

2008

85

ARGENTINA



Lecciones y Ensayos

LECCIONES
Y
ENSAYOS

FACULTAD DE DERECHO

Decano
Atilio A. Alterini

Vicedecano
Tullio E. Ortiz

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Directora
Mary Beloff

Subdirector
Sebastián Picasso

Secretaria
Malvina Zacari

CONSEJO DE REDACCIÓN

Autoridades del segundo cuatrimestre de 2007

Director

Mauro Benente

Subdirectora

Cecilia Hopp

Secretaria de Redacción

Flavia Lamare

Tutor

Roberto Campos

Redactores

Carlos Wisniowski

Luis Ignacio Perhé

Patricio Kingston

Colaboradores

María Cecilia Garibotti

Mariano Vioeta

Mishkila Rojas

Autoridades de 2008

Directora

Cecilia Hopp

Subdirectora

Flavia Lamare

Secretaria de Redacción

Mauro Benente

Tutora

Mishkila Rojas

Redactores

Carlos Wisniowski

María Cecilia Garibotti

Colaboradores

Luisa Loeffel Reis

María Sol de Brito

Mariana Cahn

Mariano Vioeta

Pablo Sebastián Cardacci

Sabrina Ayelén Cartabina

Lautaro Fuffaro

Carlos Garaventa

2008	85
------	----

FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

LECCIONES Y ENSAYOS



CONSEJO ASESOR

María Laura Clérico
Marcelo Raffin
Anibal A. D'Auria
Atilio A. Alterini
José Casla
Mario Villar
Sandra Negro
Marisa Herrera

Todos los derechos reservados

Copyright by Departamento de Publicaciones
Facultad de Derecho - UBA
Av. Figueroa Alcorta 2261, 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. 0034-0079

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: Diríjase a

Departamento de Publicaciones
Facultad de Derecho - UBA
Av. Figueroa Alcorta 2261, 1° P
(C1425CKB) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina
Tel./Fax: (54-11) 4809-5668

ÍNDICE

Editorial	13-14
LACIONES	
Bullán, Marcelo, <i>El pensamiento de César Deleuze y Michel Foucault en cuestión: las ideas en torno del poder, el sujeto y la verdad</i>	17-44
Antas, Gabriel Ignacio, <i>Michel Foucault</i>	45-60
ENSAYOS	
Gen, Tatiana V. F., <i>La persecución penal en los nuevos Códigos Procesales Penales provinciales</i>	63-84
Rabinad, María Gimena, <i>La soberanía del ciberespacio</i>	85-107
V CONCURSO DE ENSAYOS "DR. IGNACIO WINDEY" DE HISTORIA DEL DERECHO ARGENTINO	
Esteban, Patricia B., <i>Enriquez Escheverría y sus reglas locales de criterio socialista</i>	111-135
Falcón, Juan Pablo, <i>La libertad en los tiempos de Néstor Kirchner: Sobre las ideas, la evolución y el paradigma normativo legislativo de la motivación judicial</i>	137-159
COMENTARIO A FALLO	
Vizquez, Paula, <i>"Montalvo", el buen padre de familia y el terrible Odróiztel</i> ...	163-167
COMENTARIO BIBLIOGRÁFICO	
Berente, Mauro, <i>Cultura y sociedad. Herbert Marcuse (Comentario bibliográfico y pasajes entre el discurso jurídico y la teoría crítica)</i>	170-187
ENTREVISTAS	
Entrevista al doctor Miguel Ángel Curo Calmati	190-203
UNIVERSITARIAS	
Conferencia de Filosofía y Derecho en homenaje a Carlos Cossio y Werner Goldschmidt	209-238
MISCELÁNEAS	
Días en apuros	233-238
¿LO SABÍA?	
Las ambigüedades poco recomendables	241-243
Cómo publicar en <i>Laciones y Ensayos</i>	245-246

EDITORIAL

En esta sección parece que nosotros, el Consejo de Redacción, tenemos que decir algo acerca de nuestra revista, acerca de qué pasó mientras hacíamos el nuevo número o qué significa hacer esta publicación. El hecho de que en cada número haya una opinión editorial es una suerte porque nos da el espacio de repensar nuestra actividad y nuestro producto. Cada vez que hacemos un nuevo número nos preguntamos ¿qué es *Lecturas y Ensayos*? ¿Para qué hacemos esta revista? ¿Para qué la Facultad pone a nuestra disposición todo lo necesario para que podamos hacerla, con total libertad, los alumnos que conformamos el Consejo de Redacción? ¿Cómo hacemos para cumplir con la función que creemos que debemos cumplir? Por suerte, las respuestas no son siempre las mismas, y, afortunadamente, podemos hacer siempre un nuevo editorial y podemos sacar nuevos números.

Quienes formamos *Lecturas y Ensayos*, alumnos con inquietudes, no queremos venir a la Facultad a cursar, rendir e irnos. Estamos convencidos de que no alcanza con la lectura de libros viejos y de que aún hoy mucho para debatir sobre el derecho, no solamente en favor de la discusión académica, sino también porque creemos que el Derecho puede ser una herramienta de transformación de la realidad y que el debate académico también puede ayudar a cambiar, a mejorar nuestra Facultad, nuestra Universidad y nuestro país. Éste es un campo de batalla en el que vale la pena luchar, para sentir que aquí pertenecemos y que somos responsables de nuestras vidas y en los ámbitos en los que participamos.

Por eso hacemos una revista abierta a la comunidad académica, que pretende enriquecer el debate sobre los temas que estudiamos y aquellos que vemos todos los días, fuera de la Facultad, muy cerca de ella, atrás de nosotros. Entonces llegamos a la conclusión de que lo que hay que hacer no es solamente una revista, con la esperanza de publicar ideas nuevas, de dar espacio a alumnos y profesores para que escriban, sólo exigiéndoles calidad en sus trabajos. Es fundamental para nosotros que esta revista, que con tanto esfuerzo y gusto hacemos, llegue a sus destinatarios; es por eso que a partir de ahora nuestra revista será publicada no solamente en pa-

pel, sino que estará también en internet, en el Portal Académico, al alcance de todos. Nuestra revista será puesta a disposición de los docentes de la Facultad, desde ahora, gratuitamente, para que retiren los ejemplares y los den a conocer, para que les digan a sus alumnos que existe *Lecciones y Ensayos*, que pueden participar del Consejo de Redacción y que está abierta para que publiquen en ella, que pueden formar parte. Con la misma finalidad organizamos conferencias y concursos de ensayos para que participen estudiantes y recientes graduados, instándolos a pensar, a escribir y a debatir.

Creemos que la Facultad merece una revista de excelencia y es por eso que, este último año, comenzamos a prepararnos para poder inscribirnos en el índice internacional de revistas académicas *Jafinder*, que va a valorizar más nuestra publicación, colocándola junto con otras más de dos mil revistas académicas de Iberoamérica.

Pensamos también que todo lo que la Facultad nos otorga para poder seguir publicando esta revista, hace más de cincuenta y dos años, es para todos los estudiantes regulares de las carreras que en ella se cursan, para que quienes participamos le demos a la comunidad académica una revista que enriquezca el debate. Hasta este año hemos "olvidado" que aquí no solamente se cursa la carrera Abogacía, sino que también en esta casa se estudia Traductorado Público en diversos idiomas. Nunca es demasiado tarde para enmendar esta situación. A partir de ahora, *Lecciones y Ensayos* es también una revista de los estudiantes y de la comunidad académica de Traductorado Público y es por eso que convocamos a los profesores y a los estudiantes a escribir y a hacemos llegar sus trabajos sobre la materia.

En *Lecciones y Ensayos* queremos ser más, queremos convocar a todos nuestros colegas estudiantes, a venir a conocer esta actividad extracurricular enormemente enriquecedora de nuestra experiencia como estudiantes regulares de la carrera de grado. No olvidemos que estos años nunca se van a repetir. Tenemos, por lo tanto, que aprovecharlos para aprender, para pensar y comenzar a crear.

LECCIONES

EL PENSAMIENTO DE GILLES DELEUZE Y MICHEL FOUCAULT EN CUESTIÓN: LAS IDEAS EN TORNO DEL PODER, EL SUJETO Y LA VERDAD

MARCELO RAFFIN*

Resumen: De la obra de Deleuze pueden distinguirse tres etapas. La primera se corresponde con una actividad de retrato de autores como Spinoza, Bergson y Nietzsche. De la segunda parte de su producción, compartida con Félix Guattari, cobra importancia la obra *Anti-Edipo*, y específicamente el *Rizoma*, libro que no tiene sujeto ni objeto. En la tercera etapa se distinguen análisis sobre cine, así como una poderosa redefinición de los modelos de sociedades disciplinarias descritas por Michel Foucault.

En la obra de Foucault, también suelen diferenciarse tres etapas. En la primera domina la pregunta arqueológica sobre el surgimiento de determinados enunciados en ciertos momentos. En la segunda etapa, Foucault se apodera de la genealogía nietzscheana y, ya en el tercer momento —período ético o de la gubernamentalidad—, se analiza con mayor profundidad la formación de las subjetividades.

Abstract: The works of Deleuze can be divided into three stages. During the first, he studied such authors as Spinoza, Bergson, and Nietzsche. In the second stage, shared with Félix Guattari, the work of *Thousand Plateaus* gains importance, as well as *Rizome*, a book without subject and object. The third stage is featured by essays on cinema and a powerful redefinition of the models of disciplinary societies described by Michel Foucault.

The works of Foucault are also usually divided into three stages. The first is dominated by the archaeological question about the emergence of determined formulations in certain moments. In the second stage, Foucault takes possession of Nietzschean genealogy and, during the third stage —ethical or governmental period— the formation of subjectivities is analyzed in depth.

Palabras clave: Retratos - Rizoma - Sociedad de control - Sujeto - Arqueología - Genealogía - Biopoder.

Keywords: Portrait - Rhizome - Society of control - Subject - Archaeology - Genealogy - Biopower

* Profesor e investigador en Filosofía, Teoría Social y Política y Derechos Humanos en las Facultades de Ciencias Sociales, Derecho y el Ciclo Básico Común de la Universidad de Buenos Aires. Estudios Filosofía, Derecho, Sociología y Traducción en las Uni-

1. INTRODUCCIÓN

La posibilidad de establecer una relación entre las ideas de Gilles Deleuze y Michel Foucault y el mundo del derecho y sus incabibles relaciones e inexorables alcances, puede aparecer, en la superficie, como una tarea poco fructífera. Pero, a pesar que se agudiza la lente, que se deja de lado la banal especulación sobre temas trillados o a todas luces específicos, o, para decirlo con el espesor del dominio de saber que se emplea, que se formula la relación en términos filosóficos, lo que ambos filósofos pueden haber llegado a proponer respecto del derecho, no es menor. No estoy refiriéndome entonces a las investigaciones de Michel Foucault en torno a las prácticas judiciales, que ciertamente son centrales en la materia, sino más particularmente a lo que ambos filósofos elaboraron, propusieron y defendieron respecto del poder, el sujeto y la verdad como tres líneas fundamentales de comprensión del mundo y de la vida y que, necesariamente, conciernen al derecho. Y aquí esa implicancia es no sólo de estructura profunda —algo a lo que la mayoría de los juristas está poco acostumbrada— sino también, en algunas ocasiones, de la producción o de las categorías de ambos filósofos, de superficie, o sea, de procedimientos, reglas y dispositivos —en primer término— jurídicos. Por lo tanto, me gustaría presentar los principales aspectos de esas contribuciones que explicitan, ponen en evidencia y, finalmente, toman comprensibles, entre otras, las lógicas internas y externas del derecho.

En este sentido, es fundamental recordar también que hay todo un bagaje de ideas, gestos, programas y luchas que se tradujeron en acciones concretas y decididas por parte de ambos filósofos en relación con ciertos objetivos prácticos relativos a la multiplicidad de lo jurídico en su especificidad y en sus lógicas profundas, aunque sin por ello dejar de tener un espesor que también atañe a otros ámbitos de la vida. Acaso la noción de "caja de herramientas" (*boîte à outils*) resuma bien la manera de instrumentar todo ese bagaje y la visión que ambos sostuvieron respecto del quehacer y de la finalidad propios de la filosofía y del pensamiento. La noción

venidad de Buenos Aires y de París 8, donde se doctoró en Filosofía. Ha publicado, entre otros libros, *La experiencia del horror: Subjetividad y derechos humanos en las dictaduras y paratectónicos del Cono Sur* (2006), *Obsesiones y fantasmas de la Argentina. El autoritarismo. Evita. Los desaparecidos y Malvinas en la ficción literaria* (en coautoría con Adrián Melo, en 2005), libros de Filosofía y de Derechos Humanos para educación media y diversos artículos y capítulos de libros en sus áreas de especialidad. Actualmente, dirige una investigación sobre el tratamiento de la vida a partir de las prácticas constitutivas del paradigma socio-político moderno.

de caja de herramientas constituye otra de las tantas categorías teóricas y posiciones que llevaron a que Michel Foucault y Gilles Deleuze terminaran oponiéndose abiertamente al legado filosófico no sólo de la modernidad sino de todo el platonismo (o sea, a todas las formulaciones que, canónicamente, han sido elaboradas en las huellas de los caminos abiertos por Platón y Aristóteles) y se ubicaran claramente en la brecha abierta por Friedrich Nietzsche, en particular, con su adscripción a la idea de una polivalencia de la idea de verdad. Toda doctrina, toda creencia, toda idea, todo concepto serán entonces válidos en tanto y en cuanto ofrezcan herramientas válidas para la acción que se desea. Y no es que esta vía nihilista sea demasiado diferente en su principio de funcionamiento de las soluciones platónicas (del signo que se prefiera), sino que simplemente hace explícito ese principio de funcionamiento sin echar mano a ningún absoluto que se imponga, de manera previa (desde el principio, desde siempre, se estaría tentado a decir) y excluyente por sobre toda otra posibilidad de ser. La caja de herramientas abre el camino a la multiplicidad y será en esa miriada de posibilidades en la que se fijarán los alcances.

Veamos, pues, cómo Gilles Deleuze y Michel Foucault o Michel Foucault y Gilles Deleuze fueron construyendo esas ideas-acciones.

II. LA MÁQUINA DELEUZE

*Se ha producido una fulguración
que llevará el nombre de Deleuze...
Acaso un día el siglo será deleuziano.*
MICHEL FOUCAULT

I. La filosofía de Gilles Deleuze

Gilles Deleuze es una máquina. Una máquina que produce conceptos, y ésta es en su visión de la filosofía, la de la creación o elaboración de conceptos que acrecientan las posibilidades de vivir. Pero también es una "máquina de guerra", una máquina que libra una batalla y que arremete con la mayor fuerza contra toda la filosofía heredada. De esta batalla, que es una suerte de "desenmascaramiento", para retomar una imagen nietzscheana, o "descantamiento" del mundo, surgen nuevos conceptos, nuevas ideas, nuevas formas de dedicarse a la filosofía. La producción deleuziana estará signada por el múltiple y por la invención; buscará constantemente la denuncia de toda institución y de toda sistematización, incluso revolucionarias o psicoanalíticas, en nombre de los temas arcaicos del deseo (el hombre en tanto "máquina descante") y

de la locura, proponiendo una suerte de revolución permanente del pensamiento.

