

LECCIONES
Y
ENSAYOS

FACULTAD DE DERECHO

Decana
Dra. Mónica Pinto

Vicedecano
Dr. Alberto J. Bueres

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Directora
Mary Beloff

Subdirector
Sebastián Picasso

Secretario
Andrés Heim

CONSEJO DE REDACCIÓN

Autoridades del segundo cuatrimestre de 2009

Secretaría de Redacción

Pablo Sebastián Carducci

Cecilia Marcela Hopp

Tutor

Lautaro Furfaro

Colaboradores

Sabrina Ayelén Cartabia

Andrea Cruz

Milton Fellay

Guillermo Ferraioli

Leandro Ferreyra

Brian Ezequiel Frenkel

Carlos Adrián Garaventa

Bárbara Magalí Gauna

Cecilia Gebruers

Leonardo Limanski

Luisa Loeffel Reis

Soledad Manin

Noelia Verónica Matalone

Ezequiel Monti

Martín Morelli

Daniela Papa

Pablo Pejlatowicz

Tomás Francisco Pomar

Damián Radiminsky

María Natalia Rezzonico

Eduardo Rojas

Mishkila Rojas

María Luz Silveira

Mariano Vitetta

Julio Francisco Villarreal

2009

87

FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

LECCIONES Y ENSAYOS

CONSEJO ASESOR

María Laura Clérico
Marcelo Raffin
Aníbal A. D´Auría
Atilio A. Alterini
José Casás
Mario Villar
Sandra Negro
Marisa Herrera

Todos los derechos reservados

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

Queda hecho el depósito que marca la ley 11.723

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

I.S.S.N. 0024-0079

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

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

Impreso en la República Argentina

Correspondencia: Dirigirse a

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

ÍNDICE

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

LECCIONES

Häberle, Peter, <i>Un derecho constitucional para las futuras generaciones. La otra forma del contrato social: el contrato generacional</i>	17-37
Guerini, Álvaro, <i>La falsificación de la firma en escritos judiciales. Doctrina y jurisprudencia</i>	39-72
Cardenes, Agustín, <i>Las dos “Tesis bajo tendión” en la Constitución Francesa de 1958 y su resolución en 1962 a través de la práctica institucional de Charles de Gaulle</i>	73-107

ENSAYOS

Bajarlía, Daniel, <i>Análisis de los contratos discográficos más usuales: el de producción fonográfica y el de licencia</i>	111-140
Monti, Ezequiel, <i>El dilema del individuo hobbsiano en el estado de naturaleza</i>	141-162
Piechenstein, Ana Clara, <i>El recurso: de mecanismo de control a garantía</i>	163-183
Garaventa, Carlos Adrián, <i>Verstehen. De la ciencia a la cibernética</i>	185-209
Villareal, Julio Francisco, <i>La dudosa legitimación de las resoluciones generales de la Inspección General de Justicia</i>	211-234
Ferreira, Leandro E., <i>Aspectos constitucionales y culturales del derecho comunitario</i>	235-266
Armanini, Mariano Ángel, <i>Vicisitudes de la contratación eventual</i>	267-280

<i>VII Concurso de ensayos “Dr. Ignacio Winizky” de derecho contitucional</i>	281
Frenkel, Natalia; Rodríguez, María Natalia y Vilardo, María Laura Rosa, <i>Argentina: Una república democrática ¿ficticia o real?</i>	283-308
Guidi, Sebastián y Nieto, Juan, <i>Limitaciones a las campañas electorales: La expresión política del dinero y sus costos</i>	309-336

TRADUCCIÓN Y AFINES

Chiesa, Ricardo, <i>Creación y uso de neologismos en el español jurídico de la Argentina</i>	339-353
<i>Entrevista al traductor Walter Kerr</i>	355-372

LITERATURA Y DERECHO

López Warriner, Santiago, <i>“Otra vuelta de tuerca sobre la verdad”</i> ...	375-385
¿Cómo publicar y cómo participar en Lecciones y Ensayos?	387-388

EDITORIAL

“Es más que todo este fragmento, un sacudimiento violento y oportuno a los espíritus jóvenes, que parecían sumergidos en una profunda y deplorable apatía”

Juan Bautista Alberdi

“La mirada sigue los caminos que se le han reservado en la obra”

Paul Klee

Nos invade la certeza de tener, como generación, la consistencia de un fantasma. De este espectro –nos repetimos– no quedará nada, salvo un nombre que parecerá falso y algún que otro grito tímido acariciando la pared de una casa hace tiempo abandonada. No se nos malinterprete: no proclamamos entusiastas que nuestro sentido sea la ausencia de sentido; más bien todo lo contrario, pero tememos que, al mirar nuestro cuerpo allí donde nos duele, nos encontremos con que nos han amputado.

El espacio de producción, circulación y discusión de ideas parece simplemente desvanecerse poco a poco; esta facultad sin ir más lejos –salvo escasas y, por ello honrosas, excepciones– parece un espacio más bien difuso. ¿Qué discute nuestra generación? Foucault camina entre nosotros, pero es también un fantasma y está prácticamente solo.

Concomitantemente, la política parece reducirse a intrigas de corte, querellas personales más que alternativas programáticas. Peor aún, el éxito electoral parece depender de cierta laxitud en la proyección política.

Después de los sesenta, la imaginación teórico-política y la crítica como ejercicio de autonomía parecen haber llegado a sus propios límites, para caer en un silencio que se asemeja más al de la modorra que al que acompaña a la moderada reflexión. Nuevamente, no se nos malinterprete: no propiciamos regresar a la violencia de esos años, ni volver a teorías que, en cierta medida (en su versión dogmática), consideramos ya periclitadas. Es más bien la conciencia de que ello ya no es una alternativa lo que nos produce desasosiego: parecería ser que con la pérdida de legitimidad del comunismo como discurso político (explicable –y justificada con las reservas

del caso— por la experiencia totalitaria soviética) el mundo se ha volcado a un unilateralismo y una ceguera que rozan lo vergonzoso.

Este es, pues, el panorama, el horizonte de sentido: despolitización, ausencia de pensamiento político en el sentido fuerte —y único válido— del término; *esto es* una actividad colectiva reflexiva y lúcida que apunta a la institución global de la sociedad. En este sentido, señala Castoriadis que la política es un momento y una expresión del proyecto de autonomía: no acepta pasiva y ciegamente lo que ya está allí, lo que fue instituido, sino que lo vuelve a cuestionar. Y lo que está cuestionando puede ser la Constitución, las leyes, las representaciones colectivas dominantes en el mundo, la sociedad, la verdad o los valores.

El hecho de que los jóvenes que hacemos esta revista —por cierto, un grupo numeroso (unos de los más numerosos en la historia de la publicación) y heterogéneo— nos hayamos reunido en un ámbito heredado e institucional con estas ansias de renovación es ya sintomático de nuestro clima generacional.

Pero es precisamente ese horizonte de sentido de conformismo generalizado el que, lejos de reducirnos a la inmovilidad, nos motiva a la creación: creemos que solo es posible desprenderse de la ausencia de sentido involucrándonos con el proyecto de autonomía: haciendo política, pensando, inventando. El inventor, en el sentido moderno del vocablo, es una invención del siglo XIX; como casi todas las cosas del siglo XIX, alcanzó su perfección en el XX: no dejemos que degenera en el XXI. El inventor de profesión es un hombre dedicado a la ideación y realización de aparatos que sorprenden por su inutilidad. A esa tarea pretendemos abocarnos, a esa tarea convocamos a nuestros contemporáneos: proponer al mundo un orden —otro orden—, a ser utopistas efímeros, a corporizarnos en tanto generación, a *ser* generación. Para ello es necesario producir, desarrollar la capacidad de utilizar con destreza herramientas teóricas, conocer la tradición para revisarla, es necesario, en definitiva, aprender. Con la firme convicción de que, como señala Alberdi, se aprende escribiendo, esta revista ha sido, a lo largo de su vasta trayectoria, un espacio en el que los jóvenes estudiantes han podido dar a conocer sus escritos para, más que enseñar, explorar sus propias creencias.

Resulta entonces que nuestra historia podría empezar así, de un modo pesado y lento, aquí, en una escalera, un lugar neutro que es de todos y de nadie, donde se cruza la gente casi sin verse, donde resuena lejana y regular la vida de la casa...

LECCIONES

UN DERECHO CONSTITUCIONAL PARA LAS FUTURAS GENERACIONES. LA OTRA FORMA DEL CONTRATO SOCIAL: EL CONTRATO GENERACIONAL

PETER HÄBERLE*

TRADUCCIÓN: MILTON FELLAY Y LEANDRO FERREYRA

Resumen: En el presente trabajo se realiza un estudio sobre el contrato generacional. En primer lugar, se detectan los elementos de la protección generacional a partir de la comparación de diversas disposiciones. Luego, se precisa el alcance y la dimensión de esos elementos. Sentadas las bases del marco teórico, el autor analiza la cuestión dentro del Estado constitucional y esboza distintas proyecciones y perspectivas del derecho constitucional generacional.

Abstract: This work presents a study of generational contract. Firstly, the elements of generational protection are outlined through the comparison between different regulations. Then, the author delimitates the scope and measure of those elements. After the basics for the theoretical framework are established, the author analyzes the problem within the constitutional State and sketches different projections and perspectives of generational constitutional law.

Palabras clave: contrato social - contrato generacional - derecho constitucional generacional - patrimonio cultural - medio ambiente - Estado constitucional

Keywords: social contract - generational contract - generational constitutional law - cultural heritage - environment - constitutional State

* **Prof. Dr. Dr. H.c.Nmult. Director ejecutivo del Instituto de Derecho Europeo y Cultura Jurídica de Bayreuth y del Centro de Investigaciones de Derecho Constitucional Europeo, Universidad de Bayreuth. Doctor Thonoris Causa por la Universidad de Buenos Aires.**

I. PROBLEMA Y PERTINENCIA DEL TEMA

La cuestión central del contrato generacional como “otra forma” del contrato social debe ser examinada en el contexto de la profundidad de la teoría constitucional y dentro del ámbito del problema del tiempo. Hacia 1983 la deuda nacional y la eliminación de residuos radioactivos ya eran señalados en el horizonte de las generaciones como áreas problemáticas de tiempo y cultura constitucional¹. Luego, Suiza siguió el predominante proyecto de P. Saladin y A. Zenger² y desde entonces el tema ha ganado relevancia en muchos campos³. En 1989, se publicó un ensayo titulado *Justice between generations*⁴. Más adelante, un ministro del gobierno francés, A. Juppé, apoyó la solidaridad entre generaciones⁵; y el mismo año fue lanzado un libro acerca de justicia entre las generaciones⁶. En contraste, también leímos *Will there be a war between generations?*⁷. Además, se debe recordar la discusión en EE.UU. sobre una (fallida) enmienda para limitar la deuda nacional (año 1995); o la controversia sobre el medio ambiente a nivel global. La contienda acerca del futuro demográfico del pueblo alemán se ha intensificado⁸,

¹ Häberle, Peter, *Die Wesensgehaltgarantie des art. 19 Abs. 2, 3.*, Auflage, C.F. Müller, Heidelberg, 1983, p. 289; Häberle, Peter, *Zeit und Verfassungskultur*, en *Die Zeit, Schriften der Carl-Friedrich-von-Siemens-Stiftung*, Bd. 6, editado por Anton Peisl y Armil Mohler, Munich, 1983, p. 382; Hofmann, Hasso, *Rechtsfragen der atomaren Entsorgung*, JZ 1982, 1981, p. 258 y ss.

² Saladin, Peter y Zenger, Cristoph, *Rechte künftiger Generationen*, Helbing & Lichtenhan, Basilea, 1988.

³ Pernthaler, Peter, *Allgemeine Staatslehre und Verfassungslehre*, Springer, Viena, segunda edición, 1996, p. 271 y ss.; Haverkate, Görg, *Verfassungslehre*, Beck, Munich, 1992, p. 249-252.

⁴ Kleger, Heinz, *Gerechtigkeit zwischen den Generationen*, en *Bregründung der Menschenrechte, Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, Beiheft, 1986, p.147 y ss; ver también: Buchholz, Wolfgang, *Intergenerationelle Gerechtigkeit und Erschöpf bare Ressourcen*, Duncker & Humblot, Berlin, 1984.

⁵ Juppé, Alain, *FAZ*, 20 de mayo, 1995, p.2.

⁶ Brumlik, Micha, *Gerechtigkeit zwischen den Generationen*, Diakonia, 27, 1996, p. 429-31; ver también: Lawrence, Christian, *Grundrechtsschutz, technischer Wandel und Generationentverantwortung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1999.

⁷ Stephan, Cora, *Droht ein Krieg der Generationen?*, en *Die Zeit*, 41, 6 de octubre, 1995, p. 56.

⁸ Wingen, Max, *Was ist dem Menschen aufgegeben bei der Weitergabe des Lebens? Demographische Information und Bildung als Aufgabe*, *FAZ*, 21 de septiembre, 1995, p.

y también la pregunta sobre si las pensiones son “seguras” sólo para la generación actual.

II. ELEMENTOS DE ESTUDIO

La pregunta acerca de un derecho constitucional para las generaciones futuras puede resolver en un primer paso con la ayuda de los textos constitucionales. Un análisis comparativo de los textos nos permite clarificar líneas de desarrollo.

1. Protección generacional explícita en constituciones recientes y en proyectos de constituciones

Los constituyentes reaccionan y actúan en sus nuevos textos respecto de las importantes preguntas básicas de la época. Esto es lo más notable en relación con la protección generacional. Los respectivos textos de ejemplo aumentan y, sistemáticamente, aparecen en diferentes “lugares de descubrimiento”: desde el preámbulo vía el derecho constitucional de protección ambiental hasta otros fragmentos, por ejemplo, las metas educativas. Se hace evidente que en las innovaciones del “taller del Estado federal”, en un nivel regional, son absorbidas a nivel estatal en una etapa ulterior. Se puede encontrar una declaración relativamente reciente en el art. 141, párrafo 1.º, de la Constitución de Baviera, modificada en 1984: “la protección de las bases naturales se confía en el cuidado de cada ciudadano y de la comunidad estatal, teniendo en cuenta la responsabilidad hacia las futuras generaciones”. El prototipo de preámbulo establecido en la Constitución de Baviera de 1946 ya la había precedido: “[...] en la firme decisión de asegurar constantemente los beneficios de la paz, la humanidad y el derecho para las futuras generaciones alemanas [...]”.

14; Schmid, Joseph, *Denken und forschen für übermorgen. Was Bevölkerungswissenschaft ist, kann und muß*, en Frankfurter Allgemeine Zeitung, 19 de diciembre, 1994; Adam, Konrad, *Die alternde Gesellschaft ist keine Lustpartie*, en Frankfurter Allgemeine Zeitung, 3 de junio, 1995; Adam, Konrad, *Standort Seniorenheim, Merheit oder Zukunft: Worum es im Rentenstreit geht*, en Frankfurter Allgemeine Zeitung, 3 de junio, 1996; Birg, Herwig, *Bevölkerungsschrumpfung und Zuwandereung werden Deutschland bald vor gewaltige Schwierigkeiten stellen*, en Frankfurter Allgemeine Zeitung, 10 de mayo, 1996, p. 9.

El nuevo art. 20.a de la Constitución alemana de 1994 está consagrado a la protección generacional en la forma del nuevo objetivo estatal de la protección del medio ambiente: “el Estado protegerá las condiciones naturales de vida teniendo en cuenta su responsabilidad hacia las generaciones futuras [...]”.

A partir de las creativas fases de salida en Suiza, ya se podían encontrar cláusulas de protección ambiental en los preámbulos de las constituciones de los cantones de la década del 80⁹. Sin embargo, la primera iniciativa privada para una constitución federal, realizada por Kölz y Müller¹⁰, aventuró el siguiente párrafo del preámbulo: “[...] en la conciencia de la responsabilidad de mantener un ambiente saludable y digno también para generaciones futuras”. Esto ha sentado un precedente¹¹.

Se puede encontrar un nuevo crecimiento o consagración textual de la protección generacional en las constituciones de los nuevos estados federales alemanes. La siguiente oración se encuentra en el art. 39, párrafo 1.º, de la Constitución de Brandenburgo de 1992: “la protección de la naturaleza, el medioambiente y el crecido crisol cultural como una base de vida presente y futura es el deber del Estado y de todas las personas”. Con esto, en lugar de la noción de “generación”, se crea la nueva fórmula de “vida”. De este modo, el art. 40 se aplica al viejo concepto de protección generacional en un nuevo contexto: “el uso de la tierra y de las aguas está en gran medida vinculado a los intereses del público general y de generaciones futuras”. La primera oración del art.10, párrafo 1º, de la Constitución de Sajonia (1992) establece: “la protección del medioambiente como una parte de las condiciones básicas de vida es el deber del Estado y obligatorio para todo lo viviente en el estado; también con responsabilidad para futuras generaciones”. En contraposición, la Constitución de Sajonia-Anhalt regresa a la

⁹ Por ejemplo, el preámbulo de la Constitución de Aargau (1980), que se refiere a “responsabilidad delante de Dios para ser concientes de la comunidad y el medioambiente”; también el preámbulo de la Constitución de Basilea (1984), citada en *JöR*, 1985, p. 437 y 451; y el preámbulo de la Constitución de Tessin (1997) sobre “responsabilidad ante las próximas generaciones”.

¹⁰ Kölz, Alfred y Müller, Jörg-Paul, *JöR*, 35, tercera edición (1985), 1983, p. 551.

¹¹ Véase lo dispuesto en el art. 31, párrafo 1º de la Constitución del cantón de Berna: “el medioambiente natural debe ser saludable para generaciones presentes y futuras; también el art. 29, párrafo 1º, de la Constitución de Appenzel (1995). Las constituciones de los cantones jóvenes suizos se han aplicado en toda la protección de las generaciones. Comparar con preámbulo NBV (1998): “responsabilidad en relación con la creación”.

fórmula de protección de las “bases naturales de vida presente y futura” (art. 35). A diferencia de la fórmula generacional antropológica, la cláusula de vida ecológica también puede hallarse en el art. 12 de la Constitución Mecklemburgo-Pomerania Occidental (1993). La Constitución de Turingia de 1993 incluso menciona en el preámbulo la “responsabilidad hacia las futuras generaciones”. Estableciendo un ejemplo, el preámbulo de la Constitución polaca (1997) finalmente formula explícitamente: “obligado a legar a las generaciones futuras todo lo que sea valioso de nuestro patrimonio de más de mil años”. Además, el art. 59, párrafo 1°, de la Constitución de Albania fija el propósito estatal hacia un “medioambiente saludable y ecológicamente adecuado para el presente y para generaciones futuras” (ver también art. 37, párrafo 4°, de la Constitución de Georgia de 1995: “intereses de generaciones presentes y futuras”); antes, el preámbulo de la Constitución de Estonia (1992): “el éxito social y el beneficio común para las generaciones futuras”; el preámbulo de la Constitución de Moldavia (1994): “responsabilidad [...] teniendo en cuenta las generaciones pasadas, presentes y futuras”; el preámbulo de la Constitución de Ucrania (1996): “responsabilidad hacia Dios, la propia conciencia, las generaciones pasadas, presentes y futuras”; el preámbulo de la Constitución de Rusia (1993): “responsabilidad hacia nuestro país natal para las generaciones de hoy y las generaciones futuras”.

Apareciendo generalmente en preámbulos, especialmente en la forma de derecho constitucional ambiental, la protección generacional también comienza a tener un nuevo estatus, incluido el derecho constitucional de los objetivos educativos. Esto es simplemente consecuente: lo que el ciudadano maduro debe tener por legal, debe comenzar para los niños pedagógicamente en la escuela¹². El párrafo 4° del art. 15 de la Constitución de Mecklemburgo-Pomerania Occidental nos puede servir como ejemplo; el objetivo educacional “responsabilidad para la comunidad con otros pueblos y naciones así como también hacia las futuras generaciones” (similar al art. 2, párrafo 1°, de la Constitución de Sajonia-Anhalt). La Constitución de Sajonia ordena en el párrafo 1° del art. 101 la meta educativa de “profundo respeto hacia toda criatura viviente”: una singular recepción del texto clásico de A. Schweitzer. Finalmente, el art. 24 de la Constitución de Sudáfrica (1996) debe ser mencionado: “para tener un

¹² Häberle, Peter, *Erziehungsziele und Orientierungswerte im Verfassungsstaat*, Alber, Friburgo, 1981, p. 65 y ss.

medio ambiente protegido, para el beneficio de generaciones presente y futuras [...]”¹³.

2. Las cláusulas inmanentes de protección generacional

A continuación, los textos constitucionales están sistematizados de modo tal que revelan la perspectiva generacional solamente a la luz de la interpretación.

Más precisamente, las normas para la protección de la cultura y de la naturaleza están establecidas particularmente en las cláusulas relativas al patrimonio cultural. Para esta categoría, que ya ha sido tópico por varios años en la enseñanza de constituciones comparadas, pueden enumerarse algunos ejemplos¹⁴: el párrafo 2° del art. 9° de la Constitución de Italia (1947) dice “(la República) protege el paisaje y la herencia histórica y cultural de la nación”.

El párrafo 2° de la Constitución de Portugal (1976) exige, en el contexto de protección ambiental, “garantizar la preservación de la naturaleza y la protección de los bienes culturales relativos al interés histórico o artístico”.

Después de 1989, en Europa del Este la idea de protección del patrimonio cultural desarrolla nuevas formas textuales. Así, el art. 5 de la Constitución de Eslovenia (1991)¹⁵ indica que el Estado “cuida la preservación de los recursos naturales y el patrimonio cultural”, y el art. 73 confirma esto con las siguientes palabras:

Todos tienen el deber de proteger los monumentos naturales y rarezas, y así también los monumentos culturales en armonía con la ley.

El Estado y las comunidades locales cuidan la preservación del patrimonio natural y cultural.

La dimensión temporal y generacional ya está regulada en el preámbulo de la Constitución de Estonia de 1992: “un Estado que garantice la

¹³ Las constituciones de África no presentan muchos contenidos sobre este tema; de todos modos, el preámbulo de la Constitución de Burkina Faso se refiere a “la absoluta necesidad de proteger el medioambiente”, y el de la Constitución de Burundi (1992) a la “responsabilidad ante la historia y generaciones futuras”.

¹⁴ Häberle, Peter, *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, Duncker & Humblot, Berlin, 1992, p. 241 y ss., 633 y ss., y 836 y ss.

¹⁵ *JöR* 42, 1992, p. 88 y ss.

conservación de la nación estonia y su cultura a través de edades”¹⁶. La Constitución de República Checa (1992) promete en el preámbulo ser “fiel a todas las buenas tradiciones de las históricas del legado de los estados bajo la Corona bohemia”¹⁷. La Constitución de la República de Eslovaquia (1992) se refiere al tema en dos puntos particulares: en el preámbulo (“teniendo en cuenta el patrimonio político y cultural de nuestro ancestros”) y en el contexto de protección ambiental (art. 44, párrafo 2°: “todos están obligados a proteger y favorecer el medio ambiente y el patrimonio cultural”).

Se podrían referir otros ejemplos, primordialmente entre las constituciones latinoamericanas¹⁸. Las disposiciones constitucionales más recientes sobre patrimonio cultural y protección de la naturaleza podrían haber experimentado impulsos crecientes a partir de textos ensamblados que las convenciones internacionales de 1954 y 1972 han creado (‘Protección de patrimonio mundial cultural y natural’, ‘Daño a los bienes culturales como un daño al patrimonio cultural de la raza humana’).

Con una mirada más detallada, las cláusulas mencionadas anteriormente justifican la protección generacional intrínseca e inmanente. A primera vista, parecen enfocarse a la naturaleza o al “patrimonio” no-humano meramente en retrospectiva. En lo que respecta al resultado, no obstante, también protegen la base para las generaciones que viven en el presente y a las que lo hagan en el futuro. En cuanto al contenido, las disposiciones sobre naturaleza/patrimonio son más efectivas que las cláusulas de protección generacional, en tanto se refieren a toda la “vida”.

¹⁶ *JöR* 43, 1995, p. 306.

¹⁷ Dennewitz, Bodo y Meißner, Boris, *Die Verfassungen der modernen Staaten, eine Dokumentensammlung in vier Bänden*, segunda parte, Gildenverlag, Hamburgo, 1948, p. 123. Ver también el preámbulo de la Constitución de Guatemala, citado conforme *JöR* 36 (1987), p. 555: “[...]inspirados en los ideales de nuestros antepasados y recogiendo nuestras tradiciones y herencia cultural”. En el preámbulo de la Constitución de Baden (1947) puede leerse: “el pueblo de Baden, como los protectores de la larga tradición [...]”.

¹⁸ El paralelismo entre las cláusulas de protección es significativo en la Constitución de Guatemala de 1985. Bajo el título de ‘cultura’ la ‘herencia natural’ se vuelve tan protegida como la ‘herencia cultural’ (art. 64). El art. 73 de la Constitución de Eslovenia (1991) se refiere luego a la “preservación del patrimonio natural y cultural”. El párrafo 2° del artículo 44 de la Constitución eslovaca (1992) establece una obligación general similar. Ver también: Häberle, Peter, *National-verfassunstaatlicher und universaler Kulturgüterschutz-ein Textsunfervergleich*, en *Prinzipien des Kulturgüterschutzes*, Duncker & Humblot, Berlin, 1996, p. 91, 95 y ss.

Con “generaciones”, normalmente sólo se hace referencia a generaciones humanas¹⁹. La cuestión de análisis de este capítulo va más allá: es también necesario amplificar la perspectiva hacia la protección generacional indirecta, la cual se logra a través de la naturaleza y la cultura. Las generaciones humanas no son concebibles sin la protección del hábitat y de la cultura creada por ellos; ambos, tanto naturaleza como cultura, constituyen su “entorno de vida”. La protección generacional implica simultáneamente protección de la naturaleza y de la cultura. Condiciona la supervivencia de la raza humana. Y las muchas veces citadas condiciones naturales de vida se refieren inmanentemente a las condiciones culturales, ya que el ser viviente depende tanto de la naturaleza como de la cultura.

3. Dimensión generacional y protección ambiental en el naciente derecho constitucional europeo

La gradual intensificación y expansión de estos temas, su europeización, debe ser presentada de forma separada, aplicando los instrumentos de análisis de los textos. Los más recientes textos europeos generan el desarrollo de realidades constitucionales hacia nuevos textos y conceptos. Así, incluso actos judiciales sub-constitucionales, especialmente aquellos adoptados por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (‘TJCE’), son capaces de influenciar el desarrollo de los últimos textos constitucionales. Este paradigma también puede ser aplicado y respectivamente ilustrado en lo concerniente al derecho constitucional europeo. Los desarrollos, o los textos constitucionales respectivos, de los países miembros de la Unión Europea pueden influenciar a Estados miembros (no sólo los nuevos diez).

En los tratados de Maastricht (1992) y Ámsterdam (1997) el gran tema de las generaciones no ha sido aún incluido en un texto constitucional. A pesar de ello, pueden encontrarse declaraciones: por ejemplo en el artículo 2 EUV (“desarrollo sustentable”), en el artículo EGC (“alto grado de protección ambiental y mejora de la calidad ambiental”) y en el título XIX ‘Medio Ambiente’ con un detallado catálogo de objetivos (por ejemplo, “uso prudente de los recursos naturales”).

¹⁹ La protección de la generación también incluye la protección de la vida por nacer (*un-born life*), por ejemplo en el art. 3 de la Constitución de Guatemala de 1985, y la garantía del derecho de todas las personas de determinar libremente el número de descendientes (art. 47).

Los textos posteriores de la Unión Europea casi parecen a un salto. Se comienza con la Carta Fundamental de los Derechos Humanos de la Unión Europea de 1999-2000 (Tratado de Niza), la cual fue con acierto altamente valorada. En el último párrafo del preámbulo se puede leer: “responsabilidades y obligaciones tanto hacia los hombres como hacia la comunidad humana y las futuras generaciones”. En el art. 37 aparece la protección ambiental (“desarrollo sustentable”). El impulso de este texto es tomado por el proyecto de Tratado Constitucional de Europa de 2004, en el cual se adopta la parte II de la Carta Fundamental de los Derechos Humanos: en el preámbulo, que es parcialmente un texto de diseño clásico de preámbulos, dice “en la conciencia de la responsabilidad hacia futuras generaciones y la tierra”. En la parte I, art. 3 párrafo 3°, se menciona el objetivo de la Unión, entre otras cosas como “una gran medida de protección ambiental y mejora de la calidad ambiental”. En la parte III, art. 129, se detalla en profundidad la política ambiental de la Unión. Podemos encontrar otras declaraciones en el art. 193 párrafo 2°, apartados d y f.

Esta comparación de textos quedaría incompleta si alguno de los proyectos en el camino a la Unión Europea no fueran incluidos.

Su efectividad histórica (tras ‘Niza’ y antes de ‘Bruselas’), y respectivamente su simultaneidad ocasional, no puede ser reconstruida detalladamente en este capítulo. Sin embargo, una vez que dichos textos constitucionales fueron redactados, ellos influyen desde el basamento, forman parte del ‘humus’ en el cual el texto oficial de la Convención Constitucional de la Unión Europea puede prosperar y ahora son más que meras piezas en el proceso de construcción de la creación constitucional europea. Algunos textos concisos deben ser seleccionados. El primer texto escrito por el miembro de la Convención J. Leinen (octubre de 2002) postula el “desarrollo sustentable” en el preámbulo. Se pueden encontrar otros párrafos relevantes en los arts. 37, 54 y en el párrafo 1° del art. 65. En los lineamientos de J. Voggenhuber (enero de 2003), el autor formula en el preámbulo: “responsabilidad hacia el mundo y generaciones futuras”. Él también habla de “Europa como un espacio de desarrollo sustentable”. El proyecto posterior de la convención presidencial (febrero de 2003) ordena en el párrafo 2° del art. 3: “la Unión promueve solidaridad entre generaciones”. El llamado “Proyecto Giscard” (junio de 2003) menciona en el preámbulo la “responsabilidad hacia futuras generaciones y la Tierra”; Además, designa en el art. I.3 párrafo 3° la meta de “un alto grado de protección ambiental y mejoras en la calidad de vida”. El plan

constitucional de R. Badinter (septiembre de 2002) ya incorporaba la protección medioambiental (en el preámbulo). Lo mismo aplica para el proyecto Schaeuble-Bocklet (noviembre de 2001), bajo la figura 1.f. Se puede esperar que estos textos influyan en las próximas modificaciones constitucionales (por ejemplo, en Alemania). Uno podría ser curioso acerca de las posibles continuaciones creativas del tópico generacional dentro de futuro común europeo. De todos modos, aún falta observar en qué se va a ubicar la protección generacional, es decir a qué valores básicos se refiere: al patriotismo, a una sociedad civil abierta, a la protección de la naturaleza y del ambiente, derechos fundamentales y otros. Finalmente se debe distinguir qué foro debe encuadrar la responsabilidad o, en otras palabras, a qué o a quién debe referirse: Dios, naturaleza, historia o respectivamente a las generaciones pasadas, presentes o futuras.

4. Obligaciones y exenciones para futuras generaciones

La protección generacional y las cláusulas de protección de cultura/naturaleza en el derecho constitucional son obligaciones de jerarquía constitucional y se dirigen a los tres poderes estatales. No obstante, hay acentuaciones. Las cláusulas “pétreas” (o “eternas”) o las garantías de identidad incluidas protegen el núcleo de la constitución o ciertos principios básicos frente a las reformas constitucionales. Desde una perspectiva histórica, posiblemente estas cláusulas fueron “inventadas” por la Constitución de Noruega (1814, sección 112, 1, 3) y conquistaron el mundo entero por vía de la ley fundamental alemana de 1949 (art. 79 párrafo 3^o)²⁰. En lo concerniente a la teoría constitucional, se plantea un problema acerca de la legitimación de las generaciones actuales para vincular a las siguientes en este sentido. El texto pionero en el desarrollo del Estado constitucional, que menciona el problema generacional explícitamente y, al mismo tiempo, obliga a las futuras generaciones, proviene de Francia. El art. 28 de la Constitución de 1793 establece: “el pueblo de una nación siempre tiene el derecho de examinar, revisar y modificar

²⁰ Los últimos ejemplos son: el art. 157 de la Constitución de Ucrania (1996) y el art. 159 de la Constitución de Angola (1997). Para una sistematización, ver: Häberle, Peter, *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, p. 597, 599 y ss.

su propia constitución. Una generación no puede forzar a las siguientes a que éstas sean sus reglas”²¹.

Esta dispensa para las generaciones futuras de las obligaciones impuestas por sus predecesores puede llegar a ser justificada por el derecho fundamental de libertad, por el principio democrático, y/o debido al cambio subsistente en toda esfera humana. Es una certeza que con el art. 28 de 1793 se creó un texto clásico, enfocado en la aporía humana, el Estado de derecho y la existencia universal de la raza humana. Una clásica oposición a toda forma de cláusula pétrea, de acuerdo con el párrafo 3° del art. 79 de la ley fundamental alemana del 49, es el tipo de disposición *both-and-solution*: que libera y liga a las generaciones. La presente parte dedicada al estudio debería concluir aquí, aunque sea mera naturaleza fragmentaria. Los textos señalados de nuevas y antiguas constituciones y sus materiales relacionados para resolver la problemática, en todo caso ya son suficientes para esbozar un intento de marco teórico.

III. EL MARCO TEÓRICO

1. Un enfoque científico-natural/cultural para la protección generacional constitucional

El término “generación” debe entenderse antropológicamente, en tanto así fue aplicado por los legisladores. Se refiere a los seres humanos (no sólo a los “ciudadanos”). Para proteger animales u otro tipo de seres vivos, los legisladores utilizan otros términos, como por ejemplo: “los animales y las plantas son respetados como criaturas vivientes. Deben mantenerse y protegerse especies diferentes y un medioambiente apropiado para estas especies” (art. 39 párrafo 3° de la Constitución de Brandeburgo). La declaración “los animales son respetados como criaturas vivientes” (art. 32

²¹ Previamente, podía encontrarse la Declaración de Derechos de de Virginia (1776). La perspectiva generacional puede ser identificada en el pasaje del art. 1: “[...] todos los hombres son igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos inherentes, de los cuales no pueden ser privados o postergados cuando entran a un estado de sociedad [...]”. Por otro lado, el preámbulo de la Constitución de EE.UU., presenta reminiscencias a la responsabilidad generacional: “[...] asegurar los beneficios de la libertad para nosotros y para nuestra posteridad [...]”. Ver también: Godechot, Jacques, *Les Constitutions de la France depuis 1789*, Garnier-Flammarion, París, 1984.

párrafo 1°) de la Constitución de Turingia crea un destacable vínculo entre el animal y el hombre²².

Aplicando una interpretación constitucional basada en las comparaciones sensibles al contexto, se hace evidente que el legislador conceptualiza la protección generacional ya de antemano en el contexto de la protección cultural y de la naturaleza²³, pues la raza humana sólo puede sobrevivir con algunas condiciones mínimas de vida, y toda generación puede encontrar únicamente su “camino correcto” (esto es, hacerse “humano”) por el efecto del patrimonio cultural. Este enfoque científico-natural/cultural puede ser explicado brevemente para comprender la noción de “generación”. Se podría cuestionar (y, al mismo tiempo, seguramente afirmar) si la naturaleza puede existir sin la raza humana y sus generaciones; sin embargo, es seguro que el hombre sólo puede existir como parte de la naturaleza viviente e inanimada. Es “humano” por medio de la cultura (nacional e internacional), que fue creada por él tras un gracias a un esfuerzo de varias generaciones; esto puede verse ejemplificado en la conexión entre el regreso al estado primitivo que propone Rousseau y el cultural que plantea A. Gehlen²⁴. Estos dos textos de clásicos oponentes forman una síntesis. Aplicando las distinciones de las disciplinas científicas: la ciencia de la naturaleza y la de la cultura tienen hoy el mismo fin, concerniente a la protección generacional. En un lenguaje poético, la afirmación de Goethe “naturaleza y arte parecen distanciarse, pero, antes de que lo pienses, ya se han encontrado” formula un saber que el Estado constitucional puede y debe aprehender. Además, la unidad integral del hombre, la cultura y la naturaleza sólo puede ser explicada globalmente. Ya como la “comunidad global de los Estados culturales” se hace evidente en la protección nacional e internacional de los bienes culturales²⁵, en términos de

²² Loeper, Eisenhart von, *Tierschutz ins Grundgesetz*, en *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1996, p. 143 y ss; Händel, Ursula M., *Chancen und Risiken einer Novellierung des Tierschutzgesetzes*, en *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 29, 1996, p. 137 y ss; Kloepfer, Michael, y Rossi, Matthias R., *Tierschutz in das GG?*, en *JZ*, 8, 1998, pp. 369 y ss.

²³ Por ejemplo, el art. 10 de la Constitución de Sajonia: protección ambiental; el artículo 11: protección de la cultura y de los recursos culturales; el art. 35 de la Constitución de Sajonia-Anhalt: protección de las bases naturales de la vida presente y futura; el artículo 36: protección y cuidado del arte, cultura y deporte.

²⁴ Ver también: Häberle, Peter, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, segunda edición, Duncker & Humblot, Berlin, 1998.

²⁵ Consultar: Häberle, Peter, *National-verfassungsstaatlicher und universaler Kulturgüterschutz-ein textstufenvergleich*.

protección de la naturaleza ha existido por largo tiempo una comunidad de solidaridad inclusiva de todos los pueblos y Estados. Las cláusulas de protección internas (o propias de cada Estado) toman en consideración la conservación de las condiciones naturales de vida relativas a las necesidades humanas (como por ejemplo, el art. 31, párrafo 1º, de la Constitución de Turingia) y llevan a la raza humana al contexto de la naturaleza y el medio ambiente (ver art. 10 de la Constitución de Sajonia); no obstante, a veces se menciona la “vida” en general (art. 12 de la Constitución de Mecklemburgo-Pomerania Occidental: “las bases naturales de la vida presente y futura”). La mencionada convención de la UNESCO de 1972 relativa a la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural no menciona accidentalmente ambas nociones en conjunto. En todo caso, el concepto de “cultura estatal” fue introducido en Alemania con anterioridad. En contraste, los conceptos de “medioambiente estatal” y de “estado natural” aún esperan reconocimiento²⁶. Lo que parece ser cierto es que la protección de las futuras generaciones sólo puede ser asegurada por un Estado constitucional que salvaguarde la cultura y la naturaleza. Concretamente, la diaria “contextualización de la cultura y de la naturaleza” es una constante antropológica con muchas variables y que forma parte de la protección de futuras generaciones. Esto también es una prueba de la inalienabilidad del concepto paradigmático de generación, relativo a la teoría constitucional.

Sin embargo, de acuerdo con H. Jonas, el desafío reside en la ética global y lo que se refleja en su nuevo imperativo: “actúe de tal forma que los efectos de sus acciones sean compatibles con la permanencia de la genuina vida humana, esto es, con la intención de que la raza humana sobreviva por un período indeterminado”²⁷. Como es generalmente conocido, él modifica el imperativo categórico de Immanuel Kant relativo a la

²⁶ Kloepfer, Michael, *Umweltstaat*, Berlin, 1989; Serres, Michel, *Der Naturvertrag*, Suhrkamp, Frankfurt/Main, 1994; Wahl, Reiner, *Prävention und Vorsorge*, Economica, Bonn, 1995; Berg, Wilfried, *Über den Umweltstaat*, en *Verfassungsstaatlichkeit, Festschrift für Klaus Stern zum 65. Geburtstag*, 1997, p. 421-41.

²⁷ Ese autor se refiere a las éticas futuras como “éticas del presente, las cuales conciernen sobre el futuro, para nuestros descendientes contra las consecuencias de nuestro accionar de protección” (Jonas, Hans, *Philosophische Untersuchungen und metaphysische Vermutungen*, Insel Verlag, Frankfurt-Main, 1992, p. 128.). Del mismo autor, ver también: *Das Prinzip Verantwortung. Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation*, Insel Verlag, Frankfurt-Main, 1979.

dimensión cultural y en última instancia relacionado con la “regla de oro”. Actualmente, aquellos textos clásicos de estos filósofos son tomados en consideración por el derecho constitucional en el tópico de la “protección generacional”. Vale decir que ya ha comenzado la clasificación científica del concepto de generación dentro del ámbito del derecho constitucional. Los textos clásicos pueden encontrarse en las obras de T. Jefferson²⁸ y de T. Paine²⁹. En 1953, H. Ehmke se limitó parcialmente a estos trabajos y marcó un límite dentro del Estado constitucional. Fuera de este límite, habría una carga para futuras generaciones, sería una violación al orden constitucional y un abandono por parte de las generaciones actuales con respecto a la suerte de todos los que los sucedan. El “sentido” de la constitución debería ser que una vida libre de política esté garantizada para las generaciones futuras³⁰. Es tiempo de aclarar la dimensión del concepto de generación en los términos de la teoría constitucional. La oportunidad debería ser tomada para desarrollar nuevas aristas en el sentido del Estado constitucional, con la ayuda del concepto constitucional de generación.

2. Tiempo y cultura constitucional: una dimensión de la secuencia generacional de los ciudadanos en el Estado constitucional

Dentro del concepto de generación, la dimensión del tiempo ya está incluida. Como esta dimensión ya fue entendida a través de la noción de la cultura en la sección anterior (*Un enfoque científico-natural/cultural para la protección generacional constitucional*), ahora “tiempo” debe ser especificado en los términos de Estado constitucional, lo cual significa que el término “cultura constitucional” debe precisarse. Los procesos de desarrollo

²⁸ “Considero la financiación limitada, razonable, a una redención de la deuda dentro de las vidas de la mayoría que la contrajo” (citado en Ehmke, Horst, *Grenzen der Verfassungsänderung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1953, p. 129). No nos dejemos “hacer creer fácilmente que una generación no es tan capaz como otra de cuidar de sí misma, y ordenar sus propios asuntos” (citado en Saladin, Peter y Zenger, Christoph, *Rechte künftiger Generationen*, p. 61 nota 49).

²⁹ Este autor afirma que: “en virtud de la norma, de acuerdo con la cual cada individuo y sus contemporáneos tienen los mismos derechos, a cada generación se le deben reconocer los mismos derechos que sus predecesores[...] La perspectiva presente y futura puede ser encontrada también en otros lugares” (Paine, Thomas, *Die Rechte des Menschen*, Suhrhamp, Frankfurt-Main, 1973, p. 79, 87 y ss.).

³⁰ Ehmke, Horst, *Grenzen der Verfassungsänderung*, p. 129 y ss., 137.

de la cultura constitucional de los pueblos están ubicados o subdivididos en la línea de tiempo a través de agudos y precisos instrumentos y métodos. Las extensiones varían desde la revisión total o parcial de la constitución vía enmiendas legislativas o cláusulas experimentales, hasta la concretización judicial de cláusulas generales o las nociones legales indefinidas. También es relevante el voto especial del poder judicial, reconocido constitucionalmente, el cual ganó estandarización según el paso del tiempo³¹. Dentro de esos períodos, no sólo están afectadas las personas del presente altamente selectivo, sino que a su vez está incluida la suma de todas las generaciones, integrando presente y pasado. En otras palabras, el respectivo pueblo nacional (fundado por la cultura) es tan sólo una instancia, complementado en sucesivas generaciones y resuelto en el Estado constitucional. Este comienzo se repite y se renueva en el proceso constitutivo de diferentes formas e intensidades. Así, una constitución es normalmente proyectada y aplicada no sólo según la demanda de las generaciones actuales, sino también por las futuras. Para permitir a los pueblos y a sus representantes participar con el fin de plasmar el cambio social una y otra vez, incluso dentro de períodos breves (15 a 30 años, y de ahora en adelante, quizás más cortos), el modelo constitucional ha desarrollado y diferenciado procedimientos apropiados; por ejemplo, el derecho de experimentación en los años setenta de Alemania³², y la regulación constitucional del voto del poder judicial, originada en EE.UU. La altamente compleja noción de “cultura constitucional” es conceptualizada en adelante como una sucesión generacional que va traspasando sus límites³³.

3. La constitución del pueblo mediante el ‘contrato generacional’

Tomando en cuenta la dimensión del tiempo, el “contrato social” se presenta a sí mismo como “el contrato generacional”. La ciencia política lo ha tratado de un modo clásico y la práctica política ha lidiado con el concepto en una forma propia de “mesa redonda”, como sucedió en 1989 en Walesa (Polonia) así como en Ucrania (2004/2005); o dentro del esquema

³¹ Por ejemplo, BverfGE -Tribunal Constitucional Federal Alemán-, 53, 257, p. 289.

³² Häberle, Peter, *Zeit und Verfassung*, Zfp, 21, 1974, p. 111; Häberle, Peter, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*; Horn, Hans-Detlef, *Experimentelle Gesetzgebung unter dem Grundgesetz*, Berlin, 1989.

³³ Häberle, Peter, *Zeit und Verfassungskultur*, p. 325.

argumental de los setenta, en el “consenso básico” en Alemania. En las políticas de nuestros días, se recurre también una y otra vez a este concepto bajo distintos nombres (“pacto solidario”, “alianza para el trabajo”, “pacto con América”, “pacto para Alemania” y similares). Hasta ahora, la idea misma de contrato generacional no es remotamente comparable con la idea de contrato social y el esfuerzo para explicar sus tópicos y variaciones. Uno sólo podría pensar en John Rawls. Sin embargo, algunas palabras claves en esta discusión también pueden ser aplicadas para el contrato generacional. En el sentido del contrato social de Kant (“un duro intento de razón”), es parcialmente concebible en un modo ficcional; así también, actividades reales subyacen parcialmente al contrato generacional (“consenso básico”, “negociación”, “consenso de pensiones”). El “pueblo” *per se* es una cooperación, una coexistencia y una sucesión de varias generaciones. El Estado constitucional construye el “cuerpo” y millones de variadas conclusiones de pequeños y grandes contratos, tanto del sector privado como del sector público, crean una parte de la base real del comportamiento “generacional” o “intergeneracional” a un nivel macro o superior (incluso medible a un nivel micro, o menor: la familia).

Ciertamente, el “principio regulador” del contrato generacional como una versión dinámica del contrato social es un tanto abstracto. Son indispensables las concreciones de acuerdo con las esferas del Estado constitucional. Así, en la Alemania de los noventa, las pensiones como instrumentos de seguridad social para los mayores fueron los puntos de conflicto. La reducción aplicada por el canciller de aquel momento, H. Kohl, desencadenó el problema: “La pensiones son seguras para la generación presente. La generación activa del presente nunca debe sobrecargarse (“servicio obligatorio de pensiones”), ni debe ser liberada de sus obligaciones (se la computaba como una quita de los costos de educación y formación); debe bregarse como una justa compensación dentro de la cadena de tres generaciones”³⁴. En otras palabras: la pregunta acerca de qué personas están afectadas³⁵ y sobre la distribución de derechos y obligaciones debe ser resuelta a la luz de las enseñanzas clásicas y modernas de justicia, desde

³⁴ Kohl, Helmut, Die Rente ist sicher-für die jetzige Generation, en *Der Spiegel*, 19, 1996, p. 29.

³⁵ Con las pensiones: contribuyentes y pensionados en la federación alemana. Palabras clave: “rearreglo entre generaciones del pasado seguro de pensiones”: asegurando el “balance mutuo” entre los logros de las generaciones.

Aristóteles hasta Rawls³⁶. Al apreciar la pirámide poblacional y la respectiva generación activa, la cual está sobrecargada —en tanto se va reduciendo—, la política inmigratoria adecuada se vuelve un tema del contrato social o “generacional”. Otro círculo de problemas debe ser resuelto por el contrato generacional, el cual se ve aumentado por enseñanzas de justicia. Encontramos este círculo problemático en lo que refiere a la naturaleza (palabra clave: almacenamiento definitivo de desechos atómicos y en general: protección ambiental)³⁷, pero también cuando concierne a la continuación de la vida que no esté genéticamente manipulada³⁸. En lo relativo a la economía, el contrato generacional precisa los límites de la deuda nacional³⁹, y demanda alianzas para el trabajo en donde, con el fin de representar a toda la ciudadanía, incluso los desempleados (virtualmente) participan; además de los sindicatos, los empleados, los empleadores y el Estado; la integración de “los extranjeros de la segunda generación” pertenecen también a esto⁴⁰. En términos culturales, el contrato generacional se traduce en última instancia en millones de contratos de “pequeñas alianzas” dentro de la sucesión familiar.

IV. LA PERSPECTIVA DESDE LAS POLÍTICAS CONSTITUCIONALES

En el nivel presente de desarrollo del “Estado constitucional”, la interpretación científico-cultural del derecho constitucional ha llevado a muchas formas evidentes, y disfrazadas, de “derecho constitucional generacional”: desde los preámbulos que insinúan la protección generacional por

³⁶ Rawls, John, *Die Idee des politischen Liberalismus*, Aufsätze 1978-89, 1992, p.61 y ss; Haverkate, Görg, *Verfassungslehre*, p. 323.

³⁷ Häberle, Peter, *Zeit und Verfassungskultur*, p. 289, 335 y ss.

³⁸ Para más detalle sobre ingeniería biológica, terapia genética, ver: Hofmann, Hasso, *Verfassungsrechtliche Perspektiven, Aufsätze aus den Jahren 1980-1994*, en *Die Öffentliche Verwaltung* 1996, 1995, p. 386 y ss.

³⁹ Häberle, Peter, *Zeit und Verfassungskultur*, p. 339 y ss; Henseler, Paul, *Verfassungsrechtliche Aspekte zunkunftsbelastender Parlamentsentscheidungen*, en *Archiv des öffentlichen Rechts*, 108, 1983, p. 489 y ss; Schuppert, Gunnar F., *Rigidität und Flexibilität von Verfassungsrecht-Überlungen zur Steuerungsfunktion von Verfassungsrecht in normalen wie in schwierigen Zeiten*, en *Archiv des öffentlichen Rechts*, 120, 1995, p. 32 y ss; Wendt, Rudolf y Elicker, Michael R., *Staatsverschuldung und intertemporäre Lastengerechtigkeit*, en *Deutsches Verwaltungsblatt*, 2001, p. 497 y ss.

⁴⁰ Häberle, Peter, *Arbeit als Verfassungsproblem*, JZ, 1984, p. 345 y ss.

medio de los objetivos educacionales y las cláusulas para la protección medioambiental, hasta los textos relativos a la salvaguarda los bienes culturales y naturales, o respectivamente el patrimonio cultural, así también como la protección de los ancianos y de los jóvenes. Un grado dosificado de “derecho constitucional generacional” diferenciado es una expresión normal de la fase de crecimiento del actual Estado constitucional. En este contexto, se busca un punto de equilibrio entre la libertad de la generación actual y las obligaciones concernientes a los intereses de futuras generaciones. La “protección generacional” prueba ser un verdadero problema material para la constitución, incluso en aquellos casos en los que se prefiere contratos sociales limitados en el tiempo por sobre los contratos generacionales ficcionales/reales. El origen, la preservación, la transmisión y el desarrollo posterior de la cultura es en todos los casos una cuestión generacional. Y ella es resuelta por los siempre renovados procesos de tipo contractual, salvo en los casos de quiebre (por ejemplo, por la revolución cultural en China).

En términos de políticas constitucionales, es necesario aplicar el aspecto generacional en los textos vistos de un modo mesurado. Se debe aspirar a un punto de equilibrio entre los extremos; de todos modos, el tono básico debería ser fijado en el preámbulo. Una aplicación excesiva pondría en peligro y limitaría la libertad para diseñar la sociedad civil actual (al contraerla), en tanto esas libertades deben ser garantizadas en el presente. Por otro lado, una aplicación acotada del “derecho constitucional generacional” se convertiría en una amenaza, ya que el presente se convertiría en una instancia absoluta. Así, la responsabilidad por los jóvenes y las generaciones por venir no sería asumida. A pesar de la gran diversidad de posibles diseños de derecho constitucional generacional, de acuerdo con las tradiciones y los temperamentos de cada uno de los Estados constitucionales, el problema generacional debería aún ser considerado tanto como uno de los lineamientos de la constitución, como un orden legal básico del Estado y la sociedad.

Además, debería existir una competición productiva para la mejor implementación de justicia intergeneracional en las constituciones, más allá de los límites europeos. Todavía resta advertirse si la superposición de las escalas de tiempo mencionadas deben ser complementadas por un extensivo gasto territorial, excediendo los Estados de derecho. Dicho gasto territorial implicaría un “contrato generacional mundial”, uniendo todos los pueblos y ciudadanos de nuestro planeta azul. Un contrato de este estilo

podría llegar celebrarse paso por paso. Las demandas globales para la protección del medioambiente, la naturaleza y la cultura y las varias legislaciones interestatales apuntan en esa dirección⁴¹. Esto también aclararía la conexión intertemporal entre las generaciones humanas. Y así, la intención de “ciudadanía mundial” de Kant ganaría la dimensión de profundidad en el tiempo, en paralelo a la de espacio.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ADAM, Konrad, *Die alternde Gesellschaft ist keine Lustpartie*, en Frankfurter Allgemeine Zeitung, 3 de junio, 1995.
- *Standort Seniorenheim, Merheit oder Zukunft: Worum es im Rentenstreit geht*, en Frankfurter Allgemeine Zeitung, 11 de marzo, 1996.
- BERG, Wilfried, *Über den Umweltstaat, en Verfassungsstaatlichkeit, Festschrift für Klaus Stern zum 65. Geburtstag*, 1997.
- BIRG, Herwig, *Bevölkerungsschrumpfung und Zuwanderung werden Deutschland bald vor gewaltige Schwierigkeiten stellen*, en Frankfurter Allgemeine Zeitung, 10 de mayo, 1996.
- BRUMLIK, Micha, *Gerechtigkeit zwischen den Generationen*, Diakonia, 27, 1996.
- BUCHHOLZ, Wolfgang, *Intergenerationelle Gerechtigkeit und Erschöpfbare Ressourcen*, Duncker & Humblot, Berlin, 1984.
- DENNEWITZ, Bodo y Meißner, Boris, *Die Verfassungen der modernen Staaten, eine Dokumentensammlung in vier Bänden*, segunda parte, Gildenverlag, Hamburgo, 1948.
- EHMKE, Horst, *Grenzen der Verfassungsänderung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1953.
- GODECHOT, Jacques, *Les Constitutions de la France depuis 1789*, Garnier-Flammarion, París, 1984.
- HÄBERLE, PETER, *Zeit und Verfassung*, Zfp, 21, 1974.
- *Erziehungsziele und Orientierungswerte im Verfassungsstaat*, Alber, Friburgo, 1981.
- *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2, 3.*, Auflage, C.F. Müller, Heidelberg, 1983.

⁴¹ Weber, Karl y Rath-Kathrein, Irmgard, *Neue Wege der Allgemeinen Staatslehre*, en *Symposium zum 60. Geburtstag von Peter Perenthaler*, Viena, 1996, p. 92 y ss.

- *Zeit und Verfassungskultur*, en *Die Zeit, Schriften der Carl-Friedrich-von-Siemens-Stiftung*, Bd. 6, editado por Anton Peisl y Armil Mohler, Munich, 1983.
- *Arbeit als Verfassungsproblem*, JZ, 1984.
- *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*; Horn, Hans-Detlef, *Experimentelle Gesetzgebung unter dem Grundgesetz*, Berlin, 1989.
- *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, Duncker & Humboldt, Berlin, 1992.
- *National-verfassunstaatlicher und universaler Kulturgüterschutz-ein Textsunferverglecih*, en *Prinzipien des Kulturgüterschuzes*, Duncker & Humboldt, Berlin, 1996.
- *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, segunda edición, Duncker & Humboldt, Berlin, 1998.
- HÄNDEL, Ursula M., *Chancen und Risiken einer Novellierung des Tierschutzgesetzes*, en *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 29, 1996.
- HÄVERKATE, Görg, *Verfassungslehre*, Beck, Munich, 1992.
- HENSELER, Paul, *Verfassungsrechtliche Aspekte zunkunftsbelastender Parlamentsentscheidungen*, en *Archiv des öffentlichen Rechts*, 108, 1983.
- HOFMANN, HASSO, *Rechtsfragen der atomaren Entsorgung*, JZ 1982, 1981.
- *Verfassungsrechtliche Perspektiven, Aufsätze aus den Jahren 1980-1994*, en *Die Öffentliche Verwaltung* 1996.
- HORN, Hans-Detlef, *Experimentelle Gesetzgebung unter dem Grundgesetz*, Berlin, 1989.
- JONAS, Hans, *Das Prinzip Verantwortung. Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation*, Insel Verlag, Frankfurt-Main, 1979.
- JONAS, Hans, *Philosophische Untersuchungen und metaphysische Vermutungen*, Insel Verlag, Frankfurt-Main, 1992.
- JUPPÉ, Alain, *FAZ*, 20 de mayo, 1995.
- KLEGER, Heinz, *Gerechtigkeit zwischen den Generationen*, en *Begründung der Menschenrechte, Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, Beiheft, 1986.
- KLOEPFER, Michael, *Umweltstaat*, Berlin, 1989.
- KLOEPFER, Michael, y Rossi, Matthias R., *Tierschutz in das GG?*, en JZ, 8, 1998.
- KOHL, Helmut, *Die Rente ist sicher-für die jetzige Generation*, en *Der Spiegel*, 19, 1996.
- Kölz, Alfred y Müller, Jörg-Paul, *JöR*, 35, tercera edición (1985), 1983.
- LAWRENCE, Christian, *Grundrechtsschutz, technischer Wandel und Generationenverantwortung*, Duncker & Humboldt, Berlin, 1999.

- LOEPER, Eisenhart von, *Tierschutz ins Grundgesetz*, en *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1996.
- PAINE, Thomas, *Die Rechte des Menschen*, Suhrkamp, Frankfurt-Main, 1973.
- PERNTHALER, Peter, *Allgemeine Staatslehre und Verfassungslehre*, Springer, Viena, segunda edición, 1996.
- RAWLS, John, *Die Idee des politischen Liberalismus*, Aufsätze 1978-89, 1992.
- SALADIN, Peter y Zenger, Cristoph, *Rechte künftiger Generationen*, Helbing & Lichtenhan, Basilea, 1988.
- SCHMID, Joseph, *Denken und forschen für übermorgen. Was Bevölkerungswissenschaft ist, kann und muß*, Frankfurter Allgemeine Zeitung, 19 de diciembre, 1994.
- SCHUPPERT, Gunnar F., *Rigidität und Flexibilität von Verfassungsrecht-Überlegungen zur Steuerungsfunktion von Verfassungsrecht in normalen wie in schwierigen Zeiten*, en *Archiv des öffentlichen Rechts*, 120, 1995.
- SERRES, Michel, *Der Naturvertrag*, Suhrkamp, Frankfurt/Main, 1994.
- STEPHAN, Cora, *Droht ein Krieg der Generationen?*, en *Die Zeit*, 41, 6 de octubre, 1995.
- WAHL, Reiner, *Prävention und Vorsorge*, Economica, Bonn, 1995.
- WEBER, Karl y Rath-Kathrein, Irmgard, *Neue Wege der Allgemeinen Staatslehre*, en *Symposium zum 60. Geburtstag von Peter Pernthaler*, Viena, 1996.
- WENDT, Rudolf y Elicker, Michael R., *Staatsverschuldung und intertemporäre Lastengerechtigkeit*, en *Deutsches Verwaltungsblatt*, 2001.
- WINGEN, Max, *Was ist dem Menschen aufgegeben bei der Weitergabe des Lebens? Demographische Information und Bildung als Aufgabe*, FAZ, 21 de septiembre, 1995.

LA FALSIFICACIÓN DE LA FIRMA EN ESCRITOS JUDICIALES. DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA.

ÁLVARO GUERINI*

Resumen: Teniendo como principal objetivo determinar si existe, o no, delito según los arts. 292 y 296 del Código Penal, en las oportunidades en que se falsifica la firma del representado o del patrocinado en los escritos judiciales, cuando manifestaciones posteriores de quien sostiene que suscribe la pieza reconoce que le pertenece, aceptando así las consecuencias que ella acarrearía, este texto recorre el bien jurídico protegido, indicando los requisitos del perjuicio de su falsificación, transitando por su categorización, para luego diferenciarlo de la firma a ruego. Finalmente logra enmarcar el peligro procesal de este tipo de prácticas e identificar el sujeto pasivo de las mismas, para lograr así, llegar a unas claras conclusiones finales.

Abstract: With the main purpose of ascertaining whether there is a crime or not, under sections 292 and 296 of the Criminal Code, when the signature of a party is forged on pleadings and afterwards there are statements of such party affirming to have signed the writing, bearing in that way the consequences arising from the signing, this text studies the legally protected interest, designating the requirements for the forgery to be considered to have caused a damage, describing the different categories of damage, and marking the difference with the signature placed on behalf of another person at the latter's request and due to his inability to do so. Lastly, this article manages to place the procedural danger of this kind of behavior and to identify the liable party, coming, in that way, to clear conclusions.

Palabras clave: Delitos pluriofensivos – documento privado – desnaturalización de la acción – condición esencial de la existencia de la firma – diferencia con la firma a ruego – identificación de sujeto pasivo.

* **Abogado (UBA). Especialista en Derecho Penal (Universidad Austral).**

Key words: multi-offensive crimes - private instrument – denaturation of the action – relevance of the signature - signature placed on behalf of another – liable party.

El propósito del presente trabajo será determinar si existe, o no, delito según los arts. 292 y 296 del Código Penal, en las oportunidades en que se falsifica la firma del representado o del patrocinado en los escritos judiciales, cuando manifestaciones posteriores de quien sostiene que suscribe la pieza reconoce que le pertenece, aceptando así las consecuencias que ella acarrearía.

Al respecto, se puede afirmar que esta práctica se ha convertido, lamentablemente, en un ejercicio común de muchos abogados en la profesión. De hecho muchas veces, a fin de evitar ponerse en contacto con su cliente, cuando razones de tiempo apremian o incluso de comodidad, es el mismo letrado el que falsifica la firma de su cliente, argumentando que el escrito debía presentarse con urgencia en el tribunal.

En numerosas ocasiones sucede que esta falsificación se produce sin siquiera entablar una comunicación telefónica a los efectos de solicitar autorización para realizar dicha maniobra.

Resulta de suma importancia para el presente trabajo, determinar cuál es la extensión e interpretación que hay que darle al tipo del art. 292 del C.P. en cuanto estipula: “...de modo que pueda resultar perjuicio...”; ello así, en virtud de que la causación, o no, de un perjuicio resulta un requisito del tipo del artículo que se examina, que hará depender que se produzca o no el delito señalado.

Será menester también definir si los escritos judiciales con la firma falsificada –que vendrían a ser el objeto del delito– son instrumentos públicos o si son documentos¹ privados, ya que ello, entre otras cosas, va a marcar el momento de consumación del delito.

Asimismo, habrá que definir y delimitar el propósito de la firma como manifestación de la voluntad por parte de las personas que suscriben un escrito y como requisito esencial de ellos mismos. Ello tiene su explicación en virtud de que según la importancia que tenga la firma, como expresión de la voluntad de la persona que la realiza, se podrá determinar

¹ Los vocablos “instrumento” y “documento” son sinónimos, aún cuando, en sentido estricto, se denomina “instrumento” al “documento” otorgado con la intención de brindar prueba. MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos, Edición Actualizada*, p. 288.

si su falsificación causa o no un perjuicio de conformidad con lo normado en los arts. 292 y 296 del C.P.

Ese análisis será clave para dilucidar el interrogante planteado en la hipótesis, que está orientada a determinar si se cometen los delitos tipificados en los arts. 292 y 296 del Código Penal Argentino, cuando se imita una firma que posteriormente es ratificada por el interesado en los escritos judiciales.

I. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO DE LAS FALSEDADES DOCUMENTALES

Si bien la mayoría de la doctrina está de acuerdo en que el bien jurídico protegido es la fe pública, ello no alcanza para delimitarla; es decir que a la “fe pública” también debe definírsela para concluir cuál es el bien jurídico protegido y así, poder interpretar con precisión los tipos penales aplicados a los casos en concreto.

Uno de los primeros inconvenientes que se tiene al intentar definir a la “fe pública”, es que no puede definírsela (como lo hacía Pessina) como “la fe sancionada por el Estado, la fuerza atribuida por él a algunos objetos o signos o formas exteriores”², ya que en la falsificación de los instrumentos privados, o en los fraudes al comercio y a la industria o en los casos de pagos de cheques sin provisión de fondos, la gente no hace fe en la autoridad (en su signo, emblema o mandatario), como haría respecto de la moneda o de los instrumentos públicos en donde obra la intervención de un funcionario público.

Es decir que, en algunos casos, la confianza se deposita sobre todos los integrantes de la sociedad (por ejemplo: la falsificación de documentos privados o de moneda nacional) y/o en otros sobre sujetos determinados (un ejemplo de esto último serían los documentos privados, que fundan su fe en un círculo restringido de sujetos, únicamente entre cuyas relaciones el Derecho los reconoce como prueba).

Por lo tanto, esta inclusión de la falsificación de instrumentos privados dentro del grupo de delitos que violan la fe pública, ha hecho pensar que el título XII del Código Penal Argentino, más que a preservar la fe pública en sentido propio, tiende a proteger la confianza general en la autenticidad y

² NUÑEZ, Ricardo C., *Tratado de Derecho Penal, Tomo V, Volumen II, Parte Especial, Título XII*, p. 201, Editora Córdoba, Córdoba, junio de 1992.

veracidad de los objetos³, en cuanto medio indispensable para que aquéllos cumplan debidamente sus finalidades jurídicas⁴.

Por otra parte, para que haya un ataque que lesione o ponga en peligro al bien jurídico fe pública, es necesario que la conducta del agente en el instrumento sea apta para desvirtuar en cualquiera la confianza que él merece – por reunir las formas prescriptas por la ley para que se lo acepte como representativo del acto que expresa y, por lo tanto, como acreditación (prueba) de él⁵.

Es decir que, no alcanza para vulnerar la fe pública, ni la mera objetividad deformante, ni la mera confianza infundada en la autenticidad y veracidad del instrumento; sino que se deben dar ambos aspectos: tanto que se altere el documento, como que esa deformación del documento sea extensible a cualquier sujeto que pueda encontrarse en la misma situación.

Esto significa que el delito debe originar una falsedad “idónea para engañar la fe pública”, es decir, para suscitar un juicio erróneo en un número indeterminado de personas, y no sólo en casos particulares – como podrían ser ejemplos de negligencia o defectos de condiciones del sujeto pasivo.

Resulta también interesante la postura de Ramos en cuanto señala que las falsedades persiguen comúnmente un fin distinto de la falsedad misma, tales como la apropiación de un bien patrimonial ajeno, saldar una deuda, crear o extinguir dolosamente un derecho, etc.

En tal sentido, serían un medio para ejecutar otro delito. “Nadie falsifica un título de propiedad inmobiliaria con el fin de entretenerse en hacer ejercicios caligráficos. La falsificación se hace con un objeto determinado: revertir, en un momento dado, la apariencia de dueño del inmueble.”⁶ De ahí, prosigue Ramos, deriva la importancia de este delito a los fines civiles, comerciales, penales y sociales.

Todo indica que la alteración de la verdad aparece como medio para causar ulteriores lesiones, induciendo a alguien en error acerca de un hecho en el cual fundará su juicio.

³ Ibid.

⁴ CREUS, Carlos, *Falsificación de documentos en general*, Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma S.R.L., 2ª edición actualizada, Capital Federal, p. 2.

⁵ Idem, p. 8.

⁶ RAMOS, Juan P., *Curso de Derecho Penal dictado en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires por el Profesor Titular de la materia Dr. Juan P. Ramos, compilado por Isauro P. Argüello y Pedro Frutos, Tomo VI, Editorial Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires, marzo de 1944, p. 341.*

Continuando con este criterio del bien jurídico como pluriofensivo, Antolisei sostiene que la falsificación nunca es un fin en sí mismo, sino que es una forma de defraudación, y por ende es un medio para ofender determinados intereses. Por ello sostiene que los delitos contra la fe pública son delitos pluriofensivos, en el sentido de que siempre se dan dos ofensas: una que es común a este tipo de delitos y otra que varía según los delitos que se cometen. Por lo tanto, la primera corresponde a la fe pública y la segunda al interés específico que es salvaguardado por la integridad de los medios probatorios. Sin embargo, este autor sostiene que para que la falsedad se consume no es necesario que llegue a lesionarse ese interés ulterior, sino que basta con su mera puesta en peligro⁷.

Ahora bien, la falsificación de un instrumento privado, significa una protección distinta de la que se advierte en los documentos públicos, concretamente, el contrato celebrado entre particulares debe satisfacer determinados requisitos, y el Estado no deja su impronta como tal, como sujeto participante; está detrás, en segunda línea avalando el marco normativo dentro del cual deben desenvolverse las acciones e intereses individuales.

Es decir que el concepto de fe pública debe ceñirse al amparo, como primer objetivo, de los signos e instrumentos convencionales que el Estado impone con carácter de obligatoriedad (como son la moneda, los sellos y todos los signos en general de los instrumentos públicos) y, como segundo objetivo, la tutela de que los actos jurídicos cumplan las formas materiales que les fueron impuestas y los objetivos legalmente previstos⁸.

Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, algunos tribunales, adoptando una postura más simplista, definen a los delitos comprendidos en el título XII del Código Penal como los ataques concretados a la fe pública por hacer aparecer como auténticos y reveladores de verdad, signos representativos o documentos que dan cuenta de lo pasado, cuando no son auténticos o mienten sobre lo representado⁹. Pero evidentemente este criterio

⁷ VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, *La falsedad documental: análisis jurídico-penal*, Cedecs Editorial SL, Barcelona, 1999, p. 45, citado por DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal, Parte Especial, T. IV*, Editorial Rubinzal – Culzoni, p. 27.

⁸ BAIGUN, David y TOZZINI, Carlos A., *La falsedad documental en la Jurisprudencia, Elementos comunes a todos los tipos*, 2ª Edición, Editorial Depalma, octubre de 1992, p. 13.

⁹ El Juzgado de Enjuiciamiento de La Plata, en fecha 17/12/96, en los autos caratula-dos “Elortegui, Olga N.”, sent. 498, sum. B.88.386, resolvió: “El tipo previsto por la norma del art. 292, C.P., como todos los que integran el título XII, tutelan la fe pública, estrechamente vinculada a la idea de autenticidad y veracidad, sancionándose su alteración cuando

no logra delimitar con la precisión necesaria a los delitos comprendidos en el título XII del Código Penal Argentino.

II. EL REQUISITO DEL PERJUICIO EN LAS FALSEDADES

El primer párrafo del art. 292 del C.P., reza: “El que hiciere en todo o en parte un documento falso o adultere uno verdadero, de modo que pueda resultar perjuicio, será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años, si se tratare de un instrumento público y con prisión de seis meses a dos años, si se tratare de un instrumento privado.” Sin embargo, la expresión “de modo que pueda resultar perjuicio”, no es un invento o una novedad del código penal contemporáneo, sino que el vocablo “perjuicio” ya se había utilizado con anterioridad a la sanción del código contemporáneo.

En la actualidad, la doctrina y la jurisprudencia interpretan de forma uniforme que para que se cumpla con los requisitos que exige el tipo del art. 292 del C.P., basta con que el perjuicio obre como una posibilidad. Ello significa que, por ejemplo, cuando la falsedad recae sobre un documento público, si bien ya se advierte un menoscabo de la fe pública en cuanto se ha deformado el documento, ese efecto no resulta típicamente suficiente; sino que la ley obliga que, a esa eventual lesión “abstracta”, se sume la posibilidad de perjuicio de otros bienes jurídicos distintos de la fe pública, que pueden ser de variada naturaleza (Ej.: patrimonial, moral, política, social, afectiva)¹⁰ y deben pertenecer a un tercero.

En principio, resulta indiferente quién sea el titular del bien jurídico que se perjudica o que se pone en peligro. Pero, evidentemente, tiene que pertenecer a alguien que no haya sido el agente de la falsificación; incluso, aunque no sea el destinatario que el autor quiso perjudicar¹¹. En este

se adviertan signos reveladores de la falsedad” citado por DAYENOFF, David E., *Código Penal de la Nación Argentina Anotado con Jurisprudencia*, Ediciones de Palma, p. 439.

¹⁰ “Si bien a través del Código Penal se tutela la fe pública, ello solamente, en la medida en que mediante la alteración de documentos se crea la posibilidad de perjuicio para otro bien jurídico y si bien la tutela se encuentra diferenciada según se trate de documentos públicos o privados, pues en el primer caso existe una verdadera lesión a la función autenticadora de la ley, incluso en este caso requiere la posibilidad de perjuicio.” (Cámara Criminal y Correccional de San Martín, sala I, 7-3-95, “M., M. C.”, L.L. B.A. 1995-1124, citado por DONNA, *op. cit.*, p. 180)

¹¹ C.C.C., 28/11/1930, *Fallos*, t. I, p. 425; id., Sala III, 7/8/1964, *El Derecho*, t. 42, nota al fallo 20.074, sumario 37, citados por NUÑEZ, *op. cit.*, pp. 213/214.

punto, son numerosos los fallos de la jurisprudencia actual que expresaron que la posibilidad de perjuicio no radica únicamente en una cuestión de índole patrimonial o de naturaleza económica. A modo de ejemplo, valga citar a la Cámara Nacional de Casación Penal que, en mayo del año 2003, señaló que:

“Cuando nuestra ley penal reprime la creación de un documento público falso o la adulteración de uno verdadero no requiere la efectiva producción de un daño, sino que tan sólo reclama el peligro presunto que pueda resultar de ella dado que tal acto tiene como destino su utilización, que además de lesionar la fe pública considerada en abstracto, lleva ínsita la posibilidad de perjuicio de cualquier bien jurídicamente tutelado que no necesariamente ha de ser de índole patrimonial. Es decir, basta un perjuicio potencial que puede ser de cualquier naturaleza y no necesariamente patrimonial, sin exigirse que con el instrumento se obtengan beneficios”¹²

En igual sentido, el mismo tribunal dispuso que: “La potencialidad dañosa de la falsificación de documento público puede ser de cualquier naturaleza y no necesariamente patrimonial”¹³. Asimismo, similar postura sostuvo la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, al manifestar, en el mes de mayo del año 2000, que:

“En lo que hace al elemento normativo exigido en la figura aludida que envuelve la existencia del potencial perjuicio, es oportuno recordar lo expresado por esta sala, recreando a Carlos Creus, en cuanto a que “...el perjuicio o su peligro puede recaer sobre cualquier bien y no solo en aquellos de naturaleza económica, pudiendo ello ocurrir consecuentemente ante la violación de reglamentaciones para la concesión de ciertas habilitaciones...” (Ver Causa 14.073, “M. de W., M. L.”, 17-6-98, Reg. 15.520 y la obra del autor referido Falsificación de documentos en general, editada por Astrea en 1986, pp. 73/74) (Extraído del Boletín de Jurisprudencia de la Cámara Federal).¹⁴

¹² Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II, 8-5-2003, “D.H.C.”, c. 4238, Reg. 5648, WebRubinzal penal 5.1.1.9.r. 2, citado por DONNA, *op. cit.*, p. 181.

¹³ Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II, 10-5-99, “N., M. y otros”, L.L. 2000-B-174.

¹⁴ CNFed. Corr., Sala II, 16-5-2000, “F., H. R”, c. 16.490, Reg. 17.550, J. 5 – S.9; WebRubinzal penal 5.1.1.3.r1

Adviértase al respecto que también son muchos los autores que, coincidentemente con la jurisprudencia señalada, consideran que el perjuicio no debe ser necesariamente patrimonial o económico¹⁵.

En otras palabras, esto significa que no se trata de un delito de simple conducta en el que la ley tomó en consideración, para punir, el peligro que en sí entraña la conducta típica, sino su trascendencia a una esfera que no se agota en ella. Es decir que la falsedad documental no se castiga por el mismo hecho de la falsedad, sino porque ella acarrea peligro para bienes jurídicos distintos de la fe pública¹⁶.

Ahora bien, a esta altura, resulta importante distinguir la diferencia que existe entre los documentos públicos y los instrumentos privados, al momento de evaluar la posibilidad de perjuicio a algún otro bien jurídico; ello así, toda vez que el presente trabajo se encuentra orientado, en principio, hacia los documentos privados.

La diferencia no reside en que toda falsedad de un documento público entrañe un daño necesariamente, sino en que la existencia de la falsedad y, por lo tanto, su perjuicio, debe medirse desde el momento de la producción misma del documento, precisamente porque los documentos de esa clase se caracterizan por valer en sí mismos, mientras que los documentos privados, están despojados de ese poder y solamente adquieren valor y sentido según el modo en que se presentan o emplean.

Es conocida la jurisprudencia que sostiene que el delito de falsificación de instrumento privado exige para su perfeccionamiento el uso del título falso¹⁷.

El perjuicio, por lo tanto, debe consistir en ambos tipos de documentos, en la posibilidad de que mediante su empleo se vulnere algún otro bien, con tal de que esa situación de peligro sea derivada de la falsedad misma o del empleo del documento falso¹⁸.

¹⁵ KENT, Jorge, *La falsedad documental (Reflexiones sobre sus alcances)*, L.L. 1989-4-472.

¹⁶ CREUS, *Falsificación de...*, p. 72/73.

¹⁷ CNCrim. y Corr., Sala V, 20/10/65, ED 15-230; CNCCorr., sala IV, 20/2/96, “S., J. L.”, L.L. 1997-C-415 entre muchos otros.

¹⁸ En igual sentido se pronuncia también FONTAN BALESTRA, Carlos, *Tratado de derecho penal, parte especial*, T. VII, Ed. LexisNexis – Abeledo Perrot, Tercera edición actualizada por Guillermo A. C. Ledesma, p. 383: “El perjuicio o daño en una escritura pública, no es el que resulta de violar la fe pública a través de la función de autenticar que el oficial está encargado de cumplir, sino el de la violación de algún otro bien jurídico. La

Por otra parte, otro requisito del perjuicio o de su posibilidad, resulta ser que tiene que provenir directamente de la falsificación, de lo que ella represente para la extinción o creación de derechos, facultades y cargas¹⁹.

Un ejemplo de lo dicho anteriormente surge del fallo de la Sala III de la Cámara 3^{ra} Criminal y Correccional de La Plata, en cuanto adujo que: “Si bien era conocida la adulteración de la licencia de conducir cuando la exhibió ante el personal policial, para poder afirmar que la conducta encuadra en la figura del art. 296 del Código Penal es necesario demostrar la posibilidad de perjuicio derivada de tal adulteración²⁰”. Es decir que si esa posibilidad del perjuicio no proviene de la falsificación, sino de otra acción cometida por el autor, el tipo del artículo en análisis no estaría completo.

Cabe mencionar que la doctrina minoritaria niega al perjuicio o a su posibilidad como exigencia de la típica antijuricidad de los delitos de falsedades documentales. Concretamente los autores que sostienen esta postura alegan que el daño se encuentra ínsito en la falsedad misma²¹.

circunstancia de que la falsedad en instrumento público se consume en cuanto el documento queda perfeccionado, en tanto que para los papeles privados se retrasa ese momento hasta que son usados, no significa que la posibilidad de perjuicio resulta ya del hecho mismo que la escritura sea pública, sino que, para el caso en que la posibilidad de perjuicio exista, el hecho está perfeccionado con la confección del documento, que desde ese momento vale por sí mismo y puede ser opuesto a tercero, lo que no ocurre con los papeles privados.”

¹⁹ “*Obiter dicta* acotaré que el legislador, al citar expresamente como fuentes del art. 292 del Cód. Penal a los códigos italiano (arts. 275, 278 y 280), holandés (art. 225) y húngaro (arts. 391 y 400), aplicó a la redacción de dicha preceptiva el criterio limitativo de los ordenamientos represivos holandés y húngaro que restringen el alcance de la falsedad únicamente a los documentos privados destinados a llenar determinados efectos jurídicos en la existencia, extinción, modificación o prueba de un derecho o una obligación. Precisamente por eso acude a la expresión “de modo que pueda resultar perjuicio” ya que en los actos humanos sólo hay una eventualidad de éste cuando no afecta un derecho pues, de lo contrario, se estará en presencia de un hecho totalmente inocuo que no merecería reproche penal alguno.” KENT, Jorge, *La falsedad documental. Un tema de inacabable actualidad*, L.L. 1988-E-109.

²⁰ Cám. 3^a Crim. y Corr. La Plata, Sala III, 26/7/94 en los autos caratulados: “García Mirabelli, Edgardo A.” LLBA, 1994-585, citado por BACIGALUPO, Enrique, *El delito de falsedad documental*, p. 140.

²¹ GIRALDO, Luis C., *El principio “damnum in est re ipsa” en la falsedad de documento privado*, en “Foro Caldense”, Colegio de Abogados de Manizales, 1967, año X, n° 5-8, p. 27 y ss. Asimismo ORTIZ, Pedro, *La falsificación de instrumento privado*, en “Revista

III. EL PERJUICIO COMO POSIBILIDAD: SUFICIENCIA DEL PELIGRO

Concretamente, la expresión típica “de modo que pueda resultar perjuicio” significa que basta con que el perjuicio obre como posibilidad²², postura que en general se encuentra avalada por la gran mayoría de la doctrina y la jurisprudencia²³.

A modo de ejemplo adviértase que ya Giovanni Carmignani hacía hincapié en el daño potencial como una de las características de los delitos de las falsedades²⁴. Ello significa que no es requisito esencial del tipo que el daño se concrete efectivamente²⁵, pero de más está decir que si el daño se produce, ello no obsta a que el tipo del art. 292 quede configurado.

Por su parte, la doctrina ha definido al perjuicio potencial como “el estado causalmente apto para lesionar la fe pública en que se halla el instrumento con arreglo tanto a sus condiciones objetivas –forma y destino–, como a las que se derivan del contexto de la situación. El perjuicio

de Ciencias Penales”, Santiago de Chile, jul.-set. 1944, p. 207 y siguientes, citados por CREUS, *Falsificación de...*, p. 70.

²² CREUS, *Falsificación de...*, p. 77.

²³ “Sin daño real o posible (peligro), no hay antijuricidad, no hay delito, no hay falsedad”, Cámara Nacional de Casación Penal, 11/IV/1997, L.L., t. 1998-E-771, citado por FONTAN BALESTRA, *op. cit.*, p. 384. En igual sentido, Núñez sostiene que “basta con el daño potencial”, Núñez, *op. cit.*, p. 213.

²⁴ CARMIGNANI, Giovanni, *Elementi di diritto criminale, Seconda Edizione*, Milano Carlo Brigola, Editore, Librajo e commissionario, 1882, p. 377: “*Quindi i caratteri costitutivi di questo delitto sono: I- Il fatto per cui venga congiata la verità; II- la frode; III- l'altrui danno, che può essere o attuale o potenziale*”

²⁵ “La realización del tipo objetivo en los delitos de peligro (concreto) requiere la comprobación, como se dijo, de que la acción ha puesto en peligro un bien jurídico, o aumentado el peligro corrido por éste. El peligro corrido por el bien jurídico como consecuencia de la ejecución de la acción es un estado que debe ser verificado expresamente por el juez. El momento en el que debe hacerse el juicio sobre el peligro es aquel en el que el autor ha obrado (juicio *ex ante*). En tal juicio deben tomarse en consideración los conocimientos del agente, ya que en el momento de la acción hay una parte de las condiciones que no son conocidas por el autor (toda vez que si el resultado no llega a producirse, es decir, si el peligro no se concreta en una lesión, no hubo riesgo, pues el conocimiento *ex post* de todas las circunstancias demuestra en estos casos que el bien jurídico no corrió peligro). El peligro como tal no depende de que el autor o alguien haya podido conocerlo, ni de que el autor o alguien haya podido tener por segura la producción del resultado.” BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal, Parte general, 2ª edición totalmente renovada y ampliada*, p. 313.

efectivo, en cambio, es el resultado de este proceso causal, el cambio cualitativo o, lo que es lo mismo, el desarrollo de la potencialidad hasta agotarla; momento preciso en que finaliza la relación perjuicio posible –perjuicio efectivo²⁶”.

Sin perjuicio de ello, el tema no se agota allí, sino que ha habido pronunciamientos judiciales que han hecho alusión al perjuicio como probabilidad, es decir, lo que *puede ser* –y no lo que *va a ser* si no cambian las relaciones de causalidad ya que sino sería lo *probable*–. Puntualmente fue la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala III, la que señaló:

“Toda vez que los escritos judiciales cuyas firmas están discutidas es su autenticidad, pudieron haber irrogado perjuicios al entonces imputado y ahora querellante, entre otros, el derivado de la obligación de abonar los honorarios profesionales del letrado que patrocinó la supuesta firmante en el supuesto de resultar condenado, se revoca la resolución apelada de fs. 41, mediante la cual se sobresee definitivamente en la causa por inexistencia de delito²⁷”

Sin embargo, todavía no se han explicado cuales son los requerimientos subjetivos de la persona que comete el hecho; en tal sentido, es necesario acreditar que quien ejecuta la acción –en este caso quien falsifica o utiliza el documento falsificado– actúe dolosamente, esto es que conozca que está utilizando un documento adulterado²⁸ del que puede resultar perjuicio y no obstante ello actúe²⁹. En este punto la doctrina también es coincidente³⁰. Sin embargo, el maestro italiano Carrara, con respecto a la potencialidad del daño y al aspecto subjetivo del delito, hacía una pequeña

²⁶ BAIGUN - TOZZINI, *op. cit.*, p. 277

²⁷ Cámara Nacional Criminal y Correccional de Capital Federal, Sala III, causa nro. 9824, rta. en fecha 22/11/77, caratulada: “Faskowicz, José”, citado por CREUS, *Falsificación de...*, p. 78; y por FONTAN BALESTRA, *op. cit.*, p. 384.

²⁸ BREGLIA ARIAS, Omar y GAUNA, Omar R., *Código Penal y leyes complementarias, Comentado, Anotado y Concordado, 5ta. Edición actualizada y ampliada*, Editorial Astrea, p. 809.

²⁹ Cám. 3ª Crim. y Corr. La Plata, Sala III, 26/7/94 en los autos caratulados: “García Mirabelli, Edgardo A.” LLBA, 1994-585, citado por BACIGALUPO, Enrique, *op. cit.*, p. 140

³⁰ Cfr. FONTAN BALESTRA, *op. cit.*, p. 384; SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino, Tomo 5*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, actualizador Manuel A. Bayala Basombrio, pp. 465/469; NUÑEZ, *op. cit.*, p. 214

salvedad, concretamente argüía que: “cuando el falsificador *quiso dañar*, el daño *potencial* consume el delito; pero cuando previó poder dañar sin *querer* directamente dañar, el delito consumado surge solamente del daño *efectivo*, y no del mero daño *posible*”.³¹

Al respecto, valga la aclaración que realiza Soler en cuanto declara:

“A primera vista puede parecer algo arbitraria la distinción ‘querer la falsedad sin querer el daño’. Sin embargo, no lo es, y si prescindimos de hacerla, corremos el riesgo de llamar dolosas a verdaderas falsedades en las que se ha incurrido por imprudencia o negligencia, esto es, por culpa, con relación al *otro* elemento que integra la figura: el *efecto* de daño o peligro”.³²

En conclusión, al momento de analizarse el dolo del autor, deberá tomarse en cuenta la posibilidad de perjuicio, de forma tal que la faz subjetiva, se asiente sobre el conocimiento de falsificar un documento o de usar un documento adulterado –conociendo esta característica del documento– del cual pueda derivar perjuicio y en la voluntad de hacerlo no obstante el conocimiento de esta posibilidad.

IV. ¿EL ESCRITO JUDICIAL EN UN DOCUMENTO PÚBLICO O PRIVADO?

Ahora bien, no es la misión de este trabajo definir completamente el tipo de los arts. 292 y 296 del C.P., sino que tiene como objetivo principal, determinar si se produce algún perjuicio de conformidad con la normativa citada cuando se falsifica una firma en un escrito judicial, si el consentimiento es otorgado a posteriori por la persona titular de la firma falsificada. Sin embargo, debe aclararse, aunque sea sucintamente, si el escrito con la firma apócrifa presentado en el expediente –ratificado con posterioridad a la presentación– es un documento público o privado.

A los efectos de cumplir de la forma más clara posible lo detallado en el párrafo que antecede, habría que comenzar por el caso más sencillo; en tal sentido está claro que un escrito firmado por un abogado y su

³¹ CARRARA, Francesco, *Programa del Curso de Derecho Criminal dictado en la Real Universidad de Pisa, Parte Especial o sea exposición de los delitos en particular con adición de notas para uso de la práctica forense, Volumen VII*, § 3673 y 3674.

³² SOLER, *op. cit.*, p. 467.

cliente –antes de ser presentado en un expediente– es, sin lugar a dudas, un documento privado.

Pero el tema en análisis se complica un poco más desde el momento en que dicho escrito se presenta en el ámbito judicial. Es a partir de ese momento en que se divide la jurisprudencia, sosteniendo tanto que son documentos públicos como que son documentos privados. En cuanto al punto, es clara y aplicable al tema en estudio la jurisprudencia que se transcribe a continuación: “La imitación de firma del socio de la acusada en un escrito presentado en juicio configura el delito de falsificación de documento privado y no público, ya que no poseen la condición de documentos públicos los escritos que las partes presentan en los juicios, firmados antes de que queden agregados en los autos”.³³

Por otra parte, si bien cierta jurisprudencia sostiene la teoría de la extensión de documento público por transformación³⁴, dicha postura no se aplicaría al caso en estudio ya que en ese caso, la falsificación se produce luego de que el escrito sea incorporado al expediente judicial. Para ser más explícitos, esta postura considera que el escrito comienza siendo un instrumento privado, pero que al momento en que se presenta en el juicio pasa a ser un documento público y cualquier modificación de allí en adelante, significaría una falsificación de instrumento público. Concretamente, la jurisprudencia que defiende esta teoría pregona que: “la adulteración del documento privado que está incorporado a una actuación oficial constituye falsificación de documento público, porque si bien ‘el hecho que un escrito o documento esté destinado a ser presentado ante la autoridad judicial no lo convierte en instrumento público’, al ser ‘falsificado con posterioridad a su incorporación al proceso, puede configurar el delito de falsificación de instrumento público, porque la totalidad del expediente lo constituye’”.³⁵ En igual sentido, parte de la doctrina manifiesta que: “Debe ser entendido el escrito como instrumento privado, otorgado sin intervención de oficial público cuya calidad de público sólo alcanza luego de su agregación como pieza de autos”.³⁶

³³ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de Capital Federal, Sala IV, rta. en fecha 13/4/1982, en los autos caratulados: “Herrera, L.A. s/falsificación de documento”,

³⁴ CREUS, *Falsificación de...*, p. 42.

³⁵ CNCrimCorrCap, Sala VI, 4/8/72 (del Fallo de 1ª Instancia), JA, 16-1975-516, cita por CREUS, *Falsificación de...*, p. 42

³⁶ CURA, José María, Nota a Fallo: *Escrito con firma apócrifa o el misterioso caso del escrito que nunca existió*, L.L. 1999-B-82/87

En un fallo muy similar, la Sala VI de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de Capital Federal señaló:

“El hecho de que un escrito o documento esté destinado a ser presentado ante la autoridad judicial no lo convierte en un instrumento público, pero, si fuere falsificado con posterioridad a su incorporación al proceso de que se trate, ello puede configurar el delito de falsificación de instrumento público, porque la totalidad del expediente lo constituye y lógicamente también cada una de sus partes integrantes”.³⁷

Sin perjuicio de ello, esta postura lejos se encuentra de ser unánime, ya que hay numerosos fallos que sostienen que la naturaleza del escrito no se modifica por haber sido presentado en un expediente judicial, sino que conserva el carácter de instrumento privado que tenía. A continuación se transcribe un fallo que refleja la opinión detallada: “Los escritos privados agregados en juicio no por eso sólo se transforman en instrumentos públicos, nada tiene que ver que el instrumento en cuestión haya sido visto y analizado por distintos jueces, a más de letrados y partes, esa adición de personas no agrega ‘fe pública’ al instrumento que no la tiene en su origen”.³⁸

Pero como se señaló con anterioridad, no son estos los casos que involucran al problema que se analiza en este trabajo, ya que la hipótesis planteada al comienzo de esta investigación supone una falsificación de un escrito judicial, efectuada con anterioridad a la presentación del mismo en el expediente tribunalicio. Por lo tanto, esta reflexión queda excluida del análisis de este trabajo.

V. LA FIRMA EN LOS ESCRITOS JUDICIALES (DOCUMENTOS PRIVADOS) - DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES CIVILES

A esta altura del trabajo, resulta relevante analizar qué importancia tiene que la firma en un instrumento privado emane del puño y letra de la persona indicada, es decir, cuál es la finalidad de la firma en los documentos.

El art. 1012 del Código Civil reza: “La firma de las partes es una condición esencial para la existencia de todo acto bajo forma privada. Ella

³⁷ CNCrim. y Corr., Sala VI, rta. en fecha 4/8/72, JA, 16-1972-516

³⁸ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de Capital Federal, Sala V, 29/8/86, JA, 1987-III-113.

no puede ser reemplazada por signos ni por las iniciales de los nombres o apellidos”.

Según Neri³⁹, la firma es un acto gráfico representativo del ser pensante, eminentemente personal, es la representación gráfica del nombre y apellido de una persona, hecha de su puño y letra, en forma habitual y característica, y estampada al pie de un documento escrito a mano, a máquina o impreso, con el único objeto de obligarse por su contenido.

Por otra parte, el codificador en la nota al art. 3639 del Código Civil remarca que la firma no es la simple escritura que una persona hace de su nombre o apellido; es el nombre escrito de una manera peculiar, según el modo habitual seguido por la persona en diversos actos sometidos a esta formalidad. La firma tiene por finalidad atribuir la autoría del instrumento, por tanto debe ser de puño y letra del autor. Puede éste hacerse sostener la mano, pero no hacer estampar por otro su firma⁴⁰.

Puntualmente el art. 1012 del Código Civil ya citado dice claramente que la firma no puede ser reemplazada y afirma que es una condición esencial⁴¹ para la existencia de todo acto bajo forma privada, conjunto al que pertenecen los escritos judiciales.

Al respecto tiene dicho la jurisprudencia que: “La firma es un requisito esencial en los escritos. Así lo dispone el art. 1012 del Código Civil, que establece que la firma de las partes es una condición esencial para la existencia de todo acto bajo forma privada. Las normas establecidas en el art. 45 del Reglamento para la Justicia Nacional, al que remite el art. 118 del C. Procesal, resultan concordantes con el art. 1012 del Código Civil. Por ende, la firma no puede reemplazarse por grafías de terceros, y cabe considerar a los actos con grafías de terceros, privados de efectos jurídicos y ajenos como tales a cualquier posibilidad de convalidación posterior (CSJN Fallos 246; 279)”⁴². Repárese que la interpretación realizada por

³⁹ NERI, Tratadi, t. III, p. 324, citado por BREBBIA, Roberto H., *Hechos y Actos Jurídicos, Comentario de los artículos 944 a 1065 del Código Civil, Doctrina y Jurisprudencia, Tomo 2*, Editorial Astrea, Buenos Aires, Diciembre de 1995, p. 518.

⁴⁰ CARIOTA Ferrara, El negocio jurídico, p. 372, citado por BREBBIA, *op. cit.*, p. 518.

⁴¹ BREBBIA, *op. cit.*, p. 517: “Puede afirmarse que el único requisito esencial para la validez del instrumento privado es la firma”.

⁴² Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Capital Federal, Sala J (Lerida – Zaccheo – Wilde), Rabenbach, Natalio y Otro c/ Kogan, Mauricio Jorge s/ Régimen de visitas, sentencia del 20/2/1990, publicado en el dominio de Internet <www.saij.jus.gov.ar>, bajo el sumario C0020679.

la Sala J de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Capital Federal, va más allá al sostener que los actos con firmas de otras personas, estarán privados de los efectos jurídicos y exentos de cualquier posibilidad de convalidación posterior. Sin embargo no es éste el único pronunciamiento judicial que se expresó con respecto a este tema; la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, también arribó a una postura semejante al declarar que:

“Las firmas insertas deben corresponder a quienes figuran en el instrumento en calidad de sujetos del proceso, debiendo ser –en consecuencia– verdaderas, sin que tal condición de autenticidad pueda quedar librada a manifestaciones posteriores o al reconocimiento ulterior por quien sostiene que suscribió la pieza. Tal postulado adquiere mayor significación cuando la rúbrica, cuya autenticidad se cuestiona, es estampada en escritos judiciales. No reconocer la necesaria severidad con que es dable actuar en tales circunstancias, llevaría a acordar a las partes una facultad saneadora de graves deficiencias estructurales, sumada a una impropia potestad de evitar las consecuencias de la perentoriedad de los plazos procesales (art. 155, C.P.C.C.) (min.)”.⁴³

Obsérvese aquí que el ejemplo considera que otorgarle la posibilidad de un reconocimiento posterior a una firma falsificada, permitiría a las partes una facultad saneadora de “graves deficiencias estructurales”. Esto significa que, los escritos cuyas firmas no son auténticas, se deben tener por no presentados, aunque el interesado las reconozca como propias, en una manifestación posterior, porque justamente al estar privados de eficacia jurídica impiden cualquier convalidación posterior⁴⁴.

⁴³ Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, autos caratulados: “Sanabria, Juana c/ Fernández Gallardo, María del Carmen y otros s/ Daños y perjuicios”, sentencia del 5/11/03, publicado en el dominio de Internet <www.saij.jus.gov.ar>, bajo el sumario B0026984

⁴⁴ Al respecto obsérvese también el fallo de la Cámara Civil, Comercial y Garantías en lo Penal de Zárate, provincia de Buenos Aires, en los autos caratulados: “Ferraro de Pons, Palmira L. s/Cestrilli, Aniceto B. y otros”, rta. en fecha 22/12/1998, L.L.B.A. 1999-1089: “Debe declararse la inexistencia de un escrito judicial cuyas firmas han sido falsificadas, por cuanto carece de un requisito indispensable para su existencia y validez, como es la firma de quien lo otorga, y la cuestión excede el ámbito de las nulidades procesales debiendo reputarse el acto como jurídicamente inexistente y ajeno a la posibilidad de convalidación, ello sin perjuicio de la validez de los actos procesales cumplidos con posterioridad cuando no se ha causado perjuicio alguno ni afectado la regularidad del proceso”.

En este sentido, se advierten más fallos que defienden esta teoría de que la firma debe emanar directamente del puño y letra del interesado y que no puede estar sujeta a un reconocimiento posterior. Ej.: “La firma de las partes es una condición esencial para la existencia del acto (art. 1012, Cód. Civil), en tanto que es a todas luces evidente que estas directivas han de aplicarse en líneas generales, a aquellas hipótesis en las cuales las firmas insertas no corresponden a quienes figuran en el instrumento en calidad de interesados, porque la firma del litigante que actúa por derecho propio es un requisito formal indispensable del escrito. Por lo demás, es también jurisprudencia de larga data que ella debe ser verdadera, es decir, emanar del propio interesado, sin que tal condición de autenticidad pueda válidamente quedar librada a manifestaciones posteriores o al reconocimiento ulterior de quien sostiene que suscribe la pieza⁴⁵.”

Sin perjuicio de lo expuesto anteriormente, existe jurisprudencia que adopta una postura todavía más extremista, que sostiene que tampoco tendrá eficacia jurídica un escrito cuando la firma sea puesta por un tercero, aunque actúe por autorización o mandato, pues la firma es un acto propio, esencialmente personal.⁴⁶

Sin embargo, el ejemplo citado en el párrafo que antecede, tiene otras características ya que aquí la firma inserta por un tercero es suscripta merced a una autorización o a un mandato previo, que hace que los casos no sean exactamente iguales. Esta situación se encuentra regulada en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y es comúnmente denominada “firma a ruego”.

VI. LA FIRMA A RUEGO

Evidentemente, el ordenamiento jurídico no es caprichoso en este punto, sino que autoriza la firma de un tercero comprometiendo la propia. Pero ese caso se encuentra específicamente reglado a partir de la firma a ruego y está permitido normativamente siempre y cuando esa autorización sea anterior al acto de la firma.

⁴⁵ CNCiv., Sala C, agosto 4-1998, autos caratulados: “Mulhall, David E. c. Torre, Javier y Mulhall, David E. c. Torre, Pablo”, L.L. 1999-B-82/87

⁴⁶ CNCiv. Sala E, 29/379, L.L. 1977-B, 493; SCBuenos Aires, 1/9/59, L.L. 100-393.

Se dice que un instrumento ha sido “firmado a ruego” cuando, a través de un documento privado y a pedido y en nombre del otorgante del acto, fue suscripto por un testigo⁴⁷.

En efecto, se advierte que se encuentra permitida legalmente la firma estampada por otra persona, pero reglada taxativamente; autorizar de cualquier otra forma que la firma no sea estampada por quien debe, aunque fuere posteriormente reconocida, implicaría, justamente, ir en contra de la normativa nacional.

Seguidamente se transcribe un pronunciamiento de la Sala II de la Cámara Federal de la Seguridad Social de Capital Federal, que avaló dicha postura: “Es condición esencial de los escritos judiciales que contengan la firma de las partes o de sus representantes, por lo que carece de valor la puesta por terceros sin haberse recurrido al específico procedimiento previsto en el art. 119 del C.P.C.C. En consecuencia, el recurso extraordinario suscripto con firma apócrifa, resulta privado de toda eficacia jurídica (cfr. C.S.J.N., “Valledor, Pedro”; “Moreira, Eduardo”, ambas del 25/03/97)”⁴⁸

Concordantemente con esta postura, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Capital Federal, tiene dicho que:

“Los escritos judiciales deben contener la firma de su presentante, careciendo de valor la puesta por un tercero, a menos que se haya recurrido al específico procedimiento previsto en el art. 119 del Cód. Procesal; consecuentemente las actuaciones referidas y las providencias que motivaren son actos privados de toda eficacia jurídica y ajenos, como tales, a cualquier posibilidad de convalidación posterior, en orden a la perentoriedad de los plazos procesales”⁴⁹.

Por último, pero no menos importante, en un pronunciamiento similar la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con respecto a la firma falsificada en los escritos judiciales señaló: “Que los escritos judiciales deben contener la firma de su presentante (art. 1012, Cód. Civil, y art. 46, Reglamento

⁴⁷ Art. 208, inc. 3° del Código de Comercio de la República Argentina.

⁴⁸ Cámara Federal de la Seguridad Social de Capital Federal, Sala 2, (Etala - Herrero), en los autos caratulados: “Ayala, Juan Ramón c/Caja Nacional de Previsión de la Industria, Comercio y Actividades Civiles s/Procedimiento Administrativo y Judicial”, rta. en fecha 27/2/98, publicado en el dominio de Internet <www.saij.jus.gov.ar>, bajo el sumario 80003333.

⁴⁹ CNCiv., Capital Federal, Sala A, octubre 9-989, en autos caratulados: “Linera, Antonio y otros succ.”, L.L. T 1991-C-436.

para la justicia nacional, al que remite el 118 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación); carece pues de valor la puesta por un tercero, a menos que se haya recurrido al específico procedimiento previsto en el art. 119 de ese texto ritual”.⁵⁰ Seguidamente, en ese mismo fallo la Corte agregó: “Que en consecuencia, las actuaciones referidas y las providencias que motivaron, son actos privados de toda eficacia jurídica y ajenos, como tales, a cualquier posibilidad de convalidación posterior (doctrina de Fallos t. 246, p. 279 –Rep. LA LEY, t. XXI, p. 1047, sum. 14-).”⁵¹

Todo lo expuesto con anterioridad, evidentemente indica que la firma es un acto y un requisito personal e insustituible en los escritos judiciales, y que únicamente puede ser materializado por el signatario (con la salvedad hecha de la firma a ruego), ya que de otra forma se estaría desnaturalizando la acción que finalmente atribuye la autoría del instrumento, sea este público o privado.

