 1932, pp. 941 y ss.; SCHWALB, M., “Die Einwendungen gegen das Staatsgerichtshofs-Urteil vom 25. Oktober 1932 in der Preußensache”, en *Justiz* 8, 1932/33, pp. 217 y ss.; TRIEPEL, H., “Die Entscheidung des Staatsgerichtshofs im Verfassungsstreite zwischen Preußen und dem Reiche. Ein Schlußwort”, en *Deutsche Juristen-Zeitung*, n° 37, 1932, pp. 1501–1508 y CAMPE, V., “Der Prozeß Preußen contra Reich im Lichte von Rechtsstaat und Rechtsgefühl”, en *Deutsche Juristen Zeitung*, n° 37, 1932, pp. 1384 y ss.

Ahora bien, el equipo de la parte demandada se componía de la siguiente manera: por el Estado libre de Prusia y al mismo tiempo por los ministros depuestos actuaron los funcionarios prusianos Arnold Brecht (*Ministerialdirektor*), Hermann Badt (*Ministerialdirektor*) y los profesores universitarios Friedrich Giese y Gerhard Anschütz. A la fracción del *Zentrum* la representó el profesor Hans Peters y a la del partido socialdemócrata, el por entonces profesor Hermann Heller. Por Baviera actuaron el profesor Hans Nawiascky, el consejero de Estado Heinrich von Jan, el consejero de gobierno y docente Theodor Maunz. Por Baden, finalmente, los funcionarios Hermann Fecht y el consejero de Estado Ernst Walz. Del lado del Reich actuaron los funcionarios Georg Gottheiner y Werner Hoche y los profesores Carl Schmitt, Erwin Jacobi y Carl Bilfinger.

El proceso ante el Tribunal se inició con la presentación de una medida cautelar que tenía como objeto limitar o suspender las acciones del comisario designado para Prusia. El 25 de julio de 1932 el Tribunal Estatal desestimó esta presentación argumentando la necesidad de un debate más amplio sobre los motivos que fundamentaron el decreto y la falta de peligro en la demora. La sentencia sobre el fondo de la cuestión se dictó recién el 25 de octubre de ese año, más de tres meses después de la intervención en Prusia. Las fundamentaciones orales se dieron los días 10 a 14 de octubre y el 17 de octubre.

En líneas generales las peticiones de la parte actora se concentraban en tres: i) el cuestionamiento de que se hubieran dado las condiciones objetivas que permitían la aplicación del artículo 48 en sus incisos 1 y 2, y por lo tanto, el reconocimiento de que la designación del comisario del Reich en Prusia y las acciones llevadas a cabo por el Canciller del Reich y demás comisarios, no eran compatibles con la Constitución del Reich. Asimismo, Prusia solicitó por su parte que el Tribunal Estatal reconociera que la alegación de que no había cumplido con sus obligaciones (de la Constitución y leyes del Reich) para justificar la intervención por el decreto del 20 de julio, no se encontraba justificada ni comprobada; ii) el reconocimiento de que las atribuciones del artículo 48 en sus incisos 1 y 2 solo se habilitaban para el caso en que fueran compatibles con el carácter federal del Reich. Es decir, que se reconociera que la interferencia con las estructuras fundamentales del federalismo, incluyendo la representación en el Reichstag, eran del todo inconstitucionales, y iii) la acusación al gobierno de Papen de usar el decreto como un medio para impulsar las intrigas políticas de los nazis y desbancar al gobierno de la socialdemocracia en Prusia.

Por su parte, el Reich respondió estas diferentes acusaciones destacando que los requisitos enunciados por el artículo 48 en sus incisos 1 y 2 se habían cumplido y fundamentó su defensa básicamente con tres argumentos: i) el de la legitimación activa: cuestionó el derecho de Baviera y Baden y de las facciones del SPD y el *Zentrum* para intervenir en el proceso. Desde la perspectiva del Reich no eran los implicados directos y por lo tanto no tenían legitimación para intervenir en el proceso; ii) el argumento de la guerra civil: la intervención federal de acuerdo con el artículo 48 inciso segundo se justificaría dada la “evidente” situación de guerra civil por la que atravesaba la región de Prusia y iii) el argumento de la complicidad: para el Reich, era más que claro que el gobierno de Prusia no había actuado con imparcialidad frente a los disturbios y que se había mostrado abiertamente en favor del partido comunista y en contra de los nacionalsocialistas.

II.C. La sentencia del Tribunal Estatal

El Tribunal Estatal había sido creado por la Constitución de 1919. Por primera vez en la historia constitucional alemana un tribunal específico estaba facultado para dirimir en los casos en los que planteara algún tipo de conflicto entre el gobierno federal y algún estado federado o bien entre distintos estados federados.²⁰ La composición del Tribunal Estatal se encontraba ligada al Tribunal Supremo del Reich (*Reichsgericht*), el máximo tribunal en materia civil y penal entre 1879 y 1945²¹ y a los tribunales supremos administrativos (*Oberverwaltungsgericht*). En efecto, al momento de la sentencia de 1932 el Tribunal Estatal se encontraba compuesto por: el presidente del Tribunal Supremo, Erwin Bumke,²² tres jueces de ese tribunal, Triebel, Schmitz y Schwalb y tres jueces del Tribunal Supremo Admi-

20. Quedaba excluida, por lo tanto, la facultad de resolver la constitucionalidad de leyes, algo que sí sería incluido en la Constitución de Bonn de 1949 en cabeza del Tribunal Constitucional.

21. Durante la República de Weimar se acusaba a este tribunal de seguir una línea muy conservadora y hasta incluso reaccionaria.

22. La persona de Erwin Bumke ejemplifica muy bien el caso de la justicia en Weimar. De familia acomodada y formado en un marco muy conservador, Bumke continuó siendo juez durante la etapa nazi. Cuando los americanos entraron en Leipzig el 20 de abril de 1945, Bumke se suicidó. Sobre su persona ver KOLBE, D., *Reichsgerichtspräsident Dr. Erwin Bumke. Studien zum Niedergang des Reichsgerichts und der deutschen Rechtspflege*, Karlsruhe, Müller, 1975.

nistrativo, Müller, Gümbel y Striegel. Es decir, no se trataba de un elenco de jueces especializado, sino de jueces que provenían de otros tribunales superiores. Su sede era la ciudad de Leipzig, no muy lejana a Berlín.

Lo cierto es que ninguno de los nombres que componían este tribunal podía generar algún tipo de expectativa respecto de un fallo emblemático para la República en términos de novedad²³ o de compromiso democrático. En efecto, los jueces de la época de Weimar no se caracterizaban por su convicción democrática. Se ha dicho mucho de la relación entre los jueces de Weimar y la caída de la República.²⁴ Los magistrados de la época se veían a sí mismos más como defensores del viejo Reich, como “últimos bastiones de la lucha contra el crimen y el caos”,²⁵ antes que como defensores de la República. No solo habían sido formados en tiempos del Imperio y provenían de la clase alta o media alta de la sociedad, sino que además, estos jueces tenían nombramiento de por vida y sin límites de edad, lo que les otorgaba una posición privilegiada en la sociedad que al mismo tiempo los alejaba de ella.²⁶ Desde su punto de vista habían pasado de firmar sus sentencias en el nombre del emperador a hacerlo en el nombre del “populacho”.²⁷ La revolución había trastocado el mundo del jurista de arriba abajo: dentro de la judicatura este cambio implicaba una pérdida de autoridad que era reemplazada por lo que veían como una interferencia política.

23. Christoph Gusy destaca que la jurisprudencia del Tribunal Estatal se orientó por los métodos tradicionales de aplicación jurídica, encontrando solo de manera muy aislada, presuestos constitucionales en los mismos. Ver GUSY, C., “Las constituciones de entreguerras en Europa central”, en *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, n° 2 (Ejemplar dedicado a: Modelos constitucionales en la historia comparada), 2000, pp. 593-625.

24. El historiador Ralh Angermund sostiene que los jueces eran la tercera fuerza en la política de Weimar y que se autopercebían como menospreciados en su tarea de protectores de la República. Ver ANGERMUND, R., *Deutsche Richterschaft 1919-1945. Krisenerfahrung, Illusion, politische Rechtsprechung*, Fráncfort del Meno, Fischer Taschenbuch Verlag, 1990, pp. 19 y ss.

25. McELLIGOTT, A., *Rethinking the Weimar Republic. Authority and authoritarianism 1916-1936*, Londres, Bloomsbury, 2014. En efecto, desde los inicios mismos de la República de Weimar los jueces trabajaron mayoritariamente en contra de ella. WROBEL, H., “Die Richter und das Recht in der Weimarer Republik”, en RINGSHAUSEN, G. y VON VOSS, R., *Widerstand und Verteidigung des Rechts*, Bonn, Bouvier Verlag, 1997, pp. 159-170.

26. BRACHER, K. D., *Die Auflösung der Weimarer Republik. Eine Studie zum Problem des machterfalls in der Demokratie*, Villingen-Schwarzwald, Ring Verlag, 1964, pp. 191 y ss.

27. McELLIGOTT, A., ob. cit., p. 112.

En efecto, el Poder Judicial formó parte de la página más oscura de la República de Weimar:²⁸ el poder de los jueces se fue incrementando en la medida en que el control jurisdiccional de las leyes se convirtió en un instrumento para sabotear las reformas sociales que llevaba a cabo el parlamento. De ahí que parte de la bibliografía de la época se refiere a esa justicia como “*politische Justiz*” (justicia política) o “*Klassenjustiz*”²⁹ (justicia de clase). Con ambos términos se destacaba la falta de neutralidad política o de clase que caracterizaba a la mayor parte de los jueces de Weimar, especialmente cuando se trataba de juzgar a militantes o extremistas de derecha.³⁰

La decisión del Tribunal Estatal resolvió básicamente dos cuestiones: la de la constitucionalidad del decreto del 20 de julio y la de la sustitución de los representantes prusianos en el *Reichstag* y el *Reichsrat* (cámara que representaba a los estados federados). Respecto de la primera, el Tribunal

28. NEUMANN, F., *Behemoth. The structure and practice of National Socialism 1933-1944*, Chicago, Ivan R. Dee, 2009, pp. 23 y ss. Gustav Radbruch, quien fuera ministro de justicia del Reich en los primeros años de la República, acusaba públicamente a los jueces de esconder detrás de una “objetividad judicial” una forma autoritaria de ejercicio de la justicia. Ver RADBRUCH, G., *Gesamtausgabe. Politische Schriften aus der Weimarer Zeit II. Justiz, Bildungs- und Religionspolitik*, Vol. 13, Heildeberg, C.F. Müller, 1993.

29. En un texto de 1927 se ocupa Ernst Fraenkel de analizar conceptualmente el término de “*Klassenjustiz*”. Allí diferencia “justicia de clase” de “prevaricato”, afirmando que en este último caso, el juez viola las disposiciones de la ley de manera consciente. En cambio, en el primero, su decisión se adecuaba con la formalidad de la ley. El término de justicia de clase tampoco se identifica con el también utilizado en esa época de “justicia política” (*politischer Justiz*), ya que en esta última, el juez al dictar sentencia, se deja llevar por su inclinación política. Para Fraenkel, la justicia es de clase, cuando sus decisiones consagran los intereses y la ideología de la clase dominante de un país, de modo que, a pesar de la aplicación formal de la ley, la case oprimida se ve afectada por la manipulación judicial. Ver en FRAENKEL, E., *Zur Soziologie der Klassenjustiz und Aufsätze zur Verfassungskrise 1931-32*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1968, pp. 2-41. También se ocupa del tema DETLEF, J. (ed.), *Rechtsstaat und Klassenjustiz. Texte aus der sozialdemokratischen ‚Neuen Zeit‘ 1883-1914*, Friburgo-Berlín, Haufe-Lexware, 1996.

30. “*Auf dem rechten Auge sind sie blind*” (son ciegos del ojo derecho) se solía decir de estos jueces. La diferencia del tratamiento que tenían para los militantes de izquierda y los de derecha, incluso para quienes atentaron de manera directa contra la República como Kapp o Hitler son notables. Ver la obra ya citada de NEUMANN, F., ob. cit.; HANNOVER, H. y HANNOVER-DRÜCK, E., *Politische Justiz 1918-1933*, Bornheim-Merten, Lamuv Verlag, 1987, y también JASPER, G., “Justiz und Politik in der Weimarer Republik”, en *VfZG*, n° 2, 1982, pp. 167- 205.

Estatadecidió que el decreto: “a los fines de restablecer la seguridad y el orden público en la región del Estado Libre de Prusia”, era compatible con la Constitución del Reich. Respecto de la segunda cuestión sostuvo que: no obstante, este poder “no se hacía extensivo para la privación de la representación del estado federado de Prusia por parte del Consejo de Ministros y sus miembros en el *Reichstag* y *Reichsrat*, frente al Reich, el *Landtag*, el Consejo Estatal, u otros Estados”.

Para resolver de esta forma el Tribunal Estatal dividió las peticiones de los actores en tres grandes grupos: i) aquellas referidas a la constitucionalidad del decreto del 20 de julio y su ejecución; ii) las que solicitaban un pronunciamiento sobre las medidas que no podían efectuarse en virtud de la aplicación del artículo 48 de la Constitución de 1919 y iii) las relacionadas con una decisión sobre el cumplimiento de deberes de Prusia ante el Reich. De estos tres grupos de peticiones los jueces descartaron pronunciarse sobre el segundo, ya que entendían que se trataba de una cuestión abstracta y desestimaron el tercero, por considerar que faltaba prueba. Para el Tribunal Estatal las acusaciones contra Prusia eran infundadas y por lo tanto insuficientes para que se configuren los requisitos para una intervención de acuerdo con el artículo 48 inciso 1.

De esta manera, descartadas estos dos grupos de peticiones, el Tribunal se concentró en el análisis de la constitucionalidad del decreto del 20 de julio. Su argumentación partió de la pregunta de cómo debían interpretarse las destituciones de los cargos que incluyó su ejecución: en un sentido restringido, entendiendo que la destitución de los ministros era solo temporal, o en un sentido amplio, conforme al cual la destitución de los funcionarios era de carácter definitivo. La interpretación del Tribunal sostuvo que, si bien el Reich había afirmado a posteriori que las destituciones y la intervención eran solo de carácter temporal, del texto del decreto se derivaba una interpretación amplia, en el sentido de que se despojaba de manera permanente de sus cargos a los funcionarios.

El Tribunal entonces se preguntó si esta interpretación del decreto de emergencia era compatible o no con la Constitución. Después de distinguir conceptualmente entre el inciso 1 y 2 del artículo 48, concluyó que en el caso se aplicaba el segundo inciso y que en ese sentido era evidente que el decreto era constitucional, porque la situación de alteración del orden y la seguridad públicos, también lo eran. Ahora bien, frente a la pregunta acerca de la posible desviación o exceso del poder de intervención conforme al inciso 2, el Tribunal entendió que no se había probado una desviación (la

acusación de que la intervención obedeció a una alianza con el partido nazi y no con la alteración del orden público) y que tampoco podía constatarse un exceso, porque mientras que el comisario actuara de acuerdo con la autorización del decreto, su actuar no sería pasible de escrutinio judicial sino patrimonio de la discrecionalidad del Poder Ejecutivo.

Ahora bien, la segunda parte de la sentencia de fondo se refirió a la sustitución de los representantes de Prusia en el *Reichsrat*. En ese punto el Tribunal intentó sentar un límite al Reich, entendiendo que ese órgano era la institución federal por excelencia en la Constitución de 1919, en la que todos los Estados debían ser oídos. Y en este punto no importaba si el gobierno del estado federado era provisional o permanente, en todos los casos el Reich no podía desequilibrar el reparto de poder.

En síntesis, se podría concluir que la sentencia por un lado le dio la razón a Prusia en la cuestión de la sustitución de los representantes en el *Reichsrat*, pero al mismo tiempo, le dio vía libre al Reich para tomar las medidas que considerara necesarias para restituir el orden en Prusia. Incluso se podría afirmar que la sentencia amplió las facultades del comisario al sostener que la intervención y sustitución del gobierno podían tener un carácter permanente.

Esta ambivalencia la encontramos también en las interpretaciones posteriores sobre la decisión del Tribunal. La percepción generalizada fue que el Tribunal Estatal le había dado con una mano la victoria a Prusia pero con la otra se la había quitado. En un primer momento incluso algunos confiaron en que la decisión representara un verdadero límite para la discrecionalidad del Poder Ejecutivo.³¹ Sin embargo, esto no fue lo que sucedió. Entre quienes vivenciaron la caída de la República la sentencia fue interpretada como un compromiso que evidenciaba la timidez del Tribunal para pronunciarse con claridad en el caso.³² En efecto, la sentencia no

31. BRECHT, A., *Prelude to silence. The end of the German Republic*, Nueva York, Oxford University Press, 1944. En contra de esta interpretación: JELLINEK, W., “Der Leipziger Prozeß”, en *Reichsverwaltungsblatt und Preußisches Verwaltungsblatt*, n° 53, 1932, pp. 901-908. Para Jellinek, el fallo no fue ni de compromiso ni salomónico sino claramente a favor del Reich.

32. Por ejemplo, NEUMANN, F., ob. cit. El historiador Hans Mommsen, por su parte, cree que la sentencia hizo que Hindenburg se mantuviera a posteriori dentro de los límites de la Constitución. MOMMSEN, H., *The Rise and Fall of Weimar Democracy*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1998, p. 453.

modificó en nada la situación política de Prusia: Papen permaneció como comisionado del Reich y el Partido Socialdemócrata perdió toda influencia en la región. De esa manera se perdió el último bastión auténticamente democrático de la República.

III. HELLER, SCHMITT Y Kelsen ANTE EL CASO PRUSIA CONTRA REICH

III.A. Hermann Heller, defensor de Prusia

En 1932 Heller tenía 41 años y había llegado a lo que sería el mejor momento de su carrera. Era por entonces profesor en la Universidad de Frankfurt am Main, un cargo que le había costado muchos años y esfuerzo conseguir, especialmente por su condición de jurista de izquierda y judío. El proceso ante el Tribunal de Leipzig lo empujó a una mayor visibilidad y renombre: lo puso en el centro de la discusión publicista de Weimar y a la par de juristas que habían sido sus profesores o con quienes discutía en sus obras, como Carl Schmitt.

Sus intervenciones en el proceso se destacaron de todas las demás por dos cosas: su intensidad e impronta política. No solo argumentaba Heller con un fuerte temperamento y pasión, generando incluso las burlas de otros abogados presentes, sino que recurría todo el tiempo a metáforas, ironías y conclusiones sarcásticas.³³ Frecuentemente interrumpía con ataques a la parte demandada³⁴ y el presidente del Tribunal Estatal, Bumke, tenía que llamarlo reiteradamente al orden.³⁵ Tampoco desaprovechó la oportunidad que le daba el proceso para criticar dura y burlescamente las ideas de Carl Schmitt.³⁶

La argumentación de Heller, además, no descuidó los ribetes políticos del problema jurídico que era el centro del proceso. En contraste con la decisión tomada por los abogados de Prusia de mantener la disputa dentro de los límites jurídicos y así minimizar las cuestiones políticas,³⁷ el argumento

33. BRECHT, A., *Preußen contra Reich...*, ob. cit., pp. 417 y 458.

34. *Ibid.*, p. 468.

35. Por ejemplo, en *Ibid.*, p. 410.

36. *Ibid.*, pp. 292 y 470.

37. Para Kaiser, esto tuvo graves consecuencias en el plano práctico, porque así como se decidió mantener el problema en el ámbito jurídico, también se optó por no resistir

principal de Heller se centró en la dimensión política de la intervención del Reich: el decreto del 20 de julio solo se entendía si se ponían en evidencia las negociaciones de Papen con el partido nazi.

Heller había publicado el 10 de agosto de 1932 en el *Frankfurter Zeitung*³⁸ un artículo titulado *Ist das Reich verfassungsmässig vorgegangen?* [¿Ha procedido el Reich constitucionalmente?] en donde sintetizaba muy bien los argumentos que defendió luego ante el Tribunal Estatal. Sin embargo, a diferencia de lo que sucedió en el estrado, lo que predominaba en ese texto era la argumentación jurídica, que solo veladamente, dejaba ver la política. Lo interesante de esta argumentación, veremos, es que incorpora un análisis muy cercano a lo que hoy llamamos examen de proporcionalidad, que sin duda era novedoso para la época. Así, el principal eje de esa publicación era el de demostrar que no habían existido ni las condiciones de hecho ni de derecho para aplicar el artículo 48, y que por lo tanto, el decreto del 20 de julio representaba un “abuso en las formas” inconstitucional.

Se podría decir que Heller nunca puso en cuestión que el presidente del Reich pudiera a hacer uso de la herramienta que le brindaba el artículo 48 en sus incisos 1 y 2. Lo que sí discutió en sus argumentos fue que jurídicamente se le pudiera dar una libertad ilimitada de acción al ejecutivo. En su artículo del *Frankfurter Zeitung* sostuvo que tal tipo de competencia sería una *contradictio in adjecto* [contradicción de términos]. Además, afirmó que el Tribunal Estatal se encontraba totalmente habilitado para examinar si los requisitos, de hecho y de derecho se habían dado para poder aplicar el artículo 48.

Lo más interesante del análisis de Heller es su enumeración sistemática de la existencia de los requisitos previos que habilitarían una intervención federal y el alcance de las medidas tomadas por quien realizara la intervención. En el caso de los requisitos del inciso 1, Heller entendía que debería haberse probado un incumplimiento de los deberes constitucionales de Prusia, algo que no encontraba en la fundamentación del decreto. En relación con las medidas tomadas por el comisario, Heller concluyó que

por la fuerza la intervención del Reich, dejando actuar en su territorio a Papen y sus comisionados. KAISER, A., “Preußen *contra* Reich. Hermann Heller als Prozeßgegner Carl Schmitts vor dem Staatsgerichtshof 1932”, en MÜLLER, C. y STAFF, I., *Der soziale Rechtsstaat. Gedächtnisschrift für Hermann Heller*; Baden-Baden, 1984, p. 296.

38. HELLER, H., *Ist das Reich verfassungsmässig...*, ob. cit., pp. 1-2.

el Reich había incurrido en un “exceso” porque había adoptado medidas “desmesuradas”. Este punto es de gran interés, porque aquí Heller realiza algo así como un examen de proporcionalidad³⁹ para verificar la constitucionalidad de la medida tomada por el Reich. Veamos cómo funcionaría este examen.

Heller se preguntó en primer lugar por la idoneidad de la intervención en Prusia. Es decir, analizó si el medio utilizado –la intervención– era idóneo para el fin deseado –la paz o el orden social–. En cuanto a las medidas tomadas conforme al inciso 2, interpretó que estas no cumplían con los tres límites que le establecía la misma Constitución: i) que sean necesarias, ii) que no alteren el mínimo organizativo de la Constitución y iii) que respeten la enumeración taxativa y no ejemplificativa de los derechos fundamentales que pueden suspenderse. Las medidas tomadas, sostuvo, no eran necesarias porque no podían ser permanentes. Esto se derivaría de la propia naturaleza del estado de excepción. En el momento en que se les tomó juramento definitivo a los comisionados del Reich como ministros de Prusia, entonces se violó, como mínimo, el principio organizativo de la Constitución. De esta manera, Heller concluyó que la medida principal de intervención conforme al inciso 2 no era idónea para el fin deseado.

En segundo lugar, Heller planteó la pregunta acerca de si existía un medio alternativo a tomar por el Reich para obtener el mismo fin propuesto pero a menor costo en restricción de derechos. Y su conclusión es que ese medio alternativo existía. Este podría haber sido concretar una audiencia previa en la que se citara a Prusia y en la que se debatiera sobre el supuesto incumplimiento de deberes (inciso 1) o la aparente alteración del orden público (inciso 2). También sostuvo Heller que el Reich pudo haber se-

39. Recordemos que el examen de proporcionalidad consta de tres partes: i) examen de idoneidad, ii) examen de medios alternativos y iii) examen de proporcionalidad en sentido estricto. El medio será idóneo cuando con su ayuda pueda fomentar el fin deseado; será necesario cuando no pudo ser establecido otro medio igualmente adecuado para el logro del fin que suponga una menor restricción para el derecho fundamental afectado. A su vez, la limitación del derecho fundamental debe ser proporcional en sentido estricto, es decir debe guardar una relación razonable con el peso e importancia de los argumentos que hablan a favor de una mayor y mejor protección del derecho afectado. Ver CLÉRICO, L., *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Eudeba, 2009 y por supuesto ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

guido el procedimiento que establecía el artículo 15 de la Constitución.⁴⁰ Es por eso que finalmente Heller concluye que en la medida tomada por el Reich habría un “abuso de las formas”, factible de ser comprobado por el Tribunal Estatal.

Finalmente, sin plantearlo de esta forma, Heller realizó un examen de proporcionalidad en sentido estricto. Esto es, se preguntó sobre el peso concreto del fin buscado por la medida –la conservación del orden y la paz en Prusia– en relación con la medida tomada y la restricción de derechos derivada de ella. Así, Heller distinguió en el inciso 2 del artículo 48 dos requisitos previos para que pueda proceder una intervención federal en razón de la alteración del orden y la seguridad públicos: que los disturbios fueran más graves en Prusia que en otros estados federados y que el gobierno prusiano se hubiera negado o no pudiera proteger el orden en su jurisdicción. Desde la perspectiva de Heller ninguno de estos requisitos se cumplió, por lo tanto el fin buscado –la conservación y del orden y la paz en Prusia– pierde peso en concreto, ya que el desorden y el caos no habían sido suficientemente probados, o en todo caso, era el mismo que en otros estados federados no intervenidos. La medida tomada, en cambio, sí revestía de una gravedad importante, por todos los argumentos que esgrimió anteriormente pero también por el que –veremos– remarcó especialmente en su intervención en el estrado.

En síntesis, la argumentación de Heller en su artículo del *Frankfurter Zeitung* era predominantemente jurídica, limitándose a demostrar que el nombramiento de un comisario del Reich para Prusia solo podría ser constitucional si los requisitos de hecho y de derecho del artículo 48, incisos 1 y 2, estuviesen dados. Asimismo, el diagnóstico que le merecen las medidas tomadas es expresado en términos jurídicos como “abuso de las formas” y

40. El artículo 15 de la Constitución de Weimar establecía: “el gobierno del Reich ejerce la inspección en aquellos asuntos en que le compete el derecho de legislar. Cuando las leyes del Reich deban ser ejecutadas por las autoridades de los estados federados, podrá el Gobierno del Reich decretar instrucciones generales. Asimismo, se encuentra facultado para enviar comisarios con objeto de vigilar la ejecución de las leyes del Reich por las autoridades centrales de los estados federados y, con el beneplácito de estos, a sus autoridades subalternas. Los gobiernos de los estados federados, a petición del Gobierno del Reich, vienen obligados a subsanar cuantas deficiencias surjan en la ejecución de las leyes del Reich. Si mediara divergencia de opinión, tanto del gobierno del Reich como el de los estados federados, pueden suscitar el caso ante el Tribunal Estatal, salvo que una ley del Reich determine otro tribunal”.

“desproporcionalidad” de los medios, evocando de esta manera lo que más adelante el derecho constitucional denominaría examen de proporcionalidad.

Finalmente, en su actuación durante el proceso, Heller hizo un planteo más político y realista de estos argumentos. Les habló a los integrantes del Tribunal Estatal pidiéndoles que tomaran conciencia del rol político que estaban cumpliendo en uno de los momentos clave para el futuro de la República de Weimar. Sin dejar de lado el argumento jurídico, que fue el eje de sus intervenciones, puso en juego también las razones de ese incumplimiento de formas: los motivos políticos. A diferencia de Schmitt, que como veremos, intentó demostrar que el Presidente era un actor neutral que en toda circunstancia actuaba en defensa de la Constitución, sin inclinaciones partidarias y en pos de la unidad del Reich. Heller, en cambio, destacó que el decreto había sido un acto deliberado producto de las negociaciones entre Papen y los nazis,⁴¹ no un acto del presidente del Reich en defensa de la República, como quería hacer ver Schmitt.

Pero además, cabe destacar que este contrapunto pone de manifiesto las distintas concepciones acerca de la democracia de las que ambos juristas partían. Cuando Heller hablaba de “estado de excepción” o de “emergencia” no se refería a los conflictos políticos típicos de toda democracia parlamentaria, incluso al tipo de conflictos que predominaban por esos años en Weimar debido a la inestabilidad de coaliciones y partidos. Su idea de situación excepcional tenía que ver con los ataques a la democracia parlamentaria misma. La situación de desorden y caos que podría habilitar una intervención en los términos del artículo 48 era solo aquella en la que la democracia estuviera en peligro. Algo que desde su punto de vista no había sido el verdadero motivo del Reich para dictar el decreto. Y esto porque la concepción helleriana sobre la democracia incluye el pluralismo y el conflicto.⁴²

41. BRECHT, A., *Preußen contra Reich...*, ob. cit., pp. 76-77.

42. Sobre el pluralismo en Heller y Schmitt, ver PASQUINO, P., “Politische Einheit, Demokratie und Pluralismus. Bemerkungen zu Carl Schmitt, Hermann Heller und Ernst Fraenkel”, en MÜLLER, C. y STAFF, I. (edit.), *Staatslehre in der Weimarer Republik: Hermann Heller zu ehren*, Fráncfort del Meno, 1985, pp. 114-127. He analizado la concepción de democracia de Heller en comparación con las de Schmitt y Kelsen en VITA, L., *La legitimidad del derecho y del Estado en el pensamiento jurídico de Weimar. Hans Kelsen, Carl Schmitt y Hermann Heller*, Buenos Aires, Eudeba, 2014.

No era este el caso de Schmitt, por supuesto. Para el jurista de Plettenberg la democracia era unidad, exclusión de lo diferente, anulación del conflicto.⁴³ Por eso la excepción la configura casi cualquier tipo de conflicto que atente contra esa tan deseada “unidad”, y de allí su desconfianza hacia los partidos políticos. Mientras que para Schmitt el artículo 48 permitía la creación de un nuevo orden constitucional donde el presidente pasara a ocupar un rol preponderante, para Heller el artículo 48 era en realidad un remedio de última ratio. El Estado de excepción siempre debería ayudar a volver a la normalidad constitucional y no perpetuar la “anormalidad”.

Pero además, las intervenciones de Heller en el proceso dan cuenta también de su particular concepción del sistema jurídico. Para Heller el derecho se compone tanto de reglas como de principios⁴⁴ y es por eso que la Constitución de Weimar no podía, desde su perspectiva, reducirse a un mero papel. Los principios de la democracia y de la justicia social la impregnaban, y por eso debían ser tenidos en cuenta a la hora de interpretar el artículo 48. Cuando Heller llama a los jueces del Tribunal Estatal a salvar la democracia de quienes la amenazaban, no estaba haciendo otra cosa que pidiéndoles que introduzcan estos principios en la interpretación de la Constitución. Por eso también podemos decir que Heller llama a los jueces a aplicar un particular tipo de interpretación del derecho. Una que incluyera los principios suprapositivos del derecho, como parte de este.

Por último, cabe destacar que estas ideas no se contradicen, con la visión de Heller sobre los jueces de Weimar o sobre el control jurisdiccional de la Constitución. Como otros juristas socialdemócratas, Heller descreía de los jueces de Weimar, ligados al viejo orden imperial y en su mayor parte, monárquicos y poco adeptos a la República.⁴⁵ Su temor a que estos jueces detuvieran el avance hacia la consagración de un verdadero Estado

43. Ver especialmente SCHMITT, C., *Sobre el parlamentarismo*, Madrid, Tecnos, 2002, pp. 13 y ss., y sobre el tema MOUFFE, C., “Carl Schmitt and the paradox of liberal democracy”, en DYZENHAUS, D., (edit.), *Law as Politics: Carl Schmitt's Critique of Liberalism*, Durham, Duke University Press, 1998, pp. 159-175.

44. HELLER, H., *Teoría del Estado*, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1992, p. 275. Ver también VITA, L., “La noción de principios jurídicos en la teoría del derecho de Hermann Heller”, en *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho*, n° 43, 2015, pp. 49-75.

45. Por ejemplo, en HELLER, H., “¿Estado de Derecho o Dictadura?”, en HELLER, H., *Escritos políticos*, Madrid, Alianza, 1985, p. 288.

social de derecho lo llevaron a no poner demasiadas esperanzas en el control jurisdiccional de las leyes. Por eso también en 1928 había demostrado su desacuerdo con Kelsen respecto de la necesidad de un Tribunal Constitucional para Weimar.⁴⁶ Sin embargo, Heller también era un realista y un demócrata convencido. Siendo consiente del rol político que cumple todo juez en el marco de un Estado de derecho, apostó en el proceso de Leipzig a que los jueces del Tribunal Estatal tomaran una posición respecto de la crisis de la República. Los principios de la Constitución de Weimar dependían de ello y él lo sabía. Por eso su respuesta a quién debe ser el guardián de la Constitución se concentró aquí en el Tribunal Estatal.

III.B. Carl Schmitt, abogado del Reich

1932 fue un año trágico para la República pero uno muy productivo para Carl Schmitt. Era por entonces el centro de la atención académica, especialmente tras la publicación de una nueva versión extendida de *El Concepto de lo político*. Su presencia en Berlín le aseguraba la influencia política que siempre había ambicionado y, en efecto, su transformación de profesor a consultor del gobierno tuvo que ver con esta proximidad. Durante 1929 había tomado contacto con Johannes Popitz, un secretario del ministerio de finanzas y con el confidente de Hindenburg, Kurt von Schleicher.⁴⁷ Ese vínculo explica mucho del protagonismo que tuvo en los eventos políticos de esos años.

Schmitt se enteró del golpe del 20 de julio a través de la prensa. Esto lo decepcionó un poco, probablemente porque esperaba haber sido consultado

46. Heller ya había intervenido en contra de las ideas de Kelsen sobre el tema en la reunión de *Deutschen Staatsrechtslehrer* del 23 y 24 de abril de 1928, que tuvo lugar en Viena y en la que Kelsen y Triepel discutieron sobre la naturaleza y desarrollo de la jurisdicción estatal (*Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*). TRIEPEL, H., et. al., *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit- Überprüfung von Verwaltungsakten durch die ordentlichen Gerichte*, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Berlín y Leipzig, Walter de Gruyter & Co., 1929, especialmente pp. 111 y ss. En líneas generales, descreía de la justiciabilidad constitucional de derechos individuales, por eso en todo caso pensaba primero en algún tipo de control de la justicia administrativa. Ver también HENKEL, M., *Hermann Hellers Theorie der Politik und des Staates*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2011, p. 505.

47. BENDERSKY, J., *Carl Schmitt. Theorist for the Reich*, Princeton, Princeton University Press, 1983, p. 113.

antes.⁴⁸ Sin embargo, a pocos días del golpe, fue el mismo Papen quien informó que se había tomado la decisión de incluir a Schmitt en el equipo de juristas de la defensa. También anunció que Schmitt iba a publicar el 29 de julio un artículo sobre la legalidad de la decisión del Reich en el *Deutsche Juristen-Zeitung*.⁴⁹ Se sabe que fue Kurt von Schleicher quien había insistido en que llamaran a Schmitt para la defensa del Reich.⁵⁰ Y de esta manera es que Schmitt se convirtió en el *Kronjurist* del gobierno de Papen. ¿Quién otro sino quien ya se había pronunciado públicamente tantas veces a favor de la dictadura presidencial?

En la primavera de 1932 Schmitt estaba escribiendo su obra *Legalidad y Legitimidad*, pero aún no lo había terminado para cuando estallaron los acontecimientos de julio. Los hechos en Prusia lo llevaron a adelantar la publicación de algunas partes de su obra en distintos periódicos conservadores⁵¹ y finalmente, publicó el libro completo ese mismo verano, en Múnich y Leipzig por la editorial Duncker y Humblot, antes del proceso de

48. SEIBERTH, G., *Anwalt des Reiches. Carl Schmitt und der Prozess Preußen contra Reich vor dem Staatsgerichtshof*, Berlín, Duncker & Humblot, 2001, p. 97.

49. BENDERSKY, J., ob. cit., p. 157. El artículo apareció en realidad el 1 de agosto, dos meses antes de que empezara el juicio, con el título *Die Verfassungsmäßigkeit der Bestellung eines Reichskommissars für das land Preußen* (La constitucionalidad del nombramiento de un comisario del Reich para Prusia), en el *Deutsche Juristen Zeitung*.

50. SCHWAB, G., *The Challenge of the exception. An introduction to the political ideas of Carl Schmitt between 1921 and 1936*, Berlín, Duncker & Humblot, 1970, p. 15. En ese sentido, John McCormick advierte que no solo fue Schmitt consejero del Reich, sino que es muy posible que sus ideas hubieran sido transmitidas por Kurt von Schleicher o Franz von Papen —o por ambos— al presidente Paul von Hindenburg. Es un hecho que asistentes de Schleicher y Papen citaban la obra de Schmitt en distintas estrategias políticas y jurídicas de finales de la República. McCORMICK, J., “Identifying or exploiting the paradoxes of constitutional democracy?”, en SCHMITT, C., *Legality and Legitimacy*, Durham y Londres, Duke University Press, 2004. En sentido contrario se ubica el biógrafo de Schmitt Bendersky. Para él, las ideas de Schmitt no influyeron en los acontecimientos pero ayudaron a justificarlos post facto. Para un análisis del rol de Schmitt en el proceso, ver SEIBERTH, G., ob. cit.; HUBER, E. R., “Carl Schmitt in der Reichskrise der Weimarer Republik”, en QUARITSCH, H., *Complexio Oppositorum. Über Carl Schmitt*, Berlín, Duncker & Humblot, 1988, pp. 33-50; BLASIVS, D., *Carl Schmitt. Preußischer Staatsrat in Hitlers Reich*, Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht, 2001, pp. 15-70. También, la biografía de MEHRING, R., *Carl Schmitt. Aufstieg und Fall*, Munich, Beck, 2009.

51. SCHMITT, C., “Legalität und gleicher Chance politischer Machtgewinnung”, en *Deutsches Volkstum*, n° 2, 1932, pp. 557-564 y SCHMITT, C., “Der Missbrauch der Legalität”, en *Tägliche Rundschau*, n° 19, 1932.

octubre.⁵² Esta obra logró el impacto que seguramente se proponía, ya que en efecto, fue citada numerosas veces durante el proceso ante el Tribunal Estatal. Su visibilidad no podía ser más alta. Por primera vez sus ideas eran discutidas en el Tribunal más importante de la República de Weimar.