Suele señalarse una primera etapa en la obra de Gilles Deleuze como de "historia de la filosofía" (que abarca los años cincuenta y sesenta). Es ésta la época del Deleuze profesor de la Universidad de París 8 Vincennes. A sus cursos asisten otros filósofos, profesores de matemáticas, obreros, psicoanalistas, choferes de taxis, locos, ladrones, toxicómanos, policías y políticos que van a escuchar ese discurso inédito y a acercarse al profesor desconcertante. En esta etapa, Deleuze elige a David Hume (*Empirismo y subjetividad. Ensayo sobre la naturaleza humana según Hume*, 1953), Friedrich Nietzsche (*Nietzsche y la filosofía*, 1962, y *Nietzsche*, 1965), Immanuel Kant (*La filosofía crítica de Kant*, 1963), Marcel Proust (*Proust y los signos*, 1970), Henri Bergson (*Bergson. Memoria y vida*, 1963), Sacher-Masoch (*Presentación de Sacher-Masoch*, 1967), Baruch de Spinoza (*Spinoza y el problema de la expresión*, 1968, su tesis complementaria, a la que agregará en 1981, *Spinoza. Filosofía práctica*) y revisa sus ideas, sus cuestionamientos, sus visiones del mundo para construir los propios. En la nota necrológica que Eduardo Febbro escribe para el periódico argentino *Página/12* en ocasión de la muerte del filósofo, resume esta primera etapa así: "Detrás de ese profesor iluminado estaba el estudioso clásico, el autor que firmaba sesudos ensayos que se asemejaban en mucho a trabajos sobre historia de la filosofía: desde su primer libro consagrado a Hume —1953— hasta el que consagró a Leibniz en 1986, Deleuze exploró los sistemas y reveló sus articulaciones mediante la iluminación precisa de sus conceptos mayores. En esa primera etapa de filósofo historiador aparece sin embargo una inmediata diferencia: bajo la apariencia del ensayo histórico, Gilles Deleuze teje sus propias ideas, sugiere nuevos caminos mediante la construcción de un asombroso mecano cuyas piezas son los autores estudiados, principalmente Hume, Spinoza, Bergson, Nietzsche, esos ineficaces rebeldes en la historia de la filosofía"¹.

Deleuze compara este trabajo de los primeros años de actividad filosófica con la pintura, más específicamente, con el retrato. De lo que se trata, según sus propias palabras, es de hacer el retrato mental, el retrato espiritual, de los filósofos que elige. Propone entonces la metáfora del retrato, inspirándose en Gauguin y Van Gogh. Ambos pintores pasaron años de "horror al color" antes de entrar en él y transformarse en eximios coloristas. Y así piensa Deleuze respecto de la filosofía: se necesitan años

¹ FEBBRO, Eduardo, "Adiós al filósofo nómada", en *Página/12*, Buenos Aires, 8/11/1995, p. 27.

de retratos para entrar en el color. Por entre los retratos, Deleuze iba cubriendo el propio: su propio arsenal de conceptos.

Estos primeros años desembocan en un segundo tiempo, en el que Deleuze lanza sus primeros grandes conceptos, *Diferencia y repetición*, de 1969, su tesis principal, abre el camino. Con esta obra liquida el principio de identidad, elaborando al mismo tiempo una nueva concepción del sujeto y del tiempo. Deleuze sostiene que sólo existen cosas singulares, diferenciadas por su posición en el espacio, incluso cuando declaramos su semejanza. El sujeto no preexiste, no produce las representaciones que constituyen el mundo, sino que es producido por los juegos múltiples de lo real y la inmanencia. Y explica: "La diferencia sólo implica lo negativo, y sólo se deja llevar hasta la contradicción, en la medida en que se continúa subordinándola a lo idéntico. El primado de la identidad, como ésta sea concebida, define el mundo de la representación. Pero el pensamiento moderno nace del fracaso de la representación, como de la pérdida de las identidades, y del descubrimiento de todas las fuerzas que actúan bajo la representación de lo idéntico. El mundo moderno es el de los simulacros. En él, el hombre no sobrevive a Dios, la identidad del sujeto no sobrevive a la de la sustancia. Todas las identidades no son más que simuladas, producidas como un 'efecto' óptico, por un juego más profundo que es el de la diferencia y la repetición. Queremos pensar la diferencia en sí misma, y la relación de lo diferente con lo diferente, independientemente de las formas de la representación que las llevan a lo Mismo y las hacen pasar por lo negativo"².

Tomás Abraham piensa que *Diferencia y repetición* es una gran introducción a la filosofía, un modo de recorrer sus etapas siguiendo el trazado de un problema. "Es una historia serial —dice— que no busca la completud ni la exhaustividad, sino el montaje de un laboratorio en el que la filosofía es motivo de experimentación"³.

Diferencia y repetición se prolongará en *Lógica del sentido*, también de 1969, en el que Deleuze amplía su tesis de que lo real está constituido por una multiplicidad irreductible de planos que ningún sujeto puede controlar. Pero, a diferencia del primero, en *Lógica del sentido*, el filósofo recurre también a la literatura y pone, junto a Platón, Lucrecio y los estoicos, a Lewis Carol, Gombrowicz, Joyce, Fitzgerald, Klossowski y Zola.

² DELEUZE, Gilles, *Diferencia y repetición*, PUF, París, 1997, p. 1/2.

³ ABRAHAM, Tomás, "Gilles Deleuze", en *La Roca del Rey*, año VIII, n.º. 71, junio de 1996. Buenos Aires.

Son estas las dos primeras grandes obras en las que Deleuze propone sus nuevos conceptos filosóficos, empresa que se prolongará en los años siguientes, en la aventura de *Capitalismo y esquizofrenia*, que llevará adelante con Félix Guattari, compuesta por *El Anti Edipo* (1972) y *Mil mesetas* (1980).

2. Capitalismo y esquizofrenia

Los años setenta están signados por la explotación de la creación en todas sus variantes y en todas sus multiplicidades. Deleuze trabaja ahora junto con el filósofo y psicoanalista Félix Guattari, con quien lleva adelante la propuesta de las "filosofías-deseantes" ("philosophies-désirantes"), es decir, de la valoración de la potencia afirmativa del deseo, que engloba a la vida y la produce. De esta época son *El Anti Edipo* (1972), *Kafka, por una literatura menor* (1975), *Rizoma* (1976) y *Mil mesetas* (1980) (que, recordemos, junto con *El Anti Edipo*, conforman el proyecto mayor de *Capitalismo y esquizofrenia*). Los temas y los planteos de estas escrituras recorren la política, el espacio, el inconsciente, la mirada, el poder, el Estado, las lenguas, el arte, la filosofía, el deseo. Nuevas formas de pensar, de decir, de volver a sí o de partir de sí para siempre, para olvidarse del sí mismo. De todas ellas, las más polémicas, son las que aparecen en *Capitalismo y esquizofrenia*.

En el primer conjunto que compone la ofensiva, *El Anti Edipo*, Deleuze y Guattari arremeten contra el totalitarismo del psicoanálisis para pensar el deseo y para ubicarlo en el centro de cualquier "máquina" constructora de lo social. Esa "máquina deseante" que es el ser humano tiene que ser capaz de irradiar la multiplicidad en el mundo a fin de desechar las reglas que, en cualquier orden y de cualquier índole, han limitado históricamente la creación, la vitalidad, la autocreación. En su momento, *El Anti Edipo* fue tachado con dos críticas básicas: denunciar "la dictadura del psicoanálisis" y simplificar el inconsciente a la relación padre-madre. Hoy en día, esas críticas fueron moderadas y permitieron una lectura menos alarmista que posibilita descubrir una defensa y una ilustración de lo positivo y vital del deseo.

¿Qué es lo que Gilles Deleuze y Félix Guattari pretendieron hacer con *El Anti Edipo*? Básicamente trataron de formular tres conceptos que se oponen directamente al psicoanálisis:

1) Concebir al deseo como máquina, como fábrica y no como teatro. No se trata, pues, de pensar el inconsciente como un lugar en el que Hamlet

o Edipo representan eternamente sus papeles, sino que el inconsciente produce, es en sí mismo producción.

2) Conceptualizar al delirio como delirio-mundo, puesto que no se delira por el padre o por la madre, sino por el mundo entero. El delirio es, pues, geográfico-político, es decir, cósmico.

3) Visualizar la multiplicidad del inconsciente. El deseo se establece siempre en un agenciamiento, siempre pone en juego varios factores en tanto que el psicoanálisis sólo lo hace con uno (el padre, la madre, etc.). Aquí aparece uno de los conceptos claves creados por Deleuze y Guattari: el agenciamiento (*agencement*). ¿De qué se trata un agenciamiento? "Un agenciamiento es precisamente ese aumento de dimensiones en una multiplicidad que cambia necesariamente de naturaleza a medida que aumenta sus conexiones"⁴. Implica, a su vez, básicamente, cuatro dimensiones: estados de cosas, enunciados (estilos de enunciación), territorios y procesos de desterritorialización. François Zourabichvili, en su vocabulario sobre Deleuze, explica acerca del agenciamiento: "A primera vista, este concepto puede parecer de un uso amplio e indeterminado: según el caso, remite a instituciones muy fuertemente territorializadas (agenciamiento judicial, conyugal, familiar, etc.), a formaciones íntimas desterritorializantes (devenir-animal, etc.), por último al campo de experiencia donde se elaboran esas formaciones (el plano de inmanencia como "agenciamiento maquínico de las imágenes-movimientos")⁵. Por lo tanto, en una primera aproximación, se dirá que estamos en presencia de un agenciamiento cada vez que se puede identificar y describir el acoplamiento de un conjunto de relaciones materiales y de un régimen de signos correspondiente. En realidad, la disparidad de los casos de agenciamiento encuentra su ordenamiento desde el punto de vista de la inmanencia, de donde la existencia se revela indisoluble de agenciamientos variables y modificables que no dejan de producirla"⁶.

Vale la pena detenerse también en otro concepto deleuziano relacionado con el de agenciamiento: el de desterritorialización y territorio. Zourabichvili señala que el término "desterritorialización", neologismo aparecido en *El Anti-Edipo*, no constituye por sí solo un concepto y su significación es vaga mientras no se lo refiera a otros tres elementos: territorio, tierra y reterritorialización, conjunto que en su forma acabada

⁴ DELEUZE, Gilles - GUATTARI, Félix, *Mille plateaux*, Minuit, Paris, 2004, p. 14.

⁵ DELEUZE, Gilles, *Cineza I - Inauguration*, Minuit, Paris, 1983, pp. 87-88.

⁶ ZOURABICHVILI, François, *El vocabulario de Deleuze*, Ancl, Buenos Aires, 2007,

forma el concepto de "ritornelo"⁷. Deleuze señala que "en sentido general, se llama 'ritornelo' a todo conjunto de materias de expresión que traza un territorio, y que se desarrolla en motivos territoriales (hay ritornelos motrices, gestuales, ópticos, etc.). En un sentido restringido, se habla de ritornelo cuando el agenciamiento es sonoro o 'dominado' por el sonido —pero ¿por qué ese aparente privilegio?—"⁸. Recordemos, finalmente que el concepto de "territorio" implica ciertamente el espacio pero no consiste en la delimitación objetiva de un lugar geográfico. El valor del territorio es existencial: circunscribe para cada uno el campo de lo familiar y de lo vinculante, marca las distancias con el otro y protege del caos. La investidura mínima del espacio y el tiempo implica esa delimitación, inseparablemente material (consistencia de un "agenciamiento") y afectiva (fronteras problemáticas de mi "potencia")⁹.

La panoplia de *Capitalismo y esquizofrenia* se completa con el conjunto de textos de *Mil mesetas*, que se encuentra en un lugar plano o en uno no lugar, sembrado de "mesetas" sin conexidad ni relación de continuidad alguna; constituye un paisaje desierto y prolijo en el que cada meseta nos invita a un laberinto profundo y, a veces, sin salida. La bisagra de *Capitalismo y esquizofrenia* es la meseta que abre el resto: *Rizoma*. De entre todos los nuevos conceptos, el de "rizoma" opera probablemente como el central por la especificidad que cumple respecto de la immanencia, que podría considerarse como el carácter definitorio de la aventura deleuziana. Quizás esta sea la puerta escondida que nos conduce a la historia secreta de su pensamiento.

3. Rizoma: deconstrucción del sujeto y del objeto

Deleuze y Guattari dicen en *Rizoma*: "Un libro no tiene objeto ni sujeto" es una multiplicidad, una máquina. "Escribir no tiene nada que ver con significar". Estamos hartos de los libros con raíces en rectas (en cualquiera de sus versiones, pivotante —objeto— o dicotómica —sujeto—) o fasciculadas (o sistema raicilla). Los árboles de este tipo son asfixiantes. "En rizoma como tallo subterráneo se distingue radicalmente de las raíces y de las raicillas; se ramifica en todas las direcciones. Los bulbos, los tubérculos, son rizomas. Pero hay plantas con raíz o raicilla que desde otros puntos de vista también pueden ser consideradas rizomorfas. Cabría, pues,

⁷ Cf. ZOURABICHVILI, François, *El vocabulario de Deleuze*, cit., p. 41.

⁸ DELEUZE, Gilles - GUATTARI, Félix, *Mil mesetas*, cit., p. 397.

⁹ Cf. ZOURABICHVILI, François, *El vocabulario de Deleuze*, cit., ps. 42/43.

preguntarse si la botánica, en su especificidad, no es enteramente rizomorfa. Hasta los animales lo son cuando van en manada, las ratas son rizomorfas. Las madrigueras lo son en todas sus funciones de hábitat, de provisión, de desplazamiento, de guardia y de ruptura. En sí mismo, el rizoma tiene formas muy diversas, desde su extensión superficial ramificada en todos los sentidos hasta sus concreciones en bulbos y tubérculos: cuando las ratas corren unas por encima de las otras. En un rizoma hay lo mejor y lo peor: la papa y la grama, la mala hierba. Animal y planta, la grama es el *crab-grass*¹⁰.

El rizoma sustrae lo único de la multiplicidad a constituir y permite, por ello, hacer la multiplicidad. Así los filósofos dicen: "Lo múltiple hay que hacerlo, pero no añadiendo constantemente una dimensión superior, sino, al contrario, de la forma más simple, a fuerza de sobriedad, al nivel de las dimensiones de que se dispone, siempre $n-1$ (sólo así sustrayéndolo, lo Uno forma parte de lo múltiple). Sustraer lo único de la multiplicidad a constituir: escribir a $n-1$. Este tipo de sistema podría denominarse rizoma"¹¹.

Deleuze y Guattari utilizan la metáfora del árbol y de la raíz pivotarse y fasciculada como su modelo y su diagrama para referirse a la filosofía occidental, al conocimiento (a la lógica y á la ciencia), al sujeto y al deseo. Este es el pensamiento que eligen para formular sus críticas y presentar sus planteos. En este sentido, el rizoma puede leerse, en última instancia, como la ideología, como la nueva forma de entender la filosofía. No es objeto ni sujeto. El objeto y el sujeto no existen más. La totalidad está completamente *démodée*. El rizoma se dirige en todos los sentidos, los incluye a todos¹².

Al rizoma le son atribuidos una serie de caracteres (de lo contrario, dicen Deleuze y Guattari, nadie los creería):

1° y 2°. Principios de conexión y de heterogeneidad: cualquier punto del rizoma puede ser conectado con cualquier otro, y debe serlo.

3°. Principio de multiplicidad: sólo cuando lo múltiple es tratado efectivamente como sustantivo, multiplicidad, deja de tener relación con lo Uno como sujeto o como objeto, como realidad natural o espiritual, como imagen y mundo. No hay unidad que sirva de pivote en el objeto o que se divida en el sujeto. No hay unidad, ni siquiera para abotrar en el objeto o

¹⁰ DELEUZE, Gilles - GUATTARI, Félix, *¿Qué pasa con...?*, cit. p. 13.

¹¹ DELEUZE, Gilles - GUATTARI, Félix, *¿Qué pasa con...?*, cit.