VII. FIRMAS FALSAS EN ESCRITOS JUDICIALES, ¿EXISTE PERJUICIO?

Determinar si la conducta de falsificar una firma ocasiona o no un perjuicio es una ardua tarea, y su dificultad radica, entre otras cosas, en definir quienes podrían ser los potenciales sujetos pasivos del perjuicio, así como en establecer si es indistinto que el consentimiento sea otorgado por el verdadero titular de la firma antes o después de la presentación del escrito en el expediente.

Para comenzar con los ejemplos, se planteará la situación del sujeto que falsifica la firma del otro, quien desmiente que su firma haya sido falsificada y aún manifiesta que asume la responsabilidad de los efectos que pueda producir el escrito cuestionado en el expediente en que se haya presentado.

En primer término, cabe recordar, que la firma es una condición esencial para la existencia de todo acto bajo forma privada, como así también lo señalado por la jurisprudencia en cuanto a que las firmas deben corresponder a quienes figuran en el instrumento en calidad de sujetos del proceso, debiendo ser verdaderas⁵².

⁵⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación, junio 6-1985, en autos caratulados: “Wehmann, Enrique G. c. Provincia de Buenos Aires y otros”, L.L. t. 1985-D-283.

⁵¹ Ibid.

⁵² Ver art. 1012 del Código Civil y fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, autos caratulados: “Sanabria, Juana c/ Fernández Gallardo, María del

Indudablemente, en los documentos destinados a hacerse valer solamente ante determinadas personas, conocedoras del supuesto otorgante o de su firma, la imitación de los rasgos caligráficos de ésta deviene ineludible para que esos documentos cumplan con las exigencias, de posibilidad de ocasionar un perjuicio y de idoneidad para lesionar el bien jurídico protegido por las figuras de las falsedades documentales⁵³. Ello y lo expuesto más profundamente en el capítulo noveno, evidentemente, dan una pauta de que no cualquiera podría firmar en lugar de otro sin que ese accionar ocasione al menos, algunos inconvenientes.

Ahora bien, repárese en la siguiente situación teórica: un letrado presenta un escrito (por derecho propio, o sea sin su firma) en un expediente con la firma de su cliente falsificada; ello con la intención de supeditar el planteo efectuado en el escrito a la postura del Tribunal. Concretamente, si el Tribunal hace lugar al pedido efectuado, el cliente no reclama –eventualmente reconocerá la firma como propia– y el expediente continuará con su trámite de acuerdo al pedido realizado por la parte. En este caso, se advierte una solución que a simple vista no resulta jurídicamente justa, debido a que el cliente acepta las consecuencias de un escrito presentado en sede judicial con posterioridad a que ése órgano se expida. En el caso de que el Juzgado no haga lugar al pedido solicitado, y le imponga costas, alguna tasa de justicia u otra multa que tenga relación con el pedido efectuado; en ese caso, el mandante podrá efectuar un planteo haciendo hincapié en que lo solicitado en el escrito presentado en el Tribunal no fue un pedido propio e incluso denunciando que su firma fue falsificada. Cabe aclarar que si el Tribunal solicita un peritaje caligráfico a fin de determinar si la firma provino del puño y letra del denunciante, éste arrojará resultado negativo, lo que demostrará –al menos indiciariamente– que lo manifestado por el denunciante es cierto. Evidentemente este caso, además de contradecir los principios de igualdad ante la ley, tampoco propiciaría una solución justa para los procesos judiciales; de acuerdo al ejemplo dado, la parte podría condicionar su reclamo a la respuesta brindada por el tribunal, violando así la correcta administración de justicia. El ejemplo expuesto implica también

Carmen y otros s/ Daños y perjuicios”, sentencia del 5/11/03, publicado en el dominio de Internet www.sajj.jus.gov.ar, bajo el sumario B0026984.

⁵³ ESTRELLA, Oscar Alberto y LEMOS, Roberto Godoy, *Código Penal, Parte Especial, De los delitos en particular, Análisis doctrinario, Jurisprudencia seleccionada, Tomo 3, Artículos 186/306*, Editorial Hammurabi, p. 583.

que si la falsificación de la firma lesiona la incolumidad del expediente judicial –incolumidad directamente vinculada con las formas y finalidad del juicio enderezado a obtener una sentencia–, el perjuicio provocado se relaciona con la fe pública y no puede ser alienable.

Sin embargo, esta maniobra no sería posible realizarla con la misma liviandad, en caso de que se haya recurrido al instituto de la firma a ruego, debido a que, siguiendo estas formalidades, la manifestación de la voluntad de la parte peticionante es anterior a la presentación del escrito, e incluso dicha exteriorización de la voluntad habría quedado plasmada ante la presencia de un testigo, tal como surge de lo normado en el art. 208, inc. 3º del Código de Comercio de la República Argentina.

VIII. EL PERJUICIO PROCESAL Y EL SUJETO PASIVO DEL PERJUICIO

Pero aquí no finaliza el análisis, sino que todavía resta desentrañar quién podría ser sujeto pasivo del perjuicio, es decir, si sólo la persona a quien se le falsifica la firma o si la víctima, en su caso, puede ser cualquier otra persona. Cabe destacar que la doctrina y la jurisprudencia no es unánime en este sentido.

Precisamente, la mayoría de los autores del derecho penal analizan el tema del perjuicio a partir de la visión de la persona a la que se le está imitando la firma y parten desde esa postura para analizar el tema del perjuicio. Si bien ese análisis no es incorrecto –debido a que resulta necesario determinar si esa persona sufre algún tipo de perjuicio–, se debe resaltar que es incompleto. Ello así, toda vez que el perjuicio debe ser analizado desde una perspectiva más amplia, estudiando, meticulosamente, todas las posibilidades y todas las personas que puedan ser víctimas –reales o potenciales– de la maniobra de falsificación o de uso del documento con la firma apócrifa.

Ahora bien, la situación hipotética planteada en el capítulo que antecede, no sería el único ejemplo en el que un abogado y su cliente podrían abusar ilegítimamente de un escrito con la firma falsificada, con su posterior autorización; a continuación, se expondrán otros ejemplos que se relacionan íntimamente con las ventajas con que se podrían beneficiar los clientes mediante la utilización de la firma apócrifa cuando los plazos procesales apremian.

Los plazos procesales, en el Derecho en general, influyen en gran medida en la sustanciación de los procesos; de hecho, dentro de nuestro

sistema dispositivo (Derecho Procesal Civil y Comercial), las partes tienen la carga de impulsar el proceso a fin de que éste termine con la sentencia definitiva; si no lo hacen dentro de los plazos fijados por la ley, puede declararse la caducidad de instancia, cuyo efecto es poner fin al proceso⁵⁴; por ejemplo el art. 316 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, estipula que: “La caducidad será declarada de oficio, sin otro trámite que la comprobación del vencimiento de los plazos señalados en el art. 310, pero antes de que cualquiera de las partes impulsare el procedimiento”. Ello significa que un descuido de la parte y de su letrado patrocinante o, por ejemplo, un viaje del cliente (que implique la ausencia de la persona que deba firmar el escrito), puede ocasionar la caducidad de una instancia, el decaimiento de un derecho o incluso, la derrota en un litigio. Este tipo de situación ha ocasionado más de un dolor de cabeza a los abogados de la profesión por denuncias penales por mala praxis y demandas civiles por daños y perjuicios⁵⁵.

De cualquier forma, el sentido común indica que los plazos procesales y los requisitos esenciales de los escritos judiciales deberían cumplirse en igual medida –para ambos litigantes– ya que una justicia implacable y el principio de la igualdad de las partes requiere que los mismos se cumplan *ipso facto*.

Enrique Falcon sostiene que: “...cuando hay un acto en el proceso al cual le falta un elemento esencial, como la firma de la parte (ya sea porque se omitió, ya sea porque la misma ha sido falsificada, sin perjuicio de las sanciones que correspondan en este último caso), el defecto puede ser saneado por la parte interesada antes del vencimiento del término a que el acto estaba sometido”.⁵⁶

Una sentencia que resulta claramente ejemplificativa de la situación planteada *ut supra* y del perjuicio potencial (en este caso procesal) que puede producir la falsificación de una firma –aunque sea con el consentimiento del titular– para la contraparte, fue la dictada por la

⁵⁴ ARAZI, Roland, *Derecho Procesal Civil y Comercial, Partes General y Especial*, 2ª edición actualizada y ampliada, p. 483

⁵⁵ Ver fallo de la Cámara de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral y Minería de Caledonia Olivia, provincia de Santa Cruz, (Héctor Raúl Buzzalino-Alberto Argentino Manzanares-Humberto Eduardo Monelos), en los autos caratulados: “Navarro Héctor Javier c/ Cano Miguel s/ Ordinario”, rta. en fecha 5/12/03, publicado en el dominio de Internet www.sajj.jus.gov.ar, bajo el sumario 10004538.

⁵⁶ FALCON, Enrique M., *Escrito con firma aazpócrifa*, L.L. t. 1991-C-436.

Sala IV de la Cámara Criminal y Correccional de Capital Federal, en cuanto dispuso que:

“Denunciándose la falsificación de la firma de la actora en numerosos escritos del juicio adjunto, promovido por acción privada, instándose el procedimiento con los mismos, corresponde llevar adelante la investigación toda vez que, el derecho a la propia firma no es cedible y no bastaría el consentimiento del titular para desincriminar al falsario sino concurre el asentimiento de todos los titulares de algún derecho afectado por la falsedad... En autos, si bien la actora expresó su consentimiento pudo surgir un perjuicio procesal, para la contraparte, con el uso de firma falsa, instando una acción que hubiera caído de no presentarse esos escritos”.⁵⁷

Evidentemente, acá se interpreta correctamente al beneficio de una parte como el perjuicio de la otra ya que impedir ilícitamente que otro se beneficie siempre importa perjudicar⁵⁸.

Resulta también interesante el ejemplo aportado por Guillermo A. C. Ledesma –autor encargado de actualizar la obra de Fontán Balestra– quien, al momento de resolver un fallo de un Juzgado de Instrucción de Capital Federal, hizo hincapié en la potencialidad perjudicial de una conducta, no sólo respecto de la víctima de la falsificación sino también respecto de cualquier otra persona. Para mayor ilustración, a continuación se transcribe las explicaciones brindadas por el citado autor:

“En un sumario que tramitó ante el juzgado de instrucción del que era titular, sostuvo la potencialidad perjudicial y consiguientemente la delictuosidad de la acción de una abogada que, debido a la intimación del juzgado civil para que acreditara la representación, ante un escrito presentado con su sola firma, acompañó otro, ratificatorio del anterior, en el que estampó la firma perteneciente a la parte que patrocinaba, evitando así que se hiciera efectivo el apercibimiento que contenía la intimación del tribunal de tenerla por no presentada.”

⁵⁷ Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de Capital Federal, Sala IV, Causa 13.065, caratulada: “Himidian Sarquis”, rta. en fecha 25/6/71, ED, t. 42, p. 399.

⁵⁸ CREUS, *Falsificación de...*, p. 90. Aquí Creus pone el ejemplo del abogado sin mandato que falsifica la firma de un cliente para interponer una demanda que interrumpe la prescripción de una acción (aquí obviamente no perjudica al actor –cliente– sino que termina perjudicando a la parte contraria que podría alegar la prescripción).

“Pese a la autorización que dijo haber dado el titular de la firma y su manifestación de que lejos de causarle perjuicio, la confección de aquélla por su patrocinante lo benefició, se dictó auto de prisión preventiva (en el Código Procesal actual se trataría de auto de procesamiento) respecto de la acusada, el que quedó firme. Allí se sostuvo que la falsificación objeto del proceso tenía potencialidad perjudicial no solamente porque el perjuicio puede ser de cualquier índole, sino también porque no debía necesariamente seguirse para el que, aparentemente, era la víctima de la falsificación sino que podía resultar para cualquiera. Con cita del ejemplo de Carrara (Programa, § 323), según el cual un usurero, al efectuar préstamos a los hijos de familia, les exigía que en la letra que emitían firmaran como su padre, hermano o tío, con lo que al vencimiento se la presentaba a éstos fingiendo haber sido engañado, obteniendo el pago bajo amenaza de querrela penal y que, al ser llevado a los tribunales, enjuiciado por instigación a la falsedad, fue condenado no obstante la alegación de su defensa de que aquélla se volvía en su perjuicio al entregar dinero, por haber entendido el tribunal que el daño estaba representado no por el dinero, que a sabiendas entregaba el usurero, sino por la obligación que se le quería imponer a la familia del autor material de la falsificación al obligarla a efectuar pagos, se sostuvo que en el proceso la posibilidad de perjuicio no se produjo para el titular de la firma sino que tuvo lugar para la contraparte, que ante la ausencia de su oponente pudo haber conseguido que éste perdiera un derecho dentro de las etapas del pleito que mantenían. Se añadió que la firma es un atributo de la personalidad que no podía ser válidamente cedido y que para suplir a una persona en los actos jurídicos que requieren firma, la ley ha instrumentado el mandato. Se consideró que la actuación de la procesada fue doloso porque conoció que efectuaba la firma ajena y quiso realizarla, exigencias subjetivas que se hacen extensivas a la posibilidad del perjuicio. Esto último, porque la inculpada era abogada y por lo tanto no cabía duda de que se representó, cuando menos, que su actuar redundaba en perjuicio de la parte contraria en el juicio y no obstante actuó.”

“El juez de Sentencia, doctor De la Fuente, condenó a la abogada a seis meses de prisión en suspenso y la Sala II de la Cámara del Crimen de la Capital revocó la decisión, considerando que si bien la firma era objetiva y materialmente falsa, resultaba jurídicamente verdadera por la autorización expresa del interesado, toda vez que quien la estampó y usó el documento no había querido crear ni prevalerse de una falsedad ‘porque para él y para el autorizante, la firma es como si hubiese sido estampada por su titular con todas las consecuencias y efectos que de la misma pueden derivar’ (Juzgado

de Instrucción n° 11, Secretaría n° 133, Sumario 19.741; C.C.C., Sala II, Causa 21.888, “Barrera, F.”, 11/VI/1978)⁵⁹

La postura de la Cámara del Crimen de la Capital Federal, no se encuentra debidamente fundada; ello en virtud de que no se explica el motivo por el cual se considera que la firma falsificada fuera como si hubiese sido estampada por el titular. Si bien éste puede manifestar que asume las consecuencias y efectos que de la misma puedan derivar, ello no implica que la contraparte no haya podido verse perjudicada por el decaimiento de un derecho u otra circunstancia propia del proceso.

Por último, un pronunciamiento de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de Capital Federal, destaca la posibilidad de perjuicio hacia terceros. El extracto del fallo, que se cita a continuación, considera que aún en el caso de que el titular de la firma hubiera autorizado al falsificador a realizarla, no se descartaría la posibilidad de perjuicio.

“Además debe tenerse en cuenta que tal como lo pusiera de manifiesto esta Sala (ver Resolución de Fs. 74), de las actuaciones resulta claro que, aún cuando se hubiera probado que Ameijeira autorizó a Sliwkwicz a que le falsificara la firma – lo que no ocurrió – ello no descartaría la posibilidad de perjuicio aunque sea para terceros. Por tanto, estoy convencido también de que son inobjetables las consideraciones que formuló la juez de primera instancia, en el capítulo segundo de su muy bien elaborado y justo fallo, sobre la base de que el perjuicio que exige la figura delictiva de que se trata puede ser solamente potencial, no obstante haber llegado a la conclusión de que en el caso ese perjuicio se concretó de alguna forma”.⁶⁰

IX. PERJUICIO: SEMEJANZAS CON LA FALSIFICACIÓN DE FIRMAS EN LOS LIBRAMIENTOS DE CHEQUES

Ahora bien, si bien las falsificaciones de firmas en los libramientos de cheques no resultan iguales a las falsificaciones de firmas en los escritos judiciales, sí podrían establecerse ciertas semejanzas interpretando el fallo

⁵⁹ FONTAN BALESTRA, *op. cit.*, p. 385.

⁶⁰ Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de Capital Federal, Sala III, rta. en fecha 6/3/81, en los autos caratulados: “Sliwkwicz, Mario”, Boletín de Jurisprudencia, Año 1981-4, p. 71.

de la Sala III de la Cámara Nacional en lo Penal Económico de Capital Federal, en cuanto subrayó:

“Aún cuando la firma libradora de un cheque haya sido falsificada con el consentimiento del titular de la cuenta corriente respectiva y pueda descartarse la existencia del perjuicio para el mismo, la posibilidad de perjuicio *erga omnes* derivado de su eventual rechazo por ‘diferencia de firma’ basta para que se configure el delito de falsificación”.⁶¹

El fallo comentado tiene, principalmente, dos particularidades: la primera es que el consentimiento es otorgado con anterioridad a la falsificación de la firma, y la segunda resulta que si bien puede descartarse la existencia del perjuicio para el titular de la cuenta corriente, no sucede lo mismo con el resto de las personas, que estarían expuestas a un eventual rechazo –por diferencia de firma– por parte del titular de la cuenta bancaria. En este ejemplo, el perjuicio no es ocasionado por el transcurso del tiempo e incluso aquí el consentimiento del titular –aunque sea anterior– no eximiría de las consecuencias negativas que genera la situación, teniendo por configurado al delito de falsificación.

X. INFLUENCIA DEL CONSENTIMIENTO PRESTADO POR EL TITULAR DE LA FIRMA FALSIFICADA

Por otra parte, cabe mencionar, una vez más, que otro tema que complica aún más el planteo efectuado en la hipótesis del presente trabajo es que el titular de la firma –que no suscribió el escrito con la firma de su puño y letra, sino que ésta fue imitada por un tercero–, ratifica la firma y asume las consecuencias jurídicas de dicho escrito, con posterioridad a la presentación del mismo en el expediente. Ello implica que lo que hay que establecer es si resulta suficiente ese reconocimiento posterior de la firma para concluir que no se ha ocasionado perjuicio, o que no se ha dado la posibilidad del mismo (ello debido a que de acuerdo a lo explicado oportunamente alcanza con que el perjuicio se dé sólo como posibilidad); y en caso de que no alcance, habrá que verificar si con una autorización previa uno podría, en este caso sí, afirmar que no se ocasionó ningún perjuicio.

⁶¹ CREUS, *Falsificación de...*, p. 76

Con respecto al tema del consentimiento prestado por el verdadero titular de la firma y la lesión de los bienes jurídicos de las terceras personas, repárese en lo sostenido por Claus Roxin:

“Está excluido de antemano un consentimiento en bienes jurídicos cuya lesión se dirige contra la comunidad. Incluso cuando es una persona individual la que resulta inmediatamente afectada por el hecho, ella no puede consentir en la lesión, porque el bien jurídico no está a su disposición. Así, el perjuicio concertado entre dos litigantes es punible, por tanto, a pesar del consentimiento de la otra parte porque, de una u otra forma, resulta perjudicada la administración de justicia como bien jurídico protegido en los delitos de falso testimonio. Tampoco en una falsificación de documentos puede consentir el “perjudicado”, pues el bien jurídico protegido es la pureza del tráfico probatorio y no el interés individual del afectado”.

“El principio, en sí mismo evidente, de que el particular no puede consentir válidamente en la lesión de bienes jurídicos de la colectividad origina dificultades en su aplicación cuando el bien jurídico protegido es discutible o cuando un tipo protege tanto bienes jurídicos de la colectividad como del particular. Como estos problemas no afectan en primer término a la teoría del consentimiento, sino al bien jurídico de los tipos en particular y con ello a la Parte Especial, no pueden tratarse aquí en detalle, sino exponiéndolos únicamente de forma ejemplificativa⁶²”.

Por eso, de acuerdo al razonamiento confeccionado hasta este momento, y toda vez que el tipo estudiado protege tanto bienes jurídicos de la colectividad como del particular, cabe realizar la aclaración que efectúa Claus Roxin en su libro.

Téngase en cuenta además que, en caso de aceptar –aunque sea hipotéticamente– que fuese posible consentir la lesión del bien jurídico en este tipo de delitos, el consentimiento debería provenir no sólo del titular de la firma, sino de todas las personas que pudieran haberse visto afectadas por la falsificación⁶³, que en definitiva son los perjudicados.

⁶² ROXIN, Claus, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, p. 526/527.

⁶³ Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de Capital Federal, Sala IV, Causa 13.065, caratulada: “Himidian Sarquis”, rta. en fecha 25/6/71, ED, t. 42, p. 399.

XI. JURISPRUDENCIA QUE SOSTIENE QUE NO SE CONFIGURA EL DELITO DE FALSIFICACIÓN O USO POR NO PRODUCIR PERJUICIO LA CONDUCTA REALIZADA

Tal como se ha visto, la principal justificación para sostener que no existe perjuicio ni, por lo tanto, delito, radica en el hecho de que la persona cuya firma se dice falsificada, desmiente ese extremo y aún manifiesta que asume la responsabilidad por los efectos que puedan producir los escritos cuestionados en los juicios en los que se presentaron.

Pocos argumentos tiene el fallo que se transcribe a continuación, pero en lo sustancial afirma que: “cuando aquel cuya firma se dice falsificada desmiente ese extremo y aún manifiesta que asume la responsabilidad de los efectos que puedan producir los escritos cuestionados en los juicios en que se presentaron, parece claro que si medió falsedad, ella no puede producir perjuicio”.⁶⁴

Otro fallo más reciente sostiene que: “La posible falsificación en que podrían haber incurrido las letradas, respecto de las firmas de los denunciantes en los escritos a los que éstos hicieran referencia, no les ha causado perjuicio alguno, puesto que impulsaron los procedimientos a favor de ellos, por lo que corresponde sobreseer a su respecto”.⁶⁵

De acuerdo con lo sostenido en el trabajo, cabe señalar que resulta incoherente que la persona que debió haber firmado el escrito pueda evaluar –antes de asumir la responsabilidad por los efectos del escrito– las consecuencias que éste trajo, y recién ahí asumir esa responsabilidad, en vez de firmar con anterioridad y hacerse responsable *ex ante* de presentar el escrito.

En segundo término, nada se dice respecto a la posibilidad de perjuicio que pudo producir ese escrito a terceros. En este sentido, puede ser que en ese caso en concreto no se haya dado esa posibilidad, pero eso no significa que nunca se dé.

⁶⁴ Véase: CNCrim. y Correcc., Sala V, rta. en fecha 2/8/77, en los autos caratulados: “Zampedri, C.”, L.L., T. 1978-B-90/91.

⁶⁵ Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de Capital Federal, Sala I, rta. en fecha 12/2/98, en los autos caratulados: “Macias de Puente, Edith s/escritos judiciales”, publicado en el dominio de Internet www.saij.jus.gov.ar, bajo el nro. de sumario G0011741.

XII. CONCLUSIONES

La hipótesis planteada en el presente estudio, además de ser muy específica, contiene infinidad de ejemplos que generan, justamente, la dificultad en determinar la existencia o no del perjuicio. Puede ser que en varias situaciones éste no se dé, pero hay que considerar que no es imposible que ocurra.

De conformidad con lo expuesto hasta el momento, los delitos contra la fe pública son delitos pluriofensivos, en el sentido de que siempre se dan dos ofensas: una que es común a este tipo de delitos y otra que varía según los delitos que se cometen.

Partiendo de la base de que el bien jurídico tutelado es pluriofensivo —en virtud de que protege a la fe pública y también protege a otros bienes de distinta naturaleza (que como ya se señaló no son sólo patrimoniales o económicos ya que pueden ser morales, sociales, políticos, etc.)— y que la fe pública responde a esa confianza general que emana de los signos e instrumentos convencionales impuestos por el Estado con carácter obligatorio (como primera función) y de los actos jurídicos que respetan ciertas formas materiales, destinadas a los objetivos legalmente previstos (como segunda función, donde estarían incluidos los documentos privados), consagrados en ambos casos a relacionarse jurídicamente con terceros indeterminados, los que, de este modo, se desinteresan de la relación original entre partes, para fincar su confianza en las formas y destinos de los signos e instrumentos; mayor importancia hay que otorgarle a las solemnidades que exige el ordenamiento jurídico.

Resulta una obviedad afirmar que, en caso de que se adopte la postura de que los instrumentos privados agregados al expediente son públicos (posición que no fue sostenida en este trabajo), con mayor razón se podría considerar que la falsificación de las firmas en los escritos judiciales resulta un delito.

Otro tema que resulta muy interesante, dentro de la legislación comparada, es el art. 245 del Código Penal del Distrito Federal de Méjico que regula los requisitos para que la falsificación sea sancionable y establece que: “Para que el delito de falsificación de documentos sea sancionable como tal, se necesita que concurren los requisitos siguientes: I.- Que el falsario se proponga sacar algún provecho para sí o para otro, o causar perjuicio a la sociedad, al Estado o a un tercero; II.- Que resulte o pueda resultar perjuicio a la sociedad, al Estado o a un particular, ya sea en los bienes de éste o

ya en su persona, en su honra o en su reputación, y III.- Que el falsario haga la falsificación sin consentimiento de la persona a quien resulte o pueda resultar perjuicio o sin el de aquella en cuyo nombre se hizo el documento.”

Si uno se detiene en el análisis de este artículo, se puede observar que, en el inciso I, se hace hincapié en el provecho que se proponga sacar el falsario para sí, para otro o el perjuicio que pueda ocasionar a la sociedad, al Estado o a un tercero. Evidentemente, este inciso contiene mucha más información de la que se pueda extraer en estas conclusiones pero resulta destacable que se menciona específicamente a los terceros como sujetos pasivos del delito. De conformidad con lo oportunamente señalado, en la interpretación de este artículo luce como más aplicable la teoría de que impedir ilícitamente que otro se beneficie siempre importa perjudicar. Por otra parte, en el inciso III del mismo artículo, también se advierte una distinción que no debe pasarse por alto, el artículo citado impone –para que se configure el delito– que el falsario haga la falsificación sin el consentimiento de la persona a quien resulte o pueda resultar perjuicio o sin el consentimiento de aquella en cuyo nombre se hizo el documento. Repárese que no menciona únicamente el supuesto consentimiento de la persona en cuyo nombre se hizo el documento, (como se pudo advertir como único requisito para algunos de los autores de la doctrina nacional), sino que exige también el consentimiento de la persona a quien resulte o pueda resultar perjuicio, que en este caso podrían ser terceros. Evidentemente esta distinción resalta con mayor énfasis las diferencias entre los distintos posibles sujetos pasivos del perjuicio.

Por último, el ordenamiento jurídico está para cumplirse, las firmas, tal como se señaló oportunamente, se utilizan como medio para acreditar la autoría de la expresión o manifestación de una persona. Ese es su objetivo, y se debe cumplir de esa forma, se desvirtuaría un poco esa institución si se autoriza a una persona a firmar por otro.

Permitir que un sujeto firme un escrito en lugar del titular de la manifestación y, asimismo, autorizar que con posterioridad quien debiera haber firmado, reconozca esa firma y asuma sus consecuencias, podría ocasionar que, en un futuro, por ejemplo, se autorice a una persona cualquiera a firmar un balance y después, permitir que el contador ratifique esa firma y asuma las consecuencias del mismo, con posterioridad a la presentación del balance. Ello acarrearía otorgarle la ventaja al contador de analizar *ex post*, si esa firma no le ocasionó ningún perjuicio, como podría ser la quita de la matrícula en caso de que dicho balance tuviese falsedades.

Sin perjuicio de todo lo expuesto, más allá de todo el análisis que se pueda hacer acerca del Derecho Penal, que sanciona conductas que el legislador dice que son penalmente relevantes, no parece ni lógica ni justa la maniobra de falsificar una firma. De por sí, la palabra falsificar tiene una connotación negativa que hace difícil pensar en una actitud que tenga resultados positivos.

De acuerdo con la postura sostenida en el presente trabajo, el derecho a la propia firma, si bien no resulta cedible, podría ser manifestado a través de la firma a ruego, debido a que este acto se realiza con anterioridad a la firma propiamente dicha y no significa una ratificación posterior de una acción ya efectuada por otra persona.

BIBLIOGRAFÍA

- ARAZI, Roland, *Derecho Procesal Civil y Comercial, Partes General y Especial, 2ª edición actualizada y ampliada*, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma S.R.L., Buenos Aires, Capital Federal, segunda quincena de septiembre de 1995.
- BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal, Parte general, 2ª edición totalmente renovada y ampliada*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Capital Federal, agosto de 1999.
- *El delito de falsedad documental*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Capital Federal, junio de 2002.
- BAIGÚN, David y TOZZINI, Carlos A., *La falsedad documental en la Jurisprudencia, Elementos comunes a todos los tipos, 2ª Edición*, Editorial Depalma, Buenos Aires, Capital Federal, octubre de 1992.
- BREBBIA, Roberto H., *Hechos y Actos Jurídicos, Comentario de los artículos 944 a 1065 del Código Civil, Doctrina y Jurisprudencia, Tomo 2*, Editorial Astrea, Buenos Aires, Diciembre de 1995.
- BREGLIA ARIAS, Omar y GAUNA, Omar R., *Código Penal y leyes complementarias, Comentado, Anotado y Concordado, 5ta. Edición actualizada y ampliada*, Editorial Astrea, Buenos Aires, febrero de 1999
- CARMIGNANI, Giovanni, *Elementi di diritto criminale, Seconda Edizione*, Milano Carlo Brigola, Editore, Librajo e commissionario, 1882.
- CARRARA, Francesco, *Programa del Curso de Derecho Criminal dictado en la Real Universidad de Pisa, Parte Especial o sea exposición de los delitos en particular con adición de notas para uso de la práctica forense, Volumen IV y VII*, Editorial Depalma, Buenos Aires, julio de 1948.

- CREUS, Carlos, *Falsificación de documentos en general*, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma S.R.L., 2ª edición actualizada, Buenos Aires, Capital Federal, mayo de 1993.
- CURA, José María, Nota a Fallo: *Escrito con firma apócrifa o el misterioso caso del escrito que nunca existió*, L.L. 1999-B-82/87
- DAYENOFF, David E., *Código Penal de la Nación Argentina Anotado con Jurisprudencia*, Editorial Ediciones de Palma, Buenos Aires, Agosto de 2000.
- DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal, Parte Especial, T. IV*, Editorial Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, Julio de 2004.
- ESTRELLA, Oscar Alberto y LEMOS, Roberto Godoy, *Código Penal, Parte Especial, De los delitos en particular, Análisis doctrinario, Jurisprudencia seleccionada, Tomo 3, Artículos 186/306*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Septiembre de 2000.
- FALCÓN, Enrique M., *Escrito con firma apócrifa*, L.L. t. 1991-C-436.
- FONTAN BALESTRA, Carlos, *Tratado de derecho penal, parte especial, T. VII*, Editorial LexisNexis – Abeledo Perrot, Tercera edición actualizada por Guillermo A. C. Ledesma, Buenos Aires, mayo del 2004.
- KENT, Jorge, *La falsedad documental (Reflexiones sobre sus alcances)*, L.L. 1989-4-472
- *La falsedad documental. Un tema de inacabable actualidad*, L.L. 1988-E-109
- MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos, Edición Actualizada*, Editorial Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, febrero de 1997.
- NUÑEZ, Ricardo C., *Tratado de Derecho Penal, Tomo V, Volumen II, Parte Especial*, Editora Córdoba, Córdoba, junio de 1992
- RAMOS, Juan P., *Curso de Derecho Penal dictado en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires por el Profesor Titular de la materia Dr. Juan P. Ramos, compilado por Isauro P. Argüello y Pedro Frutos, Tomo VI*, Editorial Biblioteca Jurídico Argentina, Buenos Aires, marzo de 1944.
- ROXIN, Claus, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remensal*, Editorial Civitas S.A., España, Madrid, marzo de 1997.
- SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino, Tomo 5*, actualizador Manuel A. Bayala Basombrio, Editorial Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, Capital Federal, enero de 1996.

JURISPRUDENCIA

- Corte Suprema de Justicia de la Nación, junio 6-1985, en autos caratulados: “Wehmann, Enrique G. c. Provincia de Buenos Aires y otros”, L.L. t. 1985-D-283.
- Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, autos caratulados: “Sanabria, Juana c/ Fernández Gallardo, María del Carmen y otros s/ Daños y perjuicios”, sentencia del 5/11/03, publicado en el dominio de Internet www.saij.jus.gov.ar, bajo el sumario B0026984.
- Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II, 10-5-99, “N., M. y otros”, L.L. 2000-B-174.
- Cámara Federal de la Seguridad Social de la Capital Federal, Sala 2, (Etala - Herrero), en los autos caratulados: “Ayala, Juan Ramón c/Caja Nacional de Previsión de la Industria, Comercio y Actividades Civiles s/ Procedimiento Administrativo y Judicial”, rta. en fecha 27/2/98, publicado en el dominio de Internet www.saij.jus.gov.ar, bajo el sumario 80003333.
- Cámara Nacional Criminal y Correccional de Capital Federal, rta. en fecha 28/11/1930, *Fallos*, t. I, p. 425.
- Cámara Nacional Criminal y Correccional de Capital Federal, Sala III, rta. en fecha 7/8/1964, *El Derecho*, t. 42, nota al fallo 20.074, sumario 37.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala IV, rta. en fecha 13/4/1982, en los autos caratulados: “Herrera, L.A. s/falsificación de documento”, Boletín de la Cámara Nacional Civil y Comercial, 1982-2-50.
- Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de Capital Federal, Sala V, rta. en fecha 2/8/77, en los autos caratulados: “Zampedri, C.”, L.L., T. 1978-B-90/91.
- Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de Capital Federal, Sala IV, causa nro. 13.065, caratulada: *Himidian Sarquis*, rta. en fecha 25/6/71, fallo no publicado, extracto extraído de la sala de la jurisprudencia de la Cámara Criminal y Correccional de la Capital Federal.
- Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de Capital Federal, Sala V, rta. en fecha 20/10/65, ED 15-230.
- Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de Capital Federal, Sala IV, rta. en fecha 20/2/96, en los autos caratulados: “S., J.L.”, L.L. 1997-C-415
- Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de Capital Federal, Sala VI, rta. en fecha 4/8/72, JA, 16-1972-516.

- Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de Capital Federal, Sala III, rta. en fecha 6/3/81, en los autos caratulados: “Sliwkwicz, Mario”, Boletín de Jurisprudencia, Año 1981-4, p. 71.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de Capital Federal, Sala V, rta. en fecha 29/8/86, JA, 1987-III-113.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Capital Federal, Sala J (Lerida – Zaccheo – Wilde), Rabenbach, Natalio y Otro c/ Kogan, Mauricio Jorge s/ Régimen de visitas, sentencia del 20/2/1990, publicado en el dominio de Internet www.saij.jus.gov.ar, bajo el sumario C0020679.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Capital Federal, Sala C, agosto 4-1998, autos caratulados: “Mulhall, David E. c. Torre, Javier y Mulhall, David E. c. Torre, Pablo”, L.L. 1999-B-82/87
- Cámara de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral y Minería de Caleta Olivia, provincia de Santa Cruz, (Héctor Raúl Buzzalino-Alberto Argentino Manzanares-Humberto Eduardo Monelos), en los autos caratulados: “Navarro Héctor Javier c/ Cano Miguel s/ Ordinario”, rta. en fecha 5/12/03, publicado en el dominio de Internet www.saij.jus.gov.ar, bajo el sumario 10004538.
- Cámara Civil, Comercial y Garantías en lo Penal de Zárate, provincia de Buenos Aires, en los autos caratulados: “Ferraro de Pons, Palmira L. s/Cestrilli, Aniceto B.y otros”, rta. en fecha 22/12/1998, L.L.B.A. 1999-1089.

LAS DOS “TESIS BAJO TENSION” EN LA CONSTITUCIÓN FRANCESA DE 1958 Y SU RESOLUCIÓN EN 1962 A TRAVÉS DE LA PRÁCTICA INSTITUCIONAL DE CHARLES DE GAULLE

AGUSTÍN CARDENES*

Resumen: El confuso debacle de la Cuarta República genera una particular situación en la cual se produce la reaparición de Charles de Gaulle en la escena política francesa. Esa reaparición debía implicar un cambio de régimen. La Constitución de la Quinta República francesa nace así en medio de una profunda crisis política e institucional producto de la Guerra de Argelia. En función de la influencia contrapuesta de dos personajes cercanos al General, Michel Debré y René Capitant, la nueva Norma Suprema lleva en su interior una tensión, que deberá resolverse a través de la praxis política de los diferentes actores, fundamentalmente, el Presidente de la República. La descripción de dicha tensión interna y su resolución práctica es pues el objeto del presente trabajo.

Abstract: The confusing collapse of the Fourth Republic led to the reappearance of Charles de Gaulle in the French political scene. The Constitution of the Fifth Republic was therefore originated and immersed in a deep political and institutional crisis resulting from the Algerian War. As a consequence of the opposing influence of two leading characters closely related to General De Gaulle, i.e. Michel Debré and René Capitant, the then new Constitution implied political tensions which had to be solved by political actors, especially by the President of the French Republic. Thus, it is the object of study of the present work to analyse and to study how said political tension was pragmatically overcome.

* Abogado (UBA); Magister en Derecho Público (Universidad de Poitiers), investigador adscripto al Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja, becario doctoral CONICET.

Palabras clave: Constitución- Sistema político- Régimen político- Quinta República- Praxis institucional- Parlamentarismo- Presidencialismo.

Keywords: Constitution – political system – political regime – Fifth Republic – institutional pragmatism – parliamentarianism – presidentialism

El proceso político abierto a partir de la profundización del conflicto de Argelia hacia fines de la década de 1950 estaba llamado a poner fin a la desafortunada experiencia que significó el régimen político de la Cuarta República francesa. Asimismo, ejercerá un rol determinante en la transformación institucional del régimen político de la por entonces reciente Quinta República, bajo la presidencia del General De Gaulle.

En efecto, la crisis argelina es causa inmediata del asalto al Palacio de Gobierno de la ciudad de Argel el 13 de mayo de 1958, así como del establecimiento de un Comité de Salud Pública, presidido por el General Massu. La existencia misma del Comité implica no sólo un claro desafío a las autoridades civiles por parte del Ejército sino que insinúa la posibilidad cierta de un “desembarco” de un regimiento de fuerzas especiales en París.

Así planteada, la crisis parece entonces encaminarse hacia una resolución dramática, con soldados patrullando las calles parisinas como sucedió apenas dieciocho años antes durante los días de la ominosa ocupación alemana. Sin embargo, el 14 de mayo de 1958, el líder rebelde hace un llamado público al General de Gaulle, hecho que (más allá de los posibles acuerdos previos o contactos entre gaullistas y militares) lo posiciona como el hombre de la síntesis, tras el prolongado ostracismo desde el fracaso del *Rassemblement du Peuple Français*¹ y el anuncio por el propio de Gaulle sobre su disolución en conferencia de prensa el 30 de junio de 1955.

En ese caótico y violento contexto, dinamizado aún más por el “¡Viva de Gaulle!” lanzado el 15 de mayo en el Foro de Argel por el General Salan (que no era simpatizante gaullista, hecho que muestra lo imprescindible de la resurrección política del hombre del 18 de junio para lograr una efectiva superación de la situación crítica), el general De Gaulle anuncia en conferencia de prensa que se encuentra listo para “asumir los

¹ Partido político fundado por el General y algunos de sus principales colaboradores durante la Cuarta República.

poderes de la República”. El 24 de mayo, es decir diez días después, la situación se vuelve insostenible con la constitución de un segundo Comité en Córcega. Finalmente, “el 27 de mayo hacia el mediodía el presidente [del Consejo de la Cuarta República, Pierre] Pflimlin toma conocimiento del desconcertante comunicado que será publicado a las 13.00, que el general De Gaulle tranquilamente informa y tranquilamente ordena: *He comenzado ayer el proceso regular necesario al establecimiento de un gobierno republicano capaz de asegurar la unidad y la independencia del país. Cuento que dicho proceso proseguirá... En esas condiciones, toda acción de cualquier bando que venga y que comprometa el orden público tendrá graves consecuencias y no tendrá mi aprobación... Espero que las fuerzas terrestres, navales y aéreas presentes en Argelia se mantengan ejemplares bajo las órdenes de sus jefes... A dichos jefes manifiesto mi confianza y mi intención de ponerme en contacto con ellos.*”² Evidentemente, las cartas ya estaban echadas y sólo faltaba la decisión final del presidente Coty, quien en virtud del art. 45 de la Constitución de 1946 debía designar al Jefe de Gobierno.

Resulta evidente que el “recurso de Gaulle” implica la condena final a la Cuarta República³ y un salto al vacío institucional, dado que una coyuntura dominada por el General y sus partidarios demandará un máximo esfuerzo de los partidos tradicionales y del *establishment* político dominante para contener el ímpetu reformista de los recién llegados. El 29 de mayo de 1958, el presidente Coty toma la decisión y convoca a Charles de Gaulle al efecto de designarlo como el último (eso era ya una certeza, quizá la única) presidente del Consejo de la Cuarta República. El 1 de junio, el flamante Jefe de Gobierno, lee una declaración frente a los diputados (contrariamente a su voluntad inicial de ni siquiera presentarse en el hemiciclo) y sin embargo, se retira antes de la necesaria votación de investidura, probablemente, con el fin de dejar en claro que obtiene la investidura gracias a la situación y su legitimidad personal y no de los partidos clásicos representados en los diputados de la Asamblea. Asimismo, obtiene los deseados poderes plenos por un lapso de seis meses y la derogación transitoria del

² CHEVALLIER (Jean-Jacques), CARCASSONNE (Guy) et DUHAMEL (Olivier), *Histoire de la Ve République, 1958-2007*, Dalloz, París 2007 p. 4 (TDA)

³ El general De Gaulle ya había sido absolutamente claro en su rechazo a todo régimen de asamblea así como en su concepción del rol presidencial, en los discursos de Bayeux el 16 de junio de 1946 y Épinal el 29 de septiembre de 1946.

artículo 90 de la Constitución relativo, justamente, al procedimiento de reforma de la Norma Suprema⁴, que toma cuerpo en la famosa ley del 3 de junio de 1958.

Como se ha señalado anteriormente, los partidos políticos dominantes en la Cuarta República y sus principales dirigentes debían protegerse de algún modo del ímpetu arrollador de los gaullistas y limitar, dentro de lo posible, las potestades constitucionales del Gobierno, teniendo en cuenta el real peligro de guerra civil e invasión de la capital por las divisiones de paracaidistas instaladas en Argelia. Así, en la ley del 3 de junio de 1958 establecieron sucintamente cinco barreras: 1) Solo el sufragio universal es la fuente del poder. Es del sufragio universal o de las instancias por él elegidas que derivan el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo. 2) El Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo deben estar efectivamente separados de manera que el Gobierno y el Parlamento asuman cada uno, y bajo su responsabilidad, la plenitud de sus atribuciones. 3) El Gobierno debe ser responsable frente al Parlamento. 4) La autoridad Judicial debe permanecer independiente para así asegurar las libertades esenciales, tal como son definidas en el preámbulo de la Constitución de 1946 y por la Declaración de Derechos del Hombre a los que se refiere. Por último, la Constitución debe permitir la organización de las relaciones de la República con los pueblos asociados. Asimismo, dicha norma establece que el proyecto gubernamental debe ser sometido a un Consejo Consultivo Constitucional integrado fundamentalmente por miembros del Parlamento así como al Consejo de Estado, para luego ser aprobado o desechado por los ciudadanos a través de un referéndum.

Más allá de las diferentes instancias que como resguardo habían impuesto los negociadores de la clase política de la Cuarta República, el texto final se vio influido por dos personajes muy cercanos al general De Gaulle, que en cierto modo ostentaban visiones contradictorias sobre el funcionamiento de las instituciones: Michel Debré y René Capitant. Esas visiones contrapuestas, junto con esa tensión, son clave en el período de instalación y consolidación definitiva del régimen, entre 1959 y 1962.

Por ello, en una primera parte corresponde desarrollar cada una de las posiciones (**I. Las dos "tesis bajo tensión" que subyacen tras la Constitución de 1958**) para luego explicar cómo una de ellas se impone sobre la

⁴ En dicha norma se confería excepcionalmente al Gobierno del general De Gaulle la facultad de revisar, con determinados límites, el texto de 1946.

otra constituyendo ello el nacimiento de la “verdadera” Quinta República (**II. La contradicción superada: ocaso de la posición Debré y consolidación de la posición Capitant a través de la práctica institucional del general De Gaulle**).

I. LAS DOS “TESIS BAJO TENSIÓN” QUE SUBYACEN TRAS LA CONSTITUCIÓN DE 1958

Con anterioridad a la manifestación, cautelosa y progresiva en un principio, explosiva y hasta violenta posteriormente, de la tensión institucional entre las tesis Debré y Capitant y su resolución de 1962, son identificables dos momentos. Por un lado, tras la crisis argelina y el retorno del general De Gaulle, la clase política dominante de la Cuarta República efectúa un claro salto al vacío institucional, que implica la preparación del escenario de la tensión, dada la ambivalencia constitucional del gaullismo (A. El salto al vacío institucional de 1958 y la ambivalencia ideológica gaullista). Por otro lado, el propio texto en su redacción recepta plenamente la tensión teórica imperante entre sus inspiradores, el cual deja abierto el camino para la futura preponderancia presidencial (B. La consagración constitucional de las tesis bajo tensión).

1. El salto al vacío institucional de 1958 y la ambivalencia ideológica gaullista

Como se ha dicho, dos juristas ejercieron una influencia determinante en el pensamiento constitucional de Charles de Gaulle. Ambas visiones, manifiestamente contrapuestas, van a ser receptadas por los gaullistas, hecho que se traduce, necesariamente, en una ambivalencia ideológica.

El primero de ellos, Michel Debré, alto funcionario y experto en Derecho Constitucional, es designado Ministro de Justicia del Gobierno de De Gaulle, que había llegado para enterrar el régimen de 1946. Miembro crítico del Consejo de la República (el equivalente al Senado) de la Cuarta República, éste es partidario de un parlamentarismo “saneado” apoyado en la figura de Presidente de la República electo por el colegio electoral más importante que el tradicionalmente previsto por las repúblicas anteriores⁵

⁵ Integrado exclusivamente por la Asamblea y el Senado.

y dotado del poder para disolver el Parlamento, verdadero monarca republicano encargado de simbolizar la continuidad del Estado a través de un largo mandato, quizá de doce años⁶. En cierto sentido, se observa en su concepción la influencia de la noción elaborada por Benjamín Constant de “poder moderador”, que debía ubicarse por encima de los tradicionales poderes ejecutivo, legislativo y judicial, arbitrando sus diferencias y obligándolos a tomar en cuenta los intereses esenciales de la nación⁷.

Sin embargo, asimismo considera importante el rol del Parlamento, fuertemente limitado en sus potestades legislativas, pero monopoliza lo esencial del diálogo político con el Gabinete, verdadero titular del poder gubernamental⁸.

El discurso de presentación del proyecto constitucional pronunciado por el Ministro de Justicia ante el Consejo de Estado también es una fuente importante para aprehender las principales ideas constitucionales parlamentarias de Michel Debré. Así señala que “*el Gobierno ha querido renovar el régimen parlamentario. Estaría incluso tentado a decir que él quiere [directamente] establecerlo, dado que por numerosas razones la República jamás consiguió instaurarlo.*”⁹ Por otro lado, desarrolla las condiciones necesarias al establecimiento del régimen parlamentario, fundamento de estas condiciones que son la colaboración esencial de los poderes, es decir “*un Jefe de Estado y un Parlamento separados, encuadrando a un Gobierno originado en el primero y controlado por el segundo, [otorgando] a cada uno de ellos atribuciones que confieran a cada uno una similar importancia en la marcha del Estado y asegurando los medios para resolver los conflictos (...).*”¹⁰

El segundo, René Capitant, profesor de Derecho Constitucional identificado con las ideas de Jean-Jacques Rousseau y heredero intelectual de Raymond Carré de Malberg, es un crítico de la noción de representación política. Así, en comentario del rol del art. 11 de la Constitución de 1958 (que prevé, como se verá, el referéndum legislativo) ha dicho que debería inventarse “*una expresión que aun no ha adquirido “droit de cité” en*

⁶ Conf. ZORGBIBE (Charles), *De Gaulle, Mitterrand et l'esprit de la Constitution*, coll. Pluriel, Hachette, París, 1993 p. 23.

⁷ Conf. CHANTEBOUT (Bernard), *Brève histoire politique et institutionnelle de la Ve République*, Armand Colin, París, 2004 p. 18.

⁸ *Ibidem* p. 26.

⁹ DEBRE (Michel), “La Nouvelle Constitution”, RFSP, París, 1959, p. 8 (TDA).

¹⁰ *Ibidem* p. 10.

nuestro derecho público, [dado que] se trata de un régimen popular. Así como existe un régimen parlamentario donde el Gobierno es responsable frente al Parlamento, podríamos decir que hay un régimen popular en el cual el presidente de la República es responsable ante del pueblo."¹¹

De Carré de Malberg, Capitant toma la crítica a la "ficción representativa" tradicional en el Derecho Público francés, según la cual la voluntad del Parlamento es equivalente a la voluntad general. Por ello, corresponde que, más allá que el Parlamento continúe asumiendo el poder legislativo, en todos los casos la última palabra deba ser pronunciada por el pueblo a través de sucesivos referendos. De ese modo, el Parlamento dejaría de monopolizar el poder de formular la voluntad general y quedaría nuevamente sometido a la Constitución, dado que podrían efectuarse consultas tanto legislativas como constitucionales. Finalmente, esa vía directa de comunicación del poder político institucionalizado con la ciudadanía permitiría superar la dominación ejercida por los partidos políticos sobre el pueblo, favoreciendo el reencuentro con su identidad¹².

Esta doble influencia contradictoria, probablemente presente en el propio pensamiento de De Gaulle en 1958, debía entonces plasmarse irremediablemente en el propio texto constitucional.

2. La consagración constitucional de las tesis bajo tensión

Esta visión ambivalente del rol del Parlamento y del Gobierno, en una y otra postura, se ve reflejada en cierta manera en el propio texto constitucional (para mí va en minúscula porque es la Constitución o el texto constitucional, pero no con mayúscula el adjetivo ciertamente), así como fundamentalmente en la jurisprudencia política¹³ del Poder Ejecutivo en el período inaugurado en 1959 con la presidencia gaullista. Allí se observa una evidente tensión entre ambas "cosmogonías" institucionales. Asimismo, la coincidencia de ambas respecto de un presidente fortalecido y con un rol más fundamental en el desarrollo de la vida del

¹¹ CAPITANT (René), *Démocratie et participation politique*, coll. Études, Bordas, París 1972 p. 162 (TDA).

¹² Conf. ZORGBIBE (Charles), *Op. Cit.* p. 21.

¹³ El término "jurisprudencia" referido al Poder Ejecutivo es utilizado aquí en el sentido de precedente político que evidentemente sirve de antecedente para justificar prácticas futuras desviadas de la norma constitucional.

Estado también se observa tanto en el texto, y fundamentalmente, en la exacerbada práctica política.

En lo referido al texto, ya el orden de prelación en el cual se desarrolla cada uno de los órganos del Estado, es un indicio de la nueva preponderancia Ejecutiva y un preanuncio de la futura preponderancia presidencial. Ello dado que el órgano presidente de la República es el primero que se regula (en la constitución anterior lo era el Parlamento), entre los artículos 5 y 19, seguido por el Gobierno, desde el art. 20 al 23.

La base sobre la que se construye la presidencia de De Gaulle consiste en cinco artículos: el 5, el 8, el 11, el 12 y el 19.

El primero de ellos, se limita a definir de modo sumamente ambiguo la función presidencial. El texto, en su redacción original, dice así: "El Presidente de la República velará por el respeto a la Constitución y asegurará, mediante su arbitraje, el funcionamiento regular de los poderes públicos, así como la permanencia del Estado. Es el garante de la independencia nacional, de la integridad territorial y del respeto de los tratados".

Se ha dicho en relación a dicha norma que "*el art. 5 se vuelve la referencia obligada para toda dificultad de interpretación del rol o de las atribuciones del presidente, es indisociable del resto del texto al cual confiere sentido, del cual es el fundamento unificador; constitucionaliza el espíritu de la función presidencial.*"¹⁴

Sin embargo, la noción de arbitraje es esencialmente polisémica y por ende ambigua en cuanto a su contenido jurídico, impropia para describir o conferir sustancia constitucional a la trascendental función presidencial. Por ende, en virtud de su vaga naturaleza, libra a la discrecionalidad presidencial la sustanciación del "arbitraje" previsto. Es, por ende, un concepto amplio o poroso que lleva insito un importante arsenal potencial del cual podría valerse el presidente en ejercicio para desempeñar su función ejerciendo tanto una influencia determinante en el curso del Gobierno como manteniéndose alejado de la cotidianidad del Gobierno. Es decir que el concepto se presenta como apto para ser "sustanciado" con contenidos divergentes que lleven a acrecentar o disminuir las pretendidas potestades presidenciales según la concepción de la persona que ocupe el cargo. Ello fundamentalmente en virtud de los dos sentidos, diferentes por cierto, que pueden asociarse al término.

¹⁴ ARDANT (Philippe), "L'article 5 et la fonction présidentielle", *Pouvoirs*, n° 41, París, p. 38 (TDA).

Inicialmente, los miembros de la clase política tradicional quisieron ver en la confusa noción de arbitraje un término comparable a los *referees* deportivos, es decir, la persona (o *autoridad neutral*) encargada de aplicar el reglamento en una competición. Sin embargo, queda en claro que el general De Gaulle desarrollará otra acepción del término más acorde con sus convicciones acerca del rol preponderante del jefe del Estado, vale decir, “persona que está en posición de imponer a otro sus decisiones, dueño absoluto”¹⁵, es decir, un arbitraje activo.

Parece claro sin embargo que la noción sirve en verdad para caracterizar en cierto modo la idea de que Michel Debré expresaba ante el Consejo de Estado respecto del carácter de juez supremo del interés nacional¹⁶ que debía orientar la interpretación del rol presidencial, rol sin embargo limitado, puesto que el presidente “*no tiene otro poder que el de solicitar a otro poder: solicita al Parlamento, solicita al Comité Constitucional, solicita al sufragio universal. Pero esta posibilidad de solicitar es fundamental*”¹⁷. Por otro lado, el arbitraje descrito por la Constitución no es universal, sino que es un medio dirigido a lograr dos fines precisos: el funcionamiento regular de los poderes públicos y la continuidad del Estado¹⁸.

A pesar de la variada utilización e interpretación conferida a este particular texto por los sucesivos presidentes franceses, lo distintivo de la situación presidencial establecida a partir de la Constitución de 1958, que permitió finalmente al General torcer el rumbo del centenario pseudo-parlamentarismo francés, está en los arts. 8, 11, 12 y 19 de ésta.

El lo referido al art. 8,¹⁹ el principal temor de los parlamentarios salientes no era la falta de investidura parlamentaria al efecto de ratificar la designación presidencial, necesaria al efecto de dinamizar el procedimiento previsto para la designación del jefe de Gobierno. Por el contrario, les preocupaba que De Gaulle, sabiéndose respaldado por su prestigio histórico y su personalidad diametralmente opuesta a sus predecesores, se valiese de este artículo para hacer cesar al Primer ministro, sin respetar el tradicional marco jurídico y político que implica la responsabilidad parlamentaria.

¹⁵ Conf. Diccionario en línea de la Académie Française (TDA).

¹⁶ Conf. DEBRE (Michel), Op. Cit. p. 22.

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ Conf. ARDANT (Philippe), Op. Cit. p. 43.

¹⁹ “El Presidente de la República nombrará al Primer ministro y lo cesará al presentar éste último la dimisión del Gobierno. A propuesta del Primer ministro nombrará y cesará a los demás miembros del Gobierno”.

Prueba de esta preocupación es la transcripción de la sesión del Consejo Consultivo Constitucional del 8 de agosto de 1958 en la cual Paul Reynaud, presidente del órgano, plantea la cuestión para que sea respondida directamente por el presidente del Consejo de Gaulle. Allí, el jefe de Gobierno destaca que: “No, él [por el presidente] no puede revocar al Primer ministro, [puesto que en ese caso] el Primer ministro no podría gobernar con un espíritu libre. (...) El Gobierno es responsable ante el Parlamento, no es responsable ante el jefe de Estado que es un personaje imparcial, que no se mezcla ni debe [mezclarse] con la coyuntura política (...). Él [el presidente] es un árbitro; no debe ocuparse de la coyuntura política, [esa] es la razón por la cual, entre otras, el Primer Ministro y el Gobierno no son responsables ante él (...)”²⁰ Evidentemente, la claridad y la seguridad en la exposición del Presidente del Consejo en su respuesta colmaron las expectativas de los miembros del Comité que decidieron aprobar la redacción del texto propuesto.

En lo relativo al art. 11²¹ (qué es, cómo se verá, el canal a través del que se manifiesta el pensamiento de Capitant, dominante en la lógica práctica de la Quinta República fundamentalmente en la etapa gaulista, por lo que podría afirmarse que la Constitución y su aplicación son el resultante de una síntesis entre una suerte de Debré normativo y un Capitant práctico), resulta suficiente afirmar que la prerrogativa contenida en este texto fue utilizada en numerosas ocasiones en el período, incluso para reformar la Constitución, ignorando el procedimiento previsto específicamente por el art. 89.²² Es que el General interpretaba que la función arbitral, debía habilitarlo a infligir penalidades, una de las cuales era la disolución de la

²⁰ COMITE NATIONAL CHARGE DE LA PUBLICATION DES TRAVAUX PREPARATOIRES DES INSTITUTIONS DE LA VE REPUBLIQUE, *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, volume II, LDF, París, 1987 p. 300 (TDA)

²¹ El artículo disponía originalmente (puesto que posteriormente la redacción del artículo evolucionó) que “El Presidente de la República, a propuesta del Gobierno y mientras dure el período de sesiones, o a propuesta conjunta de las dos Cámaras, publicadas en el *Journal Officiel* (Boletín Oficial), podrá someter a referéndum cualquier proyecto de ley que verse sobre la organización de los poderes públicos, que entrañe la aprobación de un acuerdo de la Comunidad, o que proponga la ratificación de un tratado que, sin ser contrario a la Constitución, pudiera tener incidencias en el funcionamiento de las instituciones. Cuando el referéndum concluya con la aprobación del proyecto de ley, el Presidente de la República promulgará la ley dentro del plazo previsto en el artículo anterior.”

²² Lo cual significó una flagrante inconstitucionalidad.

Asamblea (prevista en otro de los arts. fundamentales, el 12,²³ que permite justamente al presidente "arbitrar" entre el Gobierno y el Parlamento) y la otra, el referéndum, justamente en determinados casos para evitar una disolución²⁴ que conlleva un carácter más traumático en su doble carácter de instituto apto para resolver un conflicto insalvable entre el Ejecutivo y el Legislativo y de elección legislativa.

Esta práctica indiscriminada del referéndum será un factor determinante en el proceso de transformación de la irresponsabilidad presidencial en responsabilidad política ante el electorado, por un lado, y de transición de la elección indirecta inicialmente prevista en la Constitución hacia la elección directa del presidente tras la reforma capital de otoño de 1962. Empero, dichos elementos al efecto de ser acabadamente comprendidos deben analizarse conjuntamente con la jurisprudencia política del general De Gaulle, que se hará *infra*.

Finalmente, el art. 19²⁵ constituye una gran innovación constitucional en el desarrollo del régimen francés contemporáneo, puesto que confiere al presidente de la República un cúmulo de facultades que no requieren al efecto de su práctica de contrafirma alguna.

En la lógica del texto constitucional de 1958, la significación del art. 19, contribuye a apreciar la introducción de "...una técnica constitucional que permite poner de relieve la especificidad de la función presidencial reservada exclusivamente al Jefe de Estado, ella es el signo distintivo de

²³ "El Presidente de la República podrá, previa consulta con el Primer Ministro y con los Presidentes de las Cámaras, acordar la disolución de la Asamblea Nacional. Las elecciones Generales se celebrarán entre los veinte y los cuarenta días siguientes a la disolución. La Asamblea Nacional se reunirá de pleno derecho el segundo jueves siguiente a su elección. Si esta reunión se efectuare fuera del período ordinario de sesiones, se abrirá de pleno derecho un período de sesiones de quince días de duración.

No se procederá a una nueva disolución en el año siguiente al de las elecciones"

²⁴ Conf. CHANTEBOUT (Bernard), *Brève histoire politique et institutionnelle de la Ve République*, Armand Colin, París, 2004. p. 23

²⁵ El texto del artículo dispone que "Los actos del Presidente de la República distintos de los previstos en los arts. 8 -apartado 1- (nombramiento y remoción del Primer ministro), 11 (referéndum), 12 (disolución de la Asamblea Nacional), 16 (poderes excepcionales en caso de peligrar las instituciones, la integridad del territorio o el cumplimiento de compromisos internacionales), 18 (Mensajes presidenciales al Parlamento), 54 (someter tratados internacionales al Consejo Constitucional), 56 (nombramiento de tres miembros y del presidente del Consejo Constitucional) y 61 (someter una ley al Consejo Constitucional) serán refrendados por el Primer Ministro y, en su caso, por los ministros responsables."

*la función presidencial en relación a la función gubernamental atribuida al Gobierno en General, al Primer Ministro en particular.*²⁶

Planteada entonces cierta tensión intra-constitucional entre lo que se ha denominado las posiciones “Debré” y “Capitant”, es claro que, quizás progresivamente en su fuero interno pero en forma explosiva públicamente en 1962, el presidente confiere una primacía a la segunda sobre la primera.

II. LA CONTRADICCIÓN SUPERADA: OCASO DE LA POSICIÓN DEBRÉ Y CONSOLIDACIÓN DE LA POSICIÓN CAPITANT A TRAVÉS DE LA PRÁCTICA INSTITUCIONAL DEL GENERAL DE GAULLE

La superación de la contradicción Debré-Capitant, reconoce dos etapas bien definidas en las que se puede estructurar el análisis. En un primer momento, se da un progresivo ascenso del poder presidencial que culmina en el ocaso del Primer Ministro (A. El progresivo ascenso del poder presidencial: El ocaso del Primer Ministro). En un segundo momento, se observa una clara aparición de la responsabilidad presidencial, la que se constituye en la matriz de la presidencialismo del sistema político de la Quinta República (B. El surgimiento de la responsabilidad presidencial o la matriz de la presidencialismo).

1. El progresivo ascenso del poder presidencial: El ocaso del Primer Ministro

El proceso que va desde el nombramiento inicial de Michel Debré como Primer Ministro inaugural de la Quinta República hasta su remoción constituye una gráfica analogía de la imposición inicial y de la ulterior decadencia de la lectura de las instituciones que le era propia.

Empero, la elección de Michel Debré no se debió a una necesaria coincidencia del flamante presidente con la “posición” Debré, sino que ella tiene dos lecturas posibles, que en cierta medida se complementan.

En primer lugar, hay que observar que de las elecciones legislativas del 23 y 30 de noviembre de 1958 (anteriores a la elección presidencial

²⁶ BRANCHET (Bernard), *Contribution à l'étude de la Constitution de 1958 : Le contre-seing et le régime politique de la V République*, coll. Bibliothèque Constitutionnelle et de Science Politique, T° 82, LGDJ, Paris, 1996 p. 148 (TDA).

indirecta) no resultó una clara mayoría en favor de la agrupación política gaullista, la *Union pour la nouvelle République* o UNR (incluso en cantidad de sufragios el Partido Comunista se impuso como primera fuerza electoral del país aunque en virtud del modo de escrutinio –uninominal mayoritario– obtuvo muchas menos bancas que la UNR), que obtuvo 216 diputados, tomando en cuenta también los aparentados, sobre un total de 522.²⁷ En cierto sentido, la predicción de los autores de la Constitución resultaba ratificada en este sentido, dado que es en dicho elemento en el que habían justificado los numerosos procedimientos de racionalización parlamentaria introducidos al texto. Dicha débil mayoría impedía designar un líder parlamentario indiscutido que tuviese la aceptación de la mayoría de los miembros de la Asamblea; aunque si hubiera tenido que elegirse lo más parecido a ello, De Gaulle debió designar a Jacques Soustelle.²⁸ Por lo tanto, dos argumentos probablemente influyen a que el presidente efectúe dicha designación. Primeramente, la cuestión de la Guerra de Argelia, que encabeza las prioridades de todas las agendas políticas del momento. Ahora bien, este antiguo Gobernador General de la Argelia colonial es un partidario fanático de la conservación de dicho territorio a cualquier costo, siendo que dicha visión difería diametralmente (y los hechos posteriores no hacen más que ratificar esto) del plan que tiene De Gaulle para superar semejante crisis. Segundo, dicha opinión hace prácticamente inviable el sostenimiento parlamentario de una política que ya había fracasado anteriormente, generando ásperas batallas legislativas que hubieran puesto rápidamente en peligro el éxito de las nuevas instituciones. Por ende, si bien Debré es partidario de la Argelia francesa, su fidelidad (y sumisión) hacia las posturas del general De Gaulle constituye un elemento determinante para su designación.

En segundo lugar, un Primer Ministro como Michel Debré daba invalorables reaseguros a los inquietos parlamentarios, poco propensos y temerosos del potencial estilo gaullista de ejercicio de la presidencia. Es que ese salto al vacío institucional que significó la vuelta de De Gaulle, podía resultar minimizado al existir a su lado un Primer Ministro (encargado, como lo prescribe el art. 20 de la Constitución de determinar y dirigir

²⁷ Fuente: MEKHANTAR (Joël), *Droit Politique et Constitutionnel*, 2eme éd, coll. Droit Public et Sciences Politiques, ESKA, París, 1999 p. 601.

²⁸ AVRIL (Pierre), *Le régime politique de la Ve République*, coll. Bibliothèque Constitutionnelle et de Science Politique, T° 8, LGDJ, París, 1975 p. 269.

la política de la Nación, así como de disponer de la Administración y de las Fuerzas Armadas) con las ideas parlamentarias que había explicitado Debré a lo largo de su carrera política y jurídica. Más allá de lo polémico que podían resultarle a un parlamentarista clásico ciertas de sus ideas, lo cierto es que su indudable inclinación al régimen parlamentario le confiere un valor de por sí a su designación. Sin embargo, De Gaulle conoce bien la fidelidad de *su* Primer ministro y el lugar amplio que puede concederle a sus particulares interpretaciones del texto de 1958.

Ya en el comunicado publicado por la Presidencia el 9 de enero de 1959 se observa el peculiar estilo que caracterizará la relación del Jefe de Estado con el Jefe de Gobierno en esta etapa inicial de instalación y consolidación de la Quinta República. Allí se comunica que *"Al término de la entrevista [entre De Gaulle y Debré, todavía Ministro de Justicia] el general De Gaulle encargó a Michel Debré hacerle proposiciones respecto de la composición eventual del Gobierno. A las 17.30, Michel Debré fue nuevamente recibido en el Elíseo. Sometió a la aprobación del general De Gaulle sus concepciones en lo concerniente a la política general y el nombre de las personalidades se convertirían, eventualmente, en sus colaboradores en el Gobierno."*²⁹

El contenido de tal comunicado se compadece poco con el texto del art. 8 de la Constitución. Allí se especifica como única potestad presidencial la de elegir a la personalidad que deberá ocupar el cargo de Primer Ministro, aunque su libertad tampoco es total, dado que para mantenerse debe contar con la aprobación de la mayoría de los diputados de la Asamblea. En lo concerniente al resto de los elementos introducidos por el texto, ellos tienen una característica común: el eje de todos ellos es la voluntad del Jefe de Gobierno. Es que, tanto la dimisión (que ciertamente puede ser forzada por el Parlamento) como el nombramiento y remoción de los ministros corresponden únicamente al Primer ministro, encargado de determinar y dirigir la política del Gobierno. El Presidente no debe ejercer influencia alguna en el nombramiento de los miembros del Gabinete, ni tampoco aprobar o desechar la política general adoptada por el Primer Ministro: en todo caso, ello es tarea del Parlamento que puede censurar al Gobierno.

Este comienzo poco usual, con una marcada impronta presidencial (notable en cuanto al aumento de altos funcionarios de carrera a cargo de

²⁹ MAUS, Didier –directeur–, *Les grands textes de la pratique constitutionnelle de la Ve République*, La documentation française, París, 1998 p. 81 (TDA).

importantes funciones ministeriales –y por ende, políticas– como Maurice Couve de Murville o “favoritos” del Presidente como el escritor André Malraux) se matiza en cierto modo al recurrir el Primer Ministro al tradicional procedimiento de puesta en juego de la responsabilidad ministerial ante el Parlamento prevista en el art. 49 apartado 1 el 15 de enero de 1959 sobre el programa del Gobierno, obteniendo 453 votos a favor y 56 en contra³⁰.

Es en lo relativo a la repartición de competencias entre el Jefe de Estado y el Jefe de Gobierno que se manifiesta fuertemente por vez primera la alta idea que los gaullistas tienen de la función y del rol del presidente en virtud del diseño institucional de la Constitución. Precisamente el tema más candente del momento, la conflagración argelina, es el que brinda la oportunidad de exponer con mayor claridad dicha concepción y servir de preaviso a los parlamentarios sobre la futura repartición de competencias entre el Presidente y el Primer Ministro, que no cesará de perder atribuciones a partir de este momento.

Es Jacques Chaban-Delmas, presidente gaullista de la Asamblea, quien expone el 15 de noviembre de 1959 en un congreso del UNR en la ciudad de Burdeos la doctrina del “dominio reservado” del presidente. En virtud de esta teoría, todo lo relativo a Argelia así como las relaciones franco-africanas, la defensa nacional y la diplomacia dependen exclusivamente de la voluntad presidencial y constituyen, por ende, un dominio “reservado” o “cerrado” del presidente, siendo que el resto de los asuntos forma parte de un “sector abierto”, plano en el que le corresponde actuar al Gobierno. Esto es importante, más allá de la posterior descalificación de la teoría por su propio autor y fundamentalmente por el general De Gaulle, para quien “*en el campo de los asuntos [públicos] no hay dominio que me sea reservado o desatendido.*”³¹ Empero, podría llegar a sostenerse que la exposición de Chaban-Delmas tiene un claro asidero jurídico o constitucional en el artículo 15 que dispone que el presidente es el jefe de las Fuerzas Armadas y en el 52 que manifiesta que el presidente negocia y ratifica los Tratados, así como en el amplio art. 5. Sin embargo, recae en el ámbito de las atribuciones expresamente reconocidas al Gobierno en el art. 20 la de disponer de las Fuerzas Armadas

³⁰ Fuente: *Ibidem* p. 221.

³¹ Cita de Charles de Gaulle en sus *Mémoires d'Espoir* en CHAGNOLLAUD (Dominique) et QUEREMONNE (Jean-Louis), *La Ve République*, IV volumes, Flammarion, París, 2000 p. 68 (TDA).

y de determinar y conducir la política de la Nación, que comprende obviamente la política interior y exterior.

Más allá del debate propiamente constitucional, lo cierto es que se impone la visión que reserva una primacía al Presidente en estos campos, primacía que se refleja en la estructura del Gobierno. Así, un decreto del 13 de febrero de 1960 firmado por el presidente y contrafirmado por el Primer Ministro crea un Comité de Asuntos Argelinos. Dicho Comité es colocado administrativamente como adjunto a la Presidencia y debe estar presidido por el propio De Gaulle. Además del presidente, lo integran el Primer Ministro, el Ministro del Interior y el Ministro de Defensa. Posteriormente, se crean sucesivamente los Comités para los Asuntos Extranjeros y otro Comité para los Asuntos Africanos y de Madagascar. Dichos organismos contribuyen, en gran medida, a la presidencialismo del sistema, colocando bajo la égida presidencial las decisiones centrales en esos temas. Por otro lado, se designa como Ministro delegado adjunto al Primer Ministro (que le confiere una jerarquía superior a los demás ministros y deja entrever una potencial intervención presidencial directa en las áreas de tutela) a Jacques Soustelle (renunciante el 5 de febrero de 1960 seguramente en virtud de desacuerdos profundos con la política oficial en Argelia y reemplazado por Robert Lecourt y posteriormente por Louis Jacquinot), confiriéndole especial jurisdicción sobre los asuntos vinculados al Sahara, los dominios transoceánicos franceses y la energía atómica.

En lo que compete a los asuntos de defensa nacional, el decreto del 18 de julio de 1962³² consagra la supremacía presidencial al disponer que en el marco de la política de defensa decidida en el Consejo de Ministros (encabezado por el Presidente), los consejos o comités de defensa reunidos y presididos por el Presidente de la República aseguran la dirección de la defensa nacional y la conducción de la guerra. Al Primer Ministro le corresponde asegurar que las decisiones adoptadas por esas instancias sean ejecutadas por el Gobierno. Dicho texto contrasta con el del decreto del 7 de enero de 1959 que colocaba, en una interpretación más acorde con el régimen parlamentario, como principal responsable de la defensa al Primer Ministro.³³ Finalmente, el decreto del 14 de enero de 1964,³⁴ dictado ya en

³² J.O 19/7/62 p. 7115.

³³ Conf. CHANTEBOUT (Bernard), *Droit Constitutionnel*, 22 éd., Armand Colin, Paris, 2005 p. 456.

³⁴ J.O. 19/1/64 p. 722.

la fase propiamente presidencialista de la Quinta República, a través de su art. 5º, coloca en manos del Presidente la decisión de utilizar el arma más letal de su época, las fuerzas aéreas estratégicas dotadas de armas nucleares, cuya organización se decide en un Consejo³⁵ de Defensa también presidido por el Presidente de la República.

En lo referido al funcionamiento cotidiano de la relación entre el Presidente y su Primer Ministro, es evidente que existió una supremacía presidencial en cuanto a la decisión final de los asuntos claves. Sin embargo, no se produjo un avasallamiento absoluto como ocurre a partir del primer gobierno de Georges Pompidou hasta aproximadamente la crisis de mayo de 1968, momento en el que comienza la decadencia del régimen en su faceta gaullista³⁶ y el ascenso de Pompidou a la presidencia en 1969.

La presencia permanente del Jefe de Estado en los asuntos concernientes a la marcha del Gobierno se observa en la relación directa que unía a De Gaulle con el Jefe de Gobierno, lo que le permite excederse sensiblemente de su función de Jefe de Estado encargado de lo esencial: *“el General tenía una relación muy directa con Michel Debré, a quien recibía largamente, en principio, con anterioridad al Consejo de Ministros. Cuando el Primer Ministro lo solicitaba o cuando acaecía una cuestión urgente, el Primer Ministro podía verlo en todo momento (...) El General escribió en la segunda quincena de febrero a Michel Debré solicitándole invitar a los miembros del gobierno a informarlo regularmente de los proyectos importantes en los cuales estaban trabajando y a designar a un alto funcionario de su repartición como encargado de llevar al Eliseo ‘la documentación relativa a las principales actividades de sus departamentos, en particular, los proyectos de ley o de decreto importantes’ (...) Asimismo, el General solicitó que los proyectos definitivos [de ley, que eran aprobados sólo en general en el Consejo de Ministros] le fueran entregados antes de su presentación al Parlamento (...) El General también constató que las enmiendas propuestas por el Gobierno, o por él aceptadas [durante el*

³⁵ Ya para esta época, se había efectuado la distinción siguiente: todo organismo que portase el nombre de “Consejo” queda bajo la órbita presidencial, mientras que aquellos denominados “Comités” quedan en el ámbito primoministerial.

³⁶ La referida “decadencia” alude al comienzo del fin de la experiencia gaullista. Ello dado que, tras la disolución de la Asamblea propiciada por Georges Pompidou en respuesta a la crisis de mayo de 1968 (quien se opuso a la opción del referéndum, impulsada por de Gaulle) se advierte el paso al primer plano del Primer ministro. La confirmación del desgaste es la derrota en el referéndum de 1969.

procedimiento legislativo en el Parlamento], a veces modificaban notablemente el texto aprobado en el Consejo de Ministros. Por ello, invitó, en junio de 1959, al Primer Ministro a comunicarle el texto de tales enmiendas, en lo posible antes de que el Gobierno haya tomado partido al respecto. Él se reservaba de apreciar, tras una conferencia con el Primer ministro, si esas enmiendas eran de una envergadura tal que debían ser sometidas a la deliberación del Consejo”³⁷.

Este avance progresivo del general De Gaulle sobre competencias constitucionales propias del Gobierno se extiende también a las ordenanzas y decretos firmados por fuera del Consejo de Ministros, siendo que el art. 13 de la Constitución limita la necesidad de la firma presidencial a los instrumentos que se aprueban en la mencionada instancia gubernamental. Así, en virtud de un estudio llevado a cabo en febrero y marzo de 1959 por Bernard Tricot, se dispuso que los decretos referidos a diversos temas lleven inexorablemente la firma presidencial³⁸ (en cuanto a los decretos, nos referimos a la organización y al funcionamiento del Gobierno; publicación de tratados internacionales; decretos relativos a los magistrados, a garantías de su independencia, al Consejo Superior de la Magistratura; defensa nacional y materia militar; organización territorial y operaciones de defensa; decretos estatutarios relativos a los oficiales de las Fuerzas Armadas; decretos relativos a la implementación de la conscripción militar; organización civil y militar de la defensa nacional, entre otros).

Más allá de la voluntad del general De Gaulle de acaparar la mayor cantidad de atribuciones posibles respecto del Gobierno, como ya se ha señalado, es el conflicto de Argelia el que marca el ritmo de los acontecimientos más importantes del período. Tras el episodio de las barricadas de Argel³⁹, en enero de 1960, el Gobierno obtiene una importante victoria

³⁷ INSTITUT CHARLES DE GAULLE ET ASSOCIATION FRANCAISE DE SCIENCE POLITIQUE, De Gaulle et ses Premiers ministres : 1959-1969, coll. Espoir, Plon, Paris, 1990 pp. 25 a 27 (TDA).

³⁸ Conf. DEBRE, Jean-Louis, *Les idées constitutionnelles du général de Gaulle*, coll. Bibliothèque Constitutionnelle et de Science Politique, T^o XLIX, LGDJ, Paris, 1974 pp. 303-304.

³⁹ En virtud de ese episodio, de Gaulle apuesta fuertemente al contacto directo con la ciudadanía a través de un discurso pronunciado en televisión. Allí se muestra particularmente duro e intransigente con los insurrectos abriendo la alocución con estas palabras: “*Si visto uniforme para hablar hoy en televisión, es a fin de marcar que lo hago como el general De Gaulle así como Jefe del Estado (...) Tomando en cuenta todo ello, tomé en nombre de Francia la siguiente decisión: los argelinos tendrán la libre elección de su destino. Cuando, de una manera u otra –acuerdo de un cese de hostilidades o aplastamiento total de*

parlamentaria al conseguir la potestad de resolver la cuestión argelina a través de las ordenanzas previstas por el art. 38 de la Constitución⁴⁰ por el lapso de un año. Lo curioso de la cuestión es que se sobrentendió que dichos actos debían ser firmados por el presidente, reconociéndole paradójicamente un determinado grado de responsabilidad política, incompatible con su carácter de Jefe de Estado parlamentario. Al respecto, De Gaulle en sus memorias dirá sarcásticamente que *"tan pronto como fue votado, no sin que los socialistas hayan hecho especificar que es al propio presidente de la República que corresponde ejercerlas [las ordenanzas], lo cual no les impedirá posteriormente incriminar mi poder personal."*⁴¹ Lo interesante de este episodio es que trasunta claramente la máxima prioridad del asunto argelino en la época, así como las amargas concesiones que los parlamentarios profesionales se vieron obligados a hacer a un personaje al cual no apreciaban en lo más mínimo.

Tras el episodio de las barricadas y la realización del primer referéndum relativo a la cuestión argelina al que se hará referencia más abajo, la tensión entre el Gobierno francés y los militares apostados en sus puestos de combate en Argelia vuelve a tener un pico prácticamente de similar gravedad al del 13 de mayo de 1958. Allí, los Generales Salan, Challe, Jouhaud y Zeller instalan un Alto Comando y arrestan al Delegado General del Gobierno, Jean Morin, entre otras personalidades. Estos cuatro altos jefes militares, en acuerdo con los coroneles Godart, Argoud y Lacheroy intentan a través de su acción finiquitar la política de autodeterminación proclamada por el presidente De Gaulle. Éste al día siguiente de la rebelión, el 23 de abril, habla en cadena nacional a los franceses, afirmando con convicción que *"en nombre de Francia, ordeno que todos los medios, repito, todos los medios, sean empleados para bloquear por doquier la ruta a estos hombres, mientras son reducidos. Prohíbo a todo francés y, sobre todo, a todo soldado ejecutar cualquiera de sus órdenes."*⁴²

los rebeldes- se haya puesto fin al combate, cuando, acto seguido luego de un prolongado periodo de sosiego, los pobladores tomen conciencia de lo que está en juego (...) serán los argelinos los que dirán lo que querrán ser (...) Es decir que, la autodeterminación es la única política digna de Francia" GAULLE (Charles de), *Discours et messages*, volume III, Plon, París, 1970 ps 162-163 (TDA).

⁴⁰ Suerte de delegación legislativa

⁴¹ Cita de Charles de Gaulle en sus *Mémoires d'Espoir* en CHEVALLIER (Jean-Jacques), CARCASSONNE (Guy) et DUHAMEL (Olivier), Op. Cit. p. 65 (TDA).

⁴² GAULLE (Charles de), Op. Cit. p. 307 (TDA).

En razón de la gravedad de la situación, fundamentalmente por la importancia de los militares involucrados y sin subestimar la fuerza de la cual disponen, el presidente tras efectuar las consultas exigidas por la Constitución recurre a la aplicación del impresionante art. 16⁴³ de la Constitución, pensado, como lo declara el propio general De Gaulle, en el Comité Consultivo Constitucional encargado de situaciones tales como la crisis de 1940 o las futuras crisis en la era atómica⁴⁴. La implementación del art. 16 merece dos aclaraciones que dejan entrever la dimensión del rol presidencial a partir de 1959.

En primer lugar, el mensaje en el que el Presidente el 25 de abril comunica al Parlamento su decisión de implementar el fatídico artículo contiene una frase inquietante para los diputados. Ello puesto que, tras aseverar que el Parlamento debe continuar con el ejercicio del Poder Legislativo y la facultad de controlar al gobierno, agrega “salvo que se trate de medidas tomadas o por tomarse en virtud del art. 16.”⁴⁵

⁴³ El texto de la norma es el siguiente: “Cuando las instituciones de la República, la independencia de la Nación, la integridad de su territorio o el cumplimiento de sus compromisos internacionales estén amenazados de manera grave o inmediata y el funcionamiento regular de los poderes públicos constitucionales esté interrumpido, el Presidente de la República tomará las medidas exigidas por tales circunstancias, previa consulta oficial con el Primer Ministro, los Presidentes de las Cámaras y el Consejo Constitucional. Informará de ello a la Nación por medio de un mensaje. Dichas medidas deberán estar inspiradas por la voluntad de garantizar a los poderes públicos constitucionales, en el menor plazo, los medios para cumplir su misión. El Consejo Constitucional será consultado sobre ello. El Parlamento se reunirá de pleno derecho. No podrá ser disuelta la Asamblea Nacional durante el ejercicio de los poderes extraordinarios. Tras treinta días de ejercicio de los poderes excepcionales, el Consejo Constitucional podrá ser solicitado por el Presidente de la Asamblea Nacional, el Presidente del Senado, sesenta diputados o sesenta senadores, a efectos de examinar si se siguen cumpliendo las condiciones enunciadas en el primer párrafo. Se pronunciará lo antes posible mediante anuncio público. Procederá de pleno derecho a este examen y se pronunciará en las mismas condiciones al término de sesenta días de ejercicio de los poderes excepcionales y en cualquier momento pasado este plazo”.

⁴⁴ Conf. COMITE NATIONAL CHARGE DE LA PUBLICATION DES TRAVAUX PREPARATOIRES DES INSTITUTIONS DE LA VE REPUBLIQUE, Op. Cit. pp. 300-301

⁴⁵ Conf. CHEVALLIER, Jean-Jacques, CARCASSONNE, Guy et DUHAMEL, Olivier, Op. Cit. p. 65

En segundo lugar, mientras que la rebelión había sido totalmente sofocada en algunos días, el Gobierno solicitó diversas prórrogas a la vigencia del régimen de excepción. Así se hizo en los meses de mayo, junio, julio, agosto y septiembre.

Sin embargo, será a través de la utilización del referéndum previsto en el art. 11, transformado en plebiscito por la coyuntura política, que el presidente afirmará y construirá la lógica de funcionamiento que luego será propia del sistema político francés.

2. El surgimiento de la responsabilidad presidencial o la matriz de la presidencialismo

Es, en efecto, a través de sucesivos referendos que el presidente De Gaulle fundará la matriz de funcionamiento institucional del sistema político francés presidencializado. Sin embargo, no todos los referendos tuvieron un significado similar y un impacto en la instauración del sistema. Es por ello que corresponde analizar separadamente aquellos que se vinculan directamente a la cuestión argelina, que preparan el camino así como aquel que significa la puesta en juego manifiesta de la responsabilidad presidencial ante el electorado.

Corresponde pues dividir la exposición: En primer lugar, los referendos "argelinos" y el progresivo surgimiento de la responsabilidad presidencial y, en segundo, el referéndum de 1962 o la consagración de la lógica de la Quinta República.

III. LOS REFERENDOS "ARGELINOS" Y EL PROGRESIVO SURGIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD PRESIDENCIAL

El conflicto argelino posibilita entonces una primera aparición en primer plano de la "Constitución Capitant" a través de la cuestión del referéndum, casi convertido en plebiscito en virtud de la utilización que de ella se hizo.

Dejando de lado el referéndum a través del cual la ciudadanía acepta el texto elaborado por las instancias ya descritas de la Constitución de 1958, tres referendos permitirán la consolidación definitiva de la Quinta República al mismo tiempo que su clara impronta de sistema presidencializado.

Las dos primeras consultas tienen una conexión directa con el suceso principal ya mencionado: Argelia.

El primero de los referendos es el del 8 de enero de 1961, relativo a la autodeterminación de Argelia. Recuérdese que el art. 11 de la Constitución exige que sea una proposición del Gobierno o de ambas Cámaras del Parlamento al efecto de habilitar al presidente a someter una cuestión de las allí enumeradas a la consulta. Tanto en éste como en la práctica de los sucesivos referendos de la Quinta República se entiende que ello es una ficción puesto que la "Constitución Capitant" sostiene que el Presidente debe ser responsable directamente frente al pueblo, debiendo someter las grandes decisiones a su aprobación. Esa necesidad de conexión directa entre Jefe de Estado y ciudadanía implica necesariamente que tanto el momento como el contenido de aquello que se decide por votación popular tenga origen exclusivo en el Elíseo y no en Matignon⁴⁶ o el Palais Bourbon⁴⁷. La cuestión de la responsabilidad presidencial es esencial para entender el rol de los presidentes de la Quinta República y en ella reside la clave interpretativa de la transformación del sistema político francés. Es por ello que este referéndum es, en verdad, el auténtico momento inaugural de la Quinta República presidencializada, que se consolidará en 1962 con la designación de Georges Pompidou en Matignon y la imposición a la clase política de la elección presidencial directa.

El compromiso personal del presidente, elemento también central que afirmará la identidad indisoluble entre el hombre y el proyecto, permitirá esclarecer a la población el hecho de que se está votando "a favor de" De Gaulle o "en contra de" De Gaulle. Ello sin dudas será más explícito en el referéndum de otoño de 1962, pero se comienza a observar aquí.

En sintonía con su compromiso personal, De Gaulle se dirige tres veces a la ciudadanía antes del día de la votación: el 20 y el 31 de diciembre de 1960, y el 6 de enero de 1961. En la última alocución dice claramente: *"francesas, franceses, ustedes lo saben, es a mí a quién van a responder. Desde hace más de veinte años, los acontecimientos quisieron que yo sirviera de guía al país en las crisis graves que hemos vivido. Así que es, nuevamente, mi deber y mi función y me encomendaron elegir la ruta. Como la partida es realmente dura, me es necesario, para triunfar, una adhesión nacional, es decir, una mayoría, proporcional a lo que está en juego. Pero también, necesito, sí, ¡necesito! saber lo que hay en los espíritus y en los corazones. Es por ello que me dirijo a ustedes, por encima*

⁴⁶ Sede del Primer ministro.

⁴⁷ Sede de la Asamblea Nacional.

de todos los intermediarios. En verdad, -¿quién no lo sabe?- la cuestión se suscita entre cada una de ustedes, cada uno de ustedes, y yo mismo."⁴⁸ Es decir que, indudablemente, el presidente expresamente deja de lado cualquier intermediario, es decir, las instancias representativas previstas en la Constitución (fundamentalmente la Asamblea Nacional) para establecer un contacto directo con la población para que ellos apoyen o desechen una iniciativa directamente proveniente de él, el general De Gaulle.

El resultado de la consulta es altamente favorable para el presidente: 15 millones de ciudadanos han votado por el "sí" (aproximadamente el 75%), mientras que 5 millones han optado por el "no" (aproximadamente el 25%)⁴⁹.

El segundo y el tercer referendos son fundamentales, sobre todo por su cercanía en el tiempo con otro suceso clave de la Quinta República como es el reemplazo de Michel Debré por Georges Pompidou. Es altamente probable entonces que, aprovechando el éxito de las dos consultas sobre Argelia, el presidente y sus más cercanos colaboradores hayan interpretado que había llegado el momento de introducir la gran medida cuya puesta en práctica había sido imposible en 1958 por las consideraciones que se analizarán más abajo.

Ello dado que 1962, justamente porque se concreta en ese año la finalización de la crisis argelina que constituirá una bisagra fundamental en la historia de la joven Quinta República. Es decir que, o se confirma el rumbo comenzado en 1959 y profundizado con la iniciación de la práctica cuasi plebiscitaria en 1961, o llega la hora del retorno a la situación "normal" del parlamentarismo francés, vale decir, la vuelta de los partidos tradicionales, lo cual implicará el retorno del poder al Palais Bourbon. En función de ésta última consideración podrá llegar a afirmarse que en realidad la Quinta República nunca tuvo un funcionamiento "normal" o acorde con las reglas esenciales del pseudo-parlamentarismo francés anterior a 1958 (dejando de lado las etapas de cohabitación en 1986-1988; 1993-1995 y 1997-2002, las cuales no implicaron un cambio ulterior dado que se restableció la presidencialismo en todos los casos, consagrándola a través del establecimiento del período presidencial de 5 años y la inversión del calendario electoral. Además, el parlamentarismo cohabitacionista tampoco respeta las tradiciones del pseudo-parlamentarismo francés clásico).

⁴⁸ GAULLE, Charles de, Op. Cit. p. 275 (TDA).

⁴⁹ Fuente: *Ibidem* p. 275.

Así, tras las negociaciones secretas entre los enviados del Estado francés y los rebeldes argelinos iniciadas en Évian el 7 de marzo de 1962, se concretan los llamados “acuerdos de Évian” que permiten al presidente anunciar el día 18 la finalización de las hostilidades. Poco después y repitiendo la ficción de la “proposición gubernamental” el presidente anuncia la realización de un referéndum el 8 de abril de 1962 al efecto de que el pueblo francés considere y apruebe o deseche los recientes acuerdos de paz. Repitiendo lo hecho en ocasión de la consulta de 1961, De Gaulle se dirige en dos oportunidades a la ciudadanía, el 26 de marzo y el 6 de abril. En el primer mensaje, el Presidente vuelve a hacer referencia al tema de la necesidad de leer el referéndum como una respuesta personal al Jefe de Estado: *“En fin –puedo y debo decirlo– responder afirmativa y masivamente, como lo demando, a la pregunta que planteo a los franceses, es para ellos, responderme a mí mismo que en mi calidad de Jefe de Estado me dan su adhesión; que me atribuyen el derecho de hacer, a pesar de los obstáculos, lo necesario para lograr el objetivo; en fin, que en la ardua tarea que me incumbe y en la cual la cuestión de Argelia es una parte en medio de otras, tengo su confianza depositada en mí para hoy y para mañana.”*⁵⁰ Es interesante que en esta alocución el Presidente introduce un nuevo elemento y avanza un poco más hacia la cuestión plebiscitaria, puesto que señala claramente que la cuestión de Argelia, causa principal de la consulta, no es más que una entre otras, y que el voto afirmativo abarca o equivale a una confianza para la totalidad de los asuntos de los cuales debe ocuparse como presidente. En el mensaje de abril, el general De Gaulle introduce nuevos conceptos a propósito del referéndum que es importante evocar para comprender el prestigio y la preeminencia presidencial. Allí dice que *“previsto por la Constitución, el referéndum pasa así a formar parte de nuestras costumbres, agregando algo esencial a la obra legislativa del Parlamento. A partir de ahora, sobre un tema vital para el país, cada ciudadano podrá ser, como lo es ahora, directamente llamado a juzgar la cuestión por sí mismo y a tomar su responsabilidad (...) En fin, ¡francesas, franceses! para el Jefe del Estado, que tiene a su cargo el interés superior de Francia y que, en función de ello, solicita a cada una y a cada uno de ustedes aprobar la acción llevada a cabo en un área de la cual todo depende, el testimonio de vuestra confianza será el número de aquellas y aquellos que responderán votando ‘¡Sí!’.”*⁵¹

⁵⁰ GAULLE, Charles de, Op. Cit. p. 397 (TDA).

⁵¹ Ibidem p. 399 (TDA).

El resultado del referéndum fue claro a favor de la aprobación de los acuerdos, y lo que es más importante es que lo masivo de los votos positivos implicó un gran voto de confianza, situación ante la que el propio Presidente había puesto en juego en marzo, es decir, la totalidad de la política del Gobierno (aunque inspirada y conducida en gran manera por él, cuestión clara para la ciudadanía y que da fundamento al planteo de la cuestión de confianza), de la cual la cuestión argelina no era más que una parte del todo. El "sí" se impuso con 17 millones (aproximadamente el 91%) mientras que el "no" obtuvo 2 millones.

IV. EL REFERÉNDUM DE 1962 O LA CONSAGRACIÓN DE LA LÓGICA DE LA QUINTA REPÚBLICA

Al efecto entonces de dar por completamente clausurada la etapa argelina y preparar la batalla definitiva respecto del rumbo final del régimen (vuelta a un sistema político atomizado e inestable al no contar con el estímulo de la guerra como elemento unificador o presidencialismo definitiva), el presidente decide finalizar el Gobierno Debré y crear el Gobierno Pompidou el 14 de abril de 1962. Constitucionalmente era claro que el artículo 8 no le confería dicha potestad, y el propio De Gaulle ante el Consejo consultivo había descartado esa interpretación. El intercambio de cartas entre el Presidente y el Primer Ministro saliente, que fueron publicadas en el Boletín Oficial del 16 de abril, dan a entender que se trató de una decisión exclusivamente presidencial. Escribe Debré: "[tal] como fue convenido y, estando superada esta etapa decisiva, tengo en honor, mi General, de presentar la dimisión del Gobierno (...) Diré simplemente: ser, haber sido, el primer colaborador del general De Gaulle es un título inigualable."⁵² De tal texto es necesario destacar dos elementos. En primer lugar, el elemento convencional evocado por el Primer Ministro, lo cual indica que la salida a requerimiento exclusivo del presidente ya había sido pautada. En segundo lugar, la utilización de la palabra "colaborador" da una clara idea del dominio absoluto que el presidente ya ejercía sobre el Gobierno, puesto que quien "conduce y dirige la política de la nación" (tal es el lenguaje de la Constitución en su artículo 20) no es colaborador del Presidente, sino único responsable

⁵² MAUS (Didier) –directeur-, Op. Cit p. 81 (TDA).

político ante el Parlamento por las políticas públicas por él implementadas. La respuesta del Presidente confirma la lectura precedente: “*Al solicitarme aceptar su retiro del puesto de Primer Ministro y nombrar un nuevo Gobierno, usted actúa enteramente conforme, y de la manera más desinteresada, a aquello que habíamos convenido hace tanto tiempo.*”⁵³

El primer paso estaba dado: se había removido a un Primer Ministro desgastado por la cuestión argelina, político experimentado y padre ideológico de la Constitución, y se había nombrado a un ignoto ex alumno de la *École Normale Supérieure*, antiguo profesor y secretario privado del presidente, devenido banquero: Georges Pompidou. Bernard Chantebout es claro respecto de la significación política de este cambio cuando afirma que “*la elección hecha en abril de 1962 y confirmada tras las elecciones legislativas de noviembre, de G. Pompidou como Primer Ministro indica que a partir de ese momento, es el Jefe de Estado quien gobierna, incluso si por respeto a la letra de la Constitución, una personalidad es colocada a la cabeza del Gobierno (...).*”⁵⁴ Una vez concretado el primer pilar de la presidencialismo, quedaba ahora plasmar el segundo.

La elección del Presidente de la República, a través del sufragio universal directo de la ciudadanía, no había podido realizarse en 1958 por varias razones, fundamentalmente políticas.

En primer lugar, existe una razón histórica que asocia la mencionada técnica de elección del presidente con una experiencia autoritaria. En efecto, la última vez que se dispone constitucionalmente la elección directa del Presidente había sido en la Constitución de 1848 que había entronizado a Luis Napoleón Bonaparte, que más tarde implantará un régimen imperial autoritario. Indudablemente, ese recuerdo, sumado a poco menos de un siglo de tradición de elección indirecta del presidente por ambas cámaras reunidas en Versalles, hacían inaceptable la elección directa.

En segundo lugar, existía una razón nacionalista. El Presidente de la Quinta República era asimismo presidente de la Comunidad de Naciones que intentó, fallidamente, emplazar el constituyente de 1958. Teniendo en cuenta el ominoso pasado colonialista de Francia y, asimismo, el desprestigio que había sufrido como gran potencia tras la humillación de 1940,

⁵³ Ibidem (TDA).

⁵⁴ CHANTEBOUT, Bernard, *Brève histoire politique et institutionnelle de la Ve République*, Armand Colin, París, 2004 p. 55 (TDA).

resultaba inviable conferirle a los ciudadanos de los territorios miembros de la Comunidad un valor menor al efecto de contabilizar sus sufragios. Empero, el sentimiento nacionalista y de superioridad imperante en la antigua metrópoli colonial, impedía resignarse a quedar presididos por una personalidad elegida mayoritariamente por ciudadanos no franceses. La objeción era lógica, puesto que el Presidente desempeñará un rol mucho más importante respecto de la metrópoli que respecto de los territorios de la Comunidad⁵⁵.

En tercer lugar, existe una razón política, que probablemente sea interpretada como de seguridad nacional. La finalización de la Segunda Guerra Mundial en 1945 da comienzo a la Guerra Fría entre los Estados Unidos y la Unión Soviética, nuevos amos del mundo. Francia, miembro importante de los Aliados, aunque derrotada y destruida en razón del invasor alemán, quedó sumida en una gran crisis que favoreció el ascenso del Partido Comunista. Si bien la recuperación económica es importante a través de toda la Cuarta República que sienta las bases para la reinstalación de Francia entre las principales potencias durante la Quinta República, la crisis e inestabilidad política continúa, en gran medida, debido a la falta de cohesión interna de los partidos dominantes. A causa de ello, el Partido Comunista, altamente estructurado y con miembros disciplinados al extremo y prestos a acatar las órdenes de la dirigencia partidaria, es un riesgo, sobre todo en virtud de su importante caudal electoral que se encuentra alrededor del treinta por ciento de los sufragios. Es decir que, tanto la influencia comunista en una elección de ese estilo como la posibilidad de un presidente o Gobierno encabezado por comunistas probablemente someterá a Francia al riesgo de caer en la órbita soviética.

Fundamentalmente por esas razones es que se opta por un camino intermedio, manteniendo la elección indirecta, pero diluyendo la incidencia tan nefasta del Parlamento, así como la de la gran masa de personas aglutinadas en la Comunidad. Así se construye un colegio electoral amplio, de base senatorial (es decir integrado por notables) compuesto por aproximadamente ochenta mil individuos. Dicho colegio electoral, contribuye también a minimizar el impacto de las grandes aglomeraciones urbanas (donde la izquierda y fundamentalmente el Partido Comunista son dominantes) y a

⁵⁵ El propio Michel Debré hace referencia al argumento en DEBRE, Michel, "La Constitution de 1958: sa raison d'être, son évolution", RFSP, 1978 p. 829; en el mismo sentido CAPITANT, René, Op. Cit. pp. 115-116.

sobredimensionar el peso de las comunas rurales, al efecto de asegurar una presidencia conservadora⁵⁶.

Existen elementos para conjeturar que la decisión de convocar por tercera vez a la ciudadanía a expresarse en un referéndum, esta vez en virtud del modo de elección del Presidente no se debe directamente, como se ha sostenido, al atentado perpetrado por la OAS (ejecutado por el coronel Bastien Thiry) contra De Gaulle en Petit-Clamart en agosto de 1962.

Varios de los colaboradores más cercanos al general De Gaulle coinciden en que la decisión antecede, largamente, la mera circunstancia del atentado y el temor al caos que generará el asesinato del Jefe de Estado.

Michel Debré evoca la cuestión de defensa nacional, puesto que, tras 1959 Francia se convierte en una potencia nuclear, y la credibilidad de dicho armamento reside en el carácter monocéfalo de la autoridad legítima autorizada a ejercerlo. Por otro lado, la ausencia de un bipartidismo obliga a instaurar una garantía última para el sistema, rol que debe ocupar necesariamente el Presidente electo directamente por los ciudadanos. Asimismo, Debré evoca una maduración en el pensamiento del Presidente con el transcurrir de los años tras la cual el General *"siente el deseo de ejercer verdaderamente el poder. La elección directa del presidente le confiere, más allá de su legitimidad histórica, una consagración popular, es decir de la Nación, ante la cual puede afirmarse como su guía."*⁵⁷

Por su parte, es conocida la afiliación de René Capitant a las ideas de Carré de Malberg, siendo que este último prescribe como una de las soluciones a las recurrentes crisis políticas francesas la necesidad de la elección directa del Jefe de Estado al efecto de colocar a la ciudadanía como árbitro entre aquél y el Parlamento⁵⁸. En uno de sus escritos, el propio Capitant afirma que el presidente debe ser electo directamente por los ciudadanos a través del voto, aunque esgrime el argumento ya expresado respecto de la imposibilidad de otorgar un valor similar al voto de los metropolitanos y los habitantes de los territorios de la comunidad⁵⁹.

Alain Peyrefitte, militante gaullista y protagonista activo de las administraciones en el período escribe: *"Lo creemos, lo hemos creído: es en*

⁵⁶ Recuérdese la famosa expresión de Georges Vedel "el Presidente será el elegido del centeno y la castaña" (TDA).

⁵⁷ DEBRE, Michel, Op. Cit. pp. 829-830 (TDA).

⁵⁸ Conf. ZORGBIBE, Charles, Op. Cit. p. 22.

⁵⁹ Conf. CAPITANT, René, Op. Cit. pp. 115-116.

réplica al atentado de Petit Clamart del 22 de agosto de 1962 que el General habría tenido la idea de un referéndum para establecer la elección del Presidente por el sufragio universal. Es necesario disipar esta leyenda. Quince días después de la partida de los cinco ministros del MRP⁶⁰ ya estaba totalmente decidido a concretar la reforma, que se encontraba en el germen del discurso de Bayeux de 1946 y de la cual había largamente hablado con sus colaboradores más cercanos (sobre todo tras el golpe de los Generales [en Argelia]). De allí en adelante, era urgente paliar la inseguridad parlamentaria en la cual había sido sumergido tras la partida del único partido, exceptuando a la UNR que contribuyó a la mayoría gubernamental.”⁶¹

François Luchaire, explicando que tanto para los parlamentarios de la Cuarta República como para los gaullistas la Constitución de 1958 es una suerte de “*Constitution d’attente*”, también señala que una vez concluido el drama argelino, De Gaulle podrá ejecutar el proyecto antiguamente concebido de instaurar la elección presidencial directa⁶².

En síntesis, no hay seguridad sobre la fecha exacta del convencimiento gaullista respecto del carácter central de la elección presidencial a través del sufragio directo. Sin embargo, sí es claro que responde a una maduración interna del propio Charles de Gaulle y no obedece a ningún condicionamiento externo. Así pues, creer que el texto de 1958 implicaba forzosamente la reforma o que en 1962 se devela el auténtico pensamiento de los autores de la constitución es, como ha sido señalado, “una ilusión retrospectiva”⁶³. Ello fundamentalmente en función de lo dicho con anterioridad respecto de la tensión imperante en el gaullismo entre las respectivas posturas de Michel Debré y René Capitant. Si dicha tensión se manifiesta en el propio texto constitucional, difícil es entonces pensar que la intención manifiesta de los autores de la Constitución ha sido desde un principio la instauración de la elección directa del Jefe de Estado.