En contraste con Heller, Schmitt es descrito en su intervención profesional en el proceso como respetuoso y guardando siempre la compostura.⁵³ Sin embargo, la argumentación temperamental de Heller lo enfurecía. En su diario personal, Schmitt describe al jurista socialdemócrata como “histérico”, “cambiante de humor”.⁵⁴ En Schmitt, sin embargo, la compostura no quería decir menor contienda. Guardando las formas dejaba deslizar en sus intervenciones frecuentes y elocuentes ataques a sus contrincantes. Como se puede apreciar muy bien en su alegato final, Schmitt no utilizaba medias tintas en sus argumentos, tampoco en sus ataques a Heller, von Jan, Brecht y el resto de los representantes de Prusia, Baviera y Baden. En su fuero interno, no obstante, el jurista de Plettenberg no se hacía grandes esperanzas del proceso⁵⁵ y así tomó también la sentencia del 25 de octubre, que interpretó como una derrota profesional y personal⁵⁶ y como la confirmación de sus recelos sobre el rol de las Cortes como guardianas de la Constitución.⁵⁷

En el alegato final ante el Tribunal Estatal⁵⁸ Schmitt resumió las ideas principales que fue desplegando a lo largo de sus intervenciones en el proceso. De la misma manera que lo hiciera Heller durante el juicio, Schmitt

52. La primera edición incluye la advertencia de que el texto había sido terminado el 10 de julio de 1919.

53. BENDERSKY, J., ob. cit., p. 166.

54. SCHMITT, C., *Tagebücher 1930-1934*, Berlín, Akademie Verlag, 2010, p. 225.

55. En el primer día de las deliberaciones, el 10 de octubre, Schmitt escribía en su diario que Bumke había estado grandioso, Brecht “sentimental” y muy “peligroso”, Heller “horrible” y Gottheiner también “horrible” y que al final de la jornada del 14 de octubre estaban junto con Jacobi, Bilfinder y Jellinek, todos “deprimidos” por el progreso del proceso, *Ibid.*, pp. 224-227.

56. BALAKRISHNAN, G., *The Enemy. An Intellectual Portrait of Carl Schmitt*, Londres, Verso, 2000, p. 170; SEIBERTH, G., ob. cit., p. 180.

57. MÜLLER, J. W., *A Dangerous Mind. Carl Schmitt in Post-War European Thought*, Nueva Haven y Londres, Yale University Press, 2003, p. 36.

58. Publicado como “*Schlußrede vor dem Staatsgerichtshof in Leipzig*” (Discurso de clausura ante el Tribunal Estatal en Leipzig). Este texto fue incluido en el libro que publicó Schmitt en 1940 con el título *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles (1923-1939)*.

destacó la naturaleza política del problema jurídico planteado. Pero a diferencia del jurista socialdemócrata, no lo hizo para atacar el decreto del 20 de julio sino para cuestionar la legitimación activa de las facciones del SPD y del *Zentrum*, como también la presencia de un gobierno depuesto como el de Prusia como principal demandante. Así Schmitt inició su alegato refiriéndose a las “formalidades” que no eran tales. Las cuestiones jurídicas en juego, concernientes a la legitimación activa ante el Tribunal Estatal –pero también, en el fondo todo el proceso– eran para él problemas eminentemente políticos y no jurídicos.

Ante la pregunta sobre la constitucionalidad de la intervención en Prusia, Schmitt respondió afirmativamente. Desde su perspectiva Prusia no podía alegar su “autonomía” para cuestionar un mecanismo que estaba contemplado en la propia Constitución. Incluso, casi como una provocación, alegó que la autonomía de ese estado federado era lo que había defendido el presidente del Reich al dictar el decreto. Eran los partidos políticos los que, desde su punto de vista, atentaban contra ella. Esta acusación, que despertó la exasperación de Heller en el recinto, no era otra cosa que una manifestación de la concepción democrática de Schmitt. Los partidos políticos ya no se enfrentaban como opiniones contrapuestas sino como intereses de grupos.⁵⁹ La política de partidos, propia de las democracias parlamentarias, terminaba llevando a la guerra civil, a la ruptura de la unidad interna⁶⁰ y por eso debía ser combatida. En el caso de Prusia esto se vería muy claro: las acciones llevadas a cabo para detener el avance nazi solo conducían a la guerra civil, y como tal precisarían ser detenidas por la intervención del Reich.⁶¹

¿Quién era entonces el guardián de la Constitución de Weimar para Schmitt? Es inevitable vincular los dichos de Schmitt en el proceso de Leipzig con las ideas que intercambié con Kelsen acerca de la defensa de la Constitución en el clásico debate de 1931. En efecto, su participación ha sido leída como la continuación de su debate con Kelsen,⁶² y por cierto, sigue en gran parte los argumentos desarrollados entonces, a los que le suma los desplegados en *Legalidad y Legitimidad*.

59. SCHMITT, C., *Sobre el...*, ob. cit., p. 9.

60. SCHMITT, C., *El concepto de lo político*, Madrid, Alianza, 1991, p. 41.

61. BRECHT, A., *Preußen contra Reich...*, ob. cit., pp. 180-181 y 289-291.

62. PAULSON, S., ob. cit. En el mismo sentido VINX, L., ob. cit. Sobre el debate en cuestión ver el excelente trabajo de HERRERA, C. M., ob. cit., pp. 195-227.

En su alegato final Schmitt recuperó esta pregunta para referirse al caso del Tribunal Estatal como defensor de la Constitución. Y entendió que en cierto sentido lo era, pero solo de una manera muy restringida, en lo que refiere a la formalidad de los procesos jurídicos. El problema se planteaba, desde su punto de vista, cuando esas formalidades eran en realidad cuestiones “políticas” y no meras formas. Entonces la tarea le quedaba “muy grande” al Poder Judicial.⁶³ Cuando se trataba de defender la Constitución, cuya naturaleza es para Schmitt más bien política que jurídica, entonces su defensor sería el presidente del Reich y no un tribunal. Las “cuestiones políticas” no podían ser resueltas por un juez. Así, en su propio alegato ante el Tribunal Estatal Schmitt se permite cuestionar el rol que estaban cumpliendo los propios jueces de Leipzig: no tenían mucho que decir sobre la intervención del Reich porque era una cuestión que simplemente no les concernía.

En este punto podemos apreciar su apreciación sobre la interpretación judicial y el rol de los jueces. La función judicial ya lo había ocupado tempranamente en su obra,⁶⁴ pero es recién en su debate con Kelsen cuando se pronuncia abiertamente sobre la función de los jueces en la democracia. Como el mismo Kelsen había destacado entonces, la visión de Schmitt terminaba asimilándose a la idea de que el juez es un “autómata” de la ley, y que en sus sentencias no había ningún tipo de decisión con carácter político. En definitiva, lo que la doctrina constitucional suele llamar “cuestiones políticas no justiciables”⁶⁵ era para el jurista de Plettenberg una problemática propia de la procura del Poder Judicial por mantenerse dentro de sus atribuciones. Esto, entiende, no debía considerarse como signo de “una mera precaución política” o como “mezquindad de subalterno”, ni debía tildarse por esta razón como un acto reprobable, psicológica o sociológicamente, sino que demostraba que era impropio atribuir a los jueces ciertas funciones que rebasaban el ámbito de una subsunción real.⁶⁶

63. BRECHT, A., *Preußen contra Reich...*, ob. cit., pp. 466-467.

64. La primera referencia de Schmitt al Poder Judicial y a la interpretación judicial aparece en 1912 en su obra *Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis (Ley y juicio. Examen sobre el problema de la praxis judicial)*, recientemente traducido al español por Montserrat Herrero en SCHMITT, C., *Posiciones ante el Derecho*, Madrid, Tecnos, 2012.

65. La tesis de las political questions, o “cuestiones políticas no justiciables”, fue expuesta como doctrina tribunalicia por primera vez de modo preciso en el célebre caso *Marbury vs. Madison* (1803).

66. SCHMITT, C., *La defensa de la Constitución*, Barcelona, Labor, 1931, pp. 66-67.

Ahora bien, descartado el Tribunal como guardián de la Constitución Schmitt argumentó que lo importante era determinar *quién* debía decidir, es decir, quién debía determinar qué partido o facción era enemiga de la Constitución o a qué facción se le debía negar la igualdad de chance.⁶⁷ Para Schmitt, un partido político (el SPD para el caso que presentaba Prusia) no podía determinar la legalidad o ilegalidad de otro. Solo una “fuerza neutral”, el presidente del Reich, podía hacer tal distinción y eso lo convertía en un actor clave de la defensa constitucional. Así, la pregunta importante para Schmitt no era *a qué partido dejar fuera del juego* sino *quién* se encuentra capacitado para hacerlo. La alerta que Schmitt declaraba en *Legalidad y Legitimidad* respecto de una “revolución legal”⁶⁸ efectivamente se cumplió y gracias a la intervención del presidente Hindenburg. Sin embargo, ya sea por convencimiento personal o por ocasionalismo político,⁶⁹ Schmitt no hablaba en 1931-32 del peligro de una dictadura nazi, sino de un avance del partido comunista en el poder.

III.C. El comentario de Hans Kelsen sobre la sentencia

Como adelantamos, si bien no participó del proceso, Kelsen escribió al poco tiempo un comentario sobre la sentencia del Tribunal Estatal que fue publicado en la revista *Die Justiz*, el mismo medio que había elegido para publicar su famoso escrito sobre el defensor de la Constitución.⁷⁰ El texto se divide básicamente en una crítica al decreto del 20 de julio y otra a la sentencia del Tribunal Estatal de Leipzig. En el primer caso, Kelsen se concentró en los dos principios constitucionales que el decreto violaría: el federal y el democrático. Ambos, consideraba, eran principios fundamentales consagrados en la Constitución de 1919 que el decreto de julio vino a destruir. Desde su punto de vista, se proclamaba una transferencia de competencias que hacía que Prusia ya no fuera un estado federado en

67. BRECHT, A., *Preußen contra Reich...*, ob. cit., p. 39.

68. SCHMITT, C., *Legalidad y Legitimidad*, Buenos Aires, Struhart, 2002, p. 48.

69. En resumen, siguiendo dos posibles lecturas de la participación de Schmitt que circulan en sus especialistas, uno podría leer la participación de Schmitt desde la perspectiva del “ocasionalismo” (Löwith, Habermas) o bien desde la autenticidad de sus ideas y su vinculación con su concepción de la democracia

70. KELSEN, H., “Das Urteil des Staatsgerichtshofs vom 25. Oktober 1932”, en *Die Justiz*, November/Dezember, VIII Band, n° 2/3, 1932, pp. 65-91.

el marco de un Estado federal, sino una provincia, dependiente totalmente del poder central.

Así, el decreto rompería, tanto en el ámbito del Poder Ejecutivo como del Legislativo, el principio federal que garantizaría un equilibrio de poder entre los estados federados entre sí y con el Reich. En el ámbito del Ejecutivo, además, atentaría contra el principio democrático, ya que reemplazaba a los representantes elegidos por los ciudadanos del estado federado, por otros, elegidos por el gobierno del Reich. Y aquí, aclaraba Kelsen, no importaba que Hindenburg hubiera sido elegido por todos los ciudadanos alemanes. El principio democrático, entendía, se violaba desde el momento en que la autodeterminación de los estados federados era menoscabada por la intervención del Reich. De esta manera, la centralización de las funciones era equivalente a la des-democratización en el ámbito de Prusia. Por eso no sería relevante que el Presidente gozara de legitimidad directa, porque era la autodeterminación de Prusia la que se encontraba en juego, no la autodeterminación del Reich. Vemos entonces que el principio federal y el democrático se interrelacionarían para Kelsen, y contra ambos se dirigiría la intervención del Reich.

Ahora bien, la sentencia fue el principal objeto de estudio del jurista de Viena y contra ella lanzó una serie de críticas que rondaban especialmente en torno a la inconsistencia interna del fallo. Desde su punto de vista, la decisión del Tribunal Estatal era contradictoria. Kelsen identifica en la sentencia al menos tres formulaciones distintas de la interpretación del decreto. De la más amplia a una más restrictiva, pero todas distintas entre sí y contradictorias. Pero sin duda, la cuestión más grave la encuentra Kelsen en la sentencia misma. Como toda decisión judicial, se divide en “fundamentos” y el “fallo” o la sentencia en sentido estricto. Kelsen evidencia que el Tribunal Estatal solo habla de cierta “inconstitucionalidad” (y no para todo el decreto) en los fundamentos de la sentencia y no en el fallo. Esto, entendía, era un sinsentido, porque solo es posible ejecutar el fallo y no los fundamentos. En otras palabras, si el Tribunal hubiese querido declarar nulo el decreto, tendría que haberlo incluido en los párrafos de su sentencia y no en los fundamentos. Como no lo hizo, el decreto era en todo constitucional.

Esto nos lleva precisamente a un último problema que encontraba Kelsen en la sentencia: el de la supuesta “divisibilidad” del decreto. Con esto se refiere al hecho de que el Tribunal señalara que una parte del decreto, aquella sobre la representación de Prusia en el *Reichsrat*, era inconstitucional; mientras que el resto, no. Frente a esto Kelsen interpretó que no había

manera de diferenciar entre “partes” del decreto. Como tampoco se podía, como había intentado el Tribunal, diferenciar entre funciones que podían sustraerse a los Ministros de Prusia y otras que no. La ficción que intentaba crear el Tribunal de mantener un gobierno de Prusia, pero sin sus funciones esenciales, no se sostenía en el derecho positivo. Quitarle su función de representación a un gobierno era lo mismo que quitarle su esencia misma.

El balance que realiza Kelsen del fallo es negativo. La sentencia era mala no solo porque era contradictoria sino porque no podía ser ejecutada. El Tribunal Estatal, concluyó en su comentario, no ha salvado a la Constitución de Weimar. Pero no por culpa enteramente suya, sino también por la Constitución. Era la mala técnica legislativa de la Constitución de Weimar la que había hecho posible que en virtud del artículo 19 la ejecución de toda sentencia quedara a cargo del presidente del Reich. ¿Cómo, entonces, exigirle al Presidente que ejecute un fallo en su contra? Incluso aunque la sentencia del Tribunal Estatal hubiese declarado la inconstitucionalidad del decreto del 20 de julio, la ejecución de esta hubiera estado comprometida por los intereses del Reich.

Pero además, Kelsen aprovechó la oportunidad del caso para enunciar la que era una de sus principales críticas a la Constitución de Weimar: el no haber incluido un Tribunal Constitucional. Esta precaución, desde su perspectiva, hubiera librado a la República del problema al que se estaba enfrentando. Las disposiciones sobre el Tribunal Estatal que se encontraban en la Constitución de 1919 no eran, para Kelsen, más que “improvisaciones” que no aseguraban en nada a la Constitución. Seguramente no había estado en la intención de los constituyentes de Weimar dejar la puerta tan abierta a la posibilidad de que por acción del artículo 48 el país pasara de federal a unitario. Pero las constituciones, desde su perspectiva, no podían determinar un sentido de interpretación para siempre. Por eso si bien era valorable el intento del Tribunal de “limitar” la acción del Presidente por vía de la interpretación, era un intento fallido. Este límite solo podía ganarse por vía constitucional. En otras palabras, para Kelsen, Weimar estaba condenada por su propia Constitución.

IV. CONCLUSIONES

La sentencia en el caso Prusia contra Reich es una muestra de cómo, en un régimen político democrático, poder y derecho pueden llegar a en-

frentarse de la manera más radical ante un conflicto constitucional. Pone de manifiesto, además, la relevancia que una decisión judicial puede tener o no en un contexto de crisis institucional. Los jueces del Tribunal Estatal optaron probablemente por el camino más sencillo: el de avalar el *status quo*. Aun cuando obligaron con su sentencia al Reich a no reemplazar a los representantes de Prusia en el Reichstag, decidieron no hacer nada contra el derrocamiento por la fuerza del último bastión auténticamente democrático, en la ya por entonces condenada República de Weimar.

La sentencia también pone en evidencia que los jueces del Tribunal Estatal eligieron, de un elenco posible de teorías constitucionales, la de la emergencia, la de la excepción, y por lo tanto, la de la teoría constitucional de Carl Schmitt. Lo que justificaba el golpe de julio era la situación excepcional de violencia. No importaban tanto las consecuencias de las medidas tomadas como el fin que las había motivado. No importaba tanto que se violen principios fundantes de la Constitución de 1919, como que se restablecieran el orden y la seguridad públicos en el estado federado de Prusia.

En definitiva, eran tres las teorías constitucionales en disputa que hemos reconstruido a partir de las intervenciones de Heller y de Schmitt y del análisis de Kelsen: una en la que el poder se impone sobre el derecho (Schmitt), una donde el derecho se impone sobre el poder (Kelsen) y una en la que poder y derecho se interrelacionan (Heller). Esta tercera alternativa, la helleriana, nos impulsa a repensar la clásica oposición entre derecho y poder que el debate entre Kelsen y Schmitt había puesto en escena un año antes. En efecto, la ya clásica pregunta sobre el guardián de la Constitución resuelve la cuestión en términos dicotómicos: Schmitt o Kelsen, poder o derecho. Sumar al debate la voz de Heller, un debate ya no teórico sino profundamente práctico, permite escapar a esta dicotomía. Ni el presidente del Reich ni un Tribunal Constitucional “a la Kelsen” hubieran podido salvar a la República de Weimar. El Presidente no podía porque como los hechos posteriores confirmarían, Hindenburg no actuaba en favor de preservar la democracia parlamentaria y plural en Weimar. La figura presidencial diseñada por la Constitución, a diferencia de lo que Schmitt creía, no podía ser neutral solo por ser elegida de manera plebiscitaria. Finalmente, un Tribunal Constitucional tampoco podía salvar a Weimar porque no existía. De poco servía plantear esta discusión en un contexto en el que una reforma constitucional era poco plausible. La solución tenía que ser realista.

Por eso la apelación de Heller es a los jueces del Tribunal Estatal existente. No le pide a la Constitución de 1919 que diga algo que no dice. Les

ruega a los jueces que apliquen los principios de democracia que forman parte del contenido normativo de la Constitución. Ni más ni menos. Les ruega que, mirando la realidad existente, den cuenta jurídicamente del problema político de fondo. Ni el poder sobre el derecho ni el derecho sobre el poder: un derecho (compuesto por reglas y principios) que limita al poder y un poder (el del presidente del Reich) que se nutre en legitimidad de la legalidad de la Constitución de 1919. Finalmente, Heller también clama, aunque sea de manera indirecta, por un modelo determinado de juez. Ni el juez automático que describe Schmitt ni el juez positivista de Kelsen. Un juez democrático, que sin dejar de aplicar la ley vigente sepa interpretar la Constitución conforme a sus principios. Un juez que a la luz de los principios de democracia social de Weimar, supiera defender con su decisión el Estado social de derecho. Un juez, finalmente, que aplicara lo que nosotros llamamos examen de proporcionalidad, a fin de dar herramientas de argumentación para controlar la restricción de derechos por parte de la administración.

La sentencia del Tribunal Estatal en Prusia contra Reich y los textos que sobre ella escribieron Heller, Schmitt y Kelsen son por eso mucho más que un documento histórico. Constituyen una lección para la teoría constitucional contemporánea que quiera aprender en un diálogo con el pasado. Son, especialmente para la teoría constitucional latinoamericana, una invitación a mirar a Weimar con otros ojos. No con la mirada “europea” de la caída o del fracaso de una Constitución, sino con una mirada constructiva, acerca de las lecciones de Weimar para la democracia social.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ANGERMUND, Ralph, *Deutsche Richterschaft 1919-1945. Krisenerfahrung, Illusion, politische Rechtsprechung*, Fráncfort del Meno, Fischer Taschenbuch Verlag, 1990, pp. 19 y ss.
- BALAKRISHNAN, Gopal, *The Enemy. An Intellectual Portrait of Carl Schmitt*, Londres, Verso, 2000.
- BAY, Jürgen, *Der Preussenkonflikt 1932/33. Ein Kapitel aus der Verfassungsgechichte der Weimarer Republik*, Erlangen-Nürnberg, Univ. Dissertation, 1965.

- BENDERSKY, Joseph, *Carl Schmitt. Theorist for the Reich*, Princeton, Princeton University Press, 1983.
- BILFINDER, Carl, “Exekution, Diktatur und Föderalismus”, en *Deutsche Juristen Zeitung*, n° 37, 1932, pp. 1017 y ss.
- BILFINGER, Carl, “Reichsexekution”, en *Deutsche Juristen-Zeitung*, n° 2, 1933, pp. 146-150.
- BLASIUS, Dirk, *Carl Schmitt. Preußischer Staatsrat in Hitlers Reich*, Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht, 2001.
- BRACHER, Karl D., *Die Auflösung der Weimarer Republik. Eine Studie zum Problem des machterfalls in der Demokratie*, Villingen-Schwarzwald, Ring Verlag, 1964.
- BRECHT, Arnold, *Prelude to silence. The end of the German Republic*, Nueva York, Oxford University Press, 1944.
- , *Preußen contra Reich vor dem Staatsgerichtshof. Stenogrammbereich der Verhandlungen vor dem Staatsgerichtshof in Leipzig vom 10. bis 14. und vom 17. Oktober 1932*, Berlin, Dietz Nachfolger, 1933.
- CALDWELL, Peter, *Popular Sovereignty and the crisis of German Constitutional Law. The Theory & Practice of Weimar Constitutionalism*, Durham y Londres, Duke University Press, 1997.
- CAMPE, Von, “Der Prozeß Preußen contra Reich im Lichte von Rechtsstaat und Rechtsgefühl”, en *Deutsche Juristen Zeitung*, n° 37, 1932.
- CLÉRICO, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Eudeba, 2009.
- DYZENHAUS, David, “Legal Theory in the Collapse of Weimar: Contemporary Lessons?”, en *The American Political Science Review*, Vol. 91, n° 1, 1997.
- , *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen, and Hermann Heller in Weimar*, Oxford, Oxford University Press, 1999.
- EYCK, Erich, *A History of the Weimar Republic*, Nueva York, Atheneum, 1970.
- FRAENKEL, Ernst, “Zur Soziologie der Klassenjustiz”, en Fraenkel Ernst, *Zur Soziologie der Klassenjustiz und Aufsätze zur Verfassungskrise 1931-32*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1968.
- FULDA, Bernhard, *Press and politics in the Weimar Republic*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- GIESE, Friedrich, “Beamtenrechtliche Auswirkungen einer Reichsexekution”, en *Reichsverwaltungsblatt und Preußisches Verwaltungsblatt*, n° 53, 1932.

- , “Zur Verfassungsmäßigkeit vom Reich gegen und in Preußen geschaffenen Maßnahmen”, en *Deutsche Juristen Zeitung*, n° 37, 1932.
- GRUND, Henning, *‘Preußenschlag’ und Staatsgerichtshof im Jahre 1932*, Baden-Baden, Nomos, 1976.
- GUSY, Christoph, “Las constituciones de entreguerras en Europa central”, en *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, n° 2, (ejemplar dedicado a Modelos constitucionales en la historia comparada), 2000.
- HANNOVER, Heinrich y HANNOVER-DRÜCK, Elisabeth, *Politische Justiz 1918-1933*, Bornheim-Merten, Lamuv Verlag, 1987.
- HECKEL, Johannes, “Das Urteil des Staatsgerichtshofs vom 25.10.1932 in dem Verfassungsstreit Reich-Preußen”, en *Archiv des Öffentlichen Rechts*, Bd. 23, 1933.
- HELLER, Hermann, “¿Estado de Derecho o Dictadura?”, en HELLER, Hermann, *Escritos políticos*, Madrid, Alianza, 1985.
- , “Ist das Reich verfassungsmässig vorgegangen?”, en *Frankfurter Zeitung*, n° 77, Jg. Nr. 591-592, n° 10, 1932, Abendblatt-Erstes Morgenblatt.
- , *Teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1992.
- HENIG, Ruth, *The Weimar Republic 1919-1933*, Nueva York, Routledge, 2002.
- HENKEL, Michael, *Hermann Hellers Theorie der Politik und des Staates*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2011.
- HERRERA, Carlos M., *Derecho y socialismo en el pensamiento jurídico*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- , “La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución”, en *Revista de Estudios Políticos. Nueva Época*, n° 86, Madrid, 1994.
- HUBER, Ernst R., *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, t. 7, Stuttgart, Kohlhammer, 1978.
- , “Carl Schmitt in der Reichskrise der Weimarer Republik”, en QUARITSCH, Helmut, *Complexio Oppositorum. Über Carl Schmitt*, Berlin, Duncker & Humblot, 1988.
- , *Reichsgewalt und Staatsgerichtshof*, Oldenburg, Gerhard Stalling, 1932.
- JASPER, Gotthard, “Justiz und Politik in der Weimarer Republik”, en *VfZG*, n° 2, 1982.
- JELLINEK, Walter, “Der Leipziger Prozeß”, en *Reichsverwaltungsblatt und Preußisches Verwaltungsblatt*, n° 53, 1932.

- , “Zum Konflikt zwischen Preußen und Reich”, en *Reichsverwaltungsblatt und Preußisches Verwaltungsblatt*, n° 53, 1932. KAISER, Andreas, “Preußen contra Reich. Hermann Heller als Prozeßgegner Carl Schmitts vor dem Staatsgerichtshof 1932”, en MÜLLER, Christoph y STAFF, Ilse, *Der soziale Rechtsstaat. Gedächtnisschrift für Hermann Heller*; Baden-Baden, 1984.
- KELSEN, Hans, “Das Urteil des Staatsgerichtshofs vom 25. Oktober 1932”, en *Die Justiz*, November/Dezember, VIII Band, n° 2/3, 1932.
- , “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n° 10, 2008.
- , “La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)”, en *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, t. 45, año XXXV, Paris, 1928.
- KIRCHHEIMER, Otto, “Die Verfassungslehre des Preußen-konflikts”, en *Gesellschaft*, n° 9, 1932.
- KIRKAND, Tim y McELGOTT, Anthony (edit.), *Opposing Fascism. Community, Authority and Resistance in Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.
- KLEIN, Claude, *De los espartaquistas al nazismo: la República de Weimar*, Barcelona, Península, 1970.
- KOLBE, Dieter, *Reichsgerichtspräsident Dr. Erwin Bumke. Studien zum Niedergang des Reichsgerichts und der deutschen Rechtspflege*, Karlsruhe, Müller, 1975.
- MCCORMICK, John, “Identifying or exploiting the paradoxes of constitutional democracy?”, en SCHMITT, Carl, *Legality and Legitimacy*, Durham y Londres, Duke University Press, 2004, pp. 13-43.
- McELGOTT, Anthony, *Rethinking the Weimar Republic. Authority and authoritarianism 1916-1936*, Londres, Bloomsbury, 2014.
- MEHRING, Reinhard, *Carl Schmitt. Aufstieg und Fall*, Munich, Beck, 2009.
- MOMMSEN, Hans, *The Rise and Fall of Weimar Democracy*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1998.
- MOUFFE, Chantal, “Carl Schmitt and the paradox of liberal democracy”, en DYZENHAUS, David (edit.), *Law as Politics: Carl Schmitt's Critique of Liberalism*, Durham, Duke University Press, 1998.
- MÜLLER, Jan W., *A Dangerous Mind. Carl Schmitt in Post-War European Thought*, New Haven y Londres, Yale University Press, 2003.
- NAWIASKY, Hans, “Zum Leipziger Urteil”, en *Bayerische Verwaltungsblätter*, n° 80, 1932.

- NEUMANN, Franz, *Behemoth. The structure and practice of National Socialism 1933-1944*, Chicago, Ivan R. Dee, 2009.
- PASQUINO, Pasquale, “Politische Einheit, Demokratie und Pluralismus. Bemerkungen zu Carl Schmitt, Hermann Heller und Ernst Fraenkel”, en MÜLLER, Christoph y STAFF, Ilse (edit.), *Staatslehre in der Weimarer Republik: Hermann Heller zu ehren*, Fráncfort del Meno, 1985.
- PAULSON, Stanley, “Subsunción, política jurídica y el reproche de ‘formalismo’. La discusión acerca del ‘guardián de la Constitución’”, en CARDINAUX, Nancy, CLÉRICO, Laura y D’AURIA, Aníbal (coord.), *Las razones de la producción del derecho. Argumentación constitucional, argumentación parlamentaria y argumentación en la selección de jueces*, Buenos Aires, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UBA, 2006.
- RADBRUCH, Gustav, *Gesamtausgabe. Politische Schriften aus der Weimarer Zeit II. Justiz, Bildungs- und Religionspolitik*, Vol. 13, Heildeberg, C.F. Müller, 1993.
- SCHMITT, Carl, “Der Hüter der Verfassung”, en *Archiv des öffentlichen Rechts*, 55 (XVI), 1929.
- , “Der Missbrauch der Legalität”, en *Tägliche Rundschau*, n° 19, 1932.
- , “Die Verfassungsmäßigkeit der Bestellung eines Reichskommissars für das land Preußen”, en *Deutsche Juristen Zeitung*, n° 37, 1932.
- , “Legalität und gleicher Chance politischer Machtgewinnung”, en *Deutsches Volkstum*, n° 2, 1932.
- , *El concepto de lo político*, Madrid, Alianza, 1991.
- , *La defensa de la Constitución*, Barcelona, Labor, 1931.
- , *Legalidad y Legitimidad*, Buenos Aires, Struhart, 2002.
- , *Posiciones ante el Derecho*, Madrid, Tecnos, 2012.
- , *Sobre el Parlamentarismo*, Madrid, Tecnos, 2002.
- , *Tagebücher 1930-1934*, Berlín, Akademie Verlag, 2010.
- , *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, Berlín, Duncker & Humblot, 1958.
- SCHWAB, George, *The Challenge of the exception. An introduction to the political ideas of Carl Schmitt between 1921 and 1936*, Berlín, Duncker & Humblot, 1970.
- SCHWAB, Maximilian, “Die Einwendungen gegen das Staatsgerichtshofs-Urteil vom 25. Oktober 1932 in der Preußensache”, en *Justiz* 8, 1932/33.
- , “Zur Ausführung des Staatsgerichtshofs-Urteils in der Preußensache”, en *Reichsverwaltungsblatt und Preußisches Verwaltungsblatt*, n° 53, 1932.

- SEIBERTH, Gabriel, *Anwalt des Reiches. Carl Schmitt und der Prozess “Preußen contra Reich” vor dem Staatsgerichtshof*, Berlín, Duncker & Humblot, 2001.
- STOLLEIS, Michael, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Weimarer Republik und Nationalsozialismus*, Múnich, C.H. Beck Verlag, 2002.
- TRIEPEL, Heinrich, “Die Entscheidung des Staatsgerichtshofs im Verfassungsstreite zwischen Preußen und dem Reiche. Ein Schlußwort”, en *Deutsche Juristen-Zeitung*, n° 37, 1932.
- , *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit- Überprüfung von Verwaltungsakten durch die ordentlichen Gerichte*, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Berlín y Leipzig, Walter de Gruyter & Co., 1929.
- VINX, Lars, *The Guardian of the Constitution Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.
- VITA, Leticia (edit.), *Prusia contra Reich ante el Tribunal Estatal. La sentencia que enfrentó a Hermann Heller, Carl Schmitt y Hans Kelsen en Weimar*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.
- , “La noción de principios jurídicos en la teoría del derecho de Hermann Heller”, en *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho*, n° 43, 2015.
- , *La legitimidad del derecho y del Estado en el pensamiento jurídico de Weimar. Hans Kelsen, Carl Schmitt y Hermann Heller*, Buenos Aires, Eudeba, 2014.
- WROBEL, HANS, “Die Richter und das Recht in der Weimarer Republik”, en RINGSHAUSEN, Gerhard y VON VOSS, Rüdiger, *Widerstand und Verteidigung des Rechts*, Bonn, Bouvier Verlag, 1997.

ENSAYOS

LA GARANTÍA DEL JUICIO POR JURADOS EN LA ETAPA RECURSIVA*

NATALIA VARELA**

Resumen: La participación ciudadana en los juicios criminales está triplemente prevista en nuestra Constitución Nacional desde el año 1994. Sin embargo, los juicios por jurados comenzaron a tener lugar en nuestro país recién en el año 2006, hoy en día continúan siendo escasas las provincias que han adoptado sus códigos de procedimiento penal al precepto constitucional. Asumiendo la postura de los juristas que consideran al juicio por jurados una garantía, este trabajo pretenderá poner de manifiesto la tensión que se genera con la garantía del recurso efectivo, producto de la falta de armonización de las legislaciones.

Palabras clave: juicio por jurados – control ciudadano – garantías penales – recurso efectivo – oralidad

Abstract: Citizen participation in criminal trials has been foreseen three times in our National Constitution since 1994. However, trials by juries began to take place in our country only in 2006, today there are still few provinces that have adopted its codes of criminal procedure to the constitutional precept. Assuming the position of jurists who consider the trial by jury a guarantee, this work will try to highlight the tension that is generated with the guarantee of effective remedy, product of the lack of harmonization of legislation.

Keywords: jury trial – citizen control – criminal guarantees – effective remedy – orality

* Recepción del original 5/11/2017. Aceptación: 1/2/2018.

** Estudiante de Abogacía (UBA).

I. INTRODUCCIÓN

“¿Que hay que hacer con el expediente?” –preguntó un alumno–. “Quemarlo” –contestó el profesor y continuó explicando la importancia de la imparcialidad en el proceso penal–.¹

La imparcialidad es una característica propia² de un modelo de enjuiciamiento acusatorio, independientemente de la acepción con que se entienda la dicotomía³ entre dicho modelo y uno inquisitivo.

A grandes rasgos,⁴ podría decirse que son –entre otras– características propias de un modelo acusatorio, la separación de las funciones de acusar y decidir, y un procedimiento consistente en debate público, oral, continuo y contradictorio.⁵

Nuestra Constitución Nacional recepta este modelo de enjuiciamiento al establecer como principios la independencia de la administración de justicia del resto de los poderes del Estado, la prohibición de ser juzgado por comisiones especiales, la garantía del juez natural, y la triple mención al juicio por jurados; lo que implica reconocer que el eje central del enjuiciamiento penal debe ser un debate público, oral, continuo y contradictorio, en el que se reconozcan los derechos del imputado.⁶ Asimismo, la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos reconocen una serie de derechos y garantías de los que goza toda persona que esté siendo investigada por la comisión de un delito penal. Entre ellas se encuentra el derecho de recurrir una sentencia.

El enjuiciamiento por jurados se encuentra vigente en un número acotado de provincias (Neuquén, Córdoba, Buenos Aires y próximamente Río

1. Clase de “Régimen del proceso penal” con el Dr. Ignacio Tedesco.

2. ALLIAUD, A., “Principio acusatorio. Estudio histórico-comparado de su génesis y evolución”, en HENDLER, E. S. (comp.), *Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001, p. 213.

3. LANGER, M., “La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado”, en HENDLER, E. S. (comp.), *Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001, pp. 243-250.

4. No pretendo realizar en este trabajo un análisis exhaustivo de los modelos de enjuiciamiento penal.

5. MAIER, J. B. J., “Derecho procesal penal”, en *TI Fundamentos*, Buenos Aires, Editorial del Puerto, 1996, pp. 444-445.

6. *Ibid.*, pp. 461-462.

Negro y Chaco) como producto de los intentos de acercarnos a un modelo de enjuiciamiento acusatorio que sea cada día más respetuoso de las garantías del debido proceso. El juicio por jurados, como veremos en el desarrollo del trabajo, es una garantía que otorga, a su vez, otras garantías. La pregunta para dilucidar es: ¿persisten estas garantías en la etapa recursiva?

II. JUICIO POR JURADOS

Los historiadores difieren en la ubicación del punto de partida del juicio por jurados, pero lo cierto es que son numerosos los países (Francia, Inglaterra, Estados Unidos, entre otros) que utilizan este instituto desde hace más de un siglo.⁷

En nuestro país la historia es diferente, si bien la exigencia del juicio por jurados aparece en 1812 con el Proyecto de la comisión designada para redactar la Constitución que se reafirmó en numerosas oportunidades y hasta quedó triplemente plasmada en nuestra actual Constitución en los arts. 24, 75 inc. 12 y 118, recién en el año 2005 Argentina tuvo su primer juicio por jurados en la provincia de Córdoba.⁸

A propósito de ello, cabe mencionar que existen dos tipos de jurados: escabinado, como en Córdoba, o clásico, como en Buenos Aires o Neuquén (en Chaco y Río Negro las leyes sobre la materia también establecen este sistema, pero aún no han entrado en vigor).⁹

II.A. Principales diferencias. Leyes provinciales

La principal diferencia entre ambos radica en la composición del tribunal. Un modelo escabinado está compuesto por ciudadanos no profesionales en derecho que actúan en común con un número de jueces profesionales. Mientras que el jurado clásico está constituido únicamente por ciudadanos no profesionales en derecho que actúan presididos por un juez letrado.¹⁰

7. CAVALLERO, J. y HENDLER, E. S., *Justicia y participación: el juicio por jurados en materia penal*, Buenos Aires, Universidad, 1988, pp. 21-37.

8. MAIER, J. B. J., ob. cit., pp. 775-780.

9. Ejemplos en base a la legislación local.

10. CAVALLERO, J. y HENDLER, E. S., ob. cit., p. 67.

Córdoba ha sido la primera provincia del país en legislar en la materia y ha elegido utilizar un modelo escabinado. Han de juzgarse bajo esta modalidad los casos de homicidios agravados como también ciertos delitos graves.¹¹ La composición del tribunal consta de ocho integrantes titulares y cuatro suplentes ciudadanos, según establece el artículo 4 de la ley provincial 9.182. Estos son elegidos por sorteo mediante audiencia pública "[...] separados por Circunscripción Judicial y por sexo, a razón de un jurado por cada mil quinientos electores masculinos y femeninos empadronados en el registro general actualizado", tal cual rige el artículo 8 de esta ley.

Además, el tribunal lo integran también los tres jueces de Cámara. El presidente de esta "dirigirá el debate, ordenará las lecturas necesarias, hará las advertencias legales, recibirá los juramentos y declaraciones, y moderará la discusión, impidiendo derivaciones impertinentes o que no conduzcan al esclarecimiento de la verdad, sin coartar –por esto– el ejercicio de la acusación y la libertad de la defensa" (artículo 29, ley 9.182). Por otro lado, el presidente no tendrá voto, salvo caso de empate o en los casos previstos en los incisos 1; 4; 5; y 6 del artículo 41 de dicha ley.¹²

En cuanto a la toma de decisiones, se adoptan por mayoría en una deliberación conjunta de jueces y jurados legos.