¹² Acaso esta formalización sea una nueva forma de totalidad como no totalidad (en un sentido, ¿cómo puede hacerse la crítica de la filosofía sin salirse de ella?).

para “reaparecer” en el sujeto. Una multiplicidad no tiene ni sujeto ni objeto, sino únicamente determinaciones, dimensiones que no pueden aumentar sin que ella cambie de naturaleza (las leyes de combinación aumentan, pues, con la multiplicidad). La noción de unidad sólo aparece cuando se produce —en una multiplicidad— una toma de poder por el significante, o un proceso correspondiente de subjetivación.

En la medida en que llenan, ocupan todas las dimensiones, todas las multiplicidades son planas. Se hablará, en consecuencia, de un Plan de Consistencia o de Exterioridad de las multiplicidades, aunque ese “plan” sea de dimensiones crecientes según el número de conexiones que se establecen en él. El plan permite el camino al libro ideal, es decir, a aquel que distribuye todo ese plan de exterioridad en una sola “página”, es un mismo “lugar”: acontecimientos vividos, determinaciones históricas, conceptos pensados, individuos, grupos y formaciones sociales. Las multiplicidades planas de “n” dimensiones son asignificantes y asubjetivas.

4°. *Principio de ruptura asignificante*: frente a las cortes excesivamente significantes que separan las estructuras o atraviesan una. Un rizoma puede ser roto, interrumpido en cualquier parte, pero siempre recommienza según esta o aquella de sus líneas, y según otras.

5° y 6°. *Principio de cartografía y de calcomanía*: un rizoma no responde a ningún modelo estructural o generativo. Es ajeno a toda idea de eje genético, como también de estructura profunda. El rizoma es mapa y no calco. Si el mapa se opone al calco es precisamente porque está totalmente orientado hacia una experimentación que actúa sobre lo real. El mapa no reproduce un inconsciente cerrado sobre sí mismo, lo construye. El mapa es abierto, conectable en todas sus dimensiones, desmontable, alterable, susceptible de recibir constantemente modificaciones. Puede ser roto, alterado, adaptarse a distintos montajes, iniciado por un individuo, un grupo, una formación social. Una de las características más importantes del rizoma quizá sea la de tener siempre múltiples entradas (como la madriguera, que es un rizoma animal). Un mapa es un asunto de performance, mientras que el calco siempre remite a una supuesta competencia (*compétence*).

En consecuencia, el problema de la cartografía es distinto al de los calcos prefabricados y se opone a ellos. La cartografía apunta a las opciones políticas como entradas y salidas ante callejones sin salida que se viven (particularmente el niño) políticamente, es decir, con toda la fuerza del deseo. A diferencia del mapa, el calco es muy peligroso porque cuando cree reproducir otra cosa no hace más que reproducirse a sí mismo.

Hay agenciamientos muy diferentes, mapas-calcos, rizomas-raíces, con coeficientes de desterritorialización variables. La localización no depende aquí de análisis teóricos que implican universales, sino de una pragmática que compone las multiplicidades o los conjuntos de intensidades.

"Ser rizomorfo es producir tallos y filamentos que parecen raíces, o, todavía mejor, que se conectan con ellas al penetrar en el tronco, sin perjuicio de hacer que sirvan para nuevos usos extraños. Estamos cansados del árbol. No debemos seguir creyendo en los árboles, en las raíces o en las raicillas, nos han hecho sufrir demasiado. Toda la cultura arborescente está basada en ellos, desde la biología hasta la lingüística. No hay nada más bello, más amoroso, más político que los tallos subterráneos y las raíces aéreas, la adventicia y el rizoma. Amsterdam, ciudad totalmente desentrañada, ciudad-rizoma, con sus canales-tallos, donde la utilidad se conecta con la mayor locura, en su relación con una máquina de guerra comercial. El pensamiento no es arborescente, el cerebro no es una materia enraizada ni ramificada" ¹³.

El árbol o la raíz inspiran una triste imagen en el pensamiento que no cesa de imitar lo múltiple a partir de una unidad superior, de centro o de segmento. Los sistemas arborescentes son sistemas jerárquicos que implican centros de significancia y de subjetivación, autómatas centrales como memorias organizadas. Corresponden a modelos en los que un elemento sólo recibe informaciones de una unidad superior, y una afectación subjetiva de uniones preestablecidas. Con la "imaginaria de las arborescencias de mando", y los "teoremas de la dictadura", Deleuze y Guattari cristalizan su profunda crítica a las nociones y a las realidades de la autoridad y el poder heredadas de toda ideología occidental y, hasta podría decirse, mundial. La arborescencia preexiste al individuo que se integra en ella en un lugar preciso (el de la significancia y el del modo de subjetivación).

Resulta curioso comprobar cómo el árbol ha dominado no sólo la ontología occidental, sino, a causa de ello, todo el pensamiento occidental, desde la botánica a la biología, pasando por la anatomía, pero también por la genealogía, la teología y la filosofía toda. Siempre se trató del principio-raíz, *Grund*, *roots* y *foundations*.

Los rizomas se disponen en mesetas. Ésa es su configuración geográfica, las mesetas lo constituyen. La meseta tiene una ubicación intermedia, no está ni al principio ni al final, siempre está en el medio. "Noso-

¹³ DELEUZE, Gilles - GUATTARI, Félix, *Mille plateaux*, cit., pp. 23/24.

tres llamamos 'meseta' a toda multiplicidad conectable con otras por tallos subterráneos superficiales, a fin de formar y extender un rizoma"¹⁴.

La meseta y el rizoma constituyen la metodología y la lógica de la obra de Deleuze y Guattari. En ella se han servido únicamente de palabras que a su vez funcionaban como mesetas: rizomática, esquizoanálisis, estanoanálisis, pragmática, micropolítica. Ambos declaran no conocer ni la cientificidad ni la ideología, sólo agenciamientos, agenciamientos maquínicos de deseo, así como agenciamientos colectivos de enunciación.

Deleuze, pero también Guattari, han perpetrado un verdadero acto de subversión en el pensamiento filosófico contemporáneo. Su signo es la multiplicidad, la revolución permanente, la sorpresa, el desconcierto. Plantean, una y otra vez, después de toda su crítica, nuevas y otras preguntas que propicien cualquier acto que opere en contra de toda creación: ¿Por qué todavía hace falta un modelo? ¿Cómo puede el libro encontrar un afuera satisfactorio con el que poder agenciar en lo heterogéneo más bien que un mundo a reproducir?

4. Nuevos conceptos, nuevos problemas

Hay finalmente, podría decirse también, un tercer tiempo en la obra de Deleuze, que se mezcla con los anteriores, sobre todo con el segundo. Son los años ochenta y los noventa. Aquí Deleuze aborda la multiplicidad, vuelve a visitar filósofos a partir de sus propios problemas, retomo, a modo de eterno retorno nietzscheano, al arte y a la política. De esta época datan, entre otros, sus libros sobre cine, *Cine 1. La imagen-movimiento* (1983) y *Cine 2. La imagen-tiempo* (1985), *Foucault* (1986), *El plegue: Leibniz y el barroco* (1988), *¿Qué es la filosofía?* (1991) y, junto con Félix Guattari, *Crítica y clínica* (1993).

¿Qué significa, ahora en perspectiva, para este filósofo, el *métier* de la filosofía? Ella aparece para Deleuze como la constitución de problemas que tienen un sentido (generalmente oculto) y la construcción de conceptos que nos hacen avanzar en la comprensión y la solución de los problemas. El filósofo no es alguien que contempla y tampoco que reflexiona, sino, como ya señalé, alguien que crea conceptos. Un concepto es algo por sí mismo (por ejemplo, la "idea" —*εἶδος*— en Platón). El concepto se remite a un problema que el filósofo no presenta como tal. Hacer la historia de la filosofía es restaurar esos problemas y, con esta operación, descubrir la novedad de los conceptos.

¹⁴ DELEUZE, Gilles - GUATTARI, Félix. *Mille plateaux*, cit., p. 33.

Otra contribución fundamental de Deleuze en esta etapa es el desarrollo de la noción de sociedades de control en Foucault, que expone en "Post-data a las sociedades de control", publicado en mayo de 1990 en *L'autre journal*, nro. 10, y que luego integra la segunda parte del capítulo sobre política de *Pourparlers*, del mismo año. A diferencia del modelo disciplinario descrito y analizado por Foucault para el orden social moderno del siglo XIX y del XX, al menos hasta la Segunda Posguerra, Deleuze considera que estamos ingresando al modelo de la sociedad de control que ya no funciona sobre la base del encierro sino del control continuo y la comunicación instantánea. Y "control", señala Deleuze, "es el nombre que Burroughs propone para designar al nuevo monstruo y que Foucault reconoce como nuestro próximo futuro"¹³. Los controles son una "modulación", "como un moldeado auto-deformante que cambiaría, de un instante al otro o como un tamiz cuyas mallas cambiarían de un punto a otro"¹⁴. El control continuo reemplaza al examen. Su figura central ya no es la prisión ni la fábrica, sino la empresa. El *marketing* es ahora el instrumento del control social y forma la raza impudente de nuestros amos. Se trata de un modelo de sociedad que corresponde a una mutación del capitalismo como capitalismo de sobreproducción. El control se está instalando de manera progresiva y dispersa, como un nuevo régimen de dominación. Frente a este diagnóstico, Deleuze propone operar vacuolas de no comunicación, interruptores, para escapar al control.

Tal vez lo que recorra la obra deleuziana, digámoslo una vez más, sea su insistencia en la immanencia y entonces, por oposición, su recusación de la trascendencia. De ahí su interés desde el principio y hasta el final, por filósofos "malditos": Spinoza, Nietzsche, Leibniz, Foucault, en los que puede encontrarse una contestación de cualquier tipo de trascendencia. Y así pueden ordenarse toda una serie de conceptos en la obra de Deleuze, que se alinean en un sentido, por oposición y recusación de otro: immanencia/trascendencia, plan de consistencia/plan de trascendencia, diagrama/programa, experimentación/interpretación, devenir/nómada, el deseo/los deseos, etc. Y también la desterritorialización, la máquina de guerra, el cuerpo sin órganos, los aparatos de captura, las líneas de fuga. Yo diría que su obra es una suerte de metáfora de la metáfora, un *consensus* de metáforas, una metáfora al infinito. Acaso en todas estas ideas se encuentren muchas claves del proyecto deleuziano; acaso en sus líneas de

¹³ DELEUZE, Gilles, "Post-scriptum sur les sociétés de contrôle", en *Pourparlers*, Minuit, Paris, 1997, p. 343.

¹⁴ DELEUZE, Gilles, "Post-scriptum...", cit., p. 242.

recorrido aparezca aquello que hace de Deleuze un deconstruccionista, un rebelde, un refundador, una fulguración que en consecuencia podrá confundir su nombre, tal como señaló su amigo Foucault, con el de un tiempo de los seres humanos, con un siglo o con su final.

III. LA EXPLOSIÓN FOUCAULT²²

El principio general de Foucault es el siguiente: toda forma es un conjunto de relaciones de fuerza.
GILLES DELEUZE

I. La invención del sujeto y de la verdad

Una de las mejores formas en que creo puede presentarse la filosofía de Michel Foucault es comenzando con la siguiente afirmación de principios: Foucault siempre tuvo la obsesión de saber cómo surgió el sujeto moderno o lo que también podríamos llamar la subjetividad moderna. La respuesta que da a esta pregunta se encuentra en la famosa correlación que Foucault establece entre prácticas sociales de encierro que tienen lugar durante los siglos XVII y XVIII en Europa Occidental, que son prácticas de poder-saber, que llevaron a la producción de determinados dominios de saber, que a su vez generaron nuevos objetos y nuevos sujetos entre los cuales aparece como una resultante y en forma paradigmática, el sujeto moderno. Pero también, y al tiempo que tienen lugar estas prácticas sociales de encierro, se producen determinadas técnicas y dispositivos que se aplican a las poblaciones, aquello que Foucault denomina justamente biopolítica. Foucault elabora entonces su respuesta a la pregunta de cómo se formó el sujeto moderno en el marco de una teoría (si podemos presentarla de esta manera, puesto que el propio Foucault siempre rechazó que se ocupara de hacer algo así como una "teoría" del poder) del poder-saber, que denomina de manera más acabada biopoder o poder sobre la vida en el tomo I, *La voluntad de saber, de Historia de la sexualidad* y que comprende dos aspectos centrales: una anátomo-política del cuerpo humano, esto es, las disciplinas, y una biopolítica de la población, es decir, los controles reguladores.

²² Para la elaboración de este punto, he tomado parte de los desarrollos de "La entrada de la vida en la historia: la búsqueda del sujeto", punto F del capítulo 2, "El espejo: la invención del sujeto", de mi libro *La experiencia del horror. Subjetividad y derechos humanos en los discursos y psiquiatras del Cono Sur*, Editora del Puerto, Buenos Aires, 2006.

Tomando en consideración la definición del hombre dada por Aristóteles en su *Político*, al final de *La voluntad de saber*, Foucault resume el proceso a través del cual, al comienzo de la modernidad, la vida natural empieza a ser integrada en los mecanismos y los cálculos del poder del Estado y la política deviene *biopolítica*: "Durante milenios, el hombre permaneció lo que era para Aristóteles: un animal viviente y además capaz de una existencia política; el hombre moderno es un animal en cuya política está en cuestión su vida de ser viviente"¹⁷.

Según Foucault, el "umbral de modernidad biológica" de una sociedad se sitúa allí donde la especie y el individuo como un simple cuerpo viviente se vuelven el desafío de las estrategias políticas. Desde 1977, en sus cursos del *Collège de France*, Foucault comienza a definir el pasaje del "Estado territorial" al "Estado de población" y la importancia creciente de la vida biológica y de la salud de la nación, como un problema específico del poder político que se transforma progresivamente en "gobierno de los hombres" y "gubernamentalidad" ("*gouvernementalité*")¹⁸. Foucault señala que de este nuevo tipo de gobierno se desprende una suerte de animalización del hombre producida por las técnicas políticas más sofisticadas. Es el momento, en consecuencia, de la aparición en la historia no sólo de la multiplicación de las posibilidades de las ciencias humanas y sociales, sino también de la posibilidad simultánea de la protección de la vida y de la autorización de su holocausto. Foucault dice: "Habría que hablar de 'biopolítica' para designar aquello que hace entrar la vida y sus mecanismos en el ámbito de los cálculos explícitos y hace del poder-saber un agente de transformación de la vida humana"¹⁹. El desarrollo y el triunfo del capitalismo no habría sido posible, desde esta perspectiva, sin el control disciplinario realizado por el nuevo biopoder que creó, a través de una serie de tecnologías apropiadas, los cuerpos dóciles que necesitaba.

La búsqueda de la conformación de las subjetividades y los cuerpos aparece ya desde los primeros momentos en la obra de Foucault y atraviesa toda su producción. Quizás podría decirse que se hace más explícita

¹⁷ FOUCAULT, Michel, *Histoire de la sexualité I*, Gallimard, París, 1976, p. 188.

¹⁸ Cf. los cursos del 14 de enero de 1976 y del 1 de febrero de 1978, en *Carnet au Collège de France*, "Il faut défendre la société" (1975-1976) y "Sécurité, territoire, population" (1977-1978), Gallimard/Seuil, París, 2004.

¹⁹ FOUCAULT, Michel, *Histoire de la sexualité I*, cit., p. 188.

durante sus últimos años, denominados, por esta misma razón, los años del período ético. Es entonces conveniente recordar la manera en que generalmente se analiza la obra foucaultiana. Sus producciones se reúnen en tres períodos: el "arqueológico", el "genealógico" y el de la "governabilidad".

La primera etapa abarca la producción de los años sesenta. Se encuentran aquí, entre las obras más importantes, *Historia de la locura en la época clásica* (1961), su tesis doctoral, *El nacimiento de la clínica* (1963), *Las palabras y las cosas. Una arqueología de las ciencias humanas* (1966) y *La arqueología del saber* (1969).