⁶⁰ Mouvement Républicain Populaire, partido demócrata cristiano tradicional de la Cuarta República que se retira del gobierno en virtud de un desacuerdo mayor respecto a la política europea del general De Gaulle, quien renuncia a construir una “Europa supranacional” y se aferra a la idea de la “Europa de las naciones”. La partida data del 16 de mayo de 1962.

⁶¹ PEYREFITTE, Alain, *C’était de Gaulle*, Tome I, Fayard, París, 1995 p. 177 (TDA)

⁶² LUCHAIRE, François, “La Constitution à l’épreuve du temps”, RPP, n° 888, París, 1980 p. 26.

⁶³ Conf. DENQUIN, Jean-Marie, *La monarchie aléatoire*, PUF, París, 2001 p. 55

Es indudable que en éste período de instalación y afirmación progresiva del régimen, inicialmente signado por la "Constitución Debré", aunque con un presidente quizás demasiado influyente, se produce la evolución intelectual en De Gaulle que lo conducirá a tomar la decisión que deberá cambiar de allí en adelante el sistema político francés.

Entre los variados elementos que han sido evocados al efecto de justificar al cambio, el éxito de las primeras manifestaciones de la "Constitución Capitant" ha debido ejercer una influencia determinante en el sentido de la reforma. La oportunidad de polarizar exitosamente al electorado, tradicionalmente disperso en una multitud de opciones electorales, en torno a una respuesta binaria del tipo "sí-no" proporciona un elemento de cohesión electoral que posiblemente transformado en una opción del mismo tipo pero esta vez "por - contra" de Gaulle o proyectado a nivel parlamentario "por - contra" el partido gaullista (la identificación del Presidente con una formación electoral es parte importante del esquema) puede generar un efecto estructurante del sistema político y constituir una mayoría estable, por primera vez en décadas.

Lo cierto es que el anuncio de la realización de un referéndum del art. 11, dejando de lado el art. 89 de la Constitución, único artículo válido al efecto de llevar adelante la reforma⁶⁴ genera de por sí el efecto polarizante indudablemente esperado por los gaullistas. El argumento principal del Presidente en su alocución del 20 de septiembre de 1962 es la preocupación por la legitimidad de sus sucesores al efecto de que logren consolidar definitivamente las instituciones de 1958, puesto que él mismo se coloca fuera de esa órbita, al estar revestido, en cierto modo, de una legitimidad histórica.

El ardor con el que se debate la cuestión en el ámbito parlamentario lleva a la presentación por parte de la oposición de la novena moción de censura de la primera legislatura de la Quinta República, la cual provoca por primera y única vez hasta el momento la caída de un Gobierno. Algunos extractos de los discursos pronunciados permiten ilustrar el clima imperante.

⁶⁴ Ello en virtud de dos razones: en primer lugar, el art. 89 es el único artículo ubicado en título XIV de la Constitución, titulado "De la revisión constitucional"; en segundo lugar, dentro del antiguo título XII, intitulado "De la Comunidad", el art. 85 establecía expresamente una excepción al texto del art. 89 en materia de revisión de las disposiciones relativas a la Comunidad. Si establece manifiestamente una excepción es claro que el único artículo válido en materia de revisión reconocido por el constituyente es el art. 89.

Paul Reynaud, antiguo presidente del Consejo consultivo constitucional dice: “*Así pues, habrá un presidente de la República, elegido por el sufragio universal que decidirá sobre la vida o la muerte de Francia según haga una buena o mala política militar, una buena o mala política extranjera. Este desconocido todo poderoso no será responsable ante nadie* [en realidad sería responsable en forma directa ante el electorado, en forma coherente con el criterio de la ‘Constitución Capitant’, creando de facto una suerte de responsabilidad política del presidente]. *¿La Asamblea? La disolverá según su voluntad. (...) Los ministros, ¿podrán ser verdaderamente responsables ante el Parlamento de una política que no es la suya, que es la de su amo intocable?(...).*”⁶⁵ Gaston de Monerville, Presidente del Senado y acérrimo opositor al gaullismo, también se pronuncia vehementemente contra la reforma, afirmando, en respuesta a una declaración presidencial que afirma que tiene derecho a llevar adelante la reforma, que no solo no lo tiene sino que “lo toma”, y que lo que se les propone no es la República sino “un bonapartismo”⁶⁶. Por su parte, el primer ministro Georges Pompidou intenta defender la operación gubernamental evocando el texto del art. 11: “*Hago aquí alusión al artículo 11 de la Constitución que confía al presidente de la República, bajo proposición del Gobierno o de las dos asambleas, la posibilidad de ‘someter a referéndum todo proyecto de ley sobre la organización de los poderes públicos’.* *¿Qué podemos llamar “organización de los poderes públicos” si la totalidad de las disposiciones incluidas en la Constitución quedan excluidas?.*”⁶⁷

Finalmente, la moción de censura es votada el cuatro de octubre de 1962, habiendo obtenido 280 votos, mientras que la mayoría por alcanzar era de 241.⁶⁸ Empero, se desprende de ella no una censura al Primer Ministro y su Gobierno como implica el texto de la Constitución, sino una censura al propio presidente, lo cual traduce en cierto modo un reconocimiento a la responsabilidad política presidencial, incluso antes de haber sido electo directamente por la ciudadanía. El desafío intolerable que implica esta moción de censura aprobada no debe tener otra consecuencia posible que la

⁶⁵ Extracto del debate sobre la Novena moción de censura en PARODI, Jean-Luc, *Les rapports entre le Législatif et l’Exécutif sous la Cinquième République 1958-1962*, Armand Colin et Presses de la Fondation Nationale de Sciences Politiques, París, 1972 p. 293 (TDA).

⁶⁶ Conf. CHEVALLIER, Jean-Jacques, CARCASSONNE, Guy et DUHAMEL, Olivier, Op. Cit. p. 91.

⁶⁷ *Ibidem* p. 300 (TDA).

⁶⁸ Fuente: CHANTEBOUT, Bernard, Op. Cit. p. 452.

disolución de la Asamblea. Charles de Gaulle, el crítico por antonomasia del régimen de asamblea y los partidos políticos que lo fundaron y alentaron, no iba a permitir que el Primer Ministro, *su* Primer Ministro fuera removido por el Parlamento. Así pues es que el 9 de octubre, a menos de 20 días del referéndum, el Jefe de Estado, conforme al art. 12 de la Constitución pronuncia la disolución.

El efecto combinado del referéndum, dispuesto para el 28 de octubre, y la consecuencia evidente de la disolución de la Asamblea, es decir, la realización de elecciones legislativas el 18 y 25 de noviembre de 1962, iba a preanunciar el funcionamiento del sistema a partir de ese momento. Así, es la elección presidencial, de cuyo resultante emerge una "mayoría presidencial"⁶⁹, la que estructurará la vida política francesa y moldeará a su vez la "mayoría legislativa", generando un acople entre ambas que durará ininterrumpidamente hasta 1986 y quedará definitivamente plasmado a partir de la revisión constitucional de 2000 que implanta el quinquenio presidencial y hace preceder la elección presidencial a las elecciones a la Asamblea.

En el caso de 1962, es el referéndum el que actúa como elección presidencial por sufragio universal directo. Ello se desprende de la puesta en juego por parte del presidente de su propia continuidad en el cargo. En efecto, en la alocución del 26 de octubre previa a la consulta dice: "*Ahora bien, nuestra Constitución para funcionar efectivamente, exige precisamente que el Jefe de Estado sea único. Desde hace cuatro años yo he desempeñado ese rol. Se trata, para el pueblo francés, de decir, el domingo, si debo continuar. (...) Estoy seguro de que vosotros diréis '¡Sí!', porque vosotros sentís que, si la nación francesa, ante sí misma o ante el mundo, renegara de De Gaulle, o incluso no le acordara más que una confianza vaga y dudosa, su tarea histórica sería imposible y, por ende, terminada, pero, por el contrario, él podrá y deberá continuarla si, en masa, vosotros lo queréis.*"⁷⁰

El resultado del referéndum no es, sin embargo, masivamente favorable al "sí", y hasta podría haberse interpretado si la mayoría lograda efectivamente por la propuesta no es "vaga o dudosa" como había dicho el propio De Gaulle. En efecto, menos de 13 millones de personas sobre 21 millones votan por "sí", aproximadamente el 62% de los sufragios, aunque

⁶⁹ Concepto central que será desmenuzado en el segundo capítulo.

⁷⁰ GAULLE, Charles de, *Discours et messages*, volume IV, Plon, París, 1970 pp. 40-41 (TDA).

dicha cifra desciende al 46% si se toman en cuenta los votantes inscriptos. Sin embargo, se interpreta positivamente el resultado y el presidente continúa en funciones, a la espera seguramente del resultado de las elecciones legislativas.

Contrariamente a lo ocurrido con anterioridad, y constituyendo un elemento más de ponderación del nuevo rol políticamente responsable del presidente, ya vinculado directamente a una formación electoral, De Gaulle se involucra directamente en la campaña, solicitando que la segunda consulta no vaya en contra de la primera⁷¹. Al ponderar los resultados, es evidente que el electorado responde positivamente a las nuevas reglas de juego político impulsadas por el Presidente, anudando una consulta a la otra. Así conforma una mayoría clara y compacta en el hemiciclo, hecho prácticamente inédito en la historia parlamentaria francesa: en total los gaullistas tras fusionar la UNR y la UDT⁷² obtienen 256 bancas, quedando a sólo 9 bancas de la mayoría. Sin embargo, el apoyo del partido de los Republicanos Independientes⁷³, encabezado por Valéry Giscard d'Estaing que se ha sumado a los apoyos al general De Gaulle, con sus 35 bancas permite superar largamente la cifra a la cual no han podido llegar de por sí los gaullistas⁷⁴. Esta sumatoria de únicamente dos familias políticas, gaullistas y centristas giscardistas, da inicio al fenómeno del "hecho mayoritario" y significa el afianzamiento definitivo del nuevo régimen y la instalación del sistema político actual en Francia.

BIBLIOGRAFÍA

Obras

ARDANT, Philippe, *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, 19eme éd., L.G.D.J, París, 2007.

⁷¹ Conf. MEKHANTAR, Joël, Op. Cit. p. 601. Marcada diferencia con las primeras elecciones legislativas de la Quinta República cuando de Gaulle prohíbe a los candidatos del UNR que utilicen su nombre, incluso en forma de adjetivo. Ello constituye claramente un indicio de la evolución gaullista respecto al creciente rol presidencial.

⁷² Union Démocratique du Travail, agrupación gaullista de tendencia izquierdista.

⁷³ Escisión del Centro Nacional de Republicanos Independientes y Paisanos, partido fuerte de la Cuarta República.

⁷⁴ Fuente: CHEVALLIER, Jean-Jacques, CARCASSONNE, Guy et DUHAMEL, Olivier, Op. Cit. p. 96.

- AVRIL, Pierre, *La Ve République: histoire politique et constitutionnelle*, coll. Droit Fondamental, PUF, Paris, 1994.
- *Le régime politique de la Ve République*, coll. Bibliothèque Constitutionnelle et de Science Politique, T° 8, LGDJ, Paris, 1975.
- BRANCHET, Bernard, *Contribution à l'étude de la Constitution de 1958 : Le contreseing et le régime politique de la Ve République*, coll. Bibliothèque Constitutionnelle et de Science Politique, T° 82, LGDJ, Paris, 1996.
- CAPITANT, René, *Démocratie et participation politique*, coll. Études, Bordas, Paris, 1972.
- CHANGNOLLAUD, Dominique et QUEREMONNE, Jean-Louis, *La Ve République*, IV volumes, Flammarion, Paris, 2000.
- CHANTEBOUT, Bernard, *Droit Constitutionnel*, 22 éd., Armand Colin, Paris, 2005.
- *Brève histoire politique et institutionnelle de la Ve République*, Armand Colin, Paris, 2004.
- CHEVALLIER, Jean-Jacques, CARCASSONNE, Guy et DUHAMEL, Olivier, *Histoire de la Ve République, 1958-2007*, Dalloz, Paris, 2007.
- COMITE NATIONAL CHARGE DE LA PUBLICATION DES TRAVAUX PREPARATOIRES DES INSTITUTIONS DE LA VE REPUBLIQUE, *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, III volumes, LDF, Paris, 1987.
- DEBRE, Jean-Louis, *Les idées constitutionnelles du général de Gaulle*, coll. Bibliothèque Constitutionnelle et de Science Politique, T° XLIX, LGDJ, Paris, 1974.
- DENQUIN, Jean-Marie, *1958 – La genèse de la Ve République*, PUF, Paris, 1988.
- *La monarchie aléatoire*, PUF, Paris, 2001.
- DUHAMEL, Olivier et PARODI, Jean-Luc –directeurs–, *La Constitution de la Cinquième République*, coll. Références, Presses de la Fondation Nationale de Sciences Politiques, Paris, 1988.
- GAULLE, Charles de, *Discours et messages*, V volumes, Plon, Paris, 1970.
- GICQUEL, Jean, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 19eme éd., coll. Domat - Droit public, Montchrestien, Paris, 2003.
- HAMON, Francis, et Troper (Michel), *Droit Constitutionnel*, 30 éd., LGDJ, Paris, 2007.
- INSTITUT CHARLES DE GAULLE ET ASSOCIATION FRANCAISE DE SCIENCE POLITIQUE, *De Gaulle et ses Premiers ministres: 1959-1969*, coll. Espoir, Plon, Paris, 1990.

- MAUS, Didier –directeur–, *Les grands textes de la pratique constitutionnelle de la Ve République*, La documentation française, Paris, 1998.
- MEKHANTAR, Joël, *Droit Politique et Constitutionnel*, 2eme éd, coll. Droit Public et Sciences Politiques, ESKA, Paris, 1999.
- PARODI, Jean-Luc, *Les rapports entre le Législatif et l'Exécutif sous la Cinquième République 1958-1962*, Armand Colin et Presses de la Fondation Nationale de Sciences Politiques, Paris, 1972.
- PEYREFITTE, Alain, *C'était de Gaulle*, Tome I, Fayard, Paris, 1995.
— *C'était de Gaulle*, Tome II, Fayard, Paris, 1997.

Artículos

- ARDANT, Philippe, "L'article 5 et la fonction présidentielle", *Pouvoirs*, n° 41, Paris, 1987 p. 37.
- BURDEAU, Georges, "La Conception du Pouvoir selon la Constitution Française du 4 Octobre 1958", *RFSP*, Paris, 1959 p. 87.
- CARCASSONNE, Guy, "Le Premier ministre et le domaine dit réservé", *Pouvoirs*, n° 83, Paris, 1997 p. 65.
— "Les rapports du Président français et du Premier ministre", *RFAP*, Paris, 1997 p. 397.
- CHANTEBOUT, Bernard, "La dissuasion nucléaire et le pouvoir présidentiel", *Pouvoirs*, n° 38, Paris, 1986 p. 21.
- COHEN, Samy, "Monarchie nucléaire, dyarchie conventionnelle", *Pouvoirs*, n° 38, Paris, 1986 p. 13.
- DEBRE, Michel, "La Constitution de 1958: sa raison d'être, son évolution", *RFSP*, Paris, 1978 p. 817.
— "La Nouvelle Constitution", *RFSP*, Paris, 1959, p. 7.
- DUVERGER, Maurice, "Les Institutions de la Cinquième République", *RFSP*, Paris, 1959 p. 101.
- LUCHAIRE, François, "La Constitution à l'épreuve du temps", *RPP*, Paris, n° 888, 1980 p. 19.

ENSAYOS

ANÁLISIS DE LOS CONTRATOS DISCOGRÁFICOS MÁS USUALES: EL DE PRODUCCIÓN FONOGRAFICA Y EL DE LICENCIA

DANIEL BAJARLÍA*

Resumen: En este trabajo se analizarán los dos contratos más utilizados en la industria discográfica, el de producción fonográfica y el de licencia. El primero es un híbrido entre la locación de obra y el contrato de edición, mientras que el segundo es una cesión de derechos imperfecta, al igual que las licencias industriales. Ambos tienen características particulares debido a que su objeto es una obra de propiedad intelectual. El análisis teórico y jurídico de estos contratos será combinado con anécdotas reales de la industria musical, que muestran la aplicación práctica de sus cláusulas y de los posibles conflictos de derechos que pueden surgir entre las partes.

Abstract: This article will analyze the two contracts most used in the record industry—the phonograph production contract and the license contract. Phonograph production contracts are an hybrid type between a manufacture contract and an edition contract, while license contracts are an imperfect assignment of rights, as industrial licenses. Both have special features given the fact that their subject matter is an intellectual property work. The theoretical and legal analysis of these contracts will be combined with real anecdotes of the music industry showing the practical application of its provisions and the possible conflict of rights that may arise between parties.

Palabras clave: Contrato de producción fonográfica– Contrato de licencia de fonogramas– Características - Explotación digital.

* **Estudiante de Abogacía (UBA) y Periodista (TEA). Agradezco a la cátedra de Contratos de la Dra. Garrido, que me incentivó a escribir este ensayo. Dedico este trabajo a mi abuelo Samuel, a mi familia y a Tamara Hochman.**

Keywords: Phonograph production contract – phonograms license contract – Digital exploitation.

I. INTRODUCCIÓN

Una de las industrias culturales más fuertes de los últimos setenta años es la discográfica. Históricamente, los sellos basaron su negocio en la comercialización de fonogramas —es decir, música grabada— cuyo soporte fue cambiando a través del tiempo, de los discos de pasta hasta el MP3, para el disfrute individual de las personas.

Para llevar a cabo este negocio, es necesario adquirir las grabaciones realizadas por los artistas o intérpretes, ya sea de forma absoluta o relativa. Para eso se utilizan comúnmente dos contratos, el de producción fonográfica —también llamado de grabaciones sonoras— y el de licencia.

En este trabajo se analizarán ambos contratos, que no son más que variantes e híbridos de otros contratos tipo. De hecho, la producción fonográfica es prácticamente una locación de obra y la licencia, una cesión de derechos, pero su objeto, al tratarse de una obra intelectual de múltiple explotación, les otorga ciertas particularidades que hacen necesaria su distinción.

II. CONCEPTO

No hay una definición estandarizada del contrato de producción fonográfica dado su parecido con la locación de obra y el contrato de edición. El primero está definido en el Código Civil, de cuyo art. 1493 se desprende que habrá locación de obra cuando dos partes se obliguen recíprocamente, una a ejecutar una obra y la otra a pagar por ella un precio determinado en dinero. El concepto del segundo está en el art. 37 de la ley de Propiedad Intelectual (Ley 11.723) que establece que “Habrá contrato de edición cuando el titular del derecho de propiedad sobre una obra intelectual se obliga a entregarla a un editor y éste a reproducirla, difundirla y venderla”.

Como se verá más adelante al analizar su naturaleza jurídica, el contrato de producción fonográfica se asemeja mucho al de locación de obra, donde el artista o intérprete representaría al locador que debe realizarla y el productor, que suele ser una compañía discográfica, al dueño.

Con respecto a su parecido con el contrato de edición, a pesar de que la Ley 11.723 expresa que se aplica a cualquier forma de reproducción o

publicación, el contrato de producción fonográfica no se enmarca exactamente en esta definición porque, si bien es obligación del productor reproducir, difundir y vender los fonogramas, éstos, de acuerdo con la mayoría de la doctrina nacional e internacional, no son obras, pues ni el productor ni en muchos casos los intérpretes son los autores de ellas¹. Es pertinente a los fines de este trabajo aclarar que una obra musical consiste en la partitura de la música y en el manuscrito de su lírica, mientras que el fonograma es “la fijación técnica de una interpretación donde [puede intervenir] un autor que es el creador y el artista ejecutante [...] que interpreta la obra. Hay reproducción y no transformación”². El productor tiene análogos derechos y obligaciones a todo editor, en cuanto se encarga de la explotación, pero, a diferencia de éste, él es el propietario de las grabaciones. Esto significa que pueden existir diferentes fonogramas de la misma obra. De ahí la existencia de los llamados *covers* o “versiones”, que son canciones reinterpretadas y regrabadas por otros artistas, ya que la autoría se mantiene intacta a pesar de los arreglos y alteraciones que puedan hacerle a la composición original.

La ley de Nicaragua sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos define este contrato, al que llama de “producción audiovisual” debido a que también incluye a los videogramas, en su art. 75: “Se entiende por contrato de producción audiovisual aquel en virtud del cual los autores de una obra de ese género se obligan frente al productor a aportar a la creación de la obra sus respectivas contribuciones intelectuales mediante la cesión de los derechos de explotación que se estipulen”.

No estamos completamente de acuerdo con esta definición; En primer lugar, porque la grabación del fonograma no es realizada por los autores sino por los intérpretes, aunque ambas calidades recaigan sobre los mismos sujetos. En segundo lugar, la obligación de dar aportes a la obra original no es la única, ya que en la mayoría de los casos se intenta reproducirla tal cual fue concebida, especialmente si los autores son a la vez los intérpretes de las composiciones. Además, la contribución del intérprete a una obra no lo hace autor de ella, por lo que no deben ser confundidos. Asimismo, la redacción de la última parte es poco feliz porque confunde el contrato de producción fonográfica con el de licencia al decir “...mediante la cesión

¹ LIPSZYC, Delia y Villalba, Carlos, *El Derecho de Autor en la Argentina*, La Ley, Buenos Aires, 2001, p. 237.

² SATANOWSKY, Isidro, *Derecho Intelectual*, Buenos Aires, TEA, 1954, T. I, p. 347.

de los derechos de explotación que se estipulen”. El productor en aquel contrato es dueño del fonograma porque su fijación se hace a su costa, mientras que en la licencia sí le son cedidos sus derechos, ya sea de forma absoluta o relativa. Esto no significa que el intérprete no ceda al productor determinados derechos para hacer una explotación más efectiva de sus interpretaciones grabadas, como se verá durante el desarrollo de este trabajo.

En síntesis, el contrato de producción fonográfica es aquel en el cual el artista o intérprete se obliga a interpretar obras musicales para su fijación técnica y entregarlas al productor –que puede ser una persona física o jurídica– a cambio de una retribución en dinero, ya sea una suma determinada o, como sucede en la mayoría de los casos, un porcentaje de las ventas de los fonogramas creados. Su explotación es a cuenta y riesgo del productor.

El contrato de licencia de fonogramas, por su parte, consiste en “ceder a alguien la facultad de explotar de determinada manera uno o más fonogramas que se administran o de los que se es titular”³. De la definición se desprende la principal diferencia con la cesión de derechos: aquí sólo se entrega el derecho a explotar un fonograma en un territorio y de una forma determinados, mas no los derechos del objeto mismo, por lo que su uso es mucho más restringido. Si la transferencia de derechos es completa entonces habrá un contrato de cesión y no de licencia.

Las partes en la licencia son el licenciante y el licenciado. El primero es el propietario de los fonogramas, generalmente el productor o el sello, aunque también pueden ser los intérpretes que quieren explotar su creación –por lo que necesitan de una compañía discográfica para su difusión, distribución y venta–, pero que no están dispuestos a ceder la propiedad de sus fonogramas. El licenciado es quien está autorizado a explotar los fonogramas durante un período determinado en un territorio y soporte expresamente individualizados.

III. NATURALEZA JURÍDICA

Si bien se asimila el contrato de producción fonográfica al de edición porque la Ley 11.723 aclara que éste “se aplica cualquiera sea la forma o

³ MÁSPERO, Pablo, *Aspectos Legales de la Industria Discográfica*, dossier de capacitación organizado por CAPIF y el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2005, p. 4.

sistema de reproducción o publicación”, porque las obligaciones de las partes son casi las mismas y porque incluye a los fonogramas entre los objetos que protege⁴, en realidad se rige básicamente por las disposiciones de la locación de obra. Su obligación principal es de resultado, es decir, la fijación de una interpretación y la entrega de los correspondientes fonogramas, que son obras inmateriales de acuerdo al concepto de “obra” del Derecho Civil, que Roque Garrido y Jorge Zago definen como “todo resultado a producir por la actividad o por el trabajo”⁵. No obstante, los intérpretes tienen derechos de carácter moral y patrimonial que el productor debe respetar. Entre los primeros se encuentran el no divulgar una interpretación si el intérprete se opone porque podría ocasionarle un perjuicio y el derecho del artista a ser asociado con su actuación, por ejemplo, poniendo su nombre en la tapa del álbum. Los últimos, por su parte, consisten en recibir una retribución por la fijación de sus interpretaciones y por la utilización de fonogramas en la radiodifusión y la comunicación al público (son las llamadas “utilizaciones secundarias”), tal como lo establece el primer párrafo del artículo 56 de la Ley de Propiedad Intelectual⁶.

El parecido de este contrato con el de edición radica en que las obligaciones y derechos de las partes son prácticamente los mismos, además de que su objeto está tutelado por la Ley 11.723. Sin embargo, no podría considerárselo como tal principalmente porque una de sus partes no es el autor o el titular de los derechos de la obra, sino el intérprete, que se limita

⁴ “Art. 1º. — A los efectos de la presente Ley, las obras científicas, literarias y artísticas comprenden los escritos de toda naturaleza y extensión, entre ellos los programas de computación fuente y objeto; las compilaciones de datos o de otros materiales; las obras dramáticas, composiciones musicales, dramático-musicales; las cinematográficas, coreográficas y pantomímicas; las obras de dibujo, pintura, escultura, arquitectura; modelos y obras de arte o ciencia aplicadas al comercio o a la industria; los impresos, planos y mapas; los plásticos, fotografías, grabados y *fonogramas*, en fin, toda producción científica, literaria, artística o didáctica sea cual fuere el procedimiento de reproducción”.

⁵ GARRIDO, Roque y ZAGO, Jorge, *Contratos civiles y comerciales*, Universidad, Buenos Aires, 2006, tomo II, p. 349. Es necesario aclarar que para el Derecho de Autor la interpretación no constituye una obra.

⁶ “Art. 56: El intérprete de una obra literaria o musical, tiene el derecho de exigir una retribución por su interpretación difundida o retransmitida mediante la radiotelefonía, la televisión, o bien grabada o impresa sobre disco, película, cinta, hilo o cualquier otra sustancia o cuerpo apto para la reproducción sonora o visual. No llegándose a un acuerdo, el monto de la retribución quedará establecido en juicio sumario por la autoridad judicial competente”.

a ejecutarla, a pesar de que la calidad de autor y ejecutante pueden recaer sobre el mismo sujeto. Si bien su trabajo requiere del conocimiento de la obra y la técnica, su aporte no es tutelado por el régimen del derecho de autor. En efecto, los derechos de los intérpretes se encuadran dentro de los denominados derechos conexos, al igual que los de los productores y organismos de radiodifusión, que protegen a aquellos sujetos que intervienen en la ejecución e interpretación de la obra, es decir, a quienes están “en conexión” con ella⁷.

De hecho, el contrato existente entre los autores y los productores de fonogramas es el que han suscripto la Sociedad Argentina De Autores y Compositores (SADAIC) y la Cámara Argentina de Productores de Fonogramas y Videogramas (CAPIF), las entidades que los nuclean. Se trata del contrato tipo BIEM-IFPI⁸ en el que los autores autorizan, a través de la entidad de gestión colectiva que los representa, a que cualquier productor pueda grabar sus obras sin carácter de exclusividad. Su razón de ser es que “se considera que en materia de reproducción mecánica, a los creadores les resulta más conveniente que sus obras sean explotadas por todos los productores a través de diversas interpretaciones o ejecuciones, siempre que sometan estas actividades al control de la Sociedad [de autores] y cumplan con sus obligaciones [de pagar una remuneración, mantener incólume la obra, entre otras]. Por ello, todos los productores tienen el mismo derecho a acceder a la totalidad de las obras del repertorio, y si un autor decide que su obra no sea grabada, la prohibición tendrá efectos respecto de todos los productores, con una excepción: que la prohibición se dirija a un productor en particular como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones”⁹. En resumen, el productor en la Argentina no requiere la autorización del autor en forma directa para fijar sus obras sino que es suficiente con que éste lo haya permitido a través de SADAIC, que se encarga, entre otras funciones, de gestionar sus composiciones.

⁷ “Los derechos conexos son institutos que regulan bienes inmateriales (la interpretación, la grabación, la radiodifusión) con contenido económico que pueden ser apropiados por terceros, de lo cual deriva la necesidad de su tutela”. (LIPSZYC Delia y VILLALBA, Carlos, *El Derecho de Autor en la Argentina*, La Ley, Buenos Aires, 2001, p. 212).

⁸ El BIEM es la entidad que agrupa a los autores y compositores de todo el mundo, mientras que la IFPI es su análogo pero con respecto a los sellos discográficos, es decir, los productores de fonogramas.

⁹ LIPSZYC, Delia, *Derecho de Autor y Derechos Conexos*, Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, 2001, pp. 329 y 330.

Tampoco es un contrato de edición porque mientras los autores no ceden al editor la propiedad de su obra, los intérpretes deben entregar al productor los fonogramas porque éstos le pertenecen, sin perjuicio de los derechos que aquellos tienen por su interpretación.

Al igual que la edición, existe un punto en común con el contrato de sociedad porque ambos comparten las ganancias, pero se diferencia de éste porque las pérdidas sólo son asumidas por el productor, quien explota los fonogramas por su cuenta y riesgo y afronta la inversión en publicidad, difusión y distribución, así como la de la fijación de las interpretaciones. Los únicos gastos efectuados por el intérprete son los de los ensayos previos a la grabación y las remuneraciones de los músicos cesionistas que requiera para interpretar las obras, que incluso podrían llegar a ser costeadas por el productor. Además, el intérprete no obtiene ingresos sólo de la venta de los fonogramas sino también de la radiodifusión y la ejecución pública.

El contrato de licencia, por su parte, está regido por las disposiciones del contrato de cesión. Efectivamente, la licencia es una cesión de derechos, los de explotación de ciertos fonogramas que pertenecen al repertorio del licenciante, pero con la salvedad de que no se lleva a cabo una transferencia plena de su dominio, sino que a cambio de una retribución, se permite su difusión, distribución y venta en un territorio, tiempo y soporte determinados. En otras palabras, la licencia es un “permiso” para explotar fonogramas por parte de su titular.

IV. CARACTERES

El contrato de producción fonográfica al estar enmarcado dentro de la locación de obra tiene los siguientes caracteres:

- Es bilateral: porque del contrato nacen obligaciones para ambas partes.
- Es oneroso: la prestación de una de las partes es consecuencia de la realizada por la otra. En este caso, el intérprete recibe una retribución y/o un porcentaje de las ventas por su trabajo.
- Es consensual: pues se perfecciona con el mero consentimiento de las partes. Vale la pena destacar que el artista no sólo está obligado a interpretar las obras para su fijación, sino que también debe realizar ciertas acciones en pos de su promoción.
- Es conmutativo: las partes conocen al celebrar el contrato cuáles son sus derechos y obligaciones y los beneficios que obtendrán.

- Es atípico: este contrato no está expresamente regulado en el ordenamiento jurídico nacional. Sin embargo, posee una tipicidad social, ya que existe un modelo que ha sido adoptado por la mayoría de los productores de la industria discográfica nacional y mundial. Como ya se ha dicho, pertenece al género de las locaciones de obra y se rige en la mayoría de los casos por sus disposiciones. Las particularidades que tiene están dadas por su relación con el contrato de edición por tratarse de derechos conexos o vecinos del de los autores regulados por la Ley de Propiedad Intelectual.
- Es innominado: este contrato a veces ni siquiera es llamado así por las partes que lo celebran, sino que lo denominan directamente “locación de obra” a pesar de sus diferencias.
- Es formal: pero *ad probationem*. Las obligaciones de las partes son numerosas, por lo que se hace necesario que estén claramente individualizadas. Sin embargo, en la práctica hay algunas cláusulas o adendas que se perfeccionan oralmente. Por ejemplo, a veces se requiere de la participación del artista en una determinada acción de marketing que no había sido prevista en el contrato, pero que se puede acordar con un simple llamado telefónico.
- Es comercial: podría considerarse un contrato comercial al igual que el de edición en virtud del art. 7° del Código de Comercio que establece que “si un acto es comercial para una sola de las partes, todos los contrayentes quedan por razón de él, sujetos a la ley mercantil”. Como el productor comercializa los fonogramas la mayor parte de la doctrina considera que se trata de un contrato comercial.
- Es *intuitu personae* en lo que respecta a los intérpretes principales. De ahí que sus derechos sean intransferibles si no están autorizados expresamente por el productor.

El contrato de licencia, al tratarse de una especie de cesión, posee los siguientes caracteres:

- Es bilateral: el contrato genera obligaciones para las dos partes.
- Es oneroso: en virtud de que el licenciado obtiene los derechos para explotar las obras del licenciante a cambio de una retribución que suele ser un porcentaje de las ventas.
- Es consensual: se perfecciona con el mero consentimiento de las partes a pesar de que la obligación principal es de dar, o sea, de entregar los fonogramas objeto del contrato.

- Es conmutativo: las partes conocen *ab initio* sus obligaciones, ventajas y desventajas.
- Es típico y nominado: si bien en la Argentina no está regulado específicamente, su utilización está contemplada en algunas leyes, como en la de Marcas (Ley 22.362), pues este contrato se utiliza en otras industrias, como la del software, pero también es usado por las empresas para transmitir modelos industriales y el *know-how* de determinados procesos. Algunos países, como España y Brasil, lo han regulado en las leyes de patentes y propiedad industrial¹⁰.
- Es formal: se requiere la forma escrita *ad probationem*.
- Es comercial: porque tanto el licenciante como el licenciado se dedican a la explotación de los fonogramas y realizan actos de comercio. De hecho, se considera a la licencia, en todas sus aplicaciones, un contrato de empresa. Cuando el intérprete es el licenciante, la licencia también se enmarca en el Derecho Mercantil por aplicación del art. 7º del Código de Comercio.

V. CAPACIDAD

No hay un régimen de capacidad específico para ninguno de los dos contratos analizados, por lo que se exige la capacidad genérica, es decir, los sujetos no deben estar dentro de los supuestos del art. 1160 del Código Civil¹¹. Es muy común que en la producción fonográfica alguno de los intérpretes sea incapaz, por lo que en ese caso el contrato deberá ser firmado por sus padres o tutores.

¹⁰ En España se encuentra en la Ley de Patentes 11 y en Brasil en la Ley 9.279, Ley de la Propiedad Industrial.

¹¹ Art. 1160: “No pueden contratar los incapaces por incapacidad absoluta, ni los incapaces por incapacidad relativa en los casos en que les es expresamente prohibido, ni los que están excluidos de poderlo hacer con personas determinadas, o respecto de cosas especiales, ni aquellos a quienes les fuese prohibido en las disposiciones relativas a cada uno de los contratos, ni los religiosos profesos de uno y otro sexo, sino cuando comprasen bienes muebles a dinero de contado, o contratasen por sus conventos; ni los comerciantes fallidos sobre bienes que correspondan a la masa del concurso, si no estipularen concordatos con sus acreedores”.

VI. ELEMENTOS ESENCIALES Y PARTICULARES

1. Consentimiento y causa-fin

Tanto en el contrato de producción fonográfica como en el de licencia, el libre consentimiento de las partes es un requisito esencial. En el caso particular del primero, en coincidencia con la locación de obra, éste se concreta con “la finalidad de *realizar, conforme a las reglas del arte, una obra determinada*”¹². Esto significa que “*la causa-fin específica es sujetar la realización de la obra a las reglas del arte, cuyo conocimiento previo no puede ignorarse por las partes*”¹³.

En el contrato de licencia, en cambio, la causa-fin específica es otorgar al licenciado la autorización para explotar los fonogramas del licenciante en un tiempo, territorio y soporte determinados.

2. Objeto

El objeto en ambos contratos es el mismo: la explotación de fonogramas. El fonograma es, según la Convención de Roma¹⁴, “toda fijación exclusivamente sonora de los sonidos de una ejecución o de otros sonidos”, es decir, se trata de un bien inmaterial: el sonido. Este concepto abarca tanto a las interpretaciones de canciones como a los efectos de sonido y voces grabados, sin importar el soporte en el que se fijen, pues éste ha cambiado a través del tiempo.

Es necesario aclarar que el negocio del productor se basa en la venta de fonogramas para uso personal, es decir, para que su adquirente los escuche dentro de su círculo íntimo, por lo que queda excluida su ejecución pública y la radiodifusión¹⁵, cuyas regalías son percibidas por los autores,

¹² GARRIDO, Roque y Zago, Jorge, *Contratos civiles y comerciales*, Universidad, Buenos Aires, 2006, tomo II, p. 357. En bastardilla en el original.

¹³ *Op. Cit.* En bastardilla en el original.

¹⁴ Convención internacional sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión adoptada en 1961. La definición se encuentra en el art. 3.b.

¹⁵ La ley de Derecho de Autor de Panamá establece en el segundo párrafo de su art. 80 que “*La autorización concedida al productor fonográfico [del autor para fijar la interpretación de la obra] no comprende el derecho de ejecución pública de la obra contenida en el fonograma. El productor deberá hacer esa reserva en la etiqueta adherida al disco, dispositivo o mecanismo en que se reproduzca el fonograma*”.

intérpretes y productores por otra vía. De hecho, los órganos de radiodifusión y los locales que ponen música incidental o para bailar son quienes deben pagar a las entidades de gestión colectiva una suma determinada por la reproducción pública de los fonogramas. Esto ya había sido establecido por la jurisprudencia antes de la sanción de la Ley 11.723 en el caso “Corsini y otros” –una causa promovida en 1930 por Ignacio Corsini, Carlos Gardel y Jorge Razzano para solicitar la suspensión de la transmisión de grabaciones interpretadas por ellos- en el que la Cámara hizo lugar a la demanda al admitir que “la compra de un disco no autoriza su difusión por medio de aparatos radiotelefónicos”¹⁶.

El Decreto 41.233/34, reglamentario de la Ley de Propiedad Intelectual, distingue perfectamente entre comunicación pública y privada y establece el derecho de los autores, intérpretes y productores a recibir una retribución por la primera:

“Art.33: A los efectos del art. 36 de la Ley 11.723 [referida a los derechos de los autores sobre la ejecución pública de una obra], se entiende por representación o ejecución pública aquella que se efectúe -cualquiera que fueren los fines de la misma- en todo lugar que no sea un domicilio exclusivamente familiar y, aun dentro de éste, cuando la representación o ejecución sea proyectada o propalada al exterior”¹⁷. Se considerará ejecución pública de una obra musical la que se efectúe por los ejecutantes o cantantes, así como también la que se realice por medios mecánicos: discos, films sonoros, trasmisiones radiotelefónicas y su retransmisión o difusión por altavoces”.

“Art. 35: Los discos fonográficos y otros soportes de fonogramas no podrán ser comunicados al público, ni transmitidos o retransmitidos por radio y/o televisión, sin autorización expresa de sus autores o sus derechohabientes.

Sin perjuicio de los derechos que acuerdan las leyes a los autores de

¹⁶ Hay un número considerable de jurisprudencia que trata esta cuestión que fue debidamente recopilada por Delia Lipszyc y Carlos Villalba en *El Derecho de Autor en la Argentina* (La Ley, Buenos Aires, 2001). Podemos citar, entre otros, “Divertimento S.R.L. (Olaf Disco-teque) c. SADAIC”, “SADAIC c. El Trébol S.A.” y “Rasmussen, Justino y otro”.

¹⁷ De ahí que en todo disco aparezca el pie legal con la inscripción “Reservados todos los derechos del productor, de los autores y de los intérpretes de las obras reproducidas en este ejemplar. Prohibida la reproducción, regrabación, alquiler, préstamo, canje, ejecución pública, radiodifusión y cualquier otro uso no autorizado de estos fonogramas”.

la letra y a los compositores de la música y a los intérpretes principales y/o secundarios, los productores de fonogramas o sus derechohabientes tienen el derecho de percibir una remuneración de cualquier persona que en forma ocasional o permanente, obtenga un beneficio directo o indirecto con la utilización pública de una reproducción del fonograma; tales como: organismos de radiodifusión, televisión, o similares; bares; cinematógrafos; teatros; clubes sociales; centros recreativos; restaurantes; cabarets, y en general quien los comunique al público por cualquier medio directo o indirecto. No será necesario abonar compensación alguna por utilidades ocasionales de carácter didáctico, o conmemoraciones patrióticas, en establecimientos educacionales oficiales o autorizados por el Estado”.

Los contratos de producción fonográfica también fueron evolucionando y en la actualidad, a causa la crisis que sufre la industria por la piratería y la distribución gratuita e ilegal de fonogramas a través de Internet (más precisamente de las redes P2P), contemplan otros negocios y por consiguiente otras obligaciones para las partes. Son los llamados “Contratos 360°”, los cuales establecen que, además de las ganancias provenientes de la explotación de los fonogramas, los productores o sellos discográficos obtendrán un porcentaje de los ingresos provenientes de las entradas de los shows y de la venta de merchandising a cambio de la difusión de los artistas en todos los medios posibles. Las versiones más modernas de estos contratos, realizados principalmente por los sellos multinacionales, se centran en la producción de recitales y el management y tienen la edición del disco como un elemento secundario, lo que en algunos casos desnaturaliza completamente al contrato.

Por otra parte, puede ser objeto del contrato de licencia el catálogo completo del productor licenciante, un álbum o *master* -que es la grabación original o matriz- o un *track* o pista, es decir, un fonograma determinado. Este último se aplica para la producción de compilados. También puede extenderse a otros bienes, como el arte de los álbumes, las fotografías de los artistas y los videogramas, que se utilizan con fines promocionales y comerciales.

3. La retribución

En los dos contratos es esencial que el productor pague una retribución por los fonogramas, tanto al intérprete como al productor licenciante. En la

práctica se suele pagar un adelanto de regalías al celebrarse el contrato y luego trimestralmente éstas son liquidadas por el productor de acuerdo a la cantidad de fonogramas vendidos. La regalía es el porcentaje de las ganancias generadas por las ventas que le corresponde al artista o al licenciante. Hablamos de fonogramas y no de discos vendidos porque muchas veces los fonogramas son incluidos en compilados junto a otros de diferentes intérpretes o licenciantes, por lo que se hace necesario liquidar cada grabación de forma individual.

4. Plazo, territorio y soporte

En el contrato de licencia, al no pertenecer los fonogramas al productor licenciado, es necesario delimitar los derechos que éste tiene para explotar las grabaciones licenciadas con respecto al tiempo (generalmente se establece un plazo de tres años prorrogable), al territorio (puede permitirse su explotación en todo el mundo, algo que ocurre cuando el licenciante es un intérprete, pero cuando se trata de un productor se suele acordar uno o más países determinados) y al soporte. En cuanto al último, si bien es posible la explotación en cualquiera de los existentes, en la mayoría de los casos se restringe la edición de los fonogramas en formatos físicos (discos compactos y cassettes), aunque es cada vez más común la autorización para la explotación en la telefonía móvil de los llamados *tru tones*, que son fragmentos de una grabación que adquiere un individuo para que suene en su celular al recibir una llamada. Los productores, empero, son más renuentes a permitir la explotación a través de Internet porque las tiendas digitales más importantes, como iTunes de Apple, venden a todo el mundo, por lo que se hace innecesario depender de otro productor para comercializar los fonogramas en otros países.

En el contrato de producción fonográfica también se pacta un plazo determinado que suele estar sujeto a la cantidad de álbumes y/o fonogramas que el artista debe grabar. Por ejemplo, se puede establecer que en tres años el intérprete debe entregar anualmente un disco de estudio más uno en vivo.

VII. OBLIGACIONES DE LAS PARTES

Como ya se había anticipado, los derechos y obligaciones de las partes en el contrato de producción fonográfica son prácticamente los mismos que los de la edición.

Obligaciones del intérprete:

- Entregar los fonogramas debidamente terminados al productor en el plazo convenido y con los estándares de calidad, requerimientos técnicos e indicaciones que le dé el productor –por lo que deberá repetir su interpretación las veces que sea necesario- y con carácter de exclusividad para éste por ser el propietario de los fonogramas. Esto significa que no podrá fijar las mismas interpretaciones para otro productor, ya sea a perpetuidad o por un plazo determinado, que suele ser de diez años, ni tampoco en otros países, salvo pacto en contrario. La única salida que encuentran los productores para poseer de alguna manera las interpretaciones de otro es a través de la fijación de éstas en directo, es decir, a través de la edición de discos en vivo, pues a pesar de que contienen las mismas interpretaciones -aunque siempre difieren sutilmente de las originales-, éstas constituyen fonogramas independientes de los fijados por el productor original. Así es cómo el sello Capitol pudo editar algunas grabaciones de Pink Floyd que pertenecen a EMI a través de los álbumes en vivo *Delicate Sound of Thunder* y *P.U.L.S.E.*
- Entregar toda la información requerida de los fonogramas. Los intérpretes deben informar al productor acerca de quiénes son los autores y compositores de sus interpretaciones, así como los nombres de los intérpretes secundarios (también llamados cesionistas) e invitados y técnicos que participaron de la fijación, indicando qué función desempeñó cada uno. El artista principal es quien aparece en la carátula del disco y es “usualmente retribuido con una regalía, aun cuando pudiera existir retribución a suma fija”¹⁸, mientras que el secundario en general cobra una remuneración determinada por su trabajo.
- Ensayar las interpretaciones antes de su fijación mecánica por su exclusiva cuenta con el objetivo de obtener una grabación perfecta de acuerdo con los estándares exigidos por el productor.
- Reconocer al productor como único y exclusivo propietario de los fonogramas.

¹⁸ MASPERO, Pablo, *Aspectos Legales de la Industria Discográfica*, dossier de capacitación organizado por CAPIF y el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2005, p. 8.

- Prestar su colaboración en las acciones promocionales que realice el productor. El intérprete debe comparecer al estudio de grabación en el día y horario acordados con el productor, pero también deberá hacerlo a las sesiones fotográficas y de filmación que fueran necesarias para la correcta producción y promoción de los fonogramas. Esto incluye su predisposición para dar notas a los medios de comunicación, firmar autógrafos y hacer presentaciones en vivo. De hecho, es usual que en el contrato se establezca la obligación del artista a dar una determinada cantidad de recitales por año sin cargo para el productor con fines promocionales.
- Podría estipularse que el artista no pueda firmar un contrato con otro productor mientras el que ha suscripto esté vigente.

Derechos del intérprete:

- A transformar y realizar arreglos a su interpretación, antes de que el *master* de la grabación sea enviado a fabricación y siempre que no la desnaturalice.
- A intervenir en el diseño del arte de tapa del disco. Puesto que las interpretaciones y su fijación son producto de su creación intelectual (a pesar de que no constituyen obras para el Derecho de Autor), el intérprete tiene derecho a decidir cómo será el diseño con el que quiere presentarlas públicamente, ya que éste también afecta su imagen y honor debido a que él será asociado a ese producto.
- A recibir una retribución por su interpretación. Ésta incluye su labor en la fijación y una regalía por las ventas, al margen de lo que puede percibir por la ejecución pública a través de las entidades de gestión colectiva.
- A controlar tanto el número de unidades vendidas como las ganancias obtenidas.
- A que su nombre figure en el disco, pero también en otros lugares habituales, como las gacetillas de prensa, pósters, etc.
- A oponerse a la difusión de sus interpretaciones si considera que le puede producir un perjuicio a sus intereses artísticos. También llamado “derecho al respeto de la interpretación”¹⁹, éste constitu-

¹⁹ LIPSZYC Delia y VILLALBA, Carlos, *El Derecho de Autor en la Argentina*, La Ley, Buenos Aires, 2001, p. 222.

ye un derecho moral del intérprete inherente a su persona que no suele plasmarse en el contrato de producción, pero que debe ser tenido en cuenta por el productor.

- A recibir una determinada cantidad de discos con sus interpretaciones. En muchos casos el artista recibe gratuitamente una cierta cantidad de ejemplares, pero a veces se les descuentan de sus regalías. Esto depende de la popularidad que tenga el artista, en cuanto ésta altera su posición a la hora de sentarse a negociar con el productor. Lo mismo sucede con el porcentaje de regalías que obtiene de las ventas.

Obligaciones del productor fonográfico:

- Editar los fonogramas en los formatos convenidos ajustándose a lo estipulado con el artista con respecto a, por ejemplo, el arte del disco, el orden de los temas, etc. Si bien el productor al ser el propietario de los fonogramas tiene derecho a explotarlos de acuerdo a su conveniencia, debe respetar los derechos morales del intérprete.
- Abonar al intérprete la retribución convenida.
- Debe responder en caso de rescisión unilateral por los gastos que efectuó el intérprete y, si ésta fue intempestiva, por lo que habría ganado si su interpretación se hubiese editado.

Derechos del productor fonográfico:

- A recibir los fonogramas en el plazo estipulado realizados según los estándares de calidad que considere. El productor puede oponerse a editar un disco cuya grabación no sea buena o incluso que subjetivamente no le resulte satisfactorio, pues podría encontrarlo, como ha sucedido innumerables veces en la historia de la música popular, “poco comercial” y en consecuencia difícil de insertar en el mercado masivo. A modo de anécdota, esto le ocurrió a una banda de country rock alternativo estadounidense llamada Wilco. Su álbum más exitoso fue al principio rechazado por Reprise, una subsidiaria de Warner Music, con quien había celebrado un contrato de producción fonográfica. El sello lo rescindió, por lo que el grupo logró quedarse con los derechos de los fonogramas y editarlo con otra discográfica (Nonesuch, otra

subsidiaria de Warner). Para sorpresa de todos, el disco vendió más de 600 mil copias²⁰ y ha sido considerado uno de los mejores de esta década.

- A explotar (difundir, distribuir y vender) los fonogramas de acuerdo a su conveniencia y a las fluctuaciones del mercado de forma unilateral. Esto significa que él puede establecer el precio de venta de los fonogramas, el soporte en el que serán comercializados, incluirlos en otros compilados, licenciarlos a otros productores y editarlos durante el período y la cantidad que desee –por lo que podrá decidir en qué momento los quitará de su catálogo o volverá a reeditarlos- en los países que considere, salvo pacto expreso en contrario, sin requerir del consentimiento del intérprete. También tiene derecho a fraccionar los fonogramas para convertirlos a los formatos exigidos para su explotación en la telefonía celular, mas no a alterarlos. En este nuevo canal de comercialización también es posible vender fotografías del artista (son los llamados “wallpapers” que se utilizan de fondo de pantalla en los teléfonos) y saludos o frases dichas por él (reciben el nombre de “voicetones” o “spechtone”), para los que se necesita su plena colaboración y predisposición. El artista, desde ya, también recibe una regalía por las ventas de este material que excede a las mismas interpretaciones.
- A autorizar o prohibir en un territorio determinado, que puede ser todo el mundo, la reproducción y ejecución de los fonogramas.
- A utilizar la imagen, el nombre o seudónimo y datos biográficos de los artistas principales y secundarios que hayan participado de la grabación de los fonogramas para su difusión y promoción, procurando no causar ningún perjuicio a su persona y su honor.
- A editar una determinada cantidad de discos para ser repartidos gratuitamente a los medios de comunicación para su difusión. Los artistas no pueden exigir ningún tipo de retribución por estos ejemplares.

²⁰ David Fricke, director de la revista estadounidense *Rolling Stone* calificó este hecho como una muestra de “lo arruinada que está la industria musical en los albores del siglo XXI”. FRICKE, David, Crítica al álbum *Yankee Hotel Foxtrot* de Wilco, revista *Rolling Stone*, 2002, <http://www.rollingstone.com/artists/wilco/albums/album/322307/review/5946403/yankee_hotel_foxtrot>.

En el contrato de licencia, el licenciado tiene como principal obligación pagar las retribuciones acordadas y rendir cuentas al licenciante, quien tiene derecho a conocer las cifras de las ventas. El licenciante, por su parte, tiene la obligación de entregar los fonogramas licenciados –a veces incluso con su arte original- con una calidad de sonido apta para su reproducción y difusión así como toda la información referida a ellos (nombre de los temas, autores, intérpretes, etc.) y de garantizar ser el titular de todos sus derechos, por lo que deberá responder por la garantía de evicción.

También corren por cuenta del licenciado, que puede fijar los precios de venta de los fonogramas licenciados, las acciones de marketing necesarias para su promoción.

Por último, el licenciado debe poner en el pie legal del álbum que éste es publicado y distribuido en el territorio bajo licencia del licenciante.

En ambos contratos, de no cumplir con las obligaciones estipuladas, las partes deberán responder por los daños y perjuicios que le hayan generado a la otra y podrán resolverlos. De aquí se desprende que rige el pacto comisorio tácito, que podrá ser expreso en los casos en los que se establezca explícitamente la facultad de resolver.

VIII. CLÁUSULAS USUALES

1. En el contrato de grabación sonora

Además de establecerse los derechos y obligaciones de las partes mencionadas en el apartado anterior, este contrato, que ha sido modelado por la industria discográfica tomando como base la locación de obra y la edición, posee otras cláusulas que suelen estar presentes en la mayoría de los casos y que hacen a la relación entre los productores y los intérpretes.

1.1. Contrato de edición con una editorial determinada

Si bien los intérpretes, cuando son los autores y compositores de las interpretaciones, tienen derecho a suscribir un contrato con la editorial que deseen, a veces acuerdan con el productor hacerlo con una determinada. Esto suele hacerse por dos razones: porque el productor trabaja regularmente con esa editorial y/o porque percibe algún tipo de beneficio económico.

Las editoriales musicales se encargan básicamente de la administración y el control de los diferentes usos que se hacen de las obras musicales. Para realizar estas gestiones se requiere que los autores les cedan sus derechos sobre las obras. Como explican Lipszyc y Villalba, “en nuestro país, SADAIC representa a las editoriales musicales respecto de su participación en los derechos económicos de los autores, la autorización del uso de obras, la fijación de aranceles y condiciones de recaudación, el contralor, la repartición, la liquidación y el pago, con el objeto de favorecer y acrecentar la difusión y el producido de los derechos económicos de las obras musicales”²¹.

1.2 Plazo convenido

Existen tres formas de establecer un plazo en este contrato: 1) por cantidad de años, 2) por cantidad de discos a lanzar o 3) combinando las dos primeras, es decir, por cantidad de discos en cantidad de años; por ejemplo, un artista puede comprometerse por tres años a grabar un disco anual.

Es posible pactar que la prórroga sea automática si al finalizar el período de vigencia ninguna de las partes se opone a su continuidad.

También se puede establecer el mínimo de fonogramas que el álbum debe contener.

1.3. Exclusividad

Los intérpretes deben asegurar que no están comprometidos con otro productor ni podrán firmar con otro mientras esté vigente el contrato. Tampoco podrán volver a fijar las mismas interpretaciones para un tercero. Esta cláusula suele establecerse por diez años desde que finalizó el contrato, pero en los contratos más modernos, y especialmente cuando los intérpretes son artistas considerados “nuevos” o no gozan de una amplia trascendencia, esta obligación se estipula a perpetuidad.

Además, los intérpretes deben reconocer al productor como único propietario de los fonogramas originales por un período que en general es ilimitado.

²¹ LIPSYC Delia y VILLALBA, Carlos, *El Derecho de Autor en la Argentina*, La Ley, Buenos Aires, 2001, p. 159.

1.4. Explotación digital a través de redes fijas y móviles

Históricamente los contratos de producción fonográfica contemplaban la fijación de fonogramas en soportes físicos, como el disco o la cinta. En la actualidad, gracias a la evolución de la tecnología digital, es posible explotarlos a través de Internet y la telefonía móvil, lo que implica que las interpretaciones podrían llegar a sufrir mínimas alteraciones.

La transferencia de datos a través de la World Wide Web permitió la distribución de los fonogramas como un conjunto de datos electrónicos y dejar de lado su fijación en un soporte físico. Sin embargo, los formatos digitales más populares, como el MP3 o el WMA, son de una calidad inferior a la de las grabaciones tradicionales, por lo que los fonogramas sufren los efectos de la compresión sonora, a tal punto que hoy en día se utilizan técnicas de fijación que tienen en cuenta esta pérdida de calidad²². Esto, de alguna manera, podría considerarse una alteración a las grabaciones originales y podría afectar el derecho al respeto de la interpretación del artista. De todas maneras, es poco probable que éste se oponga si se tiene en cuenta que podría obtener considerables ganancias con esta nueva forma de comercialización, ya que desde principios de siglo en todo el mundo la venta de discos compactos se redujo considerablemente mientras la digital aumenta a pasos agigantados.

Sin embargo, existen algunos artistas que se niegan a que sus álbumes estén disponibles en tiendas digitales como iTunes, eMusic o Amazon MP3. Se trata de intérpretes de larga trayectoria y gran éxito, como la banda australiana AC/DC, el rockero Kid Rock y el rapero Jay-Z.

Un caso especial es el del cantante de folk-rock Neil Young, quien a pesar de haber permitido que sus canciones se vendan online, será el primero en editarlas también en el nuevo formato Blue-Ray, que tiene la mayor calidad de sonido existente hasta el momento. Además, muchas

²² En los Estados Unidos se generó una intensa polémica por el volumen en el que fue grabado el último álbum de Metallica *Death Magnetic*. Según los expertos, se utilizó un efecto de estudio llamado “compresión dinámica” que hace que la música suene más fuerte y, en consecuencia, se escuche más claramente al ser transformada al formato MP3. El problema es que éste atenta contra la alta fidelidad del disco compacto, pues el volumen es más alto que el normal y distorsiona el sonido de los instrumentos, además de reducir notoriamente los matices y texturas sonoras. (Hiatt, Brian, “La guerra del volumen”, revista *Rolling Stone*, número 128, Buenos Aires, Noviembre de 2008).

bandas han vuelto a editar sus discos en vinilo, el soporte con el que se consumió música hasta la aparición del disco compacto a mediados de la década del 80²³.

En la telefonía móvil, los fonogramas se comercializan en una calidad muy baja y, en la mayoría de los casos, fragmentados, pues se utilizan para que suenen cada vez que quien los adquirió recibe una llamada en su celular. La fragmentación implica una alteración de la grabación original, por lo que se procura hacer la menor cantidad de modificaciones posible. En general, éstas se limitan a la selección de un segmento de treinta segundos al que se le aplica el efecto “Fade In/Out” o “Fundido de Entrada y Salida” al principio y al final para que su comienzo y desenlace no sean bruscos ni desprolijos.

Como el productor es el propietario de los fonogramas se presume que tiene los derechos para la explotación digital. Sin embargo, a veces se estipula en el contrato de forma expresa para que quede establecido que el intérprete dio su consentimiento para que se hagan estas pequeñas alteraciones.

1.5. Derechos de ejecución pública y radiodifusión

Tal como se explicó en el punto 6.2, los intérpretes y productores también reciben una retribución por la ejecución pública de los fonogramas. Por consiguiente, en el contrato ambos suelen estipular qué porcentaje recibirá cada uno por la difusión de los fonogramas que ponga en circulación

²³ De los diez vinilos más vendidos de 2008, cuatro pertenecen a bandas que se formaron en la época del disco compacto (Radiohead, Portishead, Neutral Milk Hotel y Fleet Foxes) y sólo dos fueron álbumes considerados “clásicos”:

01. Radiohead – In Rainbows (25,800 unidades)
02. The Beatles – Abbey Road (16,500 unidades)
03. Guns n’ Roses – Chinese Democracy (13,600 unidades)
04. B-52’s – Funplex (12,800 unidades)
05. Portishead – Third (12.300 unidades)
06. Neutral Milk Hotel – In The Aeroplane (10,200 unidades)
07. Pink Floyd – Dark Side Of The Moon (10,200 unidades)
08. Fleet Foxes – Fleet Foxes (9,600 unidades)
09. Metallica – Death Magnetic (9,400 unidades)
10. Radiohead – O.K. Computer (9,300 unidades)

Listado obtenido de <<http://www.bytesandrock.com/2009/01/14/los-10-vinilos-mas-vendidos-durante-el-2008/>>.

el productor (los llamados “cortes de difusión”), que generalmente es de un cincuenta por ciento.

1.6. Regalías

Se debe establecer expresamente qué porcentaje de las ganancias obtenidas por la comercialización de los fonogramas recibe el intérprete y se debe detallar cómo se calcularán y cada cuánto tiempo. También debe decirse si se pagará un adelanto y, en caso afirmativo, cuál será su monto. Convencionalmente las regalías se liquidan cada tres meses. En caso de que los fonogramas del intérprete sean incluidos en compilados, el porcentaje de regalías podría ser diferente al de la liquidación de las ventas del álbum.

Los sellos independientes suelen incorporar a su catálogo fonogramas por los que suelen pagar al intérprete una suma fija en vez de una regalía. Se trata de álbumes en los que la figura del intérprete es secundaria, como en los de karaoke, música incidental y efectos de sonido, entre otros.

La falta de pago de regalías suele ser uno de los incumplimientos contractuales más comunes de los productores fonográficos. Para citar dos casos recientes, Pink Floyd demandó a EMI por esta causal²⁴ –es la segunda banda después de The Beatles que más vendió en la historia del sello- y Morrissey, ex cantante de The Smiths, denunció en su sitio web que tanto esta discográfica como Rhino (subsidiaria de la multinacional Warner) le deben más de diecisiete años de regalías e instó a sus fans a que no compren las nuevas reediciones de sus discos solistas ni los que sacó con su antiguo grupo²⁵.

1.7. El caso particular de los grupos

Cuando el contrato es celebrado con un artista solista las obligaciones, derechos y responsabilidades allí establecidas son más fáciles de

²⁴ “Pink Floyd, a juicio con EMI”, revista *Rolling Stone*, <http://www.rollingstone.com.ar/nota.asp?nota_id=112059, 21/04/2009>.

²⁵ “Morrissey tells fans to boycott new box set reissues”, revista *NME*, <<http://www.nme.com/news/morrissey/46616>>, 11/08/2009. Vale destacar que Morrissey declaró en su comunicado que la reedición de sus álbumes se hizo sin su consentimiento. Sin embargo, si el productor discográfico es quien detenta los derechos de sus grabaciones él no puede impedir su comercialización a menos que demuestre que eso le produce un grave daño moral.

ejercer por las partes, ya que se entiende que los intérpretes secundarios que participaron de la fijación de los fonogramas han recibido una retribución fija por su labor y son ajenos al contrato, lo que significa que son terceros en la relación contractual contraída entre el artista y el productor.

Ahora bien, cuando el artista es un conjunto o una banda se pueden dar diferentes situaciones según quiénes hayan firmado el contrato. Si fue suscripto sólo por el líder, los demás integrantes, al no estar vinculados a éste, podrían llevar adelante sin restricciones proyectos paralelos. Además, no generarían ningún inconveniente en caso de que abandonaran el grupo y fueran reemplazados por otros músicos.

En cambio, si el contrato fue celebrado por todos los integrantes, éstos quedan obligados tanto de forma personal como conjunta y solidaria. Así, se evita que suscriban contratos con otros productores para la realización de proyectos paralelos sin el consentimiento expreso del productor. Los miembros que abandonen o sean apartados de la banda están obligados a ceder al resto o al productor su derecho a oponerse a la utilización del nombre o seudónimo artístico del grupo, a menos que el sujeto que se desvincule sea su propietario²⁶. También deben ceder todos los derechos derivados del registro del seudónimo en SADAIC, en el Registro de la Propiedad Intelectual o en el Registro de Patentes y Marcas. De esta manera, se asegura la continuidad del conjunto a pesar de que cambien sus integrantes. Esta cláusula ha sido muy útil para evitar que el miembro saliente intente adjudicarse el nombre del conjunto, como le sucedió a Pink Floyd cuando Roger Waters dejó la banda. El bajista inició acciones judiciales contra el resto de los integrantes para recuperarlo, pero obtuvo una sentencia en su contra.

El productor fonográfico, por su parte, puede optar por rescindir el contrato en caso de que el grupo se disuelva.

Por último, la prohibición de volver a grabar las mismas interpretaciones para otro productor continúa vigente para cada uno de los antiguos miembros y podría ser una causal de responsabilidad postcontractual.

²⁶ Por eso es necesario que el propietario del nombre del grupo, quien acredita esta calidad por medio de su inscripción en el registro de marcas, firme el contrato. (Máspero, Pablo, *Aspectos Legales de la Industria Discográfica*, dossier de capacitación organizado por CAPIF y el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2005, p. 9).

1.8. Designación de un mandatario

El artista puede designar expresamente a un mandatario, que suele ser su manager, para que se encargue de determinadas cuestiones, como el cobro de las regalías.

1.9 Domicilio y ley aplicable

Las partes deben constituir un domicilio para la ejecución del contrato y podrían determinar qué legislación se les aplicará. Esta cláusula cobra vital importancia cuando un artista celebra el contrato con un productor de un país extranjero.

1.10. Pacto comisorio

Las partes podrían establecer expresamente las causales de resolución del contrato que celebraron.

2. En el contrato de licencia

Del análisis realizado de este contrato se desprende que éste posee menos obligaciones entre las partes, que ya fueron explicadas en el punto anterior. Sin embargo, también existen algunas particulares que es pertinente mencionar.

2.1. Declaración de titularidad

El licenciante debe declarar que es el propietario de los fonogramas objeto de la licencia y en consecuencia responde por la garantía de evicción, liberando al licenciado de toda responsabilidad en caso de que aparezca un tercero que se atribuya la titularidad de los derechos licenciados. También debe responder ante cualquier reclamo que efectúe el intérprete o autor de los fonogramas por, verbigracia, la utilización indebida o la omisión de su nombre.

Esta cláusula es muy importante porque existen sellos pequeños que poseen un catálogo de grabaciones de artistas célebres, cuyos principales fonogramas pertenecen a los sellos multinacionales –también llamados *majors*–, que son de dudosa procedencia (en general se trata de fijaciones de presentaciones en vivo o de tomas de estudio descartadas que no siempre

son de óptima calidad). Esto hace que su edición por parte del licenciado tenga una cuota de riesgo de la que necesita liberarse.

La garantía de evicción se extiende a las fotografías que se utilicen para el arte de los discos, ya que el licenciante podría no estar autorizado a utilizar la imagen de determinados artistas.

Hay casos en los que la licencia no es otorgada por su titular, por lo que el licenciante debe acreditar tener su autorización para hacerlo. Por ejemplo, un productor de los Estados Unidos obtiene los derechos para explotar fonogramas que pertenecen a un productor inglés, quien a su vez lo autoriza a licenciarlos a productores de otros países de América.

2.2. Limitaciones de la licencia

En este contrato, al no hacerse una transferencia plena de derechos entre las partes, el licenciado tiene tres grandes restricciones para explotar los fonogramas licenciados en virtud del territorio, el tiempo y el soporte.

Con respecto al primero, el licenciante suele circunscribir al licenciado la explotación de sus fonogramas en un territorio determinado que debe establecerse expresamente en el contrato. Esto se debe a que el titular también explota los fonogramas directamente en algunas regiones u otorgó licencias a otros productores. Cabe aclarar que dentro del territorio las partes pueden acordar la explotación de forma exclusiva o no exclusiva. En este último caso, el licenciante tiene la posibilidad de licenciar sus contenidos a otros competidores del licenciado.

En cuanto al tiempo, las licencias siempre se conceden por un plazo determinado que suele ser de tres años desde la edición del fonograma. Al finalizar este período comienza el “sell-off”, un lapso de al menos seis meses en el que el licenciado debe vender las unidades que tenga en stock. Al llegar el día de su vencimiento, el remanente debe ser destruido o podrá ser adquirido por el licenciante al precio de venta al comerciante con una bonificación que será estipulada por las partes. Por otra parte, el licenciado debe devolver el master que le entregó el licenciante.

La restricción del soporte suele limitarse a la explotación en formato físico, es decir, en disco compacto o cassette. No obstante, es cada vez más común otorgar derechos para la comercialización a través de las redes móviles y fijas como Internet. La principal cuestión que se plantea con ésta última es que hay algunas tiendas que pueden vender a todo el mundo, por lo que se hace innecesario para el licenciante permitir este tipo de explotación

porque puede efectuarla él de forma directa. Aunque es poco usual, también pueden otorgarse derechos para la utilización de los fonogramas en publicidades y obras cinematográficas.

2.3. *Forma de pago*

Al igual que en el contrato de producción fonográfica, en las licencias se suele pagar un porcentaje de las ganancias obtenidas de las ventas que recibe el nombre de *revenue sharing*. También podría pagarse una suma fija por los fonogramas teniendo en cuenta una estimación de las unidades que se venderán, pero no es una práctica muy usual. Las liquidaciones de las licencias también se hacen de forma trimestral.

Es necesario aclarar que el licenciante no percibe ninguna retribución por los ejemplares que se editen para promocionar el producto porque se distribuyen gratuitamente a comerciantes y medios de comunicación.

2.4. *Pagos a terceros*

El licenciante debe pagar la retribución correspondiente a los intérpretes, mientras que el licenciado, a través de las entidades de gestión colectiva, es quien en general abona las regalías a los autores y compositores.

2.5. *Cláusulas que coinciden con el contrato de producción fonográfica*

En el contrato de licencia las partes también deben constituir un domicilio para su ejecución y establecer la ley aplicable en caso de controversias, así como las causales de resolución si se tratara de un pacto comisorio expreso.

Por otro lado, al igual que en el contrato de producción en el que el productor puede decidir en qué momento dejará de comercializar los fonogramas, aquí también puede hacerlo, pero para eso deberá rescindir unilateralmente el contrato notificando de forma fehaciente al licenciante. Para este caso se establecerá un período de “sell-off” mucho menor al que se da al finalizar el contrato en el plazo convenido.

IX. IMPORTANCIA ECONÓMICA

El contrato de producción fonográfica es un contrato histórico en la industria, cuyo modelo es utilizado por casi todos los productores. Éste,

al otorgar al productor plenos derechos sobre los fonogramas, que se le suman a otros cedidos por los intérpretes, permiten su explotación absoluta en todos los soportes existentes, en cualquier parte del mundo y por tiempo indeterminado. El productor de esta forma tiene la posibilidad de administrarlos y disponer de ellos como mejor considere, por lo que puede colocarlos en compilados, ofrecerlos en diferentes presentaciones a precios distintos (ediciones limitadas, de lujo, simples, etc.), licenciarlos, entre otras acciones.

Además, gracias a las entidades de gestión colectiva que representan a todos los actores del sector (autores, compositores, productores e intérpretes) se facilitó la interpretación de un sinnúmero de obras para su fijación sonora.

“Las licencias son los instrumentos que permiten a unas compañías explotar los fonogramas desarrollados por otras”²⁷. Así, el licenciante puede llegar más fácilmente a otros mercados, pues aprovecha la estructura del licenciado para comercializar y difundir sus fonogramas. El licenciado, por su parte, tiene la posibilidad de explotar un material que podría ya estar consagrado en el exterior e incluso en su país y al que le sería imposible acceder por su cuenta. De no ser así, de todas maneras resulta más barato elaborar un plan de marketing que fijar las interpretaciones sonoras en un estudio de grabación.

Las *majors* también han aprovechado las licencias para reducir los costos, pues mientras que los productores independientes asumen los costos de la fijación, ellas han podido concentrar sus recursos en la venta, difusión y distribución de los fonogramas.

En la actualidad, la tecnología para grabar un disco es mucho más accesible que antaño, por lo que muchos artistas han podido fijar sus interpretaciones por cuenta propia sin realizar una inversión extremadamente importante. Para ellos, el contrato de licencia es una alternativa interesante para obtener la difusión que necesitan para dar a conocer sus fonogramas sin transferir su titularidad. Desde ya que impondrán menores restricciones que un productor y es más probable que permitan la explotación en cualquier parte del mundo, en todos los soportes existentes por un lapso mucho mayor.

²⁷ MASPERO, Pablo, *Aspectos Legales de la Industria Discográfica*, dossier de capacitación organizado por CAPIF y el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2005, p. 3.

X. COLOFÓN

El contrato de producción fonográfica fue concebido como un contrato de locación de obra, pero los derechos y obligaciones de las partes lo acercan al de edición. Esto se debe a la conexión existente entre los derechos de los productores e intérpretes y los de los autores.

El de licencia, por su parte, es una cesión de derechos imperfecta, pues su titular no transfiere la propiedad de sus fonogramas sino que autoriza su explotación por un plazo y en un territorio y soporte determinados. Este contrato ha servido para transferir el uso de bienes inmateriales en el comercio, como el software, las marcas y las patentes.

Los dos contratos coinciden en su objeto, que es la explotación —es decir, la venta, producción, difusión y distribución— de fonogramas para su reproducción privada (aunque los productores, al igual que los autores e intérpretes, reciban una retribución por la ejecución pública y la radiodifusión). Sin embargo, también se extiende a los videogramas y a las fotografías que se utilicen para el arte y la difusión.

El contrato de producción fonográfica y el de licencia, aunque con mayores restricciones, están diseñados para que el productor pueda explotar los fonogramas con la mayor libertad posible, pues su objetivo es, al igual que en cualquier actividad comercial, incrementar su rentabilidad. Para eso necesita, además, de la colaboración de los artistas, fundamentales a la hora de llevar a cabo acciones de promoción, máxime si se tiene en cuenta que uno de los puntos fundamentales de los planes de marketing actuales es que el artista esté en constante contacto con sus fanáticos. De ahí que estos contratos modernamente contemplen mayores obligaciones y exigencias para los intérpretes y, por lo tanto, sea de suma importancia respetar sus derechos morales y patrimoniales. Para muchos, como se dice en lenguaje coloquial, éste es el precio de la fama.

BIBLIOGRAFÍA:

El Contexto, Análisis sobre el presente y el futuro de la música, dossier sobre la industria musical elaborado por CAPIF y el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2007.

AGUILAR VILLAN, Andryth, MORÁN MARTÍNEZ, Liudmila y MILLIAN KONDAKOV, Antón, “Los contratos de licencia de marca y know-how como herramienta en la prevención de conflictos”, revista *Ignacio Agramonte*

- de la Facultad de Derecho de La Habana, La Habana, 2003, <<http://lex.uh.cu/WEB/1/Los%20contratos%20de%20licencia%20de%20marca%20y%20know%20how%20como%20herramienta%20en%20la%20prevencion%20de%20conflictos.htm>>.
- AGUIRRE, Mario, “Ejecución pública de fonogramas emitidos por radiodifusión”, *La Ley*, Buenos Aires, 2006.
- ANKENY, Jason y JOHNSON, Zac, Biografía de Wilco, *AllMusic.com*, <http://www.allmusic.com>.
- ARANGO, Tim, “The record label as venture capital firm”, *Fortune*, 2007, <http://money.cnn.com/2007/04/18/news/companies/pluggedin_arango_music.fortune/?postversion=2007041907>.
- EMERY, Miguel, “El fonograma en la ley 11.723; la ley 23.741 y la ratificación del Convenio de Roma”, *La Ley*, Buenos Aires, 1991.
- FRICKE, David, Crítica al álbum *Yankee Hotel Foxtrot* de Wilco, revista *Rolling Stone*, 2002, <http://www.rollingstone.com/artists/wilco/albums/album/322307/review/5946403/yankee_hotel_foxtrot>.
- GARRIDO, Roque y ZAGO, Jorge, *Contratos civiles y comerciales*, Universidad, Buenos Aires, 2006, tomos I y II.
- GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo, *Locación de obra*, La Ley, Buenos Aires, 1999.
- HIATT, Brian “La guerra del volumen”, revista *Rolling Stone*, número 128, Buenos Aires, Noviembre de 2008.
- LIPZYC, Delia, *Derecho de Autor y Derechos Conexos*, Víctor P. de Zavaía, Buenos Aires, 2001.
- LIPZYC, Delia y VILLALBA, Carlos, *El Derecho de Autor en la Argentina*, La Ley, Buenos Aires, 2001.
- MÁSPERO, Pablo, *Aspectos Legales de la Industria Discográfica*, dossier de capacitación organizado por CAPIF y el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2005.
- UNTERBERGER, Richie, Biografía de Pink Floyd, *AllMusic.com*, <<http://www.allmusic.com>>.
- VILLALBA, Carlos, “El resguardo al derecho exclusivo del autor frente a las utilidades ilícitas. El derecho de alquiler de música grabada. La piratería de compilaciones de datos jurídicos”, *La Ley*, Buenos Aires, 2000.
- WEGBRAIT, Pablo, “Empresas fonográficas e intérpretes”, *La Ley*, Buenos Aires, 2007.
- La ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos de Nicaragua fue extraída de <<http://www.ftaa-alca.org/intprop/natleg/Nicaragua/L312b.asp#SSC>>.

- La ley de Derecho de Autor de Panamá fue extraída de <http://www.dpi.bioetica.org/pa15.htm#_Toc127368003>.
- Página oficial de CAPIF, <<http://www.capif.org.ar>>.
- Página oficial de AADI, <<http://www.aadi-interpretres.org.ar>>.
- Página oficial de Discográficas de Buenos Aires, <<http://www.discograficas.gov.ar>>.
- “Los 10 vinilos más vendidos durante el 2008”, *Bytes and Rock*, <<http://www.bytesandrock.com/2009/01/14/los-10-vinilos-mas-vendidos-durante-el-2008/>>, 14/01/2009.
- ELMER-DEWITT, Philip, “The Beatles and iTunes: A question of money?”, *Fortune*, <<http://brainstormtech.blogs.fortune.cnn.com/2008/11/25/behind-the-beatles-itunes-impasse/>>, 25/11/2008.
- “El roquero Neil Young publicará toda su discografía en formato Blu-ray”, *Terra*, <<http://www.terra.com.mx/articulo.aspx?articuloId=658267>>, 05/06/2008.
- CHENG, Jacqui, “Album-loving artists blame iTunes for changed music tastes”, *Ars Technica*, <<http://arstechnica.com/old/content/2008/08/album-loving-artists-blame-itunes-for-changed-music-tastes.ars>>, 20/08/2008.
- KREPS, Daniel, “AC/DC’s Angus Young on Snubbing iTunes: ‘We Don’t Make Singles, We Make Albums’”, revista *Rolling Stone*, <<http://www.rollingstone.com/rockdaily/index.php/2008/09/25/acdcs-angus-young-on-snubbing-itunes-we-dont-make-singles-we-make-albums/>>, 25/08/2008.

EL DILEMA DEL INDIVIDUO HOBBSIANO EN EL ESTADO DE NATURALEZA

EZEQUIEL MONTI*

Resumen: El presente trabajo se propone desarrollar la tesis según la cual la estructura formal del estado de naturaleza hobbesiano es equivalente o asimilable a la del célebre dilema del prisionero, destacar en qué medida dicha tesis ayuda a comprender mejor el planteo de Hobbes y analizar ciertas dificultades que eventualmente pueden surgir respecto de dicha tesis y su congruencia con tal planteo.

Abstract: This writing is aimed at presenting the view according to which the formal structure of the Hobbesian state of nature is equal or similar to the widely-known prisoner's dilemma, at highlighting the extent up to which such view helps to better understand Hobbes' theory and at analyzing some difficulties liable to arise regarding such view and the congruence thereof with Hobbes' theory.

Palabras clave: Hobbes - estado de naturaleza - filosofía política - dilema del prisionero

Keywords: Hobbes - state of nature - political philosophy - prisoner's dilemma

I. INTRODUCCIÓN

En este trabajo, mi intención será problematizar la tesis según la cual el estado de naturaleza –y el consiguiente pacto– hobbesianos pueden ser interpretados a la luz de la teoría de los juegos, asimilando tal situación al célebre dilema del prisionero. En primer lugar, haré un breve comentario sobre el rol que el estado de naturaleza desempeña –o se supone debe desempeñar– en la filosofía política de Hobbes. Luego, realizaré una

* Estudiante de Abogacía (UBA) y de Filosofía (UBA).

descripción general del estado de naturaleza y de las causas en virtud de las cuales, según Hobbes, degenera en una “guerra de todo hombre contra todo hombre”. A tal efecto, me centraré en su obra filosófico-política de mayor trascendencia, el *Leviatán*. Sólo tras haber realizado dicho análisis estaré en condiciones de desarrollar la mentada tesis, sus problemas y posibles soluciones.

II. EL ROL DEL ESTADO DE NATURALEZA EN LA FILOSOFÍA POLÍTICA DE HOBBS

En el modelo iusnaturalista¹, el estado de naturaleza –esto es, aquella condición “en que se encuentra el ser humano cuando no existe ninguna instancia superior de normativización, control y penalización de sus acciones externas”² o, en términos de Hobbes, en la que “no existe un poder común que obligue a todos al respeto”³– desempeña una función esencial en la legitimación de la autoridad política. En efecto, son las *fallas* o *carencias* de ese estadio no político o prepolítico, las que sustentan la necesidad de ésta: “el estado político surge como antítesis del estado natural, cuyos defectos tiene la función de eliminar”⁴. Ahora bien, “precisamente porque estado de naturaleza y estado civil se conciben como dos momentos antitéticos, el paso de uno a otro no se produce por la fuerza misma de las cosas, sino mediante una o varias convenciones; es decir, mediante uno o varios actos voluntarios de los propios individuos interesados en salir del estado de naturaleza”⁵. Se trata, pues, de un experimento mental, una construcción retórica⁶, a la que subyace la clásica tesis liberal según la cual es una

¹ Ver, al respecto, BOBBIO, Norberto, “El modelo iusnaturalista”, en *Estudios de historia de la filosofía: de Hobbes a Gramsci*, trad. cast., Editorial Debate, Madrid, 1985, cap. I, pp. 73-145.

² DOTTI, Jorge, “Pensamiento político moderno”, en Ezequiel de Olaso (ed.), *Del renacimiento a la ilustración I (Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía VI)*, Trotta, Madrid, 1994, p. 58.

³ HOBBS, Thomas (1651), *Leviatán o la materia, forma y poder de una república, eclesiástica y civil*, trad. cast. de Antonio Escotado, Editorial Losada, Buenos Aires, 2004, cap. XIII, p.129.

⁴ BOBBIO, op. cit., p. 96.

⁵ BOBBIO, op. cit., p. 96. Este funcionamiento del estado de naturaleza en el argumento para justificar el orden político parece implicar la asunción de una estrategia narrativa. Creo que no necesariamente es la estrategia que cabe atribuirle a Hobbes; sobre este punto volveremos luego.

⁶ DOTTI, op. cit., p. 58.

condición necesaria para justificar la autoridad política el que los hombres la consientan de algún modo. El principio de legitimación de la sociedad política es, por lo tanto, el consentimiento.

Sin embargo, el estado de naturaleza no se limita a constituir, como señala Kavka, un “argumento contra la anarquía”⁷, pues, al tiempo que se erige como uno de los fundamentos de la autoridad política, determina sus características y potestades; en otras palabras, no justifica un orden político cualquiera sino uno con determinados atributos. En este orden de ideas, cuanto mayor sea la dimensión del poder político que se pretende legitimar, tanto más negativa habrá de ser la condición de los hombres en el estado de naturaleza. En Hobbes, el estado naturaleza está llamado a justificar un tipo particular de autoridad política, el soberano absoluto, y, por lo mismo, se presenta como una condición de absoluta miseria: “en tal condición no hay lugar para la industria porque el fruto de la misma es inseguro. Y por consiguiente tampoco cultivo de la tierra; ni navegación; ni uso de los bienes que pueden ser importados por mar; ni construcción confortable; ni instrumentos para mover los objetos que necesitan mucha fuerza; ni conocimiento de la faz de la tierra; ni cómputo del tiempo; ni artes; ni letras; ni sociedad; sino, lo que es peor que todo, miedo continuo y peligro de muerte violenta; y para el hombre una vida solitaria, pobre, desagradable, brutal y corta”⁸. Frente a tal estado de cosas, sólo un soberano con poder ilimitado –cuyas potestades y prerrogativas se especifican a lo largo de la segunda parte del *Leviatán* y particularmente en el capítulo XVIII– puede garantizar la paz: “el poder soberano [...] es tan grande como los hombres hayan podido imaginar [...] y aunque en tal poder ilimitado los hombres puedan representarse muchas malas consecuencias, las consecuencias de su falta –que son una guerra perpetua de cada hombre contra su vecino– son mucho peores”⁹.

Resulta pues que, como señala Hampton, “el argumento de Hobbes según el cual un soberano absoluto es no sólo una condición suficiente sino

⁷ KAVKA, Gregory S., *Hobbesian Moral and Political Theory*, Princeton University Press, Princeton, 1986, ps. 86-87. En rigor, para Kavka, el estado de naturaleza y sus desventajas abarcan las dos primeras etapas del argumento hobbesiano contra la anarquía (existiría una tercera etapa de ese argumento –desarrollada a lo largo de toda la segunda parte del *Leviatán*– concerniente a las ventajas relativas del Estado).

⁸ HOBBS, op. cit., cap. XIII, p. 130. Nos permitimos su cita in extenso para posibilitar entrever el énfasis de Hobbes.

⁹ HOBBS, op. cit., cap. XX, p. 192.

también necesaria de la paz, está basado en el hecho de que el estado de naturaleza es un estado de guerra casi total¹⁰. Es, por lo tanto, fundamental, analizar lo que Rawls¹¹ denomina la *Tesis de Hobbes*, esto es, aquella según la cual un estado de naturaleza es, en esencia y a todos los efectos prácticos, un estado de guerra, al efecto de determinar la validez de su argumento a favor de la soberanía absoluta. A ello nos abocaremos en los apartados que siguen.

III. EL ESTADO DE NATURALEZA COMO ESTADO DE GUERRA DE TODOS CONTRA TODOS

Antes de comenzar nuestro análisis de las causas del conflicto en el estado de naturaleza, conviene precisar la noción de estado de guerra. A este respecto, Hobbes señala que “la guerra no consiste sólo en batallas o en el acto de luchar, sino en un espacio de tiempo donde la voluntad de disputar en batalla es suficientemente conocida [...]; todo otro tiempo es paz”¹². En este sentido, destaca Kavka¹³ que la concepción hobbesiana del estado de guerra contrasta con la de Locke; en efecto, este último sostiene que “el estado de guerra es un estado de enemistad y destrucción y, por lo tanto, al declararlo, mediante la palabra o la acción, con intención no ya apasionada o apresurada, sino serena y meditada, contra la vida de otro hombre, se pone a éste en estado de guerra contra quien ha declarado tal intención”¹⁴. La diferencia crucial radica en que, mientras Locke requiere un signo activo de hostilidad, Hobbes asume una disposición a disputar en batalla a menos que existan garantías de lo contrario.

Ahora bien, ¿cuál es la justificación de la tesis de Hobbes? ¿Por qué el estado de naturaleza degenera en un estado de guerra? Al respecto, Hobbes señala que tal conclusión se sigue de “una inferencia derivada de las pasiones”¹⁵. Las premisas básicas de dicha inferencia son las siguientes:

¹⁰ HAMPTON, Jean, *Hobbes and the Social Contract Tradition*, Cambridge University Press, Cambridge, 1986, p. 97.

¹¹ RAWLS, J., *Lecciones sobre la historia de la filosofía política*, trad. cast., Paidós, Barcelona, 2009, p. 73.

¹² HOBBS, op. cit., cap. XIII, p. 130.

¹³ KAVKA, op. cit., p.90.

¹⁴ LOCKE, John (1690), *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*, trad. cast. de Cristina Piña, Editorial Losada, Buenos Aires, 2003, p. 16.

¹⁵ HOBBS, op. cit., cap. XIII, p. 130.

a) Por un lado, Hobbes asume que la pasión dominante en los seres humanos es el deseo de autoconservación. Aun más, sostiene que “no puede vivir un hombre sin deseo [...]. La felicidad es un continuo progreso del deseo desde un objeto a otro, donde la obtención del anterior no es sino el camino hacia el siguiente. La causa de ello está en que el objeto del deseo humano no es sólo disfrutar una vez y por un instante, sino asegurar para siempre el camino de deseo futuro. Y, en consecuencia, *las acciones voluntarias y las inclinaciones de los hombres no sólo tienden a conseguir sino a asegurar una vida satisfecha*”¹⁶.

De dicha proposición, Hobbes deduce otra que ha sido, a menudo, malinterpretada: “Por eso mismo, sitúo en primer lugar, como inclinación general de toda la humanidad, un deseo perpetuo e insaciable de poder tras poder, que sólo cesa con la muerte”¹⁷.

Muchos comentaristas¹⁸ entienden que en este pasaje Hobbes atribuye a los hombres infinitos deseos, atribución ciertamente no plausible. Para interpretar correctamente la afirmación de Hobbes, debemos atender, en primer lugar, a su definición de poder. Al respecto, señala que “el poder de un hombre viene determinado por sus medios actuales para obtener algún bien futuro aparente”¹⁹. Se trata, pues, de una definición abarcativa, formal y plausible. Desde esta óptica, parece razonable asumir que los hombres tenderán a buscar y retener poder.

Sin embargo, no se sigue de ello “un deseo perpetuo e insaciable de poder”. Para comprender esta extensión, debemos atender a la aclaración que realiza a continuación: “la causa de ello no es siempre esperar un goce más intenso que el ya obtenido, ni tampoco ser incapaz de contentarse con un poder moderado. En realidad, el hombre no puede asegurarse el poder y los medios para vivir bien que actualmente tiene sin la adquisición de más”²⁰. Tomando en cuenta esta aclaración, Hampton²¹ sostiene que todo lo que Hobbes afirma es que los seres humanos tendrán determinados deseos y necesidades mientras vivan, algunos de los cuales se refieren a la adquisición de bienes para satisfacer necesidades que sólo se desarrollarán en el futuro.

¹⁶ HOBBS, op. cit., cap. XI, ps. 108-109.

¹⁷ HOBBS, op. cit., cap. XI, p. 109.

¹⁸ STRAUSS, Leo, *The Political Philosophy of Hobbes: Its Basis and Its Genesis*, trad. ing., The University of Chicago Press, Chicago, 1958, p. 9.

¹⁹ HOBBS, op. cit., cap. X, p. 100.

²⁰ HOBBS, op. cit., cap. XI, p. 109.

²¹ HAMPTON, op. cit., p. 59.

b) Por otro lado, Hobbes asume que los hombres son, por naturaleza, aproximadamente iguales; esto es, lo suficiente para que ninguno pueda pretender mayores derechos que los demás, “la naturaleza ha hecho a los hombres tan iguales en sus facultades corporales y mentales que, aunque pueda encontrarse a veces un hombre manifiestamente más fuerte de cuerpo o más rápido de mente que otro, la diferencia entre hombre y hombre no es lo bastante considerable como para que uno de ellos pueda reclamar beneficio alguno que no pueda el otro pretender tanto como él”²². Es que “aquellos cuyo poder es irresistible asumen naturalmente el dominio de todos los hombres por la excelencia de su poder”²³ y, por ende, no habría habido razón en el estado de naturaleza para el establecimiento de una autoridad soberana por consentimiento, pues quien tuviera aquel poder irresistible se habría “gobernado y defendido a sí mismo tanto como a los demás mediante ese poder con arreglo a su propia discreción”. En otras palabras, si ya hubiese un poder irresistible, sería innecesario legitimar a una autoridad política sobre la base del consentimiento; el poder irresistible bastaría para fundamentar la obligación de los hombres de obedecerlo. En este sentido, “el derecho de naturaleza –en cuya virtud Dios reina sobre los hombres y castiga a quienes quebrantan sus leyes–, no debe derivarse de haberlos creado, como si exigiera de ellos obediencia o gratitud por sus beneficios, sino de su *poder irresistible*”²⁴.

A partir de estas dos premisas, Hobbes concluye que el estado de naturaleza degenera en un estado de guerra. En este sentido, arguye que, dado a), diferentes grupos de hombres considerarán que ciertos objetos, que no pueden todos gozar, son necesarios para su supervivencia o el aseguramiento de una vida satisfecha, y que dado b), todos tendrán la misma esperanza de alcanzarlos, de lo que sigue que esos hombres competirán por ese bien. La competencia es la primera causa del conflicto en el estado de naturaleza y “hace que los hombres invadan por ganancia”. Es que “la competencia por riquezas, honor, mando u otro poder inclina a la lucha, la enemistad y la guerra. Porque el camino de cada competidor para lograr su deseo es matar, someter, suplantarlo o repeler al otro”²⁵.

Ahora bien, dada la competencia por bienes escasos, el estado de naturaleza es un estado de inseguridad mutua; en otros términos, en el estado de

²² HOBBS, op. cit., cap. XIII, p. 127.

²³ HOBBS, op. cit., cap. XXX, p. 301.

²⁴ HOBBS, op. cit., cap. XXX, p. 301.

²⁵ HOBBS, op. cit., cap. XI, p. 109.

naturaleza, la seguridad es también un bien escaso. “Y viene así a ocurrir que, allí donde un invasor no tiene otra cosa que temer que el simple poder de otro hombre, si alguien planta, siembra, construye o posee asiento adecuado, pueda esperarse de otros que vengan probablemente preparados con fuerzas unidas para desposeerle y privarle no sólo del fruto de su trabajo, sino de su vida, o libertad. Y el invasor a su vez se encuentra en el mismo peligro frente a un tercero”²⁶.

Esta inseguridad mutua es la segunda causa del conflicto en el estado de naturaleza desde que, según Hobbes, no hay forma más razonable de guardarse de ella que la anticipación, esto es, “dominar, por fuerza o astucia, a tantos hombres como pueda hasta el punto de no ver otro poder lo bastante grande como para ponerle en peligro. Y esto no es más que lo que su propia conservación requiere, y lo generalmente admitido”²⁷. De manera que cada persona, para prevenir futuros intentos de desapoderarlo de los bienes que ha acumulado para asegurar su preservación, debe acumular poder y, para ello, realizar ataques anticipados.

En principio, Hobbes pudo haberse detenido aquí, habiendo ya sentado dos causas inevitables del conflicto basadas únicamente en la persecución racional de la autoconservación. Sin embargo, añade una tercera causa de invasión sustentada en otra pasión, a saber, la gloria, entendida ésta como “la alegría que surge de la imaginación de la habilidad y poder propios de un hombre”²⁸. En este sentido, afirma que “cada hombre se cuida de que su compañero le valore a la altura que se coloca él mismo. Y ante toda señal de desprecio o subvaloración es natural que se esfuerce hasta donde se atreva (que, entre aquellos que no tienen un poder común que los mantenga tranquilos, es lo suficiente para hacerles destruir mutuamente) en obtener de sus rivales, por daño, una más alta valoración; y de los otros, por el ejemplo”²⁹.

IV. EL ESTADO DE NATURALEZA HOBBSIANO A LA LUZ DE LA TEORÍA DE LOS JUEGOS

Teniendo en cuenta la explicación del conflicto que Hobbes desarrolla en el capítulo XIII y que nosotros hemos recapitulado brevemente en

²⁶ HOBBS, op. cit., cap. XIII, p. 128.

²⁷ HOBBS, op. cit., cap. XIII, p. 128-129.

²⁸ HOBBS, op. cit., cap. VI, p. 78.

²⁹ HOBBS, op. cit., cap. XIII, p. 129.

el apartado anterior, muchos comentaristas han sugerido que la estructura formal del estado de naturaleza puede ser mejor comprendida a la luz de la teoría de los juegos³⁰ o, en otros términos, que el dilema al que se enfrentan los individuos en el estado de naturaleza puede ser representado utilizando las herramientas que dicha teoría provee, en particular, el dilema del prisionero. Para poder desarrollar y evaluar esta lectura, es preciso, pues, conocer ciertas características de este juego, tarea a la que nos abocaremos en el apartado que sigue.

1. El dilema del prisionero

El juego del dilema del prisionero (juego DP) suele atribuirse a un matemático de Princeton, A. W. Tucker, y se ha utilizado no sólo en el ámbito de la economía sino también para analizar diversas situaciones de interacción en el marco de instituciones políticas y para clarificar o exponer ciertas nociones morales. En la narración tradicional utilizada para desarrollar las características de este juego, dos personas, sospechadas de haber cometido un delito conjuntamente, son detenidas y encarceladas en cuartos separados, de manera que no pueden comunicarse entre sí. Cada uno de los sospechosos es interrogado separadamente por el fiscal, quien pretende hacerlos confesar. A tal efecto, el fiscal los informa de las opciones de las que disponen y de sus correspondientes consecuencias, a saber: a) si ninguno de los dos confiesa, serán acusados de un delito menor cuya pena es de dos años y respecto del cual la fiscalía tiene pruebas suficientes; b) si ambos confiesan haber cometido el delito más grave, serán sancionados en consecuencia, pero la pena será reducida, en virtud de la confesión, de diez a ocho años; c) finalmente, si uno de ellos confiesa y el otro no, aquel que ha confesado sólo será condenado, gracias a su indispensable colaboración, a un año de prisión, mientras que el sospechoso que ha decidido no confesar será condenado a diez años de prisión. Cada uno de los sospechosos debe, entonces, decidir si confesar o no o, más precisamente, cuál de esas dos estrategias es más racional teniendo en cuenta las consecuencias que ha expuesto el fiscal.

³⁰ “La teoría de los juegos es, fundamentalmente, el estudio de la interdependencia de las decisiones de los agentes [...] desde un punto de vista racional”. VARIAN, Hal, *Análisis microeconómico*, trad. cast., 3ª ed., Antoni Bosch Editor, Barcelona, 1992, p. 487.

La situación a la que se enfrentan los prisioneros puede ser representada mediante la siguiente matriz de ganancias o de resultados³¹:

		Prisionero 2	
		No confesar	Confesar
Prisionero 1	No confesar	2;2	10;1
	Confesar	1;10	8;8

Los números en los cuadrantes expresan los años de prisión que cada uno de los prisioneros recibiría en cada situación; a la izquierda, los que corresponderían al Prisionero 1, y a la derecha, los que corresponderían al Prisionero 2.

Un análisis detenido de la matriz de ganancias revelará que confesar es la estrategia más beneficiosa para cualquiera de los prisioneros, independientemente de la estrategia que asuma el otro. Consideremos la situación del Prisionero 1: ¿Qué estrategia le convendría adoptar si el Prisionero 2 confesara? Para determinarlo, debemos comparar la ganancia que obtendría en cada caso. Si decidiera no confesar, debería cumplir una condena de diez años; en cambio, si decidiera confesar, su condena se reduciría a ocho años. Resulta, pues, que si el Prisionero 2 confesara, al Prisionero 1 le convendría también confesar. Si el Prisionero 2 decidiera no confesar, la estrategia más conveniente para el Prisionero 1 seguiría siendo confesar. En efecto, si no confesara, sería condenado a dos años de prisión, pero si confesara, su condena sería de tan solo un año. En la jerga de la teoría de los juegos, esto significa que confesar es la *estrategia dominante*: la estrategia óptima para un jugador es la misma, independientemente de la estrategia que adopten los demás jugadores. Por su parte, la situación a la

³¹ La matriz de ganancias de un juego muestra simplemente los resultados o ganancias que obtiene cada jugador en cada una de las combinaciones de estrategias posibles; en este caso, los jugadores son los prisioneros, las estrategias posibles son confesar y no confesar y las ganancias se expresan en años de prisión.

que se enfrenta el Prisionero 2 es idéntica: cualquiera sea la estrategia que adopte el Prisionero 1, lo más conveniente para él es confesar.

Otra característica relevante del juego del dilema del prisionero es que, si bien la estrategia dominante para cada uno de los prisioneros individualmente es confesar, la adopción de dicha estrategia por parte de ambos jugadores conduce a una situación (ocho años de prisión) peor que aquella en la que se encontrarían si ambos decidieran no confesar (dos años de prisión). La acción más beneficiosa individualmente conduce a un estado de cosas en que ambos jugadores se encuentran en peores condiciones.

2. El estado de naturaleza hobbesiano y el dilema del prisionero: la explicación racional del conflicto

El análisis del dilema del prisionero arroja una conclusión alarmante: la persecución racional del propio beneficio por cada uno de los prisioneros acaba por colocarlos en una situación que los perjudica a ambos. Entre esta conclusión y la justificación de la no menos alarmante Tesis de Hobbes hay cierta semejanza. En efecto, las consideraciones que realiza en el capítulo XIII parecen sugerir que lo que ocasiona el conflicto e impide la cooperación en el estado de naturaleza es la persecución *racional* de cada individuo de su propia conservación. En este orden de cosas, debe tenerse presente que, para Hobbes, la razón “no es sino cálculo de las consecuencias (esto es, adición y sustracción) de los nombres generales convenidos para caracterizar y significar nuestros pensamientos”³². Se trata, pues, de una razón que, en el ámbito práctico, calcula costos y beneficios de su accionar, sopesando diferentes cursos de acción. En suma, la racionalidad práctica hobbesiana es, en esencia, una racionalidad económica.

Ahora bien, como vimos, uno de los puntos centrales de la argumentación de Hobbes es que, dada la inseguridad mutua, la anticipación es la estrategia más racional, en el sentido de más beneficiosa, para el agente. Sin embargo, ello parece implicar una contradicción. Por un lado, se afirma que la anticipación es la estrategia más racional a seguir. Por otro lado, se arguye que es precisamente la adopción de esa estrategia la que conduce al estado de guerra de todos contra todos. Pero, entonces, ¿cómo puede ser la anticipación la estrategia más racional? Y si no lo es,

³² HOBBS, op. cit., cap. V, p. 67.

¿por qué deberíamos considerar que el estado de naturaleza es un estado de guerra?

El problema de esta objeción es, como señala Kavka, que no distingue correctamente entre lo que es racional para cada uno de los individuos y lo que sería racional que ellos hicieran colectivamente. Aquí es donde el análisis a partir del esquema del dilema del prisionero parece de gran utilidad. Supongamos dos individuos, A y B, en el estado de naturaleza. Cada uno de ellos se ha procurado ciertos bienes y desea los del otro. Pueden seguir una de dos estrategias: permanecer en una actitud pasiva (y eventualmente defenderse) o anticiparse e invadir. Si ambos permanecen en actitud pasiva, entonces los dos podrán conservar sus bienes. Pero, dadas las ventajas de la sorpresa y la posibilidad de unirse a otros para atacar, si uno decide anticiparse, mientras el otro permanece en una actitud pasiva, éste probablemente perderá sus bienes y será sometido al dominio del otro, y su vida correrá peligro. En cambio, si ambos invaden, la situación es ciertamente desalentadora y la vida de ambos corre peligro, pero al menos es mejor que la total dominación. Además, debe considerarse que la situación de ambos es simétrica. Desde la perspectiva de la teoría de los juegos, estas consideraciones arrojan la siguiente matriz de ganancias, que se corresponde con la que presenta el juego del dilema del prisionero:

		B	
		Actitud pasiva	Anticipación
A	Actitud pasiva	2;2	4;1
	Anticipación	1;4	3;3

Los números en los cuadrantes se corresponden al lugar que ocupa el respectivo estado de cosas en el ordenamiento de preferencias de cada uno de los agentes (4 es la peor situación; 1 es la mejor). Las preferencias de A son las de la izquierda; las de la derecha, son las de B.

Un análisis detenido de la matriz de ganancias (análogo al que hemos realizado en el apartado anterior) pondrá de relieve que, *sin importar qué*

actitud adopte el otro individuo, será racional para cada uno de ellos anticiparse, esto es, asumir una conducta no cooperativa. En efecto, si B coopera, A obtiene una ganancia mayor si se anticipa. Si, por el contrario, B no coopera, A también obtiene una ganancia mayor anticipándose que adoptando una actitud pasiva (cooperativa). Resulta, pues, que la anticipación/invasión es la estrategia dominante. Además, el cuadrante inferior derecho, al que conduce la adopción por parte de ambos jugadores de la estrategia dominante, constituye lo que se denomina un *equilibrio de Nash*, esto es, una situación en la que ninguno de los dos jugadores puede situarse en una mejor situación cambiando su comportamiento, si los otros no cambian el suyo. Sin embargo, nótese que no se trata de una situación eficiente desde el punto de vista de Pareto: ambos jugadores estarían mejor si adoptaran una actitud pasiva. Resulta, pues, que, al igual que en el ejemplo de los prisioneros, si bien desde un punto de vista colectivo sería más eficiente que los individuos adoptaran una actitud pasiva, desde el punto de vista individual, la estrategia dominante es no cooperar. El estado de guerra es así explicado por el accionar racional de agentes racionales; de allí que Hampton denomine a esta explicación *explicación racional del conflicto*.