El modelo clásico de juicio por jurados fue adoptado por la Provincia de Buenos Aires y Neuquén. En lo que respecta a la primera, la implementación tuvo lugar por primera vez en abril de 2015,¹³ luego de la modificación del Código Procesal Penal de la provincia, mediante la ley 14.589 dictada en abril del 2014. Con esta modificación, se estableció mediante el inciso 1 del artículo 338 bis que "el Tribunal de jurados estará compuesto por un juez, que actuará como su presidente, doce (12) jurados titulares y seis (6) suplentes", un juez letrado dirigirá el proceso. El imputado podrá

11. HENDLER, E. S., "Sensatez y conocimientos. El jurado en la provincia de Córdoba", en *Revista Derecho Penal*, Buenos Aires, 2012, consultado en [http://www.catedrahendler.org/doctrina_in.php?id=137].

12. "Artículo 41.- Normas de la Deliberación. En la deliberación, el Tribunal resolverá todas las cuestiones que hubiesen sido objeto del juicio, fijándolas -si fuere posible- en el siguiente orden: 1) Las incidentales que hubiesen sido diferidas. 2) Las relativas a la existencia del hecho delictuoso, con discriminación de las circunstancias jurídicamente relevantes. 3) La participación del imputado. 4) La calificación legal y la sanción aplicable. 5) La restitución o indemnización demandadas. 6) Imposición de costas".

13. Consultado en [<http://www.telam.com.ar/notas/201503/97434-juicio-por-jurados-san-martin.html>].

optar por esta modalidad siempre que la pena máxima en abstracto exceda de quince años de prisión o reclusión, o tratándose de un concurso de delitos, alguno supere dicho monto.

Por su parte, Neuquén, mediante la ley provincial 2.784, establece en el artículo 35 que "cuando se deba juzgar delitos contra las personas, la integridad sexual o cualquier otro delito cuyo resultado haya sido muerte o lesiones gravísimas, siempre que el Ministerio Público Fiscal solicite una pena privativa de libertad superior a los quince (15) años, el juicio será realizado en forma obligatoria frente a un tribunal constituido por jurados populares. El tribunal se integrará con doce (12) jurados titulares y cuatro (4) suplentes. La dirección del juicio estará a cargo de un juez profesional". La aplicación de esta modalidad tuvo lugar también en 2014 en el mes de mayo.

Los días 9 y 10 de abril del año 2016 se llevó a cabo en la Provincia de Neuquén el primer juicio por jurados en su modalidad clásica, el cuál luego de una hora y veinte minutos de deliberación arrojó como resultado un veredicto de culpabilidad. Terminado el juicio y una vez que fueron liberados de su tarea como jurados, varios de los integrantes manifestaron que fue "una experiencia de vida". Se veían claramente conmovidos por la tarea que les tocó cumplir en los dos días de que duró el juicio, reconocieron lo difícil que es juzgar a otra persona, y todos coincidieron en que es un gran avance para la justicia esta forma de tratar el conflicto.¹⁴

En lo que respecta al funcionamiento en la Provincia de Córdoba, a partir de una encuesta realizada por el Centro de Perfeccionamiento Ricardo C. Núñez en 2006, "los participantes, no obstante carecer de conocimientos previos o preparación jurídica, no tuvieron dificultades para desenvolverse durante los debates, pudieron expresar libremente sus opiniones y terminaron por apreciar positivamente la experiencia".¹⁵

Sin embargo, Cavallero y Hendler sostienen que, si bien con este modelo los jurados legos incorporan la atribución de aplicar las normas jurídicas en la sentencia, podría aducirse que es más lo que pierde que lo que

14. ALMEIDA, V., "La garantía de deliberación y su eficacia práctica en el sistema anglosajón de juicio por jurados", en *Revista de Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2014, p. 83.

15. CENTRO DE PERFECCIONAMIENTO RICARDO C. NÚÑEZ - PROGRAMAS DE INVESTIGACIÓN INSTRUMENTAL, "Análisis de encuestas a ciudadanos que actuaron como jurados en juicios penales Ley 9182", Córdoba, 2006, en HENDLER, E. S., ob. cit.

gana, toda vez que las facultades que ahora se le atribuyen corresponden al área del derecho, en la que carecen de conocimientos, encontrándose en tal materia subordinados a los jueces profesionales.¹⁶

Otros autores, como Granillo Fernández, sostienen que en el modelo escabinado, el hecho de que las decisiones se tomen en conjunto conlleva a una contradicción del principio que se busca proteger. Esto se debe a que resulta inevitable la influencia de los jueces profesionales sobre los legos, lo que llevaría nuevamente la decisión y el debate al ámbito jurídico.¹⁷

II.B. El jurado como garantía

Hendler entiende por garantía a las "prerrogativas que se ejercen frente al Estado para asegurar el goce de los derechos subjetivos los que, a su vez, se diferencian de las garantías en que son oponibles no solo frente al Estado sino también *erga omnes*".¹⁸

En referencia al derecho del acusado a ser juzgado por sus pares, el mencionado autor sostiene que "la pertenencia frecuente de los imputados a minorías marginadas justifica que se les brinden todas las opciones posibles: la de recusar jueces o jurados y aun también la de sustraerse a los consensos mayoritarios que cabe esperar sean expresados por un jurado popular. En otras palabras, la violencia y la selectividad del sistema se morigeran cuando el destinatario de ellas tiene posibilidad de elegir en qué sector de la sociedad habrá de reclutarse el tribunal que debe juzgarlo, incluyendo el de una oligarquía profesional presumiblemente ilustrada, y el de una representación popular seguramente expresiva de los criterios de la mayoría".¹⁹

Este mismo autor señala que el momento más importante de ese juzgamiento es el de la determinación de la culpabilidad por el hecho ya ponderado como típico y antijurídico. "Es ese momento, por consiguiente, aquel en que resulta en mayor medida necesario que la apreciación del

16. CAVALLERO, J. y HENDLER, E. S., ob. cit., p. 70.

17. GRANILLO FERNÁNDEZ, H. M., *Juicio por jurados*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2013, pp. 60-65.

18. HENDLER, E. S., *La significación garantizadora del jurado*, consultado en [http://catedrahendler.org/doctrina_in.php?id=61].

19. HENDLER, E. S., *El juicio por jurados: significados, genealogías, incógnitas*, Buenos Aires, Editorial del Puerto, 2006, pp. 53-55.

comportamiento del acusado sea hecha por quienes pertenezcan al mismo subgrupo cultural de manera de evitar el recelo que naturalmente se suscita en quienes tienen que ser juzgados por funcionarios proveniente de otras capas de la sociedad".²⁰ En este sentido, la ley neuquina establece en el artículo 198, inc. 6 que la mitad del jurado debe pertenecer al mismo entorno social y cultural del imputado. Por su parte, la ley chaqueña ha previsto la conformación de un jurado especial en los casos que el imputado pertenezca a algún pueblo originario, la mitad del jurado estará conformado por miembros de la misma etnia.

Para Maier los principales fundamentos por los cuales nuestra Constitución solicita la existencia de juicios por jurados son dos: el derecho del acusado a ser juzgado por sus pares y la descentralización del poder coactivo del Estado.²¹ Para este autor, la implementación de un tribunal de jurados "constituye un posible freno político para la arbitrariedad de los funcionarios públicos permanentes –los fiscales, los jueces–, en el uso de mecanismos coactivos de gran poder destructor de la personalidad, en el sentido de consultar otra opinión, para el caso vinculante, que autorice a los funcionarios a usar, conforme a la ley penal, la pena estatal: si el jurado niega su autorización, aún en contra de la misma ley, el mecanismo de la pena estatal no puede ser utilizado".²²

Harfuch recopila el análisis que el jurista alemán Mittermaier realizó sobre las garantías políticas que ofrece el juicio por jurados por sobre el sistema de jueces profesionales:

I. Los jurados salen del seno del Pueblo. Los jueces, en cambio, son asalariados del Gobierno (garantía de independencia judicial);

II. Los jurados deciden sin compromisos, ya que son jueces accidentales. Los jueces profesionales, por ser permanentes, fallan a menudo pensando en su ascenso, en lo que dirán sus superiores u otros intereses (garantía de la organización judicial y de independencia frente al caso);

III. Las partes pueden recusar ampliamente y sin causa a los jurados, más nunca a los jueces (garantía de imparcialidad);

IV. Los jurados son doce, los jueces son tres o uno solo (garantía de máxima desconcentración del poder punitivo);

20. *Ibid.*

21. MAIER, J. B. J., ob. cit., pp. 777 y ss.

22. *Ibid.*

V. Los doce jurados deben alcanzar un veredicto unánime. Bastan en cambio dos votos de los jueces para encerrar de por vida a una persona (garantía de la deliberación);

VI. Los jurados juzgan solo el hecho y la culpabilidad. Los jueces concentran toda la decisión (hechos, culpabilidad, derecho y pena);

VII. El veredicto absolutorio del jurado es irrecurrible. La absolución del juez profesional, en cambio, es impugnabile sin límite por el acusador (recurso como garantía y *ne bis in idem*)²³

Carlos Nino, por su parte, sostiene que "el juicio por jurados tiene un enorme valor como expresión de la participación directa de la población en el acto de gobierno fundamental que es la disposición inmediata de la coacción estatal. Ello disminuye la distancia entre la sociedad y el aparato estatal y atenúa el sentimiento de alineación del poder, o sea la percepción corriente entre los ciudadanos de democracias menguadas de que el poder es algo ajeno a ellos"²⁴.

II.C. Jurado clásico: desarrollo del juicio, la garantía de la deliberación, veredicto, fundamento

A modo de síntesis y salvando las diferencias existentes entre las leyes de Neuquén y Buenos Aires, el juicio por jurados se desarrolla, a grandes rasgos, de la siguiente manera: se realiza una audiencia de selección de jurado en la cual, luego de excluir a los ciudadanos que posean algún impedimento y resolver las excusaciones que estos planteen, ambas partes –acusador y defensa– van a realizar preguntas a los ciudadanos a fin de conocerlos y hacer uso de las recusaciones sin expresión de causa (en la provincia de Neuquén es una posibilidad, mientras que en Buenos Aires la ley otorga la posibilidad de realizar cuatro recusaciones sin causa). Las recusaciones con causa en ambas provincias son ilimitadas y son resueltas por el juez profesional, quien resolverá en el acto y contra su decisión solo

23. MITTERMAIER, C., "Tratado de la prueba en materia criminal o Exposición comparada de los principios en materia criminal y de sus diversas aplicaciones en Alemania, Francia e Inglaterra", Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1877, pp. 90 y ss., citado en HARFUCH, A., "Inmotivación, secreto y recurso amplio en el juicio por jurados clásico", en *Revista Pensamiento Penal*, 2013, consultado en [<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2013/05/doctrina36151.pdf>].

24. NINO, C., *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2002, p. 451.

cabrá la reposición, la cual equivaldrá como protesta a los fines del recurso contra la sentencia.

Una vez seleccionados los jurados, ambas partes expondrán su teoría del caso en los llamados "alegatos de apertura". Luego comienza la producción de prueba en la cual ambas partes producirán los medios de prueba que hayan ofrecido previamente, y examinarán y contra-examinarán a los testigos. Para finalizar el debate, ambas partes realizarán los alegatos finales en los cuales tendrán la última oportunidad de referirse a su caso, explicando por qué su teoría del caso ha sido probada y mostrando al jurado con qué elementos lo ha hecho.²⁵

"Luego de finalizado el debate, el jurado recibe el resumen final, consistente en una serie de instrucciones que contiene referencias o lineamientos generales acerca del derecho aplicable. Las instrucciones al jurado son el mecanismo procesal mediante el cual el jurado toma conocimiento del derecho aplicable al caso. Las instrucciones deben ser claras, precisas y lógicas y abarcar los siguientes ejes: una explicación sobre la función del jurado, cómo se aplica la ley, qué es prueba y qué no lo es, el alcance de las presunciones y garantías constitucionales, cómo se valora la prueba, el derecho sustantivo aplicable (los elementos del delito imputado, las defensas, los delitos menores incluidos en la acusación y las propuestas de veredictos posibles) la instrucción admonitoria y las reglas para la deliberación".²⁶ Con esas instrucciones los jurados comienzan la deliberación, esta es secreta, y luego de la votación emitirán su veredicto.

Harfuch señala que una de las principales críticas que han esbozado los detractores del juicio por jurados radica en el secreto respecto de los fundamentos del veredicto, lo cual, según estos, torna el veredicto inmotivado y deja al imputado sin la posibilidad de recurrir.²⁷

Antes de adentrarme en lo que atañe al recurso, es necesario señalar que la razón de ser del secreto de la deliberación (vigente en la mayoría de los países que adoptan el sistema de jurado clásico) es que contribuye con la mayor libertad del jurado para expresar sus ideas y discutir abiertamente, facilitando la toma de una decisión deliberada y analizada, además de

25. LORENZO, L., *Manual de litigación*, Buenos Aires, Didot, 2014.

26. ALMEIDA, V., ob. cit., pp. 74-75.

27. HARFUCH, A., "Inmotivación, secreto y recurso amplio en el juicio por jurados clásico", en *Revista Pensamiento Penal*, 2013, disponible en [<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2013/05/doctrina36151.pdf>].

evitar el cercenamiento de la libertad de conciencia y expresión del jurado para alcanzar una decisión imparcial.²⁸

Cabe poner de relieve que la deliberación es una garantía del debido proceso, ya que no podría considerarse válida en un país democrático una decisión que no ha sido precedida por una discusión rigurosa, inclusiva, representativa y en igualdad de oportunidades. Ese nivel de discusión solo puede lograrse en los sistemas de enjuiciamiento por jurados en tanto se trata de doce personas, cada una con distintos valores, creencias, preceptos, intereses, que intentan comprender lo sucedido, ello, sumado a las mayorías o unanimidad que se requieren para alcanzar un veredicto, claramente invisten de imparcialidad al sistema. La imparcialidad, además de estar contemplada por lo dicho anteriormente, se ve garantizada toda vez que obliga a los jurados a discutir y reflexionar el caso exclusivamente en base a lo que percibieron durante el juicio, a diferencia de los jueces profesionales que tienen acceso al expediente, lo cual disminuye la comunicación entre los jueces que integran el tribunal.²⁹

La preocupación de quienes desalientan el juicio por jurados radica en que la falta de fundamentación respecto del veredicto torna irrecurrible la sentencia. Antes de analizar por qué esto no es así, es importante dejar sentado que el veredicto al que arriba el jurado se encuentra motivado en la deliberación previa respecto de lo que ellos mismos pudieron observar durante el juicio conforme las instrucciones que recibieron por parte del juez. En este sentido, el artículo 106 de la ley que implementa el juicio por jurados en la provincia de Buenos Aires reza: "[...] En el caso del juicio por jurados las instrucciones del juez al jurado constituyen plena y suficiente motivación del veredicto". La ley neuquina no es tan explícita como la bonaerense, pero en su artículo 211 establece: "Cuando el juicio se celebre por Tribunal de Jurados, la sentencia se ajustará a las normas previstas en este Código pero deberá contener, en lugar de los fundamentos de la decisión sobre los hechos probados y la culpabilidad del imputado, la transcripción de las instrucciones dadas al jurado sobre las disposiciones aplicables al caso y el veredicto del jurado".

28. ALMEIDA, V., ob. cit., pp. 76-77.

29. *Ibid.*

III. EL RECURSO

Claría Olmedo define el término "recurso" como el "medio impugnativo por el cual la parte que se considera agraviada por una resolución judicial que estima injusto o ilegal, la ataca para provocar su eliminación o un nuevo examen de la cuestión resuelta y obtener otro pronunciamiento que le sea favorable".³⁰

III.A. El recurso como garantía

El derecho al recurso (arts. 8.2.h, CADH; 14.5, PIDCyP y 75 inc. 22, CN),³¹ como garantía mínima de juzgamiento, integra el concepto de debido proceso, tutela judicial efectiva y acceso a la jurisdicción.³²

Julio Maier explica que a partir de la incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos se transformó la idea de recurso. La cual debe conducir necesariamente a la exigencia de que para ejecutar una pena contra una persona se necesita una doble conformidad judicial si el condenado la requiere. Es el derecho a que su sentencia sea revisada por otro tribunal lo que lleva a abandonar por completo su carácter de medio de control estatal de los órganos judiciales superiores del Estado sobre sus inferiores. El autor además recalca que, a la luz de los tratados internacionales de derechos humanos, el recurso ya no puede ser concebido como una facultad de todos los intervinientes en el procedimiento que corresponda también a los acusadores, en especial al fiscal, perdiendo así su carácter bilateral, para transformarse en un derecho exclusivo del condenado a requerir la doble conformidad.³³

30. CLARÍA OLMEDO, J. A., *Tratado de derecho procesal penal*, Buenos Aires, Ediar, 1960, t. V, p. 442.

31. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) dispone en el art. 8.2.h que una persona juzgada tiene, en el procedimiento penal, entre otros derechos, "el derecho de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior". El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el art. 15.5 establece que "toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme lo prescrito por ley".

32. LEDESMA, A., "Derecho al recurso y estándares de admisibilidad", en *Revista de Derecho Procesal Penal: Vías de impugnación en el proceso penal. Nuevas tendencias y cambios de paradigma*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2013, p. 11.

33. MAIER, J. B. J., ob. cit., pp. 705-716.

Otros autores como Fleming y López Viñals consideran que el requisito de la doble instancia incorpora al proceso penal una garantía constitucional que se orienta a dar resguardo al derecho de defensa, produciendo una ampliación de la clásica protección brindada desde siempre por el artículo 18 de la Constitución Nacional. La garantía asegura la posibilidad de que la sentencia del tribunal de juicio pueda ser revisada por otro órgano judicial.³⁴

El carácter de garantía del recurso fue puesto de manifiesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Herrera Ulloa" al decir que "[...] el derecho de recurrir del fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto".³⁵ Posteriormente, en la condena a la Argentina por el caso "Mohamed", la Corte IDH consideró: "La doble conformidad judicial, expresada mediante el acceso a un recurso que otorgue la posibilidad de una revisión íntegra del fallo condenatorio, confirma el fundamento y otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado, y al mismo tiempo brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado". Asimismo, la Corte puntualizó en que lo importante es que el recurso garantice la posibilidad de un examen integral de la decisión recurrida.³⁶

La Corte Suprema de Justicia de la Nación también se ha pronunciado sobre el carácter de garantía del recurso en el caso "Casal" del año 2005, es menester recordar que para esa fecha "la Argentina ya tenía veintidós denuncias ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por violación al derecho al recurso, ya sea por parte de la Cámara Nacional de Casación Penal como de tribunales superiores de provincia que cumplen función revisora de las sentencias penales".³⁷

El fallo "Casal" además de reconocer el carácter de garantía del recurso, se pronuncia respecto de la amplitud de este y establece: "[...] el tribunal de casación debe agotar el esfuerzo por revisar todo lo que pueda revisar, o sea

34. FLEMING, A. y LÓPEZ VIÑALS, P., *Garantías del imputado*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2007, p. 383.

35. CORTE IDH, "Herrera Ulloa vs. Costa Rica", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 107, 2 de julio del 2004.

36. CORTE IDH, "Mohamed vs. Argentina", Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n° 255, 23 de noviembre del 2012.

37. LEDESMA, A., ob. cit., pp. 14-24.

por agotar la revisión de lo revisable”, así indica: “[...] En virtud de ello, para cumplir con una verdadera revisión, no debe atenderse a una distinción meramente formal en el *nomen iuris* de las cuestiones expresadas en los agravios, como así tampoco de los incisos del artículo 456 invocados para la procedencia del recurso. Por el contrario, se deben contemplar y analizar los motivos de manera complementaria, con independencia de su clasificación”.³⁸

En cuanto a la admisibilidad del recurso, la Corte se pronunció al decir: “Que en función de lo enunciado y, debido a la inteligencia que corresponde asignar al artículo 456 del Código Procesal Penal de la Nación por imperio de su propia letra y de la Constitución Nacional (arts. 8.2.h de la Convención Americana y 14.5 del Pacto Internacional en función del artículo 75, inc. 22, de la Const. Nac.), resulta claro que no pueden aplicarse al recurso de casación los criterios que esta Corte establece en materia de arbitrariedad, pues más allá de la relatividad de la clasificación de los recursos en ordinarios y extraordinarios –que en definitiva no tiene mayor relevancia–, es claro que, satisfecho el requisito de la revisión por un tribunal de instancia superior mediante el recurso de casación entendido en sentido amplio, esta Corte se reserva solo la función de corregir los casos en que resulte una arbitrariedad intolerable al principio republicano de gobierno [...]”.³⁹

En lo que respecta a la clásica distinción entre cuestiones de hecho y de derecho, la Corte dijo: “[...] exigiendo que el tribunal competente en materia de casación agote su capacidad revisora conforme a las posibilidades y particularidades de cada caso, revisando todo lo que le sea posible revisar, archivando la impracticable distinción entre cuestiones de hecho y de derecho [...] tiene por resultado un entendimiento de la ley procesal penal vigente acorde con las exigencias de la Constitución Nacional y que, por otra parte, es la que impone la jurisprudencia internacional”.

Culmina diciendo: “en síntesis, cabe entender que el artículo 456 del Código Procesal Penal de la Nación debe entenderse en el sentido de que habilita a una revisión amplia de la sentencia, todo lo extensa que sea posible al máximo esfuerzo de revisión de los jueces de casación, conforme a las posibilidades y constancias de cada caso particular y sin magnificar las

38. CSJN, “Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa”, Causa N°1681, 20 de septiembre del 2005.

39. *Ibid.* Considerando 28.

cuestiones reservadas a la intermediación, solo inevitables por imperio de la oralidad conforme la naturaleza de las cosas".⁴⁰

Con relación a lo dicho por la CSJN en dicho fallo, el jurista Cafferata Nores considera que el tribunal de casación "puede y debe revalorizar las pruebas recibidas en el juicio oral que dieron fundamento a la sentencia recurrida, salvo las pocas que acepta como dependientes de manera directa y excluyente de la intermediación, cuyos alcances —a la vez— postula no exagerar llegando a minimizarlos significativamente".⁴¹ El autor concluye que "bajo el argumento de que no es posible distinguir entre 'hechos' y 'derecho' en una sentencia de condena, le acuerda al tribunal de casación la atribución-obligación de revisar todo lo que sea revisable: solo no admite revisión de aquello que inevitablemente sea irrevisable por imperio de la oralidad, conforme a la naturaleza de las cosas".⁴²

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos, también sentó lineamientos a fin de que se haga efectivo el carácter de garantía del recurso en el caso "Herrera Ulloa vs. Costa Rica". La CIDH interpretó: "De acuerdo con el objeto y fin de la Convención Americana, se debe entender que el recurso que contempla el artículo 8.2.h de dicho tratado debe ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de las decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho". En esta línea continuó diciendo que: "Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo. Al respecto la Corte ha establecido que 'no basta con la existencia formal de los recursos, sino que estos deben ser eficaces', es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos".⁴³

En cuanto a las formalidades para que un recurso sea admitido, la Corte IDH en "Mohamed" consideró que deben ser mínimas y no deben constituir un obstáculo para que el recurso cumpla con su fin de examinar y resolver los agravios sustentados por el recurrente.⁴⁴

40. *Ibid.* Considerandos 32 y 34, respectivamente.

41. CAFFERATA NORES, J. I., "¿Un nuevo recurso de casación? Reflexiones sobre el caso 'Casal' de la Corte Suprema", en *Revista de Derecho Penal y Proceso Penal*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2006, p. 1675.

42. *Ibid.*, p. 1688.

43. CORTE IDH, "Herrera Ulloa vs. Costa Rica".

44. LEDESMA, A., ob. cit., pp. 14-24.

III.B. El recurso en el juicio por jurados clásico

Como vimos, el enjuiciamiento por jurados en su modalidad clásica es un instituto reciente en nuestro país, el cual no fue acompañado por una modificación integral de nuestro sistema recursivo. Sin embargo, hay dos cuestiones fundamentales a destacar.

En primer lugar, me referiré a la que emana de las propias leyes, es decir, a la fuerte limitación del recurso fiscal respecto del veredicto absolutorio. La Ley neuquina en el artículo 238 establece: “No procederá recurso alguno contra la sentencia absolutoria, salvo que el acusador demuestre fehacientemente que el veredicto de no culpabilidad fue producto del soborno”. En igual sentido, la legislación bonaerense en el artículo 371 *quáter* inc. 7 reza: “Irrecurribilidad. El veredicto del jurado es irrecurrible. El recurso contra la sentencia de culpabilidad por razones de inimputabilidad se regirá por las disposiciones de este Código. La sentencia absolutoria derivada del veredicto de no culpabilidad del jurado es irrecurrible”. En las leyes aprobadas, pero no vigentes, de Chaco y Río Negro tampoco procede el recurso contra el veredicto absolutorio.

Al respecto Maier considera que es una garantía que ampara a toda persona contra la cual el estado decide aplicar una consecuencia jurídico-penal, es decir ampara al imputado.⁴⁵

En este sentido, la Sala sexta del Tribunal de Casación bonaerense se expidió en el caso “López, Mauro Gabriel s/ Recurso de queja - Interpuesto por agente fiscal”⁴⁶ respecto del planteo de un fiscal que exigió se declarara inconstitucional al artículo de la ley de jurados de Buenos Aires que prohíbe el recurso del acusador –público o privado– contra el veredicto de no culpable del jurado. El fiscal sostuvo que la prohibición “afectaba su garantía de debido proceso y de igualdad de armas”.⁴⁷ Finalmente el tribunal resolvió que dicha prohibición establecida en la norma es perfectamente constitucional ya que, en palabras del propio tribunal, “es lógico que el propio Estado no pueda invocar garantía alguna en su beneficio, precisa-

45. MAIER, J. B. J., ob. cit., p. 712.

46. TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, Sala VI, “López, Mauro Gabriel s/ recurso de queja - interpuesto por agente fiscal”, Causa N° 71912, 4 de febrero del 2016.

47. Consultado en [<http://www.juicioporjurados.org/2016/02/la-casacion-de-buenos-aires-confirmando.html#more>].

mente porque estas constituyen límites al poder estatal [...]” y continua diciendo “[...] el jurado es expresión de la soberanía del pueblo, cuya voluntad no puede ser cercenada por alguno de los poderes del Estado; luego, sería lo mismo que exista algún mecanismo legislativo que busque torcer el resultado de una elección de autoridades, lo cual es inadmisibles”.

Este fallo fue destacado por Maier, quien contestando a los planteos hechos por el fiscal reflexionó que “la verdad consiste en que, desde hace varios siglos, solo se le permite al Estado enjuiciar una única vez a quien considera criminal en busca de la condena y la pena; con la misma antigüedad se resguarda el derecho del condenado de no sufrir un castigo mayor al expuesto en el único fallo legítimo, cuando él hace uso del derecho de impugnar la condena, ambos principios republicanos y democráticos básicos; por lo demás, si prosperara la tesis “bilateral”, un procedimiento judicial no tendría final, al menos teóricamente”.⁴⁸

En segundo lugar, y en lo que respecta al recurso del imputado en caso de veredicto de culpabilidad, la cuestión es objeto de debate en tanto –como mencioné anteriormente– hay quienes cuestionan esta modalidad de enjuiciamiento debido a que la falta de expresión de los fundamentos del veredicto del jurado le impediría al imputado recurrir el veredicto condenatorio.

En torno a esto, en el fallo recién mencionado, refiriéndose a la legislación en materia de juicio por jurados, el tribunal de casación bonaerense expresó: “La circunstancia que se haya posibilitado el supuesto inverso, que el imputado recurra el veredicto condenatorio, persigue conciliar la garantía del acusado a ser juzgado por sus conciudadanos (arts. 24, 75, inc. 12, y 118, CN) con la de recurrir el fallo condenatorio (arts. 14.5, PIDCP; 8.2.h, CADH). En otras palabras: el reconocimiento de una garantía no puede anular, al mismo tiempo, otra”.

En esta línea de ideas, Andrés Harfuch realiza un análisis respecto de la amplitud del recurso en el juicio por jurados haciendo notar que en el derecho comparado los países que adoptan esta forma de enjuiciamiento respetan el derecho al recurso de los imputados. El autor echa luz respecto de la interpretación de los casos “Casal” y “Herrera Ulloa” en tanto dichos precedentes han ampliado el espectro de cuestiones recurribles y han fle-

48. Comentario publicado por la Asociación Argentina de Juicio por Jurados en [<http://www.juicioporjurados.org/2016/02/julio-maier-destaca-sentencia-de.html>].

xibilizado los requisitos de admisibilidad siendo totalmente compatible lo emanado de estos precedentes con el juicio por jurados.

Por su parte, el juez Elosu Larumbe afirma: "El derecho constitucional del imputado a recurrir la sentencia dictada en su contra ante otro tribunal tiene el mismo alcance cuando la condena emana de un tribunal compuesto por jueces profesionales, que cuando se apoya en el veredicto dictado por un jurado popular. Cuando se habla de recursos, a la Constitución Nacional y a los Pactos Internacionales de Derechos Humanos a ella incorporados no les interesa el método procesal que cada estado federal ha elegido para juzgar a las personas. El acento no se pone en la clase de tribunal –técnico o popular– que emite la condena. Contrariamente, la cuestión se mira desde la óptica del imputado y de la tutela plena de su derecho fundamental a una revisión "amplia e integral" de los hechos, del derecho y de la prueba de la sentencia que lo condena" y continúa diciendo: "El bloque constitucional vigente establece que la sentencia que se dicta en el marco de un juicio por jurados es impugnabile de manera amplia. Ello implica una revisión integral y directa de los hechos, del derecho y de la prueba producida en el debate [...] El hecho de que el jurado no motive su decisión, no exime a los jueces de la impugnación de verificar la existencia de las mismas razones objetivas que permitirían arribar a una sentencia condenatoria en un juicio con jueces profesionales".⁴⁹

En síntesis, el imputado goza de un recurso amplio contra el veredicto condenatorio producto de un juicio por jurados, es menester poner de relieve una vez más que el veredicto del jurado se encuentra motivado en las instrucciones impartidas por el juez.

IV. EL RECURSO COMO GARANTÍA Y LA GARANTÍA DE JUICIO POR JURADOS: UNA CONTRADICCIÓN. POSIBLES SOLUCIONES

Entender la garantía a ser juzgado por un jurado popular implica respetar el proceso contradictorio, es decir, permitir que frente a cada elemento probatorio se verifique la posibilidad de contradecir y contra-examinar

49. ELOSÚ LARUMBE, A., *Algunas consideraciones básicas de los recursos en los juicios por jurados*, Neuquén, consultado en [<http://200.70.33.130/images2/Prensa/2014/Penal/el%20recurso%20en%20los%20jxj%20larumbe.pdf>].

fortaleciendo de esta manera el derecho de defensa.⁵⁰ Además, tal como mencioné anteriormente, el juicio por jurados es un garante mucho mayor de la imparcialidad (no solo por la diversidad en la integración, sino porque es la primera vez que toman contacto con el caso) que los juicios con jueces profesionales. Por las características propias de esta modalidad, además de desarrollarse de manera oral y continua, los abogados (especialmente magistrados) intervinientes están obligados a hablar con lenguaje sencillo y sin meras remisiones a lo que consta de manera escrita en el expediente, lo cual, sin dudas, le permite al imputado comprender mucho mejor el desarrollo del juicio.

Entender el recurso como garantía implica entender que se requiere una doble conformidad para aplicar una pena, y que en la segunda instancia deben existir iguales garantías que en la primera.

Tal como explica Maier, el derecho a impugnar una sentencia condenatoria representa, para el imputado, el derecho a intentar que se le conceda un nuevo juicio si demuestra irregularidades en el primero, tocantes a aquello que se comprende como un "juicio justo" –que desemboque en una correcta aplicación de la ley penal–, el nuevo juicio que tiene como límite la prohibición de reformar en perjuicio del imputado. Ese nuevo juicio, explica el autor, no representa un reexamen del anterior o del resultado, sino por el contrario una segunda "primera instancia", cuyo resultado depende exclusivamente de su propio debate.⁵¹

El derecho al recurso del condenado que prevén las convenciones internacionales significa, básicamente, el derecho a lograr un nuevo juicio, cuando mediante el recurso se comprueba que la condena, por fallas jurídicas en el procedimiento, en la percepción directa de los elementos de prueba por parte del tribunal que la dictó, o incluso por fallas en la solución jurídica del caso, no puede ser confirmada, no obtiene una doble conformidad.⁵²

Ahora bien, tanto las garantías constitucionales a ser juzgado por un jurado popular y a obtener la doble conformidad para que una pena pueda ser aplicada conviven en nuestro sistema jurídico. Un sistema jurídico que está en plena transformación, tratando de instaurar un sistema acusatorio,

50. GRANILLO FERNÁNDEZ, H. M., ob. cit., pp. 43-46.

51. MAIER, J. B. J., ob. cit., pp. 716-726.

52. *Ibid.*

o bien incorporando determinados institutos a las leyes procesales que nos acercan cada día más a ese sistema, tratando de modernizar el actual régimen procesal penal. En este sentido, algunos ordenamientos procesales han concebido la persecución penal pública en cabeza de un órgano distinto al juez, casi todos los códigos procesales han incorporado la etapa de juicio oral, y actualmente la incorporación de jurados en dicha etapa.⁵³

Esta convivencia engendra una gran contradicción. Como vimos el imputado goza del derecho a recurrir una sentencia producto de un juicio por jurados y no existe diferencia alguna entre ese recurso y el que se interpone contra una sentencia dictada por un tribunal de jueces profesionales. También vimos que, a partir de la jurisprudencia de la CSJN y de la Corte IDH, el tribunal de casación entiende no solo en lo que respecta al derecho aplicable sino también en lo que respecta a los hechos del caso. Vale recordar que en primera instancia quienes, analizando las pruebas, determinan si el imputado es culpable o no culpable del hecho en cuestión, son los integrantes del jurado.

Aquí se observa la contradicción: son jueces profesionales los que en esta instancia van a entender en los hechos. Esto por un lado limita el derecho de control gubernamental de la ciudadanía y, por otro, se anulan las nuevas condiciones aportadas por la garantía de juicio por jurados. Estas son: la inmediación, la publicidad, un control más intenso de la acusación y de la admisibilidad y producción de la prueba, la oralidad con todo lo que ello implica, entre otras.

De esta forma, un juzgamiento de un alto rigor y que presente una serie de precauciones para evitar errores en perjuicio de los acusados es la mejor garantía a la que puede acceder una persona. Luego, los recursos únicamente tienen por propósito permitir la revisión de las condenas y sin que ello implique retroceder en las ganancias que el mismo juicio por jurado supone.⁵⁴

A tal fin y en miras de que se están discutiendo reformas del proceso penal en todo el país, considero que la incorporación de la oralidad, la

53. PIROZZO, J. D., "La oralidad en los medios de impugnación", en *Revista de Derecho Procesal Penal: Vías de impugnación en el proceso penal. Nuevas tendencias y cambios de paradigma*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2013, pp. 291-292.

54. ALCAÍÑO ARELLANO, E. y RÍOS LEIVA, E., "Juicio por jurados y derecho a recurrir", en *Revista de Derecho Procesal Penal: Vías de impugnación en el proceso penal. Nuevas tendencias y cambios de paradigma*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2013.

desformalización del proceso y la participación ciudadana en la etapa recursiva permitirían que en esta etapa se respeten las mismas garantías que en la anterior.

IV.A. La oralidad

No hay dudas de que la oralidad es uno de los pilares del sistema acusatorio y que no debe estar presente únicamente en la etapa de juicio, sino que debe ir extendiéndose por todo el proceso penal, incluso en la etapa recursiva, otorgándole mayor celeridad, publicidad, inmediación y contradicción,⁵⁵ a fin de que, como dice Maier, se respeten las mismas garantías que en la primera etapa.

La oralidad está consagrada por el Sistema Internacional de Derechos Humanos, de esta manera el pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14.1 prevé que "toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial"; la Declaración Universal de Derecho Humanos establece en el artículo 10 que "toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal"; en la misma línea la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre hace referencia a la oralidad en el párrafo segundo del artículo 26 al decir que "toda persona acusada de un delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública".

La importancia y beneficios de la oralidad fueron destacadas también en el Preámbulo de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana que se desarrolló en Brasilia del 4 al 6 de marzo de 2008 y que expresa: "La oralidad, entendida como el intercambio verbal de ideas, constituye una herramienta esencial en la tarea jurisdiccional, como instrumento para facilitar el debido respeto a los derechos y garantías de los ciudadanos en un Estado de Derecho moderno, al permitir que la actuación del juzgador se acomode a criterios de inmediación y contradicción realmente efectivos. Asimismo, a través de un juicio público, solo posible en el ámbito de la oralidad, la sociedad ejerce legítimas facultades de conocimiento y control acerca

55. *Ibid.*, pp. 310-311.

del verdadero contenido de la actividad de sus jueces y tribunales, con lo que, simultáneamente, crece el prestigio de estos, obviando una parte importante de los reparos que un sistema procesal escrito pudiera suscitar. La transparencia se convierte así, igualmente, en arma eficaz contra la corrupción, en todos los ámbitos de lo público, al permitir un enjuiciamiento eficaz y riguroso de las conductas ilícitas de todo orden. La oralidad y la publicidad, cumplidas en forma plena y rigurosa, facilitan la socialización del mensaje de una respuesta firme del Estado, razonada y motivada, frente a los hechos legalmente considerados como inaceptables. Puede, por consiguiente, afirmarse que la oralidad, robusteciendo el debido proceso legal, se erige en garantía de una mejor justicia, a la vez que constituye elemento decisivo para alcanzar el grado deseable de confianza y vinculación de los ciudadanos con los responsables de su ejercicio".⁵⁶

Como puede observarse, la oralidad aparece siempre vinculada a otros principios como la celeridad, publicidad, la independencia y la imparcialidad. Y, como vimos al comienzo del trabajo, es el requisito ineludible para que la decisión tomada sea producto de una deliberación. Razones por las cuales debe estar presente en la etapa recursiva a fin de que no se disminuyan las garantías con que el imputado gozó durante la etapa de juicio.