La pregunta arqueológica por excelencia es la siguiente: ¿Por qué surgieron ciertos enunciados en determinado momento? Para responder a ello, según Foucault, hay que atenerse a dos órdenes: el de "lo enunciable" y el de "lo visible". No es lo mismo el régimen que rige las palabras que aquel que rige las formas de ver. Existen, en consecuencia, dos órdenes que Foucault sitúa en el nivel de los documentos. La arqueología se ocupará entonces de leer los documentos como tales, a la manera de los arqueólogos, con el fin de ver qué capas (en el sentido de capas arqueológicas) han sedimentado la significación en la Historia. Dice Foucault: "[La Historia] es el trabajo y la puesta en práctica de una materialidad documental (libros, textos, relatos, registros, actas, edificios, instituciones, reglamentos, técnicas, objetos, costumbres, etc.) que presenta siempre y en todas partes, en toda sociedad, formas espontáneas u organizadas de remanentes. El documento no es el instrumento feliz de una historia que sería en sí misma y por pleno derecho *memoria*; la historia es una cierta manera para una sociedad de dar estatuto y elaboración a una masa documental de la que no se separa. Digamos para sintetizar que la historia, en su forma tradicional, se ocupaba de 'memorizar' los monumentos del pasado, de transformarlos en *documentos* y de hacer hablar estas huellas que, por sí mismas, en general no son verbales o dicen en silencio algo diferente de lo que dicen; hoy en día, la historia es aquello que transforma los *documentos* en *monumentos* y aquello que, allí donde se descifraban las huellas dejadas por los hombres, allí donde se trataba de reconocer en profundidad lo que habían sido, despliega una masa de elementos que se trata de aislar, de agrupar, de volver pertinentes, de poner en relaciones, de constituir en conjuntos. Hubo un tiempo en que la arqueología, como disciplina de los monumentos mudos, de las huellas inertes, de los objetos sin contexto y de las cosas dejadas por el pasado, tendía a la historia y sólo cobraba sentido con la restitución de un discurso histórico; podría decirse, jugando un poco con las palabras, que la historia, en la actuali-

dad, tiende a la arqueología, es decir, a la descripción intrínseca del momento”²⁰.

En suma, el interrogante que atraviesa la etapa arqueológica podría expresarse de la siguiente manera: ¿Cómo han sido posibles determinados enunciados?, ¿cuáles fueron las condiciones de posibilidad de determinados discursos?

La etapa genealógica se abre con los años setenta y los recorre hasta el final de la década. Aquí aparecen, como textos claves, *El orden del discurso* (1970), el discurso inaugural que Foucault pronuncia al acceder al cargo de profesor en el *Collège de France*, en la cátedra que ocupara Jean Hyppolite; *Nietzsche, la genealogía, la historia* (1971); *La verdad y las formas jurídicas* (1973); *Vigilar y castigar: El nacimiento de la prisión* (1975); e *Historia de la sexualidad I. La voluntad de saber* (1976).

La genealogía es un concepto que Foucault toma de Nietzsche, como tantos otros. Con él pretende rebatir la idea, enquistada en el concepto de la Historia moderna, de un origen primero y causal. A él contraponen la lucha y el olvido, la “procedencia-emergencia” de los acontecimientos. Es la gran jugada que arremete contra la Gran Historia, contra la Historia Universal. La genealogía permite observar la articulación entre los dos órdenes de lo enunciable y de lo visible. A partir de aquí se produce una torsión de la arqueología por la cual ésta pasa a ser el método. Para Foucault, una genealogía opera básicamente con dos movimientos:

1) busca el surgimiento de un enunciado concreto en el entramado de las relaciones sociales y de poder, es decir, se ocupa de analizar cómo determinadas formas de enunciar y de ver surgen a partir de ciertas prácticas sociales, en torno a qué enfrentamientos y a qué relaciones de fuerza;

2) procura detectar qué cuerpos concretamente se han constituido y definido en función de determinados discursos, prácticas y relaciones de fuerza. El cuerpo aparece aquí atravesado por el deseo y la Historia y es concebido como algo construido al interior de las relaciones sociales (ideas, valores y muchos olvidos).

La última etapa, el así llamado “período ético” o período de la gobernabilidad o de las tecnologías del yo, coincide con los últimos años de la producción foucaultiana, desde el fin de los años setenta hasta la muerte del filósofo en 1984. Es aquí donde la búsqueda de la formación de las subjetividades y de los cuerpos se hace aún más explícita. Esta etapa está signada por dos libros fundamentales: los tomos II y III de *Historia de la*

²⁰ FOUCAULT, Michel, *L'archéologie du savoir*, Gallimard, Paris, 1992, ps. 14-15.

sexualidad, El uso de los placeres y La inquietud de sí, así como por sus numerosos textos sobre la biopolítica como *La "gubernamentalidad"* (*La "gouvernementalité"*) (1978), *Nacimiento de la biopolítica* (1979), "*Omnes et singulariter*"; *hacia una crítica de la razón política* (1981), entre otros, y especialmente sus cursos del *Collège de France* de 1975-1976, *Defender la sociedad* de 1977-1978, *Seguridad, territorio, población*, y de 1978-1979, *Nacimiento de la biopolítica*. La subjetividad aparece como el lugar de la diferencia a partir de los dispositivos de la sexualidad, la guerra y los controles de las poblaciones, es decir, a partir de lo que Foucault denomina la "biopolítica".

2. La genealogía del sujeto

En *La verdad y las formas jurídicas*, la serie de conferencias que Foucault pronuncia en la Pontificia Universidade Católica de Río de Janeiro, en mayo de 1973 —y que hacen las veces de antecala a *Vigilar y castigar* y a *Historia de la sexualidad*—, expresa claramente que tiene el objetivo de investigar tres puntos claves:

- 1) cómo se formaron dominios de saber a partir de prácticas sociales;
- 2) analizar los discursos, y
- 3) reelaborar la teoría del sujeto.

Dice Foucault en la primera conferencia: "Me propongo mostrar a ustedes cómo es que las prácticas sociales pueden llegar a engendrar dominios 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. El mismo sujeto de conocimiento posee una historia, la relación del sujeto con el objeto, o, más claramente, la verdad misma tiene una historia. Así, me gustaría mostrar en particular cómo pudo formarse en el siglo XIX, un cierto saber del hombre, de la individualidad, del individuo normal o anormal, dentro o fuera de la regla, un saber que, en verdad, nació de las prácticas sociales de control y vigilancia.

"[...] Sería interesante intentar ver cómo se produce, a través de la historia, la constitución de un sujeto que no está dado definitivamente, que no es aquello a partir de lo cual la verdad llega a la historia, sino de un sujeto que se constituye en el interior mismo de ella y que, a cada instante, es fundado y vuelto a fundar por ella. Es hacia esta crítica radical del sujeto humano por la historia a la que debemos dirigirnos. Una cierta tradición universitaria o académica del marxismo no terminó aún con esta concepción filosófica tradicional del sujeto. Ahora bien, en mi opinión, esto es lo que debe hacerse: mostrar la constitución histórica de un sujeto de

conocimiento a través de un discurso tomado como un conjunto de estrategias que forman parte de las prácticas sociales. Ello constituye el fondo teórico de los problemas que me gustaría plantear. Me parece que, entre las prácticas sociales en las que el análisis histórico permite localizar la emergencia de nuevas formas de subjetividad, las prácticas jurídicas o, más precisamente, las prácticas judiciales son las más importantes”²¹.

Lo que queda implícito en el juego que Foucault instaura entre prácticas sociales, dominios de saber y sujetos creados —lo que puede denominarse con el conocido rótulo de la relación entre saber y poder en Foucault—, es el tema de la verdad, o mejor, el de una “política de la verdad”. Y así lo revela Foucault en la primera conferencia: “La hipótesis que me gustaría formular es que en realidad hay dos historias de la verdad. La primera es una especie de historia interna de la verdad, la historia de una verdad que se corrige partiendo de sus propios principios de regulación: es la historia de la verdad tal como se hace en o a partir de la historia de las ciencias. Por otra parte, me parece que existen en la sociedad, o al menos en nuestras sociedades, varios otros lugares en los que se forma la verdad, en los que se definen un cierto número de reglas de juego —a partir de las cuales vemos nacer ciertas formas de subjetividad, ciertos dominios de objeto, ciertos tipos de saber— y, por consiguiente, se puede, a partir de allí, hacer una historia externa, exterior, de la verdad”²².

Es en el concepto del conocimiento como una invención (*Erfindung*) como opuesto a origen (*Ursprung*) en Nietzsche, de donde se desprende la desaparición del sujeto soberano propio de la tradición de la filosofía moderna. “La invención, *Erfindung*, es para Nietzsche, por un lado, una ruptura y por el otro, algo que posee un comienzo pequeño, bajo, mezquino, inconfesable. Este es el punto crucial de la *Erfindung*. [...] A la solemnidad del origen es necesario oponer, siguiendo un buen método histórico, la pequeñez meticulosa e inconfesable de esas fabricaciones, de esas invenciones. [...] El conocimiento es simplemente el resultado del juego, el enfrentamiento, la confluencia, la lucha y la solución de compromiso entre los instintos. Es precisamente debido a que los instintos se encuentran, se batan y llegan, finalmente, al término de sus batallas, a una solución de compromiso que algo se produce. Este algo es el conocimiento. [...] Si es verdad que entre el conocimiento y los instintos —todo lo que

²¹ FOUCAULT, Michel, “La verdad et les formes juridiques”, en *Discours et Actes*, t. 3, Gallimard, Paris, 1994, pp. 338/340.

²² FOUCAULT, Michel, “La vérité et les formes juridiques...”, *ibid.*, pp. 340/341.

hace, todo lo que trama el animal humano— no hay más que rupturas, relaciones de dominación y servidumbre, relaciones de poder, quien desaparece entonces ya no es Dios sino el sujeto en su unidad y soberanía”²³.

Pero Foucault, para la época en que se adentra en los verticuetos de la genealogía de las prácticas de encierro y de las técnicas biopolíticas aplicadas a las poblaciones, que llevaron a la constitución de los saberes-poderes disciplinarios y del sujeto moderno, ya había anunciado la perennidad y la precariedad de éste, con el giro que da en su etapa arqueológica, en *Las palabras y las cosas*. “Por extraño que parezca, el hombre —cuyo conocimiento es considerado ingenuamente por él como la más vieja búsqueda desde Sócrates— no es indudablemente nada más que un cierto desgarramiento en el orden de las cosas, una configuración, en todo caso, dibujada por la nueva disposición que ha tomado recientemente en el saber. De ahí nacieron todas las quimeras de los nuevos humanismos, todas las facilidades de una ‘antropología’, entendida como reflexión general, medio positiva, medio filosófica, sobre el hombre. Sin embargo, reconforta y tranquiliza el pensar que el hombre no es más que una invención reciente, una figura que no tiene dos siglos, un simple pliegue en nuestro saber y que desaparecerá en cuanto éste encuentre una forma nueva”²⁴.

3. Poder-saber

Es claro entonces que en su investigación de la formación del sujeto, Foucault articula saber y poder. Como señalé, ciertas prácticas sociales engendran ciertos dominios de saber (el saber disciplinario en la modernidad) que, a su vez, generan nuevos objetos que constituyen nuevos sujetos de conocimiento. Este juego de relaciones reconoce como línea estructurante al poder-saber. En este sentido, Foucault emprende una elaboración del poder (quizás la contracara, la otra punta y el extremo de la subjetividad) que también arremete con su conceptualización tradicional. Ya no el poder con mayúsculas, únicamente identificado con lo político (el Poder político, el del Estado y los poderes del Estado), no sólo el de los dominadores y dominados, el doble y asimétrico, sino el múltiple y multidireccional, el que se ejerce en el enfrentamiento, en cada ocasión; no ya el de arriba hacia abajo, sino el que se practica en los intersticios sociales, en cada uno de los recovecos del entramado social; no finalmente un poder trascendental sino immanente; en fin, un micropoder, o mejor

²³ Foucault, Michel, “La vérité et les formes juridiques...”, cit., p. 344/345 y 347.

²⁴ Foucault, Michel. *Les mots et les choses*, Gallimard, Paris, 1990, p. 15.

dicho, múltiples micropoderes. "Se trata en cierto modo de una microfísica del poder que los aparatos y las instituciones ponen en juego, pero cuyo campo de validez se sitúa en cierta forma entre esos grandes funcionamientos y los propios cuerpos con su materialidad y sus fuerzas. Ahora bien, el estudio de esta microfísica supone que el poder que en ella se ejerce no se conciba como una propiedad, sino como una estrategia, que sus efectos de dominación no sean atribuidos a una 'apropiación', sino a unas disposiciones, a unas maniobras, a unas tácticas, a unas técnicas, a unos funcionamientos; que se describa en él una red de relaciones siempre tensas, siempre en actividad más que un privilegio que se podría detentar; que se le dé como modelo la batalla perpetua más que el contrato que opera una sesión o la conquista que se apodera de un territorio.

"Hay que admitir, en suma, que este poder se ejerce más que se posee, que no es el 'privilegio' adquirido o conservado de la clase dominante, sino el efecto de conjunto de sus posiciones estratégicas, efecto que manifiesta y a veces acompaña la posición de aquellos que son dominados. Este poder, por otra parte, no se aplica pura y simplemente como una obligación o una prohibición, a quienes 'no lo tienen'; los invade, pasa por ellos y a través de ellos; se apoya sobre ellos, del mismo modo que ellos mismos, en su lucha contra él, se apoyan a su vez en las presas que ejerce sobre ellos. Lo cual quiere decir que estas relaciones descienden hondamente en el espesor de la sociedad, que no se localizan en las relaciones del Estado con los ciudadanos o en la frontera de las clases y que no se limitan a reproducir al nivel de los individuos, de los cuerpos, unos gestos y unos comportamientos, la forma general de la ley o del gobierno; que si bien existe continuidad (dichas relaciones se articulan en efecto sobre esta forma de acuerdo con toda una serie de engranajes complejos), no existe analogía ni homología, sino especificidad de mecanismo y de modalidad. Finalmente, no son unívocas; definen puntos innumerables de enfrentamiento, focos de inestabilidad cada uno de los cuales comporta sus riesgos de conflicto, de luchas y de inversión por lo menos transitoria de las relaciones de fuerzas. El derrumbamiento de esos 'micropoderes' no obedece pues a la ley del todo o nada; no se obtiene de una vez para siempre por un nuevo control de los aparatos ni por un nuevo funcionamiento o de una destrucción de las instituciones; en cambio, ninguno de sus episodios localizados puede inscribirse en la historia como no sea por los efectos que induce sobre toda la red en la que está comprendido"²⁵.

²⁵ FOUCAULT, Michel. *Surveiller et punir*, Gallimard, Paris, 1975, pp. 34-36.

Esta conceptualización inmanente es sobre todo expuesta por Foucault en el período de la gobernabilidad con el vuelo que da en el tomo I de *Historia de la sexualidad*. Antes Foucault se había abocado a mostrar el especial vínculo, la simbiosis, que liga el poder y el saber y particularmente cómo esa relación especial lleva a la constitución de un tipo particular de sociedad, la moderna, que denomina panóptica para designar —precisamente— la lógica central de su funcionamiento. Puede comprenderse entonces que la noción de poder en Foucault implica fundamentalmente dos conceptos: el del poder-saber, que lleva a la conformación de la sociedad panóptica, y el del micropoder inmanente, que conforma lo que el filósofo llama el “modelo estratégico” y que se despliega bajo la noción de “biopoder”.