Se sigue de esta interpretación de la justificación de la Tesis de Hobbes que la cooperación en el estado de naturaleza es irracional. Por ende, es también irracional que una de las partes, en un pacto, cumpla su parte primero, pues, siendo racional para la otra no cooperar, se está exponiendo estúpidamente a ser víctima del incumplimiento de su contraparte. Este es un punto sobre el que Hobbes insiste en numerosas ocasiones, y, a su juicio, determinaría la nulidad de tales pactos: “si se hace un pacto en el que ninguna de las partes cumple de momento, sino que confía en la otra, en la condición de mera naturaleza (que es condición de guerra de todo hombre contra todo hombre) es, ante la menor sospecha razonable, nulo [...], pues aquel que cumpla en primer lugar no tiene seguridad alguna de que el otro cumpla después, porque los lazos palabra son demasiado débiles [...], por tanto, [...] no hace sino entregarse a su enemigo, contrariando el derecho (que nunca puede abandonar) a defender su propia vida”³³.

³³ HOBBS, op. cit., cap. XIV, p. 138.

3. Problemas de la explicación racional del conflicto: su inconsistencia con la vigencia de las leyes de la naturaleza y la respuesta de Hobbes al necio

Sin embargo, tal como señala Hampton, la explicación racional del conflicto no parece satisfactoria. En primer lugar, porque comprometería la validez y aplicabilidad de las leyes naturales en el estado de naturaleza, leyes que son, según Hobbes, “inmutables y eternas”³⁴. El fundamento de toda ley de la naturaleza es, en el esquema hobbesiano, su racionalidad, esto es, su aptitud para la autoconservación de los seres humanos: “Una LEY DE LA NATURALEZA es un precepto o regla general encontrada por la razón, por la cual se le prohíbe al hombre hacer aquello que sea destructivo para su vida, o que le arrebatase los medios de preservar la misma, y omitir aquello con lo que cree puede mejor preservarla”³⁵. Ahora bien, precisamente porque su fundamento es la autopreservación, tales leyes no rigen incondicionalmente: “Las leyes de la naturaleza obligan in foro interno, atan a un deseo de que tuvieran lugar, pero in foro externo, esto es, a ponerlas en acto, no siempre, pues quien fuera modesto y tratable, y cumplierse todo cuanto prometiere, en tiempo y lugar donde ningún otro hombre lo hiciese, no haría sino hacerse presa de otros y procurar su propia y cierta ruina, contra la base de toda ley de naturaleza”³⁶. La condición de aplicabilidad de las leyes de la naturaleza es, pues, que exista cierto nivel de certeza respecto de que los demás también las acatarán: “aquel que, teniendo suficiente seguridad de que otros observarán las mismas leyes respecto de él, no las observe él mismo, no busca la paz, sino la guerra, y por consiguiente la destrucción de la naturaleza por violencia”³⁷. En este sentido, Rawls³⁸ sugiere que las leyes de la naturaleza constituyen conclusiones acerca de qué principios y criterios de cooperación social sería *racional* que *todas las personas acataran* para *conservarse a sí mismas* y para procurarse los medios necesarios para una vida satisfactoria.

Ahora bien, según vimos, si la interpretación que asimila el estado de naturaleza al juego del dilema del prisionero fuese correcta, entonces *en*

³⁴ HOBBS, op. cit., cap. XV, p. 153.

³⁵ HOBBS, op. cit., cap. XIV, p. 132.

³⁶ HOBBS, op. cit., cap. XV, p. 153.

³⁷ HOBBS, op. cit., cap. XV, p. 153.

³⁸ RAWLS, op. cit., pp. 99-100.

ningún caso sería racional acatar las leyes de la naturaleza que establecen criterios de cooperación, pues la estrategia dominante es siempre, asuma el otro o no una actitud cooperativa, la no cooperación.

Aun más, Hobbes arguye explícitamente contra la idea de que violar las leyes de la naturaleza sea racional si los demás las acatan, en el célebre pasaje del necio. Es pertinente desarrollar, al menos sucintamente, la respuesta de Hobbes al necio, porque sugiere otra línea de interpretación respecto de la explicación del conflicto en el estado de naturaleza. Dicha argumentación se desarrolla en el marco de la discusión acerca de la tercera ley de la naturaleza, que prescribe a los hombres cumplir con sus pactos. Según Hobbes, en esta ley se encuentra la fuente y origen de la justicia, en tanto define la injusticia como el incumplimiento de un pacto y la justicia, como todo aquello que no es injusto.

El necio objeta la ley precisamente en sus fundamentos. Su argumento es, básicamente, el siguiente: es falso que cumplir los pactos (actuar justamente) sea siempre racional, esto es, conveniente para el agente en términos de costo beneficio. Pero, “si no es contrario a razón, no es contrario a justicia, o entonces no debe ser la justicia aprobada como buena”³⁹.

Hobbes refutará al necio y afirma que ser justo, cumplir los pactos, es siempre racional. A esos efectos, aclara preliminarmente que deben excluirse el caso de pactos de confianza mutua en los que no hay seguridad de cumplimiento por ninguna de las partes, pues no son pactos válidos. El ámbito de la discusión debe circunscribirse, entonces, a los casos en que una de las partes ya ha cumplido (aunque no exista poder común) o en los que existe un poder común que obliga a la otra parte a cumplir. En estos casos, cumplir es siempre racional. El argumento de Hobbes puede reconstruirse así:

a) Ningún hombre puede esperar defenderse a sí mismo de la destrucción por su propia fuerza e ingenio, sin la ayuda de confederados, cuando cada cual espera la misma defensa por parte de la confederación. Es, por lo tanto, racional pertenecer a una confederación, si ello es posible.

b) Pero quien incumple un pacto y afirma, por consiguiente, la racionalidad de hacerlo, no puede ser recibido en sociedad alguna que se erija para paz y defensa, salvo por error de quienes lo reciben, error con el que un hombre no puede razonablemente contar.

³⁹ HOBBS, op. cit., cap. XV, p. 144.

c) Por lo tanto, en la medida en que es altamente probable (a menos que los confederados incurran en un error) que incumplir los pactos me impida integrar confederaciones y sin éstas no puedo “defenderme de la destrucción”, ser injusto es irracional.

4. El estado de naturaleza como un juego DP iterado: la explicación del conflicto a partir de las pasiones

La respuesta de Hobbes al necio sugiere que el dilema del prisionero (DP) no es apropiado para representar la situación de los individuos en el estado de naturaleza, porque no tiene en cuenta los beneficios que pueden derivarse de la reputación de cumplidor (y, viceversa, los perjuicios de la de incumplidor). El problema es, pues, que no se tienen en cuenta futuros juegos. Ello ha llevado a algunos autores a sostener que los individuos, en el estado de naturaleza, no están en un juego DP de una sola ocurrencia, sino que se repite en el tiempo, esto es, están en un DP iterado, lo que cambia sustancialmente las consideraciones de los agentes, desde que podría haber un incentivo para la cooperación⁴⁰. En este sentido, Hampton arguye que la matriz de ganancias indicada (en la mayoría de los casos) para representar las consideraciones de los agentes que se enfrentan a un número indefinido de DP se asemejaría a la que Amartya Sen denominó *Assurance Game* (AG), a saber:

		B	
		Cumplir	No cumplir
A	Cumplir	1;1	4;2
	No cumplir	2;4	3;3

En este juego, contrario a lo que sucede en el DP, la ganancia de quien adopta una actitud no cooperativa mientras el otro coopera, no es la mayor.

⁴⁰ Ver AXELROD, Robert, *The evolution of cooperation*, Basic Books, Nueva York, 1984.

Por el contrario, la mejor situación es aquella en que ambos cooperan. Siguiendo las ideas de Hobbes, si bien la parte incumplidora obtendría los beneficios del negocio sin tener que dar nada a cambio, lo haría al costo de dañar su reputación, con lo que perdería la posibilidad de formar parte de otras asociaciones cooperativas (confederaciones) en el futuro. La característica más importante de este tipo de juegos es que no hay una estrategia dominante, esto es, una estrategia que un jugador debiera adoptar sin importar la que adopten los otros. Si bien el jugador estará dispuesto a cooperar, no lo hará a menos que tenga cierta seguridad de que el otro también cumplirá.

Ahora bien, dadas estas consideraciones, podríamos preguntarnos si, después de todo, aun en el estado de naturaleza, no es también racional cumplir aunque la otra parte no haya aún cumplido, afirmación que, como vimos, Hobbes había negado. En efecto, el agente podría pensar que si cumple, sería racional para la otra parte cumplir, y que, por lo tanto, también es racional para él cumplir. Esto acabaría con el conflicto del estado de naturaleza y derrumbaría el argumento de Hobbes. Pero Hobbes tiene una respuesta a esto: los hombres no siempre actúan racionalmente. Strauss señala, en este sentido, que Hobbes sostiene, en varios pasajes, que lo que impide la cooperación en el estado de naturaleza son las pasiones tales como la gloria, pasión que, como hemos visto, incluye en el capítulo XIII –aparentemente en forma innecesaria– como una de las causas del conflicto. En el mismo orden de ideas, Gauthier sostiene que la cooperación no es posible en el estado de naturaleza, porque los individuos actúan irracionalmente (esto es, motivados por pasiones como la gloria) o bien porque justificadamente temen que los otros actúen irracionalmente. Creo que esta es la interpretación más adecuada de la posición de Hobbes. En efecto, en el pasaje de la nulidad de los pactos en el estado de naturaleza que comentamos anteriormente, afirma que, ante la menor “sospecha razonable” el pacto es nulo, en la medida en que no es racional para la primera parte cumplir sin seguridad de que el otro también cumplirá, seguridad de la que carece porque “los lazos de las palabras son demasiado débiles para frenar *la ambición, avaricia, ira y otras pasiones del hombre*”⁴¹. En el mismo sentido, en el capítulo XVII señala que “las leyes de la naturaleza [...] son en sí mismas contrarias a nuestras pasiones naturales, que llevan a

⁴¹ HOBBS, op. cit., cap. XIV, p. 138.

la parcialidad, el orgullo, la venganza y cosas semejantes, cuando falta el terror hacia algún poder⁴². La única forma de asegurar el cumplimiento de las leyes de la naturaleza, de manera que su cumplimiento sea racional para cada individuo, es la constitución de una república, esto es, de un soberano absoluto “que los mantenga en el temor, o por miedo al castigo atarlos a la realización de sus pactos y a la observancia de aquellas”⁴³.

Es importante destacar que esta posición no implica asumir que las personas son en su mayoría irracionales, sino, simplemente, que dado que hay quienes lo son, entonces es racional, en el estado de naturaleza, adoptar una estrategia no cooperativa. En el estado civil, al proveer el poder soberano suficiente seguridad respecto del cumplimiento de los pactos, esa “sospecha razonable” se disipa, y adoptar una estrategia cooperativa es lo más racional.

5. Problemas de la explicación del conflicto a partir de las pasiones: el dilema de Hampton

Esta interpretación del estado de naturaleza no está, empero, exenta de problemas. En efecto, Hampton la rechaza arguyendo que “hace que la institución del soberano sea, bien innecesaria, bien imposible”⁴⁴. De todos modos, su interpretación no es tan alejada de ésta –por lo pronto, bastante menos de lo que sus palabras parecen sugerir–. Creo, no obstante, que las aclaraciones que ella introduce para “salvar” –al menos en esta instancia– el argumento de Hobbes no son consideraciones que puedan atribuirse a éste.

Analicemos brevemente el dilema de Hampton. Ella afirma que, después de todo, no sería tan irracional que la primera parte no adopte una estrategia cooperativa. Ello sólo sería cierto respecto de los pactos en que exista una alta probabilidad de que la otra parte incumpla. A su entender, el agente debería comparar el valor medio esperado⁴⁵ de cada uno de los cursos de acción (cooperar; no cooperar) y sólo una alta probabilidad de incumplimiento giraría la balanza a favor del segundo. Si bien no nos es

⁴² HOBBS, op. cit., cap. XVII, p. 163.

⁴³ HOBBS, op. cit., cap. XVII, p. 163.

⁴⁴ HAMPTON, op. cit., p. 74. [Esta traducción, como las que siguen de este texto, me pertenecen.]

⁴⁵ “Un valor esperado es la suma de las probabilidades de cada resultado posible multiplicadas por el valor de cada uno de tales de resultados”. COOTER, Robert y Thomas Ulen, *Derecho y Economía*, trad. cast., Fondo de Cultura Económica, México, 1998, p. 68.

posible detenemos en este punto, dado que excedería los límites de este trabajo, diremos que esta afirmación es, cuanto menos, discutible. Pero suponiendo que fuera correcta, ello sería peligroso para el argumento de Hobbes. En efecto, si sólo algunos pactos fallaran, el estado de naturaleza no sería lo suficientemente miserable como para justificar la institución de un soberano absoluto, sino que se parecería más bien al estado de naturaleza lockeano. Es importante recordar aquí las consideraciones que realizamos en el primer apartado acerca del rol que el estado de naturaleza está llamado a desempeñar en la filosofía política de Hobbes: sólo un estado de cosas absolutamente miserable justificaría un soberano igualmente absoluto. Si la explicación del conflicto a raíz de las pasiones es correcta, pero el conflicto no es suficiente para justificar el tipo de autoridad política en la que Hobbes está pensando, entonces el argumento se derrumba.

Pero, de tal conclusión podría salirse arguyendo que la mayoría de los pactos son tales que la probabilidad de que la otra parte actúe irracionalmente es lo suficientemente alta para tornar, a su vez, irracional la adopción de una estrategia cooperativa. Esto es, no sólo “unos pocos pactos” fallarán, sino la mayoría, y ello porque en todos los casos existe una alta probabilidad de que la otra parte incumpla. Pero, a juicio de Hampton, ello nos enfrentaría a otro problema: “si las personas actúan tan frecuentemente movidas por las pasiones en contra de su autoconservación al punto que ello genera un estado de guerra casi total, ¿cómo puede haber un acuerdo general en instituir un soberano? Las pasiones que impiden las actividades cooperativas en general en el estado de naturaleza también parecen impedir la creación y cumplimiento del contrato para instituir al soberano”⁴⁶.

6. La alternativa de la miopía y sus problemas: nuevo examen del dilema de Hampton

Ante el fracaso de ambos intentos de explicar el conflicto –el racional y el pasional– Hampton propone un tercero: el de la miopía. En este sentido, considera, como hicimos nosotros, que en el estado de naturaleza hobbesiano la mayor parte de las situaciones de cooperación son juegos DP iterados y, por ende, la matriz de los individuos se corresponde a la de un AG. Por lo tanto, en tales situaciones, los beneficios a largo plazo determinan que la cooperación es racional. Sin embargo, muchos individuos

⁴⁶ HAMPTON, op. cit., p. 73.

son demasiado “miopes” –esto es, incapaces de ver los beneficios de largo plazo, concentrándose sólo en los más inmediatos–. Se trata, pues, de un defecto en el razonamiento y no en lo que desean; de manera que no se trata de que priorizan la gloria por sobre la autoconservación, sino simplemente de “una incorrecta interpretación de la situación en el estado de naturaleza, interpretaciones erróneas que crean falsas creencias”⁴⁷. Particularmente, los individuos equivocadamente creerán –fundamentalmente sobre la base de la creencia errónea de que las perspectivas de futuras interacciones contractuales con sus actuales congéneres son “demasiado remotas”, esto es, no lo suficientemente frecuentes⁴⁸– que están en un DP de una sola ocurrencia y, por lo tanto, creerán que la estrategia dominante es la no cooperación. Este defecto de razonamiento será “común, pero no ubicuo”⁴⁹; de hecho, lo suficientemente común como para que los agentes “no miopes” consideren que, dado que la otra parte probablemente sea miope, la cooperación no es la estrategia racional.

Hampton destaca tres ventajas de esta explicación: *a)* permite conciliar la explicación del conflicto del capítulo XIII –porque los individuos actúan *como* si estuvieran en el dilema del prisionero– y la del capítulo XV –pues no deja de destacar la estupidez del necio–; *b)* es congruente con las premisas psicológicas de Hobbes; *c)* finalmente, y más importante, no haría imposible la institución del soberano.

Sin embargo, como ya dije, la evidencia textual que presenta a favor de esta interpretación es poco convincente. A mi entender, aun cuando sea deficiente, la explicación que Hobbes parece sugerir es la que se basa en las pasiones irracionales y la consiguiente irracionalidad de la estrategia cooperativa.

Por otro lado, los argumentos de Hampton contra tal explicación no son en absoluto concluyentes. En primer lugar, ya mencioné que es discutible⁵⁰ que el cumplimiento del pacto, cuando todavía la otra parte no ha cumplido, sea racional en la mayoría de los casos.

Pero, aun cuando consideremos que efectivamente es así, el otro extremo del dilema tampoco lleva necesariamente a la ruina la argumentación de Hobbes. En otras palabras, la posibilidad de que los individuos, en el

⁴⁷ HAMPTON, op. cit., p. 82.

⁴⁸ HAMPTON, op. cit., p. 82.

⁴⁹ HAMPTON, op. cit., p. 88.

⁵⁰ Para una discusión sobre el punto, ver ΚΑΥΚΑ, op. cit., p. 147 y ss.

estado de naturaleza, efectivamente puedan instituir un soberano por mutuo consentimiento no cumple un rol esencial en la empresa hobbesiana. Para comprender esta afirmación, debemos volver sobre el rol que debe desempeñar el estado de naturaleza en la teoría de Hobbes y su estatus. En este sentido, hemos afirmado ya que se trata de un experimento mental, de una construcción retórica. Rawls arguye, convincentemente, que no debe entenderse el contrato social hobbesiano “como un acuerdo sellado *en pleno* estado de naturaleza [...], en vez de eso, podemos entender el contrato social como un pacto que sirve para asegurar (y que asegura) un gobierno estable ya existente. El argumento de Hobbes es que [...], dada la presencia permanente del peligro de un conflicto civil y de una recaída en el Estado de Naturaleza, toda persona racional está suficiente y fundamentalmente interesada en brindar su apoyo a un soberano eficaz.”⁵¹. Así, a pesar de que no explique cómo pudo generarse la sociedad civil, el contrato social “proporciona una perspectiva desde la que mostrar por qué es del interés más primordial y fundamental de todos el brindar nuestro apoyo a un soberano eficaz”⁵². Esto implica abandonar una estrategia narrativa, esto es “el proyecto de justificar la autoridad política contando un relato que muestra cómo los hombres en el estado de naturaleza se dan cuenta de que tienen buenas razones para abandonarlo y actúan en consecuencia”⁵³, pero no la tesis liberal básica según la cual toda autoridad legítima debe fundarse en el consentimiento.

Lo que intentan poner de relieve tanto Rawls como Newey es que del hecho de que los hombres en el estado de naturaleza no puedan seguir el curso de acción colectivamente más racional –sea porque se encuentran en un PD o porque, encontrándose en un AG, las pasiones o su miopía lo impiden y hacen imposible la institución del soberano– no implica que las razones que son inoperantes en el estado de naturaleza también lo sean en el estado civil. En función de tales razones, nosotros, miembros de la sociedad civil y agentes racionales, tenemos la obligación –en vista de nuestros propios intereses– de obedecer las leyes del soberano y de someternos –y contribuir– a su poder absoluto. En síntesis, en el esquema hobbesiano, lo importante no es que gobiernen tales o cuales individuos, ni siquiera que

⁵¹ RAWLS, op. cit., p. 64.

⁵² RAWLS, op. cit., p. 65.

⁵³ NEWAY, Glen, *Routledge Philosophy GuideBook to Hobbes and Leviathan*, Routledge, Londres, 2008, p. 79.

gobierne alguien que nosotros consintamos (sí que consintamos un determinado sistema de gobierno), sino que quien gobierna tenga el poder suficiente para evitar una nueva recaída en el estado de naturaleza. El estado de naturaleza actúa, pues, como un fantasma que constantemente acecha a la sociedad civil; su presencia terrorífica pretende justificar el más crudo sometimiento; en efecto, si sólo un soberano feroz puede asegurarme contra aquella condición de absoluta miseria, ¿qué actitud más racional que obedecerlo y hacer todo lo posible por asegurar su permanencia? La búsqueda de la paz a la que nos conmina la primera ley de la naturaleza –esto es, la primera y más fundamental regla para garantizar nuestra propia conservación– no es sino, precisamente, la búsqueda del soberano absoluto.

V. BIBLIOGRAFÍA

- BINMORE, Ken, *Game Theory: A very short introduction*, Oxford University Press, Oxford, 2007.
- BOBBIO, Norberto, *Estudios de historia de la filosofía: de Hobbes a Gramsci*, trad. cast., Editorial Debate, Madrid, 1985.
- COOTER, Robert, y Thomas Ulen, *Derecho y Economía*, trad. cast., Fondo de Cultura Económica, México, 1998.
- DARWALL, Stephen (2000), “Normativity and projection in Hobbes’s Leviathan”, *The philosophical review*, vol. 109, nro. 3, ps. 313-347
- DOTTI, Jorge, “Pensamiento político moderno”, en Ezequiel de Olaso (ed.), *Del renacimiento a la ilustración I (Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía VI)*, Trotta, Madrid, 1994, ps. 53-76.
- GAUTHIER, David (1987), “Taming Leviathan”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 16, nro. 3, ps. 280-298.
- GAUTHIER, David, *La moral por acuerdo*, trad. cast., Gedisa, Barcelona, 1994.
- HAIJ, Ishtiyaque (1991), “Hampton on Hobbes on State-of-Nature Cooperation”, *Philosophy and Phenomenological Research*, vol. 51, nro. 3, ps. 589-601.
- HAMPTON, Jean (1991), “Cooperating and contracting: A Reply to I. Haji’s ‘Hampton on Hobbes on State-of-Nature Cooperation’”, *Philosophy and Phenomenological Research*, vol. 51, nro. 3, ps. 603-609.
- HAMPTON, Jean, *Hobbes and the Social Contract Tradition*, Cambridge University Press, Cambridge, 1986.
- HOBBS, Thomas, *Diálogo entre un filósofo y un jurista y escritos autobiográficos*, est. prelim., trad. y notas de Miguel Ángel Rodilla, Tecnos,

- España, 1992. (Contiene *Diálogo entre un filósofo y un estudioso del derecho común en Inglaterra* [1666], *Vida de Thomas Hobbes de Malmesbury escrita en verso por el autor* [1672] y *Consideraciones sobre la reputación, lealtad, costumbres y religión de Thomas Hobbes de Malmesbury. Escritas por mismo a modo de carta a una persona docta* [John Wallis, D. D.] [1662].)
- HOBBS, Thomas, *Leviatán o la materia, forma y poder de una república, eclesiástica y civil*, trad. cast. de Antonio Escotado, Losada, Buenos Aires, 2004.
- KAVKA, Gregory S. (1983), "Hobbes's War of All against All", *Ethics*, vol. 93, nro. 2, ps. 291-310.
- KAVKA, Gregory S., *Hobbesian Moral and Political Theory*, Princeton University Press, Princeton, 1986.
- LOCKE, John (1690), *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*, trad. cast. de Cristina Piña, Buenos Aires, Editorial Losada, Buenos Aires, 2003.
- MARTÍNEZ, Maximiliano (2008), "Hobbes y la moral egoísta en el estado de naturaleza", *Ideas y valores*, nro. 136, ps. 5-26
- NEWBY, Glen, *Routledge Philosophy GuideBook to Hobbes and Leviathan*, Routledge, Londres, 2008.
- RAWLS, John, *Lecciones sobre la historia de la filosofía política*, trad. cast., Paidós, Barcelona, 2009.
- STRAUSS, Leo, *The Political Philosophy of Hobbes: Its Basis and Its Genesis*, trad. ing., Chicago, The University of Chicago Press, Chicago, 1952.
- VARIAN, Hal, *Análisis microeconómico*, trad. cast., 3ª ed., Antoni Bosch Editor, Barcelona, 1992.

EL RECURSO: DE MECANISMO DE CONTROL A GARANTÍA

ANA CLARA PIECHENSTEIN*

Resumen: El trabajo trata el pasaje del mecanismo recursivo como herramienta de control a su actual concepción garantista. Se aborda la historia de los sistemas de enjuiciamiento como contexto de surgimiento del recurso, las ideas político-filosóficas predominantes en cada período y la aparición de una multiplicidad de significados del concepto de recurso.

Se aplican conceptos provenientes de la obra de FOUCAULT para trazar líneas de análisis no convencionales, que eviten caer en afirmaciones de tipo “evolutivo” en relación al cambio en la idea o el concepto. No se pondrá énfasis en la matriz jurídica del poder, entendido como represión, sino más bien en su faz positiva, como productor de formas de saber, entre las que se incluirá a las formas jurídicas, en particular, a la práctica recursiva.

El ensayo sugiere que el mecanismo recursivo debe su permanencia a que tal práctica, más allá de las modificaciones discursivas que tuvieron lugar para fundamentarla, era útil a ciertos fines en el momento de su emergencia. Los intersticios que esta herramienta dejaba entrever permitieron su uso garantista, para remediar resoluciones judiciales adversas al imputado o condenado emitidas arbitrariamente o en contra del derecho.

Abstract: In this work, we will discuss how the appeal, deemed so far to be a control mechanism, adopted a rights-safeguard approach. Further, the history of the trial system as background for the creation of the appeal, the main phyloso-

* Estudiante de Abogacía (UBA), miembro de la Revista Derecho y Barbarie. Agradezco afectuosamente a Mauro Benente por sus ideas e indispensables aportes a este artículo. Invito a quien quiera acercarme críticas o comentarios: ana_clarap@hotmail.com.

El presente trabajo presentado, con modificaciones, en el curso “Régimen del proceso penal” a cargo del Dr. Ignacio F. Tedesco en noviembre de 2008.

phical and political ideas in each period, and the various meanings of appeal will be examined.

In order to undergo a non-conventional analysis, thus avoiding affirmations of an evolutionary type as regards the change in the idea or concept, we will use terms coined by FOUCAULT. Emphasis will not be laid on the legal aspect of power, construed as repression, but on its positive aspect, concerning the knowledge developed through it, including legal tools, such as appeals.

In this essay, the subsistence of an appeals mechanism is considered to be grounded on the fact that such practice, beyond discourse changes introduced in order to justify it, was useful to achieve certain goals during emergency periods. Certain aspects of this tool allowed a rights-safeguard approach, aimed at remediating arbitrary or unlawful adverse court decisions affecting the accused or condemned.

Palabras clave: Recurso contra la sentencia penal- sistemas de enjuiciamiento penal- mecanismo de control- poder- garantías.

Keywords: Appeals against criminal courts' decisions – criminal trial systems – control mechanism – power – rights' safeguard.

“Quiero decir esto: en una sociedad como la nuestra, pero en el fondo de cualquier sociedad, relaciones de poder múltiples atraviesan, caracterizan, constituyen el cuerpo social; y estas relaciones de poder no pueden disociarse, ni establecerse, ni funcionar sin una producción, una acumulación, una circulación, un funcionamiento del discurso. No hay ejercicio de poder posible sin una cierta economía de los discursos de verdad que funcionen en y a partir de esta pareja. Estamos sometidos a la producción de verdad desde el poder y no podemos ejercitar el poder más que a través de la producción de la verdad.”

Foucault, M., *Genealogía del racismo*

I. INTRODUCCIÓN

La idea que guía este trabajo surge de una cuestión que aparece a primera vista como paradójica: el recurso –entendido aquí como el mecanismo que permite la impugnación de una decisión que impone una pena– se presenta en su emergencia como una herramienta de neto corte autoritario, frente a su actual reconocimiento como una garantía de la persona sujeta a una decisión de carácter punitivo. Intentaré vislumbrar, partiendo de esta

formulación paradójica, cómo una misma práctica pudo dar lugar a –al menos dos– significados de carácter diametralmente opuesto al interior del discurso penal.¹

En función de esta pretensión me adentraré, en primer término, en la historia de los diferentes sistemas de enjuiciamiento penal, tomando la práctica recursiva como hilo conductor del recorrido, para luego ubicar el lugar de emergencia del recurso, entendido como garantía.

En un segundo momento del trabajo, buscaré mostrar cómo la práctica del recurso no sólo permitió el surgimiento de dos significados contradictorios, sino que dentro del significante “garantía” se conformaron múltiples acepciones, no siempre coincidentes.

Por último, será menester proponer una explicación a lo que aquí llamaremos la “paradoja del recurso”, pasando por los modos de construcción de verdad y la puesta en cuestión de las garantías.

II. MARCO TEÓRICO

Para el enfoque de las cuestiones precedentes intentaré aplicar como herramientas teóricas de análisis, algunas de las categorías propuestas por Michel Foucault en *Arqueología del saber*², ‘Nietzsche, la genealogía, la historia’³, *La verdad y la formas jurídicas*⁴, entre otros.

Se hablará, entonces, de los hechos históricos desde el punto de vista de una genealogía, léase, desde “... una forma de historia que da cuenta de la constitución de los saberes, de los discursos, de los dominios de objeto, etc., sin tener que referirse a un sujeto trascendente en relación al campo de los acontecimientos o que corre en su identidad vacía a través de la historia.”⁵ Es decir, la genealogía no pretende establecer una

¹ Como apuntara Michel Foucault, una tarea de este tipo consiste en “(...) no tratar –en dejar de tratar– los discursos como conjuntos de signos (de elementos significantes que envían a contenidos o a representaciones), sino como prácticas que forman sistemáticamente los objetos de que hablan.” FOUCAULT, Michel P., *La arqueología del saber*, Siglo XXI, Méjico, 1972, 2da ed., (trad.) Garzón del Camino, Aurelio, p. 81.

² Op. cit.

³ En FOUCAULT, Michel, *Microfísica del poder*, La Piqueta, Madrid, 1992, 3ra ed., (trad.) Varela, J. y Álvarez-Uría, F.

⁴ FOUCAULT, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, Barcelona, 1995, (trad.) Lynch, Enrique.

⁵ FOUCAULT, M., “Verdad y poder”, en *Microfísica del poder*; ob.cit., pp. 184/185.

gran continuidad por encima del conjunto de los sucesos, sino que busca, por el contrario, entrever, advertir los cortes, las discontinuidades, las dispersiones que produjeron los acontecimientos bajo análisis. Al oponer la idea de origen (*Ursprung*) a las de emergencia (*Entstehung*) y procedencia (*Herkunft*), le es posible a FOUCAULT mirar desde otro lugar, situarse en una perspectiva alejada de todo esencialismo que permita hacer creer que en el comienzo de algo se encuentra *la verdad o el ser*, que permita afirmar cualquier tipo de *evolución*.

*Entstehung*⁶, la emergencia, designa el punto de surgimiento, “es el principio y la ley singular de una aparición.”⁷ Foucault propone pensar los sucesos, los enunciados, los conceptos, como emergiendo siempre en un estado de fuerzas determinado, no tomarlos como el significado con el cual se presentan hoy, sino verlos como producto de unas relaciones de fuerza, desarrollos estratégicos, de tácticas⁸. El término *Herkunft*⁹ remite a la procedencia, a la pertenencia a un grupo (el de la sangre, la tradición, el tipo social), a los comienzos que dejan una huella, una marca particular. En lo que aquí nos interesa, el autor oriundo de Poitiers va a decir que la *procedencia* permite “...encontrar bajo el aspecto único de un carácter, o de un concepto, la proliferación de sucesos a través de los cuales (gracias a los cuales, contra los cuales) se han formado.”¹⁰

Está claro que, dadas las características del análisis genealógico y teniendo en cuenta las fuentes que se requieren para llevarlo a cabo, resulta de imposible realización en un trabajo de este tipo. No obstante, se

⁶ Sustantivo proveniente del verbo alemán *entstehen*, definido como *als etwas neues beginnen*, es decir, comenzar, empezar como algo nuevo (*Pons Kompaktwörterbuch*, Ernst Klett Sprachen, Stuttgart, 2007). Otras acepciones del castellano: “nacer”, “surgir”, “formarse”, “ocasionar” (*Diccionario Collins esp.-alem., alem-esp.*, Grijalbo, Méjico, 1997).

⁷ FOUCAULT, M., “Nietzsche, la genealogía...”, op.cit., p.13.

⁸ FOUCAULT, M., “Verdad...”, op.cit., p.182.

⁹ Sustantivo emparentado con el verbo alemán *herkommen*: venir de algún lado (*jemanden/ etwas kommt irgendwoher*), provenir (*abstammen/ herkommen*), ser nacido o criado (*geboren oder aufgewachsen sein*). *Herkunft* designa el lugar, la familia o el entorno en el cual alguien se cría, o donde algo fue producido (*Ort, Familie und Umgebung, in der man aufgewachsen ist/ Ort wo etwas hergestellt worden*). *Pons Kompaktwörterbuch*, ob.cit.

¹⁰ FOUCAULT, M., “Nietzsche, la genealogía...”, op.cit., p. 11. “...Seguir la filial completa de la procedencia, es... mantener lo que pasó en la dispersión que le es propia: es percibir los accidentes, las desviaciones ínfimas... que han producido aquello que existe y que es válido para nosotros; es descubrir que en la raíz de lo que conocemos y de lo que somos no están en absoluto la verdad ni el ser, sino la exterioridad del accidente.”

considera valioso rescatar algunos de los instrumentos conceptuales antes referenciados.

Sí se pondrá en juego la idea foucaultiana de análisis del poder en su faz afirmativa, como una “red productiva que atraviesa todo el cuerpo social más que como una instancia negativa que tiene como función reprimir”¹¹, no mirando al poder en su matriz jurídica, como represión, sino como formador de saber y productor de discursos¹². En definitiva, hallar esas formas de saber-poder presentes en el discurso penal, “formas que son al mismo tiempo modalidades de ejercicio del poder y modalidades de adquisición y transmisión del saber”¹³ y vislumbrar cómo se articulan con la construcción de verdad en el plano jurídico.

III. DEVENIR HISTÓRICO DE LAS PRÁCTICAS DEL RECURSO EN LOS SISTEMAS DE ENJUICIAMIENTO.

“Los recursos de quienes intervienen en un procedimiento para evitar las consecuencias perjudiciales de las decisiones de los tribunales, en pos de intentar demostrar la injusticia (agravio) y, de lograrlo, conseguir que la decisión atacada sea revocada, en su caso transformada en otra de sentido contrario, modificada o reformada o, incluso, eliminada, fueron mecanismos nacidos históricamente durante el desarrollo del procedimiento inquisitivo, antes como instancias de control burocrático que como garantías para los súbditos...”
Maier, Julio B. J., Derecho Procesal Penal.I. Fundamentos.

Este sucinto recorrido histórico por los sistemas de enjuiciamiento, tiene por objeto rastrear aquellas prácticas que se daban en cada uno de ellos con respecto a las modalidades del recurso.

¹¹ FOUCAULT, M., “Verdad...” op. cit., p. 186.

¹² *Íbidem*.

¹³ Cfr. FOUCAULT, M., *La arqueología...*, ob.cit., pp. 121, 133, 181, 198 y 253. Otras de las categorías a utilizar serán las de *enunciado* (elemento mínimo del discurso, capaz de entrar en relaciones con otros elementos semejantes a él), *concepto cierta forma de coexistencia entre los enunciados*, *discurso* (práctica regulada que da cuenta de un conjunto de enunciados que dependen de un mismo sistema de formación), y *contradicciones* (desprovistas de todo contenido peyorativo, constituyen la ley misma de la existencia del discurso).

1. El recurso en el sistema acusatorio y en el inquisitivo¹⁴

A grandes rasgos, diremos que ambos modelos tienen una postura más o menos distinguible frente al recurso. Mientras que para aquellos sistemas denominados acusatorios, la sentencia hace cosa juzgada y no son admitidos, o son muy raros los recursos, los indultos o gracias¹⁵, para los sistemas calificados de inquisitivos o inquisitoriales, el principio de cosa juzgada es susceptible de ser vulnerado por la potestad del monarca, del Obispo, o de un funcionario judicial de más alto rango que el que dictó la sentencia.

La práctica del recurso dentro del modelo histórico del sistema acusatorio, no se daba o era excepcional, con fundamento en la irrecurribilidad de las decisiones provenientes de la voluntad soberana del pueblo. Concordeamente, los casos de excepción tienen el mismo sustento de legitimidad: en la legislación griega (del 12000 a.c. al 100 a.c. aproximadamente), a raíz de que en la Grecia antigua existía el juzgamiento contumacial, el acusado gozaba de la facultad de presentarse y anular el juicio con posterioridad a la sentencia dictada en ausencia, iniciándose uno nuevo¹⁶; en el derecho romano de la república existían los institutos de la *provocatio ad populum* y la *cognitio extra ordinem*, mediante las cuales se hacía una apelación ante el pueblo y se requería una sentencia de gracia¹⁷; en el derecho germano antiguo tenía vigencia la *Urteilsschelte*¹⁸ (posibilidad de impugnar la propuesta de sentencia antes de que la misma fuera aprobada por el tribunal). Por su parte, en el sistema inquisitivo histórico la existencia del

¹⁴ “Ya sabemos que históricamente es discutible la existencia de un sistema inquisitivo puro, tanto como de un acusatorio puro; que se ha dicho que el sistema inquisitivo ni siquiera es un proceso; y también que a esta clasificación bipartita (acusatorio-inquisitivo) se la acusa de inexacta porque todos los procesos han tenido algún grado de mixtura. A pesar de estos reparos, la clasificación sirve para caracterizar y diferenciar cada sistema procesal, y examinar la relación de sus principios con los fundamentos filosóficos y políticos propios en que se deberían insertar estos modelos...” ARCE VÍQUEZ, Jorge L., ‘La persistencia de la inquisición (¿Cuál es el objeto de la casación penal costarricense?)’, en *¿Más derecho?*, Fabián di Plácido, Buenos Aires, 2001, vol. 2, pp. 210/211.

¹⁵ Cfr. VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, Marcos Lerner, Córdoba, 1981, p.22, T.I.

¹⁶ Cfr. MAIER, J., *Derecho procesal penal. I. Fundamentos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 271.

¹⁷ Cfr. MAIER, J., ob. cit., p. 217 y VÉLEZ MARICONDE, A., op.cit., p. 53.

¹⁸ Traducible como “reto a la sentencia”.

recurso era la regla, y su frecuente utilización se comprende al observar las formas políticas de cada período y su legitimación: en el derecho romano –monarquía e imperio– el rey o el emperador concentraban el poder y eran quienes ejercían la jurisdicción, delegándola en representantes. Esa delegación era lo que permitía que pudiera apelarse al monarca o emperador o ante los jueces superiores que lo representaban más directamente (devolución de la jurisdicción delegada)¹⁹; el proceso penal canónico era análogo al romano en cuanto a la práctica recursiva, excepto que en vez del Rey, quien controlaba las sentencias eran Papa, los Obispos y Arzobispos, siendo la apelabilidad de las sentencias un efecto necesario de lo anterior, a los fines del control de los veredictos emanados de los representantes; durante la Inquisición, una de las razones más importantes que justificaban el mecanismo de la apelación era la existencia de un sistema de valoración legal de la prueba.²⁰

A modo de síntesis de lo anteriormente expresado, las palabras de Hélie: “En Francia... bajo nuestras monarquías como bajo los Cismas, la apelación parece no tener más que una misión: la de reunir el poder dispersado en las provincias y atraerlo al centro, la de someter a una justicia suprema todas las justicias de la tierra. Sin duda, esta institución debió servir al mismo tiempo al interés judicial (hacer cesar los abusos y fortalecer el derecho); pero esto no fue más que una de sus consecuencias y no su fin principal.”²¹

2. La Modernidad como plano de emergencia del recurso entendido como garantía

Pudimos observar, más o menos nítidamente, cómo la práctica del recurso puede diferenciarse en dos niveles: el teórico, en tanto se observe la correspondencia de la práctica con los principios del modelo de sistema de enjuiciamiento; y el histórico, al enmarcar y ubicar históricamente al recurso como práctica en los distintos períodos en los que tuvo lugar.²²

¹⁹ VÉLEZ MARICONDE, A., ob.cit., p. 35, 53, .MAIER, J., ob.cit., pp. 274, 287.

²⁰ MAIER, J., op.cit., p. 299.

²¹ HÉLIE, M. Faustin, *Traité de l'instruction criminelle*, p. 357, T.I, citado por VÉLEZ MARICONDE, A., op. cit., p.124 . Los resaltados me pertenecen.

²² Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trotta, Madrid, 1995, p. 563.

En lo que respecta al nivel teórico, podemos decir que dadas las características de división de poderes en el proceso (esquema tripartito o piramidal), de intermediación, oralidad, continuidad y contradictoriedad; el sistema de la íntima convicción a la hora de valorar la prueba producida en el debate y de ejercicio del poder de juzgar por tribunales populares²³ que posee el modelo acusatorio, no es dable admitir la posibilidad de impugnación de una sentencia, ya que podrían verse afectados los principios enumerados. En términos históricos, pudo verse que existió alguna forma de modificar sentencias judiciales, pero se trataba claramente de excepciones (por ejemplo, como consecuencia de una condena dictada en un procedimiento contumacial en Grecia). La explicación de esta excepcionalidad puede radicar en la forma de distribución del poder político —descentralizada y local—, que daba lugar a su vez, a formas análogas de ejercicio de la potestad jurisdiccional y, consecuentemente, a la imposibilidad de acudir a un poder superior que tuviera legitimidad suficiente para revocar una sentencia emanada de un tribunal popular.

Muy por el contrario, el esquema teórico del sistema inquisitivo habilitaba fácilmente, y hasta podría decirse que promovía, la apelación (comprendida en términos genéricos). La concentración del poder de juzgar en una única mano (la del un monarca o la de una autoridad religiosa), la organización jerárquica en la que el rey delegaba su potestad jurisdiccional y el sistema de prueba legal para la valoración de la prueba (condiciones estipuladas legalmente para tener por acreditado un hecho)²⁴, importaban la necesidad de un control, tanto sobre los funcionarios en quienes el poder central delegaba la capacidad de juzgar, como sobre las sentencias que en virtud de ese poder se emitían, las cuales debían estar correctamente fundadas en las pruebas prescritas legalmente.

Históricamente, la vía recursiva tuvo una utilización muy frecuente, en especial gracias a sus posibilidades estratégicas. Como fuera puntualizado en el acápite anterior, las implicancias del recurso sobre la consolidación del poder central por sobre los poderes locales (feudales, señoriales) fueron de gran significación para el armado político que culmina más tarde en la consolidación de los Estados nacionales. Resulta interesante destacar esta relación entre la práctica jurídica del recurso y las formas de poder que permitió fundar.

²³ Cfr. MAIER, J., *op.cit.*, pp. 444/445.

²⁴ Ídem, pp. 447/448/449.

Sin embargo, es en estas formas de enjuiciamiento inquisitivas donde podemos rastrear el comienzo de la concepción garantista del recurso. Al referirse Maier a la Ordenanza Criminal francesa de 1670, sugiere que “la misma idea política de la jurisdicción delegada –el poder jurisdiccional como atributo de la soberanía residía totalmente en el monarca– fundó dos remedios distintos, apoyados en el mismo argumento: el recurso al consejo del rey o poder de casación y las gracias del monarca.”²⁵ Queremos aquí detenernos en el segundo de los “remedios”, el de la gracia del monarca o *lettres de grace*, en punto a su modalidad excepcional, y contrastarla con los límites impuestos a la aplicación de la tortura. El favor real de clausura de la persecución penal, disminución de la pena o incluso la extinción de ciertos delitos²⁶, tanto como la limitación de la tortura a favor de las personas “honestas y de buena fama” y a los nobles²⁷, constituyeron en sus comienzos privilegios hacia ciertas personas, “...autolimitaciones del poder penal del soberano y derivaciones del ejercicio absoluto de ese poder por aquel en quien residía la soberanía”²⁸.

Estos *antecedentes*²⁹ históricos de la idea de recurso como garantía, pese a acercarse en algún punto al concepto que hoy se tiene de resguardo frente al poder estatal y punitivo, no se ven transformados radicalmente sino hasta el advenimiento de la Modernidad³⁰. No advertimos, sin embargo, que la práctica del recurso se haya visto modificada, sino que lo

²⁵ Ídem, p. 320.

²⁶ Cfr. ídem, pp. 320/321.

²⁷ Cfr. ídem, p. 297.

²⁸ Ídem, p. 315.

²⁹ “Todo enunciado comporta un campo de elementos antecedentes con relación a los cuales se sitúa, pero que tiene el poder de reorganizar y de redistribuir según relaciones nuevas. Se constituye su pasado, define, en lo que le precede su propia afiliación, redibuja lo que lo hace posible o necesario, excluye lo que no puede ser compatible con él.” FOUCAULT, M., *La arqueología...*, ob.cit., p. 211.

³⁰ “...estos principios limitativos del poder penal del Estado sólo aparecen con ese significado general en la Edad Moderna, a partir de las ideas que triunfaron en el siglo XVIII... Si bien existen reglas similares o idénticas en su formulación antes del constitucionalismo moderno, por ejemplo, en los fueros españoles, en la Carta Magna inglesa de 1215, y hasta en el derecho romano, su significado, aun cuando precursor, es bien distinto: persiste en el fondo de estos estatutos la idea del privilegio y no de la de igualdad, la de la particularización y no la de la generalización, en fin, no se reconoce en ellos un atributo o seguridad que merece al persona humana como tal, sino una prerrogativa de la que algunos, cierto sector o cierta población, gozan por autolimitación del soberano.” MAIER, J, op. cit., p. 475.

que sufrió un giro casi copernicano fue el significado otorgado a ella en función del nuevo poder político. En lo que sigue, se interpretará este fenómeno a la luz de la relación entre saber-poder, verdad y prácticas judiciales.³¹

3. Poder, derecho, verdad: la aparente transición del recurso

Establecer qué reglas de derecho hacen funcionar las relaciones de poder para producir discursos de verdad que están, en una sociedad como la nuestra, dotados de efectos tan poderosos.

Foucault, M., Genealogía del racismo

Se trata en este apartado de intentar hallar los motivos que condujeron a que se produzca, a partir de los siglos XVII y XVIII, la transición, al menos a nivel de lo discursivo, del recurso como forma de control a garantía procesal.

Como primer intento, podríamos señalar que el período histórico mencionado, estuvo caracterizado por una sucesión de revoluciones que jaquearon las bases del poder monárquico vigente hasta el momento. Quizás haya sido el temor al retorno de un poder absoluto y arbitrario, lo que inspirara la creación por parte del derecho, de frenos o límites frente a las potestades del “nuevo soberano”, del *Leviatán* hobbesiano, para que éste permaneciera dentro de una esfera de legitimidad. Esta concepción del derecho centrado aún en la idea de soberanía implica, para Foucault, que la finalidad de aquél sea la eliminación de la dominación y sus consecuencias, y que “...el discurso y la teoría del derecho han tenido esencialmente la función de disolver dentro del poder el hecho histórico de la dominación y de hacer aparecer en su lugar los derechos legítimos de la soberanía...”³².

Es decir, si bien se modificó la estructura política y de legitimación, la idea de soberanía como algo que hay que controlar y refrenar perdura,

³¹ El autor de *Derecho y Razón* propone un “reversionamiento” de la idea foucaultiana de saber-poder: “Con una fórmula sintética, se puede decir que el juicio penal –como, por lo demás, toda actividad judicial– es un ‘saber-poder’, es decir, una combinación de conocimiento (*veritas*) y de decisión (*auctoritas*).” FERRAJOLI, L., *Derecho y razón...*, op.cit., pp.45/46.

³² FOUCAULT, M., “Poder, Derecho, Verdad”, en *Genealogía del racismo*, Caronte, Buenos Aires, 1996, p. 29.

lo cual permite mantener ciertas prácticas hijas del régimen autoritario, justificadas bajo un discurso diferente³³.

Para el caso del recurso como práctica jurídica que define estatutos de verdad, éste conforma, en torno de sí, un discurso tendiente a resignificarla. Se puede afirmar, entonces, que el recurso es para el imputado una garantía de justicia de las condenas, o que es una defensa contra la arbitrariedad y el error al juzgar. Estos argumentos se basan, principalmente, en que el tribunal que revisa la sentencia o el que lleva a cabo un nuevo juicio, se halla en una posición superior o privilegiada –no sólo jerárquicamente– frente a aquel que juzga en primer término. Esto es, se otorga preeminencia a uno sobre otro, sin que quede demasiado claro por qué dos juicios son mejores que uno, o si los jueces del tribunal de apelación son más justos porque perciben mejores sueldos.

En palabras de Garrido, el principio de revisibilidad de lo decidido en el proceso está “...fundado en la ficción de que un nuevo examen de lo decidido, ya sea por el mismo juez o por un tribunal con un mayor número de integrantes, permitirá un más exhaustivo análisis, conduciendo a una mayor justicia en la decisión. Se trata en realidad de un resabio imperial, de poder jurisdiccional que se delega y se reasume”³⁴.

Con estas cuestiones en mente, veremos a continuación los distintos discursos que fueron surgiendo y se encuentran hoy vigentes en torno a la idea de recurso como garantía.

IV. EL RECURSO COMO GARANTÍA ¿DE QUÉ?

El recurso “...es una facultad de carácter estrictamente procesal ya que la doble instancia no responde a ninguna garantía constitucional pues no lo exige la ley suprema (C.S. Fallos 275:235; 303:330).”³⁵

³³ “...la teoría de la soberanía con su organización de un código jurídico centrado en ella permitieron superponer a los mecanismos de disciplina un sistema de derecho que ocultaba los procedimientos (“de disciplina”) y lo que podía haber de técnica de dominación, y garantizaba a cada cual, a través de la soberanía del Estado, el ejercicio de sus propios derechos soberanos.” FOUCAULT, M., “Poder, Derecho...”, op.cit., p. 32.

³⁴ GARRIDO, Carlos M., ‘Los recursos’, en MAIER, Julio B. (comp.), *El Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993, p. 221.

³⁵ D’ALBORA, Francisco J., *Curso de Derecho Procesal Penal*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1987, p. 138, T.II.

1. Las contradicciones del discurso³⁶

Una de las consecuencias concretas que acarrea, tanto la “paradoja del recurso”, como la pretensión de incluir este mecanismo impugnativo dentro del conjunto de garantías como consecuencia de la reforma constitucional de 1994, es la multiplicidad de concepciones acerca de la finalidad perseguida a través de la utilización del recurso y de su contenido garantista. En este apartado, se recogen y rotulan –sin pretensiones de sistematización, sino a modo de muestra– algunos de los enunciados que le otorgan carácter de garantía al recurso, tomándolo como sinónimo de vía impugnativa y no en sus formas específicas (ordinario, extraordinario, y sus tipos: de apelación, de revisión, de reposición, de casación, etc.).

1.1. *El recurso como garantía de certeza de las sentencias condenatorias*

Desde esta perspectiva, y tomando a Maier como principal exponente, se plantea que el “derecho al recurso” que estipulan las convenciones internacionales (Convención americana de derechos humanos y Pacto internacional de derechos civiles y políticos), una vez transformado en garantía, debe conducir necesariamente a la exigencia de un doble conforme judicial para ejecutar una pena contra una persona, si la misma lo requiriera.³⁷

El sustento de esta idea radica en que una condena –al tratarse de un “...pronunciamiento que restringe los derechos a una persona sujeta a un procedimiento penal”–³⁸ debe ser pasible de revisión mediante un proceso de verificación que implique, respecto de esa sentencia, un segundo pronunciamiento (fórmula de “dos veces el mismo resultado= gran probabilidad de acierto en la solución”). La coincidencia del segundo pronunciamiento con el primero, daría como resultado una mayor probabilidad de *certeza* a la decisión; si ello no ocurriera, la sentencia primera sería dejada

³⁶ “Para el análisis arqueológico, las contradicciones no son ni apariencias que hay que superar, ni principios secretos que sería preciso despejar. Son objetos que hay que describir por sí mismos, sin buscar desde qué punto de vista pueden disiparse...”. FOUCAULT, M., *La arqueología...*, op.cit., p. 254.

³⁷ Cfr. MAIER, J., *Derecho Procesal...*, op.cit., p. 713, T.1.

³⁸ TEDESCO, Ignacio F., ‘El concepto de sentencia definitiva en la jurisprudencia de la Cámara de casación y de la Corte Suprema. ¿Un nuevo recurso de casación? Una historia sobre agentes encubiertos, libertades y otras excepciones.’, en *Nueva Doctrina Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, vol. 1997/B, p. 797.

sin efecto. Para este autor, el segundo pronunciamiento implica un nuevo juicio, basándose en la garantía de juicio público como única base posible de una condena.³⁹

Si bien Maier hace referencia a otros valores que merecerían ser protegidos a través de la “garantía del recuso” –como la corrección de los actos del procedimiento y el cumplimiento de sus formalidades, el “juicio justo” (*fair trial*) y/o la justicia de las decisiones, la correcta aplicación de la ley penal, la seguridad de una correcta percepción de los elementos de prueba que fundan la condena⁴⁰– se considera el fundamento de la “certeza de las decisiones” como el de mayor preeminencia en sus argumentaciones, debido a la relevancia que le otorga este autor a la idea de “doble conforme”.

1.2. *El recurso como garantía de legalidad y no arbitrariedad*

Luigi Ferrajoli concibe a la doble instancia de jurisdicción o doble examen del caso como una garantía tendiente a asegurar la legalidad y la responsabilidad contra la arbitrariedad, tanto como la imparcialidad y la sujeción de los jueces a la ley⁴¹.

A su vez, estos principios protegidos por la garantía bajo examen, guardan una relación estrecha entre sí. Así es como la máxima sujeción del juez a la ley “...resulta asegurada por la estricta legalidad”⁴²; el abuso y la arbitrariedad son evitados por el carácter cognoscitivo del juicio, el cual está garantizado asimismo por la estricta legalidad⁴³, dado que ésta “vincula al juez a la verdad de sus pronunciamientos.”⁴⁴

La falta de sujeción a la ley genera responsabilidad del juez, dado que la legalidad de los procedimientos exige que “todas las actividades judiciales se desarrollen, bajo pena de nulidad, según un rito legalmente establecido.”⁴⁵ Si los jueces incurren en arbitrariedad, abuso o error, se requiere de la impugnación para reparar en una segunda instancia esas falencias.⁴⁶

³⁹ Cfr. MAIER, J., op.cit., p. 716.

⁴⁰ Cfr. idem, pp. 705, 717, 720/721 y 723.

⁴¹ Cfr. FERRAJOLI, Luigi, ‘Los valores de la doble instancia y la nomofilaquia’, en *Nueva Doctrina Penal*, 1996/B, Editores del Puerto, Buenos Aires, p.447.

⁴² FERRAJOLI, L., *Derecho y razón...*, op.cit., p. 545.

⁴³ Cfr., idem, p.546.

⁴⁴ Ídem, p. 579.

⁴⁵ Ídem, p. 606.

⁴⁶ Cfr. FERRAJOLI, L., ‘Los valores...’, op.cit., p. 447.

Asimismo, para Marcelo Ferrante, el fin perseguido al consagrar la facultad de recurrir un fallo, es la “...minimización de las posibilidades de error o *arbitrariedad* de las decisiones jurisdiccionales.”⁴⁷

1.3. El recurso como garantía de ejercicio de la defensa en juicio y debido proceso.

Algunos autores entienden a la función del recurso como garantizadora de otro derecho: la defensa en juicio. Gabriela Rizzuto, interpreta que el art. 8.2.h de la Convención americana de derechos humanos dispone el resguardo de una “revisión suficiente” que “...asegure el control de la *efectiva observancia del debido proceso y la defensa en juicio*”⁴⁸. En el mismo sentido, Marcelo Ferrante entiende que la cláusula de la C.A.D.H. exige al Estado que asegure “un recurso tendiente a provocar un control sobre el resguardo de las garantías judiciales en ella reconocidos, en general, la del debido proceso de ley y la, más específica, de defensa en juicio...”⁴⁹

1.4. El recurso como garantía de corrección de la sentencia

Son abundantes las referencias de los autores que tratan el tema del recurso a la necesidad de que la impugnación evite errores o, lo que es casi lo mismo, garantice la corrección de las decisiones judiciales.

Alberto Binder distingue dos perspectivas de análisis de los medios de impugnación: una, el recurso como un derecho de impugnación, ligado al valor “seguridad jurídica” y como medio para “...evitar los *errores judiciales* en el caso concreto”⁵⁰; la otra, el interés social o estatal “...

⁴⁷ FERRANTE, Marcelo, ‘La garantía de impugnabilidad de la sentencia penal condenatoria’, en FERRANTE, Marcelo y SANCINETTI, Marcelo, *Límites del recurso de casación según la gravedad de la sentencia penal condenatoria*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1995, p. 42. El resaltado me pertenece.

⁴⁸ RIZZUTTO, Gabriela, ‘¿Es la casación control suficiente a los fines previstos por la Convención americana de derechos humanos?’, en *LL, DJ*, 1997-1-823, p.823, citada por BORINSKY, Mariano y MIÑO, Leonardo, ‘La efectividad de algunas normas contenidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos, a nivel del funcionamiento real del sistema de persecución penal estatal.’, *¿Más Derecho?*, op.cit., p. 274. Los resaltados me pertenecen.

⁴⁹ FERRANTE, M., op.cit., p. 41.

⁵⁰ BINDER, Alberto M., *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2005, p. 286. Los resaltados me pertenecen.

de que las *decisiones judiciales sean correctas* (o cumplan su función pacificadora)...⁵¹

Roxin y Ferrante también ven en la impugnación un mecanismo para que la corrección de la sentencia sea revisada,⁵² y puedan ser modificadas aquellas sentencias erróneas⁵³, o decisiones dictadas incorrectamente.⁵⁴

1.5. *El recurso como garantía de justicia*

El fin de asegurar “decisiones justas” asignado a la facultad recursiva, pese a ser muy difícil de definir por lo discutido del concepto de justicia, permanece aún en los argumentos de algunos autores.

Francisco D’Albora (quien escribe antes de la reforma del ’94), por ejemplo, afirma que con este medio de impugnación se procura “...preservar la justicia y la legalidad de los actos procesales en general, y no sólo de las decisiones judiciales.”⁵⁵ Para Roxin, el imputado debe poder impugnar una sentencia cuando ha sido “...condenado injustamente o con demasiado rigor...”⁵⁶

Al hacer referencia al recurso de casación, también Maier menciona “...el temor de sentencias de condena injustas...”⁵⁷, como justificación de la ampliación del objeto de este tipo de recurso.

2. Las garantías y su compuesto legitimador del sistema

Previendo, antes que nada, las reacciones posibles frente al título que encabeza este parágrafo, quisiera hacer una aclaración preliminar: no pretendo aquí hacer apología contra las garantías penales ni procesales. En términos menos burdos, mi propósito no es desalentar a nadie en la defensa y aseguramiento de los resguardos de las libertades y derechos consagrados por la Constitución, sino advertir que estos instrumentos de salvaguarda lo son también de relegitimación respecto de aquello a lo que se busca poner

⁵¹ *Ibidem*. Los resaltados me pertenecen.

⁵² FERRANTE, M., *op.cit.*, p. 42.

⁵³ Cf. ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto, 2000, (trad.) Córdoba, Gabriela y Pastor, Daniel, pp. 445/446.

⁵⁴ *Ídem*, p. 448.

⁵⁵ D’ALBORA, F., *op.cit.*, p. 138, T.II.

⁵⁶ ROXIN, Claus, *op.cit.*, p. 448. Los resaltados me pertenecen.

⁵⁷ MAIER, J., *op.cit.*, p. 722.

un límite, debido al carácter ambivalente de su contenido: no le impiden al Estado vulnerar derechos *en ningún caso*, sino que regulan aquellos en que *sí puede hacerlo*, si cumple con ciertos recaudos. Estas palabras pretenden, entonces ser un llamado a que, sin dejar de utilizar y defender las garantías, seamos conscientes de su función dentro del sistema.

Al parecer, es constitutivo de la idea de garantía —entendida como aquel instrumento que posee el individuo para hacer valer sus derechos frente al Estado y que actúa como límite frente a la arbitrariedad o a los excesos de este último— el hecho de que el Estado pueda vulnerar o vulnerar alguno de los derechos reconocidos a la persona. No tendría sentido alguno, bajo este razonamiento, postular la existencia de un resguardo frente a algo ante lo cual nadie necesita ser resguardado.

En el ámbito que concierne al derecho penal, lo antedicho tiene plena aplicación: si pudiéramos suponer la no existencia del poder punitivo del Estado, podríamos entonces apreciar, con FERRAJOLI⁵⁸, la ausencia de fundamento de la existencia de garantías penales y procesales. Al decir de este autor italiano, “...lo que tienen en común todas las garantías es, en efecto, su predisposición en vista del peligro que generaría su ausencia en el derecho que tiene por objeto, el cual podría ser violado. Se trata de una especie de *desconfianza en la satisfacción espontánea o en el respeto espontáneo y específicamente en lo que hace a los derechos fundamentales, en el ejercicio espontáneo y legítimo del poder.*”⁵⁹ Es decir, ante la condición de ejercicio del poder, cual es la ausencia de respeto “espontáneo” por los derechos fundamentales, se anteponen unos mecanismos para propiciar una forma de ejercicio que no es la propia a este poder “malo”.⁶⁰ Estos mecanismos presuponen, como sustrato al cual van referidos, un poder valorado como ilegítimo, y es este uno de los aspectos en el que se sustenta la posibilidad de concederles a las garantías un efecto *relegitimante*, dado que, en palabras de Bovino, “...su existencia obstaculiza muchas veces la crítica al

⁵⁸ “(...) *en ausencia del derecho penal no existiría*, cuando menos en virtud del principio de legalidad penal, *la garantía primaria de ninguno de los derechos tutelados por él, a comenzar por el derecho a la vida.*” FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías: La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999, p. 62. Los resaltados me pertenecen.

⁵⁹ FERRAJOLI, Luigi, ‘Garantías constitucionales’, en *Revista Argentina de Derecho Constitucional*, EDIAR, Buenos Aires, 200, vol.1 n°2, p. 41. Los resaltados me pertenecen.

⁶⁰ “...en este sentido, se opone a cualquier concesión... sobre la noción idealista de un ‘poder bueno’ o de una observancia espontánea del Derecho y de los derechos.” *Ibidem*.

poder del Estado que subyace, y en el afán de restringirlo y moderarlo, se olvidan de cuestionar su legitimidad.”⁶¹

Reconocido lo anterior, puede considerarse ahora lo relativo al funcionamiento ambivalente de las garantías, al que nos referíamos al inicio, como *limitadoras* de las potestades estatales.

Podemos pensar que, en algún sentido, decir que las garantías son límites no es decir todo acerca del papel que juegan frente al poder estatal y punitivo. La “Ley del Talión”, por ejemplo, aseguraba a quien resultara condenado al castigo que la pena sería proporcional al mal causado, esto era, ojo por ojo, diente, por diente, pero *no más* que ojo por ojo y diente por diente. Mal que nos pese, no podemos negar que esta máxima constituía, sin duda alguna, un límite frente al poder de castigar. Desde un punto de vista análogo, podemos tomar a la tortura durante la Inquisición como otra forma de ilustrar esta idea. Al tratar la aplicación de la tortura, Maier recuerda que ésta “(...) fue regulada específicamente, incluso como garantía del imputado, para moderar su práctica indiscriminada y los riesgos físicos, y se exigía que la confesión bajo tormento fuera ratificada sin él al día siguiente para apreciarla como válida, acto que, al mismo tiempo, pretendía corroborar la perseverancia en la contrición.”⁶² Es decir, al mismo tiempo que implican un límite, que ponen un freno a ciertas vulneraciones de derechos y libertades, las garantías autorizan una intrusión del Estado, que sin bien es controlada y regulada, es intrusión al fin. Es este intersticio dejado al trazar la línea el que me interesa remarcar.

La mecánica mencionada puede apreciarse en la mayoría de las fórmulas que consagran los resguardos, no sólo en materia penal, en nuestra Constitución Nacional: “La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley”⁶³; “Nadie puede ser... arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente”⁶⁴; “El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y

⁶¹ Cfr. BOVINO, Alberto, ‘Contra la legalidad’, *No Hay Derecho*, 1992, n° 8. <http://nohuboderecho2.blogspot.com/2008/06/texto-acompleto.html>

⁶² MAIER, J., ob. cit., p. 293.

⁶³ Art. 17, primera parte. Los resaltados me pertenecen.

⁶⁴ Art. 18, los resaltados me pertenecen.

ocupación”⁶⁵; “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados.”⁶⁶

Si se retoman las distintas acepciones vistas sobre la “garantía del recurso” dentro de este marco argumental, es dable observar que la cuestión del “freno” puesto a alguna manifestación del poder punitivo –en el caso, a la arbitrariedad, la injusticia, la incorrección o error de la sentencia–, se presenta también en aquéllas, al menos, de manera solapada.

V. REFLEXIONES FINALES

Para terminar, quisiera formular una síntesis de lo anteriormente expuesto, explicitando mi postura al respecto.

Frente a la notoria modificación en la percepción en torno al recurso que conllevó en nuestro país la reforma constitucional de 1994, en la que se incorporaron, entre otros, los tratados internacionales de Derechos Humanos y de Derechos Civiles y Políticos, en los cuales se incluye el deber del Estado de garantizar un “...recurso contra la sentencia condenatoria”⁶⁷ en la nómina de las garantías con las que debe contar quien se encuentre imputado de un delito, devino una operación por demás compleja la de adecuar, no sólo las herramientas técnicas existentes en el ordenamiento jurídico, sino también las concepciones teóricas, a la nueva forma de entender el recurso.

Esta dificultad que ponemos de relieve se vio agravada por la postura contraria al reconocimiento del recurso contra la sentencia como una garantía del condenado que sostenían algunos doctrinarios, quienes se amparaban en la ausencia de previsión legal expresa al respecto en el ordenamiento legal argentino.⁶⁸

Sin embargo, y más allá de este escollo de carácter eminentemente práctico, aquello que se presentaba, a mi entender, como más conflictivo, era la imposibilidad aparente de conciliar la función que había caracterizado históricamente al recurso –la de servir como modo de control y de

⁶⁵ Art. 18, los resaltados me pertenecen.

⁶⁶ Art. 19, primera parte. Los resaltados me pertenecen.

⁶⁷ C.A.D.H, art. 8.2.h, P.D.I.C.y P., art. 14.5.

⁶⁸ El Código Procesal Penal de la Nación en ningún lugar de su articulado contempla al recurso como una garantía.

recuperación de la jurisdicción delegada (entre otros usos que ya se mencionaron, que tienen que ver en general con la reafirmación del lugar en la relación de poder)— con aquella renovada que le fuera asignada desde el discurso de las garantías, fruto de las corrientes de pensamiento iluminista surgidas a partir del siglo XVIII.

Se ha avanzado en este trabajo sobre una serie de deducciones que, con mayor o menor grado de verosimilitud, intentan explicar la transición operada en la práctica del recurso, ya sea desde el plano discursivo, al enunciar la variedad de significados que se le otorgó al significante “recurso”; desde la perspectiva histórica o *genealógica*, delineando los rasgos del recurso a través de las formas históricamente contextualizadas que adquirió; y desde la óptica de las relaciones entre la producción de verdad, poder y las formas jurídicas a que dan lugar.

Desde mi punto de vista, la continuidad de la práctica del recurso a pesar del cambio en la concepción relativa al mismo, pone en evidencia, de algún modo, el hecho de que las relaciones de poder que atraviesan una sociedad necesitan, para su funcionamiento, producir verdad, y que no pueden hacerlo sin utilizar el discurso. En este sentido, el discurso jurídico, como apuntara Foucault, posee la virtualidad de diluir dentro del poder el hecho histórico de la dominación y de hacer aparecer derechos en su lugar. No obstante, nuestro autor no permite que caigamos en razonamientos susceptibles de ser calificados como simplistas en el análisis del rol que el derecho juega en relación al poder, sino que muy por el contrario, nos compele a observar desde una perspectiva inversa a la tradicional concepción de poder como represión y a la “ley” (entendida de manera amplia) como su mecanismo más idóneo.⁶⁹ Tampoco, y en este

⁶⁹ “Cuando se definen los efectos del poder por la represión se da una concepción puramente jurídica del poder; se identifica el poder a una ley que dice no; no se privilegiaría sobre todo la fuerza de la prohibición. Ahora bien, pienso que esta es una concepción negativa, estrecha, esquelética del poder que ha sido absolutamente compartida. Si el poder no fuera más que represivo, si no hiciera nunca otra cosa que decir no ¿pensáis realmente que se le obedecería? Lo que hace que el poder agarre, que se le acepte es simplemente que no pesa solamente como una fuerza que dice no, sino que de hecho va más allá, produce cosas, induce placer, forma saber, produce discursos; es preciso considerarlo como una real fuerza productiva que atraviesa todo el cuerpo social más que como una instancia negativa que tiene como función reprimir. En *Vigilar y castigar*, lo que he querido mostrar es cómo, a partir del siglo XVII y XVIII, ha existido un verdadero desbloqueo tecnológico de la productividad del poder...(e)stas nuevas técnicas son a la vez mucho más eficaces y mucho menos dispendiosas (menos costosas económicamente, menos aleatorias en sus resultados,

punto radica uno de los planteos más básicos de lo que hasta aquí se expresó, podemos quedarnos con la postura de entender al derecho como un conjunto de reglas orientadas a contener al poder o a limitarlo; es así que el profesor del *Collège de France* nos insta a “No quedarse sólo en las reglas de derecho que delimitan formalmente el poder, sino observar los efectos de verdad que ese poder produce, transmite y que reproducen a su vez ese poder.”⁷⁰ Esta idea del derecho como instrumento de limitación del poder, tiene un impulso considerable con la Ilustración y el discurso que ponía sobre todas las cosas a la *razón*, siendo para el caso la “razón jurídica” la encargada de ponerle freno al avance abusivo del poder monárquico.⁷¹ Simultáneamente, se produce un cambio en el modo de castigar, ilustrado por el autor de *Vigilar y castigar* en esa obra, por el que se intercambia a la cadena de presidiarios por el furgón de policía cerrado, el espectáculo del castigo por castigo disciplinario institucional. Empero, esta modificación, que en aquella época parecía una “reforma” y que era fomentada desde el pregón en pos de la “humanización de las penas”⁷², era la normalización de la capacidad que se atribuía la sociedad de castigar.⁷³

Es decir, el discurso que propugna la necesidad de limitar al poder, de trazarle márgenes precisos a su ejercicio, de recortarlo en sus contornos y demarcarlo, funciona asimismo como instrumento de justificación de la existencia misma de ese poder, y diluye en su interior la fuerza del cuestionamiento de esa existencia y sus modalidades.

Resulta por lo tanto más interesante, a mi parecer, recorrer la línea trazada por Foucault en cuanto postula que su inquietud radica en “...mostrar no sólo cómo el derecho es, en general, el instrumento de esa dominación –lo que es evidente– sino también cómo, hasta dónde y bajo qué formas el derecho (y cuando digo derecho no pienso simplemente en la ley, sino en el conjunto de aparatos, instituciones, reglamentos que se aplican al derecho) transmite, funcionaliza relaciones que no son exclusivamente relaciones de soberanía sino de dominación.”⁷⁴

menos susceptibles de escapatórias o de resistencias) que las técnicas que se utilizaban hasta entonces...” FOUCAULT, M., “Verdad y poder”, op.cit., pp. 185/186.

⁷⁰ FOUCAULT, M., *Genealogía del racismo*, op.cit. p. 30.

⁷¹ Cfr. FOUCAULT, M., *Nacimiento de la biopolítica*, FCE, Buenos Aires, 2007, p. 10.

⁷² BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas*, Temis, Santa Fé de Bogotá, 1998.

⁷³ Cfr. FOUCAULT, M., “Verdad, individuo y poder, op.cit., p. 148.

⁷⁴ FOUCAULT, M., *Genealogía del racismo*, op.cit. p. 31.

Es así que siguiendo esta inteligencia, las prácticas que se presentan como imbuidas de un espíritu reformista o de ruptura con lo anterior, pueden no ser otra cosa que mecanismos del poder para replicarse, enfundado en nuevos ropajes discursivos que sugieran que el poder ha cambiado de manos pero que miradas con mayor detenimiento exhalan un aroma un tanto pestilente. Hago propio aquí lo dicho por el autor en cuestión sobre la función de transmisor permanente de las relaciones de dominación que tiene el sistema de derecho⁷⁵; en estas relaciones de poder que se dan entre los individuos, ellos están siempre en situación de sufrir o de ejecutar ese poder y, por tanto, que en el caso de la concesión –y pongo énfasis en esta palabra, ya que se trataría de una especie de “dádiva magnánima”– de un recurso a favor del condenado no se hace más que cristalizar la disparidad de las relaciones que se dan entre el Estado y la potestad punitiva que ostenta y el individuo sometido a ella.

⁷⁵ *Ibidem*.

VERSTEHEN. DE LA CIENCIA A LA CIBERNÉTICA.

CARLOS ADRIÁN GARAVENTA*

Resumen: Este trabajo pretende abordar críticamente la metodología de las ciencias sociales. En él se puede vislumbrar un criterio de demarcación para determinar lo que es ciencia y lo que no lo es, así como la idea de que las llamadas “ciencias sociales” nos son ciencias propiamente dichas, y de que se incurre en un error cuando se pretende que lo sean. Puede encontrarse también una respuesta a la pregunta ¿qué es el Derecho?, y si existe, o no, la “ciencia jurídica”. Se propone demostrar aquí que en cibernética social es imposible explicar o predecir las conductas humanas, las cuales son meramente comprensibles, y que es un error pretender objetividad en el estudio de éstas, no porque su objeto de estudio sean sujetos, sino porque son sujetos insertos en su estudio los que lo llevan a cabo. También es imposible formular normas generales o leyes universales que rijan el comportamiento social.

Ésta es una invitación a pensar, a cuestionar y dudar de todo aquello que nos han impuesto como pétreo toda nuestra vida. A admitir la posibilidad de que quien realiza una afirmación puede equivocarse, como que nosotros mismos podemos equivocarnos; a aprender de las equivocaciones y, por sobre todo, de nuestros propios errores. Éste no es un texto de devele verdades universales, es un escrito que termina donde parte, aceptando la posibilidad de estar equivocado.

Abstract: This writing is aimed at approaching social sciences' methodology in an analytical manner. It presents a demarcation criterion to determine what

* Estudiante de Abogacía (UBA). Quiero dedicar este trabajo a Mariana Spiratos, quien me acompañó y aconsejó en su redacción, dando forma a un ensayo especialmente escrito para ella. Agradezco las recomendaciones de Sabrina Ayelén Cartabia, Cecilia Marcela Hopp y Noelia Verónica Matalone, así como también las correcciones de María Natalia Rezzonico. Cualquier consulta, crítica o comentario es siempre bienvenido: <cgaraventa@live.com.ar>.

can be deemed as science and what cannot, as well as the idea that the so-called *social sciences* are not sciences as such and that it is a mistake to expect them to be so. An answer to the queries of what Law is and of whether there is or not a *legal science* can also be found.

Further, this work intends to prove that in social cybernetics it is impossible to explain or predict human conduct, which can just be understood. In addition, it is a mistake to expect objectivity in the study thereof, not because of the fact of the object of study being human beings but because the human beings carrying out the study are immersed in the object of study. It is also impossible to establish general or universal rules to govern social behavior.

This work provides an invitation to think about, to question and to doubt all which we have been imposed with as rigid during our entire lives; to accept that it is possible for somebody making a statement to make mistakes, as well as we ourselves may make mistakes; to learn from such mistakes and, mainly, from our own mistakes. This writing does not unveil universal truths, it just ends where it begins, accepting the possibility of being wrong.

Palabras clave: Ciencia - Epistemología - Comprensivismo metodológico - Filosofía del Derecho.

Key words: Science - Epistemology - Methodological Interpretation - Philosophy of the Law.

*Meine Sätze erläutern dadurch, daß sie der, welcher mich versteht, am Ende als unsinnig erkennt, wenn er durch sie - auf ihnen - über sie hinausgestiegen ist. (Er muß sozusagen die Leiter wegwerfen, nachdem er auf ihr hinaufgestiegen ist.)
Er muß diese Sätze überwinden, dann sieht er die welt richtig¹.*

I. ADVERTENCIA

Estimado lector, cuando concluya con la lectura del presente ensayo entenderá por qué es que no puedo asegurar que éste vaya a gustarle o no.

¹ WITTGENSTEIN, L., *Tratado logico-philosophicus*. Alianza, Madrid, 1979. Aforismo 6.54. "Mis proposiciones esclarecen porque quien me entiende las reconoce al final como absurdas, cuando a través de ellas - sobre ellas - ha salido fuera de ellas. (Tiene, por así decirlo, que arrojar la escalera después de haber subido por ella.) Tiene que superar estas proposiciones; entonces ve correctamente el mundo."

Lo que sí puedo decirle es que me he esforzado lo más posible para que le resulte desagradable. Por qué hago esto, se preguntará; la respuesta es muy sencilla y la podrá encontrar en el aforismo de Wittgenstein que figura como epígrafe de este texto.

No vengo aquí a presentar una verdad universal ni a convencerlo de que “mis ideas” son insuperables; todo lo contrario: mi objetivo es que pueda criticarlas y construir usted algo mejor. Es por ello que quiero desagradarle, para que no se enamore demasiado de lo que aquí escribo y luego no pueda refutarlo.

Es a través de las constantes refutaciones que ha evolucionado el pensamiento, y querer plantear algo como la única verdad es absurdo. Creer que se tiene toda la razón es la prueba incontrovertible de que se está equivocado. La mejor forma de expresar una idea es estando dispuesto a errar; después de toda afirmación debería seguir un “o tal vez no” que deje abierta la puerta a pensar distinto.

II. INTRODUCCIÓN

El presente ensayo surge a partir de una extensa investigación que realicé en estos últimos años destinada a analizar las problemáticas de las ciencias sociales y su método propio, el comprensivismo metodológico o *verstehen*. Para ello me he nutrido de una extensa y variada bibliografía; alguna citada en el cuerpo de este opúsculo y otra no citada particularmente, pero que incluiré al final de éste en caso de que usted, lector, decida profundizar en estos temas.

Comenzaré tratando de articular una definición de ciencia, su utilidad y la función que cumple en el mundo, para sintetizar, posteriormente, la tradicional división de ciencias en naturales y sociales, desarrollando sus diferencias y presentando las complicaciones que las ciencias sociales poseen.

Luego nos adentraremos en el objetivo de este ensayo: analizar la *verstehen*, sosteniendo que las ciencias sociales no son estrictamente ciencias, ya que en su estudio es imposible la universalidad.

Finalmente trazaré un paralelo con el Derecho para intentar demostrar cómo las ideas que expongo se aplican a la (mal llamada) ciencia jurídica.

III . ¿POR QUÉ?

La curiosidad caracteriza a los seres humanos. “Todo hombre desea saber”, con esta cita de Aristóteles es que Lahr comienza su obra, tratando de explicar que la curiosidad es una propensión innata e irresistible de los hombres, que provoca el “deseo de saber”².

La pregunta “¿por qué?” se manifiesta en toda persona desde sus primeros años de vida, cuando comienza a relacionarse con el mundo. Al hombre no le basta con saber que tal cosa existe o que tal hecho ocurrió, necesita comprender las causas para saciar su curiosidad, y es aquí donde la ciencia juega un papel muy importante en la vida de las personas. Pero, ¿ha sido siempre la ciencia la que jugó este papel? ¿Es la única que lo juega actualmente? Intentaré responder al primer interrogante a continuación y dejaré para más adelante el segundo.

Durante la edad media era Dios la “causa de todo”; se era rey, señor o campesino porque así lo quería Dios. La importancia que tenía la religión en la vida de las personas era tal que fue durante este período histórico que se conformó el papado. Éste logró que la Iglesia no fuera gobernada por los monarcas e intentó transformarse de autoridad religiosa en autoridad política, para convertir al papa en un “rey de reyes”³.

La ruptura con la Iglesia es lo que da origen a un “nuevo régimen socioeconómico”⁴. Desde luego, Dios ya no sirve para responder al por qué y se hace necesario que otra cosa distinta ocupe su lugar; “¡Dios ha muerto! ¡Dios está muerto! ¡Y lo hemos matado nosotros!” podríamos decir parafraseando a Friedrich Nietzsche⁵. Es así que surge la ciencia moderna, que desplaza a Dios como fundamento de todo lo que ocurre en el mundo y pone a la razón humana en su lugar; por ejemplo: en el Medioevo, el poder del rey estaba fundamentado en que éste era representante de Dios en la Tierra; en la Modernidad, el poder del Estado se fundamenta en un pacto social necesario a fin de evitar que la naturaleza violenta de los hombres los lleve a un estado de guerra constante. Por esto “es comprensible que desde siempre la Iglesia haya combatido la ciencia y haya perseguido a sus adeptos”⁶.

² LAHR, C., *Curso de filosofía*, Ángel Estrada, Buenos Aires, 1947, t. I, p. 1.

³ MALET, A. y J. Isaac, *La edad media*, Hachette, Paris, 1922, p. 88.

⁴ LUCCHINI, C., *La impronta espacio-temporal en el análisis social clásico*, Biblos, Buenos Aires, 1999, p. 21.

⁵ NIETZSCHE, F., *La gaya ciencia*, Gradifco, Buenos Aires, 2008, p. 119.

⁶ EINSTEIN, A., *Mi visión del mundo*, Tusquets, Barcelona, 1985, p. 23.

Podemos concluir (a grandes rasgos, puesto que veremos luego que la religión no ha sido dejada de lado totalmente) que es la ciencia la que hoy se encarga de responder nuestros porqués.

Etimológicamente, la palabra ciencia es sinónimo de conocimiento (*scire, scientia*), pero no es cualquier conocimiento, sino el “conocimiento por las causas”⁷. Podemos definir entonces a la ciencia como la búsqueda de las causas; en otras palabras, el “porque”. Pero, ¿cualquier *porque* será científico? Si, por ejemplo, me preguntaran “¿por qué se originan los truenos?” y yo respondiera “porque San Pedro está cambiando de lugar los muebles del purgatorio”, eso no sería científico. Sólo es científico aquello que puede ser probado en los hechos, o sea, empíricamente. Sin embargo, no cualquier hecho es un dato empírico relevante para la ciencia. Klimovsky afirma que los hechos deben reunir los requisitos de efectividad, repetibilidad e intersubjetividad. La efectividad está referida a que podamos determinar la verdad o falsedad de los hechos mediante una serie de pasos (método); la repetibilidad se refiere a que no se debe tratar de un hecho único y aislado, sino que debe tener la posibilidad de ser repetido; finalmente, la intersubjetividad apunta a que el hecho pueda ser observado por varias personas⁸.

Desde Descartes y Locke podríamos decir que es ciencia aquello que sigue un método científico, es decir, un *corpus* de procedimientos cuya aplicación producirá con certeza el conocimiento del mundo⁹. La que se encarga de establecer este método es la filosofía de la ciencia o epistemología. No desarrollaré aquí los distintos métodos que se han establecido ni las críticas que se les han formulado, puesto que escapa al objetivo de este trabajo, cuya finalidad es desarrollar únicamente el comprensivismo metodológico (*verstehen*). Sin embargo, sintetizaré a continuación los principales métodos que se han reconocido como científicos; pero es menester aclarar previamente que estos han sido implementados a partir de las ciencias naturales, ya que, luego veremos que las llamadas ciencias sociales, a las que se les han aplicado estos métodos¹⁰, requieren de uno propio, distinto de éstos.

⁷ LAHR, C., *Curso...*, cit., t. I, p. 3.

⁸ KLIMOVSKY, G., *Las desventuras del conocimiento científico*, A-Z, Buenos Aires, 1994, pp. 47/51.

⁹ HUGHES, J. y W. Sharrock, *La filosofía de la investigación social*, Fondo de Cultura Económica, México D. F., 1999, pp. 32 y 33.

¹⁰ HEMPEL, C., *Filosofía de la ciencia natural*, Alianza, Madrid, 2003, p. 14.

El primero de estos modelos epistemológicos de explicación es el inductivismo, según el cual, a partir de la observación y registro de todos los hechos, el científico los analiza y clasifica para realizar generalizaciones que provienen de la derivación inductiva de éstos, para luego contrastarlas empíricamente¹¹. El inductivismo es un modelo justificacionista, que incluye el justificacionismo extremo y el atenuado o probabilismo; este modelo de ciencia establece leyes generales verificables o probables con un rango de “verdad absoluta”. Frente a este modelo, Karl Popper propone el falsacionismo, según el cual, la ciencia no puede proveer la verdad absoluta y sus enunciados no son verificables ni probables sino falsables¹². El deductivismo consiste en un proceso inverso al inductivismo; mientras este último parte de la observación de todos los hechos para generar una hipótesis, el deductivismo consiste en la elaboración de una hipótesis previa que sirve como guía para la observación y registro de los hechos relevantes y la contrastación empírica de ésta. Al deductivismo podemos encuadrarlo dentro del justificacionismo si al momento de contrastar la hipótesis buscamos verificarla, o lo podemos ajustar al falsacionismo si lo que buscamos con la contrastación es falsarla.

Stephen Hawking, cuyo criterio comparto, dice que para que una teoría sea científica no basta con que sea capaz de describir con precisión un amplio conjunto de observaciones, sino que debe también “ser capaz de predecir positivamente los resultados de observaciones futuras”¹³. Aquí ya no sólo respondemos al porqué sino que pasamos de la ciencia teórica a la pragmática. William James, además de intentar apaciguar las disputas metafísicas con el empirismo, explica que la ciencia no es algo abstracto y que es indudable su aplicación práctica en el mundo, no sólo predicativamente (como dice Hawking) sino también como una forma de transformar la realidad¹⁴. En igual sentido se pronuncia Hannah Arendt cuando, refiriéndose a la *vita* activa y el punto de Arquímedes, afirma que “no son las ideas, sino los hechos, los que cambian el mundo”¹⁵. Pero podemos encontrar los

¹¹ HEMPEL, C. *Filosofía...*, cit., pp. 27 y 28.

¹² GAETA, R. y S. Lucero, *Imre Lakatos: El falsacionismo sofisticado*, Eudeba, Buenos Aires, 2004, pp. 11 y 12.

¹³ HAWKING, S., *Historia del tiempo*, Editorial Crítica (Grijalbo), Buenos Aires, 1989, pp. 27 y 28.

¹⁴ JAMES, W., *El pragmatismo*, en <http://www.antorcha.net/biblioteca_virtual/filosofia/pragmatismo/2.html>, fecha de consulta: 28 de noviembre de 2009.

¹⁵ ARENDT, H., *La condición humana*, Paidós, Buenos Aires, 2009, p. 300.

orígenes de esta línea de pensamiento mucho antes que en el pragmatismo; de hecho, Aristóteles señala, al comienzo de su *Ética Nicomaquea*, la finalidad práctica de la ciencia en donde “el fin no es el conocimiento sino la acción”¹⁶.

IV. CIENCIAS NATURALES Y [¿]CIENCIAS[?] SOCIALES

En el apartado anterior nos planteamos interrogantes tales como ¿qué es la ciencia?, ¿qué es ciencia? y ¿para qué nos sirve la ciencia? o ¿por qué necesitamos de la ciencia? En este apartado veremos, someramente, la clasificación de ciencias más importante, esto es, naturales y sociales, para luego adentrarnos en el estudio de la *verstehen*.

El criterio de esta clasificación tradicionalmente radicó en el objeto de estudio, que en las ciencias sociales son sujetos, y no así en el método científico, ya que se aplicó en éstas el de las ciencias naturales.

Carl Hempel incluye a las ciencias naturales y sociales dentro de las ciencias empíricas, y las distingue de la lógica o la matemática (ciencias no empíricas). Dentro de las naturales, menciona la física, la química, la biología y sus afines; enumera como sociales la sociología, la ciencia política, la antropología, la economía, la historiografía y las disciplinas relacionadas con ellas. A su vez, le otorga a la psicología un carácter *sui generis*¹⁷ y, hacia el final de su obra, le atribuye el carácter de nexo metodológico entre estas dos ramas de la ciencia, diciendo que las psicología se rige por las reglas de las ciencias naturales, pero sus efectos pertenecen al mundo de las sociales¹⁸. Un ejemplo de esto lo podemos ver en el caso de la cárcel rosa de Texas. Se ha estudiado que el color rosa produce un efecto en las personas que hace bajar su agresividad, por lo tanto, Clint Low, *Sheriff* de Mason County, ordenó que se vistiera a los reos de una pequeña cárcel de Texas de color rosa para ver si con eso lograban bajar su nivel de agresividad y violencia. Al ver que dio resultado, se pintaron las paredes y barrotes de la cárcel de color rosa y se logró, además, disminuir el índice de reincidencia. Se puede ver en este ejemplo cómo a partir de la investigación

¹⁶ ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*, Colihue, Buenos Aires, 2007, p. 8.

¹⁷ HEMPEL, C., *Filosofía...*, cit., p. 14.

¹⁸ HEMPEL, C., *Filosofía...*, cit., pp. 156/161. Sin embargo, Hempel concluye su obra haciendo hincapié en la importancia de que las ciencias sociales tengan un método propio distinto del de las naturales; aunque no desarrolla este tema en profundidad.

en ciencias naturales se produjo, como efecto, un cambio en la conducta humana (objeto de las ciencias sociales). Sin embargo, esto no significa que la “naturalización” de las ciencias sociales sea siempre efectiva; por ejemplo, la economía es la ciencia social más naturalizada de todas y así y todo seguimos teniendo crisis económicas¹⁹.

La explicación de esta “naturalización” la encontramos en el origen de las ciencias modernas. Al caer el régimen feudal, el nuevo orden necesitaba algo que sustentara su razón de ser y es ahí donde juega un papel fundamental el Iluminismo científico. El éxito logrado por disciplinas como la física y la química, siendo estas ciencias “duras” e inalterables, llevó a que las estructuras de poder se amparen en el gobierno de la ciencia para fundamentar su eterna existencia. Karl Marx demostró que cuando se atribuyen a la naturaleza las propiedades de un sistema social, es porque se olvidan de su génesis y sus funciones históricas²⁰. Así, nos dice en *Miseria de la filosofía*, que: “Los economistas tienen una manera de obrar muy extraña. Las instituciones, según ellos, pertenecen únicamente a dos clases: las del arte y las de la naturaleza. Otra división más: las instituciones del feudalismo son instituciones artificiales, y las de la burguesía son instituciones naturales. En esto se parecen a los teólogos, que establecen también dos clases de religiones: toda la religión que no es la de ellos es una invención de los hombres mientras que su propia religión es emanación de Dios.

Cuando dicen que las actuales relaciones –las relaciones de la producción burguesa– son naturales, los economistas quieren significar que son relaciones en las cuales se crea la riqueza y se desarrollan las fuerzas productivas conforme a las leyes de la naturaleza. A su vez, estas relaciones son, en sí mismas, leyes naturales independientes de la influencia de los tiempos; son leyes eternas que deben regir siempre la sociedad. Es decir, que ha existido historia pero ya no la hay. En esa historia han existido instituciones feudales, en las que se encuentran relaciones de producción enteramente distintas de las de la sociedad burguesa, que los economistas quieren hacer pasar por naturales y, por lo tanto, eternas”²¹.

Pero esta naturalización no es patrimonio exclusivo del pasado, sino que podemos ver que hoy en día se tiende a recurrir al orden natural

¹⁹ HUGHES, J. y W. Sharrock, *La filosofía...*, cit., p. 39.

²⁰ BOURDIEU, P., J. C. Chamboredon, y J. C. Passeron, *El oficio del sociólogo. Presupuestos epistemológicos*, Siglo Veintiuno, México D. F., 1994, p. 167.

²¹ MARX, K., *Miseria de la filosofía*, Gradifco, Buenos Aires, 2009, p.115.

cuando se quiere justificar la “eternidad” de ciertas instituciones sociales; así, podemos ver, por ejemplo, en un comentario a un reciente fallo que autorizaba a una pareja homosexual a contraer matrimonio civil, que la principal crítica del autor de dicho comentario reside en que “Habiendo la ley captado para su específica tarea, reguladora de conductas, ese fenómeno derivado de la condición humana que es la unión entre hombre y mujer, el declarar su inconstitucionalidad en este aspecto significa declarar la inconstitucionalidad de la naturaleza misma”²².

Podemos ver, entonces, que el hecho de que se haya subsumido a las ciencias sociales dentro de los parámetros de las naturales responde más a una cuestión política que epistémica. Pero, saliendo de esta discusión, preguntémosnos si las ciencias sociales son ciencias. Si nos guiamos por lo dicho por Stephen Hawking en el apartado anterior, rápidamente podemos concluir que no lo son, ya que en ellas resulta imposible predecir acontecimientos futuros de manera infalible. Veámoslo con un ejemplo: si yo suelto un libro al vacío, puedo predecir que éste caerá, porque existe la fórmula $9,8N/kg_f$ ²³, que me permite hacer dicha predicción; sin embargo, si decido robar un libro a una persona, no puedo predecir cuál será la reacción de ésta, porque no hay leyes que determinen el comportamiento de las personas. Incluso aquellas leyes creadas para intentar regular las conductas humanas (entiéndase, el Derecho) no pueden asegurar que las personas se comporten acorde a las prescripciones legales, ya que “los hombres nunca pueden garantizar hoy quiénes serán mañana”, siendo imposible pronosticar las consecuencias de los actos en una comunidad de iguales²⁴.

Los seres humanos adquieren sus conocimientos a partir de la experiencia²⁵, y es por ello que sus conductas no permanecen inalterables como las de la fuerza de la naturaleza, sino que son cambiantes; el hecho de que una persona haya actuado varias veces de una forma no garantiza que seguirá haciéndolo así. A diferencia de la naturaleza, la sociedad es creada

²² SOSA ARDITI, E., *¿Es inconstitucional el orden natural? Comentario al fallo en autos “F. A. c/ GCBA s/ amparo (Art. 14 CCABA)” Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 15 de la Ciudad de Buenos Aires. Fallo del 10 de noviembre de 2009*. En *El Dial*, año XXII, nro. 2915, 1 de diciembre de 2009.

²³ Ley de gravedad (fuerza de atracción de la tierra): 9,8 Newton (N) sobre kilogramos fuerza (kg_p).

²⁴ ARENDT, H., *La condición...*, cit., p. 263.

²⁵ KANT, I., *Crítica de la razón pura*, Ediciones Libertador, Buenos Aires, 2008, p. 33.

y re-creada por el hombre de manera constante²⁶ Pero si sostenemos que las personas actúan racionalmente, entonces podríamos intentar explicar, y hasta predecir, sus acciones. Un modelo explicativo perteneciente a la teoría de los juegos, llamado el dilema del prisionero, nos puede ayudar a entender esto. Supongamos que dos personas cometen juntas una serie de delitos. Al ser capturados por la policía, se los ubica en dos cuartos diferentes y el fiscal les ofrece a cada uno, por separado, el siguiente trato: Si delata a su compañero, usted quedará libre y él recibirá diez años de prisión; si ambos se delatan, recibirán cada uno cinco años; y si ambos guardan silencio, recibirán un año cada uno. Les dice, además, que le ofrecerá el mismo acuerdo al compañero. Lo que debemos hacer es predecir qué pasará. Entonces, si suponemos que ambas personas actuarán racionalmente, buscando maximizar su beneficio, sabemos que callar no es una opción, ya que si uno calla y el compañero lo delata, el primero recibirá la pena mayor; por lo cual podemos predecir que recibirán cinco años de prisión cada uno, porque ambos se acusarán mutuamente.

Si presuponemos que el actuar de las personas no es aleatorio, sino racional y provisto de sentido, entonces sí podríamos explicar y predecir conductas humanas. Pero este ejemplo es un caso abstracto; si le agregamos algunos matices, entonces la solución varía. Supongamos que estas dos personas pertenecen a un grupo mafioso y que saben que si acusan al otro lo matarán en cuanto esté en libertad, entonces aquí la solución será un año a cada uno, porque ambos guardarán silencio. Y, así, la solución va a variar de acuerdo a los distintos matices que le demos al caso.

Los causalistas, que afirman que es posible aplicar a las ciencias sociales los métodos de las naturales, sostienen que es posible explicar y predecir conductas humanas a través de explicaciones nomológico-deductivas o estadísticas. Los comprensivistas, cuyo método será analizado en el apartado siguiente, por el contrario, sostienen que por más que las personas realicen acciones racionales es imposible explicarlas y predecirlas, por lo que el científico social debe limitarse a comprenderlas²⁷. Si lo vemos en el ejemplo anterior, un causalista hubiera predicho que los prisioneros se acusarían mutuamente y se hubiera equivocado; en cambio, un comprensivista

²⁶ GIDDENS, A., *Las nuevas reglas del método sociológico. Crítica positiva de las sociologías comprensivas*, Amorrortu, Buenos Aires, 1997, p. 31.

²⁷ KLIMOVSKY, G. y C. Hidalgo, *La inexplicable sociedad*, A-Z, Buenos Aires, 1998, pp. 75 y 76.

se limitaría a entender por qué los prisioneros se acusaron mutuamente o guardaron silencio.

La naturalización de las “ciencias sociales” y la metodología de corte positivista han llevado a que los investigadores sociales se percaten de la necesidad de un método propio, distinto al de las ciencias naturales, ante las fallas de éste²⁸. En este orden de ideas, vale la pena citar unas palabras de Alejandro Dolina, ciertamente reveladoras: “Serán buenos los cálculos y los teoremas inexpugnables, si es que se aplican a rombos, ángulos y cubos. Pero empiezan a fallar cuando se tratan de personas. Y a lo mejor esto constituye la más grande virtud del hombre, su toque divino. El último de los atorrantes de Flores es más interesante que una estrella, solamente porque su comportamiento no es previsible”²⁹.

V. CIBERNÉTICA SOCIAL

En este punto, lector, tal vez se encuentre confundido. Comencé este trabajo diciendo que es necesaria la ciencia para responder a los interrogantes propios de nuestra naturaleza curiosa, y ahora le estoy diciendo que no existen las ciencias sociales. Lo cierto es que no tenemos una “ciencia social” en el sentido literal de la palabra, pero sí podemos decir que existe otra “nueva” forma de investigación con un método distinto al de la “ciencia” tradicional que nos permite comprender (*verstehen*) y no explicar (*erklären*) las relaciones humanas³⁰. Es lo que Jesús Ibañez llama *cibernética social*³¹. La denominación de cibernética proviene de un renunciar a afirmar una posición absolutista (propia de la ciencia y el positivismo) y asumir un relativismo productivo y reflexivo (como las alternativas de un proceso de computación)³².

²⁸ KUNZ, A. y N. Cardinaux, *Investigar en Derecho.*, Facultad de Derecho (UBA), Buenos Aires, 2005, pp. 59 y 60.

²⁹ DOLINA, A., *Crónicas del ángel gris*, Colihue, Buenos Aires, 2008, p. 273.

³⁰ IBAÑEZ, J., *Nuevos avances de la investigación social*, Proyecto A, Barcelona, 1998, t. I, p. 65.

³¹ IBAÑEZ, J., *Nuevos...*, cit., t. I, p. 46. Es menester aclarar que, en realidad, Ibañez no descubre nada nuevo sino que simplemente cambia el nombre de *ciencia* por el de *cibernética*, a la que se aplica el comprensivismo metodológico desarrollado por Max Weber y profundizado por diversos autores a lo largo de la historia.

³² GHERSI, C., *Metodología de la investigación en ciencias jurídicas*, Gowa, Buenos Aires, 2001, p. 43.

En cibernética social, lo importante no es tratar de explicar o predecir conductas humanas sino comprenderlas; no se puede estudiar la acción de una persona fuera del entorno que la rodea. Por ejemplo, una persona que levanta el brazo derecho con la palma de la mano extendida puede estar haciendo la venia a Hitler, si se encuentra en Alemania en 1939, o parando el 53, si se encuentra en un poste de colectivo del barrio de Flores. Incluso esto va más allá del lugar en donde se encuentre la persona; también comprende las acciones de quienes la rodean. Si nos situamos en un aula de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en el año 2010, y vemos a un estudiante levantar el brazo derecho con la palma de la mano extendida, no podemos saber con exactitud qué acción está realizando (excepto la acción física de levantar el brazo, obviamente), pero si vemos que el profesor está haciendo una pregunta, podemos suponer que quiere contestarla, o, si el profesor toma lista, entonces estará dando el presente. Para la *verstehen*, las personas realizan acciones provistas de sentido teleológico, pero para comprender estas acciones, es menester entenderlas dentro de un contexto social determinado.

Max Weber fue el mayor difusor de la ruptura con el modelo positivista imperante durante mucho tiempo en las ciencias sociales. Consideraba que las investigaciones sociales sólo podían ser abordadas a partir de la “comprensión” (*verstehen*) de las acciones humanas, desplazando la “explicación” (*erklären*) como norte de toda investigación científica³³. La *verstehen* consiste en establecer el sentido de las actitudes de las personas. Sin embargo, esta comprensión no consiste en un “ponerse en el lugar del otro”. Weber afirmaba que para comprender al César no es necesario ser el César³⁴. Para llevar a cabo la *verstehen*, este autor desarrolla los “tipos ideales”.

El tipo ideal es una construcción intelectual que funciona como una suerte de modelo abstracto que guía la investigación empírica; pero nunca podría ser hallado empíricamente, ya que se trata de una invención humana. Surge de la acentuación de uno o varios puntos de vista y unifica una pluralidad de aspectos particulares dispersos que deben ser contrastados empíricamente, dejando fuera las valoraciones de tipo moral u otras por el estilo³⁵.

³³ KUNZ, A. y N. Cardinaux, *Investigar...*, cit., p. 61.

³⁴ WEBER, M., *Economía y sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México D. F., 1983, p. 6. Citado en: KUNZ, A. y N. CARDINAUX, *Investigar...*, cit., p. 62.

³⁵ WEBER, M., *Ensayos sobre metodología sociológica*, Amorrortu, Buenos Aires, 1973, p.87.

Por ejemplo: podemos crear el tipo ideal “líder carismático” y asignarle determinadas particularidades, y en la investigación social serán considerados líderes carismáticos aquellos hombres que reúnan estos caracteres.

La *verstehen* impulsada por Weber fue desarrollada por diversos autores de los cuales Alfred Schütz fue, sino el más importante, al menos uno de ellos. Schütz señalaba que la problemática en la investigación social es que, a diferencia del científico físico-natural, que estudia objetos, el científico social investiga hechos, sucesos y datos que han sido preinterpretados por los actores sociales mediante construcciones de sentido común acerca de la realidad cotidiana, y sobre la base de ese marco define sus acciones³⁶. Esta dificultad que señala Schütz es lo que se llama *doble hermenéutica*, es decir, este juego en donde el científico social estudia acciones preinterpretadas por los actores sociales, y éstos, a su vez, actúan conforme a su interpretación de lo que el científico les transmite. La hermenéutica doble, propia del comprensivismo metodológico, ha sido sostenida por diversos maestros como el método propio de las ciencias sociales. Giddens, por su parte, afirma que va más allá de ser un mero método de comprensión (*verstehen*) sino que es “la condición ontológica de la sociedad humana como es producida y reproducida por sus miembros”³⁷.

La gran dificultad que presentan las ciencias sociales (conforme lo señalado en el apartado anterior) es que resulta imposible realizar afirmaciones de tipo universal sobre las conductas humanas, ya que su objeto de estudio no es precisamente eso (un objeto) sino que son sujetos, y, como tales, dotados de voluntades diversas y subjetivas. La *verstehen* busca superar estas dificultades comprendiendo las acciones subjetivas conforme al modelo establecido por el tipo ideal. Veámoslo con un ejemplo: En el apartado III formulé la pregunta de si actualmente es la ciencia la única disciplina que desempeña el papel de resolver las curiosidades humanas. Tanto si respondiéramos que sí como si dijéramos que no, incurriríamos en un error, ya que estaríamos haciendo una afirmación universal para toda la humanidad, dejando de lado el principio que sostiene que las acciones de las personas son diversas. Pero podemos utilizar los tipos ideales para formular una respuesta para cada distinto tipo de sujeto. Por ejemplo, en caso de no encontrar en la ciencia la respuesta que se busca, ¿recurren las

³⁶ SCHÜTZ, A., *El problema de la realidad social* (Maurice Natanson comp.), Amorrortu, Buenos Aires, 1995, p. 37.