IV.B. La desformalización

Llegado este punto es importante hablar del expediente, eso que se va construyendo durante el proceso en los modelos inquisitivos o mixtos, en virtud del cual se resignifica el conflicto través de una doble mediatización: la escrituración de las versiones y relatos con una gramática especializada, por un lado, y la acción de una multiplicad de funcionarios intervinientes en él, por el otro.⁵⁷

En este sentido, no hay que perder de vista que la implementación de la oralidad en todas las instancias del procedimiento penal implica la desburocratización de la tramitación del proceso. No se trata solo de defender la ora-

56. XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Brasilia, 4 a 6 de marzo de 2008, *La oralidad procesal en Iberoamérica*, consultado en [<http://www.cejamerica.org>]. Citado por PIROZZO, J. D., ob. cit.

57. QUAINÉ, E. M., "Un paso hacia la desformalización: el fin del expediente y el comienzo de la oralidad", en *Revista de Derecho Procesal Penal*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2009, pp. 196-198.

lidad, sino de bregar por una mejor calidad en las decisiones judiciales, las cuales se tornan casi imposibles en tanto la finalidad de la audiencia debate es un ámbito de repetición de la información ya mediatizada en el expediente, sobre todo cuando no opera la estudiada garantía del juicio por jurados.⁵⁸

Por otro lado, y en lo que hace específicamente al recurso, para ser coherentes con los alcances de la garantía, y en atención al artículo 8.2.h de la CADH, el primer estándar a considerar es la necesidad de reducir las exigencias formales que hacen a la admisibilidad de la impugnación y condicionan su interposición con mengua del derecho al recurso.⁵⁹

En ese sentido, la Corte Interamericana "[...] estima que las formalidades requeridas para que el recurso sea admitido deben ser mínimas y no deben constituir un obstáculo para que el recurso cumpla con su fin de examinar y resolver los agravios sustentados por el recurrente". Dicho tribunal en diversos precedentes señaló que, a la hora de resolver sobre la admisibilidad de un recurso deducido por el imputado, hay que flexibilizar el rito e interpretar la normativa procesal con pleno respeto del principio *pro homine*.⁶⁰

En suma, el alto grado de formalización y burocratización incide directamente en la eficacia de la investigación, en la duración del proceso y en el efectivo acceso al recurso.

IV.C. Participación ciudadana

Ya vimos la doble importancia que supone la participación ciudadana en el proceso penal, por un lado, como mecanismo de control y, por otro, para el imputado. Por ello, no resulta descabellado pensar que no debería limitarse únicamente a la etapa del juicio, sino que también deberían participar ciudadanos en la etapa recursiva.

Esto se encuentra contemplado en la Corte de Apelaciones de Assises, la cual se integra con tres jurados suplementarios, o sea con doce en vez de nueve. La sala en lo criminal de la Corte de Casación designa al tribunal de apelación en el plazo de un mes de recibido el recurso. El acusado puede recusar hasta seis jurados y el caso se Resuelve por mayoría de diez votos de los doce que forman el panel.⁶¹

58. QUAINÉ, E. M., ob. cit.

59. LEDESMA, A., ob. cit.

60. *Ibid.*

61. Consultado en [http://www.catedrahendler.org/doctrina_in.php?id=55].

V. CONCLUSIÓN

Nuestro país atraviesa desde la reforma constitucional de 1994 un proceso de profundos cambios en el proceso penal. El juicio por jurados no solo amplió el espectro de garantías del imputado, sino que además le dio a la ciudadanía el poder de ejercer el control gubernamental y de participar en la decisión respecto de la situación judicial de su conciudadano.

A mi entender, los futuros cambios deben tender a armonizar la actual legislación en materia de recursos e incluir a la ciudadanía si el cuestionamiento efectuado versa sobre los hechos.

Es importante destacar que los cambios no deben darse únicamente en la etapa recursiva, sino que el proceso debe tender, integralmente, a incluir la oralidad en todas las instancias abandonando las formalidades que solo tienden a obstaculizar el ejercicio de los derechos y garantías del imputado y anular el derecho de la ciudadanía de conocer y controlar los actos de gobierno.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCAÍNO ARELLANO, Eduardo y RÍOS LEIVA, Erick, "Juicio por jurados y derecho a recurrir", en *Revista de Derecho Procesal Penal: Vías de impugnación en el proceso penal. Nuevas tendencias y cambios de paradigma*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2013.
- ALLIAUD, Alejandra, "Principio acusatorio. Estudio histórico-comparado de su génesis y evolución", en HENDLER, Edmundo S. (comp.), *Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001.
- ALMEIDA, Vanina, "La garantía de deliberación y su eficacia práctica en el sistema anglosajón de juicio por jurados", en *Revista de Derecho Procesal Penal*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2014.
- CAFFERATA NORES, José I., "¿Un nuevo recurso de casación? Reflexiones sobre el caso 'Casal' de la Corte Suprema", en *Revista de Derecho Penal y Proceso Penal*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2006.
- CAVALLERO, Jorge y HENDLER, Edmundo S., *Justicia y participación: el juicio por jurados en materia penal*, Buenos Aires, Universidad, 1988.
- ELOSÚ LARUMBE, Alfredo A., *Algunas consideraciones básicas de los recursos en los juicios por jurados*, consultado en [<http://200.70.33.130/>

- images2/Prensa/2014/ Penal/el%20recurso%20en%20los%20jxj%20larumbe.pdf].
- FLEMING, Abel y LÓPEZ VIÑALS, Pablo, *Garantías del imputado*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2007.
- GRANILLO FERNÁNDEZ, Héctor M., *Juicio por jurados*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2013.
- HARFUCH, Andrés, *Inmotivación, secreto y recurso amplio en el juicio por jurados clásico*, consultado en [<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2013/05/doctrina36151.pdf>].
- HENDLER, Edmundo S., *El juicio por jurados: significados, genealogías, incógnitas*, Buenos Aires, Editorial del Puerto, 2006.
- , "Sensatez y conocimientos. El jurado en la provincia de Córdoba", en *Revista Derecho Penal*, Buenos Aires, 2012, consultado en [http://www.catedrahendler.org/doctrina_in.php?id=137].
- , *La significación garantizadora del jurado*, consultado en [http://catedrahendler.org/doctrina_in.php?id=61].
- LANGER, Máximo, "La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado", en HENDLER, Edmundo S. (comp.), *Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001.
- LEDESMA, Angela E., "Derecho al recurso y estándares de admisibilidad", en *Revista de Derecho Procesal Penal: Vías de impugnación en el proceso penal. Nuevas tendencias y cambios de paradigma*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2013.
- LORENZO, Leticia, *Manual de litigación*, Buenos Aires, Didot, 2014.
- MAIER, Julio B. J., "Derecho procesal penal", en *TI Fundamentos*, Buenos Aires, Editorial del Puerto, 1996.
- , BOVINO, Alberto y DÍAZ CANTÓN, Fernando, *Los recursos en el procedimiento penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004.
- NINO, Carlos, *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2002.
- PIROZZO, Jorge D., "La oralidad en los medios de impugnación", en *Revista de Derecho Procesal Penal: Vías de impugnación en el proceso penal. Nuevas tendencias y cambios de paradigma*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2013.
- QUAINE, Ezequiel M., "Un paso hacia la desformalización: el fin del expediente y el comienzo de la oralidad", en *Revista de Derecho Procesal Penal*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2009.

Jurisprudencia

CORTE IDH, "Herrera Ulloa vs. Costa Rica", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n° 107, 2 de julio del 2004.

CORTE IDH, "Mohamed vs. Argentina", Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n° 255, 23 de noviembre del 2012.

CSJN, "Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa", Causa N°1681, 20 de septiembre del 2005.

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, Sala VI, "López, Mauro Gabriel s/ recurso de queja - interpuesto por agente fiscal", Causa N° 71912, 4 de febrero del 2016.

MISCELÁNEAS

A DOS AÑOS DE LA CAÍDA DE *PLAYBOY*. DEBATES EN TORNO A LA INDUSTRIA PORNOGRÁFICA*

MARÍA DE LOS ÁNGELES RAMALLO**

Resumen: El presente ensayo tiene por objetivo recorrer los distintos argumentos esgrimidos por teóricas feministas en torno a la temática de la pornografía. Así, se contrapondrán las ideas que ven a la industria pornográfica como un lugar de reproducción de la dominación masculina con aquellas que la ven como un posible espacio de liberación femenina, mostrando ciertas continuidades y discontinuidades entre una y otra postura.

Palabras clave: pornografía – dominación – performatividad – género

Abstract: This essay sought to analyze the different arguments around pornography stated by feminist theorists. Therefore, I will contrast those views which consider the porn industry as a place of reproduction of male's domination with the ones that think of it as a way of female's liberation, showing the similarities and differences between them.

Keywords: pornography – domination – performativity – gender

I. INTRODUCCIÓN

Desde finales del siglo XVI, dice Michel Foucault, la puesta en discurso del sexo ha estado sometida a un mecanismo de incitación creciente.¹ Es en este momento en el que, en el campo de la literatura, comienzan a circular textos eróticos, de "literatura escandalosa". A fines del siglo XVII y durante el siglo XVIII, los pensadores de la Ilustración luchaban contra

* Recepción del original 05/11/18. Aceptación 22/11/17.

**Abogada (UBA).

1. FOUCAULT, M., *Historia de la Sexualidad 1. La voluntad de saber*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2014, p. 18.

el poder del clero y de la nobleza, resaltando el individualismo y buscando la separación de la Iglesia y el Estado. En *Un paseo más íntimo con Sade*, Roger Shattuck nos muestra cómo los fines de los autores de literatura pornográfica de la época eran políticos. Los libros eróticos eran muestra de ideales revolucionarios, ideales que atacaban a la religión, a la monarquía y a la aristocracia, y que buscaban chocar con una cultura de conductas sexuales reprimidas. Los escritos de Sade, plasmados de detalles en las descripciones de las prácticas sexuales, critican y denuncian el orden del Antiguo Régimen. Los personajes son hombres ricos y poderosos. Sus prácticas están al margen de la ley.² Ahora bien, en este contexto de proliferación de discursos en torno a la sexualidad, el sexo no deja de ser un asunto de policía. "Tales discursos sobre el sexo no se han multiplicado fuera del poder o contra él, sino en el lugar mismo donde se ejercía y como medio de su ejercicio".³ "Policía del sexo", dirá Foucault, "no el rigor de una prohibición sino la necesidad de reglamentar el sexo mediante discursos útiles y públicos".⁴ En el siglo XVIII, el asunto de la población se vuelve un problema económico y político, y la observación y el análisis para su superación pasa a centrarse en la manera en la que cada uno se desenvuelve en sus relaciones sexuales. En este sentido, la puesta en discurso del sexo está dirigida a la tarea de expulsar de la realidad las formas de sexualidad no sometidas a la economía estricta de la reproducción.⁵

La sexualidad está atravesada, entonces, por discursos que nos dicen qué, cómo y cuándo hacer. La forma en que estos discursos son contruidos y la posibilidad de intervenir en ellos son la base, a mi entender, de las distintas posturas feministas en torno a la pornografía.

Este ensayo busca explicar las continuidades y discontinuidades, similitudes y diferencias, entre algunas de estas posturas.⁶ Asimismo, difundir los pensamientos de algunas autoras y autores que, en el ámbito del dere-

2. Ver SCHATTUCK, R., "El divino marqués", en *Conocimiento prohibido*, Madrid, Taurus, 1998, pp. 198-251.

3. FOUCAULT, M., ob. cit., p. 35.

4. *Ibid.*, p. 27.

5. *Ibid.*

6. Se aclara que en el presente artículo no se tomarán todas las posiciones del campo sino que se buscará dar cuenta de aquellas posturas mayoritarias, que sientan las bases teóricas para escritos en la materia. Por ello, se decidió realizar un recorte tomando en cuenta principalmente dos posturas que parecerían contraponerse.

cho, se encuentran muchas veces rezagados.

Así, comenzaré tomando los escritos de Paul B. Preciado en lo que hacen a su respuesta a la conceptualización descripta de Foucault y la obra de Judith Butler sobre la performatividad del género. Resumiré, luego, algunos de los postulados de Catharine MacKinnon y Andrea Dworkin. Su postura será contrapuesta con la corriente del feminismo "prosexo" o "anticensura", que defiende la apropiación del espacio pornográfico para volverlo feminista. Por último, esbozaré mi posición en relación con esta última argumentación.

El trabajo se divide en cuatro acápites, cada uno de ellos haciendo alusión a los ejes descriptos. "A dos años de la caída de *Playboy*" intenta marcar cómo juegan los cambios de la industria pornográfica de los últimos años –principalmente marcados por la aparición de internet como principal lugar de intercambio y consumo– y se pregunta si ello podría generar un espacio para que las mujeres puedan difundir una pornografía feminista.

II. LA RESPUESTA DE PRECIADO A FOUCAULT. LA ERA FARMACOPORNOGRÁFICA

Testo Yonqui. Sexo, drogas y biopolítica es, hasta donde alcanza mi conocimiento, aquel libro en el que Preciado más claramente describe la obra de Foucault en torno a la sexualidad y su postura al respecto. En este, el autor combina una narración sobre su experiencia personal al comenzar a administrarse testogel –fármaco que aporta testosterona al organismo que lo ingiere– con un exhaustivo examen teórico de las tecnologías de poder que configuran el sexo y el género.

La lectura de Preciado ha sido influenciada fuertemente por la teórica feminista posmoderna Judith Butler. Por ello, antes de adentrarme en algunas cuestiones centrales de *Testo Yonqui*... y de otros libros de Preciado, me gustaría realizar unos sucintos comentarios sobre Butler.

En muy resumidos términos, la tesis de esta autora se centra en que el género es una práctica discursiva y corporal performativa.⁷ El género se produce performativamente, es decir, se construye a través de un con-

7. Ver BUTLER, J., *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*, Barcelona, Paidós, 2007.

junto sostenido de actos. Para Butler, el género no se asocia con una base biológica pero tampoco se elige voluntariamente. Existen ciertas normas que guían nuestra acción. La normatividad "por una parte se refiere a los propósitos y a las aspiraciones que nos guían, los preceptos por los cuales estamos obligados a actuar o hablar el uno al otro, las presuposiciones que se manifiestan habitualmente, mediante las cuales nos orientamos y que orientan nuestras acciones. Por otra parte, la normatividad se refiere al proceso de normalización, a la forma en que ciertas normas, ideas e ideales dominan la vida incorporada y proporcionan ciertos criterios coercitivos que definen a los 'hombres' y a las 'mujeres' normales".⁸ En el campo del género, lo normativo está asociado con una matriz heterosexual y una concepción binaria (hombre/mujer, masculino/femenino). La repetición de actos que constituyen nuestro género, entonces, se ve de cierta manera regulado. A través de estos actos –heteronormativos y binarios– reproducimos y a su vez *creamos* el género.

Sin embargo, Butler le deja en su teoría lugar a la transformación social. El feminismo, a su entender, se debe ocupar de la transformación social de las relaciones de género. En este sentido, si el género es performativo, si se constituye a través de la repetición, a lo que hay que apostar es a una repetición subversiva. "No solo es importante comprender cómo se instituyen en términos del género, cómo se naturalizan y cómo se establecen como presuposiciones, sino trazar los momentos en los que se disputa y se reta al sistema binario del género, en los que se cuestiona la coherencia de las categorías, en los que la misma vida social del género resulta ser maleable y transformable".⁹

Como adelantamos, este marco teórico es el utilizado por Preciado. Por otro lado, será este también el marco teórico de las muchas feministas "prosexo", lo que será retomado en el acápite IV.

Volviendo a *Testo Yonqui*, en este libro Preciado, tal como se mencionó, realiza un recorrido por la historia de la sexualidad de Foucault. Así, explica el pasaje, a finales del siglo XVIII, del régimen soberano al régimen disciplinario, que fue esbozado en la introducción de este ensayo. El régimen soberano de la sexualidad responde a una lógica monosexual en donde el hombre es el modelo de perfección. Siguiendo a Laqueur, Pre-

8. BUTLER, J., *Deshacer el género*, Barcelona, Paidós, 2006, p. 291.

9. *Ibid.*, p. 305.

ciado describe al régimen disciplinario como un "sistema de oposiciones y ya no de semejanzas" [...] "el sexo femenino ya no es una inversión o una interiorización del sexo masculino sino un sexo enteramente diferente cuyas formas y funciones responden a una lógica propia".¹⁰ Lo que intentan explicar estos autores es la forma en la que se producen distintos tipos de subjetividades. La subjetividad femenina y masculina se configuró, así, a través de un conjunto de dispositivos sexopolíticos disciplinarios, entre los que se incluyen desde la arquitectura doméstica, la división privado-público, hasta la ginecología, el cine, la fotografía.

Sin embargo, a estos dos regímenes desarrollados por Foucault, Preciado le agrega un tercero: el régimen *farmacopornográfico*. "Foucault parece pasar por alto un conjunto de transformaciones profundas de las tecnologías de producción de subjetividad que se suceden a partir de la Segunda Guerra Mundial y que nos obligan a conceptualizar un tercer régimen de subjetivación, un tercer sistema de saber-poder, ni soberano, ni disciplinario, ni premoderno, ni moderno, un régimen que tome en consideración el impacto de las nuevas tecnologías del cuerpo en la construcción de la subjetividad".¹¹

Este nuevo régimen se encuentra atravesado por dos grandes industrias: la industria de la farmacéutica y la industria de la pornografía. En lo que hace a la industria farmacéutica, el hito más destacable es la introducción de la píldora. Esta fue acompañada en gran parte de Europa y en Estados Unidos por ciertos cambios que tuvieron lugar luego de la segunda posguerra en las relaciones de género, principalmente en las ciudades y en las clases medias y altas. Estos cambios se vieron, por ejemplo, en el aumento de la soltería, de los divorcios, de las uniones convivenciales y los nacimientos extramatrimoniales, y a la vez en la postergación de la edad del primer parto y de la reducción del número total de hijos. Por su parte, en el llamado "Tercer Mundo", preocupaba el crecimiento de la población y, particularmente, el aumento de la natalidad en sectores bajos, lo que se asociaba con la perpetuación de la pobreza, la desnutrición, el analfabetis-

10. PRECIADO, B., *Testo Yonqui. Sexo, drogas y biopolítica*, Buenos Aires, Paidós, 2014, p. 67.

11. *Ibid.*, p. 70.

mo y la inestabilidad política.^{12 13} Desde la introducción de la píldora, la industria de la anticoncepción ha avanzado enormemente. Sin embargo, “no podemos decir que la industria de la anticoncepción haya producido una revolución similar a la de la píldora”.¹⁴ A esta industria farmacéutica, se le suma, hoy, una nueva pastilla, el viagra: “la novedad del fin de siglo fue una nueva pastillita que permite “elevar” la potencia sexual masculina y asegura *performances* exitosas y de larga duración sin que la edad o ciertas dolencias pongan un límite”.¹⁵

Por otro lado, en relación con la industria pornográfica, podríamos marcar como evento paradigmático la creación de *Playboy* en 1953 por el multimillonario Hugh Hefner, con Marilyn Monroe desnuda en la portada del primer número. “Es posible entender a Hugh Hefner como pop–arquitecto y al imperio *Playboy* como una oficina multimedia de producción arquitectónica, ejemplo paradigmático de la transformación de la arquitectura a través de los medios de comunicación del siglo XX”.¹⁶

Lo importante aquí es que ambas industrias tienen un punto en común: la disociación de la sexualidad y la reproducción. Esto es, justamente, lo que marca el quiebre con la historia de la sexualidad de Foucault. La relación de las píldoras anticonceptivas con esta situación es obvia. En el caso de la pornografía, se asocia con la revalorización de la masturbación, lo que Preciado menciona como “cooperación masturbatoria”. La pornografía coopera y tiene como finalidad alentar una actividad que, durante años, fue considerada un tabú. Un tabú construido a partir de aquellos discursos que rechazaban todas aquellas prácticas que no encajaran en el binomio “sexualidad-reproducción”.

Hasta aquí he descripto algunas de las bases teóricas de Preciado, contextualizando la discusión en la que, coincido, es la *era farmacopornográfi-*

12. FELITTI, K., *La revolución de la píldora. Sexualidad y política en los sesenta*, Buenos Aires, Edhasa, 2012, pp. 9-10.

13. Karina Felitti marca, en este punto, una diferenciación entre lo que ocurría en otros países del “Tercer Mundo” –esto es, la preocupación por el boom poblacional– con lo que ocurría en Argentina, en donde el problema era, por el contrario, la caída en la natalidad. Esto llevó a que se adoptara desde el Estado un discurso más bien natalista, desvinculado de los programas de planificación familiar. Ver, FELITTI, K., ob. cit.

14. *Ibid.*, p. 197.

15. *Ibid.*

16. PRECIADO, B., *Pornotopía. Arquitectura y sexualidad en “Playboy” durante la guerra fría*, Barcelona, Anagrama, 2010, p. 16.

ca. Esta teoría es filosóficamente descriptiva de lo que el autor percibe como cambios en la administración de la sexualidad. Según mi lectura, no se trata de una valoración positiva de estos cambios. En este sentido, creo importante remarcar –para poder mostrar, también, luego, las continuidades con otras posiciones feministas– que Preciado no adopta aquí una postura “pro Hefner” o “pro Playboy”. Simplemente lo toma como hito –al igual que la introducción de la píldora– para mostrar que ya no vivimos en un régimen en el que la sexualidad esté ligada estrictamente con la reproducción.¹⁷

Así según los pensamientos de Preciado, si bien *Playboy* marcó un quiebre importante en lo que hace a la construcción de la sexualidad y alteró los códigos de género, permaneció en el marco del discurso heteronormativo y binario centrado en la diferencia sexual.¹⁸ “La pornotopía *Playboy* trató de terminar en plena guerra fría con las bases sociales de la servidumbre masculina en el régimen del capitalismo heterosexual, pero no cuestionó el sistema de género que le era inseparable. El resultado de este programa desigual de liberación fue el híbrido de una versión *high-tech* de Robinson Crusoe y una versión voluptuosa de *Mujercitas*”.¹⁹

Resumiendo, creo que los escritos de Butler y Preciado pueden ser perfectamente tomados –y de hecho lo son– para pensar en la posibilidad de subvertir las normas de género. Pero, por otro lado, es importante no perder de vista que no desconocen que prácticas que pueden de alguna manera cambiar la estructuras de género a su vez pueden seguir reproduciendo y produciendo dinámicas de poder, control y dominación.

En los próximos acápite retomaré algunas de estas ideas. Puntualmente, a continuación desarrollaré algunas de las nociones centrales de los escritos de MacKinnon y Dworkin sobre la dominación, el sexo y la pornografía, en el acápite IV las contrapondré con la postura “prosexo”, defensora del llamado “posporno”, y volveré con Preciado en el acápite V, en el que me ocupo de la pornografía e internet.

17. Por otra parte, también es importante destacar que estos regímenes, que quizás fueron explicados de manera hermética y antagónica, se pueden superponer temporal y espacialmente. Son teorías que ayudan a conceptualizar modos de administrar la sexualidad, que, en muchos casos, se combinan.

18. CANO, V., “Reseña. Pornotopía. Arquitectura y sexualidad en *Playboy* durante la guerra fría”, en *Mora*, n° 19, Instituto Interdisciplinario de Estudios de Género, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Filosofía y Letras, 2013, p. 3.

19. PRECIADO, B., *Pornotopía...*, ob.cit., p. 206.

III. PORNOGRAFÍA Y DOMINACIÓN

A la pregunta en torno a qué es el género, MacKinnon responde con una conceptualización de este como una desigualdad de poder, es un estatus social basado en quién tiene permitido hacer qué; se trata de una supremacía masculina y una subordinación femenina. Las críticas de MacKinnon al feminismo legal son quizás conocidas, y, además, escapan el objeto de este trabajo. En lo que aquí interesa, en *El arte de lo imposible*, ella señala que “creo que el error fatal del brazo legal del feminismo ha sido su fracaso en comprender que el motivo principal de la desigualdad entre los sexos es la misoginia y que el motivo principal de la misoginia es el sadismo sexual”.²⁰ El sexo y la sexualidad juegan en la teoría de MacKinnon un lugar fundamental. Esta autora se encargó de las temáticas de acoso sexual, violación y pornografía como asuntos de violencia. Tanto ella como Dworkin participaron activamente en el debate generado a partir de la denuncia en la prensa de Linda Boreman, quien alegó que su ex marido Chuck Traynor la había forzado a participar en varios films pornográficos, entre ellos “La Garganta Profunda”, una de las películas porno con mayor éxito en la industria. En *Garganta profunda: memorias de una actriz porno*, Linda Boreman describió cómo fue obligada a actuar en las escenas, cómo la amenazaban con armas, cómo no había prestado consentimiento para realizar esos actos.

MacKinnon y Dworkin escribieron en coautoría *Pornography and civil rights: A new day for woman's equality* –entre otros libros–, en donde definieron a la pornografía como “subordinación gráfica y sexualmente explícita de las mujeres a través de imágenes y/o palabras que también incluye uno o más de los siguientes puntos: i) las mujeres son presentadas deshumanizadas como objetos sexuales, cosas o bienes; ii) las mujeres son presentadas como objetos sexuales que disfrutan del dolor y la humillación; iii) las mujeres son presentadas como objetos sexuales que experimentan placer sexual al ser violadas; iv) las mujeres son presentadas como objetos sexuales atadas, cortadas o mutiladas, lastimadas o heridas físicamente; v) las mujeres son presentadas en posturas de sumisión sexual, servidumbre o exposición; vi) las partes del cuerpo de las mujeres –incluido

20. MACKINNON, C., “El arte de lo imposible”, en MACKINNON, C., *Feminismo inmodificado. Discursos sobre la vida y el derecho*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2014, p. 19.

pero no limitado a las vaginas, las pechos y las piernas— son exhibidas de tal forma que las mujeres son reducidas a esas partes; vii) las mujeres son presentadas como prostitutas por naturaleza; viii) las mujeres son presentadas siendo penetradas por objetos o animales; ix) las mujeres en escenarios de degradación, humillación o tortura, mostradas como sucias, inferiores, sangrando, moretoneadas o lastimadas en un contexto que hace de esas condiciones ‘sexuales’”.²¹

Estas autoras se enfrentan con las posiciones liberales que, amparadas en la Primera Enmienda de la constitución estadounidense, defienden a la industria pornográfica sosteniendo que una regulación o una prohibición de esta contraría la libertad de expresión y que esto es inaceptable en un estado de derecho. “Proteger a los pornógrafos [...] no promueve la libertad de expresión de las mujeres. *Nunca* lo ha hecho. La pornografía aterroriza a las mujeres hasta el silencio. Por lo tanto, la pornografía no está a favor del interés de nuestra expresión”.²²

Por otro lado, se enfrentan a aquel argumento, también liberal, que sostiene que las acciones que no producen daño no pueden ser objeto de criminalización. A esto, MacKinnon responde que la pornografía efectivamente causa daño,²³ tanto individualmente —y si creen que no, escuchen a Linda Boreman— como a las mujeres como miembros del “grupo mujeres”. No es posible, carece de sentido, y es masculino, pensar el daño en los mismos términos en los que lo pensamos para delitos de lesiones entre hombres, o hurtos. “La lógica de Primera Enmienda, como casi todos los razonamientos legales, tiene dificultades para captar el daño que no es causado en forma lineal, en el sentido de ‘Juan le pegó a María’”.²⁴

En *Más que simplemente una revista: el dinero de Playboy* —discurso dado en 1982 en un panel organizado por la “National Women’s Studies Association”— MacKinnon describe y critica cómo se construye la legi-

21. DWORKIN, A. y MACKINNON, C., *Pornography and civil rights: A new day for woman’s equality*, Minneapolis, Organizing against Pornography, 1988, p. 36.

22. MACKINNON, C., “Más que simplemente una revista: el dinero de Playboy”, en MACKINNON, C., *Feminismo inmodificado...*, ob. cit., p. 202.

23. En el discurso “La hermana de Francis Biddle: pornografía, derechos civiles y expresión”, MacKinnon trata en extensión el problema del daño y la pornografía. Ver MACKINNON, C., “La hermana de Francis Biddle: pornografía, derechos civiles y expresión”, en MACKINNON, C., *El arte...*, ob. cit., p. 244-306.

24. MACKINNON, C., “No es una cuestión moral”, en MACKINNON, C., *El arte...*, ob. cit., p. 231.

timidad de esta empresa. “*Playboy*, la revista, vende la sexualidad de las mujeres como ‘entretenimiento para hombres’. *Playboy*, la fundación, dona una buena cantidad del dinero que la revista produce de esta manera para algunas clases de trabajos feministas y se jacta de ello más que en exceso”.²⁵ Aquí, MacKinnon explica por qué, en su entender, la aceptación de las feministas del dinero de *Playboy* —y esto se ve en el financiamiento mencionado de artículos académicos feministas, de asociaciones, y hasta de campañas como aquellas para la despenalización del aborto— contribuye a volver aceptable lo que *Playboy*, como pornografía, hace de las mujeres. “*Playboy* afirma que es una publicación feminista; al menos Hugh Hefner y Christie Hefner dicen que son feministas y afirman que la revista libera a las mujeres”.²⁶

Por supuesto que, de conformidad con las conceptualizaciones teóricas anteriormente explicadas, para MacKinnon, *Playboy* jamás podría liberar a las mujeres. *Playboy* las silencia, las deshumaniza. *Playboy* es pornografía y la pornografía daña a las mujeres. ¿Qué podría responderle Preciado? Como vimos, en definitiva, no podemos tomar a *Playboy* como un espacio de liberación femenina. Pero, dejando de lado *Playboy*, ¿es toda la pornografía dañina? ¿Podría llegar a ser, efectivamente, un espacio de liberación femenina?

IV. PORNOGRAFÍA POR Y PARA MUJERES

De la misma manera que Hugh Hefner se definía a sí mismo como feminista, hoy en día son cada vez más los espacios de pornografía, productores y actrices que se definen también como tales. En la Argentina, este tipo de luchas feministas en torno a la prostitución y la pornografía —por ejemplo la encabezada por la Asociación de Mujeres Meretrices de Argentina (AMMAR) y por la Red de Trabajadoras Sexuales de Latinoamérica y el Caribe (RedTraSex)— se centran en la promoción de derechos laborales para las trabajadoras sexuales bajo el entendimiento de que existe una clara diferencia entre el trabajo sexual y la trata de personas y que, incluso, es necesario dejar de usar la palabra “prostitución” para hablar de “trabajo

25. MACKINNON, C., *Más que simplemente...*, ob. cit., p. 194.

26. *Ibid.*, p. 195.

sexual". Así, por ejemplo, buscan la derogación de los Códigos Convencionales que criminalizan el trabajo sexual y luchan contra el asedio y violencia de la policía.²⁷

Escapa mi conocimiento si estas mujeres fundan sus pensamientos en una base teórica como la que pretendo delinear o si simplemente, ante la realidad de ser victimizadas y criminalizadas por su trabajo, decidieron tomar cartas en el asunto exigiendo el respeto de sus derechos laborales, de su derecho a la salud y a ser tratadas con igualdad y dignidad. Sin embargo, una construcción teórica que podría ser tomada como un argumento sólido en defensa de la pornografía podría ser la siguiente.

Vimos que, según Butler, el género se construiría a través de un conjunto repetido de actos de matriz heterosexual y binaria, pero que, en ese marco, existe un espacio para la repetición subversiva. En el campo de la pornografía esto implicaría apropiarse de ese espacio y generar nuevas prácticas pornográficas que no respondan a la matriz heterosexual, binaria y patriarcal. Para algunas teóricas esto es posible. De la misma manera en la que las mujeres han logrado ocupar espacios en los que tradicionalmente fueron excluidas, sería posible apropiarse de los espacios de producción de pornografía para volverlos feministas, inyectándoles subversión feminista. Para estas teóricas son criticables aquellas propuestas dentro del feminismo que, al centrarse en la especial situación de vulnerabilidad de las mujeres, termina cayendo en un grado alto de paternalismo. En cambio, argumentan, es necesario pensar en un reagenciamiento de las prácticas.

En este sentido, por ejemplo, se expresa Mariela Solana: "¿Qué ocurriría si adjudicáramos un mayor grado de agencia a aquellas mujeres que disfrutan viendo y haciendo pornografía en lugar de considerarlas víctimas ciegas de un régimen que las controla? ¿Qué posibilidades políticas se abren si dejamos de considerar a la sexualidad femenina como el resultado inerte de prácticas de género opresivas y la comenzamos a pensar como un *locus* a partir del cual se pueden desprender nuevas formas de imaginar, quizás más igualitariamente, las relaciones sexuales?"²⁸

Siguiendo esta línea podría pensarse que es conveniente aliarse con

27. Tomé algunas referencias de la página web oficial de AMMAR: <http://www.ammар.org.ar/~Quienes-somos-.html>, verificada el 29/11/2017.

28. SOLANA, M., "Pornografía y subversión: una aproximación desde la teoría del género de Judith Butler", en *Convergencia. Revista de Ciencias Sociales*, México, UAEM, 2013, p. 174.

las mujeres involucradas en la industria, con las productoras, las actrices y también con las consumidoras, para, en conjunto, pensar en formas de representar la sexualidad que no expresen dominación masculina por sobre el género femenino, pervirtiendo la matriz heteronormativa/binaria.

Esta manera de pensar la sexualidad tendría que ser hecha desde la perspectiva de las mujeres. “Feminismo por y para mujeres” podría ser la salida. Por otro lado, se da en un contexto en el que el cambio en la industria del porno, el ya mencionado auge de internet como principal lugar de intercambio y consumo, podría generar un espacio para la difusión de este tipo de pornografía. “Las nuevas formas de hacer pornografía pueden ser algunos de los campos de batalla donde las caracterizaciones hegemónicas de la sexualidad abran su sentido hacia nuevas direcciones y donde se subviertan las normas de género recibidas”.²⁹

A continuación desarrollaré este último punto señalado, bajo la inquietud de si es posible –y de serlo, cómo– llevar a la práctica esta alternativa que, sin dudas, desde el plano teórico, resulta muy atractiva.

V. LA PROLIFERACIÓN DE PORNOGRAFÍA EN SITIOS WEB

En octubre de 2015 *Playboy* decidió dejar de publicar desnudos, luego de varios años de caídas abruptas en las ventas de la revista (estas pasaron de 5.6 millones de ejemplares vendidos en la década de los 70 a 800.000 en los últimos años). Esta decisión se fundó –según lo explicado por el CEO de *Playboy*, Scott Flanders, a *The New York Times*– en que la revista ya no puede competir con internet en el mercado de la pornografía. “Hoy, uno está a un click de cualquier acto sexual imaginable, y gratis. Y, entonces, es simplemente pasado de moda en este contexto”.³⁰ Si bien un año después decidieron volver a la publicación de fotos de mujeres desnudas, el problema de la revista sigue sosteniéndose y las ventas siguen bajando.

Tal como fue explicado, al describir a la industria pornográfica, Preciado toma a *Playboy* como puntapié de la “lógica masturbatoria” que viene a entrar en jaque con la sexualidad íntimamente ligada a la repro-

29. *Ibid.*, p. 178.

30. “Nudes are Old News at Playboy”, nota periodística publicada en *The New York Times*, disponible en: [<https://www.nytimes.com/2015/10/13/business/media/nudes-are-old-news-at-playboy.html>], verificada el 29/10/2017.

ducción. Sin embargo, la industria a la que hace referencia es, justamente, la del *ciberporno*. En efecto, explica: "la industria pornográfica es hoy el gran motor impulsor de la economía informática: existen más de un millón y medio de *webs* adultas accesibles desde cualquier punto del planeta. De los dieciséis mil millones de dólares anuales de beneficios de la industria del sexo, una buena parte proviene de los portales porno de Internet. Cada día trescientos cincuenta nuevos portales porno abren sus puertas virtuales a un número exponencialmente creciente de usuarios".³¹

"Por el momento, cualquier usuario de Internet que posee un cuerpo, un ordenador, una cámara de video o una *webcam*, una conexión de Internet y una cuenta bancaria puede crear su propia página porno y acceder al mercado de la industria del sexo".³²

Ahora bien, no escapa del conocimiento de ninguna de las autoras tratadas que los sitios web de pornografía son mayormente administrados por las mismas grandes corporaciones que manejaban la pornografía que se reproducía en las salas de cines o en las famosas revistas. Es así que estos portales siguen estando en su mayoría bajo el dominio de multinacionales (*Playboy*, *Hotvideo*, *Dorcel*, *Hustler*).³³

A pesar de ello, a esta industria pornográfica *mainstream* se le opone un –pequeño, más bien– mercado *amateur*. Así, la ya mencionada Solana mira con buenos ojos la proliferación de páginas web con pornografía alternativa, los festivales y *workshops* en torno a estas producciones, las crecientes comunidades virtuales y reales que se concentran en torno a este tipo de películas, que haya una gran amplitud del mercado orientado a filmes que representan minorías sexuales. Esto, a su entender, es un índice de que algo ha cambiado en los últimos años, en términos de la representación de la sexualidad por vía de la pornografía.³⁴

Entonces, ¿a dos años de la caída de *Playboy*? ¿Implican la caída en las ventas de la revista la caída del imperio? ¿Representa esto algún tipo de cambio real en la estructura del poder que gira en torno a la industria pornográfica?

Sin dejar de lado el valor teórico de la construcción de aquellas feministas que, inspiradas en las ideas de Butler, defienden a la pornografía

31. PRECIADO, B., *Testo Yonqui*..., ob. cit., p. 37-38.

32. *Ibid.*, p. 38.

33. *Idem*.

34. SOLANA, M., *Pornografía y subversión*..., ob. cit., p.176.

como un espacio de posible revolución, me arriesgo a opinar que, en tanto la industria pornográfica siga siendo manejada por corporaciones dirigidas por hombres que no solo no se apartan sino que reivindican imágenes de subordinación de las mujeres, dominación masculina, deshumanización, objetivación y violencia, el lugar efectivo que se le deja a la pornografía feminista es mínimo y la revolución, muy lejana. Por otro lado, el riesgo de la apropiación de los espacios tradicionalmente masculinos, de este reagenciamiento de las prácticas, es que, volviéndolas intrasistémicas, relancemos sus lógicas.

Celebro a quienes se preocupan por crear espacios de pornografía feminista pero a la vez dudo del lugar que pueden llegar a obtener en la "gran industria", incluso pensando en que ella tiene lugar en un espacio al que –en principio– todos tenemos acceso, como lo es internet.