Foucault ve el paradigma de todos los dispositivos de encierro que llevaron, junto con los propios de la biopolítica, a la construcción de la subjetividad moderna, en la prisión y en su principio arquitectónico que toma del filósofo utilitarista inglés Jeremy Bentham, a quien, a principios del siglo XIX, le cupo la tarea de reformar la organización del poder judicial en su país. Bentham había denominado “panóptica” la arquitectura de las prisiones puesto que, gracias a su disposición espacial en celdas concéntricas destinadas a cada interno en torno de una torreta central, cada uno de esos prisioneros podía ser vigilado y controlado constantemente. El ojo que todo lo ve, el “panóptico”, he aquí la figura de Bentham en la que Foucault visualiza la base de la constitución de la subjetividad y la lógica del poder de la sociedad en la modernidad. “El *Panopticon* de Bentham es la figura arquitectónica de esta composición. Su principio es conocido: en la periferia, una construcción en forma de anillo; en el centro, una torre con anchas ventanas que se abren al muro interior del anillo. La construcción periférica está dividida en celdas, cada una de las cuales atraviesa toda la anchura de la construcción. Tienen dos ventanas, una que da al interior, correspondiente a las ventanas de la torre, y la otra, que da al exterior, permite que la luz atraviese la celda de una parte a otra. Basta entonces situar un vigilante en la torre central y encerrar en cada celda a un loco, un enfermo, un condenado, un obrero o un escolar. Por el efecto de la contraluz, se pueden percibir desde la torre, recortándose perfectamente sobre la luz, las pequeñas siluetas cautivas en las celdas de las periferias. Tanto pequeños teatros como celdas, en los que cada actor está solo, perfectamente individualizado y constantemente visible. El dispositivo panóptico dispone de unas unidades espaciales que permiten ver sin cesar y reconocer el punto. En suma, se invierte el principio del calabozo: o más bien de sus tres funciones —encerrar, privar de luz y ocultar—; no

se conserva más que la primera y se suprimen las otras dos. La plena luz y la mirada de un vigilante captan mejor que la sombra, que en último término protegía. La visibilidad es una trampa” 28.

La prisión es el modelo del resto de las instituciones sociales, ella misma basada en la organización espacial de los hospitales generales del siglo XVII: la fábrica, la escuela, el hospicio, el hospital. El encierro de los cuerpos en espacios panopticos y la cárcel del alma a través de los dispositivos que se desprenden de los nuevos saberes (psiquiatría, psicología, clínica médica, criminología, sociología, antropología, pedagogía, ortopedia, demografía, entre otros), hacen las voces de matriz para la nueva sociedad. El panoptismo se sirve no sólo del control y la vigilancia, sino también de la disciplina, para lo cual será necesario crear los patrones ideales a partir de los cuales se dirimirán las regiones de normalidad y anormalidad. Así surgirá la norma, la regla, la ley y el sujeto normal y el anormal. De ahí que quien se aparte de la norma deba ser corregido en el encierro. De ahí que el encierro juegue también como tutor o sarniento para encauzar por la senda normal cualquier anormalidad. Múltiples mecanismos de control y disciplina que van construyendo el orden burgués.

Foucault extiende su análisis del panoptismo particularmente al campo de la sexualidad. En este punto, afina sus ideas sobre el poder y es aquí donde despliega sus concepciones imanentistas del poder microfísico. El poder de la normalidad panóptica, que desprende en este caso del análisis de la sexualidad misma, no es sólo prohibitivo y prescriptivo, es decir, no sólo se realiza por la castración, sino que, precisamente, la prohibición es visualizada como función positiva, como efecto no deseado, como creadora. El poder no es sólo entonces prohibitivo, sino productivo, función negativa y positiva vivificadas simultáneamente. He aquí uno de los extremos por el cual Foucault entra en el análisis del discurso y de las prácticas modernas sobre la sexualidad, es decir, en uno de esos mecanismos principales relativos a la constitución de las subjetividades y de los cuerpos. Señala este rasgo bajo el nombre de “hipótesis repositiva”. Foucault dice: “No pretendo que el sexo no haya sido prohibido o tachado o camuflado o desconocido desde la época clásica; tampoco afirmo que lo haya sido desde ese momento menos que antes. No digo que la prohibición del sexo sea un engaño, sino que lo es trocarlo en el elemento fundamental y constituyente a partir del cual se podría escribir la historia de lo que ha sido dicho a propósito del sexo a partir de la época moderna. To-

28 FOUCAULT, Michel, *Sexualité...*, cit., p. 233/234.

dos esos elementos negativos —prohibiciones, rechazos, censuras, denegaciones— que la hipótesis represiva reagrupa en un gran mecanismo central destinado a decir no, sin duda sólo son piezas que tienen un papel local y táctico que desempeñar en una puesta en discurso, en una técnica de poder, en una voluntad de saber que están lejos de reducirse a dichos elementos”²².

En *La voluntad de saber*, Foucault dedica todo un capítulo a la explicitación de sus ideas sobre el poder. En *Mérida*, Foucault explica: “Por poder no quiere decir ‘el Poder’, como conjunto de instituciones y aparatos que garantizan la sujeción de los ciudadanos en un Estado determinado. Tampoco indico un modo de sujeción que, por oposición a la violencia, tendría la forma de la regla. Finalmente, no entiendo por poder un sistema general de dominación ejercida por un elemento o un grupo sobre otro, y cuyos efectos, por derivaciones sucesivas, atravesarían el cuerpo social entero. El análisis en términos de poder no debe postular, como datos iniciales, la soberanía del Estado, la forma de la ley o la unidad global de una dominación; éstas son más bien las formas terminales. Me parece que por poder hay que comprender, primero, la multiplicidad de las relaciones de fuerza immanentes y propias del dominio en el que se ejercen, y que son constitutivas de su organización; el juego que por medio de luchas y enfrentamientos incesantes las transforma, las refuerza, las invierte; los apoyos que dichas relaciones de fuerza encuentran las unas en las otras, de modo que formen cadena o sistema, o, al contrario, los contramientos, las contradicciones que aíslan a unas de otras; las estrategias, por último, que las toman efectivas, y cuyo diseño general o cristalización institucional cobró forma en los aparatos estatales, en la formulación de la ley, en las hegemonías sociales. La condición de posibilidad del poder, en todo caso el punto de vista que permite volver inteligible su ejercicio hasta en sus efectos más ‘periféricos’ y que también permite utilizar sus mecanismos como cifra de inteligibilidad del campo social, no debe ser buscado en la existencia primera de un punto central, en un foco único de soberanía del cual irradiarían formas derivadas y descendentes; es el pedestal móvil de las relaciones de fuerza lo que induce sin cesar, por su desigualdad, estados de poder, pero siempre locales e inestables. Omnipresencia del poder: no porque tenga el privilegio de reagruparlo todo bajo su invencible unidad, sino porque se está produciendo a cada instante, en todos los puntos o más bien en toda relación de un punto con otro. El poder está en todas

²² FOUCAULT, Michel. *Histoire de la sexualité*, t. 1, cit., pp. 20/21.

partes; no es que lo englobe todo, sino que viene de todas partes. Y 'el' poder, en lo que tiene de permanente, de repetitivo, de inerte, de autorre-productor, no es más que el efecto de conjunto que se dibuja a partir de todas esas movi­lidades, el enca­denamiento que se apoya en cada una de ellas y trata de fijarlas. Hay que ser nominalista, sin duda: el poder no es una institución, y no es una estructura, no es cierta potencia de la que algunos estarían dotados: es el nombre que se presta a una situación estratégica compleja en una sociedad dada" 28.

IV. Epílogo

En definitiva, la definición de sujeto en Foucault se hace en relación con el poder y el saber, o bien, el poder y el saber dibujan las líneas, los rasgos, las tonalidades, la textura y el cuerpo mismo del sujeto. En este juego, lo que se juega, lo que está en juego, en síntesis, es la verdad. "Hay que admitir más bien que el poder produce saber (y no simplemente favoreciéndolo porque lo sirva o aplicándolo porque sea útil); que poder y saber se implican directamente el uno al otro; que no existe relación de poder sin constitución correlativa de un campo de saber, ni de saber que no suponga y no constituya al mismo tiempo unas relaciones de poder. Estas relaciones de 'poder-saber' no se pueden analizar a partir de un sujeto de conocimiento que sería libre o no en relación con el sistema del poder, sino que hay que considerar, por el contrario, que el sujeto que conoce, los objetos a conocer y las modalidades de conocimiento son otros tantos efectos de esas implicaciones fundamentales del poder-saber y sus transformaciones históricas" 29.

En el anexo que Gilles Deleuze dedica a la muerte del hombre y al superhombre en su análisis de la obra foucaultiana, explica que "el principio general de Foucault es el siguiente: toda forma es un compuesto de relaciones de fuerzas: [...] Se trata de saber con qué otras fuerzas entran en relación las fuerzas que se encuentran en el hombre, en tal o cual formación histórica, y qué forma resulta de este compuesto de fuerzas" 30.

Si se toma en consideración toda la obra foucaultiana, se trata, en todo caso, de recorrer los senderos secretos, subterráneos y a veces oscuros, por los cuales las experiencias fundamentales de la locura, el sufrimiento, la muerte, el crimen, el deseo y la individualidad se vincularon con el cono-

28 FOUCAULT, Michel, *Histoire de la sexualité*, t. 1, cit., pp. 120/121.

29 FOUCAULT, Michel, *Surveiller...* cit., p. 36.

30 DELEUZE, Gilles, *Foucault*, Minuit, París, 1986, p. 131.

cimiento y el poder y nos produjeron. Se trata, en definitiva, de problematizar quiénes somos, lo que hacemos y el mundo en el que vivimos.

Obras de Gilles Deleuze

Empirismo et subjectivité. Essai sur la nature humaine selon Hume, PUF, Paris, coll. "Epiméthée", 1953.

Nietzsche et la philosophie, PUF, Paris, coll. "BPC", 1962.

La philosophie critique de Kant, PUF, Paris, coll. "Le Philosophe", no. 59, 1963.

Bergson. Mémoire et vie, PUF, Paris, coll. "SUP-Les Grands Textes", 1963.

Proust et les signes, PUF, Paris, coll. "Perspectives critiques", 1964 ; éd. augmentée, 1970.

Nietzsche, PUF, Paris, coll. "Philosophes", 1965.

Le bergsonisme, PUF, Paris, col. "SUP-Le Philosophe", no. 76, 1966.

Présentation de Saïeb-Marock, Minuit, Paris, 1967.

Spinoza et le problème de l'expression, Minuit, Paris, 1968.

Différence et répétition, PUF, Paris, 1969.

Logique du sens, Minuit, Paris, 1969.

— y GUATTARI, Félix, *L'Anti-Édipe*, Minuit, Paris, 1972.

— y GUATTARI, Félix, *Kafka. Pour une littérature mineure*, Minuit, Paris, 1975.

— y GUATTARI, Félix, *Rhizome*, Minuit, Paris, 1976 (retomado en *Mille Plateaux*).

· *Dialogues* (en collaboration avec Claire Parinet), Flammarion, Paris, 1977.

Superpositions (en collaboration avec Carmelo Bene), Minuit, Paris, 1979.

— y GUATTARI, Félix, *Mille Plateaux*, Minuit, Paris, 1980.

Spinoza - Philosophie pratique, Minuit, Paris, 1981.

Francis Bacon: logique de la sensation, La Différence, Paris, 1981, 2 vol.

Cinéma 1 - L'Image-mouvement, Minuit, Paris, 1983.

Cinéma 2 - L'Image-temps, Minuit, Paris, 1985.

Foucault, Minuit, Paris, 1986.

Périerès et Verdé. La philosophie de François Châtelet, Minuit, Paris, 1988.

Le Pl. Leibniz et le baroque, Minuit, Paris, 1988.

Pourparlers, Minuit, Paris, 1990.

— y GUATTARI, Félix, *Qu'est-ce que la philosophie?*, Minuit, Paris, 1992.

Critique et clinique, Minuit, Paris, 1993.

L'Abécédaire de Gilles Deleuze, con Farnet, Claire, realización Boutang, Pierre-André, Paris, 1996.

L'Île déserte et autres textes. Textes et entretiens 1953-1974, Minuit, Paris, 2002.

Deux Régimes de fous. Textes et entretiens 1975-1995, Minuit, Paris, 2003.

Obras de Michel Foucault

Maladie mentale et personnalité, PUF, Paris, 1954; reedición modificada: *Maladie mentale et psychologie*, PUF, Paris, 1962.

Folie et déraison. Histoire de la folie à l'âge classique, Plon, Paris, 1961; reedición modificada (nuevo prefacio y dos apéndices): *Histoire de la folie à l'âge classique*, Gallimard, Paris, 1972.

Naissance de la clinique. Une archéologie du regard médical, PUF, Paris, 1963 (reedición ligeramente modificada en 1972).

Raymond Roussel, Gallimard, Paris, 1963.

Les mots et les choses. Une archéologie des sciences humaines, Gallimard, Paris, 1966.

L'archéologie du savoir, Gallimard, Paris, 1969.

L'ordre du discours, Gallimard, Paris, 1971.

Moi, Pierre Rivière, ayant égorgé ma sœur, ma mère et mon frère. Un cas de parricide au XIXe siècle (obra colectiva), Gallimard-Julliard, Paris, 1973.

Surveiller et punir. Naissance de la prison, Gallimard, Paris, 1975.

Histoire de la sexualité, tome I: La volonté de savoir, Gallimard, Paris, 1976.

Le désordre des familles. Lettres de cachet des archives de la Bastille (avec Ariette Farge), Gallimard-Julliard, Paris, 1983.

Histoire de la sexualité, tome II: L'usage des plaisirs, Gallimard, Paris, 1984.

Histoire de la sexualité, tome III: Le souci de soi, Gallimard, Paris, 1984.

Résumé des cours au Collège de France, Julliard, Paris, 1989.

"Qu'est-ce que la critique? Critique et Aufklärung", in *Bulletin de la Société Française de Philosophie*, 84^e année, n.º 2 avril-juin 1990

(communication à la Société Française de Philosophie, séance du 27 mai 1978).

Dits et Écrits, Gallimard, Paris, 1994, 4 volumes (éd. établie sous la direction de François Ewald et Daniel Defert, avec la collaboration de Jacques Lagrange).

Il faut défendre la société, cours au Collège de France, 1975-1976, Gallimard-Seuil-EHESS, Paris, 1997.

Les avatars, cours au Collège de France, 1974-1975, Gallimard-Seuil-EHESS, Paris, 1999.

L'herméneutique du sujet, cours au Collège de France, 1981-1982, Gallimard-Seuil-EHESS, Paris, 2001.

Sécurité, territoire, population, cours au Collège de France, 1977-1978, Gallimard-Seuil-EHESS, Paris, 2004.

Naissance de la biopolitique, cours au Collège de France, 1978-1979, Gallimard-Seuil-EHESS, Paris, 2004.

La peinture de Monet, Seuil, Paris, coll. "Traces écrites", 2004.

Le gouvernement de soi et des autres, cours au Collège de France, 1982-1983, Gallimard-Seuil-EHESS, Paris, 2008.

Introduction à l'Anthropologie de Kant/Traduction de l'Anthropologie du point de vue pragmatique (thèse complémentaire), Vrin, Paris, 2008.

MICHEL FOUCAULT

GABRIEL IGNACIO ANTUÑA *

Resumen: El artículo distingue tres etapas en la obra de Foucault. El denominador común de todas ellas sería poner en crisis la naturalidad con la que es percibido el derecho penal y procesal penal, como así también cualquier otro discurso disciplinario. A su vez, se intenta vislumbrar alguna vinculación entre el pensamiento de Foucault y Deleuze y destacar su aporte al pensamiento jurídico.

Abstract: This paper distinguishes three stages in the works of Foucault. The common factor among them is putting in crisis the natural view with which criminal law and criminal procedure law are perceived, as well as any other disciplinary discourses. Furthermore, the author tries to show some connection between the thoughts of Foucault and Deleuze, and also to highlight Foucault's contribution to legal thinking.