³⁷ GIDDENS, A., *Las nuevas reglas...*, cit., p. 182.

personas a Dios? Podemos responder que una persona que reúna las características del tipo ideal “ateo” no buscará saciar su curiosidad en él. Incluso nada obliga a que busquemos respuestas sólo en la ciencia o en Dios; también existen personas que utilizarán otras disciplinas para responder a sus interrogantes. Nada impide que se pueda creer en disciplinas no científicas³⁸, ni religiosas, y afirmar, por ejemplo, que sagitario y acuario son signos ideales para el amor, ya que los signos zodiacales de fuego y aire se complementan.

La cibernética social logra sortear, en cierta forma, el obstáculo de la subjetividad del objeto de estudio. Freud afirma que si bien cada persona es distinta, es posible crear modelos objetivos para comprender grupos de sujetos que reúnan características comunes. Así, nos dice que los individuos actúan impulsados a imitar a los demás y conservarse a tono con la masa³⁹. Esta idea de “creación de modelos objetivos” es tomada por Talcott Parsons y aplicada en los tipos ideales weberianos⁴⁰.

Sin embargo, a pesar de lograr evitar el problema de la subjetividad en el objeto de estudio, no se evita que la subjetividad vicie al observador. El científico natural sabe que, por más que realice observaciones y experimentos, no podrá cambiar las leyes de la naturaleza, así como no se puede convertir el cobre en oro (excepto si se lo vende y se lo cobra en monedas de oro). El científico social, en cambio, conoce muy bien que, debido a la doble hermenéutica, es posible modificar las conductas sociales acorde a los postulados que realice. No debe resultarnos extraño que con posterioridad a los atentados ocurridos en Estados Unidos, el 11 de septiembre de 2001, el entonces presidente George Bush afirmara que para ayudar a su país los norteamericanos debían “ir de compras”, ya que detrás de esta expresión había un grupo de científicos (economistas) que estudiaban que la forma de salvar el modelo económico estadounidense era aumentar el consumo privado y, por lo tanto, transmitieron esto a la sociedad para transformar su modo habitual de actuar.

Pero esto último es una mera introducción, ya que el rol del científico será analizado en el próximo apartado. Me limito aquí a afirmar que en

³⁸ Es discutida la naturaleza científica de la astrología, pero atento a la definición de ciencias dada en el apartado III, podemos afirmar que esta disciplina no es una de ellas.

³⁹ FREUD, S., *Psicología de las masas y análisis del yo*, (Obras completas), Editorial Americana, Buenos Aires, 1943, t. IX, p. 30.

⁴⁰ GIDDENS, A., *Las nuevas reglas...*, cit., p. 35.

cibernética social es imposible la objetividad, pero no por causa del objeto de estudio, como pueden afirmar los detractores de la *verstehen*, sino porque los investigadores sociales no pueden dejar de lado la subjetividad al momento de realizar su labor.

VI. CIENCIA Y CIENTÍFICOS

Alfred Schütz afirma que la labor del científico social es la de un “observador neutral” que se aparta de su situación biográfica particular para desempeñar su labor objetivamente. Así, nos dice: “Esa actitud del especialista en ciencias sociales es la de un mero observador neutral del mundo social. No toma parte en la situación observada, que no tiene para él interés práctico, sino solamente cognoscitivo. Aquella no es el teatro de sus actividades, sino sólo el objeto de su contemplación; no actúa dentro de ella, vitalmente interesado en el resultado de sus acciones, con esperanza o temor frente a sus consecuencias, sino que la contempla con la misma distante ecuanimidad con que el especialista en ciencias naturales observa los sucesos de laboratorio”⁴¹. Explica este autor, que al realizar las personas una labor científica, se apartan de su situación biográfica personal y se introducen en una “situación científica”⁴². Por ejemplo: al mismo tiempo que escribo este ensayo, tengo abierto en la computadora mi MSN y me habla a través de él mi novia para contarme qué tal estuvo su día; entonces, según Schütz, paso de ser escritor a ser novio y viceversa tan rápidamente como voy cambiando la ventana activa en mi PC.

Es cierto que una persona puede variar su forma de actuar conforme al contexto en que se encuentra, como, por ejemplo, “un empresario puede ser rigurosamente ateo cuando niega un aumento de sueldo a miles de obreros, y profundamente creyente cuando lo llevan en una camilla rumbo al quirófano para que le practiquen un cortocircuito coronario”⁴³. Pero resulta ingenuo pensar que una persona, al introducirse en su rol de científico social, pueda abstraerse de su situación biográfica personal, porque, como veíamos al finalizar el apartado anterior, el científico social conoce el funcionamiento de la doble hermenéutica y la posibilidad de

⁴¹ SCHÜTZ, A., *El problema...*, cit., p. 62.

⁴² SCHÜTZ, A., *El problema...*, cit., p. 83.

⁴³ CERELJIDO, M., *Científicos versus intelectuales*, en *Ñ. Revista de cultura*, 13 de junio de 2009, p. 10.

moldear las acciones humanas conforme a su conveniencia (o a la de quienes pagan su salario).

Noam Chomsky afirma que los intelectuales tienen la costumbre de hacer que las cosas fáciles parezcan difíciles de manera tal que ganan prestigio diciendo cosas que nadie entiende⁴⁴. Los legos terminan tomándolos como “formadores de opinión” de la sociedad, rindiéndose ante sus teorías, y es por ello que no debe resultarnos extraño que los Estados y los grandes grupos económicos formen alianzas con los “hombres de ciencia” para fundamentar su existencia y razón de ser ante las masas y evitar que éstas se rebelen contra la opresión que ejercen⁴⁵.

Hasta aquí vengo afirmando que los científicos sociales no pueden ser objetivos porque actúan conforme a intereses personales. Pero preguntémosnos por qué es que actúan así. Tenemos aquí un “¿por qué?” y atento a lo dicho en el apartado III de este ensayo, usaremos la ciencia para responder a esta pregunta. Como nuestro objeto de estudio es una conducta humana, nos encontramos en el ámbito de las ciencias sociales, o, más bien, de lo que hemos llamado cibernética social, ya que utilizaremos la *verstehen* como método. Comencemos por tomar tres tipos ideales que coinciden con los tres tipos de personas de los que Platón habla en *La república*: El codicioso que adquiere el conocimiento y lo utiliza para ganar riquezas; el ambicioso que lo hace para obtener honores; y el filósofo quien busca el conocimiento por el simple amor a éste y lo utiliza teniendo como norte el bienestar de la humanidad⁴⁶.

Ahora comprendamos a los distintos tipos de científicos, conforme a su accionar provisto de sentido teleológico. El codicioso buscará ganar dinero con la ciencia y lo hará trabajando para quien le pague, y es obvio que quien financie su actividad también lo hará en miras de sus propios intereses personales, por lo que el científico terminará respondiendo indirectamente a las finalidades subjetivas de su empleador. Por ejemplo: si me propongo ganar dinero con mis conocimientos en ciencia política y me contrata Mauricio Macri para preparar su candidatura a presidente, tendré

⁴⁴ CHOMSKY, N., *Escritos libertario. Esperanza en el porvenir*, Capital Intelectual, Buenos Aires, 2007, pp. 116 y 117.

⁴⁵ ROTHBARD, M., *Hacia una nueva libertad*, Grito Sagrado, Buenos Aires, 2005, p. 69. Murray Rothbard se refiere únicamente a la alianza entre intelectuales y Estado, sin tomar a los grandes grupos económicos, debido a que el objetivo de su obra es abolir el Estado por considerarlo un “ladrón” al imponer tributos y cosas por el estilo a los capitalistas privados. Sin embargo, podemos aplicar lo que este autor nos dice para ambos.

⁴⁶ PLATÓN, *La república*, Centro Editor de Cultura, Buenos Aires, 2007, p. 129.

que responder a sus intereses si pretendo cobrar mi sueldo a fin de mes. El ambicioso lo hará en busca del honor personal, por lo que no depende, aquí, de un empleador, pero tenemos otro problema: para ser reconocido en “el “mundo de la ciencia” es menester que tenga una entidad académica que lo respalde, y es ahí donde el científico termina respondiendo a los intereses de la academia, para pertenecer a ésta. Un ejemplo de esto es este mismo artículo. Si usted, lector, logra leer esto, significa que encontré un consejo académico que decidió publicarlo por estar de acuerdo con lo que aquí digo, tal vez no ciento por ciento, pero sí que no está totalmente en desacuerdo, porque si eso sucede, este escrito no dejará de ser un montón de datos en mi *pen drive*, a menos que decida cambiar mi punto de vista y hacerlo acorde a lo que la academia me exija. Y el filósofo es esa excepción que no nos permite hacer afirmaciones universales en ciencias sociales. No puedo afirmar que Schütz esté equivocado del todo o que tenga toda la razón, ya que, conforme lo expliqué en el apartado anterior, en ciencias sociales resulta imposible hacer generalizaciones. Es posible que existan intelectuales filósofos, también es posible que todos los científicos sean filósofos, pero que por tener la necesidad de comer tomen rasgos codiciosos, o ambiciosos si tienen la necesidad de un frondoso *currículum vitae*.

Pudimos demostrar, entonces, que no necesariamente el científico social es objetivo y que la *verstehen* no es tampoco “perfecta”, pero esto no significa que debamos correr en círculos desesperadamente al grito de ¡no existe ciencia! o que debamos desgarrar nuestros cerebros buscando convertirnos en el Newton de las ciencias sociales. Simplemente debemos poder desarrollar una mentalidad crítica y, antes de creer cualquier cosa, comprender (*verstehen*) de dónde proviene. Incluso no debería ni creerme a mí, lector; tome lo que le digo como de quien viene: un abolicionista que cree que la vida debe rebelarse contra el gobierno de la ciencia⁴⁷.

Antes de dar por finalizado este apartado, debo decir algo que hasta aquí no había mencionado. Busqué responder a interrogantes tales como qué es la ciencia, qué cosas son científicas y para qué nos sirve esta disciplina. Pero hay algo fundamental que necesitamos entender: la ciencia no es algo que podamos catalogar como bueno o malo. Es una mera herramienta y, como tal, depende del uso que le demos⁴⁸. Así como podemos

⁴⁷ BAKUNIN, M., *Dios y el Estado*, (Utopía Libertaria), Anarres, Buenos Aires, 2008, p. 58.

⁴⁸ MARÍ, E., *Ciencia y ética. El modelo de la ciencia martillo*, en DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho, nro. 10, 1991, p. 322.

usar un martillo para poner un clavo o romperle la cabeza a otra persona, la ciencia sólo nos proporciona conocimientos, está en nosotros ver qué hacemos con ellos.

VII. CIBERNÉTICA JURÍDICA

En este apartado me propongo trazar un paralelo entre lo hasta aquí dicho y el Derecho. Mucho se ha discutido sobre si éste es o no una ciencia. No pretendo entrar en esta discusión y me limitaré a exponer mi posición al respecto. Si la “ciencia jurídica” fuera una ciencia, la encontraríamos dentro del ámbito de las llamadas *ciencias sociales*, y, atento a lo que he venido sosteniendo en este ensayo, como las “ciencias sociales” no son estrictamente ciencias, el Derecho tampoco lo es. Pero esto no significa que no posean rasgos comunes. El Derecho, al igual que la ciencia, es una herramienta. Como tal, depende del uso que le den los que lo crean (legisladores) y los que lo aplican (jueces). Los especialistas del Derecho (juristas) pueden utilizarlo para producir y reproducir el sistema social, así como también para transformarlo.

La filosofía jurídica ha tenido una evolución similar a la que presenté en el apartado III de este escrito, destinada explicar el porqué del Derecho. Al principio, un iusnaturalismo teológico explicaba la existencia de éste como emanado de Dios. Luego, el iluminismo logra cambiar este paradigma y darle al Derecho la cualidad de surgir del raciocinio humano (Dios es reemplazado por la ciencia). El historicismo alemán tomará una posición parecida a la que señalé en Marx y verá el Derecho a través del desarrollo histórico, y no como eternos postulados de la razón. El iuspositivismo es la escuela que logra disociar completamente el Derecho de la metafísica jurídica como la moral, y definirlo como un conjunto de normas positivas y eficaces creadas por el hombre para regular conductas humanas. Finalmente, el realismo jurídico presenta un escepticismo hacia la norma positiva. A diferencia del positivismo, no se apega a fuertes normas que juegan el papel de leyes universales inquebrantables sino que se basa en precedentes jurisprudenciales que se adaptan a cada caso particular comprendiendo los distintos matices que cada uno presenta⁴⁹.

En nuestro sistema jurídico, encontramos varios rasgos comunes con la *verstehen*. Así, tenemos los tipos legales, que son creaciones humanas

⁴⁹ NINO, C., *Introducción al análisis del Derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1987, pp. 28/46.

abstractas, que el jurista debe contrastar con los hechos sociales fácticos para el estudio del Derecho. Podemos ver que los tipos legales cumplen la función de tipos ideales. Por ejemplo, el art. 51 del Código Civil establece las pautas para determinar qué es una persona de existencia visible; el jurista, tomando esta definición y contrastándola empíricamente, discernirá entre las que son personas de existencia visible y las que no lo son, y atribuirá a éstas todas las consecuencias normativas previstas. Podemos tomar como otros ejemplos el art. 8 del Código de Comercio, que nos dice qué es un acto de comercio y que se aplicarán a estos actos las normas de dicho código; o el art. 79 del Código Penal, que nos define el homicidio y prevé las consecuencias para quien lo cometa; entre una muy extensa lista de ejemplos que podríamos citar.

Podemos ver, entonces, cómo en el Derecho tenemos tipos ideales. Ahora veamos cómo se utiliza la comprensión. Vimos en el apartado v, con el ejemplo del hombre que levantaba el brazo derecho con la palma de la mano extendida, que para comprender es necesario contextualizar el ámbito en que se produce la acción, para que ésta esté provista de sentido. Por eso, cuando el jurista debe aplicar los tipos legales a la realidad, debe estudiar cuidadosamente la conducta bajo análisis y el contexto en que se desarrolla. Por ejemplo, el art. 41 del Código Penal obliga al juez a indagar en las condiciones de vida que llevaron a la persona al delito, para poder cuantificar la pena que aplicará; o el art. 1198 del Código Civil, que nos dice que se deben interpretar los contratos acorde a la buena fe y atento a lo que las partes entendieron o pudieron haber entendido al momento de la celebración; entre otros ejemplos.

La subjetividad del observador también afecta en cibernética jurídica de la misma forma que en la cibernética social, y esto podemos verlo fácilmente, en el ámbito del Derecho, con las decisiones judiciales. Si los jueces fueran realmente objetivos, no podrían variar las resoluciones de los casos según sean analizados por un juez u otro. Veámoslo con un ejemplo: si a tenencia de estupefacientes nos referimos, podemos ver cómo la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha variado su jurisprudencia, conforme al gobierno de turno, en las últimas décadas. Tenemos una política de criminalización en el caso “Colavini”⁵⁰ con un gobierno de facto; la despenalización en “Bazterrica”⁵¹, durante el gobierno de Alfonsín; la vuelta a la

⁵⁰ Fallos 300:254.

⁵¹ Fallos 308:1392.

criminalización con “Montalvo”⁵², en época de Menem; y nuevamente la despenalización, en el reciente fallo “Arriola”⁵³, en el transcurso del segundo gobierno kirchnerista.

Al razonamiento que presento, tal vez pueda objetársele que es lógico que no siempre las decisiones jurisprudenciales sean iguales, ya que todos los casos no son idénticos. A lo que puedo contestar que también tenemos distintas interpretaciones que responden a distintos intereses aun en un mismo caso, porque de no ser así, no existirían las disidencias en los fallos, y no nos preocuparía tanto el grado de libertad que deben tener los jueces para decidir un caso, como pone de manifiesto Roberto Gargarella, en un excelente artículo en el que estudia las distintas técnicas interpretativas que ha utilizado nuestra Corte Suprema ante distintos casos, para resolver una cosa y no otra⁵⁴.

Por mi parte, adhiero a lo que nos enseña la teoría crítica del Derecho acerca de que primero el juez decide como quiere que el caso se resuelva y luego hecha mano de la técnica interpretativa que le conviene. Y concluyo este apartado de la misma forma que el anterior, recordando que el Derecho es una mera herramienta y está en los juristas su utilización.

VIII. CONCLUSIÓN

Hemos llegado al final de este trabajo y creo haber demostrado satisfactoriamente todas las ideas que expuse en él. Hagamos ahora una síntesis de las principales: La ciencia es una herramienta de gran importancia para la humanidad, pero no es indispensable, antes de ella existían otras disciplinas destinadas a cumplir su función y habrán otras que surjan con posterioridad; las llamadas ciencias sociales no son ciencias en el sentido estricto de lo que éstas significan y requieren de un método propio para su estudio; en el estudio de la sociedad, es imposible explicar y predecir hechos, por lo que debemos atenernos sólo a su comprensión; las llamadas

⁵² Fallos 313:1333.

⁵³ CSJN. ARRIOLA, Sebastián y otros s/ causa N° 9080. Sentencia del 25 de agosto del 2009. Publicado en *Diario Judicial*, del martes 25 de agosto de 2009. <<http://www.diariojudicial.com/nota.asp?IDNoticia=38453>>.

⁵⁴ GARGARELLA, R., *De la alquimia interpretativa al maltrato constitucional. La interpretación del Derecho en manos de la Corte Suprema argentina*, en *Jurisprudencia Argentina*, 2007, t. II, p. 1394.

ciencias sociales son subjetivas, pero no porque su objeto de estudio sean sujetos sino porque los científicos son sujetos insertos en el objeto que estudian; el Derecho no es una ciencia, pero, al igual que ésta, es una herramienta y adolece del mismo vicio que la cibernética social: el observador no es imparcial y objetivo sino subjetivo y actúa conforme a intereses teleológicos, como todas las personas.

Las llamadas *ciencias sociales* han avanzado de duras teorías universales a flexibles paradigmas⁵⁵, de *erklären* a *verstehen*, de ciencia a cibernética. Un filósofo contemporáneo nos enseña que la sociedad a evolucionado de una estructura sólida a una fluida liquidez⁵⁶. Tal vez sea momento de avanzar a un estado gaseoso y rechazar toda engañosa estructura que intente explicarnos. Como dice Rousseau, todo conocimiento que el hombre pretende tener no es más que el producto de su imaginación⁵⁷.

Michel Foucault sostiene que “el hombre que se revela es inexplicable”, dice José Pablo Feinmann en el programa televisivo *Filosofía aquí y ahora*⁵⁸ y agrega que está muy bien que así sea. Si el hombre se vuelve explicable deja de ser tal y se convierte en un objeto (de estudio). Las personas son impredecibles porque poseen el libre albedrío, a diferencia de la naturaleza. Ante un estímulo particular, existen infinitas reacciones que puede generar el hombre; pero, a fin de cuentas, toda la libertad de éste se reduce a dos opciones, a saber: ser insumiso o rata de laboratorio; comprendido o explicado; libre o prisionero.

Mientras no seamos insumisos, seremos ratones, como bien ha sabido retratar Art Spiegelman en su historieta *Maus*, donde cuenta la historia de sus padres, sobrevivientes de Auschwitz, representando a los nazis como gatos y a los judíos como ratones. El holocausto ha sido la mayor experiencia fáctica de hasta dónde puede llegar el gobierno de la ciencia, al punto de la más absoluta crueldad, de usar (y desechar) seres humanos como si

⁵⁵ ULEN, T., *Un premio Nobel en la ciencia legal: teoría, trabajo empírico y el método científico en el estudio del Derecho*, en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, nro. 4, Facultad de Derecho (UBA), Buenos Aires, 2004, pp.74 y 75.

⁵⁶ BAUMAN, Z., *Modernidad líquida*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2003, pp. 7/20.

⁵⁷ D’AURIA, A., *Rousseau: su crítica social y su propuesta política*. La Ley, Facultad de Derecho (UBA), Buenos Aires, 2007, p. 69.

⁵⁸ Capítulo 12 de la segunda temporada (Foucault II). Su desgrabación puede leerse en <<http://nitegastesenleerme.blogspot.com/2009/06/filosofia-aqui-y-ahora-ii-segunda.html>>. Fecha de consulta: 28 de diciembre de 2009.

fueran entes inferiores, como los roedores que se utilizan para probar una nueva vacuna. Pero no sólo el gobierno de las ciencias naturales, como a lo que acabo de referir, también el de las sociales; el nazismo llevó a su máxima expresión al darwinismo social, a la “bestia rubia” nietzscheana y su idea del sacrificio de la humanidad decadente “en aras del florecimiento de una especie humana única y mas fuerte”⁵⁹.

Si somos explicables no somos más que un engranaje más de esta sofisticada maquinaria llamada sociedad. En este sentido vale la pena rescatar unas palabras del escritor ruso Fiódor Dostoievski: “Ciertamente, si descubrieran la fórmula de todos nuestros deseos, de todos nuestros caprichos; o sea, de dónde surgen, cómo evolucionan, cómo se reproducen, hacia qué objetivos tienden, etcétera, es muy probable que el hombre deje de sentir deseos. ¿Digo ‘probable’? ¡No, me equivoco, es seguro! ¿Qué satisfacción puede proporcionar desear de acuerdo con tablas? Pero hay más. El hombre será rebajado a la categoría de una simple tuerca. Porque ¿qué es un hombre si lo despojamos de su deseo y su voluntad sino una tuerca, un simple engranaje? ¿Qué piensan sobre esto? Veamos ¿puede ocurrir o es un disparate?”⁶⁰.

A cada paso que da la vida, la ciencia se quiebra y las preguntas no encuentran respuesta. Para ella dos y dos son cuatro, mas nosotros sabemos que cuatro no necesariamente es dos y dos, y nos tachará de “locos” por pretender que dos y dos sean tres. Pero, tal vez debamos aceptar que no existe ciencia y reemplazarla por algo distinto; hemos subido por la escalera y ha llegado el momento de arrojarla (como dijo Wittgenstein). Y, así, romper los dientes de este engranaje. O tal vez no...

IX. BIBLIOGRAFÍA

- ARENDR, H., *La condición humana*, Paidós, Buenos Aires, 2009.
ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*, Colihue, Buenos Aires, 2007.
BAKUNIN, M., *Dios y el Estado*, (Utopía Libertaria), Anarres, Buenos Aires, 2008.
BARBAROSCH, E., *Teoría de la justicia y la metaética contemporánea*, La Ley, Facultad de Derecho (UBA), Buenos Aires, 2007.

⁵⁹ NIETZSCHE, F., *La genealogía de la moral*, Edimat, Madrid, 2006, p. 111.

⁶⁰ DOSTOIEVSKI, F., *Memorias del subsuelo*, Ediciones Libertador, Buenos Aires, 2009, p. 47.

- BAUMAN, Z., *Modernidad líquida*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2003.
- BOURDIEU, P., J. C. CHAMBOREDON y J. C. PASSERON, *El oficio del sociólogo. Presupuestos epistemológicos*, Siglo Veintiuno, México D. F., 1994.
- CHOMSKY, N., *Escritos libertarios. Esperanza en el porvenir*, Capital Intelectual, Buenos Aires, 2007.
- CEREJIDO, M., *Científicos versus intelectuales*, en *Ñ. Revista de cultura*, 13 de junio de 2009.
- D'AURIA, A., *Rousseau: su crítica social y su propuesta política. La Ley*, Facultad de Derecho (UBA), Buenos Aires, 2007.
- DESCARTES, R., *Discurso del método y Meditaciones metafísicas*, Gradifco, Buenos Aires, 2009.
- DOLINA, A., *Crónicas del ángel gris*, Colihue, Buenos Aires, 2008.
- DOSTOIEVSKI, F., *Memorias del subsuelo*, Ediciones Libertador, Buenos Aires, 2009.
- EINSTEIN, A., *Mi visión del mundo*, Tusquets, Barcelona, 1985.
- FEINMANN, J., *Foucault II*, en el programa televisivo *Filosofía aquí y ahora*, (segunda temporada, capítulo decimosegundo: <<http://nitegastesenleerme.blogspot.com/2009/06/filosofia-aqui-y-ahora-ii-segunda.html>>, fecha de consulta: 28 de diciembre de 2009).
- FREUD, S., *Psicología de las masas y análisis del yo*, (Obras completas), Editorial Americana, Buenos Aires, 1943.
- GAETA, R. y S. LUCERO, *Imre Lakatos: El falsacionismo sofisticado*, Eudeba, Buenos Aires, 2004.
- GAETA, R. y N. GENTILE, *Thomas Kuhn: de los paradigmas a la teoría evolucionista*, Eudeba, Buenos Aires, 2004.
- GARGARELLA, R., *De la alquimia interpretativa al maltrato constitucional. La interpretación del Derecho en manos de la Corte Suprema argentina*, en JA 2007-II-1394.
- GHERSI, C., *Metodología de la investigación en ciencias jurídicas*, Gowa, Buenos Aires, 2001.
- GIDDENS, A., *Las nuevas reglas del método sociológico. Crítica positiva de las sociologías comprensivas*, Amorrortu, Buenos Aires, 1997.
- HAWKING, S., *Historia del tiempo*, Editorial Crítica (Grijalbo), Buenos Aires, 1989.
- HEGEL, G., *Enciclopedia de las ciencias filosóficas*, Porrúa, México D. F., 2004.
- HEMPEL, C., *Filosofía de la ciencia natural*, Alianza, Madrid, 2003.

- HUGHES, J. y W. SHARROCK, *La filosofía de la investigación social*, Fondo de Cultura Económica, México D. F., 1999.
- IBAÑEZ, J., *Nuevos avances de la investigación social*, Proyecto A, Barcelona, 1998.
- JAMES, W., *El pragmatismo*, en <http://www.antorcha.net/biblioteca_virtual/filosofia/pragmatismo/caratula.html>, fecha de consulta: 28 de noviembre de 2009.
- KANT, I., *Crítica de la razón pura*, Ediciones Libertador, Buenos Aires, 2008.
- KLIMOVSKY, G. y C. HIDALGO, *La inexplicable sociedad*, A-Z., Buenos Aires, 2005.
- KLIMOVSKY, G., *Las desventuras del conocimiento científico*, A-Z., Buenos Aires, 1994.
- KUNZ, A. y N. CARDINAUX, *Investigar en Derecho*, Facultad de Derecho (UBA), Buenos Aires, 2005.
- LAHR, C., *Curso de filosofía*, Ángel Estrada, Buenos Aires, 1947.
- LUCHINI, C., *La impronta espacio-temporal en el análisis social clásico*, Biblos, Buenos Aires, 1999.
- MALET, A. y J. ISAAC, *La edad media*, Hachete, París, 1922.
- MARÍ, E., *Ciencia y ética. El modelo de la ciencia martillo*, en *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nro. 10, 1991.
- MARX, K., *Miseria de la filosofía*, Gradifco, Buenos Aires, 2009.
- NIETZSCHE, F., *La gaya ciencia*, Gradifco, Buenos Aires, 2008.
- NIETZSCHE, F., *La genealogía de la moral*, Edimat, Madrid, 2006.
- NINO, C., *Introducción al análisis del Derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1987.
- PINO, G., *Acerca del positivismo y la ciencia*, en *Lecciones y Ensayos*, nro. 77, Lexis Nexis, Facultad de Derecho (UBA), Buenos Aires, 2002.
- PLATÓN, *La república*, Centro Editor de Cultura, Buenos Aires, 2007.
- POPPER, K., *Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico*, Paidós, Buenos Aires, 1994.
- POPPER, K., *La lógica de la investigación científica*, Tecnos, Madrid, 1973.
- ROTHBARD, M., *Hacia una nueva libertad*, Grito Sagrado, Buenos Aires, 2005.
- SCHÜTZ, A., *El problema de la realidad social* (Maurice Natason Comp.), Amorrortu, Buenos Aires, 1995.
- SOSA ARDITI, E., *¿Es inconstitucional el orden natural? Comentario al fallo en autos "F. A. c/ GCBA s/ amparo (Art. 14 CCABA)" Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 15 de la Ciudad de Buenos Aires. Fallo del 10 de noviembre de 2009*, en *El Dial*, año XXII, nro. 2915, 1 de diciembre de 2009.

- SPIEGELMAN, A., *Maus I. Mi padre sangra historia*, Emecé, Buenos Aires. 2008.
- SPIEGELMAN, A., *Maus II. Y aquí comenzaron mis problemas*, Emecé. Buenos Aires, 2006.
- SPINOZA, B., *Tratado teológico-político*, Lautaro, Buenos Aires, 1946.
- ULEN, T., *Un premio Nobel en la ciencia legal: teoría, trabajo empírico y el método científico en el estudio del Derecho*, en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*. nro. 4, Facultad de Derecho (UBA), Buenos Aires, 2004.
- VERENGO, R., Las dimensiones del Derecho y las teorías jurídicas, en *Leciones y Ensayos*, nro. 59, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994.
- WEBER, M., *Ensayos sobre metodología sociológica*, Amorrortu, Buenos Aires, 1973.
- WITTGENSTEIN, L., *Tratado lógico-philosophicus*, Alianza, Madrid. 1979.

LA DUDOSA LEGITIMACIÓN DE LAS RESOLUCIONES GENERALES DE LA INSPECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA

JULIO FRANCISCO VILLARREAL*

Resumen: El presente ensayo indaga sobre la validez de las Resoluciones 7/03 y 8/03 de la Inspección General de Justicia, en virtud de la delegación de competencias que se le otorgara a tal organismo por medio de la Ley 22.315. El autor predica el carácter inconstitucional de las mentadas resoluciones en virtud de que éstas desnaturalizan el marco legislativo que por medio de tal ley se le concediese al organismo bajo estudio, puesto que la referida norma meramente autoriza a la Inspección General de Justicia a fiscalizar el funcionamiento de las sociedades extranjeras constituidas en el país exclusivamente en los supuestos de que éstas efectúen en la Republica actos habituales. Tal presupuesto de habitualidad, en virtud de las aludidas resoluciones se tergiversa semánticamente, mutilando, así, la permisión legalmente otorgada a tal organismo a los efectos de supervisar las actividades de las reseñadas sociedades. Asimismo se estudia el decurso legislativo y jurisprudencial relativo a la materia a lo largo del ya transitado siglo, haciéndose especial alusión al paradigmático fallo “Inspección general de Justicia contra Frinet”.

Abstract: In this essay, the validity of IGJ Resolutions N° 7/03 and N° 8/03 is analyzed in the light of the delegation of functions made in favor of such body by virtue of Act 22.315. The author states that said resolutions are unconstitutional, since they depart from the frame set by the legislative delegation, by means of which the IGJ is only authorised to control business transaction of foreign corporations provided that they carry out habitual acts within the country. Therefore, the habituality requirement is being systema-

* Estudiante de Abogacía (UBA).

tically set aside, distorting the legally established permission for said body to supervise corporations' activities. Besides, legislative, as well as case law evolution related to the subject throughout the century is also studied, laying special emphasis on the paradigmatic case entitled "Inspección general de Justicia v. Frinet"

Palabras clave: Derecho Societario-"Inspección General de Justicia contra Frinet"- Inspección General de Justicia-Ley de Sociedades Comerciales-acto aislado-sociedades "off shore"- poder de policía-Resolución 7/03-Resolución 8/03 IGJ.

Keywords: Law of Corporations - "Inspección General de Justicia v. Frinet" - Argentine Superintendence of Corporations (IGJ, due to its Spanish acronym) - Business Associations' Act - isolated act - "off shore" corporations - policy power - IGJ Resolution 7/03 - IGJ Resolution 8/03

"...Fruto de esta fusión es la consideración de que los hombres excelentes no necesitan reglamentación alguna para relacionarse, pues el hecho de ser virtuosos hace que ellos mismos encarnen el derecho en su temperamento. "Para los hombres de virtud preeminente –dice Aristóteles- no hay leyes, ellos mismos son la ley". En consecuencia, el carácter de cada sociedad pedirá un tipo diferente de constitución, cuanto más virtuosos sean los hombres, mejor organización política tendrán y viceversa. Las leyes que rigen un pueblo, pues, son reflejo de su naturaleza..."¹

Entendidas como inequívoca inferencia o necesaria institucionalización de tal vez indeterminados principios de soberanía política y control estadual², imbuidas de un sentido solidario a la "moralización de la vida empresaria y del tráfico y por lo tanto del bien común"³ las Resoluciones 7/03 y 8/03 de la IGJ hallan su razón de ser, y, a no dudarlo, su exorbitante publicidad, en la extensión de los intereses que han pretendido gravar, extensión que alcanza, en definitiva, a las controversias doctrinarias que tales intereses han sabido plasmar. En particular, en este breve trabajo, se discurrirá específicamente sobre los alcances del Art. 118 de la Ley de

¹ Giner, Salvador, *Historia del pensamiento social*, Ariel Historia, Barcelona, 1994, p. 50.

² JNPI civ 91(firme) "Cinelli, Incolaza c. Dispan S.A. s/nulidad de acto jurídico ordinario"

³ Considerandos de la resolución 7/03 de la IGJ

Sociedades Comerciales (Ley 19550), Ley 22315, regulatoria del conjunto de competencias y facultades inherentes a la Inspección General de Justicia, y, especialmente sobre las propia reglamentación 8/03 que de tales normas dictó este organismo, en la inteligencia de sistematizar, claro está, sus propias potestades. Se procurará, asimismo, puntualizar, cual ha sido el influjo, tanto doctrinario como jurisprudencial (y, en lo particular en el propio fallo “Inspección General de Justicia c. Frinet S.A.”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B (Cn. Com.) (Sala B-2007/05/04) de la reglamentación en análisis, a los efectos de impugnar el “abanico normativo” creado por la Inspección General de Justicia sobre los presupuestos de una tesis que más adelante habrá de ser explicada debidamente.

Bien decía Hamilton que *“todas las instituciones crecen y florecen en proporción al número e importancia de los medios para formarlas y mantenerlas...”*⁴, y nuestro decurso legislativo, desde las postrimerías del siglo XIX puede constituir, en tal sentido, un claro paradigma de una voluntad parlamentaria propendiente a reconocer y conciliar con nuestra propia realidad negocial la impronta y la actividad misma de las sociedades que se constituyeran en el extranjero con el objeto de operar en la República. En tal sentido de cosas, el art. 285 del Código de Comercio, artículo actualmente derogado por la Ley 19550, establecía que las sociedades legalmente constituidas en país extranjero que no tuvieran asiento, sucursal o cualquier especie de representación en la República, podrían, sin embargo, practicar aquí los respectivos actos de comercio que no fueran contrarios a la ley nacional. Por otro lado, el art. 286 refería que aquellas sociedades que se constituyeran en país extranjero para ejercer su comercio propio en la República, con la mayor parte de sus capitales levantados en ésta, y que tuvieran en la misma su directorio central y la asamblea de socios, serían consideradas para todos sus efectos como sociedades nacionales sujetas a las disposiciones del propio Código de Comercio. Por último, el art. 287 establecía que las sociedades legalmente constituidas en el extranjero que establecieran en la República sucursal o cualquier especie de representación social, quedarían sujetas, al igual que las sociedades nacionales, a las disposiciones del mismo cuerpo normativo en cuanto al registro y a la

⁴ Hamilton, Madison y Jay, *El Federalista*, Fondo de Cultura Económica, Méjico, 1994, p. 44. La presente cita se desprende de un artículo cuya autoría pertenece exclusivamente a Hamilton.

publicación de sus actos sociales, y de los mandatos de los respectivos representantes en caso de quiebra.

Le asiste razón a Daniel Vítolo al expresar que “...*todos los comentarios habían señalado desde aquella época, la importancia de las disposiciones del Código referidas a la actuación en el territorio de nuestro país de las sociedades constituidas en el extranjero, en especial por haber considerado que en aquel tiempo la República Argentina constituía un país de importación y de escasos capitales...*”⁵. Posteriormente, la Ley 8867⁶, sancionada en 1912, estableció que las sociedades extranjeras aludidas en el Art. 287 del Código de Comercio habrían de funcionar en el país *sin* necesidad de poseer autorización alguna del Poder Ejecutivo, siempre que “comprobaran” ante los jueces competentes que se habían constituido de conformidad con las leyes de sus respectivos países, e inscribieran sus estatutos y documentos habilitantes en el Registro Público de Comercio. Sugiere Vítolo que el diferente tratamiento de régimen conferido por la Ley 8867 a las sociedades extranjeras y el proporcionado por el propio Código de Comercio a las sociedades nacionales dio lugar a un sistema legal réprobo, en el cual las sociedades extranjeras debían únicamente inscribir sus estatutos y documentos habilitantes, en tanto aquellas sociedades constituidas en la República debían, suplementariamente, publicarlos.

Soslayar tan iniquidad y tal discrecional disparidad de tratamiento fue, entre otras razones, el espíritu rector que animó la letra y el propio temperamento de la Ley 19550, la cual, en su propia Exposición de Motivos fue concebida por el legislador como una expiación natural para “conjuguar los intereses en juego y poner en un pie de igualdad a las sociedades constituidas en el país y a las constituidas en el extranjero, tratando de no caer en un tratamiento peyorativo ni en un trato diferencial que contradiga, en todo caso, el precepto constitucional de igualdad ante la ley...”, expiación que parecía hacer profesión de fe de su virtud o denuedo igualitarista al suscribir que “...La norma final, o sea, el art. 124, no necesita de explicaciones que la justifiquen...”⁷, tal vez en la presunta

⁵ Vítolo, Daniel Roque, *Nuevos controles de la Inspección General de justicia para las sociedades constituidas en el extranjero*, La Ley 2004-A, 820, Suplemento Índices Económicos y Financieros 14/11/2003, 1.

⁶ Ley 8867 de Inversiones Extranjeras.

⁷ Exposición de Motivos de la Ley de Sociedades Comerciales.

inteligencia de que “...todo lo que no puede ser reconocido como una ventaja sobre las antiguas medidas para la sociedad y el pueblo en general debe ser justificado por si mismo...”⁸.

Tal espíritu comulgó, o supuso abrazar, tal y como refiere Eduardo Favier Dubois (h.), una suerte de “modelo institucional” legal, en virtud del cual se buscaba obtener “...la protección de [los socios] minoritarios, co-contratantes, trabajadores y terceros...”⁹, “modelo institucional” que contó con el favor y amparo de saberse usufructuario de la condición ontológica de norma de orden público, merced a la propia invocación de “principios de soberanía y control” apuntados como fundamentos en su Exposición de Motivos. En palabras de Díaz Robledo, “...el Estado Argentino quiso tener en forma unilateral algunas normas de Policía de Derecho Internacional Privado. Éstas son aquellas que inspiradas en rigurosas consideraciones de Orden Público, excluyen el funcionamiento de las normas de conflicto y de cualquier otra norma. La razón de dichas normas es la defensa de la organización política, social, familiar o económica del país...”¹⁰.

En tal sentido de cosas, y de conformidad con tal finalidad igualitaria, la doctrina argentina ha entendido como solidaria para con el espíritu que la anima a la propia redacción de la Ley 19550, y, en particular, a sus disposiciones relativas a las sociedades extranjeras, incorporadas en la sección XV de la propia ley. Merece mención particularizada, asimismo, su así llamado sistema de la “hospitalidad absoluta”¹¹ limitada, por medio del cual las sociedades extranjeras que no realicen actos habituales en la República gozan, conforme la tradicional distinción de derecho internacional privado, de capacidad de derecho absoluta, la cual les permite estar en juicio¹², en tanto que se limita su capacidad de hecho a los así llamados “actos aislados”, al tiempo que

⁸ Locke, J. *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, en Fayt, C. S., *El Estado liberal moderno*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1973, p. 153.

⁹ Favier Dubois (h.), Eduardo M., *La resolución general 2/05 de la Inspección General de Justicia y el debate sobre las sociedades “off shore”*, La Ley 2005-B, 1028.

¹⁰ Díaz Robledo, Fabián, *Sociedades extranjeras. Resoluciones 7 y 8 de la I.G.J.*, La Ley, 2004-B, 1103.

¹¹ Drucaroff Aguiar, Alejandro Drucaroff, Simón, *Abuso de los actos aislados*, La Ley 2007-F, 223, comentario al fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B (CnCom) (Sala B) -2007/05/04- Inspeccion General de Justicia c. Frinet S.A.

¹² Ver CSJN Fallos 256:263.

se rigen, a los efectos de su existencia y forma, por las leyes del lugar de su constitución¹³.

Por otro lado, no es sino la propia ley la que estipula el modo de añadir a tal capacidad de derecho plena una capacidad de hecho irrestricta en el caso de tratarse de sociedades extranjeras que hayan de realizar en el territorio de la República actos habituales comprendidos dentro de su objeto social, de conformidad al art. 118 de la Ley de Sociedades Comerciales, el cual dispone que,

- “...Para ejercicio habitual de actos comprendidos en su objeto social, establecer sucursal, asiento o cualquier otra especie de representación permanente, debe:*
- 1) acreditar la existencia de la sociedad con arreglo a las leyes de su país,*
 - 2) fijar un domicilio en la república, cumpliendo con la publicación e inscripción exigidas por esta ley para las sociedades que se constituyeron en la República,*
 - 3) Justificar la decisión de crear dicha representación y designar la persona a cuyo cargo ella estará...”*

Como ya se señaló, nuestro ordenamiento adscribe a un reconocimiento genérico de la personalidad jurídica de las mentadas sociedades, el cual, con sus limitaciones relativas a la incapacidad de hecho, es de orden público internacional, y plenamente operativo¹⁴. Incluso si se prescindiese de la Ley de Sociedades Comerciales, la concesión de capacidad genérica a tales personas jurídicas sería plenamente invocable merced al mandato del propio art. 34 del Código Civil, el cual se muestra favorable a tal reconocimiento, supeditándolo, exclusivamente, al hecho de que tales entidades posean capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones conforme a la ley extranjera que les otorgue existencia como tales. Señala Benseñor que, en definitiva, el propio art. 118 de la Ley 19550 debe entenderse complementario del art. 34 del Código Civil,

¹³ Ver art. 118 de la Ley de Sociedades Comerciales. Más adelante se debatirá sobre su contenido y significación.

¹⁴ Benseñor, Norberto, *Sociedades constituidas en el extranjero. Reconocimiento de la capacidad jurídica y legitimidad para actuar*, La Ley, Suplemento Especial de Sociedades Extranjeras, 01/01/2003, p. 13.

puesto que el ya mentado reconocimiento de las sociedades extranjeras viene dado por la última norma, en tanto que la Ley de Sociedades Comerciales establece la ley aplicable a los efectos de regular la forma y actuación extraterritorial de tales personas jurídicas¹⁵.

Llegados a este punto, y habiéndose expuesto los fundamentos jurídicos en materia de regulación de sociedades extranjeras de nuestro ordenamiento, forzoso es introducir la materia sujeta a debate o discusión en este ensayo, cual es la legitimidad del conjunto de atribuciones y potestades que, en virtud de la resolución 8/03¹⁶ la Inspección General de Justicia se atribuyó a si misma, a nuestro modo de ver, profesando una excesiva observancia a las palabras que Carlos Pellegrini supo proferir en su “Conferencia a los estudiantes en el teatro Odeón” en la cual les recordaba que “...Entre radicales y oportunistas, seguid el consejo de Bismarck: sed radicales en los fines y oportunistas en los medios...”¹⁷, desde que, si bien, corresponde reconocerlo, laudables y plausibles son los criterios o fundamentos de hecho que motivaron tal resolución, su instrumentación y, por sobre todas las cosas, la insoslayable desinteligencia entre el mandato legal y el imperio y conjunto de atribuciones que por medio de ella se le dispensa a la Inspección General de Justicia deviene en patentemente inconstitucional.

La presente exposición estará acompañada del comentario a un fallo ya vetusto pero que ha de entenderse como paradigmático a los efectos de acreditar la escasa solidez y, por sobre todas las cosas, la palmaria falta de criterios jurídicamente inteligibles a los que adscriben nuestros tribunales a los efectos de fundamentar la legitimidad y, en una relación de género a especie, legalidad, de la Resolución 8/03 de la Inspección General de Justicia.

Pues bien, el fallo sometido a análisis en el presente ensayo, Inspección General de Justicia c. Frinet S.A. (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B-2007/05/04), supuso, en definitiva, la confirmación del dictamen del Inspector General de Justicia por medio del cual se intimaba a la demandada a cumplir con la inscripción registral del Art. 118, párrafo tercero, de la Ley de Sociedades Comerciales.

¹⁵ Benseñor, Norberto, *op. cit.*, p. 13.

¹⁶ También será objeto de estudio, mas en menor medida, la resolución de la IGJ 7/03.

¹⁷ Pellegrini, Carlos, *Conferencia a los estudiantes en el teatro Odeón*, Obras Completas, tomo III, Buenos Aires, Imprenta y Casa Editora “Coni”, 1941, p. 308.

Tal inscripción debía operarse por aplicación del mandato de la Resolución 8/03 de la Inspección General de Justicia, en virtud de la cual se creaba el Registro de Actos Aislados de Sociedades Constituidas en el Extranjero, que habría de recopilar la información sobre constitución, adquisición, transmisión o creación de derechos reales sobre bienes inmuebles por parte de las sociedades extranjeras. Asimismo, y ello es de capital importancia, conforme tal resolución, la propia Inspección General de Justicia podrá establecer de manera unilateral "...la pertinencia de la referida calificación [la naturaleza de ser el acto "aislado"]..."¹⁸, permitiéndosele a tal organismo requerir información a quien, en representación de la sociedad, hubiera intercedido en el acto, al escribano interviniente, a quienes aparecieran como vendedores de los bienes o deudores por obligación hipotecaria y a la propia AFIP¹⁹, entre otros. Posteriormente, y en función de tal información, podría establecerse el encuadre legal de la actuación de tal sociedad conforme a la calidad que el propio organismo entendiese correspondiente, ya sea de acuerdo al art. 118, párrafo tercero, o bien al art. 124²⁰ de la Ley 19550, teniendo en cuenta pautas tales como la significación económica del acto, el destino, utilización o explotación económica del bien, el domicilio de la sociedad, y el hecho de que eventualmente éste se encontrase ubicado en jurisdicciones "off shore" o consideradas de nula o baja tributación, etc.

Asimismo, la Inspección General de Justicia podría intimar a la propia persona jurídica para que proceda a inscribirse de conformidad con el tipo social que el propio organismo estableciese (sociedad constituida en el extranjero que realice en la República ejercicio habitual de actos comprendidos en su objeto social o bien que, habiendo establecido sucursal, asiento o cualquier otra especie de representación permanente, se halle dentro de los supuestos comprendidos en el art. 118 o, por otro lado, que, de conformidad al art. 124 de la Ley de Sociedades Comerciales sea considerada como sociedad local a los efectos del cumplimiento de las formalidades vinculadas con la constitución o con la reforma y contralor de su funcio-

¹⁸ Art. 230 de la Resolución General de la Inspección General de Justicia 7/2005, la cual recopiló las resoluciones 7/2003 y 8/2003 del mismo organismo.

¹⁹ Bien entendido que, tal y como sostiene Nissen en su trabajo oportunamente citado, de requerirse información a la AFIP o al escribano interviniente, ello deberá hacerse judicialmente.

²⁰ Ver nota 21.

namiento en el caso de tratarse de una sociedad constituida en el extranjero cuya sede o principal objeto este destinado a cumplirse *exclusivamente* en la República²¹).

El presente fallo, con primera y última instancia jurisdiccional en la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial²² tuvo como génesis, como ya se señaló, la intimación diligenciada a la propia demandada (Frinet, sociedad anónima constituida en la República Oriental del Uruguay) a fin de que procediera a inscribirse de conformidad con el tipo social que la propia Inspección General de Justicia había determinado. El Inspector General de Justicia, haciendo uso de las potestades que se le habían conferido en virtud de la Resolución 8/2003²³ del organismo a su cargo había dispuesto que la demandada debía inscribirse conforme lo disponía el Art. 118, párrafo tercero, de la Ley de Sociedades Comerciales. Se trataba, en el caso, de calificar la actuación de una sociedad extranjera que había adquirido

²¹ El estudio del art. 124 excede ampliamente al ámbito de discusión abordado en este trabajo, sin embargo, hare una breve reseña de éste.

Como ya referí, tal art. señala: “*SOCIEDAD CON DOMICILIO O PRINCIPAL OBJETO EN LA REPUBLICA: La sociedad constituida en el extranjero que tenga su sede en la República o su principal objeto esté destinado a cumplirse en la misma, será considerada como sociedad local a los efectos del cumplimiento de las formalidades de constitución o de su reforma y contralor de funcionamiento*” Como bien sostiene Nissen (*Ley de Sociedades Comerciales: comentada, anotada y concordada*, tomo 2, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 335) tal art. supone una excepción al art. 118, párrafo primero, desde que, a los fines de evitar el fraude a la ley, se somete a las leyes argentinas a las sociedades constituidas en el extranjero que cumplan cualquiera de las dos condiciones indicadas en el artículo sujeto a análisis. De todas formas, la doctrina no es conteste a la hora de establecer la naturaleza última del art. 124, desde que si bien Goldschmidt y Kaller de Orchansky son coincidentes con el parecer de Nissen, tanto Vitolo (Vitolo, Daniel Roque, *op. cit.*) como Boggiano (Boggiano, Antonio, *Curso de Derecho Internacional Privado*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 609) sostienen que, en definitiva, el art. 124 constituye una norma de policía de Derecho Internacional Privado.

Por último, cabe aclarar que la expresión del propio art. 124 “su principal objeto este destinado a cumplirse en la misma” ha de ser interpretado como “destinado a cumplirse *exclusivamente* en la misma” (Nissen, *op. cit.*, p. 336) desde que, de no estarse a tal hermenéutica, la propia aplicación de éste sería irreconciliable con el art. 118, párrafo tercero, de la misma ley, que regula los supuestos en los cuales el objeto social se lleva a cabo concurrentemente tanto en la República Argentina como en otros Estados.

²² En estos casos, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial constituye el tribunal de alzada para las resoluciones del Inspector General de Justicia.

²³ Actualmente tal resolución se halla recopilada en la resolución general 7/2005 del mismo organismo.

un inmueble con el fin de alquilarlo a terceros. Relevante es reseñar, a su vez, que en el referido proceso acaecieron ciertas circunstancias dignas de mención: citado a comparecer, tanto en instancia administrativa como judicial, el representante de Frinet S.A. rehusó hacerlo, al tiempo que, al momento de responder el memorial de la demanda se abstuvo de indicar qué tipo de actividad desarrollaba su representada, tanto en su país de constitución como en la propia jurisdicción del proceso. A su vez, y no es de menor importancia precisarlo, quien se constituyó en locatario inmediatamente después de realizada la operación de compraventa del inmueble no fue sino su anterior propietaria. Entre otras razones sobre las que a continuación ahondaré, fue tal circunstancia la que supuso o prohió que tanto la Fiscal General de Cámara como los propios jueces concluyesen que la operación de compraventa del inmueble en cuestión no debía ser calificada como un “acto aislado”, sino como propia o inmanente al giro comercial de una sociedad constituida en el extranjero que practica el “ejercicio habitual de actos comprendidos en su objeto social” en la República, vale decir, el supuesto del párrafo tercero del art. 118 de la Ley de Sociedades Comerciales, confirmándose, en definitiva, el dictamen del Inspector General de Justicia²⁴.

Pues bien, no ha sido sino en función de la definición, alcances e implicancias mismas de la naturaleza del “acto aislado” que la doctrina y la jurisprudencia han batallado en los últimos años a los efectos de calificar

²⁴ Es muy interesante, aunque ciertamente excede al marco de derecho societario o comercial sobre el cual se discurrirá en este trabajo, la fundamentación sobre la que la Fiscal de Cámara procura reforzar su desarrollo argumentativo a los fines de convalidar una excesiva y desmesurada atribución de potestades a la Inspección de Justicia, apelando a la doctrina de los “poderes implícitos”: “...Desde el memorable caso “*McCulloch v. Maryland*” (17 US, 1819) resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos, la doctrina y la jurisprudencia local (“*Lino de la Torre s/recurso de habeas corpus*”, CSJN, Fallos 19-231, del 21/8/1877) y extranjera han receptado la doctrina de los poderes inherentes. El Juez Marshall sostuvo en dicha oportunidad que “un gobierno, dotado de vastos poderes, de cuya adecuada ejecución depende tan fundamentalmente la felicidad y prosperidad de la nación, debe ser también dotado de amplios medios para su ejecución. Otorgado el poder, el interés de la nación es facilitar su ejecución. Nunca podría ser su interés...obstaculizar y entorpecer su ejecución reteniendo los medios más apropiados.” Si bien dicho caso se refería a las facultades del Congreso, es aplicable a la Administración la tesis según la cual, otorgado un poder a un organismo, como es el caso de las facultades de fiscalización atribuidas a la Inspección General de Justicia, corresponde entender que se le han dotado todos los poderes necesarios para el ejercicio del que ha sido expresamente conferido, y sin los cuales, sino imposible, sería sumamente difícil y embarazosa la ejecución del poder expresamente otorgado...”. Ver nota 51.

el comportamiento de las sociedades extranjeras constituidas en nuestro país y, como derivación directa de tal calificación, el régimen jurídico, dentro de la Ley de Sociedades Comerciales, que les es aplicable. Es que, en definitiva, y a poco de andar, no podrá evitarse la conclusión de que la connotación misma de “*acto aislado*” no supone meramente estipular qué sistema de inscripción o registración²⁵ habrá de pesar sobre la sociedad extranjera que eventualmente haya realizado tal acto, sino que las consecuencias de tal calificación exceden, en mucho, a las alternativas o cursos de acción que una sociedad extranjera haya de seguir a los efectos de lograr su legitimación o regularidad²⁶ (por el hecho de haberse inscripto). El

²⁵ Merece recordarse que la inscripción de la sociedad extranjera constituye una “carga”, vale decir un instituto distinto de la obligación, puesto que en la primera, a diferencia de lo que acaece con la obligación jurídica, requiere de un comportamiento determinado de un sujeto de derecho a los efectos de obtener un resultado jurídicamente relevante.

²⁶ Nissen se muestra favorable a la tesis que sostiene que, en el hipotético supuesto de no inscribirse la sociedad extranjera que realice actos habituales comprendidos en su objeto social, o eventualmente establezca en el país sucursal, asiento o cualquier otra especie de representación permanente, tal sociedad no podrá invocar su legitimación a los efectos de reclamar los derechos y obligaciones emergentes de los contratos celebrados por aquella, desde que, en definitiva, la falta de inscripción supone un límite local “...del orden publico al principio de la extraterritorialidad...” (Nissen, *op. cit.*, p. 323).

Muy por el contrario, Benseñor refiere que las consecuencias de falta de inscripción registral conforme al art. 118, párrafo tercero de la Ley de Sociedades Comerciales en modo alguno pueden obstar a la legitimación o la aptitud concreta para ejercer los derechos o reclamar judicialmente el cumplimiento de los contratos, desde que, en definitiva, siendo la ley del lugar de constitución la que rige la existencia y capacidad –al menos de derecho- y la propia existencia de la personalidad jurídica de tal entidad, “...mal puede cercenarse la operatividad de los actos realizados por ella mediante el argumento de la inoponibilidad o falta de registración para obrar...”. Postula, por lo tanto, que las consecuencias directas e inmediatas de tal falta de inscripción registral consisten en hacer extensiva la responsabilidad personal de los actuantes de una sociedad en los supuestos en los que no se hubiesen acatado o cumplido los estándares de conducta instituidos por la Ley 19550, sin que ello suponga consagrar, para tal caso, el instituto de la irregularidad societaria, desde que, en definitiva, “...quienes representan una sociedad constituida en territorio de la República no pueden ignorar ni argumentar desconocer las obligaciones que la ley les impone, sobre todo cuando expresamente la ley impone las mismas responsabilidades que para los administradores locales ha previsto la ley...” (Benseñor, *op. cit.*, p. 13)

Finalmente, en *Mayer y Cía. c. CIESPA S.A. y otro* (ED, 16/12/96) se arguye que la falta de registración de conformidad al art. 118 de la Ley de Sociedades Comerciales supone la irregularidad societaria (“...al actuar la sociedad en nuestra plaza sin cumplir los recaudos del art. 118 de la Ley 19550 corresponde sea declarada irregular...”). Cabe reseñar que tal vertiente es minoritaria, tanto jurisprudencial como doctrinariamente.

examen de tales consecuencias lógicas y por demás, jurídicas, que fueron ostensiblemente soslayadas o, en el mejor de los supuestos, ignoradas por la doctrina, permitirían, en definitiva, abordar el estudio de las verdaderas o últimas implicancias de las así llamadas “exorbitantes”²⁷ facultades o atribuciones de la Inspección General de Justicia con respecto a las sociedades constituidas en el extranjero.

Veamos: desde la sanción de la Ley de Sociedades Comerciales (y, especialmente, desde la publicación de las Resoluciones 7/03 y 8/03 del mentado organismo), la doctrina argentina ha venido insistiendo, una y otra vez, en la insuficiencia categórica de criterios normativos a los efectos de definir, concisa y por sobre todas las cosas, concluyentemente, el concepto de lo que ha de entenderse por “acto aislado”. Naturalmente que la responsabilidad de tal indeterminación semántica no parece ser imputable a los propios teóricos: ni la propia ley ni las ya aludidas resoluciones arrojan presunción o atisbo alguno de tal concepto en ningún momento²⁸.

Como ya se explicó anteriormente, si la Inspección General de Justicia entendiese que el acto realizado por la sociedad extranjera no reviste la condición de “aislado”, podrá intimarla a inscribirse, ya sea de conformidad al art. 118, párrafo tercero, o al art. 124 de la Ley de Sociedades Comerciales, y, eventualmente, demandar tal inscripción judicialmente, tal y como acaeció en el fallo de Cámara *sub examine*. Aquí parecería, al menos en principio, radicar la importancia de definir o denotar de modo más o menos preciso, qué ha de entenderse por tal tipo de acto, o al menos tal ha sido el juicio de los doctrinarios argentinos, que han bosquejado una pluralidad de posibles acepciones al término, promoviendo un análisis o examen exiguo y por demás inconsistente que se reveló palmariamente estéril a los efectos de estudiar la verdadera materia que debe someterse a estudio: las desproporcionadas atribuciones de la Inspección General de Justicia en

²⁷ La doctrina argentina es mayoritaria al respecto: la Inspección General de Justicia ha ejercido competencias que exceden, ampliamente el mandato legal. A mero título de ejemplo, Monteleone Lanfranco sostiene que las reglamentaciones de la Inspección General de Justicia, “...al imponer a la sociedad requisitos substanciales no previstos en la ley de sociedades, colocan a la norma en estudio en una situación de “debilidad constitucional”...” (Monteleone Lanfranco, Alejandro P., *Breve glosa a la Resolución 7/2003 de la Inspección General de Justicia*, La Ley, 2004-B, 1004).

²⁸ En todo caso, podrán hallarse en la Resolución General 8/03 los criterios de mediación en virtud de los cuales puede proceder a estipularse que habrá de ser considerado un “acto aislado”, criterios ya reseñados.

mérito al propio mandato legal, así como la posibilidad de discurrir sobre un debate serio, normativamente encauzado en torno a su aparente inconstitucionalidad.

En definitiva, ninguna definición o incluso enumeración del conjunto de propiedades ínsitas a la condición de “acto aislado” dice o agrega nada a los efectos de delimitar la tan impugnada competencia del mentado organismo al momento de controlar el funcionamiento de las sociedades extranjeras— y aquella que se enuncia en I.G.J. c. Frinet, como se ya se verá, en modo alguno escapa a ello. Si bien no todos aquellos sobre los que pesa la autoría de las distintas definiciones del concepto consideran que haya una relación de causalidad entre la indeterminación y a su vez el alcance mismo del “acto aislado” y la eventual competencia exorbitante de la Inspección General de Justicia, merecen repasarse tales acepciones con el único fin de acreditar que, en definitiva, éstas no propenden sino a promover, en su imprecisión, ambigüedad, y, por sobre todas las cosas, heterogeneidad absoluta, la exacerbación de tales competencias:

- Kleidermacher afirma que acto aislado es aquel que es realizado al margen de la actividad normal de la sociedad extranjera, en tanto no está destinado a tener continuidad operativa en la gestión u operación de ésta²⁹.
- La XXV Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Capital Federal lo definió como “...aquellos [actos] que la sociedad realiza sin disponer de organización metodológica y secuencia (...) para su ejercicio no [se] requiere la instalación de sucursal, asiento o cualquier otra especie de representación permanente...”.
- Fue categórica tal Convención al referir que no obsta a la figura del acto aislado el hecho de que haya una pluralidad de ellos y que su ejercicio se encuentre dentro del marco del objeto social.³⁰
- Por su parte, Roca reseña que la tesis que estructura la definición del tal acto sobre la base del dualismo “aislado-habitual” se revela como ineficiente a tal efecto, debiendo hacerse hincapié en la

²⁹ Ponencia en el VII Congreso de Derecho Societario de 1998, Universidad Argentina de la Empresa, Buenos Aires, 1998, tomo IV, p. 71.

³⁰ Revista del Notariado, Número 851, p. 190.

eventual presencia o ausencia del giro local que requiera llevar contabilidad separada de la casa matriz.³¹

- Polak sostiene que los supuestos en los cuales las sociedades extranjeras adquieren un inmueble son encuadrables dentro de la figura del acto aislado, siempre que tal adquisición suponga una inversión, a diferencia del caso en el cual la sociedad se presenta a una licitación, que importa el ejercicio de un acto habitual.³²
- Benseñor refiere que la línea divisoria entre el ejercicio de actos aislados o el desempeño de una actividad habitual es siempre difusa y circunstancial, “...razón por la cual justifica[se] su descalificación para ser utilizado como fundamento de atribución de capacidad o la negación de legitimación, como para sostener que solo la sociedad dispondría de legitimación para realizar algunos cuantos actos, privándose la misma si los reitera o exhibe un propósito de permanencia en cuyo caso, cada acto que en definitiva realice la sociedad estaría sujeto a la amenaza de ser catalogado como inepto para ejercer el derecho o la obligación que se pretendió conformar. Ningún sistema jurídico puede reposar seriamente en tales fundamentos...”³³. Alega, asimismo que el hecho de tratarse de actos aislados no implica que ellos sean únicos, caso contrario la enumeración de estos en plural por la propia ley carecería de sentido.
- Vítolo adscribe a lo que da en llamar la “regla de la razón”, criterio eminentemente casuista por medio del cual debe prescindirse de definiciones dogmáticas o rígidas, desde que “...no sólo debe examinarse el acto en sí mismo, sino las consecuencias que de tal acto pueden derivarse...”³⁴.
- Truffat sostiene que el acto aislado será tal en la medida de que “...sean esos actos y solo esos. Que no haya más de su especie. Y es por eso que el registrador-en la RG 8/03- habla de esos actos accidentales, esporádicos, circunstanciales, como modo de

³¹ Roca, Eduardo, *Sociedad extranjera no inscripta*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1985, p. 19.

³² Polak, Federico, *La Empresa Extranjera*, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2003, pp. 117 y 118.

³³ Benseñor, *op. cit.*

³⁴ Vítolo, Daniel Roque, *op. cit.*

identificar a esos particulares que, sin embargo, admiten alguna compañía...”³⁵. Para sorpresa del lector, el propio Truffat reconoce la propia fragilidad del criterio por él esbozado al reconocer que “...La idea del aislamiento admite, por tanto, desde una conceptualización numérica –algo burda, pero insoslayable- seguro que al menos (2) como exige el plural, pero ya dudosamente tres (3)...”³⁶ De más esta decir que en este caso la falta de ponderaciones claras que la propia Ley de Sociedades nos brinda a fin de definir la naturaleza de tal acto parece verse agravada por su propia exégesis.

- Finalmente, en el fallo en estudio (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B (CnCom) (Sala B) -2007/05/04- Inspección General de Justicia c. Frinet S.A.) se adscribe a un criterio tanto numérico como cualitativo, según el cual “...el acto aislado no requiere para su ejecución de un representante permanente, se trata de una actuación ocasional en el sentido de que no genera habitualidad, permanencia, asiento o sucursal...”, puesto que, en definitiva, “...ello no significa que la actuación sea única, de hecho la ley determina en plural actos aislados...”: tal acepción es manifiestamente concordante con el sentido conferido por Benseñor a tales actos.
- Por otra parte, cabe recordar que, en el proceso aludido, la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial confirmó el pedido de la Inspección General de Justicia por medio del cual se había solicitado la inscripción a una sociedad extranjera en virtud de la compra y posterior locación de un inmueble, incidiendo, en tal sentido, la calificación de tal acto como “habitual” por la propia Fiscal de Cámara: “...la adquisición de un inmueble para su locación a terceros implica una actividad permanente, y no ocasional, continuada y no interrumpida de parte de la sociedad extranjera, en su doble carácter de propietaria y locadora...”.

En conclusión, podrían darse decenas de definiciones de lo que ha de entenderse por “acto aislado”; podría, a su vez, reconocerse que “...la

³⁵ Truffat, Daniel, *¡Cuan aislados eran mis actos!*, La Ley, Suplemento Especial de Sociedades ante la I.G.J. 18/04/2005, p. 72.

³⁶ Truffat, Daniel, *op. cit.*

aparente actuación de las sociedades extranjeras ha tenido en la última década actividad exorbitante, es decir el aparente acto aislado ha devenido en un exceso notable desencausado del orden regular...³⁷ a la hora de dar fundamentos de peso, al menos de hecho, que permitan explicar de manera razonable las causas de la desproporcionada evolución de las potestades de la Inspección General de Justicia. Podría argumentarse, en tal sentido de cosas, que “...las consecuencias legales que le correspondan, no pueden quedar exclusivamente librados a las manifestaciones de las partes [léase sociedades extranjeras] en el acto de que se trate...”³⁸.

En tal inteligencia, debe enfatizarse que la propia operatoria, el desarrollo del giro negocial y las consecuencias, en mayor o menor medida, negativas de las actividades desarrolladas en nuestro país por las sociedades extranjeras haciendo uso de la figura del “acto aislado” han de revelarse absolutamente estériles y por tanto prescindibles a los efectos de un análisis jurídicamente consistente de la laxitud o de los alcances mismos de las potestades del organismo citado. Criterios tales como el que sugiere que “...la adquisición de un inmueble para su locación a terceros implica una actividad permanente, y no ocasional, continuada y no interrumpida de parte de la sociedad extranjera, en su doble carácter de propietaria y locadora, que no sólo debe realizar todos los actos necesarios para el mantenimiento del inmueble (pago de impuestos, tasas y expensas; arreglos materiales, etc.), sino también para el cumplimiento del contrato de locación celebrado (percepción mensual de rentas, inicio de juicios de desalojo y ejecución de garantías en caso de incumplimiento por parte del locatario, etc.)...” (huelga aclarar que la presente cita es del fallo en análisis, puntualmente del dictamen de la Fiscal de Cámara) o aquel que presume que “... Mas allá de las disquisiciones que se formulen acerca de la calificación de los actos como aislados, muy respetables en el ámbito académico, lo cierto es que la figura ha sido utilizada en forma reiterada y claramente abusiva, para concretar maniobras ilícitas en perjuicio de la comunidad y de sus miembros. Por ello, sin perjuicio del análisis de las circunstancias de hecho que deberá hacerse en cada caso, tener en cuenta *la realidad subyacente* es

³⁷ Spagnolo, Lucia, *Acto aislado y exorbitación en la actuación de las sociedades “extranjeras”*, La Ley, Suplemento Especial de Sociedades ante la I.G.J., 18/04/2005, p. 66.

³⁸ Considerandos de la Resolución General 8/2003 de la Inspección General de Justicia.

vital para arribar a soluciones de justicia que tutelén el orden legal...³⁹ no solo denotan una absoluta carencia de criterios jurídicos a los efectos de aprehender, incluso, una definición embrionariamente incipiente de lo que ha de entenderse concluyentemente por “acto aislado” sino que fomentan, en su ya superfluo y redundante casuismo⁴⁰ a la hora de delimitar la naturaleza de tal término, el ya amplio margen de discrecionalidad con el que cuenta la Inspección General de Justicia a los efectos de precisarlo.

Ahora bien, sucede que, por encima y mas allá de cualquier definición, dictamen o relación que la doctrina alcance a dar del acto aislado, la estricta categorización y por demás necesaria delimitación de las facultades de la Inspección General de Justicia no podrán nunca pertenecer al universo de la semántica: no se trata de aprehender el verdadero sentido de una concepción esencialista en materia conceptualista que proscriba toda articulación o recurso al lenguaje en la inteligencia de que éste se develará siempre inconsistente para prescribir tal contenido conceptual. A los efectos de denunciar el exceso en las facultades de tal organismo, el fundamento epistémico que se esbozará es mucho más palmario u ostensible y la conclusión, tanto más inequívocamente incontestable cuanto sobrio y categórico es el mandato legal sobre el cual se instituye. Pues acaece que, en definitiva, “...Si uno desea comprender lo que es una ciencia, en primer lugar debería prestar atención no a sus teorías o a sus descubrimientos y ciertamente no a lo que los abogados de esa ciencia dicen de ella: uno debe atenerse a lo que hacen los que la practican...”⁴¹, lo que implica, sencillamente, prescindir de toda suerte de especulaciones escolásticas y acudir al propio texto de la Ley 22315, que regula el funcionamiento de tal organismo administrativo.

Tal norma declara en su artículo octavo:

³⁹ Drucaroff Aguiar, Alejandro Drucaroff, Simón, *op. cit.*

⁴⁰ Tales doctrinarios reafirman tal criterio al sostener, en el artículo ya citado que “...es obvio que la conceptualización legal del acto aislado pasa exclusivamente por circunstancias fácticas que acrediten o no la habitualidad en el ejercicio del objeto, como lo expresa el art. 123 [de la Ley de Sociedades Comerciales] y lo ha entendido la jurisprudencia...” Huelga advertir que se evidencia en modo alguno en que puede contribuir la letra o el espíritu del art. 123 a definir tal concepto.

⁴¹ Geertz, Clifford, *Descripción densa de una teoría interpretativa de la cultura*, en Geertz, Clifford, *La interpretación de las culturas*, Méjico, Gedisa, 1987, capítulo 1, parágrafo 1 a 6.

“...La Inspección General de Justicia tiene las funciones siguientes, con respecto a las sociedades constituidas en el extranjero que hagan en el país ejercicio habitual de actos comprendidos en su objeto social, establezcan sucursal, asiento o cualquier otra especie de representación permanente:

(...)

b)Fiscalizar permanentemente el funcionamiento, la disolución y la liquidación de las agencias y sucursales de sociedades constituidas en el extranjero y funciones enunciadas en el artículo 7, incisos a), b), c), e) y f) de la presente ley...”

Cabe reseñar que ninguno de los referidos incisos del art. 7 de la Ley 22315 autorizan a soslayar la ineludible conclusión del mandato expreso y forzosamente inexcusable que surge de la propia norma: *existe una prohibición legal taxativa* que impide a la Inspección General de Justicia arrogarse cualquier tipo de competencia o potestad a los efectos de fiscalizar la inscripción, funcionamiento o constitución de las sociedades extranjeras que no realicen ejercicio habitual de los actos comprendidos en su objeto social en la República Argentina⁴².

Por lo tanto, si se parte del presupuesto de que, en definitiva, es el propio organismo administrativo citado el que puede negarle la calificación a un acto determinado de “aislado”, conforme la Resolución 8/03 ya analizada, con la consecuencia directa e inmediata que ello implica, cual es definir el propio carácter de la sociedad extranjera (que, a partir de tal momento, será reputada como integrante del conjunto de aquellas que realizan ejercicio habitual de actos comprendidos en su objeto social en la República Argentina), tal resolución debe ser declarada inconstitucional. No obsta a ello que, eventualmente y frente a la negativa tal sociedad a inscribirse de conformidad a la calificación a ella otorgada por la Inspección General de Justicia, tal valoración o justiprecio sea jurisdiccionalmente recurrible: de todos modos la I.G.J. habría violado la clara distinción y limitación legal desde el momento mismo en que le dio curso a tal intimación. Tal vez tal

⁴² El art. 5 de la ley 22315 no permite desvirtuar tal conclusión desde que, si bien hace referencia a las funciones registrales de la Inspección General de Justicia, no es en modo alguno explícito al autorizarla a los efectos del ejercicio de tales funciones registrales con respecto a las sociedades extranjeras que no realicen ejercicio habitual de actos comprendidos en su objeto social en el país.

tesis sea más fácilmente inteligible en la medida en que se reconozca que calificar o apreciar a aquello que ha de entenderse por “acto aislado” no supone, de por sí, ningún tipo de tacha de constitucionalidad, solo se trata, en todo caso, de adoptar un criterio de merituación mas o menos laxo a tal efecto, aplicándolo de manera casi silogística a una determinada actuación societaria. Pero dado que tal valoración no supone sino más que una subjetiva “...toma de posición, una elección...”⁴³ en la que se trata de determinar “...la mayor o menor rigidez, la mayor o menor cantidad de requisitos que deben imponerse a las sociedades extranjeras que actúan en nuestro país...”⁴⁴, valoración por medio de la cual en definitiva, al estipularse la calificación del acto⁴⁵ se produce, de modo implícito, una espuria e ilegítima declaración de competencia de la Inspección General de Justicia, la Resolución General 8/2003, por medio de la cual se instrumenta tal proceder, ha de ser declarada inconstitucional por ser violatoria del mandato de la Ley 22315, al desnaturalizar los propios límites que tal ley le imputa al organismo administrativo, sobre criterios de raigambre subjetiva que el propio organismo, en uso de su propia discrecionalidad, puede adoptar a voluntad.

Como ya se suscribió, no es óbice a tal conclusión el hecho de que, previamente a la calificación *sub examine* del acto, el propio organismo administrativo ya hubiese ejercido ciertas diligencias ínsitas a su propia competencia, como el hecho de haber recabado la información necesaria para realizar tal apreciación: todos y cada uno de los pasos lógicos o procedimentales que convergen en el reconocimiento de la sociedad extranjera como aquella que realiza actos habituales en el territorio de la República son nulos por haberse practicado bajo el imperio de una resolución inexcusablemente inconstitucional. El fundamento último de tal inconstitucionalidad radica en que, tal y como lo viene recordando desde antaño la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, “...la finalidad perseguida por la norma debe tenerse en cuenta al interpretar las leyes indagando, por encima de lo que parecen

⁴³ Monteleone Lanfranco, Alejandro P., *Sociedad extranjera no inscripta*, La Ley, 2002-A, 1325

⁴⁴ Monteleone Lanfranco, Alejandro P., *Sociedad extranjera no inscripta*, La Ley, 2002-A, 1325

⁴⁵ Art. 230 de la Resolución General de la Inspección General de Justicia 7/2005, recopilatoria de la resolución 8/2003: “...Mediante el análisis de dicha información [relativa a los actos aislados] y sobre la base del cumplimiento de otras medidas o diligencias, la Inspección General de Justicia determinara la pertinencia de la referida calificación atribuida al acto...”.

decir literalmente, lo que dicen jurídicamente (...) [desde que] en muchos casos, se ha insistido en que en la interpretación de la ley debe evaluarse la totalidad de sus preceptos y los propósitos finales que la informan...⁴⁶.

Pues bien: la propia *Ley 22315 es expresa y categórica* al momento de delimitar el marco de actuación de la Inspección General de Justicia, la cual es competente *exclusivamente* en los supuestos de tratarse de sociedades constituidas en el extranjero que hagan en el país ejercicio habitual de actos comprendidos en su objeto social, disposición cuyo espíritu no puede ser tergiversado o cercenado por reglamentación alguna y mucho menos por el propio organismo que está llamado a ceñirse, en la inteligencia de regirse conforme al mandato constitucional de *razonabilidad*⁴⁷, dentro de los límites de tal disposición legal. En tal inteligencia, no puede convalidarse constitucionalmente que la Inspección General de Justicia pueda tergiversar la clara distinción y estricta restricción a sus facultades que prescribe el marco legal, de prelación jerárquicamente superior a la reglamentación. Es debido a ello que en ningún supuesto y bajo circunstancia alguna tal organismo administrativo podrá, siquiera, intervenir en los procedimientos que principian con la fiscalización de sociedades extranjeras para las cuales no haya evidencia irrevocable, incondicionada y taxativa de que no se trata de sociedades que realicen en nuestro país actos aislados, certidumbre empírica o gnoseológicamente ininteligible conforme a la ya contrastada indeterminación radical del término⁴⁸ sobre el cual se instituye la propia ontología de la condición de habitualidad de la sociedad extranjera.

De todas formas, por haberse ya abjurado de la implicación de consecuencias normativas (y, en general, también a-normativas) en función de la construcción de una doctrina esencialista en materia conceptual, la presente tesis restrictiva del conjunto de potestades y atribuciones del órgano mentado adscribe y se fundamenta, a su vez, en principios de derecho administrativo consuetudinariamente afianzados. En virtud de ellos, ha de entenderse que, en tal materia, a diferencia del *postulado de la permisión* propio de la doctrina civil, ha de primar aquel (*postulado de la prohibición*) que sostiene que “debe entenderse prohibido lo no permitido”, desde que “la Administración no puede obrar sin que el ordenamiento lo autorice

⁴⁶ Sáenz Valiente, Luciano A., *Alcance del artículo 123 de la ley de sociedades*, La Ley, 1999-B, 1160.

⁴⁷ Se hace aquí referencia al artículo 28 de la Constitución Nacional.

⁴⁸ “Acto habitual”.

en forma expresa o razonablemente implícita⁴⁹. Tal axioma halla su razón de ser en el hecho de que la característica de la norma administrativa es que "...confiere poderes a la Administración para un obrar determinado, y dichos poderes han de ser atribuidos de un modo positivo por el ordenamiento..."⁵⁰, rigiendo, de tal sentido, el *principio de especialidad*⁵¹, que se afirma en la doctrina como propio de las personas morales en general, las cuales nacen con una finalidad determinada⁵². No ha de olvidarse que, por otro lado, tal como nos recuerda Cassagne, que en supuestos como el presente en los cuales se impone un gravamen, por medio del actuar del órgano administrativo, ya sea a persona física o jurídica, "...la exigencia de norma expresa para fundar la competencia resulta insoslayable, en virtud del principio que emerge del art. 19, CN..."⁵³.

En conclusión, seguir afirmando, tal y como viene haciéndolo en mayor o menor grado la doctrina, que la Resolución 8/03 de la Inspección General de Justicia "...Se dirige al ordenamiento a vincular de manera adecuada y correcta las garantías y libertades económicas, que La Ley Fundamental reconoce, con el sistema legal imperante, en ejercicio del control de legalidad y poder de policía que al organismo le corresponde ejercer en el marco territorial de esta ciudad [puesto que tales resoluciones] No hace[n] sino distinguir entre aquellas sociedades que efectivamente funcionan y operan en el exterior, respecto de aquellas otras que bajo un manto formal de sometimiento a un derecho extranjero acaban eludiendo el derecho argentino..."⁵⁴ no solo constituye un desarrollo argumental que, por

⁴⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 307:198, 254:56, CNContAdmFed, Sala III, 16/4/1985, "Cambios Teletour".

⁵⁰ Hutchinson, Tomas, *Régimen de Procedimientos Administrativos, Ley 19549, Revisada, Ordenada y Comentada*, Astrea, Buenos Aires, 2006, p. 70

⁵¹ Cabe observar que las implicancias de la observancia de los principios de Derecho Administrativo aquí referidos suponen, en definitiva, prescindir de la validez argumental y lógica del Dictamen de la Fiscal de Cámara en el fallo en estudio, dictamen en el cual se adscribió a la doctrina de los "poderes implícitos" a los efectos de legitimar las mentadas competencias de la Inspección general de Justicia. Ver nota 24.

⁵² CNContAdmFed, Sala III, 10/04/1986, "Donna".

⁵³ Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006, tomo II, p. 186.

⁵⁴ Cura, José María, *Sociedades constituidas en el extranjero (nuevos requerimientos regulatorios, de aplicación en jurisdicción del registro Público de Comercio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires- Res (G) I.G.J. 7/2003 B.O. 25/09/2003)*, La Ley, Suplemento de Actualidad, 02/10/2003, p. 1.

sus propias implicancias supone prescindir de manera encomiablemente concluyente de la vigencia de principios inequívocamente fundamentales de nuestro derecho –me refiero aquí a los principio de razonabilidad y reserva de ley- sino que, a su vez, han contribuido a imbuir de una espuria y artificiosa apariencia de legitimidad a un razonamiento sofisticado en virtud del cual, si bien la legalidad de las competencias de la Inspección General de Justicia parecen estar fundadas en aproximaciones lógicas, el resultado último de tal inferencia no es solidario ni respetuoso, en modo alguno, con el propósito del orden normativo superior: la propia Ley 22315, cuya vigencia, exige, por ello, la declaración de inconstitucionalidad de la Resolución 8/2003 de la Inspección General de Justicia.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL UTILIZADA EN EL PRESENTE TRABAJO⁵⁵

- BENSEÑOR, Norberto, *Sociedades constituidas en el extranjero. Reconocimiento de la capacidad jurídica y legitimidad para actuar*, La Ley, Suplemento Especial de Sociedades Extranjeras, 01/01/2003.
- BOGGIANO, Antonio, *Curso de Derecho Internacional Privado*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000
- CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006, tomo II.
- CURA, José María, *Sociedades constituidas en el extranjero (nuevos requerimientos regulatorios, de aplicación en jurisdicción del registro Público de Comercio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires- Res (G) I.G.J. 7/2003 B.O. 25/09/2003)*, La Ley, Suplemento de Actualidad, 02/10/2003.
- DÍAZ ROBLEDO, Fabián, *Sociedades extranjeras. Resoluciones 7 y 8 de la I.G.J.*, La Ley, 2004-B.
- DRUCAROFF AGUIAR, Alejandro Drucaroff, Simón, *Abuso de los actos aislados*, La Ley 2007-F, 223, comentario al fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B (CnCom) (Sala B)-2007/05/04- Inspeccion General de Justicia c. Frinet S.A.

⁵⁵ No se indica la página donde se encuentra la información citada para el caso de los libros-ya que esta información fue consignada en las respectivas notas al pie-, indicación que si se adjunta para las revistas o suplementos consultados.

- FAVIER DUBOIS (h.), Eduardo M., *La resolución general 2/05 de la Inspección General de Justicia y el debate sobre las sociedades "off shore"*, La Ley 2005-B.
- GEERTZ, Clifford, *Descripción densa de una teoría interpretativa de la cultura*, en Geertz, Clifford, *La interpretación de las culturas*, Méjico, Gedisa, 1987.
- GINER, Salvador, *Historia del pensamiento social*, Ariel Historia, Barcelona, 1994.
- HAMILTON, Madison y Jay, *El Federalista*, Fondo de Cultura Económica, Méjico, 1994.
- HUTCHINSON, Tomas, *Régimen de Procedimientos Administrativos, Ley 19549, Revisado, Ordenado y Comentado*, Astrea, Buenos Aires, 2006.
- LOCKE, J. *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, en Fayt, C. S., *El Estado liberal moderno*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1973.
- MONTELEONE LANFRANCO, Alejandro P., *Sociedad extranjera no inscripta*, La Ley, 2002-A.
- MONTELEONE LANFRANCO, Alejandro P., *Breve glosa a la Resolución 7/2003 de la Inspección General de Justicia*, La Ley, 2004-B.
- NISSEN, Ricardo A., *Ley de Sociedades Comerciales: comentada, anotada y concordada*, tomo 2, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1997.
- PELLEGRINI, Carlos, *Conferencia a los estudiantes en el teatro Odeón*, Obras Completas, tomo III, Buenos Aires, Imprenta y Casa editora "Coni", 1941.
- POLAK, Federico, *La Empresa Extranjera*, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2003.
- KLEIDERMACHER DE CARLUCCI, Aida, Ponencia en el VII Congreso de Derecho Societario de 1998, Universidad Argentina de la Empresa, Buenos Aires, 1998, tomo IV.
- Revista del Notariado, Número 851.
- ROCA, EDUARDO, *Sociedad extranjera no inscripta*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1985.
- SÁENZ VALIENTE, Luciano A., *Alcance del artículo 123 de la ley de sociedades*, La Ley, 1999-B.
- SPAGNOLO, Lucia, *Acto aislado y exorbitación en la actuación de las sociedades "extranjeras"*, La Ley, Suplemento Especial de Sociedades ante la I.G.J., 18/04/2005.
- TRUFFAT, Daniel, *¡Cuan aislados eran mis actos!*, La Ley, Suplemento Especial de Sociedades ante la I.G.J. 18/04/2005.

VITOLO, Daniel Roque, *Nuevos controles de la Inspección General de justicia para las sociedades constituidas en el extranjero*, La Ley 2004-A, 820, Suplemento Índices Económicos y Financieros 14/11/2003.

Fallos utilizados como bibliografía complementaria (al solo efecto de manifestar la doctrina por ellos plasmada):

“Cinelli, Incolaza c. Dispan S.A. s/nulidad de acto jurídico ordinario” JNPI civ. 91(firme).

“Cambios Teletour”, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos: 310:203.

“Donna”, CNContAdmFed, Sala III, 10/04/1986.

“Inspección General de Justicia c. Frinet S.A.”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B (CnCom)(Sala B)-2007/05/04 (fallo comentado).

“Mayer y Cía. c. CIESPA S.A. y otro” (ED, 16/12/96).

ASPECTOS CONSTITUCIONALES Y CULTURALES DEL DERECHO COMUNITARIO

LEANDRO E. FERREYRA*

Pero todo se decía sin el ardor ni la actitud de los primeros tiempos, se decía con las pocas razones que nos quedaban todavía claras y que eran muy pobres. Al grande y furioso impulso de las primeras semanas había sucedido un decaimiento que hubiera sido erróneo tomar por resignación, pero que no dejaba de ser una especie de consentimiento provisional.

Albert Camus, *La Peste*

Resumen: El presente trabajo aborda algunas cuestiones del derecho comunitario. En primer lugar, los rasgos básicos de dicho ordenamiento. Luego, se pasa a analizar el alcance de éstos, especialmente del principio de primacía, y su relación con las disposiciones constitucionales de algunos Estados miembros de la Unión Europea. Asimismo, se estudian algunas resoluciones del tribunal comunitario y de tribunales constitucionales. Por último, se presentan algunas reflexiones sobre la necesidad de trascender los niveles de análisis meramente normativos para comprender mejor la falta de correspondencia entre la regulación comunitaria y la de cada Estado.

Abstract: This writing addresses some issues of Community Law. In the first place, the basic features of such legal system are dealt with. Then, their scope is analyzed; in particular the precedence principle, as well as the relationship thereof with constitutional regulations of some European Union member States. Furthermore, some decisions of the European Union judicial authority and some

* **Estudiante de Abogacía (UBA).**

constitutional courts are examined. Finally, some thoughts are introduced, concerning the need to go beyond a mere regulation-based analysis in order to better understand the lack of correlation between community regulations and those of each State.

Palabras clave: Unión Europea - derecho comunitario - principio de primacía - derecho constitucional - aspectos culturales

Keywords: European Union - Community Law - precedence principle - Constitutional Law - cultural aspects

I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se analizarán los diseños constitucionales de algunos Estados miembros de uno de los principales esquemas de integración: la Unión Europea. Aquel análisis tiene a su vez otros objetivos. En primer lugar, plantear algunas cuestiones que surgen a partir de los principios del derecho comunitario consagrados a través de sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, especialmente en lo relativo a la primacía. Luego, divisar diferencias y similitudes entre las disposiciones de ciertas constituciones respecto de las posibilidades y modos de integración. Desde esos puntos en común, o divergencias, se intentará presentar un comentario sobre la ausencia o presencia de asimetrías constitucionales, y sus consecuencias en lo concerniente a la normativa comunitaria.

En segundo lugar, el trabajo tiene la aspiración de sacar conclusiones sobre la interacción de las normas constitucionales, las decisiones de algunos tribunales superiores y el sistema de integración de la Unión Europea. Principalmente, se planteará la necesidad de profundizar otros aspectos, como los culturales, para alcanzar soluciones más valiosas y proyectar la viabilidad del esquema comunitario a largo plazo.

II. RASGOS BÁSICOS DEL DERECHO COMUNITARIO

Como aproximación inicial, el derecho comunitario puede entenderse como el conjunto de reglas de derecho aplicables al orden jurídico de la Unión Europea (en adelante, UE). Luego, el derecho comunitario es normalmente clasificado como originario o derivado. La primera categoría, derecho comunitario originario, está conformada por los tratados consti-

tutivos¹, que establecen los objetivos, los principios y la estructura institucional de la UE². Por otro lado, el derecho derivado abarca un conjunto de actos jurídicos dictados por instituciones comunitarias en aplicación de los mentados tratados³.

El derecho derivado comunitario también se puede clasificar según el alcance de cada tipo de fuente. Para los fines del presente trabajo, basta diferenciar entre:

- a. reglamentos, los cuales crean derecho uniforme con alcance general en toda la UE;
- b. directivas, que si bien tienen alcance general, requieren en principio de un procedimiento de transposición, o reglamentación interna. Según Iza, no son directamente aplicables, sino que precisan de la intervención de instancias nacionales para tener efectos respecto de particulares⁴;
- c. decisiones, las que han sido definidas como actos jurídicos mediante los cuales las instituciones regulan casos particulares con carácter obligatorio directo para sus destinatarios; tienen validez individual, para una persona o grupo determinado, siendo vinculantes en su totalidad⁵.

Sin perjuicio de la enumeración de fuentes de derecho derivado, es necesario hacer referencia a algunas notas típicas del derecho comunitario⁶.

¹ Entre ellos se pueden mencionar: los tratados fundacionales de las Comunidades Europeas (Tratado de París de 1951, Tratados de Roma de 1957), los tratados de adhesión, y los tratados complementarios y modificatorios (v. gr., Acta Única Europea de 1986, Tratado de la Unión Europea (TUE) de 1992, Tratado de Niza de 2001, Tratado de Lisboa de 2007).

² Alejandro Iza agrega que “está integrado por normas convencionales. Las normas que lo constituyen se encuentran ubicadas en la cúspide de la pirámide jurídica comunitaria y son la norma suprema del derecho comunitario. Prevalece sobre el derecho derivado, del cual es su fundamento de validez, y también sobre todos los acuerdos que las Comunidades hayan firmado o puedan llegar a firmar con terceros Estados”. Ver: Iza, Alejandro, *Unión Europea ¿Paradigma de la integración?*, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, UBA, 2004, p. 155.

³ Iza, Alejandro, op. cit., p. 155.

⁴ Iza, Alejandro, op. cit., p. 156.

⁵ Dieter-Borchardt, Klaus, *El ABC del Derecho Comunitario*, Documentación Europea, 2000, p. 69.

⁶ Dentro de la enumeración anterior, estas notas particulares se pueden vincular especialmente a los reglamentos mencionados en a), ya que en otros supuestos de derecho derivado pueden presentar distintos alcances.

Para ello hay que aclarar que si bien se puede englobar el derecho comunitario dentro del derecho de la integración, el primero presenta ciertas particularidades. Tal como señala Luciana Scotti, esos aspectos peculiares son los que lo distinguen del resto del derecho de la integración, por estar ausentes en otros esquemas⁷. Son de gran interés ya que, como se verá más adelante, matizan el análisis propuesto, al mismo tiempo que abren otros interrogantes. Esto se debe, en parte, a que no existe al día de hoy un reconocimiento expreso de esos principios característicos en los textos de los tratados constitutivos de la UE ni en las constituciones de los Estados miembros. A su vez, esto realza la importancia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), cuyo desarrollo jurisprudencial ha sido determinante para la evolución del derecho comunitario.

1. Autonomía del derecho comunitario

El autor alemán Rainer Arnold indica que esta característica del derecho comunitario —la autonomía— encuentra su origen en la sentencia de los años sesenta *Costa c. ENEL*, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, TJCE)⁸; asimismo, señala que la decisión fue receptada sin problemas por la jurisdicción de los Estados miembros⁹. Arnold también se encarga de enumerar algunas razones para afirmar la autonomía del ordenamiento en cuestión. En ese sentido, propone atender a tres condiciones básicas de la autonomía: 1) la procedencia de un ordenamiento propio, distinto del nacional, desde un sentido histórico; 2) la existencia de un mecanismo especial de creación de normas, respecto de lo cual no puede dejar de recordarse la supranacionalidad de los órganos con facultades legislativas¹⁰; 3) la razón de validez de ese ordenamiento

⁷ Scotti, Luciana, “La integración regional y el Derecho de la Integración – El caso del MERCOSUR: luces y sombras”, en *Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración*, n° 18, Diario Jurídico El Dial, 2006, p. 7.

⁸ El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) cambió su denominación a partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, y adoptó el nombre de Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

⁹ Arnold, Rainer, “Conflictos entre ordenamientos y su solución”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo* (ReDCE), n° 1, enero-junio de 2004, p. 99.

¹⁰ Sobre este punto agrega que: “esta constatación alcanza también al derecho comunitario primario, que comparte con el derecho derivado su carácter autónomo y supranacional,

supranacional y autónomo (la cual se funda, según el doctrinario alemán, en las leyes de aprobación que sanciona cada Estado; cuestión sobre la que se volverá más adelante)¹¹.

Otro jurista europeo, Klaus Dieter-Borchardt, entiende que la autonomía del derecho comunitario es esencial para garantizar la su validez uniforme en los Estados miembros¹². De todos modos, vale la pena citar otra vez a Arnold, quien aclara que “solamente si el Derecho comunitario constituye un ordenamiento autónomo puede plantearse un conflicto con el ordenamiento nacional”¹³.

2. Aplicabilidad inmediata

Este rasgo implica, básicamente, la incorporación de las normas sin un acto de recepción, dependiendo su entrada en vigencia de las condiciones que el ordenamiento comunitario imponga¹⁴. En principio, las normas comunitarias están vigentes según lo que disponga la propia norma, siendo el único requisito su publicación en el Diario Oficial de la UE. A partir de esta característica, se ha pregonado doctrinariamente un sistema monista respecto del derecho comunitario.

3. Efecto directo

Se ha precisado el efecto directo como la posibilidad de conferir derechos e imponer obligaciones de modo directo a instituciones comunitarias, Estados miembros e individuos¹⁵. Más allá de la distinción entre efecto directo horizontal y vertical¹⁶, el principio en cuestión queda nítidamente explicado en el caso *Van Gend & Loos* del entonces TJCE. En ese precedente, quedaba asentado que “[...] la comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico [...] cuyos sujetos son, no sólo los Estados miembros, sino también sus nacionales; que, en consecuencia, el Derecho Comunitario,

porque el derecho primario es la base normativa (en el aspecto material e instrumental) de aquél”. Ver: Arnold, Rainer, *Conflictos entre ordenamientos y su solución*, p. 99, 100.

¹¹ Arnold, Rainer, *Conflictos entre ordenamientos y su solución*, p. 102.

¹² Dieter-Borchardt, Klaus, op. cit., p. 94.

¹³ Arnold, Rainer, *Conflictos entre ordenamientos y su solución*, p. 99.

¹⁴ Scotti, Luciana, op. cit., p. 7.

¹⁵ Dieter-Borchardt, Klaus, op. cit., p. 97.

¹⁶ Correctamente detallada en: Scotti, Luciana, op. cit., p. 7.

autónomo respecto a la legislación de los Estados miembros, al igual que crea obligaciones a cargo de los particulares, está también destinado a generar derechos [...] que esos derechos nacen, no sólo cuando el Tratado los atribuye de modo explícito, sino también en razón de obligaciones que el Tratado impone de manera perfectamente definida tanto a los particulares como a los Estados miembros y a las instituciones”.

Si bien no se aclaraba qué tipos de disposiciones tenían efecto directo, el TJCE estableció en otro precedente (*Franovich c. Italia*) que incluso las directivas podían ser invocadas (en caso de que no se hubiesen adoptado medidas de ejecución en plazo pautado, o se hubiesen tomado medidas no conformes a ellas) si eran suficientes, incondicionales y precisas.

4. Primacía

La relación entre el derecho comunitario y los ordenamientos jurídicos nacionales es (y ha sido) un tema muy discutido, ya que el Tratado de Roma no la ha regulado y tampoco las sucesivas reformas¹⁷. Pero sí se ha encargado de hacerlo el TJUE, a partir de sus decisiones sobre la primacía del derecho comunitario.

El reconocimiento del principio de primacía surge de la sentencia *Costa c. ENEL* del otrora TJCE. En esa resolución del año 1964 se dejaba sentado que “la integración, en el Derecho de cada país miembro, de disposiciones que provienen de fuente comunitaria, y más generalmente los términos y el espíritu del Tratado, tienen por corolario la imposibilidad para los Estados de hacer prevalecer una medida unilateral posterior contra un ordenamiento jurídico aceptado por ellos sobre una base de reciprocidad”¹⁸. Klaus Dieter-Borchardt interpreta que, de todo ello, “se desprende que el Derecho comunitario, establecido con arreglo a las competencias de los Tratados, tiene primacía sobre el Derecho de los Estados miembros. No sólo prima sobre el Derecho nacional anterior, sino que desarrolla un *efecto de bloqueo* también respecto al Derecho establecido posteriormente”¹⁹.

¹⁷ Iza, Alejandro, op. cit., p. 159.

¹⁸ Y se añadía que “una medida no puede ser inconsistente con aquel sistema legal. La fuerza ejecutiva del derecho comunitario no puede variar de Estado a Estado según la regulación local subsiguiente sin poner en riesgo los objetivos del Tratado”. Ver: *Costa c. ENEL*, TJCE, Asunto 6/64, 15/07/1964.

¹⁹ Dieter-Borchardt, Klaus, op. cit., p. 101.

Seis años después de haber resuelto el caso *Costa c. ENEL*, el TJCE confirmó este principio respecto del derecho constitucional nacional²⁰. De tal manera, la primacía supone que las normas comunitarias deberían aplicarse de manera preferente sobre las normas internas, con independencia de su rango o condición de anterior o posterior²¹.

Si bien no ha habido mayores controversias sobre la primacía respecto del derecho interno infraconstitucional²², el alcance de la característica en lo relativo a la normativa constitucional no ha encontrado aún una delimitación definitiva en los ámbitos estatales.

Por otro lado, poco tiempo más adelante, apareció un interesante antecedente jurisprudencial, a nivel estatal, sobre la primacía del ordenamiento jurídico comunitario. En 1974, el Tribunal Constitucional Federal Alemán (en adelante, TCFA) se pronunció sobre la relación entre el ordenamiento comunitario y el nacional basándose en la ausencia de un catálogo de derechos fundamentales a nivel comunitario. En ese caso, generalmente conocido como *Solange I*²³, se determinó que las posibilidades previstas en

²⁰ En el caso *Handelsgesellschaft*, el TJCE decidió que “el recurso a normas o conceptos jurídicos del derecho nacional para juzgar la validez de las medidas adoptadas por las instituciones de la comunidad tendría un efecto negativo sobre la uniformidad y eficacia del derecho comunitario. La validez de las medidas adoptadas por las instituciones comunitarias solamente pueden ser juzgadas a la luz del derecho comunitario. De hecho, a la normativa del Tratado, una fuente de derecho independiente, no le puede ser opuesta, por su misma naturaleza, una disposición de derecho nacional sin que ello implique la privación del carácter comunitario y el cuestionamiento de la base legal comunitaria. Por lo tanto, la validez de una medida comunitaria o su efecto respecto de un Estado miembro no puede ser afectada por alegaciones conducentes a una supuesta contraposición a derechos fundamentales consagrados en la Constitución nacional o a principios de la estructura constitucional nacional”. Ver: *Internationale Handelsgesellschaft*, TJCE, Asunto 11/70, 17/12/1970.

²¹ Teruel Lozano, Germán M., “El Tribunal Constitucional ante el principio de primacía en el derecho comunitario”, en *Anales de Derecho*, n° 26, Universidad de Murcia, 2006, p. 328.

²² Josu de Miguel Bárcena opina que “en la actualidad, todos los tribunales constitucionales nacionales han aceptado los criterios que el TJCE propone para la solución de conflictos en lo que se puede denominar nivel infraconstitucional, de manera que bien puede decirse que el ordenamiento comunitario funciona de manera correcta en ese nivel, respondiendo a los criterios tradicionales de unidad, coherencia y plenitud. Pero no ocurre lo mismo en el nivel constitucional”. Ver: de Miguel Bárcena, Josu, “La justicia constitucional en la teoría de la Constitución Europea”, en *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, tomo II, Abeledo Perrot, 2010, p. 1539.

²³ BVerfGE 37, 271 2 BvL 52/71 Solange I-Beschluß, 29/05/1974.

el derecho comunitario eran insuficientes para garantizar una protección adecuada de los derechos básicos de los ciudadanos. Por lo tanto, el TCFA se rehusó a reconocer la primacía del derecho comunitario; además, declaró que, pese a no estar habilitado para decidir sobre la validez de actos de la Comunidad Europea, podría expedirse sobre la inaplicabilidad de normativa comunitaria si mediase una violación de derechos fundamentales²⁴.

Sin embargo, doce años más tarde, en *Solange II*²⁵, el TCFA morigeró su postura. En este segundo caso, el tribunal estableció que en tanto las Comunidades Europeas y las decisiones del TJCE aseguraran una protección eficaz de derechos fundamentales, similar a la protección constitucional, el Tribunal se abstendría de ejercer su jurisdicción para decidir sobre la aplicación de derecho comunitario secundario. Es decir que se reconoció un ámbito de protección equiparable al que surgía de la Ley Fundamental (lo cual luego fue recogido en el texto constitucional²⁶); y, mientras se mantuviera ese estándar, se renunciaría a controlar la compatibilidad de actos comunitarios con derechos fundamentales constitucionalmente protegidos²⁷. Asimismo, De Miguel Bárcena acota que la vigilancia sistémica, o doctrina de la sombra jurisdiccional, que abanderó el Tribunal Constitucional alemán, se ha transformado en la doctrina dominante en la jurisprudencia de los principales tribunales superiores europeos²⁸. Por su parte, Ortiz Vaamonde, desde una postura menos conflictivista, considera que “la tensión entre el derecho comunitario y las constituciones nacionales se reduce con posturas como la del BVerfG, que sostiene que, una vez alcanzado en el ámbito comunitario un nivel de protección de derechos fundamentales sustancialmente equivalente al garantizado por la Ley Fundamental, en tanto ese nivel sea garantizado por el Tribunal Comunitario, el Tribunal Constitucional se abstendrá de ejercer jurisdicción en relación con la compatibilidad de los actos comunitarios y los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos”²⁹.

²⁴ Lindfelt, Mats, *A bill of rights for the European Union?*, Instituto de Derechos Humanos, Åbo Akademi, p. 17.

²⁵ BVerfGE 73, 339 2 BvR 197/83 Solange II, 22/10/1986.

²⁶ Ver punto 3.6.

²⁷ Ortiz Vaamonde, Santiago, “El Tribunal Constitucional ante el derecho comunitario”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 21, n° 61, 2001, p. 342.

²⁸ De Miguel Bárcena, Josu, op. cit., p. 1543.

²⁹ Y añade: “La tensión prácticamente se desvanece si se acepta que el derecho comunitario ha incorporado, como principios generales de los Estados miembros, los principios

Por otro lado, resulta necesario mencionar que el frustrado Tratado Constitucional de la UE sí preveía expresamente el principio de primacía. En su art. I-6 se disponía que “la Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que le son atribuidas primarán sobre el *Derecho* de los Estados miembros”. Vale remarcar que, pese a la consagración en términos expresos del principio emanado de los fallos del TJCE, el artículo no aportaba mucho a la cuestión de fondo. Tal escepticismo se puede apreciar en la obra de Giuseppe de Vergottini, quien asevera que “el art. I-6 reitera el principio de primacía del derecho comunitario sobre el nacional, aunque se evita *diligentemente* afirmar la primacía sobre el derecho constitucional de los Estados”³⁰.