VI. CONCLUSIÓN

En este ensayo intenté explicar algunos de los argumentos teóricos más importantes del feminismo en torno a la pornografía. Así, luego de haber desarrollado las ideas de Butler y Preciado, intenté mostrar que se podría pensar en cierta continuidad entre estas líneas argumentales y aquellas tomadas por autoras como MacKinnon y Dworkin que, en principio, parecerían partir de análisis totalmente distintos. Todas denuncian a la heteronormatividad del género y al sistema patriarcal. Por otro lado, los argumentos de las últimas autoras mencionadas parecería llevarnos a la conclusión de que no existe otra salida más que la regulación de la pornografía y que esta no puede ser vista de otra forma que a través de su ligazón intrínseca con el sistema misógino y violento. En cambio, las ideas de Butler, tomadas por Preciado, podrían llevarnos a pensar en que la pornografía es un espacio plausible de ser apropiado y modificado por mujeres con perspectiva feminista.

Mi postura quedó ya manifiesta dos párrafos atrás. A pesar de ello, me gustaría señalar, por último, que considero necesario, para terminar de tomar una postura firme al respecto, conocer más sobre las experiencias de estas mujeres que reivindican apropiarse del espacio pornográfico. Me pregunto, ¿cómo fue que entraron en la industria?, ¿cuáles son las dificultades con las que se enfrentaron?, ¿en qué sentido se identifican a ellas mismas como feministas? Por ello es que, en un estadio posterior al que actualmen-

te me encuentro, pretendo contactar a estas mujeres, productoras, actrices y consumidoras, para poder resolver estas inquietudes que me genera pensar en el impacto de una posible pornografía por y para mujeres.

BIBLIOGRAFÍA

- BUTLER, Judith, *Deshacer el género*, Barcelona, Paidós, 2006.
- , *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*, Barcelona, Paidós, 2007.
- CANO, Virginia, "Reseña. Pornotopía. Arquitectura y sexualidad en "Playboy" durante la guerra fría", en *Mora*, n° 19, Instituto Interdisciplinario de Estudios de Género, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Filosofía y Letras, 2013.
- DWORKIN, Andrea y MACKINNON, Catharine, *Pornography and civil rights: A new day for woman's equality*, Minneapolis, Organizing against Pornography, 1988.
- FELITTI, Karina, *La revolución de la pildora. Sexualidad y política en los sesenta*, Buenos Aires, Edhasa, 2012.
- FOUCAULT, Michel, *Historia de la Sexualidad I. La voluntad de saber*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2014.
- MACKINNON, Catharine, *Feminismo inmodificado. Discursos sobre la vida y el derecho*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2014.
- , "Pornography, and Method: Pleasure under Patriarchy", en *Ethics*, Chicago, University of Chicago Press, 1989.
- PRECIADO, Beatriz, *Testo Yonqui. Sexo, drogas y biopolítica*, Buenos Aires, Paidós, 2014.
- , *Pornotopía. Arquitectura y sexualidad en Playboy durante la guerra fría*, Barcelona, Anagrama, 2010.
- SCHATTUCK, Roger, "Un paseo más íntimo con Sade", en *Conocimiento Prohibido*, Madrid, Taurus, 1998.
- , "¿Hay que quemar a Sade?", en *Conocimiento prohibido*, Madrid, Taurus, 1998.
- SOLANA, Mariela, "Pornografía y subversión: una aproximación desde la teoría del género de Judith Butler", en *Convergencia. Revista de Ciencias Sociales*, México, UAEM, 2013.

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

**TOMARNOS EN SERIO LA IGUALDAD
COMENTARIOS A *MÁS ALLÁ DE LA IGUALDAD FORMAL
ANTE LA LEY: ¿QUÉ LES DEBE EL ESTADO A LOS
GRUPOS DESAVENTAJADOS?*¹ DE ROBERTO SABA ***

DALILE ANTÚNEZ, FEDERICO ORLANDO, LILIANA RONCONI
Y FRANCISCO VERBIC**

El libro parte de un problema y es la existencia de grupos de personas que en la sociedad se encuentran en una situación de "desventaja estructural". Lo que el autor se propone es explorar cómo el reconocimiento del principio de igualdad podría imponer al Estado obligaciones y deberes hacia los conciudadanos más desaventajados. Esta situación se refuerza en Argentina, específicamente luego de la crisis del 2001. Sin embargo, en general no hay reclamos en la justicia respecto de este tema, ni políticas públicas en ese sentido y esto, sostiene Saba, puede deberse a la interpretación de la igualdad como mero "trato no arbitrario". Por esto, se plantea la necesidad de una interpretación diferente de la igualdad, entendida como tratos que no perpetúen la situación de desigualdad estructural.

El libro consta de un prólogo a cargo de Owen Fiss, de cuatro capítulos y de un epílogo. Aun cuando no todos ellos sean abordados en este comentario, destacamos lo valioso de la propuesta, ya que como el propio autor indica, no ha sido muy debatido en nuestra región el alcance e implicancias de las normas de igualdad pese a que la mayoría de las constitucio-

* Recepción del original: 2/8/2017. Aceptación: 2/9/2017.

** RONCONI, Liliana (CDH – CONICET UBA), ORLANDO, Federico (UBA), VERBIC, Francisco (UNLP), ANTÚNEZ, Dalile (ACIJ). Los comentarios expuestos fueron realizados en la presentación del libro que se llevó a cabo el 16 de mayo de 2017 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en un evento realizado por el Centro de Derechos Humanos y la Revista *Lecciones y Ensayos*.

1. SABA, R., *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2016.

nes de los países de la región como asimismo diferentes instrumentos de derechos humanos hacen referencia a cláusulas de igualdad.

I. PRIMER CAPÍTULO: DESIGUALDAD ESTRUCTURAL

En el primer capítulo² el autor plantea dos concepciones de igualdad: la *igualdad como no discriminación* y la *igualdad como no sometimiento*. Postula que la primera es la concepción clásica de igualdad, vinculada al constitucionalismo liberal, de cariz individualista y que ha sido dominante en la discusión (doctrinaria y jurisprudencial) en Argentina y la segunda es una versión más sociológica, estructural de la igualdad pues toma en cuenta la situación de hecho en la que se encuentran ciertos grupos o individuos. Propone Saba que ambas concepciones presentan (o representan) un marco para discutir el art. 16 de la Constitución Nacional referido a la *igualdad ante la ley*.

Se analizan en el capítulo las implicancias de la concepción de igualdad como no discriminación. En este sentido, se sostiene que el legislador puede hacer distinciones siempre que exista una relación de proporcionalidad ("funcionalidad" según Saba)³ entre medios y fines (el medio en general es la distinción utilizada por el legislador y el fin puede ser diverso, por ejemplo, encontrar los mejores docentes, identificar a quienes saben conducir, que ingresen los mejores a las universidades, entre otros). Las diferencias no están prohibidas siempre que cumplan con el principio de legalidad y razonabilidad. Así, para esta concepción de igualdad se viola la igualdad de trato ante la ley siempre que no sea posible superar el test de razonabilidad.⁴

Existen, además, algunos criterios de distinción (como el "ser varón") que estarían prohibidos o sospechados de falta de proporcionalidad ya que serían criterios de distinción que (casi) nunca podrán ser considerados razonables⁵ ya que, en principio, no guardarían ningún vínculo de funcionalidad con algún fin legítimo. En estos casos, es el Estado el que debe

2. Comentarios a cargo de Liliana Ronconi (CDH – CONICET UBA).

3. SABA, R., *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2016, p. 40.

4. *Ibid.*, p. 50.

5. *Ibid.*, p. 42.

demostrar la existencia de un "interés estatal urgente o insoslayable".⁶ A lo largo del capítulo, el autor explica el funcionamiento de la concepción de igualdad como no discriminación con la utilización de ejemplos de sentencias locales como de la Suprema Corte de Estados Unidos.

Luego se demuestra, a través de varios ejemplos jurisprudenciales, la insuficiencia de esta concepción de igualdad, en particular con el caso de la orquesta propuesto por Robert Post, en donde la "idea de mampara opaca evoca la metáfora de la ceguera de la ley como garantía de neutralidad en el trato". Así demuestra que, en muchos casos, el trato neutral puede implicar un trato discriminatorio en los hechos. Sin embargo, para analizar estas situaciones de hecho es necesario reconfigurar la concepción de igualdad. Es necesario aplicar una concepción más robusta de igualdad, la *igualdad como no sometimiento*. Esta concepción busca evitar la formación de grupos sometidos o sojuzgados y/o que se perpetúe esa condición. Según el autor, esta más moderna concepción de igualdad puede considerarse incorporada en los arts. 37 y 75 inc. 2, 19 y 23 de la Constitución Nacional.

Otro ejemplo utilizado es el de la situación de las mujeres en el acceso a cargos jerárquicos en el Poder Judicial en Argentina. Sostiene que en el caso de las mujeres en los tribunales, las afecta el hecho de que hayan decidido ser madres. Esto las excluye del mercado por un tiempo y esto afecta su currículum, por ejemplo. En estos casos, la persona recibe cierto trato "igualitario" (si se lo mira desde la concepción de igualdad como no discriminación) por ser parte de un grupo (todos y todas pueden lograr cargos más altos en el Poder Judicial), pero ese trato resulta perjudicial pues las coloca en una situación de sojuzgamiento o desventaja (ya que el currículum de las mujeres posiblemente contenga menos antecedente que el de los hombres). Así, se identifica claramente la insuficiencia de la concepción de igualdad como no discriminación a no tomar en cuenta la situación de hecho de ciertos grupos.

Un ejemplo claro de la escasa jurisprudencia local sobre el tema lo constituye el voto del Juez Enrique Petracchi en la sentencia del caso "González de Delgado"⁷ donde considera la especial situación de las mujeres en el ingreso a lugares de formación de las elites para garantizar el

6. Estos criterios de distinción "sospechados" son conocidos como "categorías sospechosas", existiendo un análisis más extenso en el capítulo 2 del libro.

7. CSJN, "González de Delgado, C. y otros c. Universidad Nacional de Córdoba", 19 de septiembre de 2000.

ingreso de las mujeres al Colegio Monserrat de Córdoba.

Ante este supuesto (desigualdad de hecho) están permitidos los tratos desiguales (por ejemplo, colocar el requisito de "ser mujer" o "ser afrodescendiente") cuando lo que se busca es poner fin o limitar la situación de exclusión. Se trata de la realización de acciones afirmativas, como por ejemplo las establecidas en el artículo 37 de la Constitución Nacional, a favor de estos grupos.

Al final del capítulo se refiere a las interpretaciones del principio de igualdad por parte de los órganos del sistema interamericano, indicando desarrollos similares en cuanto a la igualdad como no discriminación y mayores avances en cuanto a la igualdad como no sometimiento.

Algunas cuestiones que surgen de la lectura de este primer capítulo. En primer lugar, no aparece una crítica ni una conceptualización de la *igualdad formal* que implica la fórmula "separados pero iguales", elaborada por la Suprema Corte de EE.UU., en el famoso caso *Plessy vs. Ferguson*.⁸ Sin embargo, esta es una concepción de igualdad que sigue vigente en el planteo y también en la resolución de casos judiciales. En este sentido, puede leerse el planteo que se realizaba por ciertos sectores a la hora de debatir el matrimonio igualitario,⁹ es el planteo que realizan los padres/las madres del caso "González de Delgado" y asimismo aparece en la argumentación de la CSJN, en forma reciente en el caso "Muiña" sobre la aplicación de la ley del 2x1 a personas condenadas por delitos de lesa humanidad.¹⁰ Creo que la vigencia de este tipo de argumentación demuestra que la concepción de igualdad formal aún sigue vigente y que no ha desaparecido del discurso jurídico.

Además, a la hora de analizar la concepción de igualdad como no discriminación se indica que es relevante determinar la razonabilidad/funcionalidad de la distinción ("lo que entendemos por justificado es cen-

8. SUPREMA CORTE DE EE. UU., *Plessy vs. Ferguson*, 163 U.S. 537, sentencia del 18 de mayo 1896. En el caso, una persona considerada de "color" ocupó un asiento en un vagón que estaba destinado a gente blanca. Calificado tal acto como una desobediencia civil y condenado por lo ello el Sr. Plessy, el caso llegó a la Corte donde se estableció que no había problema alguno con la distinción de vagones, ya que la ley exigía asientos "separados pero iguales" y esto no era contrario a la Decimocuarta Enmienda (igualdad).

9. CLÉRICO, L. y ALDAO, M. (coords.), *Matrimonio igualitario. Perspectivas sociales, políticas y jurídicas*, Buenos Aires, Eudeba, 2010.

10. CSJN, "Bignone, Benito A. y otro s/recurso extraordinario", 3 de marzo de 2017.

tral en esta cuestión",¹¹ asimismo, citando a Fiss, "adoptar los medios más efectivos para alcanzar determinados fines"¹² indicando que se permite un "desajuste tolerable". Sin embargo, la gran ausencia del capítulo es que no se trabaja sobre una forma de determinar la razonabilidad de la norma o la distinción, siendo que conocer cuándo una norma que realiza distinciones es razonable o no es el punto central del argumento. Aun cuando en la doctrina local no abundan trabajos sobre el tema, existen diversos modelos de razonabilidad con estructuras argumentativas bien diversas: el modelo "europeo" de razonabilidad¹³ (la razonabilidad de la distinción se determina mediante el "juicio de proporcionalidad"), el modelo de intensidades o escrutinio de la Suprema Corte de EE.UU. y el modelo combinado de la Corte Constitucional Colombiana.¹⁴ La determinación de la razonabilidad es central, también, en el capítulo referido a la igualdad de trato entre particulares.

Otra de las cuestiones pendientes en el texto es respecto de cómo es posible considerar a un grupo desaventajado y por lo tanto, cuándo se debe aplicar la concepción de igualdad como no sometimiento. En este sentido, Fiss se refirió a los grupos sociales como aquellos que tengan una identidad y una existencia separada del resto, caracterizándolos como aquellos que tienen una entidad propia (esto es, que se pueda hacer referencia al grupo sin referirse a sus componente individualmente) y que exista una interdependencia de sus miembros.¹⁵ Ahora bien, no existe mayor identificación en el capítulo sobre respecto de qué son desventajados ciertos grupos. Siguiendo a Fraser es posible identificar que estos grupos para ser tratados como grupos desaventajados deben padecer de: a) una errónea distribución de bienes, b) falta de reconocimiento de las características particulares

11. SABA, R., ob. cit., p. 36.

12. *Ibid.*, p. 41.

13. Utilizado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional Federal Alemán, y el Tribunal Constitucional Español, entre otros. Cabe advertir que también ha sido aplicado por otros tribunales aunque no en materia de igualdad, como la Corte IDH en el caso "Kimel vs. Argentina", sentencia de 2 de Mayo de 2008 (*Fondo, Reparaciones y Costas*) y en "Gonzalez Lluy Talía vs. Ecuador", sentencia de 1º de Septiembre de 2015 (*Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*), Serie C 298.

14. BERNAL PULIDO, C., "La ponderación de la igualdad", en BEADE, G. y CLÉRICO, L., *Desafíos a la ponderación*, Bogotá, Universidad del Externado, 2011.

15. FISS, O., "Grupos y Cláusula de igual protección", en GARGARELLA R. (comp.), *Derecho y grupos desaventajados*, Barcelona, Gedisa, 1999.

del grupo y c) insuficiente o errónea representación política.¹⁶ Por el contrario, seguir a Dworkin implica hablar solo de recursos¹⁷ o de capacidades siguiendo a Sen¹⁸ o por el contrario de "posiciones" conforme la postura de Dubet.¹⁹ Creo que el punto deja más dudas que certezas más aun teniendo en cuenta el argumento fuerte de la necesidad de aplicar esta moderna concepción de igualdad a grupos como "mujeres", "personas con condición de pobreza" que en principios resultan bastante amplios en sus demandas.

Por último, quedan algunas dudas respecto de las acciones hacia los grupos desaventajados. En el trabajo solo se mencionan las acciones positivas. Sin embargo, cuando se está ante una situación de desigualdad estructural ¿son suficientes las acciones positivas? ¿O la concepción misma de desigualdad estructural implica revisar este remedio? Por ejemplo, y en forma crítica a esta postura, sostiene Fraser respecto del feminismo que postula que las mujeres asciendan en puestos en empresas que "eso significa solo eliminar las barreras que impiden que las mujeres talentosas avancen hacia las posiciones más altas de las jerarquías corporativas, militares".²⁰ Este punto, sin duda, presenta un fuerte vínculo con el rol del Poder Judicial a la hora de brindar remedios ante situaciones de desigualdad estructural (abordado en el capítulo 4).

16. Por esto, N. Fraser identifica distintas formas de alcanzar la igualdad real. FRASER, N., "La justicia social en la era de la política de la identidad: Redistribución, reconocimiento y participación", en FRASER, N. y HONNETH, A., *¿Redistribución o reconocimiento?*, Madrid, Ediciones Morata, 2006.

17. DWORKIN, R., *Sovereign Virtue: Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Harvard University Press, 2000.

18. SEN, A., *Nuevo examen de la desigualdad*, Madrid, Alianza, 1995.

19. DUBET, F., *Repensar la Justicia Social. Contra el mito de la igualdad de oportunidades*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011.

20. "Ver si podemos construir un feminismo de izquierda, radical. A eso nos referimos cuando decimos un feminismo del 99%. Un feminismo para todas las mujeres por las que el feminismo corporativo no ha hecho prácticamente nada". Entrevista a FRASER, N., *El feminismo del 99% y la era Trump*, consultado en [<http://www.laizquierdadiario.com/Nancy-Fraser-el-feminismo-del-99-y-la-era-Trump>].

II. TERCER CAPÍTULO: IGUALDAD DE TRATO ENTRE PARTICULARES

En el capítulo 3²¹ el autor intenta reflexionar sobre las tensiones que pueden surgir –porque de hecho así sucede– entre el principio de igualdad formal y dos derechos que, a su entender, están intrínsecamente vinculados con el principio de autonomía individual: el derecho a asociarse libremente y el derecho a contratar libremente.

Más allá de las dudas, interrogantes e incluso críticas que luego intentaré marcar, quiero comenzar remarcando un punto: el tema que aquí aborda el autor es particularmente importante. En primer término, porque la mayoría de las decisiones jurisprudenciales de nuestra comunidad con relación al principio de igualdad han surgido a partir de las tensiones conceptuales aquí tratadas. Y en segundo lugar, porque el terreno doctrinario y teórico sobre estas resulta –todavía– un tanto inhóspito. Este capítulo posee, entonces, la virtud –y quizás el desafío– de ser uno de los textos inaugurales sobre los problemas abordados.

En el capítulo bajo comentario, Roberto Saba tiene un objetivo muy claro: evaluar los alcances de las obligaciones estatales en materia de igualdad ante casos o prácticas o decisiones de particulares que se fundan en el derecho a asociarse o en el derecho a contratar. Antes de adentrarse en este punto, el autor desarrolla dos cuestiones que, en su argumentación, son centrales como precondition para la conversación que propone: por un lado cuál es la mejor interpretación posible de los límites del principio de autonomía individual; por el otro, qué tipo de obligaciones impone este principio en cabeza del Estado.

Digo que ambas cuestiones son centrales porque, como veremos, las interdicciones –aún en nombre de la igualdad– a los derechos a asociarse o a contratar libremente deben enfrentar un fuerte valladar: el principio de autonomía individual que sirve de fundamento a ambos derechos. De este modo, cualquier argumento que pretenda restringir, por ejemplo, mi derecho a contratar libremente, debe tener en cuenta que está afectando un derecho que resulta vinculado –de un modo central dirá el autor– con este principio que, bajo su concepción, es especialmente relevante en una democracia constitucional.

Con relación al primer punto, y luego de una reconstrucción teórica

21. Comentarios a cargo de Federico Orlando (UBA).

y jurisprudencial, el autor entiende que el límite del principio de autonomía está configurado por el llamado "principio del daño". Según este, el artículo 19 de nuestra Constitución Nacional previene acerca de la posibilidad de que el Estado imponga límites justificados a las "acciones privadas" o a la autonomía solo en aquellos casos en que esas acciones produzcan daños a terceros. En lo que respecta al segundo punto, Saba sostiene que una concepción de democracia constitucional que resulte consistente tanto con el compromiso de los derechos como con el compromiso del autogobierno colectivo, impone la necesidad de entender que el principio de autonomía individual no se limita a generar obligaciones negativas en cabeza del Estado –cuestiones presentadas como "paternalismo" y "perfeccionismo"–, sino también el deber de remover obstáculos para que las personas puedan materializar sus planes de vida libremente elegidos, deberes de tipo positivo.

Sobre el derecho a asociarse, el autor expresa que el punto tensionante con el principio de igualdad es la faz negativa de este derecho; es decir, el derecho a *no asociarse* con quien no se quiere. Bajo este prisma, diferentes personas deciden asociarse –con diversas razones, según veremos a continuación– y, a la vez, deciden no admitir en la asociación a individuos que no compartan algún rasgo en común. Dicho de otro modo, ¿cuáles son los alcances de la protección constitucional de mi derecho a no asociarme con quien no quiero?

Según el autor, cuando las personas nos asociamos lo hacemos en función de profundizar diversos tipos de vínculos. Siguiendo un estándar desarrollado por el Juez de la Corte Suprema de Estados Unidos, Brennan, son dos los tipos de vínculos que suelen fundar nuestros deseos de asociarnos con otros: los íntimos o afectivos y los expresivos. Mientras que los primeros se tratan de casos donde los individuos guardan algún tipo de afinidad personal –pareja, matrimonio, amistad–; en los segundos, las personas se asocian para compartir una cosmovisión, una creencia, una idea, una religión, etc., que, en definitiva, se pretende expresar. De allí que este tipo de asociación –las que se fundan en vínculos expresivos– termina amparada –según la teoría y la jurisprudencia utilizada en el libro– en el derecho a la libertad de expresión. Por último, se identifica un tercer tipo de vínculo: la necesidad o el deseo de gozar colectivamente de ciertos bienes y servicios.

Ahora bien, esta clasificación que utiliza Roberto Saba es relevante puesto que en la medida en que es posible identificar el tipo de vínculo

que fundamenta la asociación, lo que variará es la legitimidad de la interdicción del Estado en esta. Así, a medida que los vínculos son más fuertes y relevantes, la posibilidad de que el Estado intervenga legítimamente es menor. Por ejemplo, cuando la asociación se funda en vínculos íntimos, el Estado no puede negar la posibilidad de asociarse con otro ni forzar algún tipo de asociación. Pero la cuestión cambia cuando se trata de los otros dos vínculos. Veamos.

En los casos en que las asociaciones están fundadas en los vínculos expresivos, el autor advierte que, en general, el alcance de la interferencia estatal sobre el derecho de asociarse estará en función del nivel de permisividad que el derecho nacional tenga respecto de la libertad de expresión. Así, Saba nos trae a colación el llamado "test del mensaje" –creación pretoriana de la Corte Suprema estadounidense–, según el cual no se evalúa el mensaje en sí –el contenido–, sino que demanda que la no admisión o expulsión de un miembro de una asociación solo se relacione con la contradicción entre la idea o la conducta del miembro y el mensaje de la asociación. Así, por ejemplo, una asociación que excluye homosexuales, pero cuyo mensaje NO sea homofóbico violaría el principio de igualdad (ello, claro, en función de la inconsistencia entre el mensaje, por un lado, y el criterio para admitir o rechazar a un miembro, por el otro).

Sobre este punto solo tengo un breve comentario y un interrogante. En lo que respecta al comentario, creo que un punto problemático de la propuesta es que deja de lado –demasiado rápidamente, a mi entender– el principio de razonabilidad. Su intención de reconstruir y robustecer el principio de igualdad como no sometimiento, lo lleva, creo, a minimizar la potencia del principio de razonabilidad como criterio para evaluar el ejercicio de los derechos. De este modo, es posible pensar que la aplicación de este criterio –en lugar del llamado "test del mensaje"– podría resultar mucho más protectorio de una idea de igualdad, aun formal y poco robusta. Con relación al interrogante, mi pregunta es la siguiente: como bien advierte el autor, este tipo de estándar –el "test del mensaje"– tiene sentido en la medida en que en la comunidad constitucional en la que se aplica tiene un mirada especialmente protectoria del derecho a la libertad de expresión –como sería el caso de Estados Unidos–, pero ¿cómo debería pensarse en comunidades –como la Argentina– en la que estos avances son, todavía incipientes? Aún más, ¿de qué modo conversaría un estándar de este tipo con las construcciones sobre libertad de expresión que se han ido construyendo en nuestra práctica local?

Sigamos con el siguiente supuesto. ¿Qué sucede cuando la asociación se funda en el tercer tipo de vínculo? Allí el autor reconoce que la protección constitucional al derecho de asociarse es más débil puesto que, claro está, son más débiles los vínculos que la fundamentan. En este tipo de casos, dice Saba, el Estado debe analizar la admisión o expulsión de algún miembro de la asociación con el llamado "test de razonabilidad".

Un último comentario general sobre este apartado. Comienzo con dos ejemplos muy sencillos: supongamos que un barrio cerrado no admite personas que profesan la religión judía. O bien supongamos que en un barrio cerrado no se admiten, por ejemplo, parejas homosexuales. ¿Qué tipo de estándar debería aplicarse? ¿Qué tipo de vínculos fundamentan esas asociaciones? Una primera respuesta parecería asumir que estaríamos frente al tercer tipo de casos: personas que solo se reúnen por los beneficios del goce colectivo de ciertos bienes y servicios. Sin embargo, ello no parece ser del todo correcto. Y esto es así, porque lo cierto es que las decisiones por las cuales elegimos unirnos a otras personas, suelen ser decisiones complejas y multicausales. O en términos de la clasificación del autor, responden a diferentes tipos de vínculos al mismo tiempo. En efecto, personas que deciden vivir en un barrio cerrado que no admite familias conformadas por parejas homosexuales —o familias judías—, no solo se vinculan por los beneficios del goce colectivo de ciertos bienes y servicios, sino también porque parecen compartir una cosmovisión determinada acerca de cómo deben constituirse, por ejemplo, las familias, o un credo. Según entiendo, la clasificación que se propone, si bien puede darnos algunas pautas útiles, lo cierto es que para los llamados "casos difíciles" parece brindarnos pocas respuestas consistentes.

En lo que se refiere al derecho a contratar libremente, y tal como fue presentado en relación con el derecho a asociarse, está definido por la libertad del sujeto de elegir con quién quiere contratar y, por tanto, a quién/es decide excluir como potenciales contratantes. Otra vez, entonces, el interrogante es ¿cuál es la protección constitucional de mi derecho a no contratar con quien no quiero hacerlo?

Para pensarlo, el autor plantea un estándar utilizado en la jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense que traduce como "calificación ocupacional de buena fe". Esta regla consiste, básicamente, en exigir al empleador que en el momento de contratar personal observe dos cuestiones: la legitimidad del fin de la contratación por un lado, y la razonabilidad de los requisitos impuestos para la selección de los contratados por el otro,

que deben seguir criterios funcionales para el fin legítimo buscado (en el caso de los contratos laborales, aclara Saba, sería el de la actividad que desarrolla la empresa contratante). Supongamos, entonces, que un restaurante está buscando personal para desempeñar tareas como camarero/a. La aplicación de la regla antes mencionada impondría en el empleador que solo haga un análisis de la idoneidad de los/as candidatos/as —que sepa servir bebidas y comidas, que conozca ciertas reglas protocolares, etc.—, dejando de lado criterios como la apariencia física, credo, ideas políticas, etc.

Saba manifiesta cierta incomodidad con este tipo de estándar: según él, el problema es que otorga demasiada autoridad al Estado y a los jueces para definir la razonabilidad de los requisitos según cómo se defina el fin de la actividad. El problema que marca, aclaro ahora, no es de tipo práctico sino ideológico: según el autor ni el Estado ni los jueces estarían legitimados para hacer este tipo de análisis.

Al contrario, yo creo que este tipo de exigencia sí es razonable y consistente con la protección del principio de igualdad sin vulnerar el derecho a contratar libremente. En rigor de verdad, creo que las exigencias en la contratación de trabajadores solo deberían estar vinculadas a la funcionalidad de las tareas. Y nada más.

Utilizo un ejemplo, real por cierto. Una empresa que se dedica a hacer alfajores —y productos asimilables— ha decidido abrir una serie de locales donde, además de vender sus productos, sirve café. Para ello necesita, claro, de personas que trabajen tanto de camareros/as como de vendedores/as, cajeros/as. Supongamos, entonces, que se presenta una persona con referencias laborales que demuestran que está en perfectas condiciones de realizar las tareas que requiere el trabajo. Pero esta persona tiene una peculiaridad: se encuentra visiblemente excedida de peso. Supongamos, luego, que la empresa decide no contratarlo/a y cuando nuestro/a interesado/a requiere de razones, se le explica —y, de vuelta, esto es un caso real— que dado que la empresa vende productos de alta intensidad calórica, es necesario que quien las venda sea “flaco/a”, pues de lo contrario —i.e., si el/la vendedor/a se encuentra excedido/a de peso— los clientes sentirán que al comprar un producto estarán engordando —lo que, por otro lado, es objetivamente cierto— disuadiéndolos de seguir adquiriendo sus productos, lo que redundaría en un perjuicio económico.

Creo poder afirmar que Saba sostendría que si existen razones fundadas en criterios comerciales que no resulten del todo irrazonables, no se debería limitar este derecho a no contratar con quien no se quiere. Al

contrario de ello, según el estándar antes mencionado, la decisión de la empresa es claramente irrazonable en tanto la exigencia de una apariencia física no se condice con las tareas para las cuales se requiere. Estoy de acuerdo con ello: en Argentina la práctica de contratar está limitada por el principio de igualdad. ¿Esto vuelve más costosa dicha práctica? Pues sí. Pero en todo caso, tengo para mí que los patrones de discriminación que versan sobre ciertas personas –por ejemplo, sobre los/as obesos/as–, solo pueden ser removidos o modificados en la medida en que se limite este tipo de decisiones.

Un último punto que el autor trata sobre este apartado es el famoso “derecho de admisión”. Y aquí, otra vez, la regla debería ser la razonabilidad: no se puede negar el ingreso a un local a quien incumple un requisito que no es funcional al servicio ofrecido. Pero entonces, ¿qué sucede, por ejemplo, con el derecho a ingresar a un local bailable? En principio, la respuesta sería: la ropa o la apariencia física no son requisitos razonables para el ingreso. Sin embargo, es igualmente cierto que este tipo de actividad comercial suele tener, entre sus objetivos, el de trabajar con cierto tipo de clientes, i.e., con clientes que respondan a criterios o pautas estéticas determinadas. Este tipo de decisión, ¿pasaría el examen de la razonabilidad aquí propuesto?

Una última cuestión que me parece especialmente relevante en el capítulo bajo comentario está relacionado con un punto del “Caso Álvarez”: cuando se produce un despido laboral por razones discriminatorias, ¿cuál es el remedio que resulta consistente con nuestros compromisos constitucionales? ¿Debe indemnizarse –agravadamente– a la víctima o se la debe reincorporar?

La postura del autor no es del todo clara pues afirma que “pagar para indemnizar [...] podría, quizá, ser admisible en casos aislados de tratos discriminatorios por arbitrarios y no razonables, pero será inadmisibles en casos de discriminación estructural desde la perspectiva de la igualdad como no sometimiento”.²² Más allá de que la distinción, a mi entender, no encuentra fundamento normativo alguno –un punto, por lo demás, que no es especialmente relevante ni persuasivo–, yo sería más terminante: la única manera de terminar con los comportamientos discriminatorios en un trabajo es obligando al empleador a reincorporar a la víctima. De lo contra-

22. SABA, R., ob. cit., p. 215.

rio se produciría una regla no solo curiosa sino injusta: la posibilidad o no de discriminar dependerá de los recursos económicos del discriminador: si tengo dinero, discrimino y luego indemnizo. Creo que esto es inadmisibile si tenemos como objetivo tomarnos en serio el derecho a la igualdad.

III. CUARTO CAPITULO: CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y DESIGUALDAD ESTRUCTURAL

En el capítulo 4²³ se aborda una de las cuestiones más trascendentes y delicadas de la actualidad jurídica de nuestro país y tal vez de todos aquellos sistemas nacionales de nuestra región que han adoptado un modelo de control judicial de constitucionalidad inspirado en *Marbury vs. Madison*. Me refiero al modo de ejercer este control en el contexto de casos colectivos. Y más específicamente, en el contexto de casos colectivos de índole estructural.

El autor desarrolla aquí una crítica del modelo tradicional de control de constitucionalidad, al cual considera abiertamente inadecuado para enfrentar situaciones de desigualdad estructural.

La construcción de esta crítica parte de dos premisas fundamentales. La primera –hilo conductor de todo el libro– es una noción de igualdad que implica entenderla “en clave de no subordinación de grupos” y “como no sometimiento que se articula como defensa constitucional frente a situaciones de desigualdad estructural”. La segunda es el lugar que ocupan los jueces en nuestro sistema político-institucional, donde operan como “responsables de identificar casos de desigualdad estructural y exigir al Estado o los particulares involucrados en la afectación el consiguiente respeto del principio constitucional de igualdad ante la ley”.

En opinión de Saba, el ejercicio del control de constitucionalidad (instrumento esencial de la función judicial) es más complejo en el marco de situaciones de desigualdad estructural que en los casos de desigualdad producida por tratos arbitrarios, lo cual obedece a “una serie de obstáculos vinculados a ciertas características de la estructura clásica del modelo de control judicial de constitucionalidad” que importamos desde los Estados Unidos de América a mediados del siglo XIX.

23. Comentarios a cargo de Francisco Verbic (UNLP).

En este orden, propone como objeto de análisis y discusión dos problemas que presenta dicho modelo clásico. El primero se encuentra en el modo en que fue aplicado a lo largo del tiempo. Un modo que "resistió ser utilizado para resolver casos en los que estuvieran en juego afectaciones estructurales de derechos". El segundo problema que advierte el autor es el tipo de remedio que los jueces han ordenado en aquellos casos donde se vieron "forzados a hacerse cargo de este tipo de afectaciones".

Para trabajar sobre tales problemas identifica y analiza críticamente cinco "elementos constitutivos" del modelo clásico, los cuales considera "se presentan como escollos a la posibilidad de que los jueces no solo acepten intervenir en estos litigios, sino que además ofrezcan remedios eficaces en casos de afectaciones estructurales de derechos como el derecho a la igualdad". Ellos son: (i) la concepción de derechos constitucionales como derechos negativos; (ii) la actitud deferente de los jueces hacia el poder político; (iii) la concepción individualista de los derechos; (iv) los remedios entendidos generalmente como órdenes de no hacer; y (v) el foco en la reparación de hechos pasados.

Cada uno de estos elementos es abordado y analizado en apartados específicos del capítulo en comentario. En cada uno de tales apartados Saba no solo se ocupa de cuestionarlos, sino también de proponer lecturas alternativas que permitan un ejercicio del control judicial de constitucionalidad adecuado a las premisas a que nos referíamos: igualdad como no sometimiento y jueces responsables de garantizar tal derecho fundamental frente a violaciones estructurales que afectan a grupos de personas.

En primer lugar, frente a la concepción de los derechos constitucionales como derechos negativos (esto es, entendidos exclusivamente como un límite frente a la interferencia del Estado), el autor destaca la necesidad de internalizar una concepción que entienda a los derechos como un título suficiente para exigir al Estado conductas y medidas positivas. Aquí Saba toma como ejemplo de esta última posición a los derechos económicos, sociales y culturales, critica la idea de "justiciabilidad débil" derivada del principio de progresividad y señala también que los derechos civiles han evolucionado para asumir una faceta positiva que antes les resultaba ajena.

Sobre la actitud deferente de los jueces hacia los poderes políticos, el trabajo pivotea sobre la existencia de una "percepción" de tales funcionarios respecto "de su propia función dentro del modelo de control". Es muy interesante lo que señala Saba con relación al fundamento de esta deferencia del Poder Judicial hacia los otros departamentos de Estado. Una

deferencia que hizo tolerar a lo largo de la historia Argentina numerosas y delicadas violaciones colectivas y estructurales de derechos.

El autor analiza el surgimiento y evolución jurisprudencial de la noción de "cuestiones políticas no justiciables", la herramienta discursiva utilizada por los jueces a partir de 1867 para mantenerse al margen de ciertos casos que traían consigo discusiones cuya decisión podía afectar a grandes números de personas y tener por tanto una alta repercusión social, económica, cultural o política. En este contexto critica fuertemente algunas de tales decisiones, e insiste con la idea de que la deferencia hacia los poderes políticos "no se basaba sobre una teoría democrática radical, sino sobre una simple complacencia ante quien posee el poder en un momento dado".

Tal vez el ejemplo más infame de nuestra historia (citado por el autor en su análisis) sea la Acordada CSJN del 10/09/1930, donde el tribunal sostuvo entre otras cosas "Que el gobierno provisional que acaba de constituirse en el país, es, pues, un gobierno de facto, cuyo título no puede ser judicialmente discutido con éxito por las personas cuando se ejercita la función administrativa y política derivada de su posesión de la fuerza como resorte de orden y seguridad social".

Con relación a esta parte del capítulo entiendo oportuno señalar un par de cuestiones para aportar a la discusión. En primer lugar, debemos tener presente que el planteo de casos estructurales, con la consiguiente mayor exigencia de intervención de los jueces en el campo de las políticas públicas, es un fenómeno que ha trasladado al seno del Poder Judicial el debate sobre conflictos que en otras épocas se resolvían, con un amplio margen de discreción, en sede administrativa o legislativa.