Palabras clave: Foucault - Genealogía - Verdad - Diagrama de poder - Disciplina - Naturalidad del discurso procesal y penal - Microfísica del poder - Coincidencias con Deleuze.

Keywords: Foucault - Genealogy - Truth - Diagram of power - Discipline - Natural view of criminal and procedure law - Microphysics of power - Agreement with Deleuze.

Voy a hablar de Foucault y espero escuchar lo que de Deleuze nos informe Marcelo, principalmente porque mi conocimiento de Deleuze es muy superficial. Es cierto que en más de alguna cuestión se puede vincular a los autores, en verdad tanto en lo que abordan en común, como en lo que discuten entre ambos. Al respecto, es valiosísimo para el abordaje criminológico, de la sociología del control penal, y de la sociología jurídica *tout court*, lo que Deleuze escribió en su "Post-scriptum sobre las sociedades de control"¹, una verdadera revisión del análisis foucaultiano

* Abogado, sociólogo, máster en Sistemas Penales y doctor en Derecho. Profesor adjunto regular del Departamento de Derecho Penal y Criminología, Universidad de Buenos Aires.

¹ DELEUZE, Gilles, "Post-scriptum sobre las sociedades de control", en *Conversaciones. Pre-Textos*, Valencia, 1995 (Nota de Edición).

sobre las sociedades disciplinarias. Pero insisto en que de ello prefiero aprender del amigo y colega que hoy tengo el honor de tener por compañero de mesa.

Antes de comenzar esta reunión, discutíamos con el Dr. Raffin cómo encarar las vinculaciones de Deleuze y Foucault con el derecho. Una tarea que no es nada fácil, porque, efectivamente, son autores que interpelan al derecho y a los juristas, pero a la vez ninguno de los dos se plantea el derecho claramente como sistema: para decirlo claramente, ellos no tienen una teoría del derecho. Ni siquiera pasa ello en el caso de Foucault, que se ocupó gran parte de su vida, sus últimos quince años, del derecho, de las relaciones con el Estado, y, sobre todo, de la cuestión penal. Se convirtió en un autor ineludible para la sociología jurídica, para el derecho penal y para la criminología. Tan es así que, por ejemplo, Stanley Cohen —quien es uno de los grandes pensadores de la criminología y del sistema penal— ha dicho que hoy en día no se puede hablar del castigo sin mencionar a Foucault. Cohen dice que hablar del castigo penal sin mencionar a Foucault es como hablar del inconsciente sin citar a Freud.

Ello en parte dificulta la tarea de analizar las relaciones de Foucault y el pensamiento jurídico, pero también lo hace más sencillo. Ello, en tanto no creo que sea necesario insistir sobre la importancia de este autor, porque estoy seguro de que todos ustedes han leído algo de Foucault, o tienen alguna referencia acerca de Foucault.

Esto demuestra, como he señalado, que tiene una importancia fundamental y que ello se le reconoce. No creo que Foucault sea un pensador olvidado en esta Facultad, por lo menos en las cátedras que se ocupan del sistema penal. Todos aquellos que han leído el excelente *Tratado de Derecho Procesal Penal* de Julio Maier² o han cursado la materia Régimen del Proceso Penal han tenido algún contacto con la obra de Foucault, claramente con *Vigilar y castigar*³, pero también con las conferencias compiladas en *La verdad y las formas jurídicas*⁴ y con algún otro texto de Foucault. Y también pasa lo mismo con el texto más importante en Derecho Penal en esta Facultad, y en la Argentina, que es el *Tratado de Dere-*

² MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal*. Tomo I, Fundamentos. Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998 (Nota de Edición).

³ FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2003 (Nota de Edición).

⁴ FOUCAULT, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, Barcelona, 1980 (Nota de Edición).

cho Penal, de Raúl Zaffaroni y Alagia y Slokar³. También en este caso, las obras de Foucault ya citadas y en lo que abordan sobre la historicidad, así como sus críticas a determinados saberes y a su institucionalización en disciplina, concretamente a la criminología —pero también a la psiquiatría y a tantas otras que llegan hasta el mismo derecho—, y la reflexión sobre el castigo, son un punto de partida que los autores mencionados se encargan de completar muy fructíferamente. Salvando las distancias que hay entre la obra de Maier y la de Zaffaroni, y haciéndome perdonar la falta de modestia, probablemente también en mi trabajo titulado *Historias de los pensamientos criminológicos*⁴ la reflexión foucaultiana no sólo es utilizada, sino que también marca el derrotero de ese manual.

De esta múltiple forma Foucault está presente en los planes de estudio y los contenidos de la especialidad de derecho penal en esta casa. Pero ello puede rastrearse en el tiempo. Incluso mucho antes de que el “efecto Foucault” se propagase, primero como una moda, y, luego, se asentase como un clásico en los estudios filosóficos o de ciencias sociales, su obra había sido considerada por importantes profesores de esta Facultad. En concreto, y en su relación con los saberes penales, es importante mencionar que en la revista *Doctrina Penal* —fundamental no sólo en esta ciudad de Buenos Aires sino en todo el universo hispanohablante— se hizo una reseña muy temprana de *Vigilar y castigar* que estuvo a cargo del profesor Edmundo Hendler⁵, quien está aquí presente demostrando que mantiene su interés en esta obra pasados los treinta años de su descubrimiento y puesta en conocimiento para el público penalista. Revela ese interés no sólo en su obra, tan variada e inspiradora, sino también en la formación de nosotros, sus discípulos, en quienes no excluyo la curiosidad sobre una realidad que requiere de herramientas diferentes de las habitualmente utilizadas por las ciencias penales. Si de evocar maestros se trata, también debo mencionar la prontísima recepción que de la obra de Foucault hizo el profesor Enrique Mari. A él, casi con seguridad, se le debe la gran influencia que tiene en nuestras aulas y en nuestras mentes. También en las páginas de *Doctrina Penal* puso en conocimiento las preocupaciones de

³ ZAFFARONI, Eugenio R. - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2000 (Nota de Edición).

⁴ Azzurra, Gabriel Ignacio, *Historias de los pensamientos criminológicos*, Editora del Puerto, Buenos Aires, 2005 (Nota de Edición).

⁵ HENDLER, Edmundo, “Vigilar y castigar (nacimiento de la prisión), de Michel Foucault”, en *Doctrina Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1978, pp. 811 y ss. (Nota de Edición).

Foucault y sus investigaciones sobre el asunto del expediente No. *Pierre Rivière...*⁸ Y en el libro que probablemente sea más importante destacar para quienes comparten las preocupaciones sobre el castigo, sus empleos y el cambio de las prácticas punitivas, *La problemática del castigo. El discurso de Jeremy Bentham y Michel Foucault*⁹ —compuesto mientras la dictadura militar argentina dejaba poco espacio para el debate intelectual—, realizó la importación crítica de Foucault y de esta manera, creo, lo dejó instalado en la obra de los filósofos del derecho y penalistas críticos argentinos.

En esas obras, y en general en la criminología crítica de hoy en día, se utilizan los textos de Foucault como una caja de herramientas, que es en verdad como él quería que se utilizaran. Pero sobre todo se utiliza el método o el interés de Foucault por vincular a la historia, con las dificultades del presente, por hacer lo que ahora llaman muchos “historia del presente”. Es Foucault el que hace esa propuesta en tanto tarea de la “genealogía”. En esa tarea genealógica, el repaso histórico debe hacerse ya no con la pretensión de encontrar una “verdad” en el pasado, sino más bien para reconstruir el pasado de nuestras “verdades” y así posibilitar una verdadera tarea crítica. En el artículo “Nietzsche, la Genealogía, la Historia”¹⁰, Foucault indica que no es importante remontar el tiempo para encontrar una gran continuidad ni una pretendida evolución o determinismos históricos sino, al contrario, percibir los accidentes —los eventos— que están en la raíz de lo que hoy se conoce y existe.

Foucault hace un análisis de la historia, considerando los “acontecimientos”, los puntos de ruptura, en contra de las “continuidades”. Analizaría, así, la relación y la emergencia de estos acontecimientos, basándose en la lectura minuciosa de documentos, y realizando este análisis a través de dos ejes fundamentales: los cuerpos y las luchas.

Foucault renegaba de las teleologías y del determinismo. Además, entendía lo social como una relación y no como una sustancia. Con estas premisas estudiaría la microfísica del orden social, articulándolo con el análisis de las grandes instituciones, y así lo reconstruiría —al orden so-

⁸ Mari, Enrique E., “Un caso de parricidio y fratricidio: ‘Moi, Pierre Rivière...’ y el mito de la uniformidad semántica”, en *Doctrina Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1979, p. 871 y ss. (Nota de Edición).

⁹ Mari, Enrique E., *La problemática del castigo. El discurso de Jeremy Bentham y Michel Foucault*, Hachette, Buenos Aires, 1983 (Nota de Edición).

¹⁰ Foucault, Michel, “Nietzsche, la Genealogía, la Historia”, en *Microfísica del poder*, Ediciones la Piqueta, Madrid, 1993 (Nota de Edición).

cial—, penetrando en los dispositivos constructores de los cuerpos. Recordaba, entonces, a la historia, y tal como he anticipado, no para buscar las verdades del pasado, sino porque le interesaba el pasado de nuestras “verdades”. El problema de la verdad en nuestro autor remite de alguna forma a este problema en Nietzsche (quien, curiosamente, había nacido el mismo día que Foucault). La Verdad con mayúscula no existe, es una ficción, pero no es una ilusión subjetiva, sino que es socialmente construida y compartida, tiene efectos sociales materiales. Es, entonces, una ficción material, pues surge en el interior de relaciones sociales concretas que son relaciones de fuerza, de poder. Citando a nuestro autor: “La verdad no está fuera del poder, ni sin poder [...] la verdad es de este mundo, esta producida aquí, está producida aquí gracias a múltiples imposiciones, tiene aquí efectos reglamentados de poder. Cada sociedad tiene su régimen de verdad, es decir, los tipos de discurso que ella acoge y hace funcionar como verdaderos”. La verdad es, por lo tanto, una construcción social y conlleva efectos de poder: el ser el Sujeto de un discurso verdadero implica tener una posición en una relación de fuerzas. No existe la posibilidad de un saber objetivo y neutro (lo que, como se dirá, constituye la carga de profundidad que impacta más severamente en toda la pretensión del derecho de ser una herramienta ahistórica).

En lo que hace a la metodología —arqueología— que utilizaba, hay que señalar que estaba basada en documentos, que serían tratados como si fuesen restos arqueológicos a través de cuya lectura es posible deconstruir un cierto orden entre las cosas. Le interesaba el documento en sí mismo y sus relaciones con otros y, sobre todo, los efectos que habían producido en las prácticas concretas de determinados grupos sociales. Por eso no importaba si tales documentos eran realmente escritos por quien decía hacerlo y si se correspondían con hechos de su tiempo, ya que no se analizaba su sustancialidad, sino su materialidad —cómo funcionó, qué efectos produjo, etc.—. Lo que importa es preguntarse por qué surgen esos documentos con esos enunciados en ese momento preciso, etc., y así reconstruir el saber de una época y las genealogías de dispositivos que construyen y destruyen cuerpos utilizando técnicas en el interior de ciertos diagramas de poder.

El diagrama de poder es el mapa de esas relaciones de fuerzas que es común a todo el territorio social, en un momento histórico dado. Pero el diagrama es una causa immanente, ya que sólo se realiza en sus efectos, en los “dispositivos” concretos. Estos son, por ejemplo, en el diagrama de poder disciplinario, los hospitales, las prisiones, las fábricas, la familia, las escuelas, los manicomios, el ejército, etc. En ellos se fabrican “ar-

refactos" —así llamaba a los sujetos— modificando los cuerpos a través de técnicas.

Los cuerpos se construyen así a través de representaciones o "verdades" evidentes respecto de lo bueno, lo normal, lo que hay que ser y tener para ser reconocido en su identidad —de estudiante, de madre, de loco, de soldado, de delincuente, de prostituta, de homosexual— y para que el otro —cuya mirada, como parte del cuerpo, también es constituida por dispositivos— lo identifique como tal o cual. Los dispositivos y técnicas dan cuenta de la construcción de cuerpos y de relaciones sociales y de su reproducción, de la reproducción y profundización del orden dado en el diagrama de poder en el que están inmersos.

Se podría señalar que ese diagrama, en su prefiguración de fuerzas y cuerpos, impide su modificación, pero en algunos capítulos de *Vigilar y castigar* aparece el concepto de "resistencia", que no tiene que ver con decisiones racionales o libres, sino con fisuras o grietas en las relaciones entre los cuerpos en el diagrama y de los dispositivos: en *Vigilar y castigar*, como efecto de los ilegalismos que se generalizan y escapan del castigo, y del suplicio como generador de desorden y nuevos ilegalismos, se produce un cambio de diagrama (y con éste un cambio de las formas jurídicas y de los concretos dispositivos que las materializan). La modificación no era, entonces, necesaria, sino que fue consecuencia del azar, de lo contingente del resultado de la lucha.

Pero lo radicalmente crítico en la obra de Foucault es que no se dedicó a reflexionar sobre estas cuestiones "metafísicamente", sino que se involucró con preocupaciones concretas, primero en el caso de la medicina y las enfermedades, con la construcción de un "otro" y su paso de la exclusión al disciplinamiento. Y de allí pasaría al tema similar, y más cercano para el objeto del derecho, sobre los procesos concretos efectuados con los presos y con el castigo.

La importancia de aplicar estas ideas en el derecho, y en particular en el derecho penal, resulta evidente, y esto se advierte en toda la larguísima obra de Michel Foucault.

Esta obra suele ser dividida por sus estudiosos en tres importantes etapas; yo podría señalar hoy tres cuestiones vinculadas a cada una de esas etapas y que son trascendentes para el derecho. Es cierto que tienen relación con el derecho penal, pero, que me perdonen los que no se dedican a esta disciplina, por la propia trascendencia de esas cuestiones queda evidenciado que lo ligado al derecho penal es lo que compromete al núcleo duro del derecho (y son, por tanto, también cuestiones de filosofía del derecho y de teoría del Estado).

En primer lugar, la cuestión de la verdad. La verdad cruza el discurso procesal y penal, pero también el discurso jurídico mismo. Todo planteamiento jurídico tiene una concepción de la verdad sobre la que se asienta, una verdad que pone radicalmente en crisis nuestro autor, como hemos advertido. Sobremanera se dedicó a esta cuestión de la verdad, que, si se sigue, pondría en aprietos a todas las ideas jurídicas, en sus primeras obras, dedicadas a la cuestión del "saber", y que fueron publicadas en los años sesenta.

Según Foucault, el resultado del "saber" no es un acto de descubrimiento de lo que de original tiene la cosa que fue develada por el conocimiento más o menos perfecto, sino que es un acto de creación dialéctica, conflictivo, entre los distintos sujetos comprometidos en la definición de esa cosa. Al respecto, afirmó que la verdad es producto de su propia historia, y de allí la importancia del método genealógico. Existe un marco histórico —o diagrama— que rodea al acto de saber, así como al sujeto que conoce y a los objetos que crea con su conocimiento, y tanto uno como otros se modifican a causa del conocimiento que crean.

El derecho, y sobre todo el sistema judicial, pueden ser vistos como sistemas de imposición de criterios de corrección/incorrección (y ya no de develamiento de verdades).

Pero el derecho, además, es mucho más que eso, ya que es éste el que impuso, históricamente, sus criterios de verdad a las nuevas sociedades, llegando a ser incluso el adoptado por las ciencias "duras" en lo que hace a sus procedimientos, en especial, la creación de una obsesión por la indagación como forma de determinar lo ocurrido. Foucault dió unas maravillosas conferencias en Río de Janeiro que fueron publicadas en castellano como *La verdad y las formas jurídicas*. Sostenió entonces que "lo que llamamos indagación es una forma muy característica de la verdad en nuestras sociedades [...] Fue para saber quién hizo qué cosa, en qué condiciones y en qué momento que Occidente elaboró las complejas técnicas [de] indagación que casi enseguida pudieron ser empleadas en el orden científico y en la reflexión filosófica".