No obstante, el fracaso del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, comúnmente denominado *Tratado Constitucional*, se llevó consigo al art. I-6, ausente en el posterior Tratado Lisboa. Naturalmente, semejante omisión llamó la atención de quienes –erróneamente– habían visto un avance con tal artículo. Dentro de esa línea, Juan Manuel de Faramiñán Gilbert opina que, tras la reiterada jurisprudencia del TJCE, resulta un absurdo la supresión de la consagración en el Tratado Lisboa, lo cual sin dudas reflejaba un logro político y jurídico³¹. Empero, ese mismo autor juzga que la disposición del Tratado Constitucional parece haberse transpuesto en la Declaración n° 17 relativa a la primacía, anexa al Tratado de Lisboa, que prescribe: “la Conferencia recuerda que, con arreglo a una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los Tratados y el Derecho adoptado por la Unión sobre la base de los mismos priman sobre el Derecho de los Estados miembros, en las condiciones establecidas por la citada juris-

constitucionales esenciales que comparten, de modo que el Tribunal Comunitario ha de tener en cuenta la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales. En otras palabras, el problema del control de la adecuación de los actos comunitarios a los derechos fundamentales reconocidos por las Constituciones nacionales desaparece si se admite que el Tribunal de Luxemburgo puede llevarlo a cabo a la vista de la doctrina constitucional de los Estados miembros”. Ver: Ortiz Vaamonde, Santiago, op. cit., p. 344.

³⁰ De Vergottini, Giuseppe, “Garantía de la identidad de los ordenamientos estatales y límites de la globalización”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 18, UNED, 2006, p. 140.

³¹ De Faramiñán Gilbert, Juan Manuel, “El Tratado de Lisboa (un juego de espejos rotos)”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (REEI), p. 10.

prudencia”. Igualmente, tal declaración es, en principio, no vinculante; de modo que el Tratado de Lisboa no presenta ninguna novedad en lo concerniente a la relación entre los órdenes normativos nacionales y el comunitario. Por lo tanto, sin perjuicio de lo dicho por Faramiñán Gilbert y Ortiz Vaamonde, se encuentran más atinadas las ideas de Miguel Azpitarte Sánchez, quien explica que la cuestión sobre la primacía permanece aún indeterminada en algunos aspectos. En sus palabras, “las disfunciones estructurales e institucionales en la ordenación de las relaciones entre el ordenamiento de la Unión y el ordenamiento estatal nacen por la irresoluta articulación entre el derecho constitucional estatal y el derecho de la Unión. ¿Qué prima en la aplicación, el derecho originario de la Unión o las Constituciones estatales?”³².

Adoptando una posición coincidente con la de Azpitarte Sánchez, se debe afirmar que, más allá de lo resuelto por el TJCE, la cuestión está lejos de encontrar una solución clara y distinta. Si bien en los próximos puntos se avocarán a disposiciones constitucionales en términos generales, se intentará demostrar que en virtud de lo sucedido hasta el momento, especialmente con la situación irlandesa y la decisión reciente del Tribunal Constitucional alemán, no será posible hallar una salida sin tener en cuenta otros aspectos extrajurídicos. Las simetrías que puedan encontrarse en distintos ámbitos –en los ordenamientos o las resoluciones judiciales–, si las hubiese, y la indeterminación de los instrumentos del derecho comunitario respecto de la relación con los derechos internos, serán siempre remedios relativos hasta tanto no se aprehenda el contexto de la UE como un proceso de europeización constitucional y cultural³³.

³² Igualmente, este autor aclara que “la Unión comparte valores constitucionales con los Estados miembros y antes ya resultaba chocante plantear una posible contradicción entre las normas primarias”. Ver: Azpitarte Sánchez, Miguel, “Las relaciones entre el derecho de la Unión y el derecho del Estado a la luz de la Constitución Europea”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo* (ReDCE), n° 1, enero-junio de 2004, p. 93, 94.

³³ Para ello se parte del concepto amplio de constitución de Peter Häberle: “la Constitución no es sólo un orden jurídico para juristas y a interpretar por éstos según viejas y nuevas reglas artificiales; opera esencialmente también como guía para los profanos del Derecho: para todos los ciudadanos. La Constitución no es sólo un texto jurídico o una obra normativa reguladora, sino que también es expresión de una situación de desarrollo cultural, medio de autorrepresentación cultural del pueblo, reflejo de su herencia cultural y fundamento de sus esperanzas”. Ver: Häberle, Peter, “La constitución en el contexto”, en *Anuario Iberoamericano de Derecho Constitucional*, n° 7, 2003, p. 226.

III. DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES RELATIVAS AL DERECHO COMUNITARIO

Esta parte del trabajo se ocupará de presentar la normativa constitucional básica de Estados europeos respecto del derecho comunitario y algunas resoluciones jurisprudenciales sobre aquella materia. Por cuestiones metodológicas, dado el gran número de Estados miembros, se acotará la presentación a un número reducido de constituciones. Sin embargo, será suficiente a los fines propuestos anteriormente; es decir, para demostrar que las simetrías constitucionales generales, y las decisiones judiciales afines, no alcanzan para desentrañar la problemática de la primacía del derecho comunitario –tal como surge de la jurisprudencia del TJUE–, y la consecuente relación con el derecho nacional.

1. Reino de los Países Bajos

En primer lugar, se debe aclarar que no es para nada accidental la decisión de comenzar esta parte del trabajo con las disposiciones de la Constitución de los Países Bajos. Como se podrá ver a continuación, ésta es una de las normas fundamentales que recepta más abiertamente toda la normativa proveniente de tratados internacionales.

El art. 91.1 prevé que el Reino no podrá quedar vinculado por tratados y éstos no podrán ser denunciados sin aprobación previa del Parlamento en ambos supuestos. Además, el art. 93 reza: “las estipulaciones de tratados y de acuerdos de organizaciones internacionales de derecho público que por su contenido puedan obligar a toda persona tendrán fuerza obligatoria una vez publicadas”. Por su parte, el art. 95 prescribe que “la ley regulará la publicación de tratados y acuerdos de organizaciones internacionales de derecho público”.

Asimismo, el art. 94 contiene una de las regulaciones más particulares en cuanto a la interacción entre derecho internacional e interno, en tanto posterga la aplicación del último si resulta contradictorio con el primero. El artículo en cuestión instituye que “los preceptos *legales* en vigor dentro del Reino no serán de aplicación, si la aplicación de los mismos fuere incompatible con estipulaciones de tratados y de acuerdos de organizaciones internacionales de derecho público que obligan a toda persona”. Y sobre la normativa constitucional el art. 91.3 determina que “cuando un tratado contuviere estipulaciones que deroguen la Constitución o que impongan la necesidad de tal derogación, se requerirá para su adopción por las Cámaras

una mayoría de al menos dos tercios del número de votos emitidos”. Por último, es válido citar el art. 93, el cual permite conferir competencias legislativas, administrativas y jurisdiccionales a organizaciones internacionales de derecho público, “con observancia, en la medida necesaria, de lo dispuesto en el apartado tercero del artículo 91”.

2. España

En consonancia con el art. 93 de la constitución holandesa, la norma fundamental española dispone que “mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de Tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos Tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión”.

El art. 96 también prevé una regulación similar a la de los Países Bajos (art. 93) al determinar que “los Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios Tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional”. Dejando de lado las coincidencias, el art. 95 de la norma fundamental española dicta que “la celebración de un Tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional. El Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción”. De ese modo, se aleja de la solución prevista en el art. 94 de la constitución holandesa, aunque dicha divergencia se basa en dos aspectos quizás no tan relevantes: 1) el procedimiento y la legitimación para solicitar la revisión (la constitución española permite al Gobierno requerir el análisis); 2) el poder encargado de realizar el test de conformidad constitucional (el legislativo en los Países Bajos; el judicial en España).

Por su parte, el Tribunal Constitucional de España se ha manifestado hace unos años sobre la compatibilidad de la consagración expresa de primacía que incluía el Tratado Constitucional europeo. El asunto³⁴

³⁴ Tribunal Constitucional de España, Declaración 1/2004, 13/12/2004.

llegó al conocimiento del Tribunal, ya que el Consejo de Estado entendía que la redacción del artículo I-6 del nuevo Tratado podía chocar con la consideración de la Constitución Española como norma suprema. Siguiendo lo sostenido en otra declaración (1/1992), el Tribunal aceptó expedirse, en tanto el art. 95 tiene como finalidad evitar la eventual perturbación que podría provocar una declaración de inconstitucionalidad. Asimismo, aprovechó para referirse al art. 93 como “bisagra mediante la cual la Constitución misma da entrada en nuestro sistema constitucional a otros ordenamientos jurídicos a través de la cesión del ejercicio de competencias”; y agregó que “de este modo se confiere al art. 93 CE una dimensión sustantiva o material que no cabe ignorar. Producida la integración debe destacarse que la Constitución no es ya el marco de validez de las normas comunitarias, sino el propio Tratado cuya celebración instrumenta la operación soberana de cesión del ejercicio de competencias derivadas de aquélla, si bien la Constitución exige que el Ordenamiento aceptado como consecuencia de la cesión sea compatible con sus principios y valores básicos”³⁵. Es decir, que el Tribunal adoptó una postura análoga a la del TCFA en el caso *Solange II*; una solución híbrida y bastante equívoca. De hecho, se buscó mitigar (y eludir) la cuestión de fondo separando las nociones de primacía y supremacía, como categorías que se desenvolverían en órdenes diferentes. Así, determinó que la primacía no debe entenderse como superioridad jerárquica, sino como la capacidad de desplazar otras normas en virtud de una aplicación preferente en un ámbito concreto; o bien como una técnica del derecho comunitario destinada a asegurar su efectividad. Luego, halló a la supremacía constitucional “compatible con regímenes de aplicación que otorguen preferencia aplicativa a normas de otro Ordenamiento diferente del nacional siempre que la propia Constitución lo haya así dispuesto, que es lo que ocurre exactamente con la previsión contenida

³⁵ Completando más adelante que “la cesión constitucional que el art. 93 CE posibilita tiene a su vez límites materiales que se imponen a la propia cesión. Esos límites materiales, no recogidos expresamente en el precepto constitucional, pero que implícitamente se derivan de la Constitución y del sentido esencial del propio precepto, se traducen en el respeto de la soberanía del Estado, de nuestras estructuras constitucionales básicas y del sistema de valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución, en el que los derechos fundamentales adquieren sustantividad propia (art. 10.1 CE), límites que, como veremos después, se respetan escrupulosamente en el Tratado objeto de nuestro análisis”.

en su art. 93”. No obstante, aquella diferenciación no representa ningún avance en lo sustancial³⁶.

3. Italia

La regulación de la constitución italiana sobre tratados internacionales es más bien escueta e indefinida. El art. 10, primera parte, prevé que “el ordenamiento jurídico italiano se ajustará a las normas del derecho internacional generalmente reconocidas”. Por otro lado, en el art. 11 se prescribe que “Italia repudia la guerra como instrumento de ataque a la libertad de los demás pueblos, y como medio de solución de las controversias internacionales accede, en condiciones de igualdad con los demás Estados, a las limitaciones de soberanía necesarias para un ordenamiento que asegure la paz y la justicia entre las naciones, y promoverá y favorecerá las organizaciones internacionales encaminadas a este fin”. Luego, el art. 80 establece que “las Cámaras autorizaran mediante la ley la ratificación de los tratados internacionales que sean de naturaleza política o prevean arbitrajes o decisiones judiciales o lleven aparejadas modificaciones en el territorio o gravámenes para la hacienda o modificaciones de las leyes”.

Respecto de las disposiciones constitucionales italianas, Alfonso Celotto indica que no se establecen pautas específicas para resolver eventuales contradicciones entre normas comunitarias y nacionales³⁷.

Acerca de la jurisprudencia italiana, De Miguel Bárcena cuenta que, asumiendo un criterio similar al del TCFA, la Corte Costituzionale “rechaza desde la década del setenta que las limitaciones a la soberanía reconocidas en el art. 11 puedan comportar para los órganos de la Unión un poder para violar los principios fundamentales del ordenamiento constitucional”³⁸. Por su parte, Celotto señala que el parámetro elástico de los derechos fundamentales contribuyó a la formación de una teoría judicial de contralímites al derecho de la Unión que nunca tuvo aplicación

³⁶ Josu de Miguel Bárcena afirma que “si la relación entre ordenamientos nacionales y el comunitario se observa desde el punto de vista de la supremacía constitucional, el resultado no es otro que el de una ruptura de la articulación del ordenamiento global en lo que concierne a la unidad”. Ver: De Miguel Bárcena, Josu, op. cit., p. 1539.

³⁷ Celotto, Alfonso, “Normas comunitarias y derecho italiano”, en *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, tomo II, Abeledo Perrot, 2010, p. 1562.

³⁸ De Miguel Bárcena, Josu, op. cit., p. 1543.

práctica, figurando como una simple arma descargada³⁹. No obstante, este jurista detalla que la evolución jurisprudencial italiana siguió otros pasos, en tanto intentó en primer lugar configurar en términos dualísticos las relaciones entre el ordenamiento comunitario y el nacional⁴⁰.

4. Francia

El título sexto de la constitución francesa contiene varias normas relacionadas con el tema del trabajo. En general, coinciden con lo dispuesto en las constituciones italiana y española. En cuanto a la incompatibilidad entre un tratado y la constitución, sólo caben comentarios similares a los mencionados en el punto 3.3, en tanto el art. 54 enuncia que “si el Consejo Constitucional, requerido por el Presidente de la República, por el Primer Ministro, por el Presidente de cualquiera de las dos asambleas o por sesenta diputados o por sesenta senadores, declara que un compromiso internacional contiene una cláusula contraria a la Constitución, la autorización para ratificar o aprobar el referido compromiso internacional sólo podrá otorgarse previa revisión de la Constitución”. El art. 55 fija que “los tratados o acuerdos debidamente ratificados o aprobados tendrán, desde el momento de su publicación, una autoridad superior a las leyes, a reserva, para cada acuerdo o tratado, de su aplicación por la otra parte”.

La constitución francesa incluye también un título específico —el número XV— sobre la UE. A pesar de la supuesta especificidad, tampoco se sugiere un aporte valioso a la materia examinada en este trabajo. Así, en el inciso I del art. 88 puede leerse que “la República participa en las Comunidades Europeas y en la Unión Europea, compuestas por Estados que han elegido libremente, en virtud de los Tratados que las instituyen, ejercer en común ciertas competencias”. En el inciso II se dispone que “de acuerdo con criterios de reciprocidad y del modo previsto por el Tratado de la Unión Europea, firmado el 7 de febrero de 1992, Francia concede las transferencias de competencias necesarias para el establecimiento de la unión económica y monetaria europea”. Por último, en el inciso IV se instituye que “el Gobierno someterá a la Asamblea Nacional y al Senado, en el momento de su transmisión al Consejo de la Unión Europea, los proyectos o propuestas de actos de las Comunidades Europeas y de la Unión Europea

³⁹ Celotto, Alfonso, op. cit., p. 1583.

⁴⁰ Celotto, Alfonso, op. cit., p. 1575, 1595.

que contengan disposiciones de índole legislativa”; esto último ha sido útil al gobierno francés para eludir la aprobación por referéndum del Tratado de Lisboa, ya que por ese medio se había obtenido el rechazo al Tratado Constitucional en 2004.

En lo referente a la normativa comunitaria secundaria, el Consejo Constitucional concluyó que la transposición de una directiva puede ser obstaculizada por una disposición contraria de la Constitución nacional⁴¹. Así queda reconocida, ante la ausencia de una regla constitucional que la contradiga, la competencia exclusiva del juez de la Unión para examinar la validez de la directiva. Si bien la decisión no delimita manifiestamente la relación entre los ordenamientos, ésta dio lugar a diversas interpretaciones. Por un lado, De Miguel Bárcena la enmarca correctamente dentro la línea del TCFA⁴². Mientras que Rodríguez Iglesias sostiene que, pese a no expedirse concretamente sobre las normas constitucionales, la decisión constituye un progreso hacia la aceptación del principio de primacía, siguiendo el reconocimiento del art. I-6 del Tratado Constitucional⁴³.

Justamente, en septiembre de 2004⁴⁴, el Consejo Constitucional tuvo que expedirse sobre el mentado art. I-6. En esta oportunidad, dejó sentado “que se desprende de una declaración anexada al Tratado que este artículo no confiere al principio de primacía un alcance distinto del que tenía anteriormente”. Además, sumando el art. I-5 sobre el respeto a la identidad nacional de los Estados miembros, puntualizó que el principio de primacía tendría como límite las estructuras fundamentales políticas y jurídicas⁴⁵.

En 2007⁴⁶, el Consejo decidió sobre la necesidad de una revisión constitucional previa a la aprobación del Tratado de Lisboa, ante el requerimiento formulado por el Presidente de la República, en virtud del artículo 54 de la Constitución. La resolución se basó esta vez esencialmente en cuestiones de cesión de competencias, sin abordar la cuestión de la

⁴¹ Consejo Constitucional francés, Decisión 2004-496, 10/06/2004.

⁴² De Miguel Bárcena, Josu, op. cit., p. 1543.

⁴³ Rodríguez Iglesias, Gil Carlos, “El Consejo Constitucional de Francia reconoce la competencia exclusiva del juez comunitario para examinar la validez de una directiva”, en *Revista Derecho Comunitario Europeo*, n° 18, 2004, p. 395, 396.

⁴⁴ Consejo Constitucional francés, Decisión 2004-505, 19/11/2004.

⁴⁵ Garot, Marie-José, “La Constitución francesa y el derecho comunitario: un repaso de la historia entre dos ordenamientos jurídicos”, en *Revista Cuadernos de Derecho Público*, Instituto Nacional de Derecho Público, Madrid, 2008, p. 175.

⁴⁶ Consejo Constitucional francés, Decisión 2007-560, 20/12/2007.

primacía, ya que no figuraba en el texto convencional en cuestión⁴⁷. Pero el Consejo aprovechó la ocasión para recordar que las normas de referencia y las condiciones en que Francia participa de las Comunidades Europeas “confirman la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico interno”.

5. Alemania

La constitución alemana también contiene una disposición especial sobre la UE. El art. 23 establece que:

“(1) Para la realización de una Europa unida, la República Federal de Alemania contribuirá al desarrollo de la UE que está obligada a la salvaguardia de los principios democráticos del Estado de Derecho, social y federativo y del principio de subsidiaridad y garantiza una protección de los derechos fundamentales comparable en lo esencial a la asegurada por la presente Ley Fundamental. A tal efecto, la Federación podrá transferir derechos de soberanía por una ley que requiera la aprobación del Bundesrat (el Consejo Federal). Los apartados 2 y 3 del artículo 79 (aprobación por ley con mayoría de dos tercios del Parlamento y del Bundesrat) se aplican a la creación de la Unión Europea, al igual que a las reformas de los tratados constitutivos y a toda normativa análoga mediante la cual la presente Ley Fundamental sea reformada o completada en su contenido o hagan posible tales reformas o complementaciones.

[...](3) Antes de participar en los actos normativos de la Unión Europea, el Gobierno Federal dará al Bundestag la oportunidad de expresar su parecer. El Gobierno Federal tendrá en cuenta las tomas de posición del Bundestag en las negociaciones. La regulación se hará por una ley”.

En términos generales, el contenido de la previsión constitucional guarda estrecha relación con lo resuelto en *Solange II*. Igualmente, añade puntos críticos, como la subsidiariedad comunitaria y la nueva estructura del Estado alemán. A pesar de las valiosas especificaciones, la disposición

⁴⁷ Garot, Marie-José, op. cit., p. 179.

referida tampoco impidió que se susciten divergencias en lo respectivo a la relación con el derecho comunitario⁴⁸.

6. Irlanda

La presencia de la normativa irlandesa no es baladí, sino que tiene un fin ulterior: probar que si el análisis del derecho de la integración se atiene a aspectos generales, deviene defectuoso.

La Constitución de Irlanda presenta dos puntos salientes en comparación con el resto de las normas fundamentales mencionadas. Lo raro es que, al mismo tiempo, estas particularidades constitucionales han logrado servir a posturas contrapuestas en el seno de la sociedad irlandesa.

En primer lugar, cabe citar el art. 29.4.10, que es el único entre las constituciones examinadas que confirma el alcance otorgado por el TJUE a la primacía del derecho comunitario. Este artículo prescribe: “ninguna disposición de esta Constitución invalida las leyes sancionadas, los actos realizados o las medidas adoptadas por el Estado que sean necesarias por las obligaciones de la adhesión a la Unión Europea, ni previene que tengan fuerza de ley en el Estado las leyes, actos o medidas adoptados por la Unión Europea, por las Comunidades o las instituciones de la misma, o los cuerpos competentes según los Tratados constitutivos de las Comunidades”.

Sin embargo, la norma fundamental irlandesa también prevé una notable diferencia con respecto a las otras constituciones. Eso se debe a que en los arts. 27 y 29 se fija la necesidad de someter a referéndum la aprobación de determinados instrumentos. Entre ellos, el Tratado de Lisboa, el cual fue rechazado en 2008; aunque luego aprobado el 2 de octubre de 2009, con más del 60 % de votos afirmativos.

En principio, se podría concluir apresuradamente que la demora de la ratificación del Tratado de Lisboa se dio por este escollo procedimental irlandés. No obstante, tal reflexión sería desacertada en tanto no se inquieresen las causas que propiciaron la negativa en primer lugar. Según explicó Ricardo Alonso García, en una disertación realizada en la Facultad de Derecho (UBA)⁴⁹, el rechazo irlandés se debía en parte a las arraigadas

⁴⁸ Ver punto 4.2.

⁴⁹ La exposición intitulada “Justicia Constitucional e integración europea” tuvo lugar en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales A. L. Gioja, Facultad de Derecho, UBA, el 4 de septiembre de 2009.

tradiciones religiosas. Al parecer, la mayoría del pueblo irlandés habría motivado su objeción al nuevo tratado por su temor al avance de la regulación comunitaria en algunos temas sensibles, como el aborto; avance que, a partir del art. 29.4.10, sería factible y problemático. De hecho, la Constitución de Irlanda es una de las pocas que consagra el derecho a la vida del *nasciturus*, con el debido resguardo del mismo derecho respecto de la madre (art. 40.3.3). A su vez, pese a que se consagra la libertad de culto y religión, en el mismo artículo 44 se lee: “el Estado reconoce que el homenaje al culto público se debe a Dios todopoderoso”. Igualmente, no parece una contradicción significativa para un país con más del noventa por ciento de población cristiana.

De todos modos, sí es atendible la forma en que han jugado la normativa constitucional y la consiguiente preocupación irlandesa por el resguardo de ciertas cuestiones religiosamente polémicas. En ese sentido, también sirve recordar un pronunciamiento del TJCE. El caso *SPUC c. Grogan*⁵⁰ llegó a conocimiento del Tribunal comunitario luego de que la Suprema Corte irlandesa había manifestado que distribuir una guía con información relacionada con el aborto constituía una violación al art. 40.3.3. El TJCE hizo algunas aclaraciones, pero no revirtió la decisión de la Suprema Corte, y estableció que “no es contrario al derecho comunitario que un Estado miembro, en el que la terminación del embarazo no está permitida, prohíba a asociaciones estudiantiles la distribución de información sobre la identificación y locación de clínicas en otros Estados miembros en los que la terminación voluntaria del embarazo está legalmente permitida”. A pesar de ese antecedente, Irlanda, el Estado formalmente más abierto a la normativa comunitaria, casi consigue darle a la UE el mayor revés de su historia. Esto ayuda, pues, a entender las dificultades que debe atravesar todo proyecto de integración independientemente de las facilidades que se puedan proveer normativamente.

7. Reino Unido

Como es sabido, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte no tiene una constitución escrita. Si bien algunos precedentes judiciales ya habían determinado la jerarquía superior de algunas normas, en el

⁵⁰ *The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd (SPUC) c. Stephen Grogan y otros*, TJCE, Asunto 159/90, 04/10/1991.

caso *Thoburn*⁵¹, resuelto por la Queen's Bench Division, se instituyó una distinción entre leyes ordinarias y leyes "constitucionales"; este último grupo incluye la ley de Comunidades Europeas de 1972⁵². Allí se decidió que "se debe reconocer una jerarquía de leyes del Parlamento: según se trate de leyes ordinarias o constitucionales. Las dos categorías deben ser distinguidas [...]. Una ley constitucional es aquella que a) condiciona la relación legal entre los ciudadanos y el Estado de manera general, o b) aumenta o disminuye el ámbito de lo que actualmente es reconocido como derechos constitucionales [...]. La ley de Comunidades Europeas claramente pertenece a esta familia. Ha incorporado todo el corpus de derechos y obligaciones comunitarios sustanciales, y dio efecto decisivo a la maquinaria judicial y administrativa del derecho comunitario". Además, en el párrafo siguiente (el n° 63), se aclaró que las leyes "constitucionales" estarían exentas de la derogación automática por una ley posterior (*implied repeal*), y que debe constar explícitamente la decisión de modificar la normativa anterior.

Tras la emisión de aquel pronunciamiento, se reavivó el debate británico sobre la *soberanía parlamentaria*⁵³, ya afectada por lo decidido en los casos *Factortame* de los noventa. Pese a que ciertas cortes británicas siguen aclarando la vigencia de aquella doctrina⁵⁴, es innegable

⁵¹ *Thoburn v. Sunderland City Council*, Queen's Bench Division, 22/02/2002.

⁵² Paul Craig comenta que "en la ley de Comunidades Europeas se regula a través del artículo 2 (1) que los derechos y obligaciones de la Comunidad serán reconocidos y ejecutados. No será necesario un nuevo acto de incorporación para permitir a los tribunales británicos que hagan cumplir la normativa comunitaria. El artículo 2 (4) estipula que cualquier regulación sancionada o por sancionarse deberá ser interpretada y tendrá efectos con sujeción a las disposiciones precedentes de este artículo". Ver: Craig, Paul, "The ECJ, National Courts and the Supremacy of Community Law", en Ingolf Pernice/Roberto Miccù (ed.), *The European Constitution in the Making*, Nomos, Baden-Baden, 2003, p. 5.

⁵³ La formulación tradicional de esta doctrina (*parliamentary sovereignty*) sostiene que solamente el Parlamento tiene la facultad de obligarse hacia el futuro. Ello en tanto tiene el derecho de sancionar o derogar leyes, y que ninguna otra persona o cuerpo está reconocido por el ordenamiento para tener el derecho de anular o dejar de lado la legislación parlamentaria. Ver: Craig, Paul, op. cit., p. 5; Eleftheriadis, Pavlos, "Parliamentary Sovereignty and the Constitution", en *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. XXII, n° 2, 2009, p. 2.

⁵⁴ Esta construcción deja intacto el núcleo esencial de la concepción tradicional de la soberanía legal, en el sentido de que siempre queda latente la posibilidad de que el Parlamento deje inequívocamente claro que desea derogar el derecho comunitario. Ver: Craig, Paul, op. cit., p. 7.

que la normativa comunitaria ha adquirido un estatus legal especial en el Reino Unido. E independientemente de que se postule o no su primacía respecto del resto de las leyes británicas, lo más útil deviene de las álgidas manifestaciones en contra de la UE. Vale recordar que desde la mismísima incorporación a las Comunidades Europeas, el Reino Unido supo demostrar el mayor nivel de desconfianza respecto de las “cesiones” de soberanía y recursos; por ejemplo, al ser el miembro principal en desechar la adopción del euro. Luego, con el paso del tiempo, aquel “euroescepticismo” fue ganando adeptos paulatinamente, conquistando un lugar de privilegio en los debates políticos, tal como se pudo ver en las últimas campañas para las elecciones parlamentarias de 2010. Incluso, algunos partidos pequeños han propuesto, y mantienen aún, que el Reino Unido abandone la UE.

IV. REFLEXIONES Y CONCLUSIONES

Siguiendo la línea expositiva y argumentativa de las dos partes anteriores, cabe concluir que en términos generales se advierte una similitud general entre las disposiciones de las constituciones referidas más arriba en lo que hace a la incorporación y relación ulterior del derecho interno –*infraconstitucional*– con el derecho internacional. No obstante, si se profundizase en el estudio de las normativas constitucionales, podría señalarse lo siguiente:

- a. por un lado, la existencia de un gran conjunto de normas que coinciden en cuanto a requisitos y efectos; pero las coincidencias no pasan de un mero plano formal o procedimental (v. gr., modos de aprobación, publicidad);
- b. por otro, la ausencia de disposiciones constitucionales referidas a la problemática general, salvo el art. 29.4.19 de la norma fundamental irlandesa; es decir que se puede detectar una indefinición relativa a los efectos sustantivos de las normativas constitucionales respecto de su relación con el derecho comunitario⁵⁵.

⁵⁵ En las constituciones de los Países Bajos (art. 91.3), España (art. 95) y Francia (art. 54), se aclara la necesidad de revisión de reglas contenidas en tratados que sean contrarias a disposiciones constitucionales.

Pese a lo dispuesto en la constitución alemana sobre la UE, que no encuadraría en la regulación 2)⁵⁶, el análisis propuesto lleva a mostrar cómo las simetrías constitucionales generales no alcanzan para esclarecer o determinar en términos expresos la relación entre los ordenamientos nacionales y el derecho comunitario. A su vez, tampoco son de mucha ayuda los pronunciamientos de los tribunales superiores estatales. Esto nos devuelve a la tesis de Azpitarte Sánchez⁵⁷ sobre la falta de resolución de las articulaciones de los ordenamientos nacionales con el comunitario (más precisamente la articulación con el principio de primacía sostenido por el TJUE). Si bien esto no es ninguna novedad, al mismo tiempo no se debe dejar de hacer énfasis en esa indeterminación para paliar y prevenir controversias.

Con respecto a los efectos de esta zona de indeterminación del principio de primacía, es válido hacer referencia a una reciente sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán (TCFA) del 30 de junio de 2009. En ésta, el TCFA resolvió que el acto de aprobación del Tratado de Lisboa era válido, pero no así el que reforzaba los roles del Parlamento (Bundestag) y el Consejo Federal (Bundesrat), ya que no estaba asegurado el estándar mínimo de participación en los procedimientos de sanción de actos legislativos europeos y de enmienda de tratados. Por ello, se decidía que el instrumento de ratificación del Tratado de Lisboa no debía ser depositado en tanto no entrara en vigor el procedimiento de elaboración constitucional que protegía los derechos parlamentarios de participación. Por otro lado, tras realizarse una breve comparación entre el Tratado Constitucional y el de Lisboa, se indicaba que este último, a diferencia del otro, no provee regulación explícita acerca del principio de primacía sobre el derecho nacional. Y además precisó que “con la Declaración n° 17 en cuanto a primacía, anexa al Tratado de Lisboa, la República Federal de Alemania *no reconoce una primacía absoluta* de la aplicación del derecho de la Unión, lo que sería constitucionalmente objetable, sino que simplemente confirma la situación jurídica tal como ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional Federal. La alegación de la demandante, según la cual la aprobación del Tratado de Lisboa haría que la “primacía sin restricciones” de la ley por las

⁵⁶ Ya que se limita a seguir lo resuelto en el caso *Solange II* o la declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional Español, y jurisprudencia similar de otros tribunales constitucionales, sin delimitar la relación concreta entre la primacía de uno u otro orden.

⁵⁷ Ver punto 2.5.

instituciones de la Unión sobre el Derecho de los Estados miembros, que se habían previsto en el fallido Tratado Constitucional, [...] establecería una inadmisibles primacía del estado federal de validez, que podría hacer que la derogación de la ley constitucional en contra de los Estados miembros sea posible, es incorrecta”⁵⁸.

Ahora bien, ¿qué valor o sentido debe imputársele a la sentencia del TCFA y a otras similares reseñadas más arriba? La respuesta a la pregunta presenta dos aristas, que a su vez tienen un elemento en común: la necesidad de proponer un estudio más abarcativo del proceso de integración europeo.

La primera de las aristas referidas se encuentra relacionada con la ya mencionada tesis de Azpitarte Sánchez. No obstante, según se viene propugnando en este trabajo, el análisis no se debe detener en la falta de articulación expresa y determinada entre el derecho comunitario y los derechos internos. La citada sentencia del TCFA ejemplifica claramente que el problema sigue sin resolverse, y que puede dar lugar a soluciones diversas; e incluso soluciones que no admitan la vigencia del principio de primacía en los términos de la jurisprudencia del TJUE. En ese sentido, la resolución confirmó “que la primacía de la aplicación del derecho de la Unión sólo se aplica en virtud, y en contexto, de la autorización constitucional, que sigue en vigor”⁵⁹. Es decir, que más allá de las indeterminaciones constitucionales y de las sentencias del TJUE, el TCFA relativizó el alcance de la primacía del derecho comunitario. Además, dejó al principio en un marco de incertidumbre aún mayor, soslayando el presunto avance logrado con el Tratado Constitucional y la declaración anexa al Tratado de Lisboa. Lo cual no sólo sienta más dudas, sino que permite elaborar una nueva concepción del principio. La reformulación mostraría, a su vez, que la primacía y otras notas típicas del derecho comunitario seguirán encontrando complicaciones para encontrarse plenamente vigentes, en tanto que se sujetan a la voluntad política de cada Estado (al menos hasta ser expresamente consagradas en un tratado, y efectivamente acatadas). Tal posibilidad se deduce del siguiente razonamiento:

⁵⁸ BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009c, parágrafo 332.

⁵⁹ BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009c, parágrafo 240.

- a. según sostiene Arnold⁶⁰, solamente la existencia de un orden autónomo puede conllevar un conflicto entre dos ordenamientos, con un alcance sustantivo (alcanzando normas constitucionales);
- b. sin embargo, hasta ahora, la autonomía (y luego la primacía) del derecho comunitario encuentra su razón de validez en un acto interno de cada Estado⁶¹;
- c. por lo tanto, ambos principios, autonomía y primacía, dependen de la capacidad de cada Estado de autovincularse.

Por ello, si bien juzgo que la decisión del TCFA en el precedente citado en esta parte fue acertada, es preciso remarcar que su motivación trasciende el encuadre normativo. Esa imposibilidad de concebir la primacía o la autonomía en términos absolutos deviene de razones que no son estrictamente jurídicas y que responden al interés de cada Estado. De hecho, es plausible sostener que decisiones como las del TCFA tienen un basamento político-social de amplio espectro.

Aunque ya se hayan transitado etapas bastante complejas hacia la supranacionalidad, los Estados se siguen mostrando celosos al momento de cuidar o ceder parte de su soberanía. Concordantemente, Azpitarte Sánchez afirma que “la legitimidad de la Unión tiene que continuar ligada a los pueblos estatales, de manera que seguirá cobrando su legitimidad de los procesos constitucionales de ratificación, y el ordenamiento comunitario continuará teniendo un fundamento derivado (y no originario)”⁶².

Considerando lo indicado en los puntos anteriores, se puede ir delineando la insuficiencia de un fundamento estrictamente normativo para arribar a una decisión como la del TCFA. En ese sentido, lo ocurrido en Irlanda confirma tal hipótesis. Pese a que no existen los elementos como para afirmar a ciencia cierta (si es que hay una ciencia “cierta” no formal) cuáles fueron las causas del rechazo de 2008 al Tratado de Lisboa, la postura de Alonso García tiene elementos bastante sólidos. Tras una rápida lectura de la Constitución irlandesa, se advierte fácilmente que en ella se ven consagrados ciertos valores de un modo peculiar (principalmente en cuanto a las creencias religiosas y la familia). Paralelamente, el puente que

⁶⁰ Ver nota 9 del presente trabajo.

⁶¹ Arnold, Rainer, *Conflictos entre ordenamientos y su solución*, p. 102.

⁶² Azpitarte Sánchez, Miguel, *op. cit.*, p. 84.

tiende la Constitución de Irlanda al derecho de la UE casi es derribado por otra disposición constitucional que le permitió al pueblo expresar su disconformidad con la adhesión al reformador Tratado de Lisboa.

Siguiendo esa línea de análisis, se debe empezar a tener en cuenta otro elemento del derecho comunitario: el factor social, que junto a los factores políticos, económicos y jurídicos (y no alguno de ellos tomado aisladamente) conforman la noción pluridimensional de la integración, o bien del derecho comunitario (entendido éste como una especie de la integración)⁶³.

A partir de lo expuesto, se ratifica la necesidad de robustecer otros niveles de análisis al quedar demostrada la precariedad de la legitimidad normativa externa e interna del derecho comunitario. En lo concerniente a los análisis constitucionales o jurídicos, puede sostenerse que aquellos estudios se han vuelto cada vez más complejos, integrando factores sociales y culturales. Por lo tanto, se hace ineludible acompañar elementos que traspasen los límites normativos, para posibilitar la regulación de los diferentes contextos europeos en un ordenamiento comunitario común. Aunque se plantee como una tarea de difícil realización, para alcanzar una normativa más eficaz es vital perseguir una comprensión global de diferentes particularidades locales. Con ese objetivo, es imperante no sólo integrar las diversas cuestiones constitucionales en el derecho comunitario, sino también los elementos sociales y políticos subyacentes de cada ley fundamental o decisión de un tribunal, como el euroescepticismo británico o el catolicismo extremo de los irlandeses. De este modo, se enfrentan dos caminos.

Por un lado, en tanto cada Estado miembro tiene una identidad específica –valor expresamente reconocido en varios tratados de la UE–, probablemente se podría variar el límite de algunos caracteres de la normativa comunitaria para garantizar su acatamiento. Ello obviamente sería problemático, ya que podría implicar una menor injerencia del derecho comunitario. No obstante, quizá sea preferible establecer diversos alcances normativos según las necesidades de cada Estado y predicar las notas típicas del derecho comunitario solamente respecto de cuestiones fundamentales, antes que corroer la estabilidad del derecho comunitario en un vano intento de asimilar jurídicamente realidades absolutamente disímiles.

⁶³ Scotti, Luciana, *op. cit.*, p. 3.

Por otro lado, también es cierto que, en el contexto actual de la UE, lo más conveniente sería evitar un retroceso en el valioso desarrollo que tuvo el derecho de la Unión. Así, se debería perseguir un cambio en ambos órdenes. Desde el espacio comunitario, reforzando el principio de subsidiariedad en cuanto al ejercicio de competencias⁶⁴; lo cual traería aparejada una menor regulación comunitaria, aunque sobre cuestiones más sustanciales⁶⁵. Desde el orden estatal, dejando las posturas tímidas y oscuras respecto de su relación con el derecho comunitario. La tensión constante entre la supuesta soberanía estatal –o la supremacía constitucional– y la primacía del derecho de la Unión no aporta nada al proyecto común europeo. Es más, la falta de resolución de estos temas asisten a la desaceleración de la integración en otros niveles. Si los Estados optasen por sincerarse y se abandonasen las posturas vagas de los tribunales constitucionales⁶⁶, se abriría el campo general de la normativa comunitaria y se precisarían sus contornos. Por eso, en el nuevo contexto europeo debe darse un proceso de complementación de políticas estatales y comunitarias que, advirtiendo los aspectos sociales y culturales actuales, reformule el ámbito del derecho comunitario. En esta línea, Konrad Hesse considera que “la futura Unión

⁶⁴ El art. 1 apartado 6 del Tratado de Lisboa, que recoge el texto del TUE, prescribe: “en virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión”.

⁶⁵ De hecho, en la decisión sobre el Tratado de Lisboa (ver nota 44), el Consejo Constitucional francés sentó sus dudas sobre el alcance otorgado al principio de subsidiariedad, estableciendo que “sin embargo, la aplicación de este principio podría no ser suficiente para impedir que las transferencias de competencia autorizadas por el Tratado revistan una amplitud o intervengan según modalidades tales que puedan verse afectadas las condiciones esenciales de ejercicio de la soberanía nacional”.

⁶⁶ Josu de Miguel Bárcena postula “que el TJCE y los tribunales constitucionales nacionales no están de acuerdo en los casos de zona de penumbra en la apreciación de la regla de la primacía, lo que conlleva una visión distinta de la relaciones entre ordenamientos. En este nuevo escenario, lo importante es vislumbrar en qué medida y de qué forma, los altos tribunales se incardinan en el nuevo equilibrio de poderes que tiene lugar en el conglomerado jurídico de la integración europea [...]. La cooperación y el diálogo jurisprudencial en forma de prevención permanente por parte de los tribunales constitucionales nacionales sólo tiene sentido si se llega hasta el final de los argumentos jurídicos y se incorpora a la tradición constitucional común europea que tanto se predica la Constitución material de cada Estado miembro”. Ver: De Miguel Bárcena, Josu, *op. cit.*, p 1560.

Europea sólo podrá cumplir eficazmente sus tareas si su ejecución es descentralizada y observa el principio de subsidiariedad; esto es, si se limita a cuanto requiera una regulación uniforme”⁶⁷. Aunque también señala que “cuanto más conecte el derecho constitucional con tales circunstancias —el cambio en la realidad histórica—, cuanto mejor asuma las fuerzas y tendencias de cada época, mejor podrá desplegar sus efectos. Cuando intente aferrarse a formas históricamente superadas o cuando, por el contrario, se proponga una utopía, fracasará inevitablemente ante la realidad”⁶⁸.

En ese orden de ideas, es preciso citar la concepción de Peter Häberle respecto de la europeización del “Estado constitucional europeo”. Este jurista alemán propone no sólo sumar la cultura a los tres elementos tradicionales del “Estado” (pueblo, poder y territorio), sino que opina que la cultura debe ser el que los “llene”. Por ello, ese “Estado Constitucional europeo” será el resultado de la interacción de las diferentes identidades de los pueblos europeos, resaltándose así una de las notas peculiares de la integración en Europa: la pluralidad⁶⁹. Coincidentemente, Rainer Arnold expresa que es de suma necesidad asegurar un plano de equilibrio entre la supranacionalidad de la UE y la garantía de preservación de la identidad nacional de los Estados miembros⁷⁰. De modo similar a la concepción häberliana de *cultura*, Arnold se refiere a la identidad nacional como una noción compleja que tiene elementos del mundo del Derecho, del ámbito de la cultura, de la autopercepción histórica, etc.⁷¹.

Indudablemente, estas nuevas bases de estudio proveerán mejores soluciones a problemas como la falta de articulación entre la normativa de la UE y la de sus Estados miembros, y además harán que las conclusiones que

⁶⁷ Y añade: “de todas formas, es innegable un profundo cambio: la evolución del Estado desde su concepción tradicional como soberano, nacional, relativamente, hermético, hacia el Estado actual internacionalmente imbricado y supranacionalmente vinculado, se corresponde con la pérdida de primacía y de la entidad e importancia que hasta muy recientemente había tenido su Constitución”. Ver: Hesse, Konrad, “Constitución y Derecho Constitucional”, en *Manual de Derecho Constitucional*, Instituto Vasco de Administración Pública, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 14.

⁶⁸ Hesse, Konrad, op. cit., p. 8.

⁶⁹ Häberle, Peter, “El Estado Constitucional europeo”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo* (ReDCE), n° 11, 2009.

⁷⁰ Arnold, Rainer, “El Tratado de reforma de Lisboa: algunas reflexiones desde la perspectiva alemana”, en ReDCE, n° 9, p. 243.

⁷¹ Arnold, Rainer, “El Tratado de reforma de Lisboa: algunas reflexiones desde la perspectiva alemana”, en ReDCE, n° 9, p. 243.

se puedan obtener respecto de la viabilidad del esquema comunitario –en todos sus aspectos– sean más valiosas y precisas. En la actualidad, tales estudios y proyecciones se hacen cada vez más necesarios, ya que la crisis bursátil mundial desatada a fines de 2008 y sus ramificaciones han herido severamente la solidez comunitaria y estadual; probablemente, mucho más que el primer rechazo irlandés al Tratado de Lisboa, o el fracaso del *Tratado Constitucional*. Si bien hasta ahora las consecuencias negativas se advierten principalmente a nivel económico, con los problemas de Grecia⁷², se están empezando a vislumbrar serias dificultades en el horizonte comunitario. Ello se debe en parte a que los Estados europeos y los organismos internacionales de crédito comenzaron a prestar un poco más de atención, y se encontraron con cuestiones similares en varios países miembros de la UE. Es decir, que los griegos no están solos en la crisis, sino que España y Portugal asimismo se hallan en situaciones muy delicadas, con tasas de desempleo superiores al 20 % y aumentos constantes de déficit y deudas del sector público; y, en ambos casos, con relaciones porcentuales alarmantes respecto del PBI. En estos últimos países, y también en Francia, Italia, el Reino Unido y otros miembros de la UE, ya se han anunciado varios planes basados en drásticos recortes fiscales y aumentos impositivos⁷³. Pero los inconvenientes no sólo atraviesan fronteras, afectando a los Estados vecinos, sino que alcanzan a la estructura misma de la UE. En primer lugar, de un modo directo, con la depreciación del euro⁷⁴, la cual alteró bruscamente las arcas de organización. En segundo lugar, y ya volviendo a aspectos más ligados con el tema central del presente trabajo, con las dudas del resto de los Estados miembros sobre hasta qué punto deben ayudar a

⁷² En abril de 2010 varios países de la UE, especialmente los miembros de la eurozona, aprobaron, junto al Fondo Monetario Internacional (FMI), un plan de ayuda económica-financiera para el Estado griego, subsumido en un presente de altísimo déficit público y de decrecimiento sostenido de la economía, por más de 100.000 millones de euros. Pero tal plan tiene, al menos, dos obstáculos: 1) una tasa de interés muy baja, lo cual hace que se trate más de una donación que de un préstamo; 2) implica una serie de cambios de difícil realización a corto plazo (reducción de 30.000 mil millones de euros de gasto público a tres años).

⁷³ Todos estos Estados han fijado aumentos del IVA en un promedio de dos puntos porcentuales y han dispuesto la abolición de exenciones fiscales. Al mismo tiempo, las reducciones del gasto público van desde los 7200 millones de euros en el Reino Unido, a 10.000 en Alemania, 15.500 en España y 24.000 en Italia.

⁷⁴ El 10 de mayo de 2010 se oficializó la aprobación de un fondo de emergencia (también acordado por Estados miembros y por el FMI) para el blindaje del euro y la solvencia de las deudas públicas nacionales, por montos superiores a los 750.000 mil millones de euros.

otras economías estatales que sufren los resultados de administraciones aun más ineficaces. A su vez, estas dudas surgen desde dos frentes: 1) por un lado, desde la sociedad, que ve como una posibilidad cierta e injusta que se destinen recursos propios, cada vez más comprometidos, a otros países; 2) por otro, desde los sectores dirigenciales, ya que los gobernantes no quieren cargar con el costo político de asumir deudas extranjeras cuando apenas pueden lidiar con las propias. Cabe señalar que los últimos dos casos ya no son meras dudas o hipótesis, sino que se han manifestado en Alemania⁷⁵ y el Reino Unido a lo largo de 2010.

Por lo tanto, en el presente contexto surgen muchísimos interrogantes respecto del futuro de la UE que, si bien no corresponden estrictamente al derecho comunitario, sirven para afirmar la reformulación de su concepción, la cual debe obviamente extenderse e ir más allá de las vicisitudes normativas. Así, los nuevos estudios deben atender a una gama cada vez más vasta de elementos y de variables, que sea consistente con todas las complejidades que involucra el derecho comunitario, y que al mismo tiempo no son más que un derivado de complicaciones que sufre la laberíntica Unión Europea⁷⁶.

V. *EXCURSUS* FINAL: UN NUEVO PARADIGMA POLÍTICO-JURÍDICO EUROPEO

Más allá de las conclusiones sobre la amplitud que deban tener los análisis del derecho comunitario y sobre el alcance de ciertas notas típicas según las disposiciones constitucionales, considero pertinente retomar cuestiones tratadas a lo largo del trabajo para abordar algunos cambios concretos en los ámbitos normativos y administrativos europeos. Así, se debe distinguir entre los cambios producidos en el proceso de europeización referido por Häberle a nivel constitucional⁷⁷, y aquellos a nivel legal

⁷⁵ Precisamente con la derrota de la coalición gubernamental de demócratas cristianos y liberales (de la cual forma parte la canciller, Angela Merkel) en las elecciones regionales que tuvieron lugar el 9 de mayo de 2010 en el *land* más próspero de Alemania (Renania del Norte-Westfalia).

⁷⁶ Enrique Del Percio considera que “[...] una realidad particularmente compleja no se deja atrapar sino desde una mayor articulación entre las múltiples perspectivas de estudio: sociología, economía, psicología, derecho, antropología, demografía, historia, ciencia política, etc.”. Ver: Del Percio, Enrique, *Tiempos Modernos. Una teoría de la dominación*, Buenos Aires, Altamira, 2000, p. 63.

⁷⁷ Los cuales no son muy relevantes, sino más bien imprecisos.

o reglamentario, sobre los cuales sí se puede afirmar la plena eficacia de los principios de derecho comunitario. Con respecto a este último nivel, es pertinente citar al jurista italiano Sabino Cassese, quien relaciona el proceso de internacionalización (o europeización, en el marco del presente trabajo) con el fenómeno del ordenamiento público global (o *global governance*), cuyas caracteres más destacables son: a) el carácter compuesto y yuxtapuesto de elementos jurídicos estatales, internacionales y supranacionales interdependientes; b) ausencia de supremacía entre organizaciones y Estado en algunos espacios; y, c) la alteración de los modos de producción de derecho (poliocentrismo y multipertenencias de los ordenamientos generales); entre otros⁷⁸.

Según lo expuesto, puede sostenerse, siguiendo a Cassese o Häberle, que se está ante un proceso dinámico cuyos alcances no pueden ser predefinidos con exactitud. Concretamente, en Europa se está presenciando un cambio estructural de los ordenamientos jurídicos, de los esquemas estatales de producción y aplicación de normas, y también de las formas de organización estatal. Con el surgimiento de la Unión Europea, una entidad supraestatal, se ha vuelto innegable la variación de la relación entre el derecho interno de cada país (de nivel infraconstitucional) y el derecho comunitario. Más precisamente, se podría afirmar que se está enfrentando una crisis de las construcciones normativas tradicionales a partir de la evolución de nuevos ámbitos de producción y aplicación en instituciones comunitarias. Semejantes cambios no sólo afectan el binomio derecho interno-derecho comunitario y las cuestiones de primacía de uno u otro orden, sino que se extienden alterando las estructuras normativas y administrativas de cada Estado y de la UE.

Lo importante, entonces, será rescatar elementos que permitan realizar un estudio y un seguimiento particularizado de ese desarrollo de la europeización, para poder moldear cuanto sea posible y de la manera más óptima las bases de esas redefiniciones jurídicas y administrativas.

En conclusión, los referidos cambios suponen no sólo la necesidad de estudios más dilatados de materias estatales y comunitarias (y consiguientemente de derecho interno y de derecho comunitario), sino también la crisis definitiva de un modelo de aprehensión de cuestiones jurídicas y políticas demasiado ceñido. A su vez, todo ello implica el paso a un nuevo

⁷⁸ Cassese, Sabino, *La Crisis del Estado*, Lexis Nexis, 2003, p. 44, 46, 94, 95.

paradigma, en el cual las distintas esferas aparecerán, al mismo tiempo, más difusas e interdependientes.

BIBLIOGRAFÍA

- ARNOLD, Rainer, “Conflictos entre ordenamientos y su solución”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo* (ReDCE), n° 1, 2004.
- “El Tratado de reforma de Lisboa: algunas reflexiones desde la perspectiva alemana”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo* (ReDCE), n° 9, 2008.
- AZPITARTE SÁNCHEZ, Miguel, “Las relaciones entre el derecho de la Unión y el derecho del Estado a la luz de la Constitución Europea”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo* (ReDCE), n° 1, 2004.
- CASSESE, Sabino, *La Crisis del Estado*, Lexis Nexis, 2003.
- CELOTTO, Alfonso, “Normas comunitarias y derecho italiano”, en Bazán, Víctor (coordinador), *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, Abeledo Perrot, 2010.
- CRAIG, Paul, “The ECJ, National Courts and the Supremacy of Community Law”, en Ingolf Pernice/Roberto Miccù (eds.), *The European Constitution in the Making*, Nomos, Baden-Baden, 2003.
- DE FARAMIÑÁN GILBERT, Juan Manuel, “El Tratado de Lisboa (un juego de espejos rotos)”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (REEI).
- DE MIGUEL BÁRCENA, Josu, “La justicia constitucional en la teoría de la Constitución Europea”, en Bazán, Víctor (coordinador), *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, Abeledo Perrot, 2010.
- DE VERGOTTINI, Giuseppe, “Garantía de la identidad de los ordenamientos estatales y límites de la globalización”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 18, UNED, 2006.
- DEL PERCIO, Enrique, *Tiempos Modernos. Una teoría de la dominación*, Buenos Aires, Altamira, 2000.
- DIETER-BORCHARDT, Klaus, *El ABC del Derecho Comunitario*, Documentación Europea, 2000.
- ELEFTHERIADIS, Pavlos, “Parliamentary Sovereignty and the Constitution”, en *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. XXII, n° 2, 2009.
- GAROT, Marie-José, “La Constitución francesa y el derecho comunitario: un repaso de la historia entre dos ordenamientos jurídicos”, en *Revista Cuadernos de Derecho Público*, Instituto Nacional de Derecho Público, Madrid, 2008.

- HÄBERLE, Peter, “El Estado Constitucional europeo”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo (ReDCE)*, n° 11, 2009.
- “La constitución en el contexto”, en *Anuario Iberoamericano de Derecho Constitucional*, n° 7, 2003.
- HESSE, Konrad, “Constitución y Derecho Constitucional”, en *Manual de Derecho Constitucional*, Instituto Vasco de Administración Pública, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- IZA, Alejandro, *Unión Europea ¿Paradigma de la integración?*, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, UBA, 2004.
- LINDFELT, Mats, *A bill of rights for the European Union?*, Instituto de Derechos Humanos, Åbo Akademi.
- ORTIZ VAAMONDE, Santiago, “El Tribunal Constitucional ante el derecho comunitario”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 21, n° 61, 2001.
- RODRÍGUEZ IGLESIAS, Gil Carlos, “El Consejo Constitucional de Francia reconoce la competencia exclusiva del juez comunitario para examinar la validez de una directiva”, en *Revista Derecho Comunitario Europeo*, n° 18, 2004.
- SCOTTI, Luciana, “La integración regional y el Derecho de la Integración - El caso del MERCOSUR: luces y sombras”, en *Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración*, n° 18, Diario Jurídico El Dial, 2006.
- TERUEL LOZANO, Germán M., “El Tribunal Constitucional ante el principio de primacía en el derecho comunitario”, en *Anales de Derecho*, n° 26, Universidad de Murcia, 2006.

VICISITUDES DE LA CONTRATACIÓN EVENTUAL

MARIANO ÁNGEL ARMANINI*

Resumen: La modalidad de contratación eventual ha suscitado desde su aparición en el mundo laboral no pocos reparos o inquietudes. Tanto más, cuando esta contratación es efectuada, no ya directamente por el empleador, sino a través de las denominadas empresas de servicios eventuales, produciéndose así una triangulación de la relación de trabajo (empresa usuaria, empresa de servicios eventuales y trabajador eventual) y al mismo tiempo la disociación de las facultades de empleador (empresa usuaria y empresa de servicios eventuales).

Dentro de los contornos de esta temática, existen dos aspectos particularmente problemáticos. Uno, el referido a la posibilidad (o no) de invocar el período de prueba, desfavorable al trabajador, en general, y al trabajador eventual en particular. Otro, el atinente al cumplimiento de las normas de higiene y seguridad en el trabajo.

Abstract: Temporary employment contracts have raised not few objections and doubts within the labor environment. Especially, when these contracts are entered into not directly by the employer, but through the so-called temporary service companies, producing a triangulation in the employment relationship (user company, temporary service company, and temporary worker) and, at the same time, the dissociation of employer's rights (user company and temporary service company).

Within this topic, there are two issues. One is that regarding the possibility of alleging the test period, unfavorable to the worker, in general, and particularly to

* Estudiante de Abogacía (UBA), al momento de la elaboración, presentación a la revista y evaluación del trabajo para su publicación. Graduado de la carrera de Abogacía (UBA) en el año 2010. Ayudante Alumno en el Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, cátedra del Dr. Luis Ramírez Bosco. Agradezco a mi madre, siempre incondicional y a Claudio S. Virgili, docente, mentor y amigo, por su incesante apoyo y dedicación.

the temporary worker. The other issue is the compliance with hygiene and safety standards at the workplace.

Palabras clave: Contrato de trabajo – Modalidad de contratación eventual – Incompatibilidad del período de prueba – Principio protectorio – Regla *in dubio pro operario* – Incumplimiento de las normas de higiene y seguridad – Disociación del rol de empleador – Responsabilidad solidaria.

Keywords: Employment contract – Temporary contract – Incompatibility of test period – Protection principles – *In dubio pro operario* rule – Non-compliance with hygiene and safety standards – Dissociation of employer role – Joint liability.

I. INTRODUCCIÓN

“Modalidad de contratación eventual”, “contrato de trabajo eventual” o “contrato de servicios temporales” son algunas de las denominaciones que recibe en nuestro medio este singular modo de encarar el contrato de trabajo. Pero también –y no necesariamente por mera casualidad– resulta conocido en la jerga laboral con el mote de “contrato basura”, indisociablemente ligado a esta figura (y a tantas otras hoy sanamente derogadas).

Tal vez, aquel último calificativo esté ligado no ya a la modalidad de contratación en sí misma, sino mayoritariamente al modo en que frecuentemente se desarrolla. No en vano apuntaba, Goldín al tratar esta temática hace casi veinte años, lo siguiente:

Habrá que admitir, antes de toda otra consideración, que incurrimos en una institución –la empresa de trabajo temporal (en lo sucesivo ETT)– que suscita desconfianza y recelo. No parece imprescindible desplegar un gran esfuerzo para sustentar esa proposición [...]. Es que por más que reniegue de sus ancestros, le llevará tiempo a las ETT desprenderse del estigma filiatorio que las vincula con las agencias de colocación, paradigma histórico del abuso en la contratación laboral¹.

¹ GOLDÍN, Adrián O., *Las empresas de trabajo temporal en la Argentina*, Comunicación Argentina al Seminario sobre Libertad de Empresa y Relaciones Laborales, Galicia

O, tal vez, el mote se deba a que desde su aparición² en el texto de la Ley de Contrato de Trabajo (LCT), el instituto se ha caracterizado por ser tratado, en palabras de Confalonieri (h.), con una “evidente falta de precisión”.³ Señala el jurista mencionado que la cuestión trata de un instituto –Ley Nacional de Empleo (LNE) de por medio– que bajo el rótulo de “eventual” encierra tres tipos contractuales diferentes, uno de los cuales, a su vez, admite dos subtipos claramente diferenciados. En concreto: 1) contrato eventual propiamente dicho; 2) contrato por obra o servicio determinado; 3.a) contrato de interinidad por sustitución, y 3.b) contrato de interinidad por vacancia.⁴

En resumidas cuentas, no escasean motivos para, cuando menos, dudar de la finalidad teórica pero sobre todo práctica de la institución.

II. APROXIMACIÓN A LA CONTRATACIÓN EVENTUAL

La contratación eventual, indistintamente de la causa que le hubiere dado origen (art. 99, LCT; art. 69, LNE)⁵, canaliza su operatividad a través de dos esquemas básicos de funcionamiento.

(La Toja–Santiago de Compostela, 12 al 16 de abril de 1993), DT, LIII-B, p. 1031 y ss. Ed. La Ley.

² Esta terminología no se hallaba contemplada en el articulado del antiguo Código de Comercio ni en la reforma introducida por la Ley 11.729, del 21 de septiembre de 1934. En realidad, la utilización del vocablo “eventual”, así como tantos otros referidos a la cuestión (v.g. accidentales, transitorias, precarias, interinas, provisorias, por nombrar algunos) fue introducida por la doctrina y la jurisprudencia. Para un estudio más acabado de la evolución del término, véase: CONFALONIERI, Juan Ángel (h.), “Contrato de trabajo eventual”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2002, en especial, capítulo I.

³ CONFALONIERI, Juan Ángel (h.), *op. cit.*, p. 2.

⁴ El desarrollo de cada uno de estos tipos contractuales excede las metas del presente trabajo. Para un mayor tratamiento, véase: CONFALONIERI, Juan Ángel (h.), *opus cit.*; LIVELLARA, Carlos, *El contrato de trabajo eventual*, en el “Tratado de Derecho del Trabajo” dirigido por ACKERMAN, Mario E. y coordinado por TOSCA, Diego M., tomo II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, ps. 480 a 496.

⁵ Art. 99, LCT: “Cualquiera sea su denominación, se considerará que media contrato de trabajo eventual cuando la actividad del trabajador se ejerce bajo la dependencia de un empleador para la satisfacción de resultados concretos, tenidos en vista por éste, en relación a servicios extraordinarios determinados de antemano o exigencias extraordinarias y transitorias de la empresa, explotación o establecimiento, toda vez que no pueda preverse un plazo cierto para la finalización del contrato. Se entenderá además que media tal tipo de relación cuando el vínculo comienza y termina con la realización de la obra, la ejecución del acto o la prestación del servicio para el que fue contratado el trabajador.

El primer esquema se caracteriza por el establecimiento de una relación bilateral entre un empleador y un trabajador eventual.

Básicamente, el empleador contrata en forma directa la prestación del trabajador para

- a. satisfacer resultados concretos, con relación a servicios extraordinarios determinados de antemano o exigencias extraordinarias y transitorias de la empresa, explotación o establecimiento, toda vez que no pueda preverse un plazo cierto para la finalización del contrato (art. 99, LCT) –contrato eventual propiamente dicho–;
- b. cuando el vínculo comienza y termina con la realización de la obra, la ejecución del acto o la prestación del servicio para el que fue contratado el trabajador (art. 99, LCT) –contrato por obra o servicio determinado–;
- c. sustituir transitoriamente trabajadores permanentes de la empresa que gozarán de licencias legales o convencionales o que tuvieran derecho a reserva del puesto por un plazo incierto (art. 69, LNE) –contrato de interinidad por sustitución–;
- d. así como, “[...] cuando sea menester ocupar provisionalmente un nuevo puesto de trabajo, surgido a raíz de una reestructuración tecnológica o meramente organizativa, o bien un puesto ya existente que haya quedado vacante porque el que lo ocupaba ha dejado de hacerlo” –contrato de interinidad por vacancia–⁶.

El vínculo en este primer caso es eventual; desaparecida la causa originaria, el contrato de trabajo se extingue.

Además, en lo atinente a los requisitos formales, el contrato deberá instrumentarse por escrito, con obligación de entregar copias al trabajador

El empleador que pretenda que el contrato inviste esta modalidad, tendrá a su cargo la prueba de su aseveración”.

Art. 69, LNE: “Para el caso que el contrato de trabajo eventual tuviera por objeto sustituir transitoriamente trabajadores permanentes de la empresa que gozaran de licencias legales o convencionales o que tuvieran derecho a reserva del puesto por un plazo incierto, en el contrato deberá indicarse el nombre del trabajador reemplazado.

Si al reincorporarse el trabajador reemplazado, el trabajador contratado bajo esta modalidad continuare prestando servicios, el contrato se convertirá en uno por tiempo indeterminado. Igual consecuencia tendrá la continuación en la prestación de servicios una vez vencido el plazo de licencia o de reserva del puesto del trabajador reemplazado”.

⁶ CONFALONIERI, Juan Ángel (h.), *op. cit.*, p. 145.

y a la asociación sindical que lo represente, dentro del plazo de treinta días de la celebración del contrato (art. 31, LNE, texto según Ley 25.013), pues el empleador que pretenda que el contrato invista la modalidad eventual, correrá con la carga probatoria de tal aseveración (art. 99, LCT). Sin perjuicio de ello, es preciso señalar que en el contrato de interinidad por sustitución (art. 69, LNE) deberá indicarse el nombre del trabajador reemplazado⁷, y en los casos en que tenga por objeto atender exigencias extraordinarias del mercado deberá ser consignada en el contrato de modo claro y preciso la causa que justifique el recurso a la modalidad de contratación eventual (art. 72, inc. a, LNE).

El segundo esquema, un tanto más complejo, comporta la triangulación de la relación de trabajo (empleador o empresa usuaria, empresa de servicios eventuales y trabajador eventual). Es decir, dados los mismos supuestos mencionados previamente, el empleador o empresa usuaria opta por contratar con una empresa de servicios eventuales la provisión de un trabajador, descartando así la contratación directa.

En este caso, deviene necesario identificar tres vínculos.

El primero consiste en el contrato comercial de provisión celebrado entre la empresa usuaria y la empresa de servicios eventuales. En principio, esta vinculación reviste un estricto carácter comercial y resulta ajena al Derecho del Trabajo. Claro está, en tanto no comporte algún tipo de maniobra fraudulenta que repercuta en perjuicio del trabajador involucrado.

El segundo vincula a la empresa de servicios eventuales y al trabajador eventual. A diferencia de los propios trabajadores permanentes de la empresa de servicios eventuales, el trabajador eventual no desempeñará tareas en el establecimiento de ésta, sino que será asignado a distintas empresas usuarias. Vale decir, que el vínculo es permanente, pero las prestaciones invariablemente serán discontinuas (art. 4º, decreto reglamentario 1694/06)⁸.

⁷ Reviste especial interés la indicación del nombre del trabajador reemplazado, dado que si al momento de su reincorporación, el trabajador reemplazante continuare prestando servicios, el contrato de trabajo eventual se convierte en uno por tiempo indeterminado (art. 69, párrafo 2º, LNE). Igual solución prevé la norma en caso de continuar con la prestación de servicios al vencimiento del plazo de licencia o de reserva del puesto del trabajador reemplazado.

⁸ Dada la tónica de estas prestaciones, y en resguardo del carácter alimentario que posee la remuneración para el trabajador, el art. 5º del decreto reglamentario 1694/06 establece que los períodos sin asignación de tareas no podrán superar los cuarenta y cinco días corridos o los noventa días alternados en un año aniversario.

Por último, el tercer vínculo se entabla entre el trabajador eventual y la empresa usuaria, puesto que es en el establecimiento de esta última donde el trabajador prestará sus servicios, hasta tanto desaparezca la causa que diera origen a la contratación.

Sentados los esquemas que anteceden, existen determinadas cuestiones relacionadas con la modalidad de contratación eventual que se presentan como interrogantes y que, al menos, invitan a formular alguna reflexión.

III. SOBRE LA INCOMPATIBILIDAD DEL PERÍODO DE PRUEBA

Respecto de su naturaleza jurídica, el instituto del período de prueba (art. 92 bis, LCT) se manifiesta como aquel lapso de tiempo, actualmente de tres meses⁹, en el cual las partes de un contrato de trabajo por tiempo indeterminado —excepto el de temporada— tienen la oportunidad de analizar las características del trabajo que deberá realizar el trabajador contratado, sus calificaciones y aptitudes, o incluso para que este último evalúe si el puesto de trabajo y las condiciones generales de contratación se encuentran dentro de sus expectativas.

Desde lo técnico, y a pesar de la letra del texto normativo¹⁰, el período de prueba constituye aquel lapso de tiempo en que el empleador puede permitirse prescindir de los servicios del trabajador, sin obligación de abonar indemnización en razón de la extinción del contrato de trabajo.¹¹

⁹ En principio, nada obsta al hecho de que las partes de mutuo acuerdo, o unilateralmente el empleador, decidieren restringir la duración del período de prueba, o inclusive dispensar su utilización. Tampoco debe descartarse la posibilidad de que por vía de negociación colectiva, se hubiere pactado una duración menor para el instituto en análisis.

¹⁰ Si bien el art. 92 bis LCT establece que “*cualquiera de las partes podrá extinguir la relación durante ese lapso sin expresión de causa... pero con obligación de preavisar...*”, la práctica da cuenta de que son significativamente más frecuentes las ocasiones en las que el empleador hace uso de esta facultad.

¹¹ En sentido coincidente, Fernández Madrid señala que “(c)omo está concebido en nuestro derecho, el período de prueba es pura y simplemente un lapso durante el cual el empleador en forma prácticamente discrecional puede poner fin al contrato de trabajo sin abonar indemnizaciones de ninguna clase salvo la correspondiente al preaviso (de 15 días omitido)”. FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos, “Ley de Contrato de Trabajo Comentada y Anotada”, 1º edición, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 1027. Por su parte, apunta Machado que “(e)n el orden nacional... se ha opinado con sólidas razones que los beneficios resultantes del período de prueba alcanzan sólo al empleador y que los mismos, por sobre todo, son de orden económico al permitirle utilizar mano de obra temporaria desprovista de

Señalaba Confalonieri (h.) que sostener la no aplicación del período de prueba a la modalidad de contratación eventual, sobre la base del argumento de que el art. 92 bis, LCT, menciona solamente al contrato de trabajo por tiempo indeterminado¹², es un planteo que él no puede compartir¹³. Quizás, aquel argumento resultaba medianamente viable cuando el instituto admitía ampliación por vía de negociación colectiva, de acuerdo con lo establecido por el art. 92 bis, LCT, sucesivamente regido por las leyes 24.465, 25.013 y 25.250. Por el contrario, actualmente se encuentra regulado por el texto introducido por ley 25.877, ciertamente más restrictivo que los anteriores –con razón, a mi entender–, respecto de un instituto que en los hechos resulta desfavorable para el trabajador.

Por otra parte, el art. 9º, párrafo 2º, LCT, contempla la regla operativa del principio protectorio denominada *in dubio pro operario*, cuyo texto actual según ley 24.628, retomando el texto originario del régimen de contrato de trabajo, establece que “(s)i la duda recayese en la interpretación o alcance de la ley, o en [la] apreciación de la prueba en casos concretos, los jueces o encargados de aplicarla se decidirán en el sentido más favorable al trabajador”.

En esa tónica, y visto que el instituto del período de prueba no sólo no comporta ventaja alguna para el trabajador, sino lo que es más, le es claramente desfavorable, la duda en cuanto al alcance del art. 92 bis, LCT, sobre su aplicación exclusiva a los contratos por tiempo indeterminado –excepto el de temporada–, o también a los contratos por tiempo determinado, debiera resolverse, invariablemente y sin más preámbulo, en el primero de ambos sentidos¹⁴.

Al mismo tiempo, cabe afirmar que el fundamento que torna inviable la posibilidad de contemplar un contrato eventual con período de prueba se

justificación objetiva”. MACHADO, José Daniel, en la “Ley de Contrato de Trabajo comentada y concordada”, 1º edición, dirigida por VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, y coordinada por OJEDA, Raúl Horacio, tomo I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, p. 643.

¹² A favor: MONTORO GIL, Gonzalo Vicente, *El art. 92 bis de la ley de contrato de trabajo: el instituto del preaviso y la indemnización por despido. Su eventual aplicación*, DT, 1997-B, 1539 y sigtes., en especial p. 1140, Ed. La Ley, y del mismo autor, *El trabajo eventual y el período de prueba*, DT, 1999-A, p. 238 y ss., Ed. La Ley.

¹³ CONFALONIERI, Juan Ángel (h.), *opus cit.*, p. 122.

¹⁴ Un criterio del mismo orden apunta Virgili en RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge – VÁZQUEZ VIALARD, Antonio – VIRGILI, Claudio Sebastián – POCLAVA LAFUENTE, Juan C. y GONZÁLEZ, Ricardo (h.), “Ley de contrato de trabajo comentada”, 1º edición, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 427.

refiere a una cuestión de incompatibilidad¹⁵. En parte, debido a la esencia o causa de la propia contratación eventual. Otro tanto, en razón de los esquemas a través de los cuales se desenvuelve.

En lo que a la esencia de la contratación eventual se refiere, esta modalidad impide conocer de antemano el plazo de duración de la causa que le ha dado origen. De conocerse tal plazo, el instrumento adecuado es –o debería ser– la contratación por tiempo determinado (art. 90, LCT). Dicho de otro modo, la razonabilidad de establecer un período de prueba partiendo de un supuesto base de imposibilidad de determinación del plazo, como es el caso del contrato de trabajo eventual, no pareciera arribar a buen puerto.

Además, en el supuesto de que exigencias extraordinarias del mercado requieran de tal tipo de modalidad contractual, la causa originaria de la contratación no podrá exceder de seis meses por año y de hasta un máximo de un año en un período de tres (art. 72, LNE). Esto implica, a su vez, que a la imposibilidad de determinación del plazo se debe agregar el “efecto de cuenta regresiva” previsto por la norma. En otras palabras: traspuestos los plazos legales, hablar de exigencia extraordinaria o transitoriedad, carece de sentido.

Hasta aquí, las consideraciones expuestas bien pueden servir de argumento cuando la contratación eventual es celebrada directamente por el empleador.

Sin embargo, y ya desde hace tiempo, la contratación bajo esta modalidad se efectúa de manera considerable a través de las denominadas empresas de servicios eventuales (ESE).

Tal como fuera señalado al comienzo del presente trabajo, las ESE han cargado tradicionalmente con el bagaje negativo de las agencias de colocación, y, en no pocas oportunidades, también se las ha confundido con las empresas consultoras y las de selección de personal¹⁶. En la actualidad, y

¹⁵ La noción de “compatibilidad” es introducida por CONFALONIERI, Juan Ángel (h.), *opus cit.*, pág. 119.

¹⁶ Señala Virgili, que “(n)o debe confundirse esta regulación [se refiere a las empresas de servicios eventuales] con el régimen vinculado a las agencias privadas de colocación con fines de lucro, cuyo funcionamiento había sido prohibido por la ley 13.591. En la actualidad tras la ratificación del convenio n° 96 sobre las agencias retribuidas de colocaciones (revisado) de 1949, de la Organización Internacional del Trabajo –aprobado por Ley 24.648–, su funcionamiento se encuentra reglamentado por las disposiciones del decreto 486/01. De la opción contenida en el referido convenio (de suprimir progresivamente dichas agencias – Parte II–, o de disponer la reglamentación de su funcionamiento –Parte III–), la Ley 24.648

luego de algunos tropiezos en la reglamentación de su funcionamiento, se encuentran reguladas por el decreto 1694/06.

En general, se las define como personas jurídicas de objeto único que proveen personal a terceras personas –empresas usuarias– para cumplir, en forma temporaria, servicios extraordinarios determinados de antemano o exigencias extraordinarias y transitorias de la empresa, explotación o establecimiento, toda vez que no pueda preverse un plazo cierto para la finalización del contrato (art. 2º, decreto reglamentario 1694/06).

Vale decir, que en los términos definidos por la norma, el estricto cumplimiento de dicha reglamentación por parte de la ESE, permite en la actualidad, diferenciarla claramente del régimen referido a las agencias privadas de colocación con fines de lucro (Ley 24.648). Con ello se ha querido impedir la provisión de servicios adicionales a las empresas usuarias (v.g. funciones de consultoría, preselección y selección de personal, entre otros), lo cual comporta en medida considerable la disminución del rédito económico que pudiera permitirle un texto normativo diferente.

Ahora bien, la triangulación del vínculo laboral que implica la contratación a través de las ESE provee un elemento adicional al segundo esquema de contratación para considerar inviable la aplicación del período de prueba.

Sin perjuicio de la disociación de las facultades del empleador (ESE y empresa usuaria) que produce esta triangulación, no se encuentra dentro de las facultades de la empresa usuaria la posibilidad de poner a prueba a un trabajador (eventual), que técnicamente, no es empleado suyo. A la vista de esto, la cuestión no se resuelve sencillamente si se analiza el supuesto desde la perspectiva de la ESE.

En primer lugar, el trabajador eventual contratado por la ESE posee un vínculo permanente, pero con prestaciones discontinuas, las cuales por otra parte no serán desempeñadas para la propia ESE, sino para la empresa

aceptó las disposiciones de la Parte III del convenio, admitiendo la existencia de tales agencias. Aparte de ello, la prohibición se mantiene respecto del desarrollo de esta actividad por parte de las cooperativas y de las empresas de servicios eventuales”. RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge – VÁZQUEZ VIALARD, Antonio – VIRGILI, Claudio Sebastián – POCLAVA LAFUENTE, Juan C. y GONZÁLEZ, Ricardo (h.), “Ley de contrato de trabajo comentada”, 1º edición, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008, pág. 196. Para un mayor desarrollo, véase: HIERREZUELO, Ricardo D., *La regulación de las empresas de servicios eventuales después del decreto 1694/06*, Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social, 2008-A, p. 189 y ss., Ed. Abeledo-Perrot; GOLDIN, Adrián O., *op. cit.*, pp. 1031 y ss., Ed. La Ley.

usuaria. Esto determina que, acorde a las necesidades de la empresa usuaria, la ESE ha puesto a disposición de la primera un trabajador técnicamente calificado para desempeñar transitoriamente las tareas requeridas.

En segundo lugar, e indistintamente de cuáles fueran esas tareas y del grado de calificación del trabajador en cuestión, la admisión de dicho instituto, lisa y llanamente, llevaría a dudar del buen servicio contratado con la ESE; después de todo, el contrato de provisión se compone, además del pago de las obligaciones laborales debidas al trabajador, de un plus constitutivo del margen de ganancia de la ESE.

En ese orden de ideas, la viabilidad del período de prueba implicaría en buena medida un reconocimiento por parte de las ESE de que los trabajadores puestos a disposición de terceros usuarios, no necesariamente contarán con las aptitudes necesarias para el desempeño de las tareas encomendadas, lo cual constituiría, acorde al sentido común, una muy mala pauta publicitaria de sus servicios, y todavía más importante, un supuesto de contratación de mala fe.

Otro tema no menor está dado por la permanencia del vínculo, que no se suspende por la circunstancia de que las prestaciones se efectúen de manera discontinua, imposibilitando el cómputo de ese hipotético período de prueba, el cual, en ningún caso, podría superar la pauta legal de tres meses establecida en el art. 92 bis, LCT. En virtud de las argumentaciones expuestas, pareciera resultar inviable la aplicación del período de prueba al instituto del contrato de trabajo eventual.

IV. LA CONTRATACIÓN EVENTUAL Y EL INCUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS DE HIGIENE Y SEGURIDAD

La ley de facto 19.587, dictada el 21 de abril de 1972, regula las condiciones de higiene y seguridad en el trabajo, la cual, en realidad, debe ser entendida como un cuerpo básico o punto de partida en el cual se han sentado los lineamientos que debe seguir la reglamentación en la materia, dada la diversidad de actividades productivas, de riesgos que se deben prevenir y de condiciones que se deben mejorar en cada una de ellas.

Ahora bien, el art. 2º de dicho cuerpo normativo establece que “[a] los efectos de la presente ley los términos ‘establecimiento’, ‘explotación’, ‘centro de trabajo’ o ‘puesto de trabajo’ designan todo lugar destinado a la realización o donde se realicen tareas de cualquier índole o naturaleza con la presencia permanente, circunstancial, transitoria o eventual de personas

físicas y a los depósitos y dependencias anexas de todo tipo en que las mismas deban permanecer o a los que asistan o concurren por el hecho o en ocasión del trabajo o con el consentimiento expreso o tácito del principal”.

Esto significa, en suma, que la modalidad de contratación eventual no resulta ajena al deber de cumplimiento de las normas de higiene y seguridad en el trabajo.

Sin embargo, y debido a las características de este particular modo de contratación, bien puede suscitarse algún tipo de conflicto en punto a quién (empresa usuaria y ESE) debiera cumplir con tal normativa. Claro está que cuando la contratación eventual es directa, ninguna duda se presenta al respecto. No así cuando la relación de trabajo se encuentra triangulada y las funciones de empleador disociadas entre la empresa usuaria y la ESE. Es precisamente esta última situación la cual interesa analizar.

Nuevamente, el art. 2° de la Ley 19.587 nos provee de una definición: “El término ‘empleador’ designa a la persona, física o jurídica, privada o pública, que utiliza la actividad de una o más personas en virtud de un contrato o relación de trabajo”.

Pues bien, no hay contrato de trabajo que vincule a la empresa usuaria con el trabajador eventual cuando la contratación se ha realizado a través de una ESE. Pero técnicamente, el trabajador eventual no pondrá su fuerza de trabajo a las órdenes de la ESE sino de la empresa usuaria que, en definitiva, será quien organice y dirija la prestación de trabajo. Y tampoco resulta menos cierto que, indirectamente, la empresa usuaria es quien abona las remuneraciones por esa labor.

Es aquí donde la disociación del rol de empleador entre ambas empresas encuentra un obstáculo –a mi entender, insalvable– en la traslación de todas las otras obligaciones laborales y responsabilidades protectorias¹⁷. Serán todas, menos dos. El deber de acatar las normas de higiene y seguridad, por un lado, y la responsabilidad de responder por su incumplimiento, por el otro, reposarán invariablemente en cabeza de quien organice y dirija la prestación.

Por otra parte, el art. 29 bis, LCT, que establece que “el empleador que ocupe trabajadores a través de una empresa de servicios eventuales habilitada por la autoridad competente, será solidariamente responsable

¹⁷ En contra: DI SABATINO, Alejandro, *Análisis de las empresas de servicios eventuales en nuestra legislación. Su realidad, bases para una futura regulación*, DT, 1996-A, 1168 y sigtes., en especial p. 1171, Ed. La Ley.

con aquélla por todas las obligaciones laborales” no parece resultar apto para solucionar la cuestión.

Ello se debe, básicamente, a la redacción de la norma. Una cosa es ser responsable solidario por las obligaciones laborales que incumple la ESE, y otra muy distinta es ser responsable en causa propia. A menos, claro, que la ESE tenga el deber de verificar y exigir a la empresa usuaria el cumplimiento de las normas de higiene y seguridad, y que tal incumplimiento repercuta en el sistema de responsabilidad solidaria propuesto por la norma.

Desde ya, exigencias tales por parte de una ESE bien podrían llevar a disminuir la demanda de contrataciones por parte de las empresas usuarias.

V. REFLEXIONES FINALES

A esta altura, parece sensato sentarse a reflexionar sobre las cuestiones traídas a comentario.

Respecto de la inaplicabilidad del período de prueba a la modalidad de contratación eventual, razones de incompatibilidad entre la causa que le da origen, la imposibilidad de determinación del plazo de duración, el “efecto de cuenta regresiva” establecido en el art. 72, LNE, la regla operativa del principio protectorio denominada *in dubio pro operario* (art. 9º, párrafo 2º, LCT) o bien, el esquema de triangulación, se muestran como argumentos aptos para afirmar que hay poca razonabilidad en cuanto a su aplicación.

Respecto del incumplimiento de las normas de higiene y seguridad en el trabajo, la disociación del rol de empleador (empresa usuaria y empresa de servicios eventuales), la traslación de todas las obligaciones laborales y responsabilidades protectorias y el régimen de responsabilidad solidaria tal como se encuentra regulado, dejan un margen de duda en punto a cómo responderá, en un caso tal, nuestro ordenamiento jurídico.

En síntesis, y como corolario de todo lo expuesto:

- a) El instituto del período de prueba no resulta compatible con la modalidad de contratación eventual, ya sea que la contratación se efectúe directamente por el empleador o a través de una empresa de servicios eventuales.
- b) La regla operativa del principio protectorio denominada *in dubio pro operario* establecida en el art. 9º, párrafo 2º, LCT, refuerza la inaplicabilidad del citado instituto ya que, en caso de duda, debe resolverse en el sentido más favorable al trabajador.
- c) El incumplimiento de las normas de higiene y seguridad por la

empresa usuaria, sumado a la falta de supervisión de tal cumplimiento por parte de la empresa de servicios eventuales, resultaría apto para activar el sistema de responsabilidad solidaria establecido en el art. 29 bis, LCT.

Sobre la cuestión de la responsabilidad, se ha afirmado que “la solidaridad fue asumida por la empresa usuaria como la del contrato de seguro de accidentes laborales”¹⁸, debido a las “bondades” que, no obstante, presentaban las empresas de servicios eventuales como elemento de flexibilidad. Casi quince años más tarde, resulta aconsejable rever una afirmación tal.

Después de todo, hace poco menos de un año, la Corte Suprema de Justicia de la Nación condenó —con acierto según mi entender— a otro sujeto del derecho laboral (las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo)¹⁹, en punto al incumplimiento del deber de prevención (art. 4º, Ley 24.557), dentro del cual, como no podía ser de otra manera, se encuentra el deber de cumplir con las normas de higiene y seguridad.

BIBLIOGRAFÍA

- CONFALONIERI, Juan Ángel (h.), “Contrato de trabajo eventual”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2002.
- DI SABATINO, Alejandro, *Análisis de las empresas de servicios eventuales en nuestra legislación. Su realidad, bases para una futura regulación*, DT, 1996-A, 1168 y sigtes., Ed. La Ley.
- FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos, “Ley de Contrato de Trabajo Comentada y Anotada”, 1º edición, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009.
- GOLDÍN, Adrián O., *Las empresas de trabajo temporal en la Argentina*, Comunicación Argentina al Seminario sobre Libertad de Empresa y Relaciones Laborales, Galicia (La Toja-Santiago de Compostela, 12 al 16 de abril de 1993), DT, LIII-B, 1031 y sigtes., Ed. La Ley.
- HIERREZUELO, Ricardo D., *La regulación de las empresas de servicios eventuales después del decreto 1694/06*, Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social, 2008-A, 189 y sigtes., Ed. Abeledo-Perrot.

¹⁸ DI SABATINO, Alejandro, *opus cit.*, p. 1168 y sigtes., en especial p. 1172.

¹⁹ CSJN, sentencia del 31 de marzo de 2009, en autos “Torrillo, Amadeo Antonio y otro c. Gulf Oil Argentina S.A. y otro”, T. 205. XLIV. El “y otro” por la parte demandada fue La Caja Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A.

- LIVELLARA, Carlos, *El contrato de trabajo eventual*, en el “Tratado de Derecho del Trabajo” dirigido por Mario E. ACKERMAN y coordinado por Diego M. TOSCA, tomo II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, ps. 480 a 496.
- MACHADO, José Daniel, en la “Ley de Contrato de Trabajo: comentada y concordada”, 1º edición, dirigida por Antonio VÁZQUEZ VIALARD y coordinada por Raúl Horacio OJEDA, tomo I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005.
- MONTORO GIL, Gonzalo Vicente, *El art. 92 bis de la ley de contrato de trabajo: el instituto del preaviso y la indemnización por despido. Su eventual aplicación*, DT, 1997-B, 1539 y sigtes., en especial p. 1140, Ed. La Ley.
- *El trabajo eventual y el período de prueba*, DT, 1999-A, 238 y sigtes., Ed. La Ley.
- VIRGILI, Claudio Sebastián, en RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge – VÁZQUEZ VIALARD, Antonio – VIRGILI, Claudio Sebastián – POCLAVA LAFUENTE, Juan C. y GONZÁLEZ, Ricardo (h.), “Ley de contrato de trabajo comentada”, 1º edición, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008.

VII CONCURSO DE ENSAYOS “DR. IGNACIO WINIZKY” DE DERECHO CONSTITUCIONAL

En la presente sección se publican los trabajos ganadores de los dos primeros premios del VII Concurso de ensayos “Dr. Ignacio Winizky” de Derecho Constitucional, organizado por *Lecciones y Ensayos* en el año 2009. El jurado estuvo conformado por los Dres. Enrique Tomás Bianchi, María Angélica Gelli y Jorge Vanossi.

ARGENTINA: UNA REPÚBLICA DEMOCRÁTICA ¿FICTICIA O REAL?*

NATALIA FRENKEL **, MARÍA NATALIA RODRÍGUEZ ***
Y MARÍA LAURA ROSA VILARDO ****

Resumen: A diferencia de otros institutos incorporados en la reforma constitucional de 1994, la *delegación legislativa* hoy en día sigue siendo tema de debate tanto político como doctrinario. Analizando los caracteres de dicho instituto, veremos si la práctica se corresponde con lo establecido en nuestra Carta Magna. Y particularmente, estudiaremos el complejo caso de *delegación de potestades al Jefe de Gabinete*, en virtud de la *Ley de Administración financiera*, por medio de la cual se le otorga la facultad de *reassignar las partidas presupuestarias*, entre otras, y cuyo constitucionalismo se debate. No sólo se encuentra en tela de juicio el acatamiento a la Ley Suprema, sino también, las bases de nuestra *forma de gobierno*: la República.

Abstract: The delegation of legislative powers, unlike the other institutions introduced by virtue of the 1994 constitutional amendment, is still subject to both political and theoretical debate. By analyzing its features, we intend to determine its legitimacy according to the principles set forth in our Constitution. In this work, emphasis will be laid on the delegation of legislative powers to the Chief Minister (*Jefe de Gabinete*) pursuant to the Financial Administration Act (*Ley de Administración Financiera*) - the constitutionality of which is being challenged. Under this law, said Minister is authorised, for instance, to reassign budget items. Not only is compliance with our Constitution being questioned, but also the basis of our government's organization: the Republic.

* El presente trabajo obtuvo el primer premio en el Concurso de ensayos "Dr. Ignacio Winizky" de Derecho Constitucional.

** Estudiante de Abogacía (UBA).

*** Estudiante de Abogacía (UBA).

**** Estudiante de Abogacía (UBA).

Palabras clave: delegación legislativa- legislación comparada- presupuesto- Ley de Administración Financiera- transferencia permanente de facultades

Keywords: legislative powers delegation – comparative law – budget - Financial Administration Act – permanent delegation of powers.

I. INTRODUCCIÓN

En el Art. 1 de nuestra Constitución vemos plasmada la forma de gobierno republicana, la cual podemos definir, en sentido estricto, como la titularidad del poder estatal en manos de la sociedad en su conjunto.¹ Sin embargo, para preservar la libertad en el ejercicio de los derechos individuales, este poder debe ser controlado.

Considerando el rechazo a las circunstancias históricas desarrolladas en Europa donde prevalecía la monarquía y el absolutismo –cuya base era la centralización de poder–, guiados por las ideas de Locke², perfeccionadas en las obras de Montesquieu,³ y también, tomando como antecedente la Constitución de los Estados Unidos, nuestros constituyentes de 1816 erigen en el país un sistema de división de poderes tripartito: Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

El plexo normativo otorga a cada uno de los Órganos funciones y prerrogativas específicas y otras concomitantes entre ellos pero, asimismo, establece un sistema de “frenos y contrapesos” basado en un control recíproco a los efectos de asegurar que ninguno se arrogue facultades que pudieran llevar a la tan cuestionada concentración del poder.

Sin embargo, en la historia argentina no es posible visualizar una clara delimitación en el ejercicio de las potestades atribuidas a cada órgano ni un efectivo control mutuo; ejemplos claros son los gobiernos *de facto*, las crisis económico – sociales continuas, ante las cuales uno de los poderes se arroga ciertas facultades que corresponderían a otro de los órganos, o de igual manera, uno de ellos delega al otro determinada potestad.

Con la reforma constitucional de 1994 se introduce de manera explícita la “delegación legislativa”, instituto mediante el cual se autoriza al

¹ BADENI, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo I, La Ley Ed., Buenos Aires, 2004, p. 311.

² LOCKE, John, *Tratado sobre el gobierno civil*, ed. De Carlos Mellizo: Madrid Alianza, 1990.

³ MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1984.

Congreso a delegar, excepcionalmente, al Poder Ejecutivo su facultad más importante: legislar.

En el presente trabajo destacaremos aquellas facultades delegadas en materia presupuestaria. Es decir, la delegación al Poder Ejecutivo de la facultad para modificar las partidas presupuestarias, como consecuencia de un supuesto estado de emergencia socio-económica, cuya constitucionalidad se debate actualmente. Mientras parte de la doctrina indica una concentración de poder en el Ejecutivo, atenuando la eficacia y representación del Legislativo; otros autores promueven la aceptación de esta facultad excepcional, argumentando que se trata de una de las principales funciones del Ejecutivo: administrar, siendo así quien puede inmediata y concretamente disponer de los recursos ante cualquier eventualidad que haga necesaria la reasignación de dichos fondos.

Teniendo en cuenta la realidad actual y el uso frecuente del instituto de la delegación por parte del Poder Legislativo, nos encontramos ante una crisis jurídico-institucional, en la cual pareciera desdibujarse la división de poderes plasmada en la Carta Magna, lo que generaría una situación de incertidumbre en cuanto a la existencia o ficción del Estado de Derecho.

II. SITUACIÓN PREVIA A LA REFORMA DEL AÑO 1994 EN CUANTO A LA FACULTAD DELEGADA

En la Constitución histórica no se establecía explícitamente el instituto de la delegación legislativa o de reglamentos delegados. Nuestro sistema institucional tiene como característica la rigidez constitucional; esto implica que los poderes constituidos deben adaptar y subordinar su actuación a los preceptos constitucionales, y estructurarse sobre la base del principio de separación de poderes, donde las potestades atribuidas a un órgano de gobierno no pueden ser ejercidas por el otro. Existen, asimismo, distintos mecanismos mediante los cuales los órganos de gobierno colaboran y se controlan entre sí.

El único modo de modificar lo antedicho sería seguir el proceso de reforma constitucional previsto en su art. 30. Al respecto, la C.S.J.N., en el caso *Ávila Posse de Ferrer*⁴, ha confirmado que nuestro sistema de

⁴ *ÁVILA POSSE DE FERRER, Irma v. Aerolíneas Argentinas /Empresa del Estado*, Fallos 254:43 (1962).

gobierno reside en la limitación de los poderes de los distintos órganos y en la supremacía de la Constitución.

Desde la perspectiva jurisprudencial, la Corte Suprema de Justicia negó, en lo formal, la posibilidad constitucional de practicar delegaciones legislativas. Sin embargo, diferenció la delegación del poder de hacer la ley, de la posibilidad, por parte del Congreso, de conferir cierta autoridad al Poder Ejecutivo, o a un cuerpo administrativo, para regular los detalles necesarios para la ejecución de aquélla. Esta distinción tenía como fundamento el art. 86 inc. 2, el cual otorgaba al Presidente la competencia para aplicar las leyes en tanto, al reglamentarlas, no alterara su espíritu; lo cual es diametralmente distinto a abrogarle la facultad de legislar –por medio del instituto de la delegación– que no se encontraba estipulado constitucionalmente. Ello hubiera implicado conferirle mayores competencias de las que los constituyentes de 1853 quisieron atribuirle.

En lo sustancial, muchas de las potestades conferidas por la rama legislativa al Poder Ejecutivo han significado verdaderas delegaciones irrestrictas, ya sea por la amplitud con que fueron practicadas, como por no haberse definido la política legislativa a seguir por la administración. El Alto Tribunal admitió la validez de estos actos, valiéndose de sutiles consideraciones formales y terminológicas.

El *leading case Delfino*.⁵, se refiere a la apelación de una multa impuesta por la Prefectura Marítima por una infracción al art. 117 del Reglamento del Puerto de la Capital. En éste, el Alto tribunal estableció que “el Congreso no puede delegar en el Poder Ejecutivo ninguna de las atribuciones o poderes que le han sido expresa o implícitamente conferidos, mas no existe propiamente delegación sino cuando una autoridad investida de un poder determinado hace pasar el ejercicio de ese poder a otra autoridad o persona descargándolo en ella.” Resaltó la distinción fundamental entre la delegación de poder para hacer la ley y la de conferir cierta autoridad al Poder Ejecutivo a fin de regular los detalles necesarios para la ejecución de aquélla: lo primero está prohibido; lo segundo, se admite.⁶

⁵ *Fallos*, 148:432 (1927).

⁶ CASÁS, José Osvaldo. “El principio de legalidad tributaria: decretos leyes, reglamentos y reglas generales administrativas” Publicado en: PET 1/1/2008, 6.

De este modo, compartimos la opinión de los doctrinarios Santiago y Thury Cornejo⁷ en cuanto a que, de la lectura del fallo, parecería surgir cierta contradicción, pues si la facultad reglamentaria si dicha potestad es propia del Poder Ejecutivo, el Congreso no necesitaría habilitarlo.

Otro caso emblemático sobre el particular fue *Mouviel*⁸ en el cual, a raíz de una infracción a los edictos de desorden y escándalo, éste fue condenado a una pena de un mes de arresto. Se plantea en él la inconstitucionalidad del Estatuto de la Policía Federal que otorgaba al jefe de esta institución la facultad de crear edictos, sobre la base de que había una inválida delegación de facultades legislativas, al tratarse de materia reservada al Poder Legislativo en la Constitución.

Si bien, al momento en que la Corte Suprema se pronunció, la pena de arresto ya había sido cumplida, el Tribunal decidió expedirse para ejercer su función de control político y fijar su postura sobre la delegación legislativa y, particularmente, sobre los edictos policiales y declaró entonces su inconstitucionalidad.

Al expedirse al respecto, el Procurador, Sebastián Soler, expresó: “(...) la existencia de esta atribución reglamentaria no debe inducir a la errónea creencia de que en algún modo el Poder Ejecutivo tiene facultades concurrentes con las que son propias del Poder Legislativo.”

Con relación a los límites de la facultad reglamentaria, el Alto Tribunal confirma lo establecido en el caso *Delfino* señalando que “(...) El poder reglamentario se da para hacer posible la ejecución de la ley, por donde resulta evidente que todo intento de reglamentar lo que no ha sido materia de ley constituye una pura y simple usurpación de atribuciones legislativas.”

Otro fallo que sentó doctrina relevante sobre el alcance de dicha facultad, fue el dictado en el caso *Prattico*⁹. En él se debatieron los aumentos salariales dispuestos por los Decretos 89/58 y 3547/58, fundamentados en la emergencia existente en dicha época. La Corte señaló que no había delegación inválida de facultades legislativas al Poder Ejecutivo ya que se trataba de materias “que presentaban contornos o aspectos tan peculiares, distintos y variables que al legislador no le sea posible prever anticipadamente

⁷ SANTIAGO, Alfonso (h.) y THURY CORNEJO, Valentín, *Tratado sobre la delegación legislativa*, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2003, p. 119.

⁸ *Fallos*, 237:637 (1957).

⁹ *Fallos*, 246:345 (1960).

la manifestación concreta que tendrán en los hechos. No puede juzgarse inválido, en principio, el reconocimiento legal de atribuciones que queden libradas al arbitrio razonable del órgano ejecutivo, siempre que la política legislativa haya sido claramente establecida por el Congreso”¹⁰.

En el caso de referencia se incorpora el concepto de “*política legislativa*” como requisito de validez de la delegación legislativa, además de la invocación de la rapidez, eficacia y conocimiento inmediato de la realidad social, como fundamento para la convalidación del ejercicio de las facultades delegadas en el Poder Ejecutivo, a lo que se que agrega la necesidad de fijación de pautas por parte del Congreso para guiar dichas facultades.¹¹

En los autos *Conevial S.A.*,¹² - relativos a las diferencias en los derechos de importación creados por las Resoluciones Conjuntas 178/ 81 y 181/ 81 de los Ministerios de Comercio e Intereses Marítimos y de Industria y Minería, en virtud de las cuales los recargos sobre las mercaderías incluidas en la posición arancelaria fueron elevados hasta el 48 % - el Alto Tribunal encuadró el supuesto dentro del ámbito de delegación impropia y admitió, por tanto, la subdelegación.

En el caso *Cocchia*¹³ se plantea la inconstitucionalidad de los artículos del Dec. 817/92 por entender el accionante que dicho reglamento laboral cercenaba garantías consagradas en la Constitución Nacional.

La mayoría de la Corte se pronunció por la constitucionalidad de la derogación del Convenio Colectivo anterior y por la inconstitucionalidad de la limitación de las facultades de negociación del gremio para el futuro Convenio, sosteniendo que, en el caso, no había delegación legislativa sino una habilitación conferida por el art. 86 inc. 2, para que el Poder Ejecutivo dictara el denominado “decreto de ejecución sustantivo”, ejercitando su propio poder reglamentario.

El Alto Tribunal, a través de la jurisprudencia, optó por encuadrar el instituto de la delegación legislativa dentro el concepto de facultad reglamentaria. Sin embargo, la doctrina prefirió llamarla delegación impropia.

¹⁰ *Fallos*, 246:345 (1960).

¹¹ Conf. SANTIAGO, Alfonso (h.) y THURY CORNEJO, Valentín, *ob. cit.*, p. 138.

¹² *Fallos*: 310:2193 (1987).

¹³ *Fallos*: 316: 2624 (1993).

III. DERECHO COMPARADO

En la actualidad, la tendencia internacional es la de receptor la delegación legislativa. La aplicación de dicho instituto tiene como fundamento la cantidad y variedad de asuntos que ingresan al Poder Legislativo, algunos de los cuales son de naturaleza compleja y técnica, y requieren una rápida respuesta que, para algunos, sólo se puede lograr con la intervención de la rama ejecutiva, a través de una decisión expeditiva y efectiva que las resuelva; evitándose así la demora lógica de pasar por el tratamiento previsto por cada país para la formación de una norma.

1. Estados Unidos de América.

En este país se establece un régimen presidencialista; y la división de poderes está muy marcada. Sin embargo, la jurisprudencia y la doctrina estadounidense han admitido, sin mayores inconvenientes, la delegación legislativa superando la discordancia entre ésta y la separación de poderes. La regla que se ha establecido es que el Congreso no puede delegar la función de legislar, pero sí “puede transferir ciertos poderes para “llenar los detalles” (*fill up the details*), para lo cual puede establecer un “patrón inteligible” (*intelligible standard*, llamado también discernible standard), que guíe, adecuadamente, al órgano delegado en su tarea legislativa.”¹⁴

Estas reglas sobre delegación surgen de la antigua jurisprudencia –su primera expresión nace con la doctrina de los fallos *Bergantín Aurora*¹⁵ y *Wayman*¹⁶– aplicándose hasta la actualidad –salvo en la época del *New Deal*– no por existir contrariedad a la aplicación del instituto, sino por un pleito político entre el Presidente Roosevelt y la Corte de ese momento.¹⁷

¹⁴ BIANCHI, Alberto B, *La delegación legislativa*, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1990, Págs. 77/78.

¹⁵ Corte Suprema de los Estados Unidos, *United States vs. Brig Aurora* (1813).

¹⁶ Corte Suprema de los Estados Unidos, *Wayman vs. Southard* (1825).

¹⁷ BESTARD, Ana María, “Delegación de facultades legislativas en el Poder Ejecutivo” Publicado en La Ley Online.

2. Italia

La constitución italiana de 1948 indica, en sus arts. 76 y 77, tres importantes tipos de limitaciones a la delegación: a) programática (referida a los principios y criterios directivos); b) temporal (por plazo limitado) y c) material (para objetos determinados)¹⁸.

Debemos agregar que en Italia se prohíbe la subdelegación y que toda delegación que se lleva a cabo debe efectuarse a través de una ley formal; es decir, siguiendo el procedimiento ordinario que marca la Constitución de dicho país para la sanción de sus leyes¹⁹.

3. España

La Constitución española de 1978 prevé la delegación en dos modalidades:

- a. la que puede ser llevada a cabo por las Cortes Generales (órgano legislativo) a favor del gobierno (órgano ejecutivo), de forma expresa para materia concreta y con fijación del plazo para su ejercicio. Se excluyen las materias relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas.
- b. la que pueden efectuar dichas Cortes en favor de las Comunidades Autónomas, conforme lo establece el art. 150.

Al respecto, Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández han precisado: “No es que el poder legislativo abdique de sus responsabilidades y las transfiera a otro centro orgánico; esto no puede hacerlo ningún órgano porque todo poder es, antes que una facultad, una función, una obligación de actuar. Es, mucho más simplemente, una apelación por la ley al reglamento para que éste colabore en la regulación que la misma acomete, para que la complemente y lleve su designio normativo hasta su término”²⁰.

¹⁸ BIANCHI, Alberto B, *La delegación...*, *ob. cit.*, p. 40.

¹⁹ LIGNOLA, Enzo, citado en BIANCHI, Alberto B. “*La delegación...*” *ob. cit.*, p. 40.

²⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Título II, Capítulo V, Párrafo II, La Ley, Buenos Aires, 2006.

4. México:

Sergio Francisco de la Garza señala que el segundo párrafo del Art. 131 de la Constitución mexicana constituye un caso específico de delegación de facultades por el Congreso al Ejecutivo para aumentar o disminuir tributos o derechos en materia aduanera, así como prohibir y restringir importaciones y exportaciones²¹.