Esta afirmación, que parece una obviedad, tiene sin embargo implicancias de suma trascendencia para la dinámica de distribución y ejercicio del poder público en nuestro país, ya que no es lo mismo discutir sobre la igualdad –entendida como no sometimiento– en el Congreso o una reunión de gabinete, que hacerlo en el contexto de un proceso judicial. Entre las consecuencias que genera este "corrimiento del ámbito de discusión" hacia el interior del Poder Judicial para los departamentos de Estado encargados de diagramar e implementar políticas públicas, pueden señalarse al menos las siguientes: (i) imposibilidad de esgrimir razones de mérito y conveniencia para postergar decisiones cuando hay derechos fundamentales afectados, y consiguiente obligación de instrumentar soluciones aún en situaciones de crisis y limitaciones presupuestarias para garantizar el mínimo existencial de tales derechos; (ii) fuerte restricción en el manejo del

tiempo de la discusión y de las decisiones, por no decir pérdida de control sobre estas cuestiones (al menos en los papeles); (iii) puesta en juego ante la sociedad de la responsabilidad de los agentes y funcionarios encargados de tomar tales decisiones; (iv) mayor riesgo de exposición mediática de los conflictos, lo cual influye en el posicionamiento de los factores de poder involucrados, concurre a mejorar la transparencia en la discusión y por tanto también a aumentar la necesidad de rendición de cuentas; (v) traslado del poder de decisión sobre asignación de recursos presupuestarios a manos ajenas (a manos de los jueces); (vi) obligación de discutir en base a reglas iguales para todas las partes involucradas y frente a un tercero independiente e imparcial, quien debe resolver el asunto justificando su decisión conforme a derecho y no en directrices políticas.

Tal vez sea esta una de las razones por las cuales a más de veinte años del establecimiento constitucional de derechos y legitimaciones colectivas en la República Argentina no se ha sancionado todavía un sistema procesal idóneo para brindar respuestas adecuadas a diversos conflictos que aquejan a grupos específicos de la sociedad y que no encuentran cauce de debate en los canales tradicionales de diálogo institucional. Tal vez también sea esta una buena razón para que el fenómeno de los procesos donde se discuten este tipo de casos comience a ser estudiado con mayor profundidad no solo por abogados sino también por sociólogos, politólogos y economistas.

En segundo lugar, me interesa señalar que la doctrina sobre "cuestiones políticas no justiciables" ha sido en gran medida desplazada de los repertorios jurisprudenciales luego de la reforma constitucional del año 1994. Esto no significa, sin embargo, que los jueces hayan abierto indiscriminadamente sus puertas a pretensiones de tipo estructural. Muy lejos se encuentran de eso a pesar de su rol de custodios del núcleo duro de nuestra democracia que Saba toma como premisa para su trabajo. Lo que ha sucedido es que el lugar de dicha doctrina fue ocupado primero por la doctrina de "falta de legitimación activa" y más recientemente por la noción de "inexistencia de causa o controversia". Todas estas doctrinas, como es bien conocido, no son más que instrumentos discursivos que utiliza el Poder Judicial para mantenerse al margen de ciertas discusiones.²⁴

24. Sobre la función política que tuvo en este sentido la doctrina sobre legitimación colectiva es particularmente ilustrativo el alcance que la CSJN acordó a la legitimación colectiva del Defensor del Pueblo de la Nación en los diez primeros años que siguieron a la reforma constitucional de 1994. En cuanto a la noción de "causa o controversia", y a pesar de ha-

El tercer obstáculo que debe enfrentar el modelo clásico de control judicial de constitucionalidad para atender casos de desigualdad estructural se encuentra en la concepción individualista de los derechos que dicho modelo supone. De acuerdo con esta concepción "la afectación de un derecho suele originarse en una acción intencional –o negligente– de una persona respecto de otra, sin otorgar relevancia alguna al contexto social específico que se presenta en determinado momento en determinada comunidad".

Frente a esto, el autor acude a la doctrina que Owen Fiss construyó sobre la *injunction* estructural con motivo de la experiencia estadounidense con los litigios en defensa de derechos civiles durante la década del 60'. Sobre estas ideas Saba sostiene otro argumento de gran relevancia para demostrar la inadecuación del modelo clásico de control judicial de constitucionalidad en este campo: la resolución (aun correcta) de un caso constitucional individual "no impacta en las causas estructurales de la violación de derechos [...] y tampoco evita que esos hechos se reproduzcan en el futuro, pues los factores estructurales que provocaron las afectaciones del derecho en primer lugar no se han modificado".

Asimismo, se trae a la discusión aquí la reforma constitucional de 1994 y, especialmente, la incorporación del amparo colectivo y los derechos de incidencia colectiva en el marco del art. 43 de la CN. Siguiendo la interpretación del autor podríamos afirmar que en la actualidad la concepción individualista de los derechos presupuesta por el modelo clásico ya no puede ser considerada como un obstáculo para ejercer el control de constitucionalidad en casos de desigualdad estructural. Sucede que si es deber de los jueces garantizar el ejercicio y goce de los derechos constitucionales, desde el momento que los derechos de incidencia colectiva fueron plasmados en la CN aquellos ya no pueden desentenderse de dicha faceta estructural.²⁵

berse reconocido su faceta colectiva en "Halabi", la reciente experiencia vinculada con los procesos judiciales que impugnaron las modificaciones de diversos cuadros tarifarios de servicios públicos en todo el país demostró la relevancia de este recurso discursivo para evitar atender muchas de las discusiones que se pretendieron plantear al respecto.

25. La CSJN dejó esto bien en claro cuando sostuvo en "Halabi" que la manda del art. 43 CN es "claramente operativa y es obligación de los jueces darle eficacia, cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular" (considerando 12° del voto de la mayoría).

En cuarto lugar el autor aborda el problema del tipo de remedios que los jueces suelen ordenar cuando deben resolver un caso constitucional, consistentes por lo general en órdenes de no hacer. En opinión Saba, esto obedece a dos de los obstáculos ya analizados: la orientación individualista sobre la naturaleza de los derechos y la postura deferente del Poder Judicial hacia los órganos políticos. Desde esta posición, afirma, los jueces han sido usualmente reticentes "a considerar aquellos casos en que el remedio previsible sería una orden de hacer a los poderes políticos y, sobre todo, en el sentido de desarrollar una política pública o dismantelar una política existente".

En este apartado Saba critica la postura de autores como Ferrajoli, Abramovich y Courtis, quienes "atribuyen la causa de esta postura judicial autolimitativa y deferente a una matriz constitucional liberal previa al surgimiento de lo que identifican con el denominado 'Estado social de derecho'". Por el contrario, sostiene el autor, "detecto la causa de esa deferencia y esa autolimitación radical antes en la práctica judicial que en la matriz constitucional" y que "los principios liberales expresados en la Constitución de 1853 pueden interpretarse en clave de liberalismo igualitario".

La principal derivación de esta concepción que asume Saba respecto de nuestra Constitución histórica, con directo impacto en el tipo de remedios que los jueces pueden ordenar en casos constitucionales, es "reconocer que el Estado tiene obligaciones tanto negativas como positivas en cuanto a la protección de derechos desde el comienzo de la vida constitucional Argentina".

El último de los elementos constitutivos del "modelo clásico" es el foco en la reparación de hechos pasados. Según el autor "este enfoque retrospectivo soslaya las causas estructurales de las afectaciones de derechos que nos interesan". Nuevamente vuelve aquí sobre una de las premisas fundamentales de su trabajo al señalar que "si bien es cierto que el juez no debe reemplazar al legislador, también es cierto que la obligación de los magistrados es hacer efectivos los mandatos de la norma fundamental".

Sobre este piso de marcha el autor destaca que si los jueces detectan violaciones de derechos con causa en políticas públicas inconstitucionales o inexistentes pero las pasan por alto "no estarán resolviendo correctamente el caso". El enfoque de Saba en este punto coincide con la postura de Chayes, quien hace más de 40 años sostenía que en el contexto de casos de reforma estructural los contornos de la remediación no se derivan lógica-

mente de la violación a un derecho ya determinada por la decisión de mérito, como sucede en el modelo tradicional de litigio constitucional, sino que la elaboración de la sentencia "es en gran medida un proceso discrecional en el cual el juez debe evaluar y valorar las consecuencias de programas alternativos que pudieran corregir la falla sustancial ya determinada. Tanto en la fase de conocimiento como en la de remediación, el interrogante más relevante es siempre el mismo: ¿cómo pueden, en un caso concreto, aplicarse de la mejor manera posible las políticas públicas establecidas por una determinada ley?".

Luego de deconstruir los cinco elementos analizados hasta aquí, Saba se ocupa de subrayar la "sólida coherencia" que guardan entre sí y la directa influencia que tienen para definir un modelo clásico de control judicial de constitucionalidad al cual denomina "de máxima autorrestricción", un modelo que a su juicio "resulta absolutamente inadecuado para aquellos casos en que esté afectada la igualdad entendida como no sometimiento", así como también en general para "todas aquellas afectaciones que tienen matriz estructural".

Tomando como ejemplo la litigación de casos por derecho a la salud y la experiencia jurisprudencial argentina, brasileña y colombiana, el trabajo afirma que "el modelo de control requerido para que los tribunales puedan atender correctamente las violaciones estructurales de cualquier derecho [...] debe conformarse con elementos radicalmente diferentes de los que componen el sistema tal como funciona hoy en muchos contextos nacionales". Estos elementos se presentan en su mayoría como oposición a los analizados anteriormente, a saber: (i) una conceptualización de derechos cuyo ejercicio se entienda a partir de acciones del Estado, y no solo a partir de su no interferencia; (ii) nuevas reglas procesales, apropiadas para "los reclamos colectivos, estructurales o no"; (iii) redefinición del tipo de remedios judiciales que permita dictar órdenes de hacer más o menos complejas y progresivas en su implementación; (iv) redefinición del rol de los jueces para avanzar hacia una concepción que los entienda como "guardianes de los límites establecidos en la norma fundamental" en lugar de "prescindentes y deferentes de cara a los poderes políticos"; (v) poner el foco en la función prospectiva del remedio ordenado, en lugar de hacerlo exclusivamente en la reparación de hechos pasados.

Es interesante ver cómo tres de estos cinco elementos califican como cuestiones procesales. Me refiero al que apunta en términos generales al mé-

todo de debate y a los dos vinculados con el tipo de remedio que corresponde utilizar en estos contextos de debate y sus modos de implementación.

En lo que respecta al método de debate en general, considero que a esta altura del desarrollo del tema a nivel jurisprudencial, legislativo y reglamentario es posible identificar los perfiles de un verdadero y propio derecho constitucional a un debido proceso colectivo en Argentina. Un derecho enraizado en el art. 43 CN y que debería asegurar, cuanto menos, lo siguiente: (i) el efectivo acceso a la discusión y solución de conflictos colectivos en sede judicial, especialmente de ciertos grupos sociales tradicionalmente relegados de la discusión institucional o débilmente protegidos; (ii) una temprana determinación de las reglas del juego para permitir a las partes saber si el proceso tramitará en clave individual o colectiva; (iii) una representación del grupo adecuada y acorde con los intereses en disputa, controlada y supervisada por el juez de la causa; (iv) el respeto a la autonomía individual y al debido proceso individual de las personas involucradas en tales conflictos; (v) un debate amplio, público, robusto e informado, que incluye el análisis del impacto económico de las decisiones a tomar y una preferencia por la discusión oral (si bien todavía no profundizada como debería); (vi) la amplia difusión hacia la sociedad de información relativa a la existencia y evolución de este tipo de procesos; y (vii) una sentencia colectiva efectiva, cuyo contenido y mecanismos de implementación o ejecución sean acordes con la complejidad de las soluciones que demandan la inmensa mayoría de esta clase de conflictos y con las tensiones políticas que supone su solución por parte del Poder Judicial en un sistema republicano de gobierno.

Los potenciales beneficios que han traído consigo las innovaciones reglamentarias y jurisprudenciales de la CSJN en este campo son evidentes, ya que todas ellas intentan romper con un molde procesal clásico que ha derivado en Argentina en el dictado de relevantes decisiones sobre conflictos de interés público (estructurales y de otro tipo) tomadas en la oscuridad y secretismo de un expediente casi puramente escrito, como fruto de un debate entre pocos, sin intermediación con el juez ni audiencias públicas, sin mecanismos de intervención y participación social, y sin herramientas de publicidad que concurrieran a garantizar transparencia y control social sobre la discusión. Sin embargo, el problema –una vez más– son las prácticas. Sucede que la implementación efectiva, regular y sistemática de tales reglamentaciones y criterios jurisprudenciales es todavía un gran desafío para la CSJN y los tribunales inferiores.

Una vez realizado todo este análisis conceptual, el trabajo afirma que se encuentra en paulatino y tímido desarrollo un nuevo modelo de control de constitucionalidad en la Argentina. A tal fin se ocupa de revisar diversos precedentes de la CSJN y tribunales inferiores que "comenzaron a alterar ese modelo establecido de extrema autolimitación y deferencia". Entre tales precedentes se cuentan "Viceconte", "Badaro", "Mendoza", "Verbitsky" (al cual dedica el análisis más profundo) y "Río Negro".

¿Cuáles son las causas que explican dichos precedentes y la sugerida paulatina mutación en el modelo de control de constitucionalidad? Según Saba el fenómeno obedece a la reunión de cuatro factores: (i) el desarrollo y perfeccionamiento de prácticas de litigio estratégico por parte de organizaciones de derechos humanos en el sistema interamericano de protección de derechos humanos; (ii) la inclusión del amparo colectivo en la CN; (iii) la modificación en la integración de la CSJN a partir del año 2004; y (iv) los desarrollos similares operados en otros tribunales superiores de la región latinoamericana, la India y Sudáfrica.

Como aporte para la discusión me permito agregar otro factor relevante para el impulso de estos desarrollos. Sucede que no ha sido solo el trabajo de las organizaciones en el campo internacional lo que ha permitido avanzar en este campo, sino también el que han desplegado antes distintos tribunales de nuestro país mediante el planteo de casos que configuran, a mi modo de ver, una modalidad muy concreta de intervención política en el sistema democrático. Una modalidad bien diferente al sufragio popular y con gran potencial de impacto concreto en la agenda pública, mediante la cual se ha logrado exigir la toma de ciertas decisiones gubernamentales impostergables que, no obstante revestir tal carácter, eran efectivamente diferidas en el tiempo por los poderes Ejecutivo y Legislativo con motivo de la existencia de otras prioridades en la agenda pública.

El capítulo en comentario termina concluyendo que "la concepción de igualdad como no sometimiento se construye necesariamente sobre la noción de afectación estructural, que a su vez requiere un tipo de control de constitucionalidad que supere aquel que tan bien se ajustaba al tratamiento de casos en los que se veía afectada la igualdad como no discriminación". Esta noción de igualdad "necesita un nuevo modelo de intervención judicial". Y para ello, afirma Saba, "el gran desafío sigue siendo" no solo la reconceptualización del derecho de igualdad en sí mismo (como propone a lo largo de todo el libro), sino especialmente "identificar los remedios apropiados que los jueces podrían ordenar en casos de violaciones estruc-

turales del derecho a ser tratado igual, sin que eso implique un cambio radical del régimen democrático, uno que sustraiga de los ámbitos de la democracia la decisión sobre políticas públicas”.

He señalado en otra oportunidad que el gran problema que enfrentamos en Argentina es la ausencia de reglas en función de las cuales debatir argumentos y tomar decisiones dentro del Poder Judicial con suficiente legitimidad política en el delicado campo de los conflictos colectivos. Un campo que se torna más delicado aun cuando el remedio exigido por el conflicto es de tipo estructural y, por ende, prospectivo. Esto, a su turno, es fruto de otro problema todavía más grave y actual: la falta de un debate público franco y sincero sobre este tema para generar consensos mínimos respecto de cómo deben diagramarse estas nuevas (e imprescindibles) reglas procesales.

Afirmo que estas reglas son imprescindibles debido al alto impacto social, político y económico que tienen tanto la discusión como la resolución de conflictos de interés público en sede judicial. Si tenemos esto en consideración, no parece razonable permitir que el gran poder político que hoy tienen los jueces al actuar en este campo sea ejercido mediante decisiones tomadas en procesos tramitados sobre la base de reglas de debate que no cumplen con los estándares mínimos de publicidad, transparencia y participación social que demanda la discusión de asuntos colectivos fuera de las arenas del Estado con representación mayoritaria.

Desde este punto de vista, tampoco parece razonable que a esta altura de los tiempos y siendo plenamente conscientes de las complejidades involucradas en toda decisión de política pública, esas reglas de debate mediante las cuales estamos (ni más ni menos que) controlando la actuación de los poderes elegidos por sufragio popular, no estén preparadas para incorporar adecuadamente el trabajo interdisciplinario de expertos y entidades científicas, aprovechar las ventajas de las nuevas tecnologías de la información, ni generar mecanismos de diálogo más fluidos para solucionar estos conflictos.

Me refiero tanto a mecanismos de diálogo que vinculen a los propios tribunales que componen el sistema de administración de justicia a fin de compartir información y experiencias, como a mecanismos que tiendan a vincular con mayor fluidez a tales tribunales con los poderes del Estado que fueron elegidos en forma directa por la sociedad para decidir las prioridades de la agenda pública y determinar el modo de asignar los recursos estatales a fin de satisfacer las necesidades de la población.

No hay duda que necesitamos un nuevo modelo de control de constitucionalidad para procesar y resolver adecuadamente pretensiones colectivas de derechos. Especialmente cuando estas pretensiones son de índole estructural y resultan promovidas en beneficio de grupos que padecen las consecuencias de una sociedad cada vez más desigual.

El trabajo de Saba es un aporte de gran relevancia para profundizar en esta discusión y avanzar en la construcción de un modelo de control de constitucionalidad que se aparte del modelo clásico. Un modelo clásico ideado, diagramado y utilizado desde hace más de 200 años para ser el último reducto de defensa de los derechos de las minorías blancas, ricas y poderosas en lugar de ser una herramienta de tutela y emancipación social para quienes más necesitan de esa protección del Estado: los grupos afectados por situaciones de desigualdad estructural, desaventajados, débilmente protegidos y tradicionalmente postergados del diálogo institucional.

IV. EPÍLOGO: DESIGUALDAD ESTRUCTURAL Y POBREZA

En el Epílogo²⁶ a su libro *Saba* se refiere al problema de la pobreza "extrema, persistente, perpetua y transmitida de generación en generación", y argumenta que las constituciones y los tratados de derechos humanos comprometidos con el ideal de la igualdad imponen a los gobiernos y a los Estados la obligación de actuar sobre las circunstancias que causan este tipo particular de pobreza. Si bien es un tema que se aborda en solo doce páginas, y el autor aclara que es una breve exploración inicial que no contiene el estudio exhaustivo de los demás capítulos, se trata de un excelente trabajo que plantea adecuadamente uno de los problemas centrales de desigualdad en Argentina y brinda algunas herramientas conceptuales valiosas e indispensables para analizar la problemática y disparar una necesaria discusión sobre el tema.

La pobreza en general, y en particular la pobreza extrema y transmitida de generación en generación, conlleva numerosas y sistemáticas violaciones a los derechos humanos más básicos. Ya sea que se mida en función de la falta de ingresos suficientes para atender a necesidades humanas esenciales, en función de los indicadores de necesidades básicas in-

26. Comentarios a cargo de Dalile Antúnez (ACIJ).

satisfechas, u otros índices de vulnerabilidad social y económica, va acompañada de numerosas privaciones que colocan a la persona en situación de subordinación en diferentes esferas de la vida. Compromete su capacidad para vivir vidas humanas autónomas, dignas y valiosas –de acuerdo con su ideal particular del bien–, y genera una estigmatización y segregación social y espacial que profundiza su exclusión.

Una duda o interrogante que genera la primera parte del epílogo es qué justificación, contornos, impactos concretos y consecuencias tiene una primera distinción de situaciones que se formula entre dos tipos de pobreza. Allí se diferencia entre los casos en los que la pobreza de una persona se relaciona con decisiones más o menos afortunadas que la persona ha tomado, la elección de planes de vida que el mercado no valora, u oportunidades en las que la suerte o el contexto macroeconómico no acompañan a las personas; y aquellos otros en los que la condición de pobreza en grados extremos es producto de factores que la persona no puede controlar en absoluto, a menudo creados por políticas o regulaciones del estado o prácticas sociales; cuando además reviste ciertas características que hacen que se perpetúe de generación en generación, y cuando incluso la motiva o la agrava la raza, el sexo, la discapacidad u otra condición humana por la cual ni siquiera ha optado. El autor señala que en este último caso la acción o inacción del Estado que contribuye a semejante perduración de esas violaciones y de esa condición entran en conflicto con el compromiso contraído con el valor de la igualdad expresado en la Constitución, y que en el primer caso, es probable que muchas de estas situaciones generen reclamos basados en derechos, o que se exijan políticas públicas tendientes a compensar los efectos de un mercado que no recompensa positivamente ciertas elecciones de vida.

Creo que es difícil afirmar en cualquier caso que la pobreza de una persona, cuando ella no se ha transmitido de generación en generación, o no es extrema, se relaciona con decisiones más o menos afortunadas de la persona. En todos los casos opera, de manera más o menos evidente, la acción e inacción del Estado para generar condiciones estructurales que favorecen o permiten que la persona se encuentre en situación de pobreza, y que están fuera de su alcance. Si bien es claro que el autor también plantea probables respuestas frente a las situaciones en las que a su juicio la pobreza no tendría las características que la dotan de un carácter "estructural", no se comprende por qué en tales casos no afirma claramente que allí también hay un evidente conflicto con el valor de la igualdad como

no sometimiento expresado en la Constitución, aun cuando fuera posible distinguir situaciones más o menos permanentes o difíciles. Resulta poco clara la distinción entre la pobreza producto de factores que la persona no puede controlar, y aquellos otros casos. No creo que sean relevantes o deban tener peso los motivos por los cuales una persona se encuentra en situación de pobreza, ya que en cualquier caso, el solo hecho de encontrarse en esa situación conlleva privaciones que comprometen el ideal de la igualdad constitucional. Aún si se trata de una pobreza reciente, producto de lo que se considera una elección profesional desacertada que el mercado no valora, es problemático sostener que los factores que llevaron a la persona a encontrarse en situación de pobreza estaban en la esfera de su control. Habida cuenta nuestro especialmente fuerte compromiso constitucional con la igualdad, y también el amplio reconocimiento de derechos sociales, en la medida en que una persona se encuentre en situación de pobreza el ideal de igualdad constitucional se encuentra afectado en virtud de todas las afectaciones que la pobreza genera, y ello conlleva la obligación constitucional de remediar la situación, aún en los caso de pobreza no reciente o pobreza no extrema.

Sin perjuicio de la duda que genera esa primera distinción que se realiza en el epílogo, creo que es importante y extremadamente valiosa la dedicación del autor a iluminar en particular el grave problema y la singular forma de injusticia que sufren las personas que desde su nacimiento están condenadas a vivir en la pobreza, y que se encuentran en una situación de marginación y exclusión tales que resulta realmente imposible que puedan salir de ella sin la adopción de políticas públicas estructurales deliberadamente orientadas a reparar esa discriminación, y revertirla en las futuras generaciones. Las formas de exclusión y privación que determinan esa clase de pobreza que denomina "estructural" son particularmente graves y acuciantes. También es atinada la referencia particular que se hace en el epílogo a la problemática que se vive en villas o asentamientos informales como una de las manifestaciones más frecuentes de la desigualdad estructural en los países de América Latina. En ese sentido, es correcta la decisión del autor de evocar la idea de castas, al hacer referencia a la situación de pobreza estructural de quienes viven en villas. Otros términos similarmente fuertes que han utilizado otros autores para aludir a esas situaciones y a la marginación socio-espacial de la pobreza urbana aluden a la idea de *apartheids* urbanos, o *guetos* urbanos, término que también utiliza el autor. Como se señala, son palabras fuertes, pero no excesivas o inapropiadas

para describir la situación de marginación, exclusión y subordinación que conlleva la pobreza extrema.

Como bien afirma Saba, son miles las decisiones gubernamentales que, combinadas y sumadas a evidentes o sutiles prácticas de una enorme cantidad de individuos, terminan generando los factores de perpetuación de la extrema pobreza de millones de sus conciudadanos, y es posible que ni siquiera seamos capaces de identificar con claridad cuáles fueron esos factores. Es importante la forma en que en el trabajo se plantea el vínculo causal estrecho entre esa situación de pobreza estructural y las políticas públicas estatales que abiertamente (por acción u omisión) discriminan a los más pobres, o que generan o mantienen las condiciones estructurales para que esa pobreza no se revierta. El problema de la pobreza extrema no es un accidente de la naturaleza que se pide al Estado que remedie, sino que es provocado por las propias políticas públicas que crean sistemas sociales injustos y discriminatorios. Pese a que el Estado debería guiar sus políticas públicas con el objetivo de remediar la pobreza estructural, con frecuencia las políticas públicas priorizan precisamente a quienes más tienen en la asignación de los recursos públicos. El trabajo enumera otra serie de ejemplos en los que la acción y omisión estatal es determinante para remediar situaciones desiguales, y señala acertadamente que se trata de obligaciones constitucionales, derivadas de la aceptación del principio de igualdad como no sometimiento.

Vale agregar, como una manifestación más de este tipo de enfoque, y de aquel que analiza las causas estructurales de la pobreza estructural, el análisis de los sistemas tributarios –una tendencia que están impulsando cada vez con más fuerza diferentes grupos movilizados por la justicia tributaria– y las políticas de gastos, así como de otras prácticas y políticas que generan, mantienen y profundizan la exclusión, las que deberían ser parte de un estudio más profundo que visibilice el rol del Estado como generador activo y a menudo invisible de las situaciones de opresión. En ese sentido, sería interesante complementar el análisis con los déficits estructurales de nuestros sistemas de representación y sistemas electorales, que sistemáticamente presentan barreras a la participación de los sectores en pobreza extrema, y que favorecen la sobrerrepresentación de intereses, preferencias y puntos de vista de quienes cuentan con mayores recursos económicos. A modo de ejemplo, basta recordar las actuales discusiones sobre las iniciativas para permitir aportes empresarios en las campañas electorales.

Es interesante notar que el ejemplo hipotético que da el autor sobre un sistema de premiación a maestros de escuela primaria que conduce a que docentes con mejores cualificaciones se desempeñen en las zonas más aventajadas y quienes se considera que tienen un peor desempeño concurren mayoritariamente a las zonas más pobres no está alejado de la realidad de algunos distritos de Argentina, como por caso, la Ciudad de Buenos Aires.

El autor muestra con impecable línea argumental que el principio de igualdad constitucional implica que las personas que padecen pobreza extrema tienen un derecho constitucional a salir de ella, y el Estado la consiguiente obligación constitucional de tomar todas las medidas necesarias para dismantelar las condiciones que generan la desigualdad estructural que sufre determinado grupo. Señala que ello requiere la implementación de políticas públicas de trato preferente, y regulaciones que generen los incentivos necesarios para modificar prácticas sociales surgidas a partir de relaciones entre particulares. Una manifestación particular de las obligaciones estatales que parece especialmente relevante agregar a las mencionadas en el trabajo, y que resulta instrumental a la exigibilidad de las obligaciones estatales en la materia, es la obligación estatal de producir y dar acceso a información que dé cuenta de los avances y retrocesos en los derechos, información adecuadamente desagregada que permita identificar disparidades geográficas, por condición social y económica, los efectos de las políticas en el nivel de cumplimiento de los derechos, e información muy detallada que de realmente cuenta de las políticas públicas implementadas por el Estado, entre otras. De otra forma, es imposible saber cuál es la situación, y emprender acciones concretas y eficaces para remediar la desigualdad estructural. Otra vez, el ejemplo utilizado en el epílogo para poner de manifiesto como una política aparentemente neutral de asignación de docentes puede tener un efecto discriminatorio, nos recuerda los déficits en la producción de información sobre el tema. En algunos distritos de Argentina, si bien es casi un lugar común escuchar referencias a disparidades generadas por los sistemas de asignación de docentes, no hay información pública que permita documentar adecuadamente la situación.

El autor también hace referencia al importante rol que cabe al poder judicial, que debe llevar adelante procesos jurisdiccionales adecuados y disponer remedios tendientes a revertir o dismantelar aquellas condiciones y prácticas públicas o privadas que conducen a la perpetuación de la des-

ventaja estructural de grupos. Como es evidente, la aplicación del principio de igualdad constitucional a situaciones de pobreza estructural como las descritas en el epílogo demanda un Poder Judicial consciente de su rol constitucional, esto es, de su obligación de intervenir para ordenar medidas y remedios estructurales eficaces para impulsar reformas a políticas públicas que tienen efectos discriminatorios. Visiones restrictivas sobre el rol del Poder Judicial en la fijación de estándares que deben guiar la formulación y aplicación de políticas públicas en general, y en particular sobre derechos sociales, son a todas luces incompatibles con la acertada interpretación que realiza el libro de nuestro texto constitucional.

Con relación a la aplicación de un escrutinio estricto a las políticas que tienen un efecto dispar sobre personas en condiciones de pobreza, es interesante notar que son muy pocos los casos en los cuáles los tribunales han resuelto planteos basando su decisión en la aplicación de este estándar. Así, hace unos años la Corte Suprema resolvió un caso planteado contra la discriminación por condición social y económica sufrida por usuarios/as de los trenes del ramal ferroviario Sarmiento en comparación con el ramal Mitre, quienes transitan por zonas más favorecidas, sin decir una palabra sobre las disparidades del servicio entre los ramales. La decisión dio la razón a los demandantes, usando exclusivamente argumentos sobre los derechos de los usuarios/as a un servicio adecuado. Si bien no es necesariamente malo que la Corte haya resuelto favorablemente el caso en base a los derechos de los usuarios/as, y haya juzgado innecesario remitirse a la desigualdad, es claro que esa decisión impacta necesariamente sobre el remedio, y es sugerente que un caso claramente planteado como un caso de discriminación haya sido resuelto exclusivamente como un caso tradicional de usuarios y consumidores. Recientemente, la Corte actual rechazó con un 280 el recurso de queja presentado contra la decisión del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad que incorrectamente declaró abstracto un amparo colectivo contra el estado local por la discriminación estructural sufrida por los habitantes de las Villas, en el acceso y calidad de los espacios verdes y plazas. Próximamente, también, el Tribunal Superior de Justicia debe resolver un caso en el que se cuestiona la discriminación estructural sufrida por habitantes de los distritos escolares más desfavorecidos en el acceso a la educación primaria de jornada completa. A fin de poner de manifiesto los conflictos de interés que me afectan como autora de este comentario, aclaro que como abogada intervino en todos estos casos, presentados por organizaciones de la sociedad civil. De cualquier

modo, creo que ellos contribuyen a demostrar la actualidad y la relevancia del tema abordado en el epílogo, y la necesidad de que sus reflexiones sean profundizadas y complementadas por otros trabajos y autores que generen discusiones y diálogos reflexivos, argumentativos, sobre el tipo de obligaciones y políticas que debe pueden exigirse y a las que se encuentra obligado el Estado. No obstante las numerosas políticas y prácticas discriminatorias hacia las zonas y grupos más pobres, es llamativa la escasa cantidad de casos en los que el Poder Judicial ha intervenido para remediar alguna de esas situaciones haciendo base en el principio de igualdad y no discriminación, y brillan por su ausencia los casos de aplicación de un escrutinio estricto o riguroso sobre políticas y prácticas que tienen un impacto diferencial por la condición social y económica, y también son escasos los análisis doctrinarios sobre el tema.

Este epílogo es un excelente punto de partida que invita a ser complementado con nuevos análisis y reflexiones que nos permitan avanzar hacia una aplicación efectiva del principio constitucional de igualdad y no discriminación para remediar algunas de las graves injusticias a las que allí se aluden.

El libro que comentamos y el concepto de igualdad que allí se defiende contribuyen a pensar mejor la "(des)igualdad". Queda en claro que no alcanza solo con discutir concepciones de igualdad sino principalmente abrir el debate sobre a quién se aplica ese mandato, cómo se aplica y cuáles son las obligaciones del Estado, y todos sus poderes, respecto del principio de igualdad. Estos aspectos, abordados en el libro de Saba, deben ser tenidos en cuenta si se busca tomarse en serio el mandato de igualdad constitucional.

Borges solía decir que lo que convierte a un libro en un clásico no es tanto la potencia de su prosa –tampoco su elegancia–, ni el tema o el argumento que presenta. Lo que convertía una obra literaria en un clásico –ganando, entonces, el lugar en el podio del tan vapuleado canon literario– es, entre otros rasgos, la capacidad o aptitud de admitir sucesivas, numerosas y hasta contradictorias lecturas a lo largo del tiempo.²⁷ Italo Calvino, por otro lado, solía representar a los clásicos como aquellos libros que, a pesar de vanos esfuerzos, nunca son indiferentes al lector.

27. BORGES, J. L., "Sobre los clásicos", en BORGES, J. L., *Otras inquisiciones*, Buenos Aires, Alianza Editorial, 1952.

La obra que comentamos, entendemos, tiene la aptitud de convertirse en un clásico en la literatura jurídica sobre el principio de igualdad en nuestra comunidad política. Hoy, podemos decir por ahora, podemos presentarlo como un texto indispensable. Lo demás, es pura una especulación, es cierto; pero creemos que el lector podrá apreciar cuán atinada —o exagerada— es esta hipótesis.

BIBLIOGRAFIA

- BERNAL PULIDO, Carlos, "La ponderación de la igualdad", en BEADE, Gustavo y CLÉRICO, Laura, *Desafíos a la ponderación*, Bogotá, Universidad del Externado, 2011.
- BORGES, Jorge L., "Sobre los clásicos", en BORGES, Jorge L., *Otras inquisiciones*, Buenos Aires, Alianza Editorial, 1952.
- CLÉRICO, Laura y ALDAO, Martín (coord.), *Matrimonio igualitario. Perspectivas sociales, políticas y jurídicas*, Buenos Aires, Eudeba, 2010.
- DUBET, François, *Repensar la Justicia Social. Contra el mito de la igualdad de oportunidades*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011.
- DWORKIN, Ronald, *Sovereign Virtue: Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Harvard University Press, 2000.
- FISS, Owen, "Grupos y Cláusula de igual protección", en GARGARELLA, Roberto (comp.), *Derecho y grupos desaventajados*, Barcelona, Gedisa, 1999.
- FRASER, Nancy, "La justicia social en la era de la política de la identidad: Redistribución, reconocimiento y participación", en FRASER, Nancy y HONNETH, Axel, *¿Redistribución o reconocimiento?*, Madrid, Ediciones Morata, 2006.
- , *El feminismo del 99% y la era Trump*, consultado en [<http://www.laizquierdadiario.com/Nancy-Fraser-el-feminismo-del-99-y-la-era-Trump>].
- SABA, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2016.
- SEN, Amartya, *Nuevo examen de la desigualdad*, Madrid, Alianza, 1995.

**PONENCIAS DEL V CONGRESO DE
DERECHO PENAL, PROCESAL PENAL Y
CRIMINOLOGÍA PARA ESTUDIANTES Y
JÓVENES GRADUADOS**

¿RETRIBUCIONISMO SOLO PARA DELITOS DE LESA HUMANIDAD?*

TOMÁS FERNÁNDEZ FIKS**

Resumen: En el presente trabajo sostendré que las decisiones de tribunales penales tanto internacionales como locales que han condenado a los autores de graves violaciones a los derechos humanos, desde Núremberg hasta el presente, encuentran su mejor justificación en una teoría del castigo retribucionista. Para establecer ello, tengo en cuenta: i) el lenguaje de dichas decisiones; ii) la inadecuación de otras teorías justificatorias del castigo; iii) el valor justificatorio de nuestras intuiciones morales en cuanto a que castigar a los responsables de estos crímenes es hacer lo correcto. Una vez establecido el vínculo entre la teoría retribucionista y el castigo de los autores de delitos de lesa humanidad, sostengo que el retribucionismo debería justificar el castigo de todos los delitos, basándome para ello en la necesidad de resguardar la igualdad entre las víctimas.

Palabras clave: justificación del castigo – retribucionismo – delitos de lesa humanidad

Abstract: In this paper I will hold that the decisions of both international and domestic criminal courts through which perpetrators of human rights abuses have been punished find their best justification in the theory of retributivism. To make this claim, I look at i) the language of those decisions, ii) the inapplicability of other justifications of punishment, iii) the value of our moral intuitions regarding the correctness of punishing human rights violations' perpetrators. Once established the link between retributivism and punishment of the authors of crimes against humanity, I will sustain that retributivism should be defended for all crimes, arguing that this is the only way to preserve equality among victims.

* Este trabajo fue presentado en el marco del V Congreso de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología para Estudiantes y Jóvenes Graduados.

** Abogado, Universidad Nacional de Mar del Plata; LL.M., Columbia Law School.

Keywords: justification of punishment – retributivism – crimes against humanity

I. LOS JUICIOS DE NÚREMBERG. JUSTIFICACIONES DEL CASTIGO RIVALES

En el segundo día de los juicios de Núremberg, el Fiscal Jefe Robert Jackson (Juez de la Corte Suprema de Estados Unidos) se dirigió al tribunal con el siguiente comentario: “[e]n el banco de los prisioneros se sientan veinte hombres rotos. Reprochados por la humillación de quienes han liderado, casi tan amargamente como por la desolación de aquellos a quien han atacado, su capacidad personal para el mal ha quedado para siempre en el pasado. Es difícil ahora percibir en estos prisioneros el poder con el cual, como líderes Nazis, dominaron gran parte del mundo y lo aterrizaron casi por completo. Su destino como meros individuos es de poca consecuencia para el mundo [...] Lo que hace a este juicio significativo es que estos prisioneros representan influencias siniestras que perdurarán en el mundo mucho después que sus cuerpos hayan regresado al polvo [...] La civilización no puede negociar con las fuerzas sociales que ganarían renovada fuerza si actuamos de manera ambigua o indecisa con los hombres en quienes esas fuerzas hoy sobreviven precariamente”.¹

De las palabras de Jackson uno puede extraer la idea de que las acciones de los hombres que enfrentaban el juicio habían sido tan terribles que no admitían otra respuesta que no fuera el castigo. Cualquier obstáculo legal o práctico (y habían muchos, desde preocupaciones acerca de la falta de legitimidad del tribunal a dificultades probatorias para acreditar la responsabilidad de los enjuiciados) debían ser puestas a un lado, o simplemente superadas, por la determinación de que había que hacer justicia.

El párrafo citado sugiere que los acusados en los Juicios de Núremberg, en el estado en que se encontraban al momento de su juzgamiento, no representaban una amenaza significativa para la humanidad luego de la Segunda Guerra Mundial. Habían perdido toda su influencia y

1. ROBERT H. JACKSON CENTER, *Nuremberg Day 2 - Justice Robert H. Jackson's Opening Statement*, Nuremberg, 1945, consultado en [<https://www.youtube.com/watch?v=L50OZSeDXeA>] el 13/10/2008.

poder, y en caso de que fueran absueltos, hubieran vagado el resto de sus vidas en un mundo que ya no los recibía. La incapacitación de estos hombres, entonces, no podía ser la principal fuerza justificatoria detrás de su castigo.