Se está refiriendo a algo que no nos pasa de costado a los penalistas, se refiere a la inquisición: a la Inquisición como institución y a la inquisición como método de llegar a la verdad en un proceso penal. Sobre esto trabajó mucho Michel Foucault, era una de sus grandes preocupaciones y es algo que sigue interpelándonos claramente en cualquier proceso penal en tanto también cada día estamos reconstruyendo la verdad, estamos ejerciendo un determinado poder vinculado con saberes determinados y en relación con esa verdad tan cuestionada.

Nos interpela, en este caso, poniéndonos incómodos, lo que constituye un mérito en Foucault.

Pero sobre todo logra ponernos incómodos en relación con el castigo, concretamente con las prisiones. Y ésta es la segunda cuestión, cara al derecho, que quería señalar: la del castigo.

Aun cuando podemos señalar a esta preocupación como preponderante en los años sesenta y en la segunda etapa de la obra de Foucault —la dedicada al “Poder”—, lo cierto es que como preocupación vital lo comprometió en los últimos quince años de su vida. Me refiero a un compromiso concreto con los presos de carne y hueso de Francia. Foucault fue el creador del Grupo de Información sobre las Prisiones, un grupo de pensadores ligados a ideas libertarias y radicalmente de izquierda, que tenía la sede en la casa de Michel Foucault, lo que nos da cuenta de ese interés que tenía sobre estas personas: estas personas no consideradas hasta ese momento, y ahora con gran dificultad, como sujetos de derecho. En ese momento se intentaba ver cómo vincularlas a todo el movimentismo de los años sesenta y setenta. En ese marco, también estos prisioneros formaban parte del movimentismo vinculado a algunas cuestiones concretas —los problemas de los homosexuales, las mujeres, las personas de color—, y con una reivindicación propia de los prisioneros también conformándose en esta diversidad, pero para hacerlo como interlocutores, como sujetos, como sujetos de derecho (y con ello quiero dejar señalado un aspecto rescatable para el derecho al que volveré para finalizar esta charta).

El GIP tuvo una vida corta, pero Foucault siguió muy vinculado a la cuestión penal, a la cuestión del castigo. El producto más conocido por todos de esta vinculación es *Vigilar y castigar*, texto que creo que todos los penalistas han leído o deberían leer.

En *Vigilar y castigar*, Foucault trata de estudiar la metamorfosis de los métodos punitivos a partir de una tecnología del cuerpo donde pudiera leerse una historia común de las relaciones de poder y de las relaciones de sujetos.

La primera parte de aquel libro indispensable está dedicada a una historia de esas metamorfosis. Se analiza allí detalladamente un momento (como todos) en que coexistieron diversas economías políticas de castigo, desde la del patíbulo y la marca en los cuerpos que estaba en los orígenes del diagrama ideal de soberanía hasta la de la disciplina y el rastro en los cuerpos, que mantiene elementos de la “marca” de la misma forma que se mantiene, transformada, la noción de soberanía en el diagrama normalizador. El cambio cualitativo de imposición de lo carcelario sobre lo patibulario es analizado dejando en evidencia la simpleza y error de interpreta-

ciones "humanistas". Son interesantes las reflexiones que efectúa allí, asimismo, sobre la naturaleza del proyecto jurídico ilustrado.

La segunda parte del libro se dedica a describir la disciplina, aquel "arte del cuerpo humano, que no tiende únicamente al aumento de sus habilidades, ni tampoco a hacer más pesada su sujeción, sino a la transformación de un vínculo que, en el mismo mecanismo, lo hace tanto más obediente cuanto más útil, y al revés". Mediante los distintos dispositivos disciplinarios, los cuerpos humanos se van modelando para transformarlos en su forma más radical. En su conjunto se creará de esa forma una sociedad disciplinaria, pues todos los sujetos estarán sometidos en diversas relaciones de poder a algunos de estos dispositivos que los hacen "útiles". Entre la vigilancia y el examen aparecerá una tecnología que tiene que ver con la aparición de la criminología positivista, y una nueva concepción del derecho penal, pues en esa inspección permanente sobre los sujetos aparece un saber "especializado" sobre aquellos a quienes se vigila. La prisión es el epitome de la disciplina, y por ello el interés central del libro sobre esa institución. De hecho, una prisión, el "Panóptico", es tomada como modelo paradigmático de esta tarea disciplinaria.

Y en la tercera parte del libro Foucault demuestra que la prisión estaba destinada al fracaso en sus fines declarados: en vez de eliminar, fabrica delincuencia. Pero la prisión más que fracasar, triunfa al fabricar la delincuencia, ya que con esto organiza y distribuye las infracciones y los delincuentes, localizando los espacios sociales libres de castigo y aquellos que deben ser reprimidos por el aparato penal. Ello explica su supervivencia en el presente, pues en realidad es "una manera de administrar los ilegalismos, de trazar límites de tolerancia, de dar cierto campo de libertad a algunos, y a hacer presión sobre otros, de excluir a una parte y a hacer útil a otra; de neutralizar a éstos, de sacar provecho de aquéllos".

Voy a hacer alguna otra reflexión después sobre del tema del castigo. Foucault no se limitó a hacer una genealogía de nuestras formas concretas de castigar, sino que también nos plantea la duda sobre el hecho mismo de castigar. No tanto sobre el porqué o el para qué, todas estas discusiones, que son de filosofía del derecho, que en Foucault están un poco más dejadas de lado precisamente por hacer hincapié en la materialidad de ese castigo, de ese dispositivo concreto que es el castigo, y de esta manera nos impone la pregunta sobre qué efectos cumple y cómo se castiga. No está preguntando el porqué o el para qué sino el cómo. Pero un cómo que nos hace poner en crisis esa naturalidad del castigar. Después volveré sobre esta cuestión.

Antes de ello quería mencionar el tercer grupo de interés que tiene que ver con el derecho, el derecho penal, el sistema penal o, si quieren, la criminología, que son todos los estudios sobre la "Gubernamentalidad" que ocupan la tercera etapa de su obra, la que se corta con su temprana muerte en 1984. Todos estos estudios son fundamentales para discutir sobre el individuo y sus posibilidades o poder, pero también me parece que se interpela en gran medida al derecho. Por ejemplo, en esos estudios vuelve Foucault sobre la vieja idea de gobierno que está recibido en esa idea de gubernamentalidad, que van más allá del Estado, no se queda simplemente en el Estado, y analiza a los individuos, las familias, los negocios, las ciudades, a todos interactuando y comprometidos en gobernar. En este sentido, estos trabajos son importantes para estudiar determinados dispositivos de nuestros sistemas penales más actuales: claramente la policía y otros mecanismos de control.

Y esto se toma en cuenta en los análisis contemporáneos. Los que han trabajado mucho sobre esto son los que se denominan a sí mismos *anglofoucaultianos*. Esto nos da cuenta también de esta amplísima herencia intelectual del pensamiento de Foucault que llega a los países centrales. Hay que tener en cuenta que eso sucede con el Foucault que leen los estadounidenses e ingleses. Me parece que los angloparlantes no leen muchos idiomas aparte del inglés, así que es el Foucault traducido a su idioma. A pesar de ello, también allí, en determinados campos se ha producido, sobre todo en la criminología, pero también en la sociología de estas instancias de gobierno y en el derecho, privado y público, que lo regula, un pensamiento crítico muy interesante.

El concepto amplio de gobierno, que deconstruye los límites entre lo público y lo privado, y no sólo dentro del derecho, sino entre éste y la sociología, la ciencia política, la misma moral, etc., suele ser denominado como el estudio de "la conducta de la conducta". De esta forma es necesario pensar de tal manera en que no haya límites entre el derecho público y el derecho privado, entre el derecho contractual y el de las responsabilidades, y la formación del Estado, y la autoformación ética del individuo, la organización de los hogares, la mutabilidad de las familias. Claro que esto era más fácil para Foucault, pues vivía de un cargo extradisciplinario en el *Collège de France*, pero es importante para nosotros, que vivimos del resorte disciplinario, hacer el intento por ver esta realidad compleja.

Creo que este concepto también va a interpelar a la idea de derecho. Los análisis del derecho del mismo Foucault y de sus seguidores descentran el derecho del Estado, y de esa forma desafían sus pretensiones de tener una lógica autónoma y un campo de acción definitorio.

En Foucault puede verse, y sobre todo en estos términos, que son los de la última parte de la obra, una noción de derecho que no tiene nada que ver con el derecho que enseñamos habitualmente, sino con algo que se parece más bien a lo que se podría denominar "complejo jurídico", lo que sería el conjunto de prácticas jurídicas, discursos jurídicos, instituciones jurídicas, códigos, leyes, formas procedimentales, textos interpretativos y discursos académicos, en fin, también los efectos no queridos de este tipo de dispositivos. Todo esto englobado en eso que precisamente, al principio de la reunión, dije que no era un sistema, es un antisistema. Probablemente, el caso de Foucault, más allá de ciertos parecidos que algunos han querido darle con la teoría de filosofía del derecho de Luhmann —en este caso es claro que se propone y tiene una filosofía del derecho—, vendría a ser todo lo contrario a la idea de sistema. Luhmann tiene una idea autopoietica del derecho, que se reproduce y se mantiene como tal; en Foucault es más bien todo lo contrario, el derecho se difumina en esta complejidad de la cuestión jurídica.

Que tampoco es algo parecido a las más recientes visiones del "pluralismo jurídico", sino que permite que nos hagamos nuevas —y mejores— preguntas. Que no cuestionen al "derecho" o la ley, sino que se planteen problemas específicos. Al dar cuenta del término "problematización", Foucault pretendía lograr que se evite reproducir la misma visión que se debe cuestionar, y para ello había que evitar la institucionalización y focalizarse en el problema concreto.

Esta idea de problema me parece que excede la cuestión vinculada al derecho, pero tiene mucho que ver con el método foucaultiano, y en parte también con el método de Deleuze, que sería un método no "pluri" ni "multi" sino un método "antidisciplinario". En los textos de Foucault también se ve esa crítica a la idea de disciplina y esto se reproduce en su obra. A él mismo es difícil encasillarlo: ¿Qué es Foucault? ¿Un filósofo, un psicólogo, un genealogista? No sabemos muy bien qué es, pero tiene que ver con la intencionalidad de criticar los discursos disciplinarios, y entre ellos reencuentra el del derecho que, en cada historicidad concreta, ha tomado prestado (y a la vez, ha donado) de otros espacios determinadas técnicas de gobierno y propuestas interesadas en el cómo organizar, o sea gobernar. Foucault cree que ello es, a pesar de su dificultad, visible. Retoma para ello el problema concreto y, con la ayuda de autores griegos y romanos que ya lo percibían, analiza el vínculo entre cosas triviales —pero concretas— como la alimentación, las horas de sueño, y la política o el derecho. De esta forma se vincula al yo con lo colectivo, siendo partes de esas técnicas para gobernar y gobernarse.

De esta manera podemos estar atentos a las nuevas necesidades, a los nuevos intereses, a las nuevas formas que cruzan discursos y que tratan de ser domesticados y “puestos en caja” por esas disciplinas entre las que se encuentra el derecho.

Con esto también puede vincularse a la obra de Deleuze, quien hace alguna visión del derecho, sin tener tampoco, me parece, una teoría jurídica. Una visión del derecho y del poder, sobre todo en esos cinco postulados fundamentales de los que habla Deleuze. De acuerdo con lo que señala sobre el punto el filósofo Miguel Morey, esos postulados tradicionales sobre el poder son los que deben ser desmentados. Ellos son: el postulado de propiedad (se postula que el poder es aquello que posee la clase dominante, pero Deleuze —como Foucault— indicaba que el poder se ejerce, está constantemente en el medio de una lucha); el postulado de localización (Deleuze, al igual que Foucault, creía que el Estado no es el lugar privilegiado del poder); el postulado de la subordinación (habría que abandonar el modelo de un espacio piramidal trascendente por el de un espacio inmanente hecho de segmentos); el postulado del modo de acción (también como Foucault, creía que se debe sustituir la imagen negativa del poder, por una también positiva —que produce a la vez que reprime—); y, finalmente el postulado de la legalidad, que es el que más se relaciona con lo que venía diciendo, en tanto, según Deleuze, debemos entender la Ley, no como aquello que escinde limpiamente dos dominios —lo legal y lo ilegal—, sino como un procedimiento por medio del cual se gestionan diferentes órdenes de ilegalismos. Esto también obliga a percibir lo jurídico-legal en un constante enfrentamiento en el ejercicio de ciertas estrategias.

En este caso también me parece que es coincidente en ambos autores un intento de desnudar específicamente los discursos y sus efectos. La idea de trabajar con discursos y con el derecho, o con el complejo jurídico como discurso, y desnudar la naturalidad que hay en estos discursos. El ejemplo más claro es el del hecho mismo de castigar que ha desnudado Foucault en la obra que ya cité anteriormente. Una de sus consecuencias es tomarse en serio mucho de los discursos, más allá de su grave ausencia de verdad-correspondencia. Sobre todo se analizan discursos considerando sus efectos, y teniendo en cuenta el peligro de no pensar sobre la materialidad de estos problemas concretos y estos discursos. Volvemos, si me dejan, al caso de castigar. Y aquí me parece importante referir a esa preocupación que tenía sobre los cuerpos Michel Foucault. Esa preocupación que cruza toda su obra y que se ejemplificó también en su compromiso político con los prisioneros.

El manifiesto fundacional del GIP tenía el evocativo título de “Intolerable”. Y allí se decía que “Son intolerables: los tribunales, la bofia, los hospitales, los manicomios, la escuela, el servicio militar, la prensa, la tele, el Estado”. Pero, sobre todo eran intolerables las prisiones. Lo eran, entre otras cosas, porque “ninguno de nosotros puede estar seguro de no ir a la cárcel. Hoy menos que nunca, el control policial de nuestras vidas diarias se hace más estrecho: en las calles y en las carreteras, sobre los extranjeros y los jóvenes, una vez más es un delito expresar una opinión; las medidas antidrogas están llevando a un incremento de las detenciones arbitrarias. Vivimos el signo de la detención por averiguación de antecedentes. Nos dicen que los tribunales están empantanados. Podemos verlos. Pero, ¿y si fuera la policía quienes los hubiera empantanado? Nos dicen que las prisiones están sobrepobladas. Pero, ¿y si fuera la población la que estuviera siendo sobreencaucelada?”. Contra eso había que presentar múltiples batallas, de contenido revolucionario y nunca humanista o reformista.

El compromiso era con aquellos individuos que sobrellevaban la peor parte de un sistema penitenciario siniestro como lo era el francés, pero también lo era para consigo mismo. Para crear cambios estratégicos en las microfísicas de los poderes que asegurasen más ámbitos de libertad para la construcción de subjetividades.

Aquí me voy a arriesgar bastante, sobre todo vinculando ese análisis y ese compromiso con la cuestión del sujeto, que es una de las grandes cuestiones criticadas en la obra de Foucault y en la de Deleuze también.

En verdad, surge ello de determinada cuestión del orden que si es pensada y criticada por Foucault; en este caso también tomando en cuenta los cuerpos, las luchas, teniendo en cuenta los dispositivos concretos. La cárcel o la prisión le sirven como ejemplo para discutir sobre esta cuestión del orden. Ese orden no es, o no es solamente, un mecanismo de opresión de jerarquía o imposición de determinados intereses. En tanto participamos y construimos ese orden, formamos parte de ese gobierno, estamos poniendo en juego nuestra propia agenda en ello, que a la vez imponemos. El proceso es complicado, pues a la vez que nos sometemos, obtenemos espacios de libertad o, si se prefiere, posibilidades.