5. Francia.

La Constitución francesa establece distintos tipos de delegaciones:

- a. Delegación parcial, en la cual el Parlamento dicta leyes de base que establezcan lineamientos y directrices en diversas materias, tales como la defensa nacional, enseñanza, régimen de propiedad y otros;²²
- b. Delegación total (situación de emergencia): para su utilización deberá estar interrumpido el funcionamiento regular de los poderes públicos; previamente, se debe realizar una consulta al Primer Ministro, a los Presidentes de las Asambleas, y al Consejo Constitucional.²³

6. Conclusión preliminar

Este instituto, como se aprecia, ha sido receptado de manera satisfactoria en la legislación comparada, lo cual no elimina los riesgos que le son inherentes, por llevar a una cierta concentración de poder en el ejecutivo. Por tanto, es necesario un desarrollo de instrumentos de control para no coartar las libertades civiles y políticas de los gobernados y para que se siga respetando el equilibrio entre los Poderes.

²¹ DE LA GARZA, Sergio Francisco, *Derecho financiero mexicano*, Ed. Porrúa, 18va edición, México, 2000.

²² Art. 34 Constitución Francesa.

²³ Art. 16 Constitución Francesa.

IV. NUEVO RÉGIMEN DE DELEGACIÓN LEGISLATIVA TRAS LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

En este punto, analizaremos el art. 76 de la actual Constitución.

El art. 76 enuncia: “Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca.

La caducidad resultante del transcurso del plazo previsto en el párrafo anterior no importará revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa”.

El artículo en cuestión merece un análisis exhaustivo para comprender mejor su alcance. En primer lugar, la doctrina se ha ocupado de analizar qué tipo de delegación es la permitida. A continuación, pasaremos a detallar las excepciones establecidas en el texto legal –materias determinadas de administración y emergencia pública– para luego adentrarnos a mencionar los requisitos de la delegación –plazo de caducidad y relaciones jurídicas nacidas bajo tal legislación, y las bases que el Congreso establezca para la delegación. Posteriormente, estudiaremos si el único sujeto de la delegación es el Poder Ejecutivo y si está permitida la subdelegación.

1. La prohibición como regla general. Alcances

El art. 76 establece expresamente la prohibición de la Delegación Legislativa en el Poder Ejecutivo. Las interpretaciones doctrinarias sobre el alcance de dicha prohibición varían según el intérprete...

Si lo relacionamos con una mera transferencia de poder para crear la ley, podría parecer que se asemeja al criterio seguido por nuestro Máximo Tribunal en los casos *Delfino*, *Mouviel* y *Cocchia*. A pesar de ello, no sólo pareciera que se está vedando la delegación propia, sino también la permitida, exceptuando los casos expresamente indicados en el artículo²⁴.

García Lema y Barra coinciden en que el Congreso no está habilitado para delegar al Presidente todas sus facultades legisferantes en bloque, en razón de la sanción que establece el art. 29 de la Constitución²⁵.

²⁴ BIANCHI, Alberto, “La delegación luego de la reforma de 1994”, JA-1996-IV-764.

²⁵ GARCÍA LEMA, Alberto, “La delegación legislativa”, en *La reforma de la Constitución*” Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, p. 400. Ver también BARRA, Rodolfo, *El jefe de gabinete en la Constitución Nacional*, Ed. Abeledo Perrot, Bs.As., 1995, p. 33.

Por su parte, Bianchi llega a la conclusión de que “(...) no nos encontramos con una norma cuya intención sea la de mantener la línea jurisprudencial. Por el contrario, (...) el constituyente, consciente de la amplitud que la delegación había logrado –especialmente en el caso Cocchia– ha querido prohibirla como regla”²⁶.

Coincidimos con las posturas anteriores, y consideramos que los constituyentes de 1994 no han seguido la doctrina de la Corte Suprema y establecen la prohibición de la delegación en todas sus formas. Sin embargo, el mismo artículo expresamente menciona las excepciones en las que se permite la utilización del instituto, aunque, como se verá, se encuentran limitadas por el art. 99, inc. 3.

2. Excepciones a la regla

De la interpretación literal del artículo, podemos inferir que los conceptos enunciados como excepciones –materias determinadas de administración y emergencia pública– resultan ambiguos y amplios. Como hemos mencionado, estas excepciones encuentran su límite en el inc. 3 del art. 99²⁷ cuya característica es la de establecer un procedimiento de aprobación especial, con mayorías agravadas que constituyan un mecanismo de control, tal como afirman los doctrinarios,²⁸ y la Corte Suprema en el caso *Selcro*.²⁹

a. Materias Determinadas de Administración

Las “materias de administración” comprenden asuntos variados, cuya determinación no podrá ser siempre sencilla. En busca de una solución, el Congreso dictó la Ley 25.148, donde enumera, en su art. 2º, cuáles serán consideradas materias de administración. La ley considera “materias determinadas de administración” aquellas vinculadas con:

²⁶ BIANCHI, Alberto, “La delegación luego...”, *ob. cit.*

²⁷ BADENI, Gregorio, *Reforma constitucional e instituciones políticas*, Ad-Hoc, Bs. As., 1994, pp. 301-302. En cambio, otros autores consideran que el art. 76 se constituirá en una válvula de escape para autorizar la delegación para las situaciones de emergencia en aquellas materias prohibidas a los decretos de necesidad y urgencia.

²⁸ Conf. GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, La Ley, Bs As., 2001. Ver también, BADENI, Gregorio, *ob. cit.*; GAGLIARDO, Mariano, “Delegación legislativa”, publicado en La Ley 12/06/2009.

²⁹ Fallos 326:4251 (2004).

- a. La creación, organización y atribuciones de entidades autárquicas institucionales y toda otra entidad que constitucionalmente le compete al Poder Legislativo su creación (incluyendo el correo, los bancos oficiales, los entes impositivos y aduaneros, los entes educacionales de instrucción general y universitaria, las entidades vinculadas con el transporte y la colonización)
- b. La fijación de las fuerzas armadas y las normas para su organización y gobierno;
- c. La organización y atribuciones de la Jefatura de Gabinete y los Ministerios;
- d. La creación, organización y atribuciones del organismo fiscal federal a cargo del control y fiscalización de la ejecución del régimen de coparticipación federal;
- e. Servicios públicos, en lo que compete al Congreso de la Nación;
- f. Toda otra materia asignada por la Constitución Nacional al Poder Legislativo, que se relacione con la administración del país.

En marzo de 2001, se dictó la Ley 25.414 donde nuevamente el Congreso hizo referencia al concepto de “materia determinada de administración” que, a fines de ese mismo año, fue derogada mediante la Ley 25.556.

b. Emergencia Pública

Se trata, pues, de la causa que habilita la delegación: la emergencia pública; pero ¿qué se entiende por “emergencia pública”? Nuestra Corte Suprema ha conceptuado a la emergencia como “situaciones que derivan de acontecimientos extraordinarios, imprevisibles o bien inevitables con los recursos ordinarios, y que tienen una repercusión muy honda y extensa en la vida social, de suerte que demandan remedios también extraordinarios”³⁰ autorizando “al Estado a restringir el ejercicio normal de algunos derechos tutelados por la Constitución”³¹.

Por otro lado, se diferencia la emergencia como causa de la delegación de los reglamentos de necesidad y urgencia. Canosa explica que la primera se da cuando el Legislativo –declarada la emergencia–, delega en el Ejecutivo la facultad de dictar normas que hacen a esa emergencia,

³⁰ Caso *Perón*, Fallos 238:23.

³¹ Fallos 313:1513.

las cuales deberían haber sido sancionadas por aquél; mientras que los reglamentos de necesidad y urgencia son independientes de la noción de emergencia³².

Finalmente, entendemos que, para un uso efectivo del instituto de la delegación en casos de emergencia pública, corresponde al legislador detallar los elementos que permitan verificar la existencia de una emergencia, circunstancia de tiempo y lugar que torne indispensable acudir a la delegación, así como también las materias que delega - acto político éste que no es susceptible de revisión judicial - aunque sí podrían serlo los recaudos formales que condicionan la validez y sus efectos sobre los derechos subjetivos.

3. Límites a la delegación: “las bases de la delegación”

Consideramos que esta nota característica del artículo es de gran importancia; particularmente, en relación a los detalles que debe establecer el legislador en la ley delegante. La Corte Suprema ha utilizado otros términos, tales como “bloque de legalidad” o “programa de gobierno”. Sin embargo, los constituyentes de 1994 han empleado la frase “bases de la delegación” lo cual parecería ser una solución intermedia³³.

Esta expresión tiene como fuente la Constitución Española de 1978, y entendemos que se trata de un límite al actuar del Poder Ejecutivo. Sin embargo, *Quiroga Lavie* detalla los elementos que el legislador debe tener en cuenta al crear la ley que contiene las bases de delegación, tales como el objetivo preciso a cumplir, los principios que debe respetar y el ámbito de aplicación, precisar las materias o conductas prohibidas que no puedan ser objeto de la delegación, indicar límites máximos y mínimos dentro de los cuales el poder delegado debe desenvolver su actividad legislativa, las alternativas técnicas que puede elegir, si es posible o no la subdelegación a favor de un órgano dependiente –en caso omiso, ésta se considerará prohibida– los efectos que la implementación de la delegación legislativa tendrá en relación al pasado.

³² CANOSA, Armando, “La delegación legislativa en la nueva Constitución”, en CASAGNE, Juan C. y otros, *Estudios sobre la reforma constitucional*, Depalma, Bs. As., 1998, p. 175.

³³ GELLI, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina...”, *ob. cit.*, La Ley, Bs. As., 2001, p. 545.

Coincidimos con los elementos que deberían detallarse al momento de la delegación, a pesar de que en los casos de delegación actualmente debatidos no existe limitación alguna.

4. Plazo determinado, otro límite a la delegación

El art. 76 establece como requisito de validez la fijación de un plazo, vencido éste, caducará la facultad delegada. Dicho plazo también tiene como finalidad otorgarle a la delegación un carácter excepcional y transitorio.

Asimismo, con motivo de asegurar la seguridad jurídica, se ha establecido en el segundo párrafo del art. 76 que la caducidad del plazo prefijado no producirá la revisión de las situaciones jurídicas nacidas al amparo del reglamento delegado.

Sin embargo, en la práctica legislativa podemos observar que los términos utilizados en las leyes que delegan facultades son ambiguos y no establecen un plazo concreto. A su vez, el Congreso puede fijar un plazo supletorio para todas las delegaciones, con lo que se procura evitar la invalidez de alguna delegación, aunque esta limitación no suele ser tan restrictiva en la práctica como pareciera ser en el texto constitucional.

5. Sujeto pasivo de la Delegación, ¿es posible la subdelegación?

El art. 76 se refiere específicamente al Poder Ejecutivo. En *Delfino* la Corte Suprema admitió la delegación impropia tanto a favor del Presidente como de los ministros. La jurisprudencia argentina, asimismo, ha receptado la delegación en segundo grado, admitiendo la delegación a cualquier órgano que se encuentre dentro de la esfera del Poder Ejecutivo³⁴. No obstante ello, la doctrina mayoritaria entiende que sólo es posible la delegación en el Presidente³⁵.

Por otro lado, autores como *Quiroga Lavie*, interpretan que la delegación a otros órganos está prohibida, no estando vedada la subdelegación

³⁴ Caso Goodyear, CNCont. Adm.Fed., Sala V, 5/2/1998. Ver también el caso *Agroinvesta*, ED, suplemento de Derecho Administrativo del 30/11/2001. Y también, CSJN Fallos 318:137.

³⁵ QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Constitución de la Nación comentada*, Ed. Zavallia, Buenos Aires, 1997, pp. 511 y 514; BARRA, Rodolfo, *ob. cit.*, p. 487; GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, Fundación de Derecho Administrativo, t. 1, Buenos Aires, 1997, pp. VII-59; entre otros.

del Presidente al Jefe de Gabinete, cuando expresamente surja del texto de la ley delegatoria³⁶. En este caso, no existió una recepción positiva por parte de la jurisprudencia³⁷.

En nuestra opinión, y como hemos adelantado con respecto a las bases de la delegación, siempre que ellas sean restrictivas de la facultad, podrá permitirse una subdelegación.

V. DEFINICIÓN DE PRESUPUESTO

Badeni considera al presupuesto como “un instrumento aprobado por ley del Congreso en el cual se prevé, anualmente, los gastos en que incurrirá la Administración y los recursos que se deberán obtener para su cobertura”³⁸. La doctrina nacional se ha referido éste como “una ley con eficacia obligatoria para los diferentes poderes a los que se encomienda su ejecución”³⁹.

VI. PRESUPUESTO: RÉGIMEN NORMATIVO

1. Constitución Nacional: etapas para la creación de la Ley de Presupuesto.

a. Primera Etapa: Preparación del proyecto de la Ley:

Luego de la Reforma Constitucional del año 1994, le corresponde al Jefe de Gabinete la facultad de enviar proyectos de Ley de Ministerios y de Presupuesto Nacional, previo acuerdo del Gabinete y aprobación del Poder Ejecutivo⁴⁰, ya que tiene a su cargo la administración general del país,⁴¹

³⁶ QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Constitución...*, *ob. cit.*, pp. 510 y 514. Ver también, CANOSA, Armando, “La delegación legislativa en la nueva Constitución”, en CASSAGNE, Juan C y otros, *Estudios sobre la reforma constitucional*, *ob. cit.*, p. 179; Santiago, Alfonso y Valentín Thury Cornejo, *Tratado sobre la delegación legislativa*, Ed. Ábaco, Bs. As., 2003, p. 455.

³⁷ Caso “Arce” CNCont.Adm.Fed., Sala I, 26/2/2002; y caso “Simoneli” Juz. Fed. General Roca, 22/3/2002.

³⁸ BADENI, Gregorio, *Tratado...*, *ob. cit.*, Pág. 1546.

³⁹ JARACH, Dino, *Finanzas Públicas y Derecho Tributario*, Tercera Edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, p. 82.

⁴⁰ Art. 100, inc. 6. Constitución Argentina.

⁴¹ Art. 100 inc. 1, Constitución Argentina.

siendo, por tanto, el órgano que se encuentra en mejores condiciones para preparar dicho proyecto.

Por lo expuesto, compartimos la postura de Corti⁴², quien sostiene que el Poder Ejecutivo tiene un rol de “colegislador” en la decisión presupuestaria.

b. Segunda Etapa: Aprobación de la Ley:

Compete al Congreso la aprobación del Presupuesto Nacional, siendo ésta una de las materias reservadas a éste por la propia Carta Magna⁴³. El procedimiento legislativo consiste en la deliberación del Proyecto, la introducción de las reformas que se estimen convenientes, la aprobación del texto⁴⁴, y su posterior envío al Poder Ejecutivo.

La doctrina ha considerado a dicha función como una de las más importantes del Poder Legislativo, siendo el presupuesto nacional una de las leyes más trascendentes por contener la autorización para recaudar las rentas y para gastar los recursos públicos en el ejercicio financiero anual.⁴⁵

Al respecto, García Belsunce considera que “el presupuesto es única y exclusivamente un acto de competencia del Poder Legislativo y, por consiguiente, no puede ser alterado ni modificado en parte alguna por el Poder Ejecutivo, cuya competencia, muy importante pero limitada, debe concretarse a su fiel y correcta ejecución”⁴⁶.

c. Tercera etapa: Ejecución de la Ley

La potestad de aplicar el presupuesto está en cabeza del Jefe de Gabinete, quien, en la práctica, tiene como competencia, por un lado, la legislación presupuestaria y, por otro, la legislación relativa a las rentas⁴⁷.

⁴² CORTI, Horacio G., *Derecho Constitucional Presupuestario*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2007, p. 226.

⁴³ Art. 75 inc. 8 Constitución Argentina.

⁴⁴ Art. 75 inc. 8 Constitución Argentina.

⁴⁵ EKMEJIAN, Miguel Angel, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo IV, Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 467.

⁴⁶ GARCÍA BELSUNCE, Horacio A., “La reforma a la ley 24.156, de administración financiera: sus vicios políticos y constitucionales”, PET 2006 (julio-353).

⁴⁷ Art. 100 inc. 7 Constitución Argentina.

En opinión de Ambrosino, la Administración “podrá hacer economías de detalle en la actividad operativa o de funcionamiento, pero en aspectos sustanciales no puede apartarse de la sanción legislativa, del ‘estándar discernible’, directiva normativa precisa, singular e inequívoca en su contenido; pues puede obedecer a un programa de gobierno en cuya decisión participó el conjunto del pueblo”⁴⁸.

2. Ley de Administración Financiera (en adelante “LAF”) N° 24156, año 1992: etapas para la creación de la Ley de Presupuesto

a. Primera Etapa: Preparación del proyecto de ley.

El régimen legal orgánico que establece la LAF dispone que el Ministerio de Economía está a cargo de la elaboración del proyecto de la Ley Presupuestaria, basado en la información brindada por la Oficina Nacional de Presupuesto,⁴⁹ y le da al Jefe de Gabinete un rol secundario, lo cual produce un cambio sustancial de lo estipulado en la constitución anterior –conforme lo expuesto *ut supra*.

b. Segunda Etapa: Aprobación de la Ley:

El Jefe de Gabinete debe enviar el proyecto de ley al Congreso antes del 15 de septiembre⁵⁰.

c. Tercera Etapa: Ejecución de la Ley

Con anterioridad a la ejecución de la Ley debe producirse la desagregación –“distribución”⁵¹– de los gastos hasta el último nivel previsto en las reglas administrativas de programación presupuestaria (previamente aprobado y fijado por el Congreso), por parte del Jefe de Gabinete, siendo ésta una verdadera tarea reglamentaria. “En este aspecto, la

⁴⁸ AMBROSINO, M. Silvana, “Algunas reflexiones en materia presupuestaria: El presupuesto paralelo”, La Ley 2005-E, 1123.

⁴⁹ Art. 25, Ley de Administración Financiera N° 24156.

⁵⁰ Art. 26, Ley de Administración Financiera N° 24156.

⁵¹ Art. 30, Ley de Administración Financiera N° 24156.

reglamentación continúa la tarea de especificación de la ley, siempre, claro, sin alterar su espíritu”⁵².

VII. REASIGNACIÓN DE LAS PARTIDAS PRESUPUESTARIAS:

1. Situación jurídica antes de la Reforma de la Ley de Administración Financiera

a. Análisis y alcance del Art. 37 de la LAF N° 24156

Ésta en su redacción originaria éste disponía: “La reglamentación establecerá los alcances y mecanismos para efectuar las modificaciones a la ley de presupuesto general que resulten necesarios durante su ejecución. Quedarán reservadas al Congreso Nacional las decisiones que afecten el monto total del presupuesto y el monto del endeudamiento previsto, así como los cambios que impliquen incrementar los gastos corrientes en detrimento de los gastos de capital o de las aplicaciones financieras, y los que impliquen un cambio en la distribución de las finalidades”⁵³.

A partir de la lectura del artículo citado puede vislumbrarse que, si bien se aceptaba la reasignación presupuestaria por parte del Jefe de Gabinete en ciertos casos, se establecía una limitación expresa y precisa en la propia Ley por cuanto éstas no podían afectar: a) el total del gasto público autorizado; b) el monto previsto del endeudamiento público; c) las finalidades de los gastos autorizados; d) el nivel de gastos corrientes, aumentándolo en detrimento de los gastos de capital o de las aplicaciones financieras.

Con las restricciones descriptas, se afirmaba la reserva de ley presupuestaria ya establecida en la Constitución Nacional, y quedaba un acotado margen de injerencia por parte del Poder Ejecutivo en la modificación del presupuesto fijado por la Ley.

Sin embargo, este régimen que, a simple vista, pareciera severo e inflexible, generó que, año tras año, se incluyeran en las Leyes Anuales de Presupuesto cláusulas que facultaban a las modificaciones presupuestarias por las que se eximió a la Administración de cumplir con las referidas limitaciones.

⁵² CORTI, Horacio G., *Derecho Constitucional...*, ob cit., pág. 243.

⁵³ Art. 37, Ley de Administración Financiera N° 24156.

b. Reseña histórica de las disposiciones habilitantes incorporadas a las Leyes Presupuestarias, luego de la Reforma del '94

- Año 1995: Ley 24.447. En su artículo 10 se establece una autorización “al Poder Ejecutivo nacional para introducir ampliaciones en los créditos presupuestarios y establecer su distribución, en la medida que las mismas sean financiadas con incrementos en los montos estimados para recursos y para el endeudamiento público (...)”, pudiendo el Poder Ejecutivo delegarla⁵⁴. Por su parte, el art. 11 introduce los límites a las reestructuraciones señaladas, que importaban la prohibición de: (i) Las transferencias de créditos entre las siguientes finalidades: administración gubernamental, servicios de defensa y seguridad, servicios sociales, servicios económicos y servicios de deuda pública; y (ii) Las transferencias de créditos de gastos de capital y de aplicaciones financieras a gastos corrientes⁵⁵.
- Año 1996: Ley 24.624. Reitera el art. 11 de la ley precitada, pero consigna una autorización al Jefe de Gabinete para introducir modificaciones en los créditos presupuestarios y para establecer su distribución en la medida en que éstos sean financiados con incrementos en los montos estimados para recursos y para endeudamiento público⁵⁶.
En el curso de ese año, primero por medio de la Ley 24.644 y luego por la Ley 24.698, se reformuló dicho presupuesto; es decir, se modificó la Ley 24.624.
- Año 1997: Ley 24.764. Dispensa al Jefe de Gabinete de las limitaciones consagradas en el art. 37 *in fine* de la LAF. Esta Ley fue modificada sucesivamente por las Leyes 24.878, 24.908, 24.916, 24.918 y por el DNU 9/1998.
- Año 1998: Ley 24.938. Reincorpora las limitaciones estipuladas por el art. 37 de la LAF y permite nuevamente la subdelegación. Durante la ejecución del presupuesto ocurrieron sucesivas modificaciones a través del dictado de Leyes y DNU⁵⁷.

⁵⁴ Art. 10 Ley 24.447, Año 1995.

⁵⁵ Art. 11 Ley 24.447, Año 1995.

⁵⁶ Art. 11 Ley 24.624, Año 1996.

⁵⁷ La ley 25.038, la cual modificó el crédito presupuestario, y autorizó al Jefe de Gabinete de Ministros a gastar una suma mayor de la prevista.

- Año 1999: Ley 25.064. Le otorga al Jefe de Gabinete, además de la autorización para ampliar los gastos, un conjunto de facultades, pero manteniendo los límites del art. 37 de la Ley 24.156.
- Año 2000: Ley 25.237. Se exime de las restricciones del art. 37, autorizando al Jefe de Gabinete de Ministros “a reducir gastos en la medida necesaria para garantizar el cumplimiento del límite de déficit fiscal (...)”⁵⁸
- Año 2001: Ley 25.401. Incorpora las disposiciones habituales eximiendo las restricciones del art. 37. En respuesta a la crisis financiera sufrida en dicho año, cabe destacar la modificación retroactiva por el DNU 139/2002 a la Ley de Presupuesto de 2001.
- Año 2002: Ley 25.565. Amplía las facultades del Jefe de Gabinete, como las de adquirir nuevos préstamos internacionales y el incremento de recursos con afectación específica, recursos propios y donaciones⁵⁹; y vuelve a la sujeción del art. 37.
- Año 2003, Ley 25.725. Mantiene las restricciones del art. 37. Incorpora una autorización para efectuar modificaciones particulares al Ministro de Economía⁶⁰.
- Año 2004, Ley 25.817. Se eliminan las restricciones del art. 37.⁶¹ Asimismo, se confiere al Jefe de Gabinete la facultad de ampliar los créditos presupuestarios y de establecer su distribución en la medida en que las ampliaciones sean financiadas con incrementos de fuentes de financiamiento originadas en préstamos de organismos internacionales⁶².
- Año 2005: Ley 25.967. Mantiene el mismo esquema del año anterior.
- Año 2006, Ley 26.078. Se retoma el esquema restringido, con las limitaciones del art. 37.

⁵⁸ Art. 20, Ley 25.237, Año 2000.

⁵⁹ Arts. 15 y 16, Ley 25.565, Año 2002.

⁶⁰ Art. 34, Ley 25.725, Año 2003.

⁶¹ Art. 13, Ley 25.827, Año 2004.

⁶² Art. 12, Ley 25.827, Año 2004.

2. Situación jurídica posterior a la Reforma de la Ley de Administración Financiera

a. Alcance del Art. 37 de la LAF N° 26.124

Con dicha reforma, se introduce un nuevo párrafo al originario art. 37: “El Jefe de Gabinete de Ministros puede disponer las reestructuraciones presupuestarias que considere necesarias dentro del total aprobado por cada ley de presupuesto, quedando comprendidas las modificaciones que involucren a gastos corrientes, gastos de capital, aplicaciones financieras y distribución de las finalidades”⁶³. De dicha manera, se autorizó al Jefe de Gabinete, con carácter permanente, a modificar partidas presupuestarias sin otra limitación que la imposibilidad de modificar el monto total del presupuesto.

b. Compatibilidad de la delegación del artículo 37 de la LAF con los requisitos establecidos en el Art. 76 de la C.N. para dicho instituto.

i. Delegación legislativa en el Jefe de Gabinete

En la Constitución Nacional se instituye sólo en cabeza del Presidente de la Nación la delegación legislativa. Por el contrario, en virtud del art. 37 de la LAF la reasignación de partidas presupuestarias es delegada en el Jefe de Gabinete.

Al respecto, *Gelli* señala que “hasta la reforma de 1994, la Corte Suprema admitió la delegación impropia en el presidente y en los órganos administrativos que le están subordinados. A partir de aquella y a tenor del artículo 76 –en los casos de excepción previstos– sólo cabe la delegación en el presidente de la Nación. Ello así, por interpretación concordante con los artículos 87 –El Poder Ejecutivo será desempeñado por un ciudadano con el título de presidente de la Nación– y el art. 100, inc. 12, que atribuye al Jefe de Gabinete de Ministros, el refrendar los decretos que ejercen facultades delegadas por el Congreso”⁶⁴.

Diversos doctrinarios siguen esta postura, como es el caso de *García Belsunce* quien sostiene que “la delegación parcial por el Congreso de la Nación de su facultad exclusiva de sancionar el presupuesto general de

⁶³ Art. 37, Ley 26.124.

⁶⁴ GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación...*, *ob. cit.*, p. 621.

gastos y el cálculo de recursos de la administración nacional, en la persona del Jefe de Gabinete de Ministros, es inconstitucional. Ello es así porque el Jefe de Gabinete de Ministros no es el Poder Ejecutivo”⁶⁵.

ii. Excepciones a la prohibición de delegación en la Constitución Nacional

Materias determinadas de administración

No surge del concepto de “materias determinadas de administración” una definición unívoca, ya que los constituyentes, al sancionar la reforma, no enunciaron el alcance que le quisieron dar, ni taxativa ni declarativamente. Al no consolidarse tampoco en la doctrina un alcance unánime y específico de dicho concepto, es difícil en cada caso concreto determinar si nos referimos a la materia administrativa y, por tanto, delegable, o no; generándose una situación de incertidumbre jurídico-social.

El Legislativo ha establecido pautas o situaciones que se encuentran dentro de las materias determinadas de administración. Sin embargo, en el caso concreto de la reasignación de partidas presupuestarias, tomando como base su sustento en la amplia gama de facultades delegadas hoy en el Jefe de Gabinete de Ministros por el Congreso, consideramos que ésta se excede del ámbito de administración al que hace referencia el art. 76 de la Constitución Nacional.

Situación de Emergencia

Cassagne define a la emergencia como una situación temporal que “entraña un verdadero concepto constitucional indeterminado (...), que esa emergencia sea pública y general, que sea susceptible de afectar la subsistencia del Estado y que ella sea reconocida y declarada por el Congreso”⁶⁶.

Como ya hemos visto, en el año 2002, tras la crisis vivida en nuestro país, se requería la utilización de una efectiva herramienta para lograr la superación y progreso de la República, —siendo, a nuestro criterio, correcto el uso de la delegación legislativa que permite el art. 76 con este fundamento—. Sin embargo, no vemos que en la actualidad se mantengan las

⁶⁵ GARCÍA BELSUNCE, Horacio A., “La reforma a la Ley 24.156, de administración financiera: sus vicios políticos y constitucionales”, PET 2006 (julio-353).

⁶⁶ CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Tomo I, Octava Edición Actualizada, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 188.

condiciones que llevaron a la declaración de la emergencia pública mediante la promulgación de la Ley 25.561 (en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria).

La aceptación de lo antedicho, justificaría seguir convalidando las sucesivas prórrogas que se hicieron de dicha potestad queriendo fundamentarla en una persistente emergencia general del país.

iii. Plazo para el ejercicio de la delegación

En el art. 37 de la LAF no se establece un plazo para el ejercicio de la delegación legislativa, sino que se le otorga carácter permanente, y pareciera que dicho instituto fuera la regla y no una excepción, como lo pensaron los constituyentes nacionales.

Esta situación es peligrosa ya que se traduce en la adjudicación de “super-poderes” en cabeza del Órgano Ejecutivo tornándose ilusoria la división de poderes propia de nuestro sistema constitucional de gobierno.

iv. Debate de la situación actual de la delegación de la facultad de reasignar el Presupuesto Nacional.

El 24 de agosto del corriente año se vencía el plazo de prórroga de las facultades delegadas al Poder Ejecutivo, cuya caducidad inicial el Congreso Nacional interpretó que estaba prevista para el 24 de agosto de 1999 –por aplicación de la cláusula transitoria octava–, pero su vigencia fue prorrogándose a través de sucesivas leyes. Se estima que éstas cuentan con alrededor de 1.901 normas.

Se debatió, en el último tiempo, un proyecto de reforma a la Ley de Administración Financiera para fijar ciertos límites a la facultad del Jefe de Gabinete de redistribuir partidas del Presupuesto.

Finalmente, dicha prórroga fue aprobada por ambas Cámaras del Congreso, sin ningún tipo de análisis individualizado ni limitación. Sin embargo, el Gobierno confirmó que autolimitará los superpoderes presupuestarios que le permiten al Jefe de Gabinete reasignar partidas sin permiso del Congreso. Habrá, entonces, un tope del 5% sobre el total del Presupuesto 2010, a la potestad extraordinaria del Poder Ejecutivo para redistribuir partidas entre gasto corriente y de capital.

Nos resulta alarmante que el Poder Legislativo haya realizado una nueva prórroga sin detenerse en analizar pormenorizadamente las facultades que se encuentran delegadas y su alcance. Muy por el contrario, pareciera abdicar de su deber de legislar, incumpliendo su misión constitucional.

VIII. CONCLUSIÓN

Creemos que el instituto de la delegación presupuestaria se utiliza sin tener en cuenta las restricciones y los límites establecidos en la Carta Magna, de manera tal que, en la práctica, no se trataría de una simple delegación, sino de una transferencia permanente de facultades.

Asimismo, la Constitución establece como sujeto pasivo de la delegación al Presidente, y no al Jefe de Gabinete como lo establece la LAF.

Ante el estudio detenido del art. 76, encontramos que no se cumplen con los requisitos para que la delegación legislativa sea válida, por lo que ésta padece de cierta tacha inconstitucional. En la ley, la materia presupuestaria no es encuadrada dentro de ninguna de las excepciones otorgadas por la Constitución –ni se trata de una materia administrativa, ni nos encontramos en una situación de emergencia–. Tampoco podemos hablar de una facultad otorgada por un tiempo determinado, porque nada dice la ley al respecto. Al contrario, se trata de una facultad que se prorroga, sin tratamiento previo, en cada nuevo período presupuestario.

En relación a las bases de la delegación, no se utilizan términos precisos, como, por ejemplo, determinar porcentajes permitidos para reasignar, los alcances y límites a tal facultad, con lo cual, no puede ser considerada una delegación conforme con los preceptos y limitaciones constitucionales.

Por otro lado, si bien el Jefe de Gabinete tiene la facultad de ejecutar el presupuesto, la reasignación de partidas no es un acto de ejecución, ya que en la práctica no se dispone lo establecido por el Congreso, sino que se lo modifica, sin límite alguno.

De este modo, se trata claramente de una delegación inconstitucional, lo que llevaría a una concentración de poder en cabeza del Ejecutivo, dificultando la relación de frenos y contrapesos enseñada por Montesquieu.

De manera tal, no podemos dejar de lado el sistema republicano instituido en nuestra Constitución Nacional, el cual establece las relaciones de poder, que como dijera Madison: “Cuando los poderes legislativos y ejecutivo se reúnen en una misma persona o entidad (...) no puede haber libertad, porque pueden surgir temores que el mismo monarca o senado decreten leyes tiránicas con objeto de ejecutarlas de modo tiránico también.”⁶⁷

⁶⁷ HAMILTON, A., MADISON, S. y JAY, J., *El Federalista*, Fondo de Cultura Económica, México, 1957, p. 206.

Una vez más decimos, entonces, que en el ejercicio del instituto de la delegación, el Poder Legislativo debe ser cauto, ya que en su defecto, se estaría considerando a la Constitución Nacional como una ficción, cuando por el contrario, es el instrumento que establece los parámetros jurídicos-sociales de nuestra realidad.

BIBLIOGRAFÍA

- AMBROSINO, M. Silvana, “Algunas reflexiones en materia presupuestaria: El presupuesto paralelo”, *La Ley* 2005-E, 1123.
- BADENI, Gregorio, *Reforma constitucional e instituciones políticas*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1994.
- *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo I, ed. Actualizada y ampliada, La Ley, Buenos Aires, 2003.
- BARRA, Rodolfo, *El jefe de gabinete en la Constitución Nacional*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995.
- BESTARD, Ana María, “Delegación de facultades legislativas en el Poder Ejecutivo”, Publicado en *La Ley Online*.
- BIANCHI, Alberto B., *La delegación legislativa*, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1990.
- “La delegación luego de la reforma de 1994”, JA-1996-IV-764.
- BIELSA, Rafael, *Derecho Constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1957.
- CANOSA, Armando, “La delegación legislativa en la nueva Constitución”, en CASSAGNE, Juan C. y otros, *Estudios sobre la reforma constitucional*, Depalma, Bs. As., 1998.
- CASÁS, José Osvaldo, “El principio de legalidad tributaria: decretos leyes, reglamentos y reglas generales administrativas”, *PET* 1/1/2008.
- CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Tomo I, 8^{va} Edición actualizada, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006.
- COMADIRA, Julio, “Los reglamentos delegados”, ponencia presentada en las Jornadas sobre Acto Administrativo y Reglamento organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, publicada en *Revista Régimen de la Administración Pública*, Buenos Aires, 2002.
- CORTI, Horacio G., *Derecho Constitucional Presupuestario*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2007.
- DE LA GARZA, Sergio Francisco, *Derecho financiero mexicano*, Porrúa, 18^{va} edición, México, 2000.

- EKMEDJIAN, Miguel Angel, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo IV, Depalma, Buenos Aires, 2000.
- GAGLIARDO, Mariano, “Delegación legislativa”, publicado en *La Ley* 12/06/2009.
- GARCÍA BELSUNCE, Horacio A., “La reforma a la ley 24.156, de administración financiera: sus vicios políticos y constitucionales”, *PET* 2006 (julio-353).
- GARCÍA DE ENTRERRIA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2006.
- GARCÍA LEMA, Alberto, “La delegación legislativa”, en *La reforma de la Constitución*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994.
- GELLI, María Angèica, *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, La Ley, Buenos Aires, 2001.
- HAMILTON, A., MADISON, S. y JAY, J., *El Federalista*, Fondo de Cultura Económica, México, 1957.
- JARACH, Dino, *Finanzas Públicas y Derecho Tributario*, Tercera Edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003.
- LOCKE, John, *Tratado sobre el Gobierno Civil*, 1689.
- LUQUI, Juan Carlos, “La legalidad: puntal esencial de la libertad” en *El principio de legalidad en el derecho tributario*, obra colectiva contenidos los trabajos presentados al Simposio organizado por la facultad de Derecho y Ciencias Sociales y el Instituto Uruguayo de Estudios Tributarios en octubre de 1986, Facultad de Derecho, Montevideo, 1986.
- MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990.
- MOTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, Editorial Heliasta, 1994.
- SANTIAGO, Alfonso (h.) y THURY CORNEJO, Valentín, *Tratado sobre la delegación legislativa*, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2003.
- SOLÁ, Juan Vicente, *Control Judicial de Constitucionalidad*, Lexis Nexis 2006.
- QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Constitución de la Nación comentada*, Zavalía, Buenos Aires, 1997.

LIMITACIONES A LAS CAMPAÑAS ELECTORALES: LA EXPRESIÓN POLÍTICA DEL DINERO Y SUS COSTOS*

SEBASTIÁN GUIDI** Y JUAN NIETO***

Resumen: El ensayo busca defender a las restricciones de las campañas electorales como mecanismo capaz de elevar la calidad de la representación política y promover la real igualdad de oportunidades para el acceso a cargos públicos electivos. Se plantea que la representación política en el sistema democrático falla por el hecho de que existe una elite del poder que gobierna, dejando sin representación a las clases bajas y medias debido a que existe una relación directa entre representación política y dinero. El objetivo es reducir esa relación. Para afrontar los gastos de campaña los candidatos reciben dinero de grupos de interés, que luego esperan recibir un trato preferencial. La ausencia de límites en los gastos profundiza esta situación

Abstract: This essay aims to defend those restrictions imposed on electoral campaigns which seek to improve political representation so as to foster a real equality of opportunities to have access to hold elective public office. According to this essay, political representation in the democratic system fails due to the existence of a ruling elite in governing officers that leaves lower and middle classes without representation. This is the result of the direct relationship between political representation and financial support. Thus, the goal is to reduce this

* Este trabajo ha obtenido el segundo premio en el Concurso de Ensayos “Dr. Ignacio Winizky” de Derecho Constitucional, sufrió ligeras modificaciones con respecto al original presentado al certamen, sin embargo, las correcciones y aumentos de esta versión son enteramente coherentes con el original.

** Estudiante de Abogacía (UBA) y ayudante alumno de Derecho Constitucional en la cátedra del Dr. Roberto Gargarella en la Facultad de Derecho (UBA).

*** Estudiante de Derecho (UBA). Agradezco infinitamente la paciencia y sabios consejos de Samanta Biscardi y a las siempre acertadas recomendaciones bibliográficas de Mauro Benente.

relationship. Candidates afford campaign expenses through the financial support provided by interest groups which expect to receive preferential treatment afterwards. Besides, a lack of limits on the amount of campaign expenses deepens and worsens this situation.

Palabras clave: Campañas electorales-Dinero-Debate público-Marketing político-Democracia-Representación política-Límites-Igualdad-Acceso a cargos públicos- Opinión pública.

Keywords: Electoral campaign - public debate - political marketing - democracy - political representation - limits - equality - access to hold public office - public opinion.

“(A)lla democrazia rappresentativa basta, per funzionare, che esista una opinione chi sia davvero del pubblico. Ma è sempre meno così, dato che la videocrazia sta fabbricando una opinione massicciamente etero-diretta che in apparenza rinforza, ma in sostanza vuota, la democrazia come governo di opinione”.

Giovanni Sartori¹

En este ensayo nos proponemos defender las restricciones a las campañas electorales como mecanismo capaz de elevar la calidad de la representación política y promover la real igualdad de oportunidades para el acceso a los cargos públicos electivos. Creemos, por un lado, que en la Argentina el asunto no ocupa el lugar que merece en la opinión pública y en la agenda política y por otro, que debe ser coordinado con otras reformas institucionales para lograr los objetivos que se apuntaron. Para desarrollar esta posición, comenzaremos fundamentando su necesidad desde el punto de vista de imperativos constitucionales y de filosofía política. Luego repasaremos las principales objeciones que ha recibido este tipo de limitaciones en el ámbito norteamericano, relacionadas principalmente con la libertad de expresión y el derecho a la propiedad privada. Finalmente, indicaremos medidas concretas y métodos de control para: i), lograr su efectividad y ii) evitar posibles abusos por parte del partido gobernante.

¹ SARTORI, Giovanni. *Homo videns*. Laterza & Figli, Bari, 2009. p 46.

I. LOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES

En 1956 el sociólogo Charles Wright Mills describía, en un libro que pasó a ser clásico para la sociología norteamericana², a la “élite del poder” de su país; un grupo reducido –e incluso algo endogámico– de personas vinculadas por lazos afectivos y familiares, que concentraba las tres esferas de poder en los Estados Unidos: la económica, la política y la militar. Según su estudio, las decisiones fundamentales de la política son tomadas por estas élites, las cuales no dejan al político profesional más que un margen de acción en niveles “medios” de decisión. Sobre esta impotencia del sistema político democrático escribe: “No es necesario que los grupos de presión sobornen a los políticos en el Congreso. (...) Los miembros de la sociedad (aristocracia) local no necesitan pagar al político profesional para que defienda sus intereses, puesto que, por selección social y educación política, pertenece y está a favor de los grupos clave en su distrito y en su Estado. (...) El dinero que cuenta ahora se utiliza sobre todo para financiar elecciones, más que para pagar directamente a los políticos sus favores y votos”³. Sobre la representatividad de estos políticos dice además: “Como tipos sociales, estos 96 senadores y 435 representantes, no representan en realidad a los ciudadanos ordinarios. Representan a aquellos que tuvieron éxito en sus empresas y profesiones. Hombres de edad, son blancos privilegiados, norteamericanos por nacimiento e hijos de padres norteamericanos y protestantes. Tienen títulos universitarios y por su situación social y económica pertenecen por lo menos a la alta clase media. (...) En resumen, pertenecen a las clases altas, viejas y nuevas, de la sociedad local y proceden de ellas. (...) El puesto hoy exige mucho dinero (...). Los ingresos extraordinarios le son casi indispensables al diputado”⁴. Por estas y otras razones, critica de manera demoledora a la democracia real de los Estados Unidos, la cual ya no responde a su modelo ideal de toma pública de decisiones por “el gran abismo que ahora existe entre la población en masa y los que toman decisiones en su nombre, decisiones de enormes consecuencias cuya elaboración el público a menudo desconoce hasta que están tomadas”⁵. Los Estados Unidos serían “más una democracia formal que

² MILLS, Charles Wright, *La élite del poder*, Fondo de Cultura Económica, México, 1969.

³ MILLS, *op. cit.* p. 241/242.

⁴ MILLS, *op. cit.* p. 234/235.

⁵ MILLS, *op. cit.* p. 280.

una estructura social democrática e incluso el mecanismo político formal es débil.”⁶

Si nos permitimos citar tan extensamente a Wright Mills es porque los rasgos elitistas que el sociólogo observa en el sistema político no son exclusivos de su tiempo ni de su país. Parecería que es un riesgo casi inevitable del sistema representativo el hecho de que tienda a ser mayormente influido por los sectores con dinero que por los que no lo tienen. Sin embargo, tal percepción no debe conducir a una lectura estática de las instituciones y su diseño. Las “fallas” en clave democrática de la ingeniería constitucional americana que se reproducen en nuestro modelo, responden a que los “padres fundadores” pensaron la república estructuralmente separada del “demos”⁷. De modo que es en este esquema en el que se inscribe la representación como mecanismo alternativo (republicano) al de la asamblea (democrática)⁸. Aún así, en algún momento antes de 1948⁹, estados de bases fundacionales republicanas apartadas de la idea de democracia –como Estados Unidos– se redefinieron a sí mismos como democráticos. En el caso argentino, este movimiento se cristaliza con la reforma constitucional de 1994¹⁰, pero se encuentra ya presente en el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos. Este tránsito obliga a enfrentar los problemas de diseño institucional atendiendo al problema de la mutación y de las resignificaciones constantes, forzándonos a integrar en el nuevo paradigma de las democracias modernas, disposiciones pensadas para una organización republicana con algunos rasgos claramente elitistas.

Por supuesto, lejos está del objeto de este ensayo (y de la capacidad de sus autores) el explorar todos los (innumerables) problemas que aquejan

⁶ MILLS, *op. cit.* Pág. 258.

⁷ Claramente, James Madison, El federalista X en *El Fedearlista*, MADISON, HAMILTON y JAY, Fondo de Cultura Económica, México, 2001

⁸ Sobre esto, Bernard MANIN, *Los principios del gobierno representativo*, Alianza Editorial, Madrid, 1998.

⁹ Es prácticamente imposible ubicar específicamente el tiempo/espacio donde se produce el salto a la democracia, sin embargo posiblemente la idea republicana le fuese insuficiente al liberalismo –luego del nazismo y el fascismo– para distinguirse de los movimientos totalitarios. De esta manera resulta tan significativo que en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, el art. 29 invoque al “bienestar general en una *sociedad democrática*” como fundamento para la restricción de derechos, así como la objeción indicada por Yugoslavia a este mismo artículo y la posterior abstención de los países (no democráticos) del bloque del Este.

¹⁰ Claramente en los arts. 36, 37 y 38, pero también en el 75 inc. 19 e inc. 24.

a nuestra democracia representativa y sus posibles (e inciertas) soluciones. Sin embargo, volveremos un momento sobre las citas de Mills para referirnos a dos problemas concretamente relacionados con la relación entre la representación política y el dinero. Del hecho de que los costos de participar en política sean tan elevados se desprende:

- a. Una consecuencia, llamémosla, subjetiva: Es más difícil para un individuo que no esté en algún punto de la cúspide de la pirámide socioeconómica acceder a un cargo electivo, por ejemplo, en el Congreso.
- b. Como contracara objetiva de lo anterior, las clases altas (y sus intereses) tienen una excesiva sobrerepresentación entre los representantes políticos, ya sea por su origen social o por los fondos destinados a financiar campañas políticas.

De este modo es como se nos plantean dos aspectos del mismo problema. Por un lado, se ve vulnerada la igualdad; por el otro, el principio mismo de la representación política. Existe, sin embargo un tercer mecanismo mediante el cual los excesivos gastos de campaña hieren la calidad de la representación: el empobrecimiento del debate público mediante sociotécnicas destinadas a la captación de votantes por sobre la discusión sincera de políticas públicas. Trataremos estos tres problemas sucesivamente.

1. Igualdad

El art. 6 de la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* prescribía que “como todos los ciudadanos son iguales ante ella [la ley], todos son igualmente admisibles en toda dignidad, cargo o empleo públicos, según sus capacidades y sin otra distinción que la de sus virtudes y sus talentos”. Sesenta y cuatro años después, en la Constitución Argentina se prescribía que todos los habitantes serán admisibles en los empleos (públicos¹¹) sin otra condición que la idoneidad. El espíritu de estas normas, coherente con el pensamiento liberal que las inspiraba, era la supresión de las diferencias fundadas en la sangre o el nacimiento¹². “Las funciones

¹¹ La norma no lo dice explícitamente, pero tal es la interpretación predominante de la doctrina nacional.

¹² Aunque tampoco pueden pasarse por alto, ideas de igualdad como la de Mariano Moreno expresada en un proyecto sancionado por la Primera Junta que rezaba “la libertad

públicas no son ya, no pueden ser, el privilegio exclusivo de una clase, ni de porción alguna de la sociedad: todo ciudadano tiene derecho a aspirar a ellas¹³. Incluso las cláusulas de nuestro propio texto constitucional que exigen una determinada renta anual para la ocupación de ciertos cargos públicos nunca ha sido observada en la práctica, y ha sido considerada por la doctrina como anacrónica¹⁴, o simplemente, como totalmente ajena a una democracia plena¹⁵.

Hoy en día la igualdad ya no peligra bajo diferenciaciones legales entre clases sociales o ideas de castas hereditarias, pero ello no obsta a que existan factores que en algunos casos tornan ilusoria dicha igualdad. Así, persisten diferencias en función del género, la nacionalidad, la religión y, sobre todo, la situación socioeconómica. Ante la comprobación de esta insuficiencia del concepto meramente formal de la igualdad, la doctrina fue avanzando hacia su progresiva materialización. Bidart Campos nos dice que “la igualdad elemental que consiste en asegurar a todos los hombres los mismos derechos requiere, imprescindiblemente, algunos presupuestos de base: a) que el estado remueva los obstáculos de tipo social,

de los pueblos no consiste en palabras, ni debe existir en los papeles solamente. Cualquier déspota puede obligar a sus esclavos que canten himnos de libertad, y este canto maquinal es muy compatible con las cadenas y opresión de los que los entonan. Si deseamos que los pueblos sean libres, observemos religiosamente el sagrado dogma de la igualdad.” Extraído de MILLER, Jonathan, GELLI, María Angélica y CAYUSO, Susana, *Constitución y derechos humanos*, tomo II, ed. Astrea, Buenos Aires, 1991, p. 1524. Aquí se ve como, al menos en la génesis revolucionaria del estado argentino, ya existían voces que alertaban acerca de la insuficiencia de la igualdad formal.

¹³ PELLEGRINO ROSSI, *Curso de Derecho Constitucional*. Citado por GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*, Estrada, Buenos Aires, 1983, p. 127.

¹⁴ Así, BIDART CAMPOS nos dice que podía comprenderse su razonabilidad en el momento de su dictado por la estrecha conexión entre el nivel económico y el educativo. Hoy la realidad muestra otro tipo de relaciones entre esos conceptos, que hacen que la norma devenga inconstitucional.

¹⁵ GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada*, La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 582. Dice además que “no puede concebirse como un requisito de idoneidad por lo que altera el principio de igualdad”. Joaquín V. González dice que la “posesión de una renta como condición previa (para ser senador) no se condice con nuestro sistema de gobierno” aunque curiosamente más adelante afirma que se justifica como requisito para ser presidente una “posición pecuniaria que les ponga al abrigo de las necesidades imperiosas, los deseos o inclinaciones a apropiarse del dinero o los bienes de la Nación, y a cometer por debilidad o ignorancia actos contrarios a la más pura honestidad y dignidad”. (GONZÁLEZ, Joaquín V., *op. cit.*, pp. 352 y 519).

cultural, político, social y económico, que limitan “de hecho” la libertad y la igualdad de todos los hombres; b) que mediante esa remoción exista un orden social y económico justo, y se igualen las posibilidades de todos los hombres para el desarrollo integral de su personalidad; c) que a consecuencia de ello, se promueva el acceso efectivo al goce de los derechos personales de las tres generaciones por parte de todos los hombres y sectores sociales.”¹⁶. Con este concepto más robusto de la igualdad, quizás más estructural¹⁷, es que debemos preguntarnos por la real igualdad de oportunidades en el acceso a los cargos públicos electivos, y naturalmente surge el mandato de promover el ejercicio de los derechos políticos por parte de toda la población, removiendo los obstáculos de tipo económico que puedan impedirlo.

Si bien no pretendemos afirmar que sea imposible para alguien ocupar un cargo electivo sin recursos personales o una campaña financiada por grupos económicos, lo que resulta innegable es una relación más o menos directa entre los recursos económicos y el acceso al gobierno. Y si bien resulta ingenuo pretender hacer desaparecer esa relación, sí puede y debe intentarse mantenerla acotada dentro de lo constitucionalmente aceptable.

En 1971, en una de las obras de filosofía política más influyentes del siglo XX, John Rawls sostuvo que uno de los principios básicos que debe respetar un sistema político justo es el llamado “principio de participación”. “Este principio establece que todos los ciudadanos tengan un mismo derecho a tomar parte y a determinar el resultado del proceso constitucional que establecen las leyes que han de obedecer. (...) Todos los ciudadanos han de tener un acceso igual, al menos en el sentido formal de la palabra, al poder público”¹⁸. Esta igualdad al acceso no es vista por Rawls sólo como un derecho subjetivo de los ciudadanos, sino también como un medio de conferir legitimidad democrática a los actos de gobierno. Este concepto nos lleva ahora al segundo problema vinculado con la relación dinero - política.

¹⁶ BIDART CAMPOS, Germán José. *Manual de la Constitución Reformada*, Ediar, Buenos Aires, 1996

¹⁷ SABA, Roberto “La (des)igualdad estructural”, publicado en *El derecho a la igualdad*, Marcelo Alegre y Roberto Gargarella coordinadores, Lexis Nexis, Buenos Aires 2007.

¹⁸ RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2003, pp. 213-214.

2. Representación

Tradicionalmente, la representación política ha sido vista de dos modos complementarios. Según el primero de ellos, debe entenderse en el sentido contractual, siendo una relación de mandato entre el electorado y el funcionario elegido. Según el otro, los representantes deben reproducir, de manera especular, la distribución de los intereses y opiniones de la sociedad. Creemos, con Carlos Nino, que estas dos visiones pueden confluir, aceptando su definición de representación como “delegación para poder continuar la deliberación que ha tenido lugar entre los ciudadanos”¹⁹.

Ambos aspectos de la representación, y más aún si tomamos la tesis de Nino como válida, son seriamente dañados por la estrecha relación entre dinero y elecciones.

La relación de delegación entre representados y representantes no sólo se ve afectada (como luego se verá) por los gastos de las campañas en sí, sino que, en términos muchos más burdos y evidentes, se ve seriamente lesionada por los mecanismos de obtención de los fondos para solventarlos. Las altísimas sumas necesarias para la realización de campañas electorales ponen al candidato en la necesidad imperiosa de conseguir dinero; este dinero usualmente es aportado por grupos de interés que, de llegar el candidato al gobierno, esperarán recibir un tratamiento preferencial. Incluso hay casos de grandes empresas que han realizado aportes a más de un candidato simultáneamente, para asegurar sus intereses frente a diferentes eventuales resultados. Un ejemplo paradójico es el citado por Delia Ferreira Rubio: *Génération Ecologie*, partido francés que a pesar de su plataforma ambientalista había aceptado la financiación de un laboratorio suizo acusado de ser un gran contaminador del Rin²⁰. La cuestión de la proveniencia de los fondos de partidos ha sido ampliamente estudiada, y la necesidad de su regulación ha sido reconocida incluso por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el *leading case Buckley v. Valeo*, que al mismo tiempo tacha de inconstitucionales las limitaciones sobre los gastos. Sin embargo, el vertiginoso ritmo de la campaña lleva a que, en ausencia de límites de

¹⁹ NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa* Gedisa, Barcelona, 1997, p. 235.

²⁰ FERREIRA RUBIO, Delia. *Financiamiento político: rendición de cuentas y divulgación*. Disponible en <http://www.idea.int/publications/good_practices_la/upload/Parte1Cap3.pdf>.

gastos, sea vital para los candidatos conseguir fondos²¹, por lo que ambas cuestiones no pueden ser escindidas como hace el citado fallo. No es objeto de este ensayo la financiación de las campañas, por lo que sólo nos interesa marcar que a medida que aumentan las cantidades gastadas en la campaña, aumentan las posibilidades de arreglos espurios entre los gobernantes y los grupos que la financiaron, planteando la inevitable pregunta de a quién representan, en realidad, los representantes. Si los gastos de campaña fuesen limitados, también lo sería la necesidad de recurrir a financiamientos que puedan restringir su libertad de acción. En ese sentido, la limitación sobre los gastos de campaña sería liberadora. Sin embargo, debemos reconocer que la corrupción en los aportes a las campañas es contingente y podrían desarrollarse mecanismos eficientes de control como los existentes en los Estados Unidos sin que esto pueda agotar la crítica.

Con referencia a la visión especular de la representación, nos encontramos con que una amplia mayoría de los representantes son, o bien representantes de corporaciones particulares o bien miembros de las clases altas o medias-altas. Aun sin hacer un relevamiento preciso acerca del origen de clase de los representantes, basta como ejercicio mental imaginar una selección aleatoria de 257 argentinos mayores de veinticinco años y compararlos con los 257 integrantes de alguna conformación histórica de nuestra Cámara de diputados. Los costos de las campañas electorales, en esta línea, empujan hacia arriba el piso socioeconómico de los candidatos electoralmente viables. Del mismo modo que, como señalábamos anteriormente, resulta inaceptable la exigencia de una renta mínima como condición de acceso a un cargo público, también parecería ser inaceptable que, de manera encubierta, exista una limitación análoga aunque no formal. Fundamentando la necesidad de financiamiento público de los partidos políticos, John Rawls advierte que “las desigualdades en el sistema

²¹ Una excepción es la de los candidatos con una gran fortuna personal que pueden autosolventarse sus campañas, como el caso paradigmático de Ross Perot en las presidenciales estadounidenses de 1992. Sin embargo, estos son casos muy excepcionales que no justifican la inversión de la regla. Owen Fiss, *Money and Politics*, disponible en <<http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Moey-Politics.pdf>>. Por otra parte, en este tipo de experiencias la regla acerca de la relación aquí descrita entre dinero y política no entra en crisis, de hecho, la única diferencia sustantiva que estos casos presenta es la signada por la identidad de los sujetos intervinientes, en un caso tenemos a políticos profesionales actuando con el soporte económico de empresas y en el otro tenemos una identidad entre la “empresa” y el político profesional.

socioeconómico, pueden minar cualquier igualdad política que hubiese existido en condiciones más favorables”, y que para evitar esto “(e)n un Estado bien gobernado, sólo un pequeño número de personas puede dedicar la mayor parte de su tiempo a la política. (...) Pero esta fracción, sea cual fuere su tamaño, deberá extraerse igualmente de todos los sectores de la sociedad”²². Si aceptamos que la deliberación que tiene lugar en los cuerpos legislativos es la representación especular de la deliberación que en circunstancias ideales tendría lugar en la sociedad toda, queda claro que este sesgo clasista del método representativo no hace más que coartar la posibilidad de participación en el debate público de buena parte de la sociedad. Con el agravante de que el sector que queda fuera del debate público es también el más desaventajado y el que sufre aquellos problemas que -tal vez- podría comenzar a resolver con una participación más activa en la toma de decisiones públicas. Si aceptamos postulados caros al liberalismo, como la idea de *homo economicus*, la racionalidad de los sujetos y la persecución del autointerés, resulta al menos dificultoso explicar cómo aquellos que no tienen un interés íntimo en la solución de problemáticas ajenas estarán mejor posicionados para enfrentarlas y resolverlas genuinamente que aquellos que las padecen directamente.

Estos dos problemas, aunque contingentes, no dejan de ser grandes amenazas de la presión del dinero sobre la política, lo cual incluye paradigmáticamente el dinero utilizado para el sostén de las campañas electorales. Queda sin embargo un tercer problema, más sutil y también por ello más difícil de combatir.

3. Debate público

Siguiendo a Carlos Nino en su concepto de representación que citábamos antes, existen también problemas en el modo en el cual se plantean las campañas electorales cuando la escalada de gastos se deja a discreción de quien más tiene para gastar. Uno de estos problemas es el desarrollo del *marketing* político como sociotécnica directamente encaminada a obtener votos, lo cual es reconocido por los mismos candidatos como algo natural. Según el *Manual de marketing político* de Luis Costa Bonino, esta disciplina no es más que la evolución de las tradicionales técnicas de conocimiento del electorado y elocuencia que los políticos

²² RAWLS, John; *op. cit.*, pp. 214/215.

tradicionales siempre usaron²³. Sin embargo, analistas políticos desde hace tiempo vienen denunciando el vacío ideológico y programático en las campañas electorales a merced de los nuevos gurúes del marketing político. Carlos Nino incluso dice que “(n)ada se gana en términos democráticos a través de una publicidad extremadamente intensa de tipo comercial que caracteriza a las campañas políticas modernas. Por el contrario, se pierde mucho en términos de irracionalidad y de incremento de la posibilidad de corrupción”, llegando a proponer “proscribir la publicidad que sólo contiene nombres y eslóganes en lugar de ideas y propuestas”²⁴.

a. Discurso publicitario y condición de sujeto:

El discurso publicitario aplicado a la política no debería ser advertido como una herramienta neutral apta para comunicar del mismo modo ideas radicalmente diferentes. Al menos esto debería resultar imposible luego de la aparición de la propaganda y su conexión con los modelos totalitarios de organización política, pues -siguiendo en esto a Hannah Arendt- podríamos decir que la propaganda funda sus éxitos en aspectos deficitarios de la comunicación de masas, es decir, en la dificultad que tiene esta misma comunicación de masas para comunicar y acercar las realidades propias de la experiencia y su imposibilidad de contener ideas complejas²⁵.

Por otro lado, el discurso publicitario encierra una seria problemática como interpelación-constitución de los sujetos²⁶. La retórica de la publicidad presupone (crea) un sujeto consumidor y no un sujeto actor y a partir de esa presuposición (creación) construye un discurso constitutivo de una

²³ COSTA BONINO, Luis. *Manual de Marketing Político*. Disponible en <<http://www.costabonino.com/manualmp.pdf>>, p. 3. No habría entonces ninguna diferencia relevante entre el político que habla con los ciudadanos y les propone soluciones a sus problemas al político que desde su despacho contrata consultoras especializadas para la diagramación de una campaña electoral.

²⁴ NINO, Carlos Santiago, *op. cit.*, pp. 227/228.

²⁵ ARENDT, Hannah, *Los orígenes del totalitarismo*, Taurus, Madrid, 1974, p. 426 y ss.

²⁶ ALTHUSSER, Ideología y aparatos ideológicos del estado, Ediciones Nueva Visión, Buenos Aires, 1988. Relaciones entre Althusser y Zizek en SANTAGATA, Florencia, *El montaje fantasmático (una lectura sobre la ideología en Zizek)*, revista Derecho y Barbarie n° 1, Buenos Aires, 2008.

subjetividad cada vez más divorciada de la vida política de la comunidad,²⁷ minando así las propias bases de la democracia.

Un camino útil para entender esto quizás sea el tomado por Althusser en *Ideología y aparatos ideológicos del Estado*. Este trabajo, propone el estudio de los mecanismos de reproducción de la sociedad identificando la función que los llamados *aparatos ideológicos del estado* tienen en ese proceso. Aunque en el momento de su publicación Althusser no tematizó específicamente el problema de la publicidad, lo sostenido en relación a los aparatos ideológicos es aplicable también al actual discurso publicitario atendiendo a su aptitud para constituir sujetos-sujetados. Asimismo, y de forma casi contemporánea al propio Althusser, Alain Touraine ya advertía acerca del impacto sobre las relaciones capitalistas del discurso publicitario, y autores como Baudrillard²⁸ –y más tarde Bourdieu²⁹– señalaban que el consumo consolida y legitima formas concretas de entender la vida social, asignando, consecuentemente una significación binaria que clasifica y constituye al mundo (Bourdieu). Es discutible que Althusser –como parece afirmar Zizek³⁰– se aparte efectivamente de una idea sustancial de sujeto como existente de forma previa a la ideología. Sin embargo, esto no obsta en nada lo afirmado hasta aquí, de hecho, desde una perspectiva post estructuralista que renuncia a toda idea sustancial de sujeto podemos decir que la publicidad (como cualquier discurso) estructura el vacío. Antes del discurso no hay nada mensurable, o, en términos de Alain Badiou, sólo existe el múltiple puro, una dimensión ininteligible, previa al propio entendimiento. Por medio del discurso, en este caso publicitario, se inscribe simbólicamente –el múltiple devenido en “situación”– en el llamado “estado de situación”. Esta inscripción simbólica reconoce dos excesos: el de los elementos no representados, elementos que aunque son hallables

²⁷ Esta dificultad ya era advertida por Rousseau en su célebre Carta a D’Alambert, donde al momento de tratar la problemática del espectáculo teatral, identificaba que una de las grandes dificultades de la dramaturgia era justamente que reducía al “pueblo” a un papel de triste y pasivo espectador, mientras que la fiesta popular aparecía como la práctica paradigmática de la república por el doble papel que ocupa el ‘pueblo al ser al mismo tiempo actor y espectador, es decir lo mismo que sucedería en la práctica democrática en donde el pueblo crea (sin intermediarios) las mismas normas que se le van a aplicar luego. Ver ROUSSEAU, *Carta a D’Alambert*, Tecnos, Madrid, 1994, p. 156.

²⁸ BAUDRILLARD, *El sistema de los objetos*, Siglo XXI, México 1969.

²⁹ BOURDIEU, *La distinción. Criterios y bases sociales del gusto*. Taurus, Madrid, 1988.

³⁰ ZIZEK, Slavoj, *El espinoso sujeto*, Paidós, Buenos Aires 2007, p. 152 y ss.

en el múltiple, no encuentran una correlativa inscripción simbólica; y el de los elementos sobrerrepresentados, puesto que toda agencia que gestiona el salto de la situación al estado de situación realiza una inscripción simbólica parcial y tendenciosa. En términos de Laclau, esto también podría ser entendido como el resultado lógico de la lucha por la hegemonía de los significantes. Es decir, que los excesos vendrían a ser por un lado el de la exclusión de significantes alternativos al hegemónico y por otro el del nivel de alcance del significante hegemónico como atado a determinados intereses, cosmovisiones sesgadas, particulares, etc., puesto que la hegemocratización no es más que la actividad de lucha por medio de la cual lo singular se vuelve universal³¹.

La propaganda política, entonces, lejos de ser una actividad destinada a ofrecer información (sin importar que esta sea verdadera o falsa) para fundar elecciones racionales, es un dispositivo de producción de sentidos sociales que exceden a la oferta política en sí³². De hecho, las a veces radicales diferencias entre los candidatos se ven diluidas en la superficialidad de los slogans y spots publicitarios que se homogenizan en abstractas invocaciones a un “cambio” o a elementos arbitrarios e irrelevantes como el nombre de pila de los candidatos, diferenciándose en aspectos apenas estéticos. De esta manera la propaganda –en tanto discurso publicitario sometido a sus reglas generales– además de inscribir simbólicamente el múltiple en el “estado de situación”, instituye también un “pseudosujeto” con rasgos específicos difíciles de conciliar con la democracia.

Entendiendo al sujeto como el agente del pasaje de la multiplicidad dada (situación) al acontecimiento-verdad (Badiou), o como el agente que realiza la hegemocratización (Laclau), y por ende apartándonos de una idea sustancial de sujeto, no podríamos sostener en sentido estricto que el dis-

³¹ LACLAU, *Emancipación y diferencia*, ed. Ariel, Buenos Aires, 1996.

³² Por otra parte, un rasgo particular de la producción de sentidos sociales de la comunicación, es que en ella está todo dado, no existen puentes al múltiple puro, el devenir se encuentra regulado, las categorías ya existen y “los posibles” sólo se ajustan a ellas. Observamos entonces cómo se organiza imaginariamente el mundo, existen (ideas de) mujeres, hombres, obreros, burgueses, significaciones que ya tienen organizada y digerida la esfera de lo real. No hay lugar al acontecimiento como “posibles” o “posibilidades desconocidas. Cf. LAZZARATO, Maurizio, *Por una política menor*, ed. Traficantes de sueños, Madrid, 2006 p. 143 y ss.

curso publicitario produce verdaderos sujetos³³. Pero aquí no se trata del vínculo del “sujeto” con acontecimientos-verdades (como la Revolución Francesa), que tienen carácter de ruptura y de apertura³⁴; que tienen anclaje directo en el vacío, en el múltiple puro y que se expresan sin renegar de las “torsiones sintomales”³⁵, relacionándose con los fundamentos de la “situación” y subvirtiéndola entre otras cosas, por medio del “sujeto”. De lo que se trata es -justamente- de qué es lo que produce la inscripción simbólica instituyente sin que la voz “sujeto” sea estrictamente relevante. Por esto es factible sostener que mientras que en el acontecimiento-verdad aparece el sujeto, en el pseudo acontecimiento (como el nazismo o el stalinismo) que repudia al síntoma, que es mera apariencia, una puesta en escena sin ninguna clase de “verdad” acerca de la “situación”, aparezca un pseudo sujeto. Consideramos que la publicidad y su manifiesta vocación ficcional, que nos muestra representaciones burdas (políticos profesionales interactuando con actores que representan vecinos, maestros, obreros, etc.) instituye -o puede instituir- pseudo acontecimientos (basta recordar la función central de la propaganda en el stalinismo y en el nazismo) y pseudo sujetos (raza aria, etc.).

En el caso que estudiamos aquí, es notorio cómo el discurso publicitario de la propaganda política es una herramienta en la lucha por los significantes (interviene en la institución del significado del “sentido común”, de la “seguridad”, e incluso de conceptos más complejos como “democracia”, “república” o “derecho”), pero también articula pseudo sujetos al promover desde la pospolítica el pasaje de la ciudadanía a categorías pre políticas -como la de “vecino”- y al tratar al electorado como masa de consumidores. Este proceso, en el que el dinero tiene desde luego un rol fundamental como requisito para desplegar campañas masivas y eficientes, mina el significado mismo de la democracia como actividad autoinstituyente

³³ Aún sin una referencia concreta y a riesgo de simplificar extremadamente las categorías, tras la idea de subjetividad en Badiou y Laclau aparece una reminiscencia a la noción marxiana de *consciencia*, quizás pudiendo decirse, que el sujeto es sólo sujeto consciente.

³⁴ Como señala Maurizio Latorazzo, un acontecimiento es una apertura de posibles. LATORAZZO, Maurizio, *ob. cit.* p. 37.

³⁵ Esta noción, heredada del psicoanálisis, da cuenta del valor de aquellos fenómenos que son advertidos como anomalías. Haciendo una brutal analogía podría afirmarse que del mismo modo en que los sueños, y los lapsus “develan algo”, las anomalías abren el acceso al múltiple. En este sentido, desde el pensamiento marxista se encara el fenómeno de las crisis capitalistas no ya como una anomalía, sino como una torsión sintomal, es decir como algo que viene a develar el “real” funcionamiento del sistema.

consciente de la sociedad³⁶; puesto que por un lado se excluye de la inscripción simbólica al individuo como actor relevante en la toma de decisiones colectivas, y, por otro, nutre el vacío de significaciones con un pseudo acontecimiento que instituye verdades que mantienen oculta la potencia autoinstituyente de la democracia por medio de la apelación a falsas convenciones e identidades.

Desde luego, algunos de estos problemas también se vinculan estrechamente a la cuestión de la profesionalización de la política, sin embargo, entendemos que a estas difultades propias de las sociedades organizadas bajo el dogma de la división del trabajo y la democracia representativa, se le suma el hecho de que el impacto del dinero y el discurso publicitario alimenta la proliferación de lo impolítico radicalizando los obstáculos ya existentes.

b. Debate público y legitimación de la democracia

La debilitación de lo que debería ser un debate público “vigoroso, desinhibido y abierto”³⁷ y la posibilidad de su cooptación por parte de quienes tienen el poder para dominar la agenda de la discusión mediática y política, ya no parece soluble sin acudir a algún tipo de regulación sobre las campañas políticas en sí mismas. A, su vez, dejar este problema sin solución parece ser el abandono de una fuente central de legitimidad de los gobiernos democráticos. “Se entiende que el punto preocupante es que las elecciones deben ser libres. Sí, es cierto, pero (...) (e)lecciones libres con opiniones impuestas, no libres, no conducen a nada. (...) Y entonces, todo el edificio de la democracia se apoya, en último término, sobre la opinión pública, y una opinión que sea realmente del público, que realmente nazca del seno de los que la expresan”³⁸.

³⁶ CASTORIADIS, *Lo que hace a Grecia: de Homero a Heráclito*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2006, pp. 351 y ss.

³⁷ Según la calificación que da la Corte Suprema de los Estados Unidos en el célebre fallo *New York Times v. Sullivan*.

³⁸ SARTORI, Giovanni; *¿Qué es la democracia?*; Taurus, Buenos Aires, 2003, pp. 87/88. El fundamento de la democracia en el debate público es explícito en aquellos teóricos que fundan la legitimidad de la democracia en su valor epistémico, entre los cuales descolla en la Argentina Carlos Nino. Sin embargo, no es necesario tener tal concepción sobre la democracia deliberativa para reconocer la importancia del debate público libre en el proceso democrático, como hace por ejemplo Sartori en la cita precedente.

Joseph Schumpeter, pionero en la utilización de los métodos de la economía en el análisis político, expresamente renunciaba a la posibilidad de lograr una legitimación de la democracia en algo parecido a la opinión pública. Schumpeter se limitaba a realizar una definición meramente descriptiva de las democracias realmente existentes, casi jactándose de ello. “(Los consumidores) son tan sensibles a la influencia de la propaganda y de otros métodos de persuasión que a menudo parece que son los productores los que les dictan su voluntad en vez de ser mandados por ellos. (...) Es cierto que siempre hay alguna apelación a la razón. Pero una simple afirmación, repetida con frecuencia, tiene más peso que un argumento racional, y otro tanto ocurre con el ataque directo al subconsciente”. “Normalmente, las grandes cuestiones políticas comparten su lugar, en la economía espiritual del ciudadano típico, con aquellos intereses de las horas de asueto que no han alcanzado el rango de aficiones y con los temas de conversación irresponsable; (...) el ciudadano tiene la impresión de moverse en un mundo ficticio”. “(C)uanto más débil sea el elemento lógico en la formación de la opinión pública, y más completa la falta de crítica racional de la influencia racionalizadora de la experiencia y la responsabilidad personales, mayores son las oportunidades para los grupos que persigan fines interesados. (...) siendo como es la naturaleza humana en la política, (estos grupos) son capaces de configurar la voluntad del pueblo e incluso crearla dentro de unos límites muy amplios”³⁹.

Schumpeter con esto cree fulminar a la (por él llamada) “teoría clásica de la democracia”⁴⁰. Sin embargo, en lo que respecta a este trabajo, nos detendremos en un aspecto de las citas precedentes en el cual creemos que Schumpeter incurre en un grave error, y que servirá para entender nuestra preocupación por la distorsión del debate electoral y del debate público en

³⁹ SCHUMPETER, Joseph A., *Capitalismo, socialismo y democracia*, Folio, Barcelona, 1996, pp. 330/336.

⁴⁰ SARTORI, *op. cit.*, p. 155 y ss., plantea que toda teoría completa de la democracia debe contener tanto una mirada descriptiva como una orientación prescriptiva. La teoría de Schumpeter tiene entonces un importante valor descriptivo: podría distinguir eficazmente una democracia de, por caso, una autocracia. De hecho, Schumpeter acusa a la “teoría clásica” de no observar la realidad, confundiendo a veces observaciones con aspiraciones. Sin embargo, al carecer de una valoración deontológica, no permite distinguir *grados de democratización*; y es precisamente esta ausencia de un elemento prescriptivo lo que hace que no pueda enfrentarse frontalmente a la “teoría clásica” de la democracia representativa en un mismo plano.

general. Schumpeter parece suponer que la “teoría clásica” de la democracia implica necesariamente que el público tenga un acabado conocimiento sobre todos los asuntos de interés público, análogo al que cada individuo tiene sobre sus intereses particulares. Sin embargo, Giovanni Sartori marca que la expresión “opinión pública” no es casual. Justamente para defenderse de la objeción antidemocrática de que “el pueblo no sabe”, los teóricos de los decenios previos a la Revolución Francesa sostenían que la democracia no exige que el pueblo posea *episteme*, a la manera del filósofo-rey de Platón, sino simplemente *doxa*, esto es, opinión⁴¹. Está claro que la *doxa* es un requisito muchísimo menos exigente que la *episteme*, pero también es mucho más endeble y volátil. Por este motivo se hace necesario prestar especial atención al proceso de formación de esta opinión pública, puesto que si la opinión pública pudiese manejarse a voluntad, quien lo hiciese tendría en sus manos la legitimidad del régimen democrático. Lo cierto es que, más allá de los análisis semiológicos y sociológicos que cabría realizar pero que lamentablemente escapan a este trabajo, la opinión pública tiene tanto elementos autónomos como heterónomos, debiendo intentar fortalecer los primeros tanto como sea posible⁴².

Refiriendo justamente a las llamadas por Sartori “teorías elitistas de la democracia”⁴³ (como la de Schumpeter y sus sucesoras) Jürgen Habermas realiza una crítica demoledora: “La democracia ya no se define por el contenido de una forma de vida que hace valer los intereses generalizables de todos los individuos; ahora no es más que el método de selección de líderes y de los aditamentos del liderazgo. Por democracia ya no se entienden las condiciones en que todos los intereses legítimos pueden ser satisfechos mediante la realización del interés fundamental en la autodeterminación y la participación; ahora no es más que una clave de distribución de recompensas conformes al sistema, y por tanto un regulador para la satisfacción de los intereses privados; esta democracia hace posible el bienestar sin libertad. La democracia ya no se asocia con la igualdad política en el sentido de una distribución igual del poder político, es decir, de las oportunidades

⁴¹ SARTORI, *op. cit.*, pp. 88/90.

⁴² SARTORI, *op. cit.*, p. 93 y ss.

⁴³ En efecto, Schumpeter define a la democracia únicamente por su método, que sería “aquel sistema institucional, para llegar a las decisiones políticas, en que los individuos adquieren el poder de decidir por medio de una lucha de competencia por el voto del pueblo”. Schumpeter; *op. cit.*, p. 343. La crítica de Sartori en *¿Qué es la democracia?*, *op. cit.*, p. 155 y ss.

de ejercer poder; la igualdad política solo significa ahora el derecho formal al acceso al poder con iguales posibilidades, es decir, ‘el derecho igual a ser elegido en posiciones del poder’. La democracia ya no persigue el fin de racionalizar el poder social mediante la participación de los ciudadanos en procesos discursivos de formación de la voluntad; más bien tiene que posibilitar compromisos entre las élites dominantes.”⁴⁴

Es precisamente para evitar que la caricatura de democracia que describe Habermas termine por ser no sólo plenamente real sino incluso legitimada, que se debe situar a las campañas absolutamente por fuera de la lógica de mercado y reubicarlas en el lugar que lógicamente les corresponde: en la lógica pública.⁴⁵ En efecto, esto tiene una consecuencia lógica inevitable: si las campañas políticas son libradas a su suerte mediante la mercadotecnia electoral, que obviamente sigue a la lógica de mercado, nada hace suponer que los candidatos comiencen a comportarse según la lógica pública una vez que asumen el cargo. Y en la lógica de mercado, recordemos, los individuos persiguen, de manera legítima, el propio interés⁴⁶.

II. LAS OBJECIONES

Si bien en nuestro sistema los límites a los gastos de campaña no han recibido objeciones⁴⁷ resulta especialmente necesario tratar los embates

⁴⁴ HABERMAS, Jürgen; *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, Ediciones Cátedra, Madrid; 1999, pp. 204/205.

⁴⁵ DALLA VIA, *Derecho Constitucional Económico*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006.

⁴⁶ Desde la llamada escuela de la *public choice* se niega la diferenciación entre estas dos lógicas. Dicen por ejemplo que “un factor significativo en el respaldo popular al socialismo a través de los siglos ha sido la creencia subyacente de que el desplazamiento desde el ámbito de la elección privada al de la social implica el reemplazar el motivo del beneficio privado por el del bien social. (...) (Nosotros defendemos) la hipótesis de que el mismo individuo participa en ambos procesos, contra el casi seguro ataque de los moralistas”. BUCHANAN, James y TULLOCK, Gordon, *El cálculo del consenso*, Planeta-Agostini, Buenos Aires, 1993, pp. 45/46. Nosotros creemos, sin embargo, que se puede y se debe diferenciar estas dos lógicas, ya que los valores éticos del individuo también son un factor determinante de la conducta del *homo economicus*.

⁴⁷ La sanción de la Ley 26.215 registró, en la Cámara de Diputados, 19 votos negativos, todos de diputados del entonces ARI y del Partido Socialista. Pero justamente, esta oposición gravitó en que las disposiciones del proyecto no eran los suficientemente restrictivas. Ver debate durante la “Reunión No. 51 - 1a. Sesión ORDINARIA DE PRÓRROGA celebrada el 13/12/2006”.

que ha recibido la restricción en Estados Unidos como herramienta para poder identificar cuál es el alcance posible de la legitimidad de la intervención estatal, y así determinar que dispositivos más eficaces que los actualmente vigentes serían constitucionalmente admisibles.

Las objeciones de fondo gravitaron en la doctrina y la jurisprudencia americana sobre un derecho cuyo peso -se pretende- puede hacer recular a la pretensión del Estado de reglamentar el debate público. En la tradición americana la fuerza -incluso retórica- de cualquier apelación a la libertad de expresión reviste una potencia difícilmente asimilable a nuestra cultura jurídica. El dogma propio de John Milton⁴⁸ y Stuart Mill, según el cual las restricciones a la libertad de expresión tienen escaso sentido cuando la expresión es justamente la herramienta para corregir adecuadamente los errores, por medio de la refutación, ha calado en la cultura americana como en ningún otro lugar del mundo. Por esto es que, al menos tentativamente, puede funcionar el argumento según el cual los gastos de campaña, entendidos como expresión, sólo pueden ser restringidos cuando un interés preponderante al menos tan valioso como la libertad de expresión, se encuentre seriamente comprometido⁴⁹. Sin embargo, aquí concurren varias dificultades, mientras una buena parte de la tradición americana entenderá que *Buckley* se ajusta a lo fallado en una larga secuencia de casos en los que se defendió la libertad de expresión, otros entienden que tal secuencia lógica no es tan armoniosa como se la presenta. En el caso *Schneider*, la Corte sostuvo que la libertad de expresión no podía restringirse en aras de tutelar “las veredas limpias”⁵⁰ del mismo modo que -analógicamente- se podría decir que en *Buckley vs. Valeo* entendió que la libertad de expresión no podía ser sacrificada en el altar de una pretendida justicia en la contienda electoral. Sin embargo, la lectura opuesta es perfectamente posible⁵¹. En el

⁴⁸ MILTON, John, *Areopagítica*, Fondo de Cultura Económica, México, 1941 y John Stuart Mill, *Sobre la libertad*, Aguilar, Buenos Aires, 1968.

⁴⁹ *Buckley v. Valeo* 424 U.S.1 (1979).

⁵⁰ *Schneider v. Sate* 308, U.S. 147 (1939).

⁵¹ No podemos soslayar, que muy recientemente la Suprema Corte de Estados Unidos, ha radicalizado la línea argumental ensayada en *Buckley v. Valeo*. En el precedente *Citizens United v. Federal Election Commission* (558 U.S. 2010) el máximo tribunal ha reafirmado la equivalencia, en lo relativo a la primera enmienda, entre personas físicas y corporaciones y librado a estas últimas de las prohibiciones y límites a los gastos fijados por la ley *McCain-Feingold*. Según la visión de la mayoría si bien las restricciones a las donaciones son válidas, las corporaciones tienen el derecho de destinar tantos recursos como quieran a la

caso *Schneider*, la Corte entendió efectivamente que la libertad de expresión era un “bien” superior a “la limpieza de las calles”, pero a su vez, permitió la lectura según la cual el principio de neutralidad podía encontrarse afectado en casos de restricciones que con apariencia neutral seleccionaran sólo a un grupo de actores. El principio de neutralidad en los tribunales americanos implica que el estado debe permanecer indiferente al contenido de la expresiones que se regulan, y por tanto las restricciones *content-based* quedan –en principio– prohibidas. De esta manera, y relevando la dificultad que tenían para expresarse aquellos que estaban privados de recursos para publicidad, la Corte estimuló la idea de que la restricción que impedía la distribución de panfletos tampoco era completamente neutral. Si bien se advierte aquí una asociación entre dinero y expresión, la direccionalidad de esa asociación es más bien la inversa que en *Buckley*. Justamente en *Schneider* lo que estaba en juego era que el impedimento de distribuir panfletos en la vía pública sólo perjudicaba a quienes menos recursos tenían, afectando de esa manera la difusión de ideas con menos sostén económico, por lo que virtualmente se excluía del debate público a aquellos con menos recursos. Las normas impugnadas en *Buckley*, por su parte, no excluían del debate ninguna opinión por su contenido, ni a ningún actor social por su procedencia. Asimilar entonces la libertad de expresión al dinero o capacidad de gasto, supone el severo inconveniente de reconocer que quienes tiene más dinero tendrían entonces “más expresión”, cuando en *Schneider* lo que ocurrió fue más bien lo contrario, se defendió el derecho a la libertad de expresión por sobre la norma plana justamente porque el actor no tenía dinero y debía ser reforzado en su capacidad de comunicar su discurso.

Por otro lado, parte de la problemática del gasto de campaña también se puede resolver recurriendo a conceptos usados en el precedente *Red Lion*. Allí la Corte identificó, entre otras razones para admitir la constitucionalidad de las obligaciones de *must-carry* y las surgidas de la *fairness doctrine*, el problema de la escasez como fuente de legitimidad para mayores

difusión de sus mensajes incluso cuando estos sean de carácter proselitista. Para el tribunal, en términos de libertad de expresión se debe garantizar la proliferación de discursos con independencia de su origen, negando que el gobierno pueda privilegiar por ley a algunos grupos sobre otros (personas físicas por sobre corporaciones) en su capacidad de expresión. Asimismo, este precedente establece explícitamente la inconstitucionalidad de restricciones a la expresión fundadas en la capacidad económica de los *speakers*; rechazando así, que el efecto distorsivo del dinero sobre el debate público constituya un interés estatal suficiente para restringir el alcance de la primera enmienda.

restricciones. Según la doctrina de la escasez, allí donde el “espacio” para la comunicación es finito, la intensidad de las restricciones que pueden ser constitucionalmente toleradas es mayor, por lo que la circunstancia fáctica de la escasez debe ser considerada en el caso particular para poder concluir en la validez de la norma impugnada. De esta manera, bien podría decirse que la “cantidad” de espacio público utilizable (con aptitud para comunicar ideas) durante las campañas electorales es también finito⁵² y por lo tanto la incidencia del uso libre del dinero resulta necesariamente en “menos” expresión para los discursos con menos recursos económicos.

Sin recepción jurisprudencial, resta por otro lado la respuesta ofrecida por Owen Fiss⁵³, que –de todas maneras– pivotea sobre una noción de libertad de expresión que no es completamente ajena a la tradición jurisprudencial americana. Según este autor, la libertad de expresión hay que entenderla no como un bien individual de sesgo patrimonial, sino como relación y realización colectiva. Así, la libertad de expresión es tal, sólo en el debate público, en el intercambio de expresiones, en la posibilidad de influenciar y ser influenciado por los demás en el seno de la sociedad. Aunque los tribunales no hayan recurrido a la argumentación de Fiss según la cual restricciones a la libertad de expresión como la de los límites a los gastos de campaña, no vienen a limitar su goce sino a realizarlo efectivamente, si han visto cierta estructuralidad en el derecho. Algo de esto se deduce de la tradición de la Corte y de jueces como Holmes, que le atribuyen a la libertad de expresión su valor especial de libertad preferida en razón –exclusivamente– de su potencia para incidir en la esfera pública formando opinión, controlando los actos de gobierno y ofreciendo elementos a las personas para que elijan sus respectivos planes de vida.

En nuestro sistema, la libertad de expresión es, como la igualdad, función de la democracia; sin embargo, no es posible tutelarla –a diferencia de lo que ocurre en el sistema norteamericano– invocando el principio de neutralidad. El rol del Estado en nuestro sistema constitucional es estructuralmente activo, no se trata ya de respetar una esfera de autonomía preexistente al estado sino por el contrario de justificar la existencia misma

⁵² Aun sin datos precisos, no es difícil entender que el espacio publicitario de la televisión, diarios y vía pública, es naturalmente limitado, por lo que el elemento de escasez se encuentra formalmente presentes, máxime si a esa limitación se agrega la limitación económica existente en el acceso a esos mismos espacios.

⁵³ FISS, Owen, *La ironía de la libertad de expresión*, Gedisa, Barcelona, 1999.

de él como la forma de organización política más eficaz para asegurar la autonomía y el goce de derechos. Quizás éste sea el primer motivo para encontrar dificultades estructurales en la importación del llamado “principio de neutralidad”, en la medida de que el Estado argentino, justamente en vez de ser “neutral”, se propone una amplia intervención capaz de asegurar los derechos. En perfecta sintonía con esto, el Estado por medio de sus compromisos internacionales ha asumido la responsabilidad de proscribir determinados discursos justamente por su contenido (discursos racistas, xenófobos, de odio religioso o sexista) y, al mismo tiempo, le ha dado prelación axiológica a los valores democráticos. De esta manera, la raigambre constitucional del entendimiento sobre el alcance y significado de la libertad de expresión en nuestro sistema, no sólo admite que se instrumenten mecanismos por los cuales el dinero no excluya voces minoritarias o con menor poder económico, sino que incluso lo demanda como mecanismo de aseguramiento del funcionamiento democrático de las instituciones.

III. CONCLUSIONES

Creemos haber justificado con lo anterior la necesidad imperiosa de no dejar las campañas electorales en total libertad, estableciendo algún tipo de regulación tendiente a diluir, tanto como sea posible, estas relaciones entre política y dinero. Sólo así se puede cumplir con el mandato constitucional de igualdad en el ejercicio de los derechos políticos y elevar la calidad de la representación y del debate público de modo que puedan tener un funcionamiento auténticamente democrático, permitiendo a los ciudadanos dejar de ser meros espectadores en la elaboración de la agenda pública y consumidores de ofertas políticas prefabricadas. Por otra parte, establecimos que el derecho a la libertad de expresión no sólo no es un obstáculo constitucional para dichas regulaciones sino que además una visión integral de la libertad de expresión lleva por el mismo camino que ya habíamos comenzado a recorrer.

Sin embargo, y ya en el mundo político real, cuando se trata de imponer límites relacionados con la libertad de expresión y la libertad política, se deben extremar precauciones para no violar derechos fundamentales ni, más indirectamente, estar creando instituciones que puedan ser fácilmente desviadas de sus fines originarios para ejercer un indebido control sobre la prensa y los partidos políticos.

Este ensayo no se propone ser un manual legislativo, por lo que no nos intentaremos esbozar un modelo completo de regulaciones sino simplemente apuntar algunas ideas que permitirían materializar los objetivos aquí planteados, y cuya formulación final cabe al proceso político. Actualmente, el Código Electoral sólo prevé límites relativos a la duración de las campañas electorales, penando con multas más o menos severas a sus infractores. La Ley 26.215 de Financiamiento de los Partidos Políticos establece límites de gastos de campaña, a la razón de \$1,5 por elector habilitado por distrito. Además, le concede a los partidos políticos tiempo gratuito en medios de radiodifusión, tanto radiales como televisivos. De manera similar a los fondos públicos de los partidos políticos, este tiempo es distribuido según los resultados electorales de las elecciones inmediatamente anteriores⁵⁴.

Sin embargo, creemos que los límites de la ley argentina son insuficientes. Y mucho más que eso, suelen ser poco respetados. Así, tenemos tres grandes problemas que enfrentar: qué regulaciones implementar, cómo hacerlas cumplir y cómo evitar abusos en su aplicación.

Sobre la primera cuestión, creemos que las meras limitaciones a los gastos no son eficientes ni controlables. En su lugar, proponemos una regulación por rubros, que pueda permitir que la campaña electoral dependa menos de las estrategias publicitarias que del contenido real de sus mensajes. En términos prácticos, la ley debería especificar montos máximos en los diferentes tipos de gastos previstos en las campañas (afiches, folletos, actos públicos, publicidad televisiva y radial, etc.). Encontramos una incipiente regulación en este sentido en el derecho español. La ley orgánica 5/1985 prevé que no podrá superarse más del 25% del límite de gasto en publicidad exterior (afiches, pancartas, etc.) ni el 20% en publicidad en medios privados de comunicación (arts. 53 y 58). Si bien pensamos en una

⁵⁴ Los aportes financieros se distribuyen en un 30% de manera igualitaria entre todos los partidos que se presentan, y el 70% de manera proporcional al resultado de la última elección entre los partidos que hubiesen obtenido al menos votos equivalentes al 1% del padrón electoral del distrito. El tiempo televisivo se distribuye en un 50% en partes iguales y en el otro 50% según la elección anterior. (arts. 36 y 43 de la Ley 26.215). Este tipo de distribución por un lado tiende a mantener el *statu quo* independientemente de sus virtudes, mientras por el otro ayuda a evitar que partidos irresponsables ingresen en la arena electoral movidos sólo por la posibilidad de financiamiento público. Al respecto, véase FERREIRA RUBIO, Delia; *Financiamiento político en el Cono Sur: Argentina, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay*; disponible en <http://www.idea.int/publications/good_practices_la/upload/Parte2Cap3.pdf>.

división más específica, esta norma va en la línea que apuntamos. Incluso esta división en rubros también podría realizarse según ámbitos territoriales, pensando especialmente en los grandes distritos. Aun sin cifras actualizadas creemos fundamental que los límites, sin dejar de ser realistas, estén más cercanos a los gastos de una campaña austera que a los de una ostentosa: en efecto, límites altos equivalen, para los partidos pequeños y medianos, a ausencia de límites, con lo cual su efecto oligopolizante en el debate público apenas se ve afectado.

La división por rubros de los límites a los gastos presenta a nuestro entender dos ventajas. Por un lado, hace más difícil la tergiversación de datos por parte de los partidos y por lo tanto más fácil su control por parte de la autoridad de aplicación. Por el otro, deja menos margen para planear estrategias publicitarias de tipo comercial: los candidatos deberían enfrentarse en virtual igualdad de armas en cada uno de los escenarios en los cuales se plantea la campaña. Así, las paredes no estarían cubiertas por un mismo color homogeneizante sino que podrían ser un mosaico de diferentes partidos y candidatos, el tiempo en televisión estaría cruzado por *spots* con diferentes propuestas, los medios gráficos no dedicarían una doble página central a un candidato sino que varios tendrían su recuadro. Al disminuir el impacto del tamaño y el tiempo de los mensajes, el criterio de diferenciación para los electores se dirigiría, casi naturalmente, a diferencias intrínsecas entre los candidatos en lugar de las meramente superficiales.

En la misma línea, hay ciertos tipos de propaganda electoral que por su carácter meramente comercial podrían ser proscriptos sin peligro para la robustez del debate público, sino al contrario, en su beneficio. Encontramos un ejemplo de estas proscripciones en Bélgica, donde las campañas electorales son reguladas por la ley del 4 de julio de 1989. Además de imponer un límite de un millón de euros para la campaña⁵⁵ (art. 2º), en su art. 5 veda varias clases de gastos electorales para evitar un giro comercial de la campaña. Así, están prohibidos los afiches de carácter comercial y los no comerciales mayores a 4 m², los regalos proselitistas que no sean sobre papel, la campaña telefónica, los *spots* radiales y televisivos de carácter meramente comercial y los avisos pagos en Internet.

En cuanto a la segunda cuestión, puntualmente el *enforcement* de las normas, existen en la Argentina sanciones principalmente de carácter

⁵⁵ Teniendo en cuenta que Bélgica tiene aproximadamente ocho millones de electores, corresponden cerca de € 0,12 por elector, contra \$1,5 en la Argentina.

pecuniario⁵⁶. Sin embargo, el grave peligro de este tipo de sanciones es que miradas desde la lógica de mercado a la que hacíamos referencia más arriba no son más que costos de campaña, por más que no sean formales ni típicos. Si un candidato, al que suponemos con recursos económicos virtualmente ilimitados, realmente desea el cargo, no tiene incentivos para cumplir con las limitaciones. De hecho, el incumplimiento lo colocaría en una ventaja comparativa frente a los candidatos que sí los cumplen. Esto termina por generar una situación de tipo “dilema del prisionero”, en la cual el incentivo para violar las normas es tal que todos acaban por hacerlo, llegando a una situación en la que todos están peor que si todos hubiesen respetado la norma inicialmente.⁵⁷ En efecto, en términos de la racionalidad del agente, el *costo* de violar una norma es definido como igual a la diferencia entre el beneficio obtenido de tal conducta y el producto de la sanción y la probabilidad de ser sancionado. Teniendo en cuenta ello, el costo de las multas debería ser insólitamente alto para que al candidato deje de *convenirle* violar los límites, por lo que debería pensarse en otro tipo de sanciones. Sin embargo, atendiendo a la mayoría de la legislación comparada, este tipo de sanciones es el prevaleciente.

Ante esta inevitable impotencia de las solas sanciones pecuniarias, parece intuitivamente acertado que la sanción ataque justamente el bien que la violación de la norma persigue, esto es, al cargo que se elige. En efecto, el artículo 109 de la Constitución Política de Colombia, modificado por Acto Legislativo 1 de 2003, establece que “(p)ara las elecciones que se celebren a partir de la vigencia del presente acto legislativo, la violación de los toques máximos de financiación de las campañas, debidamente comprobada, será sancionada con la pérdida de investidura o del cargo”. Semejante sanción,

⁵⁶ Los arts. 62 a 67 de la Ley 26.215 de Financiamiento de Partidos Políticos establecen tanto multas como la privación de fondos públicos para las elecciones subsiguientes. Sin embargo, observa Delia Ferreira Rubio en la obra citada que “en general, en América Latina, la aplicación efectiva de estas multas ha sido muy limitada y aún cuando se ordena su aplicación, se tropieza con la irresponsabilidad patrimonial de los partidos y los dirigentes” (p. 278). El art. 63 de la misma ley establece para el caso de incumplimiento una inhabilitación de seis meses a diez años para el ejercicio de cargos públicos o partidarios para el presidente y el tesorero del partido y los responsables políticos y económico-financieros de la campaña (no para los candidatos).

⁵⁷ Salvo por un detalle nada menor: en esta carrera quedan atrás todos los que no tienen los recursos para llegar al punto de violar los límites. Sobre la relación entre la violación de la ley y el llamado *dilema del prisionero* puede verse NINO, Carlos Santiago; *Un país al margen de la ley*; Ariel, Buenos Aires, 1992, en especial el capítulo II.

hasta donde tenemos noticia, nunca se llevó a la práctica. De hecho, la gravedad de la sanción y su íntima relación con el proceso político hace que la sanción pueda derivar de eficaz en terriblemente peligrosa, incluso sin pensar en supuestos de corrupción en la autoridad de aplicación: el hecho de que individuos designados funcionarios en elecciones libres puedan ser removidos de sus cargos por exceso de gastos en la campaña puede generar auténticos problemas de legitimidad en la aplicación de la sanción. El castigo recaería en este supuesto no sólo sobre el candidato sino también sobre sus votantes, que se verían privados de su representación, y de los cuales no puede saberse *a priori* y con seguridad que no hubiesen votado por el candidato en cuestión de no ser por sus cuantiosos gastos en su campaña.

Por otro lado, y en relación a las sanciones por incumplimiento de las normas sobre gastos electorales, existe un problema que no podemos soslayar: la cuestión de la autoridad de aplicación. En efecto, a medida que las sanciones que prevemos se hacen más fuertes, aumenta proporcionalmente el peligro de dar discrecionalidad al órgano encargado de determinar su aplicación. En la Argentina, urge en primer lugar la necesidad de quitarle las atribuciones electorales al Ministerio del Interior, por su obvia parcialidad. Todas las cuestiones relativas a la organización de las elecciones, incluyendo no sólo lo relativo a financiamiento de los partidos y control de sus gastos sino también a la logística del acto electoral y el recuento de votos, deberían estar a cargo de un ente absolutamente independiente. Bruce Ackerman, en un trabajo en el que intenta acabar con la noción de que el sistema tripartito de Montesquieu es eterno, propone la creación de un órgano de jerarquía constitucional al que llama *Democracy Branch*⁵⁸. “Las atribuciones delegadas a este poder dependerán, por supuesto, de la particular concepción de democracia a la que adhiera la convención constituyente. Una mayoría podría contentarse con una visión muy estrecha de un proceso justo: mientras los votos sean contados honestamente, nada

⁵⁸ ACKERMAN, Bruce; *The New Separation of Powers*, disponible en formato electrónico en <<http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Faculty/TheNewSeparationofPowers.pdf>>, p. 718. Un ejemplo real de la propuesta de Ackerman, al que por cierto refiere, es el previsto por el art. 324 de la Constitución de la India, consistente en una *Election Commission*, cuyos miembros son nombrados por el Presidente (no por el Primer Ministro, recordemos que la India tiene un sistema parlamentarista de gobierno) según los mecanismos que prevea el Congreso y removidos sólo mediante el mismo procedimiento que un juez de la Corte Suprema. Observa Ackerman que a pesar de los altos índices de corrupción de la India, logra mantener elecciones creíbles mediante este mecanismo.

más debería ser exigido constitucionalmente. O bien la convención podría comprometerse con una noción mucho más robusta, exigiendo imparcialidad en la definición de los distritos legislativos y justicia en la distribución de recursos financieros durante las campañas electorales”⁵⁹. En esta línea, creemos que si vamos a tomarnos en serio la regulación de las campañas electorales, debería avanzarse en este sentido para mitigar los riesgos de transformar una verdadera decisión democrática en una herramienta de presión por parte del partido gobernante.

Aún olvidándonos de la cuestión de la autoridad de aplicación por un momento, el panorama parece bastante desolador: parecería que estamos puestos a elegir inexorablemente entre sanciones ineficaces por un lado y sanciones muy peligrosas por el otro. Sin embargo, existe un punto central que puede darle a estas reglas sobre gastos de campaña una fuerza vinculante tal vez mayor que la de cualquier sanción proveniente de la ley. Decíamos que la sanción debe afectar a lo que los candidatos buscan mediante la violación de la norma: la sanción debe afectar entonces al voto del pueblo, es decir, el pueblo no debe votarlos. Así formulado, esto es una perogrullada, por supuesto. Sin embargo, creemos que en el largo plazo debe poder convencerse a la gente de todos estos motivos que hemos estado exponiendo y que justifican sobradamente, pensamos, las regulaciones estrictas a las campañas electorales. “(M)ás que en otros aspectos de la vida política, la relación dinero/política constituye un desafío cultural antes que legal. Las reglas, en este campo, actúan como meros incentivos para la generación de condiciones más equitativas y transparentes pero no garantizan el logro del objetivo. Mientras un 41,9% de la población piense que cierto grado de corrupción es tolerable, a cambio de un gobierno eficiente y eficaz, las leyes que aspiren a controlar el fenómeno de la corrupción serán sólo parcialmente eficaces”⁶⁰. El control real y efectivo por parte de la sociedad civil parece ser un factor de presión irremplazable para que los candidatos cumplan con los límites a los gastos de campaña. La ONG *Poder Ciudadano*, por ejemplo, realiza hace años controles sobre el origen y destino de los fondos electorales después de cada campaña. La multiplicación y amplia difusión de este tipo de controles puede, sin necesidad de verdaderas sanciones formales, ser un poderosísimo incentivo para que los candidatos cumplan con estas normas, sólo para evitar el descrédito

⁵⁹ ACKERMAN, *op. cit.*, p. 718.

⁶⁰ FERREIRA RUBIO, Delia. *Financiamiento político en el Cono Sur...*, *ob. cit.*, p. 272.

público que les representaría estar violando las normas antes siquiera de comenzar a ejercer funciones.

Difícilmente reformas de esta naturaleza se realicen pacíficamente. Esto no sólo debido a las legítimas divergencias ideológicas y programáticas entre los legisladores, sino que es más bien difícil que los miembros de la corporación política actúen en contra de sus propios intereses de un modo tan directo. Sin embargo, existen momentos históricos en los cuales la sociedad reclama cambios profundos en el sistema político, y en esos momentos es posible lograr este virtual milagro de que los legisladores promuevan la creación de un sistema que, posiblemente, podría dejarlos afuera de una, de otro modo más probable, reelección. Owen Fiss cree que en la historia de los Estados Unidos, el período posterior al *Watergate* fue uno de estos momentos, a cuyo término se aprobó la *Federal Election Campaign Act*. En referencia a ello escribe: “es posible que el esfuerzo por establecer un sistema de financiamiento público y de estrictos límites a los gastos de campaña descansara en fundamentos genuinamente democráticos: relevar a los candidatos de la necesidad de gastar tiempo y energías en conseguir fondos, afirmar la igualdad moral de los ciudadanos implícita en la regla “un hombre, un voto”, asegurar que las voces de los menos adinerados no sean sofocadas y que las carreras electorales se decidan sobre la base del carácter y las ideas más que por la fortuna. (...) La reforma de 1974 bien podría ser uno de esos raros momentos de la historia en el cual los legisladores actuaron sobre la base del principio democrático y cambiaban las reglas de juego para mejor”⁶¹.

⁶¹ Fiss, Owen. *Money and Politics*. Yale University Press disponible en <<http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Money-Politics.pdf>>, pp. 2475/2476.

TRADUCCIONES Y AFINES

CREACIÓN Y USO DE NEOLOGISMOS EN EL ESPAÑOL JURÍDICO DE LA ARGENTINA *

RICARDO CHIESA **

Resumen: En este trabajo, elaborado por el propio autor a partir de una conferencia suya, se analiza la situación de los neologismos en el español jurídico de la Argentina desde una perspectiva relevante tanto para el profesional del Derecho y de la traducción, así como para los estudiantes de ambas disciplinas.

Abstract: This essay, written by the author himself based on a lecture he gave, analyzes the status of neologisms in the legal Spanish of Argentina from a perspective that is interesting both for Law and translation professionals and students.

Palabras clave: Español jurídico - Neologismo - Lengua y Derecho.