La rehabilitación parecería un candidato aún menos probable. Después de todo, los imputados no eran adolescentes inmaduros en busca de guía institucional ni pacientes psiquiátricos necesitados de tratamiento médico. Eran, más bien, adultos bien educados cuya visión moral del mundo era compatible con llevar a cabo los crímenes que habían cometido. No solo la rehabilitación no pareciera posible; incluso si lo fuera, es improbable que la sociedad de la posguerra hubiera estado dispuesta a aceptar a esos individuos como miembros de la comunidad.

La prevención podría considerarse como una posible alternativa: es decir, la idea de que si a estos hombres les fuera permitido seguir con sus vidas como si nada, potenciales criminales de guerra futuros no contarían con un fuerte incentivo para abstenerse de perpetrar crímenes contra la humanidad. Esto, también, suena un poco descabellado. Los tipos de crímenes que fueron juzgados son tan específicos –tan dependientes de un conjunto particular de circunstancias sociales y políticas– que su reproducción parece casi inimaginable, incluso ante la no ocurrencia del castigo de los perpetradores. Sería cuanto menos forzado sostener que la causa principal por la que no ha habido un número mayor de tragedias como el Holocausto es que los criminales Nazis fueron juzgados terminada la Segunda Guerra Mundial. Uno podría pensar, al menos de manera plausible, que el derecho penal tiene *cierto* efecto preventivo sobre la población. Si el hurto no fuera un delito, la gente probablemente tendría menos reparos a la hora de tomar alimentos del supermercado sin pagar por ellos (aunque mi intuición es que la mayoría de los ciudadanos, por otros motivos, seguiría absteniéndose de robar). Pero sostener que el efecto preventivo de la pena es efectivo en el ámbito de los delitos de lesa humanidad pierde el foco sobre por qué esos crímenes ocurrieron en primer lugar. Nino señaló, con su claridad habitual, la relación que debe existir entre el efecto preventivo de la pena y las causas que motivaron los delitos que se pretende juzgar: “[e]n mi concepción, estos cuatro fenómenos (dualismo ideológico, corporativismo, anomia y concentración de poder) construyen el escenario para las violaciones masivas de derechos humanos perpetradas por el gobierno militar luego de 1976. El intento de castigar tales abusos luego de 1983 debe ser concebido como parte de una estrategia más general de contrarres-

tar estas tendencias”.² En otras palabras, ausentes los variados factores que permitieron que ocurran fenómenos tales como el surgimiento del nazismo en Alemania o el golpe de estado en nuestro país, tiene poco sentido pensar que el castigo penal de los perpetradores se vuelve una condición necesaria para garantizar la no repetición de dichas tragedias.

Volviendo a las palabras de Jackson, parece que la razón por la cual los Juicios de Núremberg tuvieron lugar –y su mejor justificación– es que los perpetradores *merecían ser castigados*.

La mejor explicación acerca de qué era lo que los juicios buscaban es la idea kantiana de que incluso en una sociedad que está a punto de desmantelarse (el ejemplo de Kant es una sociedad isleña que está a punto de disolverse y abandonar la isla), el último homicida debería ser sacrificado porque lo merece, incluso si ningún bien posterior será alcanzado.³

El retribucionismo, entendido como la teoría que proclama que el castigo del culpable es un bien intrínseco, es entonces la justificación del castigo que se ajusta de manera más natural a la persecución penal de criminales de guerra, sobre todo una vez que los regímenes que aquellos lideraban ya han perdido el poder: ellos deben ser castigados porque lo merecen, y al castigarlos el valor justicia se materializa.

La relación entre retribucionismo y el castigo de los perpetradores de los peores crímenes que la humanidad ha visto una calle de doble sentido. Como he venido sugiriendo, una vez que descartamos cualquier otra posible justificación del castigo, llegamos a la conclusión de que la verdadera razón por la cual consideramos apropiado, e incluso obligatorio, que este tipo de criminales sean castigados, se apoya en el concepto de merecimiento moral: es decir, se trata de una justificación retribucionista. Podemos conceptualizar dicha relación comenzando por la práctica (los Juicios de Núremberg) y de allí en adelante pensar en qué teoría del castigo puede proveer la mejor justificación para esa práctica, como he hecho en los párrafos que anteceden, esto sería un ejercicio *reconstructivo*. Pero también uno podría tomar el camino opuesto: podría comenzar pensando abstractamente acerca de cuál es la mejor justificación del castigo, y una vez embarcado en esa investigación teórica, referirse a una práctica concreta para

2. NINO, C. S., *Juicio al Mal Absoluto*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2015, p. 114.

3. MOORE, M., *Placing Blame: A Theory of the Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 1997, p. 155.

ilustrar su punto. Esta segunda ruta es comúnmente tomada por los filósofos del castigo, y no debería resultar sorprendente que así sea. John Kleinig, por ejemplo, nos pide que imaginemos, dejando de lado consideraciones consecuencialistas, qué mundo sería mejor: uno en que los criminales de guerra Nazis viven felices por el resto de su vida, o uno en el cual sufren como resultado de las atrocidades cometidas.⁴ Existe entonces una correlación fuerte entre el castigo de los perpetradores de violaciones de derechos humanos y la teoría retribucionista: aquel es la instancia paradigmática –la ramificación más clara– de esta.

La adopción del retribucionismo por parte de lo que podríamos llamar la rama del derecho penal internacional que se ocupa del deber de castigar las violaciones de derechos humanos pasadas no solo es evidente a través de nuestra reflexión analítica; también se ha referido de manera específica a esta justificación del castigo en los instrumentos legales relevantes. En este sentido, George Fletcher nos recuerda que: “[I]a evitación de la impunidad (el fenómeno de los perpetradores saliéndose con la suya con sus crímenes) se ha convertido en un motivo fundamental para la persecución penal en los años recientes. El Estatuto de la Corte Penal Internacional de carácter permanente cita esta preocupación en su preámbulo:

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

Decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes [...]’⁵

Fletcher luego señala que el argumento retribucionista (“poner fin a la impunidad”) tiene prioridad léxica por sobre el argumento preventivo (“prevención de nuevos crímenes”). Este lenguaje es consistente con la teoría retribucionista moderna, como la desarrollada por Michael Moore⁶ que sostiene que cualquier consecuencia beneficiosa que el castigo pueda traer aparejada, como la prevención efectiva, la inhabilita-

4. KLEINIG, J., “Punishment and Desert”, y BERMAN, M., “Punishment and Justification”, en *Ethics*, n° 2, Vol. CXVIII, 2008, p. 270.

5. FLETCHER, G., “The place of Victims in the Theory of Retribution”, en *Buffalo Criminal Law Review*, n°1, Vol. III, 1999, pp. 60-61.

6. MOORE, M., ob.cit.

ción de sujetos peligrosos, etc., son bienvenidos efectos secundarios del castigo, pero que no son lo que justifica su imposición. Más bien, lo que justifica castigar a los perpetradores es que merecen ser castigados. La teoría retribucionista tiene así implicancias liberales: a diferencia de lo que ocurre con las teorías utilitaristas, preocupadas por la maximización de la utilidad, no puede nunca estar justificado castigar a alguien que no ha hecho nada moralmente objetable, por la simple razón de que esa persona no merece ser castigada. Tampoco se admite, desde una mirada retribucionista, castigar a alguien más severamente de lo que exige la proporcionalidad con el acto cometido, aun en el caso de que el castigo desproporcionado pudiera traer un mejor estado general de cosas (aunque quizás los *rule utilitarians* podrían sostener que esta exigencia es consistente con su filosofía en la medida que un estado de cosas no podría ser mejor en general si el criterio de lo bueno está constituido en parte por tener una práctica que respete el castigo proporcional. Teniendo esta objeción en mente, Michael Moore sostiene que el retribucionismo no debe necesariamente ser también deontológico, ya que el retribucionismo y el consecuencialismo no son incompatibles).⁷

La relevancia del principio retribucionista en el ámbito de la persecución penal de los perpetradores de delitos contra la humanidad no se agotó en Núremberg, sino que se fue profundizando desde aquel momento a la actualidad, como se verá a continuación.

II. RETRIBUCIONISMO EN LA JURISPRUDENCIA DE TRIBUNALES INTERNACIONALES. *GELMAN V. URUGUAY*

Tomaré ahora el caso “*Gelman v. Uruguay*”⁸ decidido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el día 24 de febrero de 2011. En este, la Corte falló en contra de Uruguay, sosteniendo que las leyes uruguayas de 1986 que prohibían la persecución penal de los perpetradores de los crímenes cometidos durante la dictadura militar eran contrarias al derecho internacional. Interesantemente, las leyes cuestionadas habían sido reafir-

7. MOORE, M., ob. cit..

8. Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso *Gelman vs. Uruguay*”, fondo y reparaciones, sentencia del 24 de febrero de 2011, consultado en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf].

madras a través de un referéndum popular, no solo una, sino dos veces. Sin embargo, la Corte entendió que Uruguay había violado la Convención Americana de Derechos Humanos al sancionar dichas leyes, ya que los estados tienen la obligación de castigar a aquellos responsables de violaciones de derechos humanos. En este sentido la Corte expresó:

“188. La obligación de investigar y el correspondiente derecho de la presunta víctima o de los familiares no solo se desprenden de las normas convencionales de derecho internacional, imperativas para los Estados Parte, sino que, según el Estado de que se trate, además deriva de la legislación interna que hace referencia al deber de investigar de oficio ciertas conductas ilícitas y a las normas que permiten que las víctimas o sus familiares denuncien o presenten querellas, pruebas, peticiones o cualquier otra diligencia, con la finalidad de participar procesalmente en la investigación penal con la pretensión de establecer la verdad de los hechos.

189. La referida obligación internacional de procesar y, si se determina su responsabilidad penal, sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos, se desprende de la obligación de garantía consagrada en el artículo 1.1 de la Convención Americana. Esta obligación implica el deber de los Estados Parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

190. Como consecuencia de esta obligación, los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de derechos humanos.”

El lenguaje de la Corte, como muestran los fragmentos citados anteriormente, es contundente en establecer que los estados miembros de la Convención Americana de Derechos Humanos tienen un *deber* de castigar a los perpetradores de violaciones a los derechos humanos, y que las víctimas y sus familiares tienen un correlativo derecho a exigir que esos perpetradores sean perseguidos (volveré luego a este argumento basado en las víctimas).

El fallo ha sido criticado con el argumento de que ha ido más allá del significado literal de la Convención –al afirmar que la persecución penal es la única forma admisible de lidiar con los violaciones de derechos humanos pasadas, cuando en realidad el lenguaje de la Convención es mucho

más amplio— y por su carácter fuertemente anti-democrático, al ignorar la voluntad del pueblo uruguayo expresada en los dos *referéndum*.⁹

Cualquiera sea el mérito de esas críticas, lo que es claro es que la decisión en “Gelman v. Uruguay” no es marginal en el campo del derecho penal internacional, sino un fallo perfectamente consistente con la evolución de ese campo del derecho desde Núremberg hasta el presente. Como he venido sosteniendo, creo que la única forma de comprender ese deber categórico de castigar que es tan fundamental que no puede ser anulado por la voluntad mayoritaria de un pueblo manifestada a través de mecanismos democráticos, es aceptando una justificación del castigo retribucionista.

En lo que sigue analizaré, de manera consistente con los casos hasta aquí reseñados y en apoyo a mi defensa del retribucionismo, las particularidades del fenómeno argentino.

III. EL RETRIBUCIONISMO EN LOS TRIBUNALES LOCALES. LOS JUICIOS POR DELITOS DE LESA HUMANIDAD EN ARGENTINA

Finalizada la dictadura militar, el recientemente electo gobierno popular de Raúl Alfonsín se encontró con la difícil tarea de decidir cómo lidiar con las violaciones de derechos humanos cometidas durante el régimen anterior.

Como es sabido, Carlos Nino fue una de las principales figuras en un equipo de intelectuales que asesoraron al presidente en el diseño de una política efectiva que pudiera lograr responsabilizar a los perpetradores sin poner en peligro la flamante y frágil democracia. Varias cuestiones políticas debían ser cuidadosamente balanceadas: por un lado, las víctimas y sus familiares exigían investigación y castigo de toda persona que había estado involucrada en los crímenes cometidos a través del aparato estatal; por otro lado, los militares —que para ese entonces todavía conservaban un poder considerable— amenazaban con otro golpe de estado frente a la posibilidad de ser perseguidos penalmente de manera ilimitada. Por ende, desde una perspectiva práctica, la forma en que el nuevo gobierno lidiase con los perpetradores debía ser lo suficientemente dura como para evitar

9. GARGARELLA, R., *Castigar al Próximo: por una refundación democrática del derecho penal*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2016, pp. 91-127.

cualquier cargo de complicidad con los crímenes de la dictadura por parte de las víctimas y la sociedad en general, pero también lo suficientemente moderada para no poner en peligro la frágil estabilidad democrática.

Estas preocupaciones fueron sistemáticamente abordadas por Nino en su libro *Juicio al Mal Radical*.¹⁰ En este, trató de desarrollar una teoría del castigo coherente que pudiera integrar las varias demandas que tenían lugar en ese particular momento de la historia argentina. Nino rechazaba el retribucionismo, no solo por razones filosóficas (ya que, al igual que otros autores¹¹ pensaba que la imposición deliberada de sufrimiento a otro ser humano no puede ser considerada un bien intrínseco y por ende el castigo debe necesariamente ser justificado apelando a algún otro bien distinto del castigo en sí mismo), sino también por razones prácticas, dado que creía que castigar a *todos* los que hubieran participado de alguna forma en los actos ilegales de la dictadura no era siquiera materialmente posible.

La teoría resultante fue de naturaleza consecuencialista: los juicios por violaciones de derechos humanos tendrían un efecto preventivo general y promoverían un tipo de deliberación pública no disponible a través de otros medios.¹² A los efectos de contrarrestar la clásica objeción kantiana contra las teorías consecuencialistas que sostiene que estas violan la dignidad del acusado al tratarlo como un medio para un fin (puesto de manera simple, la objeción sostiene que las teorías consecuencialistas operan bajo el razonamiento “te castigo *a ti* para lograr ciertas consecuencias deseables”), Nino desarrolló su teoría del “consentimiento”, según la cual los acusados habían consentido –y por ello no podían objetar– ser castigados, pues sabían que sus acciones eran antijurídicas bajo el régimen legal que existía en el momento que ilegalmente tomaron el poder.¹³

Además, Nino sostenía que los juicios ayudarían a las víctimas a recobrar su auto respeto, pero no consideraba que este aspecto fuera una forma especial de retribucionismo “dado que el mal que ellas sufrieron no se neutraliza por el mal sufrido por los agresores”.¹⁴ Al no tener que cumplir con el imperativo retribucionista de castigar a todos los responsables, la teoría

10. NINO, C. S., ob. cit.

11. Por ejemplo, véase SCANLOT, T., “Punishment and the Rule of Law”, en TONRY, M. (ed.), *Why Punish? How Much? A reader on Punishment*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

12. NINO, C. S., ob. cit., pp. 215-216.

13. *Ibid.*, p. 231.

14. *Ibid.*, p. 236.

de Nino permitía al presidente Alfonsín diseñar una política de persecución penal selectiva (incluyendo solo a los oficiales de alta jerarquía), y así evitar una nueva revuelta militar. Esta arquitectura teórica terminó siendo plasmada en el Juicio a las Juntas de 1985, que tuvo lugar contra los nueve oficiales militares de las primeras tres juntas.

Aunque resulta admirable el esfuerzo puesto por Nino en crear un marco filosófico que pudiera obrar como ideal regulativo del juicio que se terminó llevando a cabo (juicio que, cabe remarcar, fue un hito histórico en términos de juzgamiento de oficiales de un gobierno pasado *por su propio pueblo, y a través de sus instituciones judiciales naturales*), creo que en todo caso sus argumentos prácticos en contra de la adopción de un ideal retribucionista tenían cierto peso, pero no así los argumentos filosóficos.

En cuanto a los argumentos de naturaleza filosófica, entiendo que quienes se oponen al retribucionismo bajo la base de que el sufrimiento humano nunca puede ser algo bueno en sí mismo, como si ello fuera un dato autoevidente de conocimiento moral (posición ilustrada por la famosa definición de Hart: “[...]pareciera existir una misteriosa pieza de alquimia moral en la cual la combinación de los males corrupción moral y sufrimiento son convertidos en un bien[...]”)¹⁵ desestiman demasiado rápido la noción de que, ante determinadas circunstancias, la imposición de sufrimiento a quien lo merece *sí* puede ser un bien. La literatura a favor de dicha postura es extensa y los argumentos, que aquí no pueden ser desarrollados con extensión, van desde el valor del resentimiento como manifestación de auto respeto de la víctima (Jeffrie Murphy), al rol que cumplen nuestras intuiciones más comunes como indicadores de verdad moral (Michael Moore) hasta la insolubilidad que existe entre las actitudes reactivas que adoptamos frente a quienes nos ofenden y la naturaleza humana (Peter Strawson).

Más allá de las ventajas del retribucionismo en el plano normativo – lo cual llevaría otro artículo entero– me interesa remarcar en lo siguiente cómo a lo largo de los años que le siguieron al Juicio a las Juntas, un ideal retribucionista fue eventualmente adoptado por los tribunales argentinos (es decir, paso ahora a un análisis descriptivo).

15. HART, H. L. A., *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1968, p. 234.

Una vez consolidada la democracia y desaparecidas las dificultades prácticas enfrentadas por el gobierno de Alfonsín, una política penal de carácter retribucionista fue adoptada y asumida como la correcta, jurídica y moralmente, por los actores jurídicos (en los que incluyo a los tribunales locales y a los internacionales, como ilustra el caso Gelman) y la sociedad en general.

Para ver con mayor claridad este punto corresponde hacer un breve repaso histórico. Luego del Juicio a las Juntas, el Congreso durante la presidencia de Alfonsín sancionó las leyes de Punto Final y Obediencia Debida, en 1986 y 1987 respectivamente, que bloquearon la persecución penal de los crímenes de la dictadura. Sumado a ello, los militares que habían sido condenados en el Juicio a las Juntas fueron indultados por el presidente Menem mediante una serie de indultos sancionados en 1989 y 1990. Un período de impunidad tuvo entonces lugar, en contra de la demanda de los grupos de víctimas y de una gran parte de la sociedad, pero no duraría demasiado.

En el fallo “Simón”, del 2005, la Corte Suprema invalidó las leyes que impedían la persecución penal de los crímenes de la dictadura, las cuales habían sido, además, derogadas por el Congreso. Tomando como norte el caso “Barrios Altos” decidido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Suprema resolvió que las leyes en cuestión violaban la obligación que Argentina tiene bajo el derecho internacional de investigar, perseguir, y eventualmente castigar delitos de lesa humanidad.

Luego de “Simón”, los juicios se reanudaron y continúan hasta el día de hoy. Estos procesos fueron originariamente impulsados bajo una política estatal de memoria y justicia, y son apoyados por una gran parte de la sociedad. Lo que me interesa destacar aquí respecto de estos juicios de segunda generación es que se produjeron casi veinte años después de que los hechos delictivos ocurriesen, en un contexto político y social completamente distinto, y en contra de individuos que ya no poseen el poder que alguna vez tuvieron.

En contraste con la delicada situación que Alfonsín tuvo que enfrentar, estos juicios se desarrollan en el marco de una democracia afianzada con respeto a la regla del derecho, en tiempos de paz interna. Las divisiones políticas que alguna vez permearon a la sociedad argentina, aunque no completamente desaparecidas, ya no se manifiestan a través de medios violentos. El ejército ha perdido, como consecuencia de la dictadura, casi

todo su prestigio social y ha estado desfinanciado por años. La mayoría de los imputados son gente mayor ya retirada, muchos de los cuales llevan una vida familiar de bajo perfil. La idea de que ocurra un nuevo golpe de estado es tan remota que encaja mejor en una obra de ficción que en una predicción seria sobre el mapa político del futuro cercano. Los años de la dictadura son casi universalmente vistos como una página negra en la historia del país, y cada año una masiva marcha tiene lugar en espacios públicos para honrar el lema “Nunca más”.

¿Por qué, entonces, castigar a estos sujetos? Si el argumento de la prevención general no es demasiado persuasivo para justificar la persecución penal de crímenes de escala masiva, lo es todavía menos bajo las circunstancias particulares mencionadas en el párrafo anterior. La búsqueda de la verdad y la deliberación pública son objetivos importantes que justifican la inversión de recursos gubernamentales, pero seguramente podrían ser promovidos de alguna forma que no requiera enviar gente a la cárcel, especialmente cuando los reos superan los sesenta años de edad. La simple respuesta a este interrogante es que la idea de que las personas que utilizaron el aparato estatal para cometer terribles crímenes contra su propia gente –asesinando, violando, borrando a sus víctimas de la faz de la tierra sin dejar huellas– lleven una vida feliz sin haber sido castigadas es tan moralmente repugnante que no estamos dispuestos a tolerarla en el marco de una sociedad a la que le importa la justicia. Esta fuerte intuición refleja la proposición retribucionista central: aquellos que han cometido los peores crímenes imaginables merecen ser castigados, y el hecho de que sean castigados es un bien en sí mismo, incluso si de ello no fluyen otras consecuencias positivas.

Existe una variante a la postura kantiana clásica sobre la justificación del castigo retribucionista que pone el foco en las víctimas de los crímenes y por ende encaja perfectamente con la idea, expresada tanto en “Gelman” como en “Simón”, de que la víctima tiene un *derecho* a exigir que el estado investigue y castigue a los perpetradores. Esta teoría es desarrollada por Fletcher, quien readapta el argumento elaborado por Hegel de un modo que integra a la víctima. Según Hegel, la comisión del delito niega el valor de la norma que prohíbe la conducta delictiva en cuestión. El castigo niega el valor de la negación de la norma (esto es, del acto delictivo) y consecuentemente afirma el valor de la norma. En la adaptación de Fletcher, el valor de la víctima es negado por la relación de dominación que nace entre la víctima y el perpetrador como resultado del crimen. Al castigar al perpe-

trador, la relación de dominación es negada y la igualdad entre víctima y perpetrador es restablecida.¹⁶

En este sentido, Fletcher dice que “[u]na función primaria del castigo es, entonces, expresar solidaridad con la víctima. Es una forma de decirle a la víctima y su familia: ‘No estás sola. Estamos contigo, en contra del victimario’ [...]. El fracaso en castigar implica la perpetuación de la dominación del victimario sobre la víctima. Cuando la sociedad falla en castigar, se vuelve cómplice de este estado de servidumbre y dominación”.¹⁷

Hasta ahora he tratado de demostrar que la principal fuerza justificatoria detrás de la persecución penal de violaciones de derechos humanos pasadas es el retribucionismo. De aquí en adelante exploraré las implicaciones que tiene esta tesis para el resto de los casos cubiertos por el derecho penal. Una postura posible sería pensar que los delitos de lesa humanidad constituyen una categoría especial de ofensas cuyos autores pueden ser justificadamente castigados en términos retribucionistas, pero que los autores de otro tipo de delitos –más comunes y menos serios– no pueden ser castigados con fundamento exclusivamente retribucionista. Argumentaré lo contrario, sobre la base de que la propuesta justificatoria debería plantearse “de arriba para abajo”, comenzando con los peores tipos de crímenes y desde allí extendiéndose a ofensas menos graves.

Desde mi punto de vista, la diferencia relevante entre los delitos de lesa humanidad y los delitos comunes se refleja en la severidad del castigo que debe imponerse a sus autores (siguiendo un análisis retribucionista de proporcionalidad). La magnitud del mal desplegado en los delitos de lesa humanidad puede justificar, sobre la base del merecimiento moral, un castigo más severo. Pero la diferencia entre este tipo de delitos y los delitos ordinarios no es más que una diferencia cuantitativa en el grado de castigo merecido: no es una diferencia cualitativa. Si fuera del modo contrario, las víctimas de los delitos comunes afrontarían una ofensa a su igualdad con las víctimas de delitos de lesa humanidad. Volveré luego sobre este punto.

Para explorar qué consecuencias tiene la adopción de una postura retribucionista para el castigo de los delitos de lesa humanidad en la teoría del castigo penal en general, analizaré las posiciones que han sido adopta-

16. Véase FLETCHER, G., *The place of victims...*, ob. cit.

17. FLETCHER, G., *With Justice for Some: Victims' Rights in Criminal Trials*, Massachusetts, Addison-Wesley, 1995, p. 203.

das por dos de los pensadores vernáculos más trascendentales en el ámbito del derecho penal.

IV. ¿RETRIBUCIONISMO PARA TODOS LOS DELITOS?

En su Manual de Derecho Penal,¹⁸ Eugenio Zaffaroni, quizás el penalista argentino más reconocido, desarrolla su teoría “agnóstica” de la pena. Conforme esta, el castigo no tiene una justificación válida: no previene futuros delitos, no puede rehabilitar a los delincuentes, no promueve la justicia, y no cumple ninguna función comunicativa. Básicamente, el castigo penal es una práctica injustificada inherente en la configuración de los estados modernos. En todas las sociedades existe una pulsión punitiva latente: cuando esta es efectivamente controlada, se manifiesta en la forma de castigo penal institucionalizado. Si no es controlada, la pulsión puede derivar en un genocidio.

En este marco, el rol de los jueces penales es administrar el (inevitable) poder punitivo de la manera más racional posible. Ellos están a cargo de “filtrar” la pulsión punitiva para que no se desborde. En este esquema, el castigo nunca está justificado –ni siquiera en los casos en que los jueces *deben* imponerlo– pero, aun así, esta es la mejor forma de controlar el poder estatal, que de otro modo se vería desatado. El razonamiento es el siguiente: ya que los jueces no pueden hacer desaparecer por completo la pulsión punitiva, deben tratar de limitar su aplicación de la mejor manera posible. En esta tarea de filtro, los jueces deben ponderar el impacto real de sus decisiones: el poder de los medios, por ejemplo, puede influenciar la opinión pública en contra de un juez excesivamente “garantista” y poner en marcha una oleada punitivista, por lo cual el juez debe tener en cuenta esta posibilidad al analizar, globalmente, cómo contener el poder punitivo de manera más efectiva.

Encuentro a esta teoría problemática en varios aspectos. En otro lado he desarrollado con más detalle el argumento de que las teorías del castigo no retribucionistas generalmente no respetan el principio kantiano que pro-

18. ZAFFARONI, E. R., SLOKAR, A. y ALAGIA, A., *Derecho Penal: parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2002.

híbe la utilización de las personas como meros medios para lograr un fin.¹⁹ En este aspecto, la teoría de Zaffaroni brinda uno de los ejemplos más claros de una justificación del castigo que viola dicho principio. Imaginemos la explicación que un juez penal sincero debería darle a la persona a quien acaba de mandar a la cárcel, según la teoría de Zaffaroni: “bueno, este castigo que le estoy imponiendo no tiene en verdad ninguna razón de ser, pero debo necesariamente proceder de esta manera porque mi tarea es mantener el nivel de poder punitivo más o menos estable en el marco de la sociedad en general”. Dicha explicación violaría la dignidad del condenado, en tanto está siendo utilizado como un instrumento para lograr un fin.

Además del punto anterior, existe otro aspecto problemático en la filosofía de Zaffaroni que la vuelve internamente inconsistente: su defensa del retribucionismo cuando se trata de castigar violaciones de derechos humanos pasadas.

Tanto en su obra teórica como en sus fallos como juez de la Corte, Zaffaroni ha sostenido una posición punitivista frente a los delitos de lesa humanidad, argumentando que, frente a este tipo de crímenes, al resultar excepcionales por ser más graves que los delitos ordinarios, son apropiadas ciertas respuestas que no estarían justificadas para el común de los delitos. Esta diferencia cualitativa entre la forma en que los delitos comunes y los delitos de lesa humanidad deben ser tratados está basada en un argumento retribucionista (aunque el autor no se haga cargo explícitamente de ello). En un famoso intercambio con Carlos Nino, Zaffaroni dejó asentada su postura en los siguientes términos: “[e]n cuanto al genocidio, creo que nadie afirma seriamente que si Europa no sigue hoy a otro Führer es debido al efecto preventivo general de Nürenberg. Me parece que la cuestión es otra: cuando nos hallamos frente a conflictos tan aberrantes que por su magnitud y brutalidad no tienen solución ¿quién puede reprochar que se inflija un dolor a los pocos causantes que se ponen al alcance del reducido poder punitivo?”²⁰

Cuando unimos las dos partes de la teoría de Zaffaroni (esto es, su teoría agnóstica de la pena y su posición retribucionista frente a los delitos de lesa humanidad) la inconsistencia se vuelve manifiesta. Gargarella ha

19. FERNÁNDEZ FIKS, T., “Retribucionismo y el principio de no utilización de las personas como medios”, en *En Letra - Derecho Penal*, vol. IV, 2017.

20. Citado en GARGARELLA, R., ob. cit.

señalado correctamente que la postura agnóstica sobre el castigo debería lógicamente descartar la posibilidad de justificar el castigo aun en los delitos de lesa humanidad: “[...] la consistencia interna propia de la visión penal de Zaffaroni podría, simplemente, bloquear la justificación del castigo, aun para estos casos extremos. Esto es así si tenemos en cuenta que su concepción i) considera ilegítimo el poder punitivo; ii) reconoce siempre una grave irracionalidad en el accionar del aparato penal; y iii) entiende que la función del derecho penal es reducir o contener esa pulsión punitiva –encarrilar la venganza, según veíamos–”.²¹

Gargarella sostiene entonces que las posiciones contradictorias de Zaffaroni en cuanto a los delitos comunes y los delitos de lesa humanidad sufren de una misma falencia, a saber, que son producto de una mirada elitista y excluyente que deslegitima cualquier intervención democrática sobre el contenido y el alcance del derecho penal. Contra esta postura, Gargarella defiende una teoría republicana del castigo, que “preocupada por la autodeterminación y la integración social quiere que las normas que rijan en la comunidad sean escogidas por esa misma comunidad”.²²

Aunque los argumentos de Gargarella son persuasivos, entiendo que la forma adecuada de resolver la contradicción inherente en los escritos de Zaffaroni es extendiendo su posición con relación a los delitos de lesa humanidad al común de los delitos. Las razones de ello son principalmente dos: la primera es lógica y la segunda normativa. Desarrollaré cada una a continuación.

Primero, la idea de que *algunos* delitos son tan aberrantes que justifican una respuesta retribucionista, pero que el resto de los delitos no superan la barrera de repugnancia moral necesaria para justificar una respuesta similar, es muy difícil de defender. Uno podría decir que las violaciones a los derechos humanos o los delitos de lesa humanidad poseen ciertos rasgos diferenciales que los convierten en peores que los delitos ordinarios, como por ejemplo: el hecho de haber sido cometidos a través del aparato estatal (con la cobertura e inmunidad que ello implica); su carácter sistemático; estar dirigidos contra un sector de la población en particular en virtud de su raza o ideología; la desigualdad desproporcionada que existe entre la víctima (un individuo) y el victimario (el poder estatal

21. GARGARELLA, R., ob. cit., p. 53.

22. *Ibid.*, p. 35.

organizado), etc. Estas diferencias podrían justificar la adopción de algunas reglas procesales excepcionales, como la inaplicabilidad del instituto de la prescripción (toda vez que estos delitos generalmente solo pueden ser perseguidos después de que el gobierno que los cometió ha dejado el poder, lo cual puede llevar mucho tiempo) o el apartamiento de las reglas probatorias comunes (ya que los medios probatorios tradicionales pueden no estar disponibles por la propia acción de los perpetradores). Pero no se trata de diferencias categóricas que puedan justificar la adopción de dos teorías justificatorias del castigo hechas a medida, una retribucionista para las violaciones de derechos humanos y otra (cualquiera sea su contenido) para el resto de los crímenes.

Para ver esto más claramente solo hay que pensar en cualquiera de los terribles crímenes que lamentablemente aparecen diariamente en los medios: una mujer violada y asesinada, un hombre inocente fusilado por su auto, una pareja de ancianos matados a golpes. Si tenemos razones retributivas para castigar a los perpetradores de delitos de lesa humanidad, también tenemos razones retributivas para castigar a quienes cometen los delitos recién mencionados. De la misma forma que sentimos que los oficiales Nazis merecían ser castigados y nuestras intuiciones morales nos dicen que algo andaría mal si hubieran quedado impunes, lo mismo ocurre con los terribles crímenes que ocurren diariamente. La distinción entre los delitos de lesa humanidad y otros delitos no es entonces una distinción entre peras y manzanas, al menos cuando se trata de la justificación detrás del castigo de sus autores.

El segundo argumento tiene que ver con el respeto a la igualdad entre las víctimas (y quizás, en menor medida, entre los victimarios). Aquí vuelvo a la conceptualización del castigo de Fletcher como una muestra de solidaridad hacia la víctima: al castigar al victimario, la sociedad se une a la víctima en la reprobación de la acción inmoral a la cual fue sometida, restableciendo así la igualdad perdida entre la víctima y el victimario como resultado del crimen. En palabras de Fletcher: “[I]a existencia de la institución del castigo crea una oportunidad para contrarrestar el dominio del delincuente sobre su víctima. El fracaso en utilizar esta institución, permaneciendo pasivos cuando existe una oportunidad para actuar, sienta la base para que exista responsabilidad compartida”.²³

23. FLETCHER, G., *With justice for some...*, ob. cit., p. 203.

Ahora bien, si algunas conductas son castigadas bajo fundamento retribucionista (por ejemplo, aquellas que caen dentro del concepto de delitos de lesa humanidad), ello requiere que el resto de los crímenes sean castigados con el mismo fundamento. Por tanto, usando un ejemplo gráfico, los parientes de las personas que fueron asesinadas por miembros del Estado durante una dictadura y los parientes de las personas que fueron asesinadas en ocasión de un robo en un gobierno democrático y republicano tienen un idéntico derecho de naturaleza retribucionista a reclamar que el Estado investigue, persiga y castigue a los perpetradores de dichos crímenes. De lo contrario, las víctimas de los terribles crímenes que ocurren a diario y sus seres queridos podrían legítimamente quejarse de que su sufrimiento no es tomado en serio, y que el compromiso del Estado en castigar a sus victimarios no es tan fuerte como en los casos que constituyen delitos de lesa humanidad. Esto violaría la igualdad entre las víctimas, al transmitir el mensaje de que existen víctimas clase A y víctimas clase B.

Como he argumentado, la consistencia interna y el respeto a la igualdad entre las víctimas requiere que aquellos que defienden una postura retribucionista para justificar el castigo de los delitos de lesa humanidad adopten una posición similar para el resto de los crímenes que no caen en la categoría de violaciones a los derechos humanos.

Existe una objeción fuerte que mi análisis todavía debe enfrentar. Como señala Gargarella, la teoría del castigo de Zaffaroni es una reconstrucción del sistema penal real que existe en nuestra sociedad.²⁴ Tal sistema penal tiene algunos rasgos que hacen que sea especialmente difícil justificar el castigo (y de ahí el escepticismo o “agnosticismo”, en los términos de Zaffaroni, en relación con la posibilidad de elaborar una justificación positiva del castigo). De manera más notable, las agencias penales seleccionan a sus destinatarios en un proceso doble: primero, criminalizando determinadas conductas, y luego, individualizando un estereotipo particular de individuos que serán perseguidos por haber realizado dichas conductas. De manera poco sorprendente, la fuerza entera del poder punitivo cae sobre aquellos más vulnerables en la sociedad. Uno tan solo debería mirar el desproporcionado número de afro-americanos encarcelados en las prisiones de Estados Unidos para captar esta idea.

24. GARGARELLA, R., *ob. cit.*, p. 39.

Un posible argumento en contra de mi posición, entonces, sería que, aunque el retribucionismo no puede ser defendido en un sistema penal que sistemáticamente señala a los más vulnerables, resulta apropiado para justificar el castigo de aquellos que alguna vez gozaron los privilegios y la inmunidad del poder. El razonamiento es que aquellos acusados de haber cometido delitos de lesa humanidad generalmente no son los más desaventajados y discriminados de la estructura social, sino un grupo de personas educadas y con recursos que por definición están fuera del alcance promedio de las agencias penales. El argumento en contra del retribucionismo basado en la vulnerabilidad no entraría en juego en este caso: quienes deben responder no pueden quejarse de que están siendo señalados por un sistema injusto porque una vez ellos mismos fueron quienes movían los hilos de dicho sistema.

Este argumento tiene dos problemas. Primero, incluso si los autores de delitos de lesa humanidad realmente estuvieran fuera del grupo social que es habitualmente captado por el sistema penal, ello no constituiría una razón para tratarlos de manera diferente que al resto de los imputados. La equidad y la igualdad –dos principios que asumimos que los países liberales deben respetar– requieren que todos los acusados de haber cometido un delito penal sean tratados de la misma forma. Por ende, una justificación retribucionista no puede estar disponible para algunos si no está disponible para todos.

En segundo lugar, debe destacarse que el hecho de que el sistema penal opere de manera injusta no excluye la adopción de una justificación del castigo retribucionista, porque las democracias liberales poseen mecanismos para contrarrestar esa injusticia *de formas compatibles con el retribucionismo*.

Tomemos el ejemplo de una persona que se roba una manzana porque se está muriendo de hambre y no tiene recursos. Un análisis retribucionista llegaría a la conclusión de que, considerados todos los factores relevantes, esta persona *no merece* (moralmente) ser castigada. Imaginemos que, sin embargo, el caso llega a juicio: en tal situación, el juez podrá aplicar el principio de insignificancia (según el cual las acciones que no afectan significativamente el bien jurídico protegido quedan fuera del alcance del derecho penal), el cual a su vez es derivado del principio de lesividad (según el cual las acciones que no afectan a terceros no son punibles), y desestimar el caso, de manera perfectamente compatible con el retribucionismo.

De manera similar, la vulnerabilidad del imputado puede ser tenida en cuenta al determinar el grado de su culpabilidad (que es lo mismo que el grado en el que merece ser castigado en términos retribucionistas). La conclusión es que una justificación del castigo retribucionista es defendible en todas las instancias de aplicación del derecho penal, y que la selectividad propia del sistema penal puede –y debería– ser incorporada en la determinación retribucionista de merecimiento moral.