Y lo que aparece como vinculado al derecho, en un esfuerzo de intentar buscar cosas del derecho, es un derecho más bien pensado como límite, un derecho como libertad, como algo que se opone, a la vez que construye, ese tipo de dispositivos. Son salidas, respuestas individuales, de subjetivación, pero que a su vez surgen también en estos mismos dispositivos: esto es lo curioso de la obra de Foucault. Son estos mismos

discursos de orden los que pueden crear estos espacios de límites, de libertades, de posibilidades para los sujetos también.

A diferencia de la idea liberal (y que luego también será la crítica, la de los marxistas, etc.) que contrapone poder y libertad, como si se tratase de un juego de suma cero, en la obra de Foucault no necesariamente es preciso reducir el gobierno para que aumente la autonomía individual. Determinadas políticas pueden significar una mayor intromisión sobre las conductas y también posibilitar que éstas tengan una capacidad de elección mayor.

Una de las propuestas de Foucault podría ser encontrar en las fisuras, en las grietas, en esas relaciones que aparecen en los diagramas de poder, eso que podría vincularse con derechos de determinados individuos sufriendos, con determinados cuerpos y sus necesidades.

Y esto es lo que quería vincular con el sujeto, con un sujeto que fue discutido y redefinido por Foucault. Un sujeto político que es difícil ver y que critican normalmente los pensadores marxistas en tanto ausencia de sujeto como la clase trabajadora o como determinado grupo, o incluso como individuo que lleva adelante conquistas y demás. Todo esto me parece como relacionado con esa episteme, con ese "régimen de verdad" en el caso de Foucault (o "catexis social" en el caso de Deleuze, o incluso "paradigma", en el caso de Kuhn), que construye a los individuos en tanto sujetos. Que los dota de posibilidades y, por tanto, no sólo limita.

Pero también hay una crítica en Foucault y en Deleuze al mismo sujeto cartesiano, a la idea de razón que está vinculada al sujeto cartesiano. Ese sujeto es retirado del sitial universal y ahistórico y lo muestra como una construcción, lo que iroga una larga serie de problemas para reconstruirlo en conjunto, y nunca esencializado, con los dispositivos o máquinas sociales que lo condicionan y son condicionadas por él. Con esto también nos desama un poco desde un punto de vista incluso filosófico, y el derecho tiene tanto que ver con esta idea de racionalidad que empieza con Descartes que nos parece inconcebible una nueva forma jurídica ajena a ella.

Sin embargo, esta idea de derecho como límite y posibilidad, estos encuentros dentro de una determinada grieta de los pliegues del dispositivo del mismo régimen de verdad como permisos de libertades individuales, aun cuando también nuevas herramientas gubernamentales, ello es lo que ocupa la última parte de la obra de Foucault, cuando habla de las técnicas de gobierno, pero cuando habla sobre todo de las tecnologías del yo.

Están muy vinculadas ambas cuestiones, y esto parece una obviedad: el poder no sólo limita y restringe, sino que también produce determina-

das posibilidades de libertad y esto también parece como de alguna forma contradictorio, pero me parece que en la obra de Foucault no lo es en tanto si se explica ese enlace entre la tecnología del yo y la política en forma más general.

En definitiva, debemos utilizar sobre todo a Foucault, no como un dogma y no intentando encontrar una coherencia total con su pensamiento, incluso para no caer en algunas injusticias que el mismo Foucault pudo haber cometido. Por cierto, Foucault también conspiraba con sus autores, y utilizaba a Nietzsche, a Freud, a Marx, a Berges y a todos los autores franceses, quizás de esa forma, sacando lo que le convenía; me parece que es correcta esta forma de plantearlo, quizás algo descontentos con los autores. A partir de esto podríamos llegar a construir algo que no sé si Foucault pensó, pero podríamos pensar en alguna forma de derecho, y derecho vinculado, como dije antes, a la idea de una subjetividad que ama a la libertad, y por eso cuida de sí mismo, vinculando esos cuidados con los derechos de otros seres humanos, convertidos en sujetos de derecho para que se amplíen sus posibilidades. Incluso pensando en aquellos que eran objeto de preocupación para Foucault: los presos, las personas que tienen males psíquicos; pensando en ellos también como sujetos de derecho.

La prisión era una obsesión para Foucault, entre otras cosas, por ser el lugar de la violencia más extrema, de las menores posibilidades de resistencia y de libertad, y en definitiva por ser la mayor denegación del derecho —como control y como espacio de libertad—. “La cárcel es el ilegalismo institucionalizado [...] es la caja negra de la legalidad”, dirá en una conferencia. En tal sentido, las opciones alternativas en que nos obliga a pensar difícilmente estarán fuera del derecho, sino que también tienen que integrar sus restricciones y sus posibilidades de acción.

Probablemente sea una herencia de Foucault que hoy pensemos de una forma que no era como se pensaba hace veinte o treinta años, en que, por ejemplo, los prisioneros son sujetos de derecho o deberían ser sujetos de derecho. Esta vinculación, entonces, con una idea de derechos humanos a la que el Foucault más amplio y de buenas intenciones e, incluso, *maître à lui*, de discurso humanista, podría haber defendido.

Foucault tiene algún escrito que puede apoyar esta aseveración, no sólo el famoso “¿Qué es la Ilustración?”¹¹, recuperando el discurso ilustrado, sino también otro apoyando las declaraciones de derechos huma-

¹¹ Foucault, Michel, *¿Qué es la Ilustración?*, Alción, Córdoba, 1996 (Nota de Edición).

nos. Me refiero al texto "Frente a los gobiernos, los derechos humanos", que fue leído en julio de 1981 en Ginebra en una conferencia de prensa en la que se anunciaba la creación de un Comité Internacional para la Defensa de los Derechos Humanos, y en donde lo más visible no eran las figuras intelectuales, sino unas fotografías gigantes de refugiados políticos. Foucault redactó su intervención rápidamente y la leyó a la conferencia sin ninguna corrección. "Los aquí reunidos somos únicamente hombres privados que para hablar, para expresarse juntos no poseen otro título que una cierta dificultad común para soportar lo que está pasando", comenzaba diciendo. A continuación enumeraba tres principios que, a su juicio, debían ser fundamentales para llevar a cabo esta iniciativa: 1) la existencia de una ciudadanía internacional que, con sus deberes y derechos propios, asuma el compromiso de protestar contra todo abuso de poder, sea quien fuere su autor y sean quienes fueren sus víctimas; 2) que los deberes de esa ciudadanía internacional consista en mostrar a los gobiernos los sufrimientos de los individuos particulares, y 3) que los individuos particulares tengan derecho a intervenir efectivamente en el orden de la política y las estrategias internacionales. La voluntad de los individuos debe inscribirse en una realidad que los gobiernos han pretendido monopolizar.

La importancia de sus análisis sobre lo que describe y revela se aduna, entonces, a la originalidad en la propuesta de nuevas microfísicas y a la defensa de los derechos de las minorías. Me parece que ésta es una forma de ampliar las referencias sobre esa herencia hacia el derecho del pensamiento de Foucault.

ENSAYOS

LA PERSECUCIÓN PENAL EN LOS NUEVOS CÓDIGOS PROCESALES PENALES PROVINCIALES

TATIANA V. F. GOS*

Resumen: Este trabajo persigue repensar críticamente las últimas reformas introducidas en los Códigos procesales penales provinciales en términos del rol que desempeña el Ministerio Público Fiscal, titular de la acción pública, considerando el art. 120 de la Constitución Nacional, el art. 71 del Código Penal y el art. 36 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

Sin perjuicio de la existencia de algunas innovaciones vinculadas con los principios del sistema acusatorio, lo cierto es que en ninguno de estos Códigos se ha eliminado la etapa de la instrucción, remota del sistema, inquisitivo. La investigación penal preparatoria, como se la denominó a dicha etapa preliminar, de ningún modo implica consagrar un procedimiento penal que cumpla con las pautas de juicio oral, público, continuo y contradictorio.

Abstract: The purpose of this paper is to rethink critically the last amendments in the provincial criminal procedure codes in terms of the role played by the Prosecution Public Ministry (Ministerio Público Fiscal), in charge of the public action, taking into account section 120 of the Argentine Constitution, section 71 of the Argentine Criminal Code, and section 36 of the Prosecution Public Ministry Organic Law. Notwithstanding some innovations related to the principles of the accusatory system, none of these codes has eliminated the preliminary investigation stage (etapa de la instrucción), a remnant of the inquisitorial system. Such stage does not imply by any means establishing a criminal procedure conducted as an oral, public, continuous, and contradictory procedure.

Palabras clave: Códigos procesales penales de provincia - Investigación penal preparatoria - Sistema acusatorio - Constitución Nacional.

Keywords: Provincial criminal procedure codes - Preliminary criminal investigation - Accusatory system - Argentine Constitution.

* Alumna de la carrera de Abogacía (UBA). Agradecemos al doctor Ignacio F. Tedesco por la corrección y revisión de este trabajo.

I. INTRODUCCIÓN

Esta monografía analizará el rol del Ministerio Público Fiscal en los nuevos Códigos procesales penales provinciales, puntualmente en lo que respecta a la investigación a cargo del fiscal y la vigencia de la instrucción.

Sobre este particular, cabe destacar que una de las principales reformas en los nuevos Códigos procesales penales provinciales¹ ha sido consagrar, como regla, la investigación penal preliminar a cargo del fiscal, reservando para el juez de instrucción el papel de juez de garantías, quien protege las garantías constitucionales del imputado y aprueba la ejecución de determinadas medidas de investigación, cuya autorización se encuentra reservada a la jurisdicción.

Sin perjuicio del avance que esto implica en términos de adecuar el procedimiento penal a los mandatos constitucionales, no podemos dejar de observar que esta transformación ha quedado a mitad de camino en términos de eliminar definitivamente la etapa de instrucción (instituto eminentemente inquisitivo) y consagrar que el proceso penal se desarrolle íntegramente en el debate, cumpliendo con los requisitos de juicio oral, público, continuo y contradictorio, en donde la evaluación de la prueba sea producto de la inmediación.

La Constitución ordena que el proceso penal responda a los principios de un sistema acusatorio, tal como se desprende de su artículo 118, según el cual "todos los juicios criminales [...] se terminarán por jurados"², artículo que por otra parte no ha sido modificado en las sucesivas reformas constitucionales. Si entendemos la dificultad justificatoria de la Constitución como un proceso de aporte continuo³, vale interpretar que en dicha construcción, los constituyentes que no reformaron ni derogaron esos artículos han convalidado la vigencia de estos principios.

¹ Códigos procesales penales de Catamarca, Córdoba, y Tucumán, entre otros.

² El hecho de que el juicio criminal se termine por jurados implica que la participación ciudadana en la resolución de los conflictos penales, como fuente de legitimación política de la sentencia, requiere necesariamente la presencia de un acusador y un acusado y la consecuente determinación de una verdad procesal, en términos de las alegaciones y pruebas que las partes aportan al proceso.

³ "El razonamiento práctico justificatorio no está dirigido a justificar acciones y decisiones individuales, sino sólo a realizar contribuciones a una acción colectiva que se extiende a lo largo del tiempo a través de una convención de constitución" (Rios, Carlos S., *La Constitución de la democracia deliberativa*, Gedina, Barcelona, 1997, cap. 2, "La observancia de la constitución histórica", p. 55).

Sin embargo, resulta alarmante que 6stos no sean respetados ni implementados y hasta sistem6ticamente vulnerados. Ello se verifica con la vigencia en todos los C6digos procesales penales de la etapa de instrucci6n, que por las diversas razones que expondremos m6s adelante, se encuentra en franca oposici6n a un modelo procesal acusatorio.

Antes de adentrarnos en el an6lisis concreto de la hip6tesis, se dejar6n planteadas algunas ideas preliminares, que conforman un marco m6s amplio a partir del cual se desarrollar6 nuestra posici6n.

En primer lugar, consideramos que el Derecho penal, y particularmente el proceso penal, tienen por finalidad la superaci6n de un conflicto. Sin embargo, el Derecho penal conforma la 6ltima instancia, la 6ltima ratio del sistema, que debiera aplicarse exclusivamente para aquellos casos que no puedan ser zanjados por otros medios menos violentos ⁴. En definitiva, la idea de establecer reglas de procedimiento para que las partes puedan llegar a una soluci6n satisfactoria importa la resoluci6n pacifica de los conflictos, atendiendo a los intereses en pugna, con la finalidad de evitar la desintegraci6n social. Lo antedicho claramente se contraponen a la amplisima dimensi6n que el Derecho penal ⁵ est6 adquiriendo en la actualidad, vinculado con la tipificaci6n de delitos en materia de Derecho de familia ⁶ o Derecho mercantil ⁷.

Si se considera que el ius puniendi (derecho subjetivo del Estado para aplicar una pena) es la aplicaci6n leg6tima de un determinado grado de violencia sobre los particulares, se concluye que s6lo podria ejercerse v6lidamente para los casos de mayor gravedad, extremadamente limitados, que conmueven o afectan a la sociedad ⁸. Caso contrario, la pena no cum-

⁴ "El penal es el poder m6s impresionante que leg6timamente el Estado puede ejercer, el de m6s alta cuota de violencia, y el que, por consiguiente, puede m6s f6cilmente bafalar los derechos individuales del ciudadano" (Ruscconi, Maximiliano A., "Divisi6n de poderes en el proceso penal e investigaci6n a cargo del Ministerio P6blico", LL 1991-D-1139 y ss.).

⁵ "La denuncia en que incurre el legislador a la hora de plasmar tipos penales y su combinaci6n con penas privativas de libertad, s6lo logra un desequilibrio general del Derecho penal como 6ltima ratio, una abdicaci6n de las obligaciones no privativas del Estado, y en la pr6ctica judicial ante la falta de correspondencia entre demanda de judicializaci6n y recursos propios..." (Bailone, Mat6as, "La regulaci6n provincial de criterios de oportunidad persecuci6n penal y el debate de su constitucionalidad", LL Gran Cuyo 2004-213).

⁶ Incumplimiento de los deberes alimentarios, art. 1°, ley 13.944.

⁷ Cheque sin fondo, Art. 302, C.Pen.

⁸ "Al hacer justicia y ejecutar a los criminales, estos juicios tambi6n otorgan una expresi6n formal a los sentimientos de la comunidad y al expresarlos de esta manera se

ple con su finalidad, la víctima no resulta satisfecha con el resultado del proceso y la sociedad continúa desvinculada de los conflictos penales.⁹

En segundo lugar, hay ciertos casos penales que conmueven los hilos más pasionales de la sociedad, en los que se pretende la sanción del responsable, sin importar los medios, confundándose la meta del proceso con la realización de la justicia. ¿Cuándo en un proceso se llega a una solución justa? Es imposible establecer de antemano una regla que nos permita determinarlo. Simplemente, se pueden elaborar una serie de reglas, que, respetando las garantías, principios y mandatos constitucionales permitan llevar a cabo una teatralización donde diversas hipótesis de acusación e inocencia van a ser representadas, defendidas y contrastadas.¹⁰

Más allá de que esto pueda resultar trágico, no es posible reconstruir una verdad histórica y resulta peligroso que en ese afán de lograrlo, se transmitan al juez cualidades casi-sobrenaturales que en realidad no posee.¹¹

El juez es un tercero al que las partes le plantean un conflicto. No posee potestades omnipresentes u omniscientes que le permitan determinar qué fue lo que históricamente aconteció, por lo que no debieran otorgársele facultades omnímodas en pos de la averiguación de la verdad. Simplemente puede evaluar pruebas, dichos de otros expertos, que también

formalecen y gratifican tales sentimientos" (ANTRIA, Gabriel