Keywords: Legal Spanish - Neologism - Language and the Law.

El tema del que voy a hablar hoy es la creación y el uso de neologismos en el español jurídico de la Argentina. En la primera parte, presentaré un breve marco teórico y, en la segunda, comentaré algunos ejemplos.

La actividad de innovación léxica se enmarca en lo que conocemos como “cambio lingüístico”, es decir, toda lengua muta, evoluciona, “se reinventa”. En la lengua general, este cambio es paulatino pero permanente, y se aprecia tanto en el campo léxico como en el sintáctico, el morfológico y el fonético-fonológico.

* Este texto fue elaborado por el autor a partir de la transcripción de su conferencia homónima pronunciada el 19 de mayo del 2009 en el Aula Magna de la Facultad de Derecho (UBA), en el marco del encuentro “Abogados y traductores: usuarios especializados de la lengua española”.

** Traductor público y abogado (UBA).

En el español jurídico como lengua de especialidad, el cambio se manifiesta, particular y mayoritariamente, en el plano léxico-semántico. En la variedad geolectal del español jurídico de la Argentina, de la que nos ocupamos hoy, la actividad neológica es intensa y constante, a despecho de la tradición de inmutabilidad y la tendencia a la cristalización que normalmente se atribuyen a la terminología del Derecho. Entre otras razones, este dinamismo neológico se debe al significativo peso que en nuestro país tiene la doctrina, que es una fuente de extraordinaria producción y riqueza, y también a la libertad y la creatividad con las que el abogado se expresa en muchos de los tipos textuales que genera. Además, ciertos cambios que se han producido en las últimas dos décadas en el plano discursivo, especialmente en el área de la redacción de contratos, han traído aparejado también el cambio léxico y, con él, la introducción de neologismos.

Así, por ejemplo, surgen sintagmas como “empresa afiliada”, “potestad ablatoria del Estado”, “acreedores revisantes” o “eficacia jurígena”, todos debidos a la pluma de un autor que, en su rol de jurista, de abogado litigante, consultor o redactor, de juez, etcétera, va en busca de una comunicación más vívida, más sintética, más original o más eficaz. Estas pretensiones no necesariamente van unidas a una mayor claridad, sobre todo si el contexto de uso no es suficientemente elocuente; pero este ya es otro problema.

En el ámbito jurídico, los motores o agentes de la innovación léxica son:

- a. La doctrina (considerada en sentido amplio, es decir, como comprensiva de la obra de los juristas más caracterizados, junto con toda la producción en forma de libros, monografías, tesis, artículos publicados en revistas especializadas y notas a fallos generadas por distintos profesionales del Derecho). Destaco este aspecto de la doctrina pensando en nuestros cursos de formación de traductores públicos, especialmente en el área de la capacitación en traducción jurídica, porque creo que debemos promover una oferta mucho más variada desde el punto de vista de las tipologías textuales y salir un poco del molde ya conocido de lo que tenemos internalizado como “el documento”. En la práctica de nuestra profesión, en los últimos quince años sobre todo, hemos advertido que la variedad de tipos textuales y de funciones del lenguaje con las que el traductor público debe enfrentarse es notable.

- b. El abogado en su rol como auxiliar dentro del litigio (escritos de todo tipo) y en su rol como redactor de textos jurídicos de toda clase (estipulativos, como contratos; normativos, como estatutos de sociedades; informativos y argumentativos, como las llamadas “opiniones legales” [neologismo creado por calco del inglés *legal opinion*]).
- c. El legislador (también en sentido lato; es decir, cualquier ente productor de textos normativos de alcance general o particular, como leyes, reglamentos, decretos, resoluciones, ordenanzas, etcétera).
- d. En menor medida, los jueces, a través de sus sentencias y demás resoluciones, y los miembros del Ministerio Público, a través de sus dictámenes y otros productos textuales.
- e. Por último, la prensa especializada (o no tanto), en su actividad de provisión de comentarios, glosas, opiniones, etcétera, acerca de cuestiones jurídicas, sobre todo cuando éstas son novedosas.

Muchos de los productos neológicos con los que nos encontramos a diario no llegan a *lexicalizarse*, es decir, a implantarse como unidades léxico-jurídicas con vocación de durabilidad. Sin embargo, no por eso son menos interesantes a la hora de su reconocimiento y análisis por parte de usuarios del léxico jurídico como el abogado y el traductor. Aunque ciertas creaciones neológicas parezcan caprichosas o meramente pintorescas, el abogado y el traductor necesitan decodificarlas para asegurarse una buena comprensión del texto y, en el caso del traductor en la traducción jurídica inversa, para reconstruir su sentido en la lengua extranjera. Por su parte, el terminólogo y el lexicógrafo deberán mantenerse atentos a estas innovaciones, estudiar su evolución y decidir, eventualmente, si han de incorporarlas a alguna recopilación en forma de diccionario, glosario especializado o base de datos terminológicos.

Así, podemos apreciar el fenómeno neológico desde dos planos: el de la *recepción* y el de la *producción*.

Desde el punto de vista *receptivo*, el neologismo requiere una actividad de detección o identificación basada en dos ejes: la intuición y la experiencia; es decir, reconocemos que un neologismo es tal porque, como lo expresa Judit Freixa, del Observatorio de Neología de la Universidad Pompeu Fabra, es la primera vez que lo vemos, porque no lo entendemos (opacidad semántica), porque sabemos que el referente es nuevo, porque sabemos que la denominación es nueva, porque se trata de una unidad de

otro sistema lingüístico, porque el texto “marca” la neologicidad, etcétera¹. La propia experiencia lectora y el propio bagaje cultural son, entonces, las bases para el reconocimiento del neologismo.

El criterio lexicográfico tradicional para la determinación de neologicidad, esto es, la consulta de determinados diccionarios a los que se toma como obras de referencia o corpus de exclusión, es absolutamente insuficiente en el español jurídico de la Argentina, porque estas fuentes secundarias son escasas y selectivas en cuanto a su contenido y suelen confeccionarse, además, para rescatar “lo establecido” y no “lo efímero”.

De modo que el estudiante o el profesional del Derecho o el estudiante o el profesional de la traducción jurídica que, en un texto jurídico, se encuentra con términos como, por ejemplo, “nulidicente” (‘la parte que plantea una nulidad’ o ‘dice de nulidad’) o el sintagma “acreedores masificados” (‘los tenedores de títulos emitidos en masa o en serie’) comprende o averigua su significado no por la consulta a ningún diccionario sino en función del contexto, o mediante el contraste con otras fuentes *primarias*, como la ley, o a través de la consulta con el técnico. El diccionario, debe recordar el traductor, rara vez le será de utilidad en estos casos.

Desde el punto de vista *productivo*, hay una diferencia entre ambas clases de usuarios. El abogado decidirá si, en lo sucesivo, ignorará el neologismo, lo usará ocasionalmente, o bien lo adoptará, es decir, lo incorporará a su competencia léxica e, incluso, a su idiolecto. Por su parte, el traductor jurídico no tiene tantas opciones. En la traducción *inversa*, es decir, del español a un idioma extranjero, debe desplegar primero las actividades de detección y decodificación, pero luego *está obligado a producir* una traducción en la lengua meta. Para ello, dispone de diversas estrategias, que voy a reseñar más adelante, y que giran en torno de la mayor o menor revelación u obnubilación de la existencia de un neologismo en el texto fuente. Y esto va a ir unido normalmente, desde un punto de vista funcionalista de la traducción, a si se traduce “más para el destinatario” o “más para el autor”. Cuando se nos pide, por ejemplo, que traduzcamos a un idioma extranjero una ponencia (*paper*) para ser presentada en un congreso, o un capítulo de un libro, o incluso cuando traducimos jurisprudencia (a mí me ha ocurrido, por ejemplo, trabajando para el Departamento de Derecho Comparado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación), encontramos

¹ *Antenas neológicas: la neología y el estudio de las variantes geolectales del español*, en <<http://www.realiter.net/spip.php?article293>>.

que hay expresiones que son marcas de autor que conviene preservar; es decir, se traduce haciendo un equilibrio entre el grado de comprensión que se estima que va a tener el lector o destinatario probable de esa traducción y las pretensiones del autor del texto original, que tiene, quizás, una manera especial de expresarse, una perspectiva que conviene reflejar desde el punto de vista lingüístico, etcétera. En este sentido, es frecuente que el traductor se pregunte si puede o debe “desculturizar” un neologismo dotado de una carga cultural reconocible en la comunidad jurídica fuente; por ejemplo, en la nuestra, frente al término “judicialización”, la pregunta será si conviene o es necesario rescatar la connotación negativa con la que se lo suele utilizar, o bien proveer una traducción *neutralizada*, por análisis componencial, que equivalga simplemente a la sumatoria de los componentes semánticos /+presentación/ /+de un caso/ /+ante la justicia/.

En cambio, en la traducción *directa*, es decir, al español como lengua madre, el traductor se enfrenta con la posibilidad de la creación neológica en los casos de *vacío léxico*. Una vez identificado el término extranjero, que puede o no ser novedoso en la lengua de origen, el traductor jurídico suele preguntarse si está “autorizado” a generar un neologismo en español —por ejemplo, por transcripción o por calco, o por ambos procedimientos usados conjuntamente—, o bien si le convendrá optar por estrategias como la explicación o el equivalente descriptivo aproximado. Por ejemplo, frente a la primera aparición del término inglés *palimony*, en los años setenta, cualquier traductor jurídico legítimamente podría haberse preguntado si cabía inventar un neologismo, como, por ejemplo, ‘concubialimentos’, para preservar así el carácter lúdico del original, o bien si convenía utilizar una frase explicativa del tipo “alimentos debidos entre concubenarios/entre convivientes/entre personas no unidas en matrimonio”.

Estas decisiones traductorales no se toman en el vacío, sino que se adoptan en función de distintas variables, a saber: a) el propósito de la traducción; b) el destinatario conocido o probable de ella (y, en especial, si ese destinatario es o no un usuario “especializado”); c) el tipo de texto en el que aparece el término; y, si el texto tiene fines de publicación, d) el medio o formato en el que el texto ha de publicarse. Frente al escozor y la renuencia que pueden causar inventos de esta índole en lo jurídico, conviene recordar la libertad expresiva con que se manejan los juristas y abogados, que operan a veces como traductores jurídicos “de facto” al describir figuras de ordenamientos extranjeros en sus obras y escritos (por ejemplo, la descripción de *leaseback* como “leasing de retorno”); conviene recordar,

también, la inmediatez con la que los medios de prensa generan nuevos términos en áreas como la economía y la política, donde los *Obamacans* se transforman, en cuestión de días, en “obamacanos”, en los diarios y en la televisión (y no siempre con una glosa del tipo “republicanos que apoyan a Obama”), la *narcotecture* se transforma, por acronimia, en “narcotectura (para hacer referencia a las mansiones construidas por los jeques de la droga), y los *holdouts* se convierten en “bonistas rebeldes” o, simplemente, “los *holdouts*” (bonistas que quedaron fuera del canje de deuda).

Algunos de los ejemplos que he mencionado demuestran que hay neologismos que, por así decirlo, han venido para quedarse; es decir, conservan una relación referencial con el mundo extralingüístico que, de sostenerse en el tiempo, muy probablemente acabará por diluir su carácter mismo de neologismo. La observación diacrónica revela que otros, por su parte, son efímeros, de modo que, con el tiempo, caen en desuso o se vuelven obsoletos. Por ejemplo, el neologismo “ley tapón” está ligado a un momento específico de nuestro devenir jurídico-económico; y si se sancionara una nueva ley con espíritu similar, se generaría un término nuevo o bien se añadirían adjetivos como “nueva” o “actual”, es decir, “la nueva/actual ley tapón”. Hacer referencia a la que fuera la nueva como “ley tapón” a secas sería un *anacronismo*.

Pero el *tiempo del autor* del texto donde los neologismos hacen su aparición y el *tiempo del receptor* (profesional del Derecho o traductor jurídico) no siempre coinciden. En realidad, esta *asincronía* entre las actividades de generación y de comprensión lectora es muy frecuente, lo cual supone que, en la construcción de su vocabulario pasivo, ambos usuarios, traductor y profesional del Derecho, deben adoptar una postura de total amplitud, guiada por el espíritu de indagación, la curiosidad y la aproximación a toda clase de fuentes *primarias* de información, tanto *actuales* como *pasadas*. Los traductores jurídicos sabemos cuán frecuente es que se nos requiera la traducción de textos ya “envejecidos”, por ejemplo, para su presentación como prueba documental en un litigio, para su cita en apoyo de una determinada argumentación, como en el caso de la traducción de jurisprudencia, para recopilaciones informativas sobre un sistema jurídico, etcétera.

Para poder reconocer y aislar los neologismos como tales en el español jurídico, es conveniente tener presente su clasificación en dos tipos básicos: *formales* y *semánticos*.

Los llamados neologismos *de forma* o *formales* son verdaderos nuevos vocablos creados mediante cambios morfológicos, y son el producto

de la combinación y eliminación de elementos léxicos. Para su creación, se utilizan, entre otras, reglas de composición, derivación, parasíntesis, abreviación, siglación y acronimia, o bien se recurre a préstamos, ya sea directos o adaptados, de otras lenguas (en el ámbito jurídico, normalmente, del inglés, aunque también del francés y del italiano). También son muy frecuentes los neologismos polilexemáticos, es decir, los que tienen dos o más palabras, que se crean por sintagmación y funcionan como una estructura lexicalizada (por ejemplo, dos neologismos de este tipo que se han asentado en nuestro medio en los últimos años son “violencia doméstica” y “violencia familiar”, que no son la suma de /+violencia/ /+doméstica/ ni /+violencia/ /+familiar/ sino unidades ya lexicalizadas con un sentido jurídico propio).

Por su parte, los neologismos *semánticos* o *de sentido* no suponen ninguna modificación en la *forma* del vocablo, sino que provienen, básicamente, de una *ampliación o extensión del significado* que éste tiene y de la utilización de recursos como la metáfora, la metonimia y la sinécdoque, entre otros. Este tipo de neologismo se estudia en términos de *polisemia* o de lo que hoy en día se llama *neovalencia*.

Por ejemplo, el término “femicidio” es un neologismo formal, ya que se trata de un vocablo totalmente nuevo, creado por reglas de composición. Está en uso desde la década de los noventa, pero se ha vuelto mucho más frecuente en los últimos años. Suele utilizarse como sinónimo el sintagma, también neológico, “homicidio de género” (frase que, como pretendido sinónimo de “femicidio”, es obviamente engañosa). La licenciada en Comunicación Social Gabriela Barcaglioni dice, en un artículo publicado en Internet², que la palabra “femicidio” viene del inglés *femicide* y que este término fue acuñado en un artículo de la Revista Ms, “Femicide: Speaking the unspeakable”, de las autoras estadounidenses Jane Caputo y Diana E. H. Russell. Las autoras crearon el término *femicide* para describir “los asesinatos de mujeres por parte de los hombres, motivados por desprecio, odio, placer o sentido de propiedad sobre ellas”, con lo cual puede verse que un término tan inocentemente construido por reglas de composición culta (un prefijo más un sufijo) tiene, en realidad, una gran densidad semántica, muy difícil de intuir si uno no recurre a fuentes primarias. Naturalmente, esta caracterización no es la última palabra, y hasta que el término encuentre,

² *El femicidio como una plaga*, en <<http://www.iade.org.ar/modules/noticias/article.php?storyid=2129>>.

si eso ocurre, asiento en la ley (que es la que suele delimitar la realidad conceptual en el plano jurídico, sobre todo en un país como la Argentina), podrá haber diversas opiniones acerca de “dónde empieza y termina” el concepto de lo que se ha dado en llamar “femicidio”.

En un campo totalmente distinto, tenemos, como caso de neologismo semántico, un término por todos conocido en el ámbito del derecho contractual: “aceleración” (usado dentro de sintagmas como “aceleración del préstamo” o “cláusula de aceleración”, en un contrato de mutuo, por ejemplo). Advertimos que se trata de un neologismo semántico porque el vocablo “aceleración” ya existe en nuestra lengua, y al significado que el vocablo tiene en la lengua general se añade otro en la lengua de especialidad jurídica, mediante un procedimiento de ampliación de sentido y de *terminologización* (una estrategia de la que el léxico del Derecho se vale y se ha valido constantemente, en casos como “culpa”, “responsabilidad”, “acto”, “parte” y miles de otros, que son palabras tomadas de la lengua general y terminologizadas). Como tal, “aceleración” alude a lo que conocemos también como “decaimiento de plazos”, “caducidad de plazos” o “exigibilidad inmediata”. Hay que destacar, sin embargo, que el origen de esta nueva acepción también puede explicarse como un préstamo adaptado, dado que proviene del inglés *acceleration*.

Estos dos ejemplos que acabo de dar (bien distintos, por cierto) nos llevan a preguntarnos *por qué* se crean neologismos en la lengua jurídica. Podemos identificar las siguientes razones o necesidades:

- a. La necesidad de identificar o designar conceptos nuevos, objetos de aparición reciente en la realidad jurídica (lo que podríamos sintetizar con el enunciado *palabra nueva para concepto nuevo*, con la aclaración de que donde dice “palabra”, también puede leerse “sintagma”, en éste y en los enunciados que siguen).
- b. La necesidad de evitar superposiciones o confusiones con objetos ya existentes y ya significados, y con los que el objeto nuevo guarda una relación de semejanza o contigüidad (*palabra nueva para concepto semejante*).
- c. La necesidad de designar objetos ya conocidos o más o menos instalados en la realidad jurídica, pero que están identificados de un modo que se estima vago, insuficiente, impreciso o “poco técnico” (*palabra nueva para concepto existente*).
- d. La necesidad de ampliar el rango semántico de un vocablo ya

existente para incorporarle un nuevo sentido o un nuevo uso (*nuevo sentido o nuevo uso para palabra existente*; es decir, creación de un neologismo semántico).

- e. La necesidad, en el ámbito jurídico, de convenir o pactar una designación artificial para un objeto jurídico que no tiene proyección más allá de una determinada relación o situación jurídica, como es el caso de las definiciones llamadas “estipulativas”, en los contratos, o las “normativas”, en la ley. Los neologismos así generados pueden dar la impresión de que el término neológico se encuentra ya “establecido” en la lengua jurídica, pero tal vez no estén destinados sino a nacer y morir en el texto en el cual figuran.

Veamos algunos ejemplos para cada una de estas categorías. La primera de ellas: *palabra nueva para concepto nuevo*. En nuestro medio, en los últimos diez años, comenzó a difundirse un término que ya existía en la doctrina y en el ámbito de la legislación provincial, que es “hábeas data”. Como neologismo, es un sintagma latinista que, curiosamente, encontró lugar en la ley misma (Ley de Protección de Datos Personales 25.326), en la que se habla de la “acción de protección de los datos personales o de hábeas data”. Al traducir este sintagma a una lengua extranjera, muchos consideran que debe quedar en latín, pero es bueno tener presente que el uso de latinismos jurídicos no coincide en todas las lenguas. Entre el español –sobre todo, el español latinoamericano– y el inglés jurídico estadounidense, por ejemplo, hay notables diferencias en este sentido. De modo que si traducimos un latinismo usado en la Argentina mediante la estrategia de la transcripción, es decir, si lo conservamos en nuestra traducción al inglés, puede parecer un cultismo y resultar innecesariamente pomposo, y además (lo más importante), puede ser que no se entienda. Lo mismo ocurre, en la dirección inversa, con términos propios del mundo angloamericano como *sua sponte* o *sponte sua*, que equivalen a nuestra expresión “de oficio” y que no se usan en nuestro medio, ni tampoco en el español ibérico o del resto de Latinoamérica. En el caso de “hábeas data”, es interesante ver que el latinismo no se ha arraigado en la Unión Europea, donde hay, desde el año 1995, una directiva en relación con la protección de datos personales. De modo que en inglés, por ejemplo, se habla simplemente de “*the protection of personal data*” (debe tenerse presente que el término correcto es *data*, no *information*, porque *personal data* es también una expresión ya

lexicalizada, que tiene, en las leyes que se ocupan del tema, una definición en cuanto a su alcance).

Otro neologismo formal creado en el sentido de *palabra nueva para concepto nuevo* es la palabra “apista”. Ésta proviene, como sabemos, de la sigla “APE”, que, por un procedimiento de siglación, se ha transformado en un sustantivo (el “APE”); de éste deriva el adjetivo “apista”, que incluso se utiliza como sustantivo. Así, podemos encontrar “el apista” o “el deudor apista”, “la sociedad apista”, “la empresa apista”, con el significado de aquella que presenta un acuerdo preventivo extrajudicial en el marco de un concurso.

Una de las frases que más ha circulado en las listas de discusión en los últimos años, y que fue objeto de una pregunta por parte de una colega en un encuentro similar a éste, es “testamento vital”. El “testamento vital” es un instrumento por el cual una persona deja una serie de instrucciones acerca de la disposición de su persona y, eventualmente, de su cuerpo, para el caso de sufrir una incapacidad tal que le impida decidir por sí misma en el futuro. El “testamento vital” se conjuga con lo que se llama “instrucciones o directrices adelantadas”, entre otras etiquetas que se han acuñado, que es un sintagma neológico utilizado con un sentido semejante. Lo que ha dado lugar a discusión en el ámbito lingüístico es si “testamento vital” es una frase suficientemente aceptable y clara. Ya en 2001, se publicó un artículo muy interesante del Dr. Rafael Rivera, en *Intercambios*, la publicación de la División de Español de la ATA (Asociación de Traductores de Estados Unidos), donde se proveía una cantidad de equivalentes posibles. Se sugería, por ejemplo, “testamento en vida”, frase poco feliz, si las hay, porque creo que todavía todos los testamentos se hacen en vida. También “última declaración voluntaria en vida”. Luego empezaron las aproximaciones que, en nuestro medio, generaron un poco más de adhesión: “instrumento de declaración de voluntad anticipada”, “acta de autoprotección” y “testamento biológico”. Todas están en boga, y cada autor seguramente añade algún matiz de sentido, pero los traductores –sobre todo, los jurídicos– debemos recordar que cualquiera de estas nuevas etiquetas remite al prototipo de este instrumento, que es el *living will*. Hay una historia muy interesante de casos, que han planteado conjuntamente el dilema en cuanto a la aceptación de declaraciones anticipadas y el de la muerte digna. En nuestro medio, la provincia de Río Negro es pionera en regular lo que se llama un “registro de voluntades anticipadas”, el “RVA”, en el cual se inscriben las “declaraciones de voluntad anticipada” o “DVA”. Éste es otro

neologismo que proviene de una interpretación del sentido de *living will* o de lo que se conoce en inglés como *advanced directives*.

Entre los cientos de neologismos que podríamos mencionar dentro del rubro de *palabra nueva para concepto nuevo*, vamos a mencionar un par más antes de pasar a la otra categoría. Por ejemplo, en los últimos años, ustedes habrán visto que una de las áreas del Derecho que más vuelo ha cobrado es el Derecho de Daños. En la época en que yo estudiaba, distinguíamos el “daño moral” del “daño patrimonial”, y dentro del daño moral, podíamos llegar a discutir la existencia del daño psicológico, del daño emocional; pero no había muchos más rubros netamente diferenciados. Ya en la vida profesional, si iniciábamos una demanda por daños y perjuicios en relación con la muerte por hecho ilícito, por un accidente, etcétera, era muy raro que siquiera se nos ocurriera incluir, por ejemplo, el daño a la vida de relación o el daño a la expectativa de vida o el daño a la esfera sexual, como rubros autónomos así denominados. Estos aspectos podían estar incluidos en la descripción del contenido del daño moral. El daño a la vida de relación aparece definido y caracterizado por la doctrina de manera disímil, pero, en general, lo que se entiende por él es la privación de satisfacciones, la pérdida de la posibilidad de ejercitar ciertas actividades de placer u ocio, como las artísticas y deportivas (de manera que se lo puede considerar un equivalente funcional del instituto anglosajón *loss of the amenities of life*). Me llamó la atención esta caracterización, junto con otras cosas que he leído sobre el daño a la vida de relación, porque los que hemos estudiado el área *torts*, en inglés, ya nos habíamos encontrado con ella hace al menos dos décadas y con una elaboración muy minuciosa en áreas tales como la mala práctica médica, donde se habla de todo tipo de *losses* (*loss of consortium*, *loss of love*, *loss of companionship*); en una demanda de mala praxis, se pide una determinada cantidad de dinero por cada uno de esos rubros. Lo que deseo enfatizar es que establecer una relación de equivalencia léxica entre estos neologismos que estamos adquiriendo en el área del Derecho de Daños y, por ejemplo, la cultura estadounidense en materia de daños, es sumamente difícil. La consulta con el técnico en cada trabajo de traducción tal vez sea la única estrategia confiable para resolver la duda de cómo traducir un término al inglés en una demanda, por ejemplo, o bien, en la traducción directa, para decidir si estamos autorizados a utilizar alguno de los neologismos que están en boga.

No puedo dejar de mencionar el neologismo más trajinado del último mes y medio (que, si bien no es estrictamente jurídico, ha traído

consecuencias jurídicas), que es “candidato testimonial”. Este término es un sintagma lexicalizado que no equivale a la suma del sentido de “candidato” más lo que pueda querer significar el adjetivo “testimonial”; significa, en todo caso, un candidato que, en una interpretación pragmática posible (la mía) de lo que es “testimonial”, aparece en una lista para poner su nombre nada más, sin la voluntad real de asumir el cargo para el cual se postula (lo cual en modo alguno se desprende de la palabra “testimonial”, que significa ‘que da testimonio de su apoyo a’, lo cual se resolvería, en inglés, con adjetivos como *supporting* o *endorsing*). Este caso de alguien que simplemente “pone su nombre” no es una práctica vernácula, sino que existe y ocurre en muchos lugares del mundo. Si buscamos equivalentes, podemos encontrar, en inglés, colocaciones como *phantom candidate*, como me sugería el profesor Parini, o *candidate in name only*. Haciendo una investigación en Internet con palabras sueltas, estratégicamente dispuestas para generar combinaciones léxicas interesantes que se aproximen al sentido del término en español (por ejemplo, “*candidate not-want-take-over*”), pude dar con varios artículos sobre un senador de Nueva Jersey que se presenta a una reelección y en cuya lista aparece la esposa, en un primer lugar que no va a ocupar; pero mientras se están dirimiendo otras contiendas, aparece ella como una *placeholder candidate*, término que, me parece, se corresponde muy bien con la idea de nuestro “candidato testimonial”. *Placeholder* se utiliza en el sentido de que un sujeto meramente “conserva”, “mantiene”, “ocupa” o “sostiene” un lugar mientras se lleva adelante la campaña electoral.

Por último, podemos mencionar la frase “doctrina de los frutos (o del fruto) del árbol venenoso”, que quienes estudian Derecho Procesal deben haber ya conocido, a través de sus lecturas, y que hasta hace diez años era un calco, por así decir, más o menos pintoresco. El término se ha instalado como un calco sintagmático completo de *the fruits of the poisonous tree doctrine*. Lo único que se ha hecho es normalizar el orden de palabras en español; no se ha generado un matiz, ni siquiera se ha creado una metáfora similar. Esta doctrina se vincula, entre otras cosas, con la inadmisibilidad de la prueba obtenida por medios o procedimientos irregulares o ilícitos, y se dice que es una derivación de lo que se conoce en Derecho Procesal Civil y Penal como la “regla de exclusión”, que no es otra cosa que la *exclusionary rule* del Common Law.

Veamos ahora un ejemplo para el rubro siguiente, *palabra nueva para concepto semejante*; la idea aquí es que ya hay un concepto instalado en la

comunidad jurídica, pero aparece otro que se le parece y, para distinguirlo, se crea un neologismo específico. Un buen ejemplo es el sintagma “acreedor quirografario laboral”, que aparece en los artículos 41 y 43 de nuestra Ley de Concursos. Esta frase podría considerarse, en principio, una contradicción en sus términos: los acreedores laborales, normalmente (no solo en nuestra legislación, sino en todas), son privilegiados. A primera vista, sin indagar en el análisis componencial de este neologismo, uno diría que la frase “acreedores quirografarios laborales” puede traducirse al inglés como *holders of unpreferred o unsecured labor claims*, es decir, titulares de créditos que no tienen ni preferencia ni garantía real. Sin embargo, el artículo 43 de la Ley de Concursos utiliza, como sinónimo referencial, la frase “acreedores laborales que hayan renunciado al privilegio”, y es la doctrina la que explica que el sintagma neológico “acreedor quirografario laboral” equivale, en rigor, a *acreedor laboral* (léase, por análisis componencial, “privilegiado”) *que ha renunciado a su privilegio*. Es éste el sentido que habría que trasladar a la lengua extranjera; así, en inglés, debería destacarse que el *holder has waived its preference or lien*.

Otro caso interesante de una *palabra nueva para un concepto semejante* es un término creado por retronimia, también dentro del ámbito concursal: “acuerdo preventivo judicial”. En 1995, aparece el acuerdo preventivo extrajudicial, con ese nombre (con el antecedente de los acuerdos concursales), como aquel que se gesta fuera del ámbito judicial y se presenta ante un juez para su homologación, confirmación o aprobación. Los autores, al hablar de distintas cuestiones en relación con el acuerdo extrajudicial, por una parte, y con el acuerdo preventivo tradicional que presenta un deudor en el marco del concurso preventivo, por la otra, como propuesta o como conjunto de propuestas para sus acreedores, y al contrastar el uno con el otro, hablan del “acuerdo preventivo extrajudicial” (el “APE”) y del “acuerdo preventivo judicial”. Este último sintagma no está en la Ley de Concursos, pero es un término creado como un retrónimo para designar al acuerdo preventivo “prototípico” ante la aparición de una especie que se le contrapone, que es el “acuerdo preventivo *extrajudicial*”.

Dentro del rubro *palabra nueva para concepto existente* (creación de una palabra nueva para un concepto ya existente, pero para el cual se estima que la etiqueta o la designación en uso es insuficiente o poco técnica), un caso interesante es el de cómo designar a una persona que es beneficiaria de algo. En el idioma español, no somos demasiado pródigos en la creación de palabras con el sufijo -ario, a diferencia de un idioma como el

inglés, en el que los pares con *-or/-ee* (sobre todo, *-ee* para nombrar a la parte pasiva de una relación) son sumamente frecuentes. En el ámbito de los alimentos, el par de oposición típico es “alimentante” y “alimentado”; como lo denotan esos participios (presente y pasado), “alimentante” es quien de hecho está pagando la pensión, y “alimentado”, quien de hecho la está recibiendo. El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, dice, sabiamente, en el art. 645: “La inactividad procesal del *alimentario* crea la presunción, sujeta a prueba en contrario, de su falta de necesidad [...]”. No dice del “alimentado”, y no podría decirlo porque, de hecho, se refiere a quien está *reclamando* la percepción de los alimentos. Por su parte, el Dr. Bossert, en su obra *Régimen jurídico de los alimentos*, utiliza el término “alimentista” para esta figura, es decir, para designar al beneficiario de los alimentos, con independencia de que los esté recibiendo efectivamente o del hecho de que renuncie a parte de ellos. Volviendo al binomio *-or/-ee* en inglés, me interesa destacar un par de oposición muy frecuente en las cláusulas de indemnidad de cierto tipo de contratos (cláusulas en las que una parte promete a la otra que la mantendrá indemne ante el acaecimiento de determinados hechos futuros); *indemnitor e indemnitee*. El término *indemnitor* identifica al *obligado* a indemnizar, mientras que *indemnitee* se usa con el sentido de ‘beneficiario de una eventual indemnización’. Según como analicemos el sentido de los morfemas *or/ee*, podríamos afirmar que, en inglés, se toman la licencia de poner en acto lo que aún está en potencia. En la traducción al español de estas cláusulas de indemnidad, el comitente normalmente pide que el traductor utilice los términos “indemnizante” e “indemnizado”. Pero, al momento de redactarse esa cláusula, ni el “indemnizante” es “indemnizante” ni el “indemnizado” es “indemnizado”; el primero se *obliga* a mantener indemne y, en su caso, a resarcir a la otra parte, y el segundo, simplemente es titular de un derecho “en expectativa”. Así, si se creara una *palabra nueva para el concepto existente*, se podría generar el neologismo “indemnizatarario” para designar a este beneficiario de una posible indemnización.

Por último, el caso de los *neologismos semánticos*. Un buen ejemplo es el verbo “dictaminar”, que, en los últimos años, en la Argentina, ha pasado de significar ‘emitir dictamen u opinión’ a ‘decidir o fallar’; otro es el término “veredicto”, que tradicionalmente se asocia con el órgano “jurado” y hoy se utiliza para significar el fallo penal de condena o absolución. Estos términos, así usados, no están en ningún código, pero insisto con el peso enorme que tienen la doctrina y los escritos de abogados como

fuentes de difusión de creaciones neológicas. Otro caso muy conocido es el uso de “detentar” en lugar de simplemente “tener” o “ser titular de” u “ostentar” (“detentar”, en Derecho, normalmente significa ‘tener ilegítimamente’). Otro neologismo semántico, ya de larga data, es el adjetivo “constructivo/a”, en el ámbito del Derecho de Seguros y del Derecho de la Navegación. Ante una frase como *constructive total loss*, el cliente compañía aseguradora nos pediría que la tradujéramos al español como “pérdida total constructiva”, con el sentido de ‘técnica’, ‘virtual’, ‘asimilada a la pérdida efectiva’, etcétera. Lo mismo puede decirse del neologismo semántico “ocurrencia”, proveniente del inglés *occurrence*, en frases como *the occurrence of the loss*; el técnico del área de seguros nos pide que usemos “ocurrencia del siniestro” (y no “acaecimiento”).

Para finalizar, una breve mención de las definiciones que se llaman “estipulativas”, esto es, aquellas en las que se pacta una designación artificial para una determinada figura, situación, parte de un contrato, etcétera. Por ejemplo, en un contrato puede aparecer definido el término “eurotransacción”; a primera vista, podría pensarse que su sentido es asimilable, entre otros términos, a ‘eurodólares’, que sí es una etiqueta ya arraigada y tiene un sentido que puede consultarse en distintos diccionarios. Sin embargo, el contrato en cuestión define “eurotransacción” como ‘toda operación realizada en la Unión Europea en dólares o en euros depositados en entidades financieras en la zona euro’. Vemos así que el abogado que redacta el contrato elige, por cuestiones de síntesis y de comodidad, usar un neologismo como “eurotransacción” y conferirle un significado ad hoc; pero eso no significa ni que el término esté instalado en la lengua ni, como dije antes, que tenga vocación de establecerse en el idioma, vocación de durabilidad. De todas formas, como traductor jurídico, insisto en que aquello que puede parecer efímero, pasajero, incluso banal, puede ser, para nosotros, el problema de un día de trabajo y, desde ese punto de vista, merece nuestro interés. Muchas gracias.

ENTREVISTA AL TRADUCTOR WALTER KERR*

—¿*Qué es la traducción?*

—A mí me gusta hacer un contraste entre la traducción y la interpretación; siempre tomo el primer término sobre la base de sus raíces: la idea de llevar algo al otro lado. Esta idea no sólo se refleja en los idiomas latinos, sino también en los idiomas germánicos; en alemán tienen una palabra muy gráfica para describir la traducción: *Übersetzung*, literalmente ‘poner del otro lado’, es decir, tomar algo, en este caso, un mensaje, y colocarlo “del otro lado del río”, para que otra persona, con otro código lingüístico, pueda recibirlo y entender de qué se trata. Y haciendo referencia al tema de la interpretación destaco que, etimológicamente, *interpretar* sugiere un rol activo; no ya tomar el mensaje y ponerlo del otro lado, sino también mediar en ese mensaje de otra manera. De todas formas, tanto en el caso de la traducción como en el de la interpretación, traductores e intérpretes cumplen con esa función de mediadores para sostener la comunicación, si bien de distinta manera. A veces, la impresión que se podría tener —y que se esfuma cuando se observa el tema más de cerca— es que la traducción es una actividad un poco más sedentaria, estática, pasiva si se quiere. Pero más allá de la etimología del término, obviamente en la traducción entran a jugar toda una serie de factores que hacen que la actividad también sea sumamente dinámica.

Si tengo que resumir lo que es, para mí, traducir, diría que es permitir que otro comprenda lo que está expresado en un código —que, en principio, le es ajeno— y transportar el mensaje (no las palabras) a un código que le permita entenderlo y hacer suyo ese mensaje; o sea, es permitir que un otro

* Entrevista realizada por Mariano Vitetta y Natalia Rezzonico, miembros del Consejo de Redacción de Lecciones y Ensayos.

pueda apropiarse de un mensaje ajeno. Esa sería mi visión, más allá de que veo en la traducción un maravilloso vehículo de comunicación, acercamiento, paz, globalización, avance tecnológico, cultural, etcétera. La traducción, en realidad, es algo que uno está haciendo en todos los ámbitos y casi en todo momento; no solamente como ejercicio lingüístico, sino como ejercicio hasta psicológico de comprensión del ser humano. Uno se está traduciendo a sí mismo todo el tiempo. Esta es una forma psicológica de ver el fenómeno de la traducción: para entenderse uno tiene que traducirse. Aunque hablemos el mismo idioma, para poder comunicarnos entre nosotros, tenemos que traducirnos también. O sea que la traducción no es solamente inter-lingüística, sino que puede ser endo-lingüística también.

—*¿Qué se requiere para ser un buen traductor?*

—Hay una serie de requisitos básicos, quizás obvios y un poco trillados también. Para empezar, un buen conocimiento de las lenguas desde y hacia las cuales se trabaja —esto es lo más evidente—, es decir, lenguas de partida y lenguas de llegada. Y muy importante es el conocimiento de las culturas a las que acompañan esas lenguas. Uno se pregunta, en realidad, si la cultura incluye la lengua como un elemento o si la lengua es la base de la cultura. Si toda cultura se construye sobre la base de una lengua; si es posible pensar una cultura sin una lengua. Para ser no ya “buen” traductor, sino “traductor” se requieren conocimientos lingüísticos y culturales.

También hay otro tipo de factores que tienen más que ver con la personalidad, con actitudes y cualidades personales. Creo que un buen traductor debe ser perfeccionista, paciente y, sobre todo, autocrítico: tiene que poder reencarnar día a día o semana a semana. Yo puedo quedar muy conforme con la traducción que hago hoy, pero, si tomo distancia de mi texto escrito, santificado y sancionado por mí hoy, y lo vuelvo a mirar de acá a una semana, quizás me encuentre con que hay muchas cuestiones que, en esta vida de traductor de hoy, ya no me cierran. Es probable que mi encarnación de traductor de acá a siete días objete o encuentre mejorables muchos aspectos. Un traductor, como ser humano, está sujeto a los vaivenes del cansancio, de las cuestiones físicas o de la salud. Uno puede estar más inspirado un día que otro; es así de simple. Estos son los puntos básicos.

—*¿Cuál es la mejor manera de adquirir esos conocimientos de lengua y de cultura?*

—No creo que haya un camino único para adquirir conocimientos de lenguas. Sí me parece que uno tiene que encontrar su propio camino. A algunos las lenguas les llegan por accidente; en mi caso puntual, yo tuve el

beneficio de heredar el inglés y el castellano en casa, porque la lengua oficial allí era el inglés –tengo ascendientes escoceses– y, viviendo en la Argentina, aprendí el castellano, obviamente. Mi caso es un ejemplo de cómo el inglés puede llegar por accidente. Pero, también, incluso en un caso así, hay gente que tiene actitudes muy diferentes respecto de esa lengua que le llega servida, hay personas que luego dejan de vincularse con esa lengua.

Es interesante analizar el tema del bilingüismo, por ejemplo lo que pasa con los padres que hablan inglés y les hablan exclusivamente este idioma a sus hijos en la casa, pero quizás sus hijos les contestan en español, o bien les contestan en inglés, pero prefieren el castellano. Hay actitudes bastante divergentes en esos casos.

Yo tuve la suerte (quizás un pedagogo diga que esto es un horror) de tener un padre que era muy estricto con el tema del idioma. Si yo le hablaba en algún momento en castellano, él me decía que no entendía, entonces yo le tenía que repetir lo dicho en inglés. Probablemente un psicólogo diga que eso es lo peor que se puede hacer, porque existiría el riesgo de generar un rechazo. Pero parece que yo salí conformista, porque decidí seguir el mandato y terminé sirviéndome. Ya desde muy chico me interesaban los idiomas en general. Cuando uno crece en un contexto bilingüe, uno aprende a discriminar quiénes entienden un idioma y quiénes otro. A mí no me pasaba de hablarle a una persona que solamente hablara castellano en inglés, y lo mismo a la inversa; sabía con quién manejar cada código.

Obviamente el recorrido habitual es tomar clases con algún profesor, ir a un instituto, etcétera, pero, más allá de eso, me parece que después hace falta tener mucha disciplina y seguir estudiando los idiomas de por vida. Un idioma no se aprende en su totalidad: uno va aprendiendo el idioma y lo sigue haciendo a lo largo de toda su vida, al igual que en cualquier campo del saber. Lo mismo sucede con las lenguas madres: nadie puede afirmar un conocimiento exhaustivo de ninguna lengua, incluida la propia. Lo que sí me parece importante es desarrollar el instinto que le permita y le genere a uno la convicción de seguir profundizando, estudiando y avanzando con los conocimientos de un idioma en todo momento, ya sea a través de libros, televisión, Internet. Lo mismo se aplica a lo cultural. Para poder embeberse de una cultura, sobre todo cuando uno no vive en esa cultura, las posibilidades tecnológicas actuales son óptimas y, como ideal, poder pasar un período en el país en el que se habla la lengua a la que uno apunta como objeto de conocimiento.

—¿Cuál es el papel de la teoría de la traducción en la formación del traductor?

—Yo diría que es muy útil. No sé si es absolutamente imprescindible, porque la realidad es que también creo en la existencia de traductores e intérpretes naturales; conozco casos y sé que hay gente que tiene una habilidad innata para traducir. Justamente, en el caso de personas bilingües desde muy temprana edad, podemos decir que hay traductores naturales. Tienen un talento natural que es casi un reflejo. Entonces, me parece que la teoría sí es importante, aporta muchos elementos, una perspectiva interesante, permite una reflexión sobre la traducción y sobre cuáles son los métodos que, por lo menos, les funcionan a algunas personas. Yo creo que puedo leer mucho sobre teoría, incorporar ciertos principios, pero después hacerlos míos, reciclarlos, remixarlos; algunas cosas que a ciertas personas les pueden resultar de utilidad, pueden no resultarme a mí. Es lo que muchas veces marcamos en la Facultad: los trabajos prácticos o la preparación de una carpeta con traducciones no necesariamente representan para mí una garantía de que un alumno incorporó ciertos conocimientos. Si yo, por ejemplo, estoy asistiendo a un curso de idiomas, tomo notas y apuntes, esos apuntes —más o menos sistemáticos o desordenados— me sirven a mí. Y eso es lo importante. O sea que no tiene demasiado valor, para mí, como docente, que un alumno me muestre lo que le funciona a él. Sí desde una perspectiva informativa, pero lo que me interesa a mí es que el alumno, con sus apuntes, con su método de aprendizaje, pueda incorporar los conocimientos básicos que uno estimaría necesarios para seguir con sus estudios.

Más allá de la teoría, hay muchísimo que tiene que ver con la práctica, y creo mucho en aprender traduciendo. Es más, creo que hay mucha gente que se recibe y que no necesariamente sabe traducir todavía; tiene algunos enfoques o rudimentos de lo que es la traducción, pero, como dice el dicho en inglés: *the proof of the pudding is in the eating*. Uno aprende haciendo. Hoy se habla de *learning by doing*. Esto es absolutamente cierto; no tengo dudas. En el caso de la interpretación, quizás haya que abrir otro paréntesis también, porque, si bien la teoría es útil para sistematizar y demás, la realidad es que, como práctica, la interpretación nació como una necesidad funcional y pragmática, no como un concepto tan teórico. Así que ahí el componente práctico es mucho más fuerte y más evidente que en el caso de la traducción. Pero creo que un equilibrio es lo que funciona. A priori, no diría que una —teoría o práctica— es más importante que la otra, ya que ambas se complementan.

—*¿Puede el traductor o el intérprete modificar el contenido de los textos o parlamentos que traduce?*

—La función básica del traductor, según dijimos al principio, es transportar o trasladar ese mensaje, ponerlo del otro lado. En la medida en que, para poder cumplir con esa función, tenga que simplificar ciertos elementos, agregar u omitir otros, siempre en aras de ese objetivo (transportar el mensaje de manera adecuada), creo que sí. Es una cuestión que suele generar polémica por el hecho de que, para poder tomar ese tipo de decisiones, uno tiene que tener una certeza considerable. Y para tenerla, debe contar con ciertos elementos de experiencia, de conocimiento, de contexto y demás. O sea, uno está caminando por una cuerda floja; no es tan sencillo. Creo que es algo que hay que evaluar en cada caso muy puntualmente. Lo que sí diría es que el traductor no puede ver el texto en la lengua de partida como su amo, es decir, ser esclavo de un texto. El traductor tiene que plantarse ante ese texto o discurso y descifrarlo, porque tampoco podemos santificar al discurso de la lengua de partida per se. Si lo consideráramos perfecto, eso obstaculizaría la posterior etapa de traducción. El texto, tanto escrito como oral, puede presentar repeticiones, omisiones, redundancias, partes más o menos inteligibles, errores. Cuántas veces sucede que nos topamos con errores... Si alguien dice: “En La Quiaca, capital de la República Argentina...”, al traducir al inglés, por ejemplo, —si soy un traductor más o menos conciente del papel que cumplo— no voy a hacerle creer a la persona extranjera que no conoce el contexto geográfico argentino que La Quiaca es la capital de la Argentina. En este caso, el error es tan grosero que no amerita demasiada consulta, salvo que ese tipo de error cumpliera alguna función deliberada en algún tipo de contexto textual, ya sea para crear algún efecto cómico, enviar algún mensaje respecto del desconocimiento geográfico del que está hablando, etcétera. Creo que el traductor tiene una cierta autoridad para decodificar el mensaje y, en función del objetivo de la comunicación en un determinado momento, introducir modificaciones, pero siempre teniendo en cuenta lo que significan una omisión o un agregado significativos y sus consecuencias, y que sus actos no van a estar exentos de consecuencias. Hay intervenciones de los traductores que pueden ser conducentes y neutrales —o incluso mejorar el proceso de la comunicación— pero otras, si el traductor se extralimita, pueden acarrear consecuencias negativas.

—*Hay un concepto suyo que es el del millaje. Usted dice que cuanto más experiencia tiene el traductor, más puede intervenir, ¿verdad?*

—Sí, es un poco lo que pasa con el famoso *déjà vu*, eso de que “ya lo vi”. No voy a caer necesariamente en el dicho *Once you’ve seen, you’ve seen them all*, con sus particulares connotaciones, pero es cierto que haberse enfrentado a determinado tipo de problemas una y otra vez le da cierta libertad a uno. Por ejemplo, nosotros, en Argentina, trabajamos principalmente con el español rioplatense como lengua de partida y ya estamos muy familiarizados con los “tics verbales” que hay acá, con esos formulismos que se repiten hasta el hartazgo y que quizás no aportan nada. A veces los traductores se ven en la necesidad de traducir esas cosas que, en realidad, no dicen nada. La pregunta que surge es si vale la pena traducir algo que no dice nada.

—*¿Se puede ser excelente traductor y excelente intérprete a la vez?*

—Creo que hay gente que puede ser excelente traductora y no dedicarse a la interpretación, ya sea porque no tiene las características de las que hablamos al principio o, simplemente, por un tema de preferencia personal (eso también puede pasar). Creo que hay gente que puede ser excelente intérprete y no tener los atributos que hacen que una persona pueda ser catalogada como buena traductora. Y creo que hay gente que puede hacer ambas tareas muy bien y que hasta puede necesitar hacer las dos cosas porque se aburre con una sola. Hay gente que no se imagina todos los días traduciendo y nada más que eso, y entonces necesita del oxígeno que da la interpretación.

—*¿Es autorreferencial eso?*

—Puede ser. (Risas). Pero la traducción a mí me gusta mucho también, porque es un trabajo que permite alcanzar un mayor nivel de pulido y perfección, ya que la interpretación, desde el vamos, es algo más efímero, más fugaz. Entonces, las posibilidades de llegar a la mejor versión posible en determinado contexto siempre van a ser menores que en el caso de la traducción, donde uno puede dejar que el texto “descanse”, retocarlo, etcétera. En la interpretación, ante determinado desafío, se privilegia el fondo del mensaje y no la forma. En la traducción escrita, tengo la posibilidad de trascender el fondo y concentrarme en la forma. En suma, creo que se puede dar el caso de excelentes profesionales traductores e intérpretes, y, es más, diría que en muchos casos los excelentes intérpretes han sido excelentes traductores antes o, para ser un buen intérprete —en términos más neutrales—, una buena experiencia en traducción realmente marca una diferencia. El trabajo más pausado y de mayor elaboración que permite la traducción da una buena base incluso para desarrollar automatismos. Pasa

que quienes son traductores, cuando ya han tenido ciertos desafíos, ciertas cuestiones, más de una vez, ya han encontrado la forma expeditiva de resolver esos problemas, y luego eso se puede trasladar para enriquecer la labor del intérprete también. El intérprete que hizo ese recorrido cuenta con una gran cantidad de elementos trabajados, digeridos, que le beneficiarán.

—¿*Se puede traducir a la lengua extranjera?*

—En los países europeos es una práctica muy común que, para traducir a un idioma, alguien tenga que ser nativo. También se observa mucho en el contexto de las interpretaciones en los organismos internacionales: siempre hay una cabina por idioma y, básicamente, en cada una de esas cabinas hay gente que tiene una clasificación A en esa lengua. Es decir, que en la cabina española va a haber gente cuya lengua madre sea el español o que tenga competencias equivalentes a las de la lengua madre, ya sea por haber vivido larguísimo años en un país de habla hispana o por haber acreditado un conocimiento equiparable a lo que sería un nivel de lengua madre.

En la Argentina, quizás por el tamaño del mercado de traducciones argentino —que por otro lado ha crecido mucho en los últimos años—, siempre hubo traducción en ambos sentidos, casi como una práctica inveterada. En su momento, cuando las posibilidades laborales eran más limitadas, me imagino que no muchos traductores podían darse el lujo de decir que sólo traducían al español, así que quizás esto haya tenido que ver con la situación laboral.

Coincido con la idea de que en un mundo ideal, es deseable que una traducción a un determinado idioma sea hecha o, por lo menos revisada, por alguien que maneje ese idioma como lengua madre o que tenga una competencia casi equivalente. Creo que eso se hace especialmente valioso o deseable en la traducción literaria; entiendo que ahí, realmente, es prácticamente ineludible recurrir a un hablante nativo. Si estamos hablando de otras cuestiones más “duras”, científicas, técnicas, etcétera, tal vez se pueda reducir la dependencia del hablante nativo. Es verdad, también, que en los últimos años, la posibilidad de acceder a fuentes originales en diferentes idiomas ha facilitado mucho la tarea traductora, ya que podemos analizar la frecuencia de uso de una palabra o un sintagma viendo cuántos *hits* tiene esa búsqueda. Como decía, en un mundo ideal, los traductores trabajarían siempre hacia sus lenguas nativas.

—¿*Son asimilables los conceptos de traductor público y traductor jurídico?*

—El traductor público va más allá de lo jurídico, no es solamente un traductor jurídico. Puede estar certificando cuestiones que no estén relacionadas con lo legal. El traductor jurídico es un traductor que se especializa en temas que tienen que ver con el derecho, pero un traductor público puede estar traduciendo un balance, que no tiene mucho de jurídico, por ejemplo.

—*¿Es indispensable que el traductor jurídico sea abogado?*

—Yo creo que si a mí me tocara hacer una traducción sobre un tema médico o de ingeniería, más allá de lo lingüístico, debería rendirme ante la evidencia de que el médico o el ingeniero va a saber más de medicina o ingeniería de lo que yo puedo saber. Supongo que, de la misma manera, ser traductor público y abogado ofrece una ventaja interesante y hasta competitiva, porque uno puede ver las cosas desde otra perspectiva. Lo cual no quiere decir que, para ser traductor jurídico, indispensablemente haya que ser abogado. De hecho, hay mucha gente que, con su acercamiento a las materias jurídicas en la facultad, tiene un conocimiento bastante adecuado que, por lo menos, le permite tener las herramientas para luego ir profundizando por su cuenta, sin estudiar abogacía. Porque, si no, sería impensable la actividad de traducción, ya que si para cada compartimento del saber, para cada actividad, fuera necesario tener un título universitario en esa actividad, los traductores tendríamos un campo de acción limitadísimo.

—*El traductor público, ¿debe asumir una postura particular frente a una traducción pública que debe ser legalizada ante el Colegio?*

—No, para mí, el proceso traductivo —para usar esa etiqueta tan impresionante— es el mismo. Uno se para ante un texto de la misma manera, independientemente de que se trate de una partida de nacimiento del abuelo de una persona que quiere hacer un trámite de ciudadanía para tener un pasaporte de la Unión Europea, o sea una persona que simplemente quiere que le traduzcan una carta que le llegó de su primo húngaro que no habla español; no veo diferencias en ese sentido. Creo que la manera en que uno se planta ante un texto es la misma; lo demás, a mi modo de ver, pasa por un proceso meramente formal.

En el caso de una traducción pública, si me encontrara con un error como el de la confusión de la capital argentina que nombramos anteriormente, trataría, en la medida de lo posible, de contactarme con la persona que me encargó la traducción y preguntarle, ya que, como traductor público, yo tendría que poner lo que dice el original. Ese es un caso en el que no me puedo poner a inventar lo que dice el texto, porque luego quizás alguien puede llegar a impugnar ese texto en sede judicial. Siempre hay que pensar

mal. En un caso como ese, como el sello certifica que la traducción es traducción fiel del original, si el original dice “La Quiaca”, eso es innegable. Ante eso, tengo que tomar el recaudo de consultar a la persona que encargó la traducción.

—*La formación del traductor o del intérprete, ¿necesariamente tiene que pasar por el ámbito institucional?*

—Creo que el ámbito universitario da una estructura de contención académica, orgánica, formativa, que un contexto un poco más suelto, más informal, quizás no ofrezca. Si dejamos de lado el plano institucional, nos quedaría el autodidactismo. En este punto, tengo que decir que soy bastante creyente en los beneficios de ser autodidacta. Justamente yo tengo experiencia, dado que estudié idiomas solo y con muy buenos resultados. Creo que es similar a lo que sucede con los apuntes y demás: es la medicina que funciona para cada uno. Yo siempre cito al Dalai Lama: él dice que su finalidad no es imponer el budismo, porque, tal vez, el budismo no es para todos. Si alguien está muy feliz siendo cristiano, siendo musulmán o lo que sea, esa persona tal vez no tenga la necesidad de incorporar ciertos preceptos del budismo. Él hace una comparación con los medicamentos y dice que algunos funcionan bien para algunas personas, los curan, los sanan, pero esa misma droga quizás a otro individuo no le sirva. Creo que lo mismo pasa con los apuntes y con los métodos de aprendizaje; cada uno tiene que ver qué le sirve más. El entorno institucional tiene la ventaja de generar un mayor compromiso psicológico, una mayor presión, porque hay horarios de cursada, hay plazos de entrega de trabajos prácticos o de traducciones, hay que leer ciertos textos; entonces, esas son ventajas. Fuera de ese marco, acorralado por otras exigencias de mi vida cotidiana, no tengo un censor moral —más allá del interno— que me exija la entrega de una traducción o de un trabajo práctico. De todas formas, creo mucho en el autoaprendizaje, que puede dar muy buenos resultados si uno es constante y tiene la facilidad para ese método de estudio. Hay gente que necesita una guía, y es cierto que, como en cualquier ámbito de la vida, el estar con otra persona que vea las cosas desde otra perspectiva es muy útil.

—*El autodidactismo, ¿tiene que ser una constante en la carrera del traductor?*

—El autodidactismo es un estilo de vida. Uno no deja de estudiar nunca. Yo creo que alguien que es ontológicamente traductor no se limita a estudiar cuando va a la facultad o cuando está en clase; está estudiando cuando ve un cartel en la calle, cuando oye una canción o cuando ve algo

que le llama la atención y se pregunta cómo se diría en otro idioma, y, si no lo sabe, lo anota y lo busca. Trata de buscar oportunidades para aprender y enriquecerse en cada milisegundo de la vida. Aparte, creo que si a uno le gusta la traducción, no tiene posibilidad de aburrirse en la vida. Es tanto lo que hay para estudiar...

—*¿Cómo nació su vocación por la traducción y por la interpretación?*

—Es una buena pregunta; yo también me la hago. (Risas). Ni siquiera sé cuándo nació. Quizás pasó por el hecho de que originalmente me gustaba mucho la idea de la docencia, ya desde bastante chico me gustaba enseñar; incluso de bastante joven empecé a dar clases particulares de inglés. Eso implicaba estar trabajando con dos idiomas. La cuestión de la traducción debe haber sido un poco accidental: alrededor de los trece o catorce años, algunos conocidos empezaron a preguntarme si podía hacerles alguna traducción. En realidad era a mi padre, que se ocupaba de tareas contables, a quien le preguntaban y, como él no tenía tiempo, me las pasaba a mí. Así fue como empecé con la traducción, un poco accidentalmente, y más me gustó cuando me di cuenta de que podía ganar dinero.

—*Cuando terminó la secundaria, ¿se dio cuenta enseguida de que quería hacer la carrera de traductor?*

—Sí. Me inscribí simultáneamente para las carreras de abogacía y traductor público de inglés, con la idea de seguir la carrera diplomática. Como empecé a trabajar desde temprano como traductor, me gustó mucho y fui posponiendo el tema de la abogacía y del ISEN (Instituto del Servicio Exterior de la Nación). Siempre me gustó descifrar códigos. Cuando era chico, estaba la revista *Anteojito*, que venía con un diccionario multilingüe. Entonces, yo recurría a mi diccionario Larousse (para mí, desde chico, era fascinante el libro como objeto), que tenía sus páginas rosadas en la mitad del libro con locuciones extranjeras y latinas. Iba incorporando como una esponja esas cuestiones; me fascinaba aprender los alfabetos, inventar los propios, etcétera. Quizás entró por el tema del entretenimiento, de descifrar otro código. Fueron muchas cosas que, sin suceder de una manera sistemática, fueron forjando mi gusto por la traducción. Yo disfruto de los idiomas, al igual que de los libros. Para mí, un libro es de lo mejor que hay en el Universo.

—*¿Cómo fue su formación académica?*

—Después del traductorado público de inglés y de abogacía, hice el traductorado público de alemán y luego el de francés. Y, además, hice el curso de interpretación para alemán; o sea que mi primer curso formal en

interpretación fue por el alemán, así que las técnicas sistemáticas las adquirí ahí, aunque yo ya venía trabajando como intérprete de inglés. El curso lo dirigía Renata Hoffman, una traductora señera, que fue quien creó el curso de interpretación y de traducción en el Instituto Goethe. Ella se había formado como intérprete en Alemania y, cuando volvió a la Argentina, armó los cursos en el instituto, que fueron muy concurridos. En ese momento eran la única opción para estudiar interpretación de alemán.

—*¿Cómo fue el ingreso al mundo de la interpretación?*

—Fue por casualidad: me habían llamado para unas interpretaciones de conferencias de músicos y, por alguna razón, se corrió la voz de que yo era un intérprete especializado en música, y me empezaron a llamar por ese lado. Después me llamaron para otras actividades no relacionadas con la música.

—*¿Tuvo preparación previa a la entrada en cabina?*

—Mi debut en la cabina fue directo. Creo que ya estaba terminando el curso de interpretación de alemán, aproximadamente en el año 1993. Y, hasta ese entonces, había estado interpretando no en cabina, sino en reuniones, en cosas más chicas, gente que conocía mi padre, visitas, conversaciones telefónicas; esas fueron mis primeras actuaciones como intérprete. Cuando tenía quince o dieciséis años, algunos conocidos de mi padre que tenían empresas necesitaban interpretación telefónica. También les traducía cartas comerciales. La primera interpretación que hice en cabina formalmente fue para el Consejo de Rectores de Universidades Europeas; el tema era educativo, que me encantaba. Y convoqué a un colega ahora muy reconocido, también traductor e intérprete, Daniel Giglio, que en esa época también se estaba especializando en interpretación simultánea. Él estaba ya en condiciones de trabajar en cabina, pero todavía no había hecho su debut. Le propuse sumarse, y aceptó.

—*¿Tuvo algún mentor en el campo de la interpretación?*

—Los primeros pasos en realidad fueron autónomos. Diría que durante los primeros cuatro o cinco años, fue casi como el tema de la traducción: gente que me iba conociendo y recomendando, clientes que les pasaban mis datos a otros clientes, me llamaban y se hacía la cadena típica de todo profesional independiente. También empecé a viajar bastante, interpretando en cursos, en Estados Unidos o en algún otro país. A veces acompañaba a grupos de argentinos que viajaban al exterior para cursar seminarios o hacer cursos. Entonces, yo viajaba con Daniel Giglio para trabajar en las capacitaciones. En uno de esos múltiples viajes, me contacté con Ana

Braun, que también fue una importante coordinadora de intérpretes en la Argentina y trabajó muchos años en la Cancillería. Nos conocimos en el mercado privado, en Estados Unidos; le interesó mi perfil y me propuso trabajar juntos. En esa época (alrededor de 1996), yo estaba con mucho trabajo. Tardé en volver a ponerme en contacto con ella, pero nos volvimos a cruzar, me “reclamó” que aun no la hubiera llamado, hasta que finalmente nos reunimos en Buenos Aires y, a partir de ahí, me contacté con todo el grupo de intérpretes de ADICA. Fue una cosa más casual que planificada.

—*¿Conocer a Ana Braun lo llevó a ser el intérprete de Presidencia?*

—De alguna manera, fue el primer paso, porque ahí empezamos a trabajar casi lado a lado, no solamente en los temas gubernamentales, sino también en muchas cosas privadas.

—*¿Cómo fue su llegada a Presidencia? ¿Fue un cambio muy brusco el paso del mercado privado a ese sector?*

—Creo que no. La forma de pararse uno ante el trabajo no difiere mayormente. Lo que tengo que hacer es mediar en la comunicación, centrarme en el mensaje que se está queriendo transmitir y en cómo transmitirlo en el otro idioma. Ni la mayor exposición pública ni la presencia de cámaras afectaron la esencia de mi trabajo. De alguna manera, uno hace abstracción del contexto. Pero, desde ya, estar en una cabina tiene innegables beneficios en términos de sosiego. La cabina es, a veces, el paraíso del intérprete, por la protección que da y la posibilidad de mediar en la comunicación de manera casi instantánea. Tiene una mística diferente del trabajo fuera de la cabina, independientemente de lo interesante que tiene cada modalidad.

Lo que impone el contexto es una mayor o menor formalidad. La cámara exige guardar más formalidad, hay que cuidar más los gestos. En la cabina, como nadie me está viendo, si gesticulo o me posesiono e imito al orador, no hay problema. En cuanto al núcleo del trabajo, el contexto no modifica demasiado la mecánica.

—*¿Cuál es el marco institucional del Departamento de Traducciones de la Cancillería?*

—Originalmente se llamaba Unidad de Coordinación de Traducciones. Desde que yo estoy a cargo, hemos hecho unas modificaciones orgánicas y le dimos un perfil más parecido al de otros países, como Estados Unidos y Alemania. Lo que hace la actual Dirección de Traducciones es cubrir los requerimientos lingüísticos de la Cancillería misma, ya sea traducción de documentación escrita o interpretación en reuniones, visitas, etcétera. Y de acuerdo con la estructura de los servicios de traducción de Cancillería,

la competencia primaria de atención de los requerimientos de traducción presidenciales también nos corresponde a nosotros. Es un modelo similar al de Estados Unidos, Alemania y Francia. Por eso es nuestro deber asistir a la Presidencia, algo similar a lo que sucede con la Dirección Nacional de Ceremonial, que está asentada en la Cancillería y trabaja en los desplazamientos presidenciales o contactos presidenciales con funcionarios extranjeros. Es decir que funcionalmente atendemos a la Presidencia.

—*¿Cómo se conforma el equipo de traductores de Cancillería?*

—Como personal estable tenemos a siete traductores públicos, debido a la clara tendencia de este ministerio hacia las temáticas diplomáticas, jurídicas, etcétera. Algunos de estos traductores están formados o se están formando en interpretación. Lo que no tenemos es gente que se dedique exclusivamente a la interpretación, debido a que la necesidad de este tipo de servicios es más esporádica y específica. Además tenemos una red de profesionales a los cuales recurrir en caso de necesidades extraordinarias o para cubrir idiomas de menor difusión.

—*¿Con qué idiomas trabajan principalmente?*

—El inglés lleva la delantera. En segundo lugar, probablemente esté el portugués, que está tomando cada vez más fuerza. El francés, que antes era el segundo, ahora quedó un poco más relegado, con el tema del Mercosur y con el cambio de rol de Brasil en el mundo. Luego vienen el alemán; el italiano; en menor medida, el árabe. Después, tenemos requisitos esporádicos en otros idiomas.

En la planta estable, todos hacen inglés. Algunos, además, hacen alemán; otros, francés; y algunos, portugués. No tenemos gente que se dedique exclusivamente a un idioma que no sea el inglés, que es ineludible. Esto mismo está pasando a nivel mundial; la formación en un único idioma extranjero es cada vez más infrecuente; se necesita tener por lo menos dos idiomas. También pasa con los intérpretes: hoy en día es muy difícil encontrar un intérprete que no sepa nada de inglés y solamente se especialice en otro idioma; ya todos tienen por lo menos un conocimiento pasivo del inglés.

—*En esta dirección, ¿tienen pautas para el trabajo cotidiano?*

—Un estándar bastante habitual en organismos internacionales es el límite de dos mil palabras por día. También tratamos de mantener criterios de salubridad, pero muchas veces se nos presentan situaciones que tienen que ver con necesidades políticas que alteran nuestro esquema (si uno sigue con detenimiento la historia argentina reciente, podrá notar que hay ciertas situaciones vinculadas con necesidades políticas que presentan

exigencias extraordinarias en cuanto al volumen de material para traducir, como, por ejemplo, el caso de las papeleras o los preparativos para el Bicentenario, la Feria del Libro o la Exposición de Shanghái).

Por otro lado, desde que hicimos la reestructuración y tratamos de asimilar más el servicio al de los países que tomamos como modelo, nuestros requerimientos internos aumentaron mucho, porque hacemos un control de calidad que apunta a ser exhaustivo. Por supuesto hay situaciones de urgencia extraordinaria, pero hemos implementado un proceso de control de calidad bastante riguroso y de asignación de tareas según las competencias específicas de los profesionales.

—*¿Cómo aprendió inglés, francés y alemán, y cómo fue cursar los traductorados?*

—El aprendizaje del inglés empezó con mis padres en casa, donde era el idioma oficial, como ya dijimos.

En cuanto al francés, ya había empezado a aprenderlo de muy chico en casa porque mi madre tenía algo de francés en la familia y me lo enseñó. Después lo seguí estudiando formalmente en cursos del estilo Alianza Francesa.

En el caso del alemán, el autodidactismo tuvo mucho que ver, porque lo estudié solo, con un libro y con casetes, desde los trece hasta los dieciocho años. Aprovechaba cada oportunidad que se me presentaba de hablar alemán. Con esos conocimientos me presenté a un examen de nivel en el Instituto Goethe y me inscribieron en el último nivel. Hice un año ahí y después hice los cursos de traducción e interpretación. Cuando terminé con los cursos allí, sentí que necesitaba algo más en que ocuparme y empecé el traductorado público de alemán. Después me tomé unos años e hice el de francés, que lo di en parte libre y en parte cursando como oyente. Ahí ya fue más difícil mantener la regularidad de la cursada por cuestiones laborales.

—*¿Cómo se definiría si tuviera que decir a qué se dedica: intérprete, traductor, abogado, profesor?*

—Traductor e intérprete, decididamente. De nuevo, ontológicamente no me considero un abogado; si bien tengo mi título y conocimientos jurídicos, no es lo que hago. Uno se define no por lo que dice de sí mismo sino por lo que hace: lo que yo hago es traducir e interpretar; y me encanta.

La docencia también me gusta mucho. Tengo siempre presente la idea de armar cursos para etapas futuras en las que tenga más tiempo, que me permitan compartir experiencias. La teoría es muy útil, pero desde lo práctico se

pueden aprender muchas cosas también. Hoy en día sería un poco ilusorio porque no podría encargarme yo personalmente. En los últimos años, logré encontrar espacios para dictar personalmente los cursos de la Facultad y puedo ir una vez por semana al de la mañana y una vez al de la noche, salvo cuando tengo que viajar. También estoy dando un curso en la maestría, de introducción a las técnicas de interpretación. Más en este momento sería poco realista porque no podría mantenerlo y me interesa poder interactuar personalmente con los alumnos.

—¿Cómo fue su llegada a la docencia?

—Cuando estaba en segundo año de la Facultad, había terminado de cursar Lengua Inglesa II y la titular de ese entonces me propuso trabajar como ayudante alumno y ese fue mi primer contacto. Después también me ofrecieron trabajar como ayudante en Lengua III y, cuando terminé Traducción IV, me ofrecieron trabajar como adjunto, apenas recibido. Eso fue durante un año, hasta que me llegó el ofrecimiento de Lengua III y acepté, incluso por una afinidad con los contenidos de la materia. En 1997, asumí la titularidad de Traducción III (inglés).

—¿Qué piensa de los movimientos lingüísticos que tienden a simplificar el lenguaje jurídico y administrativo?

—Es una pregunta interesante. En realidad, yo veo que la simplificación puede tener sus aspectos positivos en cuanto a la discusión de ciertas cuestiones y la posibilidad de que un mensaje llegue más claramente, pero también la simplificación implica riesgos de pérdida de algunos elementos que son significativos en cuanto a sentido, a lo que se quiere decir, y hasta desde el punto de vista estético. Una frase que tal vez sea muy complicada puede hacer que valga la pena la simplificación, pero no sé si la simplificación debe ser siempre un objetivo. No puedo dar una respuesta taxativa, pero cuando veo uno de esos libros de *plain language* —quizás porque uno es un animal de costumbre— me da la sensación de que el estilo que proponen a veces termina siendo casi demasiado simple, lo cual también puede tener un efecto extraño. Por eso me refiero a las variables estéticas. Quizás también sea porque un texto, más allá del valor comunicativo, tiene un valor estético y hay ciertas estructuras de mayor complejidad en los idiomas que son más bonitas; cuestión de gustos. Debo decir que el *plain English* no es un tema que haya ocupado muchas horas de mi actividad. Sí me parece importante tener la capacidad de simplificar conceptos en determinados contextos, incluso me parece muy útil en materia de traducción e interpretación. Lo que hacen los defensores del *plain language* es una

intertraducción, traducen del inglés al inglés, pasan un texto muy complejo a uno más sencillo. Si eso lo aplicamos al plano interlingüístico, entre dos idiomas diferentes, es una buena forma de enfocar la traducción. Si un traductor no encuentra, en primera instancia, la forma de traducir una determinada frase o estructura muy compleja a otro idioma, puede hacer un ejercicio de simplificación en el idioma de partida y traducir ya no la frase compleja sino la frase simple y de alguna manera llegar al mensaje en el otro idioma. No te diría que soy un ferviente defensor del *plain English* ni tampoco un vigoroso opositor. No es algo que me haya despertado una vocación analítica excesiva.

—*¿Qué opinión le merece el plan de estudios de la carrera de Traductorado Público de la UBA y qué le modificaría?*

—No podría emitir una opinión en abstracto; habrá que verlo funcionando. A mí aún no me ha llegado la ola del nuevo plan, todavía sigo con alumnos en el formato anterior. Lo que sí me pregunto es si alcanzará el tiempo para cubrir los contenidos en los módulos que se han estructurado. En una primera aproximación al programa, lo que noto es que con muchos de los contenidos que, en el caso de nuestra materia, Traducción III, se dan a lo largo de un año y con bastante profundidad, ahora va a haber que apurar el paso y ver cómo asegurar que se puedan seguir viendo ciertos temas en detalle. Un aspecto positivo es que se incorporan nuevas materias que tienen que ver con la fonología y otras materias hasta ahora inexistentes en la carrera; es decir, que se abre un poco más el campo, porque se han dado casos de traductores que han pasado por el Traductorado casi como si fueran estudiantes de lenguas muertas, sin contacto con la fonología y la realidad del idioma viviente. Si bien es hipotéticamente posible que alguien sea un excelente traductor sin saber pronunciar, me parece que habría que buscar un equilibrio, sobre todo en el caso de un traductor público que también tiene como parte de sus incumbencias la actuación en sede judicial, como perito.

—*¿Le parece que es justa la asignación de la actuación en sede judicial al traductor público en función de los conocimientos que se le imparten en la universidad?*

—Creo que para trabajar como intérprete se necesita algún tipo de vocación muy particular y habilidad, ya sea innata o adquirida, pero no va de suyo que alguien que es traductor pueda actuar eficientemente como intérprete.

—*¿Considera valiosa la inclusión de materias de interpretación en la carrera?*

—Opino que una formación en interpretación, aunque sea un primer enfoque, a nivel introductorio, es útil, por lo menos para permitir que quienes tengan que trabajar como peritos tengan una idea de lo que es una situación de interpretación, que dista bastante de lo que es una situación de traducción.

—*El traductor público, ¿es fedatario?*

—Últimamente ha habido una serie de debates bastante interesantes al respecto. Creo que tiene una fe pública delegada. Sin entrar en un análisis demasiado profundizado respecto de la calidad de fedatario o no, diría que el traductor tiene un carácter de fedatario que surge de la delegación que hace la ley.

De todas formas, creo que se podrían trabajar ciertos aspectos de la ley como para consolidar un poco el papel de fedatario que tiene el traductor, que es distinto de la función fedataria que puede tener un contador. El tema del traductor público es que no hay una posibilidad de traducción unívoca, no se puede traducir una palabra de una única manera. Cuando yo digo que algo es traducción fiel, algo hay que interpretar de eso, y básicamente la discusión que se engancha con esto es si más allá de la función de fedatario del traductor público, las traducciones públicas son instrumentos públicos o no, o si tienen una naturaleza sui generis y van a ser instrumentos públicos en la medida en que se presenten ante un organismo público, en sede judicial o lo que sea, o en todos los casos, per se, desde el momento en que llevan la firma del traductor.

—*¿Qué opinión le merece el estado actual del mercado de la traducción y la interpretación?*

—El mercado en la Argentina es bastante activo y vigoroso, lo que quizás necesitaría mejorarse es el tema del reconocimiento de los traductores de su propia importancia, lo cual tiene un impacto muy significativo sobre cuestiones como los honorarios, porque se ve gente que trabaja en condiciones que no son las óptimas, tanto a nivel de plazos como a nivel económico, y creo que ahí hay muchas cosas para mejorar. Sí veo que hay muchas posibilidades de trabajo para los profesionales y más para los buenos. Veo también que el mercado está mucho más globalizado, es un mercado mucho más abierto y más competitivo, también. El tema es que, muchas veces, la competencia termina pasando por el precio y no por la calidad o los antecedentes. Eso yo lo veo como un área que habría que trabajar. Creo que además de relacionarse con lo ético, tiene que ver con la autoimagen del traductor. Es clásico el reproche de los clientes, que se

quejan por los honorarios cobrados por una traducción pública (“¡pero si son diez renglones!”), pero para certificar la traducción de esos diez renglones en una traducción pública, poniendo en juego mi buen nombre, mi reputación y mi responsabilidad legal, tuve que estudiar muchos años. Los traductores no deben olvidar que son profesionales universitarios y que así como una persona que tiene una dolencia va a visitar al médico y no le negocia el precio, en un mundo ideal tendría que darse la misma situación con los traductores.

—*¿Qué recomendaciones les podría dejar a los estudiantes de traducción e interpretación?*

—Tengo un par de consejos, si es que se puede considerar que se le pueden dar consejos a alguien. Primero y principal, amar lo que se hace. Creo que esa es la clave del éxito en cualquier profesión; si uno ama lo que hace, lo demás viene por añadidura. Segundo, la formación continua. Vuelvo al tema de insistir en cualquier oportunidad que se presenta en los contextos más diversos, ya sea un contexto formal o informal. Finalmente, tratar de ver las posibilidades que se les presentan de especialización, de encontrar un nicho en el que sientan que pueden brindar un servicio distintivo, algo que el resto de los profesionales no están ofreciendo y que les permita obtener posibilidades de desarrollo personal y económico.

—*Traductor Kerr, muchas gracias.*

LITERATURA Y DERECHO

OTRA VUELTA DE TUERCA SOBRE LA VERDAD

SANTIAGO LÓPEZ WARRINER*

Me despedía de las puertas de la biblioteca municipal de la calle Córdoba. Había llegado a su fin una de tantas semanas en la ciudad. Sin detenerme a saludar a mis compañeros, dirigí mis pasos hacia la estación Constitución, con intención de tomar el primer tren hacia El Sur. A costa de algunas privaciones, había logrado salvar el casco de una estancia en aquella zona, un lugar apartado donde podía encontrarme sin intermediarios con mi soledad. Sólo las tareas y acaso la indolencia me retenían en la ciudad. Verano tras verano me contentaba con la idea abstracta de posesión y con la certidumbre de que mi casa estaba esperándome, en un sitio preciso de la llanura.

En el hall de la estación advertí que faltaban treinta minutos. Recordé bruscamente un café de la calle Brasil, a pocos metros de una vieja casa de Yrigoyen. Pedí una taza de café, la endulcé lentamente, la probé y, mientras acariciaba un gato negro que se había acomodado junto a mis pies, pensé que aquel contacto era ilusorio y que estábamos como separados por un cristal, porque yo vivía en el tiempo, en la sucesión, y el mágico animal, en la actualidad, en la eternidad del instante.

A lo largo del penúltimo andén, el tren esperaba. Recorrí los vagones y dí/di con uno casi vacío. Acomodé mi valija. Cuando los coches arrancaron, la abrí y saqué un tomo de *La Divina Comedia*.

No leí demasiado. Entre mis ojos cerrados, la ventana mirando hacia el campo y mis pensamientos transcurrió la mayor parte del viaje hacia la estancia, aquel lugar donde la ciudad se desgarraba en silencios, noches y llanura.

*Abogado (UBA). Dedico este trabajo a mi padre, quien tuviera el invaluable acierto de acercarme el pensamiento de Jorge Luis Borges en los tempranos días de mi vida. Vaya por ello mi profundo agradecimiento hacia él.

Ya el intolerable sol blanquecino de las doce del día se había transformado en el sol amarillo que precede al anochecer. También el coche era distinto; no era el que fue en Constitución, al dejar el andén: la llanura y las horas lo habían atravesado. Todo era vasto, pero al mismo tiempo era íntimo y, de alguna manera, secreto. La soledad era perfecta.

El tren se detuvo, casi en medio del campo. Había llegado. Tomé mi valija y comencé a caminar hacia mi casa. Recordé un viejo almacén en las cercanías, y pensé que algo de carne y algunas verduras se llevarían bien con la hora.

Entré y reconocí al patrón. De antepasados sajones, con ojos hundidos, y pelo blanco y alto, su mirada infundía temor; algunos rasgos de locura le pertenecían. Otras dos mesas estaban ocupadas: unos muchachos ruidosos en el rincón del salón y un grupo de hombres mayores en el centro. Ocupé una mesa a su lado, junto a la ventana.

El patrón me trajo verduras y después carne asada. Las empujé con unos vasos de vino tinto. Ocioso, paladeaba el áspero sabor de la comida y, en silencio, comencé a prestar oído a la charla amena de aquellos hombres.

Rápidamente descubrí que se trababa de personas vinculadas con la Justicia, que conversaban sobre un caso que aún les generaba dudas. Uno de los primeros recuerdos de la charla, que permanece vivo en mi mente, es la cita de uno de ellos, mientras desempolvaba unos papeles viejos, del filósofo alemán Nietzsche: "En algún punto perdido del Universo, cuyo resplandor se extiende a innumerables sistemas solares, hubo una vez un astro en el que unos animales inteligentes inventaron el conocimiento. Fue aquél el instante más mentiroso y arrogante de la historia universal".

A partir de allí, obviando las arbitrariedades de mi memoria, retengo este diálogo.

Podrá parecer presuntuoso —contestó uno de ellos—, pero esa sentencia es errónea. En primer lugar, el conocimiento no fue inventado, pues ello exige un origen, y la posibilidad de conocimiento les es dada a los hombres como construcción. El conocimiento no es en sí, sino que va adquiriendo sus formas con el paso del tiempo.

—¿Pero con esto usted me dice que no es posible un conocimiento absoluto? —preguntó e interrumpió uno de ellos.

—Déjeme terminar la idea —le contestó—. La circunstancia de que sea un proceso de construcción nos debe llevar a la conclusión de que no pudo haber sido un instante, tal como afirma el filósofo. Sino que, por el contrario, el desarrollo del conocimiento son los sucesivos instantes del

pasado y del porvenir que lo van transformando. El más sencillo ejemplo nos sirve aquí, pues pensemos en una simple mesa de antaño y pensémosla hoy, y podremos comprobar que se trata de objetos idénticos de los que poseemos otro conocimiento, y más aún si lo aplicamos a las diversas ciencias. ¿Una mesa será lo mismo para nosotros que para un físico? Me adelanto a contestar que no.

—Usted anduvo con algún libro de Borges bajo el brazo, mi querido amigo —le replicó uno de ellos—. Es cierto que las prácticas sociales pueden llegar a engendrar demonios de saber que no sólo hacen que aparezcan nuevos objetos, conceptos y técnicas, sino que hacen nacer además formas totalmente nuevas de sujetos y sujetos de conocimiento que creíamos inmovibles. El mismo sujeto de conocimiento posee una historia, la relación del sujeto con el objeto, y como tal va adquiriendo nuevas formas.

“Esto sucede en cada sociedad —pensé en aquel momento—. Cada pueblo produce su régimen específico de verdad en función de múltiples imposiciones históricamente variables, que modifican la verdad en sí”.

—Cada régimen social acoge y hace funcionar como verdaderos ciertos discursos y obstruye otros —prosiguió aquel hombre—. En la problemática de la verdad, al margen de la estructura y del funcionamiento del lenguaje, intervienen la estructura y funcionamiento de las sociedades según los bloques de poder en que la verdad se presenta.

—Dejemos el lenguaje para después —contestó—. Lo que usted ha dicho es una afirmación de Foucault. Creo recordar que éste afirmaba que la verdad se encuentra en los discursos sociales. Son ellos los que marcan lo verdadero de lo que no lo es. Por ello se trata de un concepto mutable, en el cual uno no puede confiar.

—Pero, más allá de la coherencia de esta afirmación, las condiciones políticas, económicas, sociales y culturales no son un velo o un obstáculo para el sujeto de conocimiento, sino que son aquello a través de lo cual se forman los dominios del saber, y, en consecuencia, las relaciones de verdad —le respondieron—. Sólo puede haber conocimiento y verdad de una situación dada, y ella nace a partir de determinadas condiciones.

—No, no señor, es desacertada esa conclusión —le retrucaron—. Decir que la verdad, un valor absoluto, está condicionada por algo tan variable como una circunstancia política es, cuanto menos, sospechoso.

Uno de los hombres que ocupaba la mesa a mi lado había permanecido callado, escuchando. Dirigía su mirada hacia un punto fijo, parecía no prestar atención a lo que se hablaba. Pero de pronto levantó la voz. —¿Los puedo

interrumpir? —preguntó—. Y sin esperar respuesta mencionó: —Parten de conceptos diferentes. Mientras unos se refieren a la verdad histórica o absoluta, los otros están considerando la verdad relativa. La imposibilidad teórica se refiere sólo a la verdad absoluta, aquella que no puede ser alcanzada y queda sólo como un ideal, porque la otra sí puede considerarse como una posibilidad.

En ese momento sentí la necesidad de participar en la conversación. Creía que esta afirmación era correcta, y quería demostrarlo, quería formar parte de aquel infrecuente diálogo de café. —Perdón que entorpezca la charla —intervine—, pero esa imposibilidad absoluta de conocimiento, tal como afirmaba Russell, es el error y la duda constante de los seres humanos. Ellos impiden que arribemos a una verdad en términos absolutos y, a su vez, permiten sostener la existencia de ésta, pues si no fuese así, jamás podríamos errar.

Los sujetos se quedaron mirándome, con sus ojos fijos. Creí haber dicho algo ingenioso, pero los hombres, sin decir palabra, volvieron a girar sus cabezas, aislándome de la conversación nuevamente. Uno de ellos retomó la palabra.

—Creo entender lo que acabas de decir —mencionó uno de los hombres dirigiéndose a otro—. El concepto absoluto de verdad responde a una lógica aristotélica, a un ser permanente, constante, y los seres humanos somos un pedazo de historia. Seres finitos que adquieren verdades y conocimientos parciales, desprovistos de la eternidad necesaria.

—Pero es lógico que sea así —respondió uno de ellos—. Para qué quiero yo una verdad histórica cuando a mi edad comienzo a contar las horas.

Se produjeron unas risas displicentes. Volví a interrumpir. —Se me acaba de ocurrir un gran ejemplo referido a su discusión —mencioné—. Supongamos que Juan es el padre de Pedro. Para entender esta proposición, hay que saber quién es Juan y quién es Pedro y, con ello, todas las características de cada uno, sus relaciones y demás personas por ellos conocidos. Paso a paso, y en el esfuerzo por decir lo que entendemos por la palabra Juan, nos veremos impulsados a tener en cuenta todo el Universo, y la proposición original se convertirá en una que nos haga decir algo referente al Universo, no respecto de dos personas aisladas. Es por ello que la verdad como concepto absoluto nos es inaprensible. El tiempo nos corre de atrás.

Inesperadamente nos interrumpió el patrón. Traía algunos cafés en su fuente. Los fue depositando en la mesa, mientras uno de los hombres me

palmeaba el hombro y volvía la vista hacia su mesa. No parecían agradarles mis intervenciones, o, por lo menos, sus rostros no lo reflejaban.

Mientras uno de los hombres le pedía azúcar al patrón, obligándolo a volver sobre sus pasos, otro le preguntó, en un tono burlón, como desmereciéndolo, qué opinión tenía sobre la verdad. Nadie esperaba una respuesta ilustre.

—La verdad, la verdad... —balbuceaba—. La verdad no es una prostituta que se arroje al cuello de los que la desprecian; es tan avara de sus dones que aquellos mismos que le sacrifican su alma entera no pueden estar seguros de su favor, y según veo, ustedes no podrán conocer su rostro.

Esta respuesta inesperada me distrajo por unos instantes. Enfoqué mi mirada hacia la mesa de los muchachos ruidosos, quiénes estaban algo borrachos. Intuí que me hacían alguna seña, pero fingí no verla. Miré un largo rato por la ventana, comí un poco, y me enfoqué nuevamente en la conversación de los hombres de la mesa lindera.

Parecían haber retomado aquel punto de vista dejado inicialmente de lado, sobre las implicancias del lenguaje en el conocimiento. Uno de ellos creía que debía buscarse un lenguaje perfecto, ideal, cercano a la lógica matemática, contrapuesto al lenguaje coloquial y corriente, a la manera propuesta por Wittgenstein.

Pensé que ello era un absurdo. Era cierto que el lenguaje es un espejo de la realidad, y los límites del lenguaje son los límites de mi propio mundo, pero el ser humano es un ser limitado en su naturaleza, y así había sido desde siempre. Verdades absolutas, lenguajes perfectos, son conceptos que no pueden tomarse de la mano con el hombre, quien vive en la sucesión del instante y en la muerte como fin. Todo, irremediamente, tiende al final en nuestras vidas: el amor es plenitud, pero pronto llega el desengaño; la juventud es preciosa, hasta que es atrapada por la vejez... Esta imposible saciedad que es la vida humana forma nuestra personalidad.

Desde luego que para la ciencia, y en especial la jurídica, un dominio estricto del lenguaje se transforma en un sustento válido para una sentencia justa. Pero, más aún, la posibilidad cierta de alcanzar la verdad de los hechos. Todavía se sostiene, aunque con ciertas reservas, que el fin primario del proceso penal es la búsqueda material de la verdad. "¿Qué ideal puede superar la creencia de estar ante la certeza de la verdad de los hechos?", pensé. Pero eso no se lo pidan al ser humano.

Me mantuve en silencio, escuchando. De a poco iba separando mi silla para arrimarla a mi mesa vecina. No lograba más que acercarme al hombro

de uno de mis vecinos. Me ignoraban. Se daban cuenta de mi intención, pero me ignoraban, quizá como muestra de un respeto antiguo que debía tributarles.

Continuaba el diálogo. No resulta apropiado hablar de la verdad del hecho, pues no es eso lo que debe probarse. Un hecho existe o no existe, pero no puede hablarse de él en términos de verdadero o falso, dado que forma parte del pasado —se manifestó—.

—Coincido, mi buen hombre —aclararon—. De lo único que puede hablarse en términos de verdadero o falso es de enunciados, cuyo contenido podrá adecuarse más o menos a la realidad de la cual dependerá el valor de verdad del enunciado.

La charla se diluyó un poco. Uno de los hombres se paró para hablar por teléfono, otro se dirigió hacia el baño, otro observaba los titulares del diario zonal que estaba circunstancialmente sobre la mesa... Al cabo de unos minutos, se volvió a completar la mesa, y el último en llegar preguntó: —Entonces, muchachos, ¿cómo lo resolvemos?

Tomó la palabra aquél que en apariencia parecía de mayor edad. —Antes de determinar qué es lo que debemos hacer, deberíamos precisar qué no debemos hacer —reclamó—. Y en mi opinión no debemos caer en una especie de realismo ingenuo, creyendo en la capacidad del intelecto humano para tener conocimientos verdaderos acerca de esa realidad. Desterremos de plano la verdad absoluta...

—Creo que todos coincidimos en eso —contestó uno de ellos—, pero aún así no resolvemos nada. Existen varios modelos de verdad... y debemos escoger alguno. Por ejemplo, porqué no adoptar el modelo de verdad propuesto por Heidegger.

—Recuerdo sus palabras en su texto *Ser y tiempo*. Pasaron muchos años, pero aún las recuerdo desde mis años de Universidad —respondió el que estaba a mis espaldas—. Recitó en voz alta: —¿Qué es lo que hace que una aserción cualquiera sea una aserción verdadera? Es el hecho de que ella, en lo que dice, concuerda con las cosas y con los estados de cosas sobre los que dice algo. El ser verdadera una aserción significa, por lo tanto, este concordar.

—Qué memoria —le respondieron a coro.

—Tiene rasgos de la teoría de la correspondencia —intervino uno de los hombres—, en la que la verdad del conocimiento consiste en que el conocimiento concuerda con el objeto. Esta teoría propone que la verdad de un enunciado consiste en su correspondencia con la realidad. Si se debe

probar un hecho pasado determinado, y como tal absolutamente inasible, resulta válido para esta teoría tomar determinadas piezas que coincidan con el hecho a probar, arribando de este modo a la verdad.

—Demasiado rebatible, amigo —le respondió—. El proceso judicial necesita seguridad, y esta teoría no está en condiciones de brindarla.

—Verdaderamente no lo comparto —respondió—. Si partimos de la base de que el hombre y, por ende, también el jurista, es un ser falible y, por tanto, carente de sentencias absolutas, es lo mejor que se puede hacer. Se trata de arribar a una solución con los elementos a disposición. Equivocado sería, por ejemplo, tomar partido por la teoría de la utilidad, que es más insegura todavía.

—Eso es cierto —coincidió—. Sepulremos el pensamiento de que un concepto será verdadero en tanto sea útil. Arrojemos a la hoguera a Stuart Mill y sus discípulos, por favor.

No pude contener mis palabras. Me puse de pie junto a la mesa. Con un gesto nervioso, apoyé mi brazo sobre la espalda de uno de los hombres y manifesté que la óptica más acertada sobre el tema la había brindado Habermas mediante su teoría consensualista.

—A ver, joven —sentenció uno de los hombres—, ¿por qué no se explica mejor?

—Trataré de hacerlo —le respondí—. Esta teoría plantea que la condición para la verdad de los enunciados es el potencial asentimiento de los demás, es decir, que a mayor grado de aprobación de quienes reciben el enunciado a conocer, nos iremos acercando a un mayor grado de verdad, tendiendo a la verdad absoluta. Se trata de una verdad construida en base a consenso, pues...

—Disculpe que lo interrumpa joven —expresó quien había defendido la tesis de la teoría de la correspondencia—, pero ello ha sido rebatido hace ya muchos años por uno de los Kaufmann. Es imposible lograr la unanimidad que requiere una verdad.

—No se trata de eso —le respondí—. Se trata de una verdad de construcción cultural, mutable con el tiempo, que va adquiriendo nuevos significados con el devenir del tiempo. Es esta la única verdad al alcance de los hombres; la otra verdad suprema, histórica, está fuera de los límites de la mente humana.

—Pero déjeme decirle una cosa más —continué—. La teoría de la correspondencia que usted sostiene no es más que un apéndice de mi propuesta, o mejor dicho de la de Habermas. La concordancia entre objeto y

conocimiento no es más que una asimilación de época, unión que se da por las sucesivas experiencias que marcan caminos hacia un fin similar. Y son estas sucesivas experiencias las que otorgan el marco necesario para hacer coincidir objeto y conocimiento. Reitero que no me refiero a la verdad superior, sino a aquella asequible por los hombres, necesaria para la vida cotidiana.

—Creo que tiene razón —manifestó uno de los hombres—. ¿De dónde es usted? —me preguntó—, porque no tiene pinta de pertenecer a estos pagos de malevos y cuchilleros.

—Tiene usted razón —apresuré en contestar—. Pertenezco a un barrio de la Capital.

—Tenga cuidado —me aconsejó—, ésta no es tierra para usted. Por otro lado comparto sus palabras. La sociedad necesita de verdades para funcionar, necesita de ciertos parámetros aceptados por la generalidad para no verse paralizada. Estos conocimientos estandarizados no son más que aquellas verdades concordantes de las que habla Austin, con el simple aditamento de que la correspondencia entre conocimiento y objeto que da forma a la verdad es sólo pasajera, y va mutando con los diversos cambios culturales, políticos, económicos...

—¿Cambios de paradigmas es igual a nuevas verdades? ¿Cambios de paradigmas es igual a nuevas correspondencias entre objeto y conocimiento? —pregunté.

—Diría que sí, querido amigo —manifestó dirigiéndose a mí—. Lo que parece proponer la teoría consensualista, de acuerdo con lo que usted ha dicho, no es otra cosa que sostener la idea de que para que exista correspondencia primero debe existir consenso sobre ello, debe existir una primera relación consensuada entre objeto y conocimiento, y sin esta primera aceptación general el resto es agua.

—Esto sirve al campo del proceso penal, que es el que nos interesa —expresó uno de los hombres.

—¿Son ustedes abogados? —pregunté.

—Somos jueces —me respondió uno de ellos—. Y estamos aquí reunidos porque mañana debemos dictar sentencia en un caso sobre el que albergamos sensibles dudas. Nos juntamos para acordar, previo al dictado de la sentencia, qué clase de verdad es necesaria al momento de fallar, si el fin primario del proceso penal es la búsqueda de la verdad.

—No puedo responder aún si es el fin primario del proceso penal —expresó el más joven de los hombres—, pero sí uno de ellos. No se trata del

procedimiento civil donde se busca resolver controversias, aquí la verdad debe ser el fin último. Habrá, por un lado, una verdad formal que será establecida en el proceso judicial por medio de las pruebas y de los procedimientos probatorios, y por otro lado, una verdad material o histórica referida al mundo de los fenómenos reales, impropia del proceso judicial.

—Esto es claro —precisé—. Todas las verdades por nosotros cognoscibles son relativas, pues se encuentran limitadas por los medios que son empleados para conocer esa verdad, la que por otra parte es definida a través de los ritos judiciales en el proceso. Pero lo importante es no descuidar la estructura de garantías del proceso por buscar esa inasequible verdad absoluta.

—Las garantías procesales no se llevan bien con la verdad —alertó quien tenía de espaldas—. Garantías como la presunción de inocencia, el *in dubio pro reo*, la cosa juzgada y la garantía contra la autoincriminación obstruyen la búsqueda de la verdad. Si el primer fin del proceso es el conocimiento de la verdad de los acontecimientos, en el marco de la investigación no deben reconocerse límites ni garantías, puesto que ello se opone al conocimiento de la verdad.

—Es que ello es equivocado —me animé a decir—. El proceso no debe renunciar a la búsqueda de la verdad material, sino que solamente deberá atemperar esa meta a las limitaciones que se derivan no sólo de las propias leyes del conocimiento, sino de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y de las normas, formas e impurezas del proceso.

—Puede ser cierto razonó uno de mis interlocutores—. Proceso debe ser garantías más verdad, pero no verdad del hecho, pues no es eso lo que debe probarse. Un hecho existe o no existe, pero no puede hablarse de él en términos de verdadero o falso, dado que forma parte del pasado. De lo único que puede hablarse en términos de verdadero o falso es de enunciados, cuyo contenido podrá adecuarse más o menos a la realidad de la cual dependerá el valor de verdad del enunciado, y por tanto de la sentencia.

—Estoy más confundido que al comienzo —dijo uno de los hombres mientras daba un sorbo de café y preguntó: —Usted joven, ¿qué opina?

—Yo creo que el proceso es un método de cognición, de conocimiento de la verdad, y los medios probatorios están para reflejar esta verdad. Pero lo importante será no confundir verdad última e histórica, ajena a cualquier procedimiento humano, con verdad relativa y humilde, propia de los seres humanos, aquella que la sabiduría común y la buena fe llaman y han llamado siempre verdad. Nuestra verdad, la que ha vivido durante tanto tiempo

entre nosotros, es una verdad mentirosa, o cuanto menos, incompleta. Una verdad a medias...

El peligro de esto —continué—, radica en que la relatividad de la verdad responde al carácter del hombre y su circunstancia, que irá mutando y transformando su contenido acorde a la cultura del momento. Será obligación de ustedes mitigar este desorden dentro del procedimiento, pues sino puede perder legitimidad.

—Un pronóstico pesimista —me contestó uno de ellos—, más teniendo en cuenta la necesaria precisión que se requiere.

No contesté, sólo me dirigí hacia la mesa y tomé el texto de Dante. Pasé algunas hojas y me detuve en un párrafo. Lo leí en voz alta: "Luego de atravesar el río de los muertos, llamado Aqueronte, Dante y Virgilio caminan por el primer círculo del Infierno con andar tranquilo. 'Aquí permanecen las almas virtuosas e inocentes que no han podido recibir el bautismo —comenta el poeta latino al ver signos de incertidumbre en el rostro de Dante—, destinadas a *vivir en el deseo sin esperanza por el resto de la eternidad*'". —Es lo único que puedo responder a la afirmación que acaba de hacer. ¿Han tomado alguna decisión? —pregunté.

Se miraron e improvisaron algunas sonrisas. No parecían haber llegado a ninguna conclusión. En ese momento me pregunté si otra cosa era posible.

La charla se fue perdiendo. El tema de conversación corrió hacia otro lado, lo que motivó que volviese a sentarme a mi mesa. Me serví algo de vino y comencé a repensar algunas de las ideas que se habían expuesto.

De pronto, sentí un leve roce en la cara. Junto al vaso ordinario de vidrio turbio, sobre una de las rayas del mantel, había una bolita de miga. Eso era todo, pero alguien me la había tirado. Decidí que nada había ocurrido. Otra bolita me alcanzó a los pocos minutos, y esta vez los muchachos ruidosos del rincón se rieron. Estaba asustado.

Resolví salir del lugar. Ya estaba de pie cuando el patrón se me acercó.

—No les haga caso a esos mozos, que están medio alegres —me exhortó con voz alarmada.

Esto agravaba la situación. Antes, la provocación era a una cara accidental, casi a nadie; ahora iba contra mí. Hice a un lado al patrón, me enfrenté con los muchachos y les pregunté qué andaban buscando. Uno de ellos se paró, tambaleándose. Me injurió a gritos, como si estuviera muy lejos. Jugaba a exagerar su borrachera y esa exageración era otra ferocidad y una burla. Entre malas palabras y obscenidades, tiró al aire

un largo cuchillo, lo siguió con los ojos, lo barajó y me invitó a pelear. El patrón objetó con trémula voz que yo estaba desarmado. En ese punto, algo imprevisible ocurrió.

Desde la otra mesa me tiraron una daga desnuda que vino a caer a mis pies. Me incliné a recogerla y sentí dos cosas. Que ese acto casi instintivo me comprometía a pelear, y que el arma, en mi mano torpe, no serviría de nada sino sólo para justificar mi muerte.

—Vamos saliendo —dijo el otro.

Íbamos saliendo cuando la mano fuerte de uno de los hombres me sujetó del brazo. Con firmeza me preguntó si sabía lo que hacía. Mi silencio entrecortado le contestó. Cuando con voz ofuscada me preguntó si tenía alguna habilidad con el cuchillo, y sólo respondí con voz tímida que estudiaba Derecho en una Facultad cercana a La Recoleta, barrio acomodado de Buenos Aires, movió la cabeza de lado a lado, sintiendo pesar por mi suerte.

Súbitamente tuve un instante de lucidez y comprendí cuál era mi camino: dejar a un lado el puñal, despreciar mi valentía y perderme en el llano en un rápido trote.

CÓMO PUBLICAR EN LECCIONES Y ENSAYOS

REQUISITOS DE PUBLICACIÓN

- Trabajo INÉDITO
- Hoja: A4
- Tipografía: Times New Roman 12
- Incluir un resumen del trabajo (*abstract*) y palabras clave en castellano y en inglés.
- Citas bibliográficas y bibliografía utilizada. Las citas deben ser incluidas en nota al pie de la siguiente manera:
 - a. Para citar libros: apellido y nombre de autor, nombre del libro, editorial, lugar de publicación, año, página/s.
 - b. Para citar artículos: apellido y nombre del autor, ‘título del artículo’, nombre del compilador o editor, nombre del libro o revista, volumen/tomo/número, editorial, lugar de publicación, fecha, página/s.
- El trabajo debe firmarse bajo seudónimo
- La presentación puede realizarse vía correo electrónico. En tal caso, deberán enviarse dos archivos a lye@derecho.uba.ar: uno conteniendo los datos personales del autor y el seudónimo utilizado; el otro conteniendo el trabajo. Asunto: ‘Publicación’.
- Los trabajos también pueden ser entregados en sobre cerrado dirigido a Lecciones y Ensayos, en la Mesa de Entradas o en el Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, cita en Av. Figueroa Alcorta 2263, C1425CKB, Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En tal caso, el autor debe incluir tres copias en papel y una en CD (en formato Word o similar). En sobre aparte debe indicar los datos del autor (nombre, apellido, dirección, teléfono y dirección de correo electrónico, indicando si el autor o autora es estudiante, abogado/a, año en que se recibió y si tiene algún cargo docente)

PAUTAS DE PUBLICACIÓN:

Los trabajos serán sujetos al sistema de referato. En consecuencia, serán puestos a consideración del Consejo de Redacción de la revista *Lecciones y Ensayos*.

Los trabajos publicables tendrán por objeto contribuir al conocimiento y estudio del Derecho, la traducción y el lenguaje, como así también cumplir la función académica que nos caracteriza.

La presentación de trabajos para la consideración del Consejo de Redacción implica la autorización para su publicación en la revista *Lecciones y Ensayos*, tanto en su versión en papel como en su versión digital, en el portal de la Facultad de Derecho de la UBA.

CÓMO PARTICIPAR

Si querés participar en *Lecciones y Ensayos* podés acercarte a nuestras reuniones los días jueves a las 20 h, en nuestra oficina ubicada en la Planta Principal, Pasillo Sumarios (al lado del Salón Verde) de la Facultad de Derecho.

También podés comunicarte con nosotros por teléfono (5411) 4809-5667 los jueves a partir de las 20 h o enviándonos un email a lye@derecho.uba.ar.

El único requisito para formar parte de *Lecciones y Ensayos* es:

- Ser alumno regular de alguna de las carreras de grado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

colofón