V. CONCLUSIÓN

Comenzando por Núremberg y abarcando a partir de allí decisiones jurisprudenciales más actuales tanto de tribunales locales como internacionales, que he tomado como puntos de referencia, he tratado de demostrar que la justificación del castigo que mejor representa a los juicios penales contra autores de graves violaciones de derechos humanos es el retribucionismo. Esta conclusión, creo, es evidente por “descarte” (ya que cualquier otra justificación del castigo presenta tensiones con dichos juicios), y por el argumento positivo de que nuestras intuiciones morales reflejan la idea de que castigar a los perpetradores de este tipo de crímenes es hacer lo correcto, ya que ellos merecen ser castigados.

Además, he sostenido que una vez que defendemos al retribucionismo como la justificación central para castigar a los autores de crímenes contra la humanidad, debemos adoptar el mismo criterio para la justificación de la totalidad de nuestras prácticas penales. La consistencia interna de nuestra teoría y el respeto a la igualdad entre las víctimas así lo requiere.

BIBLIOGRAFÍA

- BERMANN, Mitchell, “Punishment and Justification”, en *Ethics*, n° 2, Vol. CXVIII, 2008, pp. 258-290.
- FERNÁNDEZ FIKS, Tomás, “Retribucionismo y el principio de no utilización de las personas como medios”, en *Letra - Derecho Penal*, Vol. IV, 2017.
- FLETCHER, George, “The place of Victims in the Theory of Retribution”, en *Buffalo Criminal Law Review*, n°1, Vol. III, 1999, pp. 51-63.
- , *With Justice for Some: Victims’ Rights in Criminal Trials*, Massachusetts, Addison-Wesley, 1995.

- GARGARELLA, Roberto, *Castigar al Prójimo: por una refundación democrática del derecho penal*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2016.
- HART, Herbert L. A., *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, 1968.
- MOORE, Michael, *Placing Blame: A Theory of the Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 1997.
- NINO, Carlos S., *Juicio al Mal Absoluto*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2015.
- TONRY, Michael (ed.), *Why Punish? How Much? A reader on Punishment*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- ZAFFARONI, Eugenio R.; SLOKAR, Alejandro y ALAGIA Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2002.

RESTRICCIÓN DE LIBERTADES COMO RESPUESTA A LA VIOLENCIA MACHISTA*

FEDERICO BATAGELJ** Y JEREMÍAS BATAGELJ***

Resumen: En el siguiente trabajo analizamos las coberturas periodísticas de los medios masivos de comunicación de los diarios *Clarín* y *La Nación* ante el femicidio de Micaela García y de qué modo ese enfoque periodístico pudo contribuir a la formación de un estereotipo de delincuente. Este caso funcionó como catalizador de la reforma de la ley de ejecución penal en el Senado de la Nación y, en función de esto, estudiamos qué similitudes tuvieron los discursos mediáticos con los legislativos. Estos últimos propusieron como solución a la problemática de la violencia de género una severa restricción de derechos para personas privadas de su libertad. Por último, también hicimos foco en el nuevo instituto del “régimen preparatorio para la liberación” que introdujo la ley 27.375 y sus similitudes y diferencias con los institutos de salidas transitorias y libertad condicional.

Palabras clave: medios masivos de comunicación – violencia de género – privación de la libertad

Abstract: The following paper analyses *La Nación* and *Clarín*'s mass media coverage of Micaela García's femicide and how that journalistic approach could contribute to the consolidation of a criminal stereotype. This case worked as a catalyst of the criminal enforcement law's amendment in the National Senate Chamber and, according to this, we studied which similarities could be detected

* Este trabajo fue presentado en el marco del V Congreso de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología para Estudiantes y Jóvenes Graduados.

** Estudiante de Abogacía, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

*** Estudiante de Comunicación, Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

between the media and the legislative discourse. The latter proposed a severe restriction on the rights of the people deprived of their liberty as a solution for the gender-based violence issue. Finally, we also focused on the new “preparatory regime for liberation” that was introduced by law No. 27,375, as well as the similarities and differences with the temporary release and parole figures.

Keywords: mass media – gender-based violence – deprivation of liberty

I. INTRODUCCIÓN

La idea de este trabajo es comprender la cobertura periodística de los medios masivos de comunicación al informar el femicidio de Micaela García para luego indagar acerca del traspaso de esa representación mediática en el plano ético-cultural generando mediante dicha expresión la formulación de saberes, prácticas, modos de representación, juicios de valor y modelos de autoridad que quieren legitimarse.¹ Para eso, en primer lugar, seleccionamos los diarios *Clarín* y *La Nación* –los dos periódicos con mayor tirada a nivel nacional– para entender de qué modo se construyó mediáticamente la figura de Sebastián Wagner, presunto autor del femicidio, configurándolo como el ser peligroso de la sociedad y, por último, cómo se caracterizó el derecho a la libertad condicional.

II. DISCURSO MEDIÁTICO

El 1 de abril de 2017, Micaela García fue a bailar con sus amigos y amigas a un boliche en Entre Ríos, y nunca regresó a su casa. Siete días más tarde, agentes policiales encontraron el cuerpo de la joven de 21 años en un camino rural en las afueras de la ciudad entrerriana.

A partir del 5 de abril, comienza a incluirse en las notas periodísticas de ambos diarios la figura de Wagner. Su caracterización en las decenas de noticias periodísticas fue cuasi homogénea: Wagner no debió salir nunca de la cárcel. Aquella representación se puede localizar tanto en los titula-

1. DE MORAES, D., *La cruzada de los medios en América Latina. Gobiernos progresistas y políticas de comunicación*, Buenos Aires, Paidós, 2011.

res: "Habló el mellizo del asesino de Micaela"; "El juez que defiende a un violador asesino"; "Otra denuncia contra Sebastián Wagner: habría querido violar a un adolescente de trece años", "No se podía creer que estuviera libre, dijo el hermano de Wagner", "Avanzan los pedidos de remoción del magistrado que liberó a Wagner". En el cuerpo de la noticia: "Lo condenaron a nueve años de prisión y actualmente estaba libre"; "Hay muchos indicios que nos indican que es él, aparte de los antecedentes que tiene"; "uno de los hombres más buscados en la Argentina: Sebastián Wagner"; "condenado por dos violaciones", "un condenado con libertad condicional" e incluso, esa significación, en las editoriales de ambos diarios: "(Wagner) violador serial condenado a 9 años de cárcel tras ser reconocido por dos de sus víctimas anteriores, aunque solo cumplió cuatro", "Es sabido que muchos violadores reinciden en el mismo delito tras haber cumplido la pena o ser beneficiados con una excarcelación", "El sospechoso de haber violado y luego asesinado a Micaela García cumplía una pena de prisión de nueve años por haber violado a dos chicas cuando, el año pasado, el juez de ejecución penal de Entre Ríos Rossi, en una decisión casi criminal, decidió liberarlo", por citar algunos fragmentos que se repiten, en el corpus seleccionado, en reiteradas ocasiones.

Por eso mismo, si bien un estudio sobre las condiciones de recepción² de los discursos generados por ambas coberturas mediáticas nos excede en este trabajo, se puede distinguir, siguiendo la línea de Eliseo Verón que desde las condiciones de producción de las notas recogidas, un elemento que se repite constantemente en la representación de Wagner: la amenaza. Él no es una persona ni un ser humano. Es un peligro. Es algo que no está en el lugar que debió estar.

Por otro lado, otro de los aspectos centrales que subrayamos en el análisis mediático de los diarios seleccionados en la cobertura del femicidio de Micaela García, es la caracterización de la libertad condicional desde una perspectiva que entiende a tal instituto obligatoriamente como un beneficio y no como un derecho. En al menos nueve notas relevadas, la libertad condicional es referida como un "beneficio" otorgado al delincuente. En este caso, por el juez de ejecución penal Carlos Rossi. Incluso, en el apartado del caso que posee el diario Clarín en su web, el medio in-

2. VERÓN, E., "El sentido como producción discursiva", en VERÓN, E., *La semiosis social*, Barcelona, Gedisa, 1987.

introduce a Wagner como un "ex convicto por delitos de violación que había sido condenado a 9 años de prisión, pero gozaba del beneficio de libertad condicional". Si la consideramos un derecho, ante la respuesta de ciertos criterios objetivos temporales y de comportamiento, la persona privada de su libertad podrá acceder al instituto de libertad condicional. En cambio, si lo condicionamos como un beneficio entendemos que esto responde a un rasgo de mayor discrecionalidad por parte del juez en otorgarla o no. Al hacer un análisis de los requisitos para poder acceder a la suspensión de la ejecución de la pena vemos que se encuentra el temporal (dos tercios de la condena para penas temporales, 35 años para condenas perpetuas y 8 meses para penas menores a 3 años) el cual es cuantificable en el mismo momento de la sentencia. Por el contrario, la observancia regular de los reglamentos carcelarios (su otro requisito) tiene diferentes interpretaciones en su aplicación. Siguiendo lo escrito por Alderete Lobo, en un principio, en el año 1886, la norma requería una reforma positiva de la persona, es decir, que había que indagar en cómo era su personalidad de manera previa a la detención y su modificación durante el transcurso de la pena.³ En 1922 se modificó la ley y se mantuvo el criterio hasta hoy, el cual se encuentra expresamente previsto en el artículo 12 del Código Penal cuando establece que la persona privada de su libertad ante un tiempo determinado y "observando con regularidad los reglamentos carcelarios" podrá acceder a la libertad condicional. Se puede entender de manera amplia este término y recurrir a un análisis global de la situación, que ponía en tela de juicio la peligrosidad. Como contraposición a esta tesis, surge una corriente que entiende de manera restrictiva estos términos y cree que debe ser una decisión basada en hechos y no en presunciones. Zaffaroni entiende que al ser la conducta definida como la observancia de las reglas de convivencia en el artículo 100 de la ley de ejecución penal y al explicarse en el artículo 85 de la misma ley que aquellas faltas a las normas de conducta serán sancionadas como infracciones, bastaría hacer un análisis cuantitativo y cualitativo de estas durante el transcurso de la pena y con especial énfasis en el último tiempo. Los informes de pronóstico favorable deben ser congruentes con los puntajes obtenidos.

La reforma de la ley agrega como requisitos que la conducta sea buena (puntaje 5-6) durante las dos terceras partes de la condena. El artículo 104

3. ALDERETE LOBO, R., *La libertad condicional*, Buenos Aires, Hammurabi, 2016.

de la ley 24.600 postula al concepto de las personas privada de su libertad como base para determinar el otorgamiento de la suspensión de la pena. Este es definido como la ponderación de su evolución personal de la que sea deducible su mayor o menor posibilidad de adecuada reinserción social. Es muy difícil realizar pronósticos futuros en la determinación de la personalidad de una persona pero, para intentar realizar una aproximación, además de la convivencia y la disciplina, debe agregarse el cumplimiento en el trabajo. Existe una discusión acerca de si el desarrollo en el sector de educación de la persona privada de su libertad puede tomarse en cuenta para el informe del concepto, nosotros entendemos que, al no ser obligatoria, debe tomarse como positivo el hecho de las actividades realizadas, pero no negativo el hecho de que no haya decidido participar en ellas.

En el análisis de la reforma vemos que entra en juego la disputa entre Derechos Humanos y Derecho Penal, siendo la persona privada de su libertad obligada a aceptar el cercenamiento del derecho a un régimen progresivo como respuesta por la Defensa Social negándole su condición de persona por la peligrosidad que representa.⁴ Los medios masivos de comunicación vehiculizan discursos sociales hegemónicos sobre distintos tópicos. La hegemonía es la capacidad de "generalizar una mirada del mundo, capacidad que se nutre tanto de la pertinencia argumentativa del discurso y de su similitud con las expresiones visibles de la realidad [...] como de las manifestaciones de fuerza que provienen de las condiciones objetivas en las cuales tienen lugar las relaciones sociales". Este pensamiento único muchas veces intenta instalar la determinación de una persona como enemigo, como el otro, como quien aqueja nuestras inseguridades, y que sin él nuestro mundo se vuelve seguro.⁵ Para ello necesitan generar un *estereotipo*. Este concepto es definido como "una representación frecuente que convierte algo complejo en algo simple. Un proceso reduccionista que suele distorsionar lo que representa porque depende de un proceso de selección, categorización y generalización, donde por definición, se debe hacer énfasis en algunos atributos en detrimento de otros. El estereotipo lleva necesariamente implícito en su existencia un consenso".⁶ Luego las

4. ZAFFARONI, E. R., *El enemigo en el derecho penal*, Madrid, Dykinson, 2006.

5. ZAFFARONI, E. R., *La criminología mediática - La cuestión penal*, consultado en [<https://www.youtube.com/watch?v=HNKlgOS6ics&t=904s>] el 27/10/2014.

6. GAMARNIK, C. E., "Estereotipos sociales y medios de comunicación: un círculo vicioso", en *Question*, n° 23, Vol. I, 2009.

“agencias del sistema penal seleccionan en base a esos estereotipos [...] y los miran e instigan a todos a mirarlos del mismo modo, hasta que se obtiene finalmente la respuesta adecuada al rol asignado”.⁷

Es por esto que vemos que la presentación constante de Wagner como una persona que se encontraba en libertad condicional y así violó no es aleatoria. Para el caso, en el corpus seleccionado de los diarios *La Nación* y *Clarín*, las notas periodísticas hacen referencia a Wagner como una persona que estaba en libertad condicional. La peligrosidad se construye hacia la persona que se encuentra con la pena suspendida. De esta manera introducen como delincuente, mediante la masiva repetición, a la persona ya condenada, que además gozó de salidas transitorias, como el culpable de la ola de femicidios y de acciones de violencia contra la mujer. Este es el nuevo estereotipo que aqueja a la sociedad y aquí es donde se ve la asociación de algo simple, de una sola variable, como lo es la restricción de libertades de personas privadas, para solucionar un tema complejo, multivariable.

Es importante contextualizar este caso. Venía incrementándose la concientización en la sociedad respecto de la violencia machista, además de un aumento de esta, en su aspecto cualitativo más precisamente, ya que en su aspecto cuantitativo es mucho más difícil de determinar. Esto llevó a que se impusiera en la agenda política la búsqueda de alguna solución a estos reclamos cada vez más masivos, dando muestra de esta característica en distintas marchas que hubo. Al tener que buscarse responsables, y no poder culpar al inmigrante o al terrorista, “la venganza estimulada hasta el máximo por la criminología mediática se traduce en mayor violencia del sistema penal”.⁸ Es aquí donde se ubica la criminalidad, que en palabras de Pavarini es “el producto contingente de los conflictos sociales cuyos resultados determinan quién y qué es considerado criminal”.⁹

7. ZAFFARONI, E. R., *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, Buenos Aires, Ediar, 1998.

8. ZAFFARONI, E. R., *La palabra de los muertos*, Buenos Aires, Ediar, 2011, p. 381.

9. PAVARINI, M., “¿Vale la pena salvar a la criminología?” en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, n° 13, Vol. 7, 2002, p. 31.

III. DISCURSO LEGISLATIVO

“Los medios no son omnipresentes, sino que funcionan reforzando opiniones ya establecidas, instalando temas de agenda, actuando de manera propagadora, imponiendo temas de conversación”.¹⁰ Por este motivo también centramos nuestro análisis en las disertaciones que dieron ante algunos Senadores especialistas en el tema, además de la impulsora del proyecto por parte del Ejecutivo Nacional. Es muy impactante que se vuelva a poner en ruedo conceptos biologicistas del siglo XIX. La ministra Patricia Bullrich entiende que los violadores son así porque “presentan patologías”. Para agravar este pensamiento explica que su próximo proyecto a trabajar radica en si una vez agotada la pena, las personas que hayan cometido un delito contra la integridad sexual pueden volver a gozar de la libertad ambulatoria.

Quienes legislan toman el femicidio de Micaela García para establecer que una amplia gama de delitos no podrán acceder al período de prueba ni a la libertad condicional. Presentan ciertas similitudes sus discursos con los mediáticos, e incluso se apoyan en ellos o en la “opinión pública” para justificar sus votos. Ejemplo claro de esto es cuando el senador Luis Petcoff Naidenoff expresa: “si es por la opinión pública, la gente quiere que cualquier homicida no solo no pueda gozar de una salida transitoria, sino que no salga nunca”, o bien, el senador Urtubey que se basa en otros medios de comunicación cuando expresa que se ve “en las películas por la televisión o en el cine lo que es un liberado en otros países”. Por su parte, el mismo senador hace referencias al caso analizado y expresó: “Veamos en el caso de Micaela García. Nadie pretende —o yo, por lo menos, no pretendo— que ese señor hubiera tenido una pena perpetua. Le habían puesto nueve años. Muy bien. Lo que pretendemos —y creo que una gran parte de la sociedad pretende, desprovista de cualquier ideología en un sentido o en el otro— es que el señor cumpla los nueve años. Ni más ni menos. Ni menos de nueve años ni más de nueve años”. Sin embargo, la determinación judicial de las penas se ha inflado (cuantitativamente) en base a que los jueces ya tienen en su pensamiento que la persona condenada podía acceder al período de condicional o asistida.¹¹

10. GAMARNIK, C. E., ob. cit.

11. FERRAJOLI, L., *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995.

En el año 2004 hubo una reforma penal que excluyó a determinados delitos de la posibilidad de acceder a la libertad condicional, durante su tratamiento en la Cámara de Senadores de la Nación los discursos argumentativamente fueron muy similares. Los senadores Terragno y Fernandez hacen alusión a los diarios que analizamos para solventar datos, tomándolos como reales. Este último dice: “[u]n editorial de *La Nación* decía que solo el 6 por mil de los delitos tienen procesamiento y condena, y que solamente llegan a los procesos el 30 por ciento de los delitos. Es decir que un 70 por ciento de los delitos que ni siquiera se denuncian porque no se cree en la aprehensión y el castigo de la delincuencia. Y esta actitud tenemos que revertirla no solo desde actitudes legislativas sino también desde las coherencias cívicas”.¹²

En dicho debate, que surge por un caso de secuestro seguido de muerte, la gran mayoría de senadores y senadoras intervinientes brindan un claro discurso punitivista, en pos de la defensa social y la prevención especial negativa, al igual que en los discursos de la reforma de la ley 24.660.

El problema que se analizaba con la exclusión de los delitos era la contraposición entre la finalidad de la pena, que acorde a tratados internacionales es la resocialización, y por esta entendemos a la obligación del Estado de brindar herramientas para que sean utilizadas voluntariamente por la persona privada de su libertad y le ayuden a no volver a caer bajo el foco de la selectividad penal.¹³ El mecanismo utilizado para esta es el régimen progresivo que debe contar sí o sí con la posibilidad de una última etapa del transcurso de la pena en libertad.¹⁴

La segunda contradicción se da con el artículo 8 de la ley 24.660 que propone: “[l]as normas de ejecución serán aplicadas sin establecer discriminación o distingo alguno en razón de raza, sexo, idioma, religión, ideología, condición social o cualquier otra circunstancia”. Es decir, no debería haber regulaciones diferentes por una cuestión de la naturaleza del hecho cometido, que promovió la condena de la persona.

12. CÁMARA DE SENADORES DE LA NACIÓN, V reunión - III sesión ordinaria - 7/4/2004, versión taquigráfica consultada en [<http://www.senado.gov.ar/parlamentario/sesiones/busqueda?page=4>].

13. MIR PUIG, S., *El Derecho Penal en el Estado social y Democrático de derecho*, Barcelona, Ariel, 1994.

14. RIVERA BEIRAS, I. y SALT, M., *Los derechos fundamentales de los reclusos: España y Argentina*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1999.

Lo sorprendente es que al haber tanta similitud entre los debates, no vimos referencia alguna por parte de los senadores y las senadoras al que hubo en 2004, y hubo quienes votaron en las dos reformas.

IV. RÉGIMEN PREPARATORIO PARA LA LIBERACIÓN. SIMILITUDES Y DIFERENCIAS CON LAS SALIDAS TRANSITORIAS Y LA LIBERTAD CONDICIONAL

A partir de lo analizado, nos surge la necesidad de diferenciar los institutos de salidas transitorias, semilibertad y el de libertad condicional, ya que se los trata de igual manera, y aquí residió el mayor cambio de la reforma legislativa. Las salidas transitorias podrán ser otorgadas para el afianzamiento de lazos familiares y sociales o para cursar estudios de educación (desde el grado primario al profesional) o para participar en programas de prelibertad, con una duración, dependiendo el motivo, de hasta 12, 24 o 72 horas. Y serán bajo tuición familiar, bajo palabra de honor o acompañado por un empleado del Servicio Penitenciario Federal. El régimen de semilibertad obedece a la posibilidad de la persona privada de su libertad de trabajar fuera del establecimiento carcelario, es decir, solo sale para ir al lugar de trabajo, y vuelve apenas termina la jornada laboral. Es decir, promueve que el detenido asuma un grado cada vez mayor de responsabilidad personal,¹⁵ al tiempo que se le otorgan ciertas facilidades ambulatorias, pero sigue en cumplimiento de la pena, esta no se agota ni se suspende. El régimen progresivo es adoptado por nuestro sistema normativo en la ley de ejecución penal, y una de las tres condiciones para que se considere que la ejecución de la pena se adapta a este sistema implica "un período de cumplimiento de la pena en libertad (reintegración del condenado al medio libre antes del agotamiento de la pena bajo algún tipo de condiciones). En nuestro sistema normativo esta fase está prevista mediante los institutos de la libertad condicional y la libertad asistida".¹⁶ Como ya analizamos, la libertad condicional implica la suspensión de la pena y la incorporación en libertad bajo determinadas condiciones y de cumplirse ciertas condiciones se extingue la pena en el tiempo previsto. Este instituto, en conjunto con el

15. LÓPEZ, A. y MACHADO, R., *Análisis del régimen de ejecución penal*, Buenos Aires, Fabián Di Placido, 2014.

16. RIVERA BEIRAS, I. y SALT, M., ob. cit., p. 221.

de la libertad asistida, son los únicos a los que los legisladores y las legisladoras les otorgaron carácter de tener naturaleza jurídica penal, y por eso lo hacen complementario al Código Penal.

La solución que han encontrado en pos de restringir estos dos institutos para los delincuentes que cometieron hechos “aberrantes” y mantener el régimen progresivo es la incorporación del instituto llamado “Régimen preparatorio para la liberación”, este implica que un año antes de agotarse la pena, las personas condenadas por los delitos ya explicados podrán acceder a la “libertad” (según palabras de la ley) conforme a dicho régimen. Se distribuirá así este año: los tres (3) primeros meses se dedicarán a la preparación dentro del establecimiento del condenado para la liberación, con posterioridad se admitirá la realización de salidas con acompañamiento durante un plazo de seis (6) meses y, finalmente, en los últimos tres (3) meses el condenado accederá a la posibilidad de ingresar en el régimen de salidas fuera del establecimiento penitenciario sin supervisión. Por último se aclara en la ley que “en todos los casos las salidas serán diurnas y por plazos no superiores a las doce (12) horas”. Con lo cual es un instituto de características muy similares a las salidas transitorias, pero más restrictiva en cuanto al plazo para poder acceder y en cuanto a la duración de estas.

V. CONCLUSIÓN

Al observar la modificación de la ley 24.660 nos damos cuenta que si bien el discurso hegemónico, tanto de los medios de comunicación como de los legisladores y las legisladoras, daba a entender que la solución a la violencia de género era que los violadores esperen el agotamiento de la pena en prisión, la legislación dictada en consecuencia contempla que las personas condenadas por los delitos de: homicidios agravados por las causales previstas en el artículo 80, de financiamiento del terrorismo; aquellos previstos en la ley de drogas; tortura o secuestro extorsivo seguido de muerte; todos los delitos contra la integridad sexual y delitos de contrabando previstos por el código aduanero, entre otros, tendrán prohibido acceder a la libertad condicional y salidas transitorias y se les otorgará la posibilidad de acceder a un instituto similar a las “salidas transitorias” tres meses antes de la extinción de la pena. De esta manera, se afecta de manera muy notoria el aspecto cualitativo de la pena. La verdad es que no hubo un desarrollo teórico ni dogmático de dicha reforma, ni estadísticas serias que

respalden ciertos hechos que daban como ciertos los medios y los senadores y senadoras, en especial aquellos que refieren a la comisión de nuevos delitos por parte de personas que acceden a las salidas transitorias y a la suspensión de la pena.

El régimen progresivo de la pena quedó descartado para cierta cantidad de personas privadas de su libertad de manera completamente arbitraria, ya que no hay un análisis o descripción razonable de por qué esos delitos quedan excluidos ni cómo esta exclusión, por otro lado, favorece a la reinserción social, que cómo ya vimos es la finalidad de la ejecución de la pena. Por último, no hubo reparo en que hay una gran cantidad de mujeres que están presas en el sistema federal condenadas por cometer un delito contemplado en la ley de drogas. Estas quedarán sin la posibilidad de gozar de una libertad condicional, alargándose su tiempo en contexto de encierro, continuando separadas de sus familias. Es decir, aquellas mujeres que tuvieron que someterse a la venta o traslado de drogas, para la manutención de sus familias, mujeres claramente atravesadas y víctimas de un sistema machista, hoy en día pasan a sufrir un deterioro en sus condiciones de detención para, supuestamente, aplacar a este.

BIBLIOGRAFÍA

- ALDERETE LOBO, Rubén, *La libertad condicional. Institutos de derecho penitenciario*, Buenos Aires, Hammurabi, 2016.
- , "Reforma de la ley 24660. El fin del derecho de ejecución penal en Argentina", en LEDESMA, Ángela (dir.); LOPARDO, Mauro (coord.), *El debido proceso penal*, t. V, Buenos Aires, Hammurabi, 2017.
- CÁMARA DE SENADORES DE LA NACIÓN, V reunión - III sesión ordinaria - 7/4/2004, versión taquigráfica consultada en [<http://www.senado.gov.ar/parlamentario/sesiones/busqueda?page=4>].
- , V reunión - III sesión especial - 26/4/2017, versión taquigráfica consultada en [<http://www.senado.gov.ar/parlamentario/sesiones/busqueda?page=2>].
- , Comisión de Justicia y Asuntos Penales - Sesión del 20/4/2017 consultada en [<https://www.youtube.com/watch?v=3TWS1SMXBq0>].
- CLARÍN, versiones digitales del 5/4/2017 al 8/4/2017 consultadas en [<https://www.clarin.com/ediciones-antiores/>].
- CONTERO BASTIDAS, Alicia M., *La criminología mediática en el Ecuador*.

- Influencia de los medios de comunicación en la creación y modificación de tipos penales*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2014.
- DAROQUI, Alcira; CALZADO, Mercedes; MAGIO, Nicolás y MOTTO, Carlos, "Sistema Penal y Derechos Humanos: La eliminación de los 'delincuentes'. Una mirada sobre las prácticas y los discursos de la policía, la justicia y los medios de comunicación", en *Espacio Abierto*, Vol. XVI, n° 3, Maracaibo, 2007, pp. 457-486.
- DE MORAES, Dénis, *La cruzada de los medios en América Latina. Gobiernos progresistas y políticas de comunicación*, Buenos Aires, Paidós, 2011.
- GAMARNIK, Cora E., "Estereotipos sociales y medios de comunicación: un círculo vicioso", en *Question*, 2009, n° 23, Vol. I.
- HERRERA MORENO, Myriam, "Construcción cultural y prevención criminal publicista. Una revisión de casos conflictivos", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2014, consultado en [<http://criminnet.ugr.es/recpc/16/recpc16-10.pdf>].
- HUERTAS DÍAZ, Omar; TORRES VÁSQUEZ, Henry y DÍAZ PEREZ, Nydia C., "El leviatán de los mass media, el peligro de la otredad y el derecho penal", en *Revista de Derecho*, n° 35, Barranquilla, 2011, consultado en [<http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/rt/printerFriendly/1416/4382>].
- LA NACIÓN, versiones digitales del 5/4/2017 al 8/4/2017 consultadas en [<http://buscar.lanacion.com.ar/ediciones%20anteriores>].
- MIR PUIG, Santiago, *El Derecho Penal en el Estado social y Democrático de derecho*, Barcelona, Ariel, 1994.
- PAVARINI, Massimo, "¿Vale la pena salvar a la criminología?", en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, n° 13, Vol. VII, 2002, pp. 15-42.
- RIVERA BEIRAS, Iñaki y SALT, Marcos G., *Los derechos fundamentales de los reclusos: España y Argentina*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1999.
- VERÓN, Eliseo, "El sentido como producción discursiva", en VERÓN, Eliseo, *La semiosis social*, Barcelona, Gedisa, 1987.
- ZAFFARONI, Eugenio R., *La palabra de los muertos*, Buenos Aires, Ediar, 2011.
- , *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, Buenos Aires, Ediar, 1998.
- , *El enemigo en el derecho penal*, Madrid, Dykinson, 2006.
- , "Delincuencia Urbana y victimización de las víctimas", en *Archivos de Criminología, Seguridad Privada y Criminalística*, año 5, Vol. 9, 2012.

¿CÓMO PUBLICAR EN *LECCIONES Y ENSAYOS*?

PAUTAS FORMALES PARA LA PRESENTACIÓN DE TRABAJOS

1. Deberán ser originales e inéditos, redactados en procesador de texto –preferentemente Microsoft Word 2003 o posterior– en fuente Times New Roman tamaño 12 pts., interlineado de 1,5 líneas, hoja tamaño A4 (21 x 29,7 cm) y márgenes por defecto (superior e inferior 2,5 cm; izquierdo y derecho 3 cm). La extensión del trabajo, incluyendo las referencias bibliográficas, deberá ser de veinte (20) a treinta (30) páginas.
Por carácter inédito se entiende que el texto no debe estar publicado, total o parcialmente, en soporte papel ni digital alguno, lo que incluye aunque no se limita a: libros, capítulos de libros, artículos, compilaciones, revistas impresas o electrónicas, suplementos digitales, blogs y sitios de Internet en general.
2. Deberá seguirse el siguiente orden en la presentación:
 - a. Título del trabajo en español;
 - b. Pseudónimo escogido por el autor, que no deberá dar lugar a la inducción de su identidad;
 - c. Resumen del trabajo en español (5 a 15 líneas);
 - d. Palabras clave en español;
 - e. *Abstract* del trabajo en inglés (de ser posible);
 - f. *Key words* en inglés (de ser posible);
 - g. Cuerpo del trabajo;
 - h. Referencias bibliográficas.
3. Las notas a pie de página se consignarán sucesivamente en el cuerpo del trabajo y no al final del documento. Deberán utilizarse tanto para los comentarios que el autor considere ilustrativos o secundarios como para las citas bibliográficas (sin perjuicio de consignar las referencias bibliográficas al final del trabajo).

4. Se deberá seguir el siguiente sistema para citar:

- a. Libros.** Apellido (en versales), nombre y –en su caso– inicial del segundo nombre del autor, título del libro (en itálicas), ciudad de edición, editorial, año, tomo –de haberlo–, número/s de página.

De haber cuatro autores o más, deberá consignarse el que primero aparezca en la publicación seguido de la fórmula “*et al.*”.

De tratarse de una compilación, deberá indicarse el nombre del compilador, seguido de la fórmula “(comp.)”. Lo mismo en el caso del director y/o coordinador, con las fórmulas “(dir.)” y “(coord.)”.

Ejemplo: PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G., *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*, t. 1, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, pp. 49-50.

- b. Capítulos de libros.** Apellido (en versales), nombre y –en su caso– inicial del segundo nombre del autor del capítulo, título del capítulo (entre comillas), “en”, apellido (en versales), nombre y –en su caso– inicial del segundo nombre del autor del libro, título del libro (en itálicas), ciudad de edición, editorial, año, tomo –de haberlo–, número/s de página.

Se aplican las pautas del punto (a), segundo y tercer párrafo.

Ejemplo: JELONCHE, Edgar I., “Gobierno societario y mercado de capitales”, en ETCHEVERRY, Raúl A., CHOMER, Héctor O. y GENOVESI, Luis M., *Derecho Comercial y de los Negocios*, t. 1, Buenos Aires, Eudeba, 2007, p. 81.

- c. Artículos publicados en revistas.** Apellido (en versales), nombre y –en su caso– inicial del segundo nombre del autor del artículo, título del artículo (entre comillas), “en”, apellido (en versales), nombre y –en su caso– inicial del segundo nombre del/de los director/es de la revista –de corresponder–, nombre de la revista (en itálicas), número de la revista, ciudad de edición, editorial, año de publicación, número/s de página.

Ejemplo: IRIBARNE, Santiago P. y BRAVO D’ANDRÉ, Ignacio M., “De los problemas que presenta la incorporación del daño punitivo”, en ALTERINI, Atilio A. (dir.),

Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, n° 5, Buenos Aires, La Ley, mayo de 2009, p. 32.

Ejemplo: BENENTE, Mauro, “‘Fuera de la Corte Suprema’. Breves notas sobre las protestas frente al máximo tribunal”, en *Lecciones y Ensayos*, n° 88, Buenos Aires, Eudeba, 2010, p. 235.

Para revistas ampliamente conocidas, podrá utilizarse el sistema simplificado tradicional (LL 1990-A-324, JA 1999-II-230, etcétera).

- d. Artículos publicados en Internet.** Apellido (en versales), nombre y –en su caso– inicial del segundo nombre del autor del artículo, título del artículo (en itálicas), “consultado en”, dirección completa del vínculo entre corchetes, “en fecha”, fecha de consulta.

Ejemplo: BEADE, Gustavo A., *El problema del antiperfeccionismo en el liberalismo de Carlos S. Nino*, consultado en [http://www.isonomia.itam.mx/docs/isonomia35/Isono_356.pdf] el 11/12/2012].

5. Para consignar las referencias bibliográficas al final del trabajo, deberán seguirse las pautas para citar, salvo los siguientes puntos:
- En el caso de libros, no deberá consignarse número de página alguno.
 - En el caso de capítulos de libros, deberá consignarse de qué página a qué página del libro abarca el capítulo (no la/s página/s citada/s).
 - En el caso de artículos publicados en revistas, deberá consignarse de qué página a qué página del libro abarca el artículo (no la/s página/s citada/s).
 - El listado de las referencias deberá hacerse en orden alfabético según apellido del autor.
6. Junto con el trabajo, deberá enviarse un documento por separado donde se asocie el pseudónimo escogido por el autor con su nombre y apellido, y en el cual se consignen además los siguientes datos: tipo y número de documento, domicilio, número de teléfono, dirección de correo electrónico actual, condición de estudiante o graduado. Tam-

bién podrá incluirse cualquier breve reseña curricular, dedicatoria y/o agradecimientos que el autor deseara formular para el caso de que el trabajo sea publicado, con tal que no superen los 350 caracteres con espacios en total.

7. El trabajo deberá enviarse exclusivamente por correo electrónico, a la dirección lye@derecho.uba.ar. Dentro de las 24 horas se contestará con un acuse de recibo.
8. El envío de trabajos para su publicación en *Lecciones y Ensayos* implica la autorización para su publicación en la Revista y en cualquier soporte físico o digital que determine la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Los autores asumen exclusiva responsabilidad por los reclamos de cualquier naturaleza que pudieran efectuar terceros respecto de la originalidad del ensayo o por cualquier otra causa sobre el texto presentado.

PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN

Los trabajos están sujetos al sistema de referato. En consecuencia, los ensayos y las lecciones son asignadas por la Secretaría de Redacción a un número determinado de miembros del Consejo de Redacción –tres (3) en la presente edición– bajo seudónimo, para preservar el anonimato y evitar la distorsión de las condiciones de evaluación. Estos miembros se expiden a través un dictamen escrito que contiene sus consideraciones e indica el voto a favor o en contra de la publicación.

La Secretaría de Redacción podrá decidir que los trabajos sean evaluados a través de un procedimiento de evaluación externa. En ese caso, serán asignados a miembros del Consejo Asesor –dos (2) en la presente edición– bajo seudónimo. Estos miembros se expiden también a través de un dictamen escrito en el que se indica su voto a favor o en contra de la publicación y fundamentos.

En ambos casos, de formarse el voto unánime de los dictaminantes a favor de la publicación de la asignación, esta queda preseleccionada para el cierre editorial del número. Por el contrario, si todos los dictaminantes se expiden en contra, la obra es desestimada. Si hubiera disidencias en el sentido de sus votos, el escrito es elevado a la consideración del cuerpo editorial en pleno (plenario). En los tres supuestos, el autor recibe los votos fundamentados de los dictaminantes.

El plenario es la instancia donde la potencial publicación de los trabajos es debatida por la totalidad de los miembros del Consejo de Redacción y decidida a favor o en contra por mayoría simple, sin manifestación al autor de los fundamentos.

A diferencia de los ensayos y las lecciones, las obras presentadas para otras secciones de la Revista –reseñas bibliográficas, comentarios jurisprudenciales, etc.– son directamente sometidas a la evaluación del plenario, sin la instancia previa en la que se elaboran dictámenes individuales.

Todos los escritos que el Consejo de Redacción haya determinado como publicables quedan preseleccionados para su reconsideración al momento del cierre editorial. Así, en la etapa de conformación definitiva del número, los trabajos preseleccionados son nuevamente clasificados por el pleno para decidir cuáles son incluidos en la publicación física y digital.

Todo escrito restante –es decir, no incluidos– es tenido por preseleccionado para su eventual inclusión en un número ulterior, si su autor así lo desea.

La presentación de trabajos para la consideración del Consejo de Redacción implica la autorización para su publicación en la revista *Lecciones y Ensayos*, tanto en su versión en papel como en su versión digital, en el portal de la Facultad de Derecho de la UBA.

CÓMO PARTICIPAR

Lecciones y Ensayos es una revista jurídica semestral dirigida por estudiantes dependiente del Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Fue fundada en el año 1956 y desde entonces ha cumplido el papel de foro editorial de profesores y alumnos, sin más requisito que la excelencia académica.

La revista *Lecciones y Ensayos* se caracteriza por estar gestionada a partir de un diseño institucional basado en procedimientos democráticos de toma de decisiones que involucran a todos los miembros del Consejo de Redacción de la revista que una vez por semana se reúnen para deliberar en torno a las tareas editoriales. Si querés participar de la revista, podés acercarte a nuestras reuniones los días jueves a las 20.00.

Las reuniones tienen lugar en nuestra oficina ubicada en la Planta Principal, Pasillo Sumarios (al lado del Salón Verde) de la Facultad de Derecho.

También podés comunicarte con nosotros por teléfono (+54 11) 5287 - 6737 o enviándonos un e-mail a lye@derecho.uba.ar o direccionlye@derecho.uba.ar.

El único requisito para formar parte de *Lecciones y Ensayos* es ser alumno/a regular de alguna de las carreras de grado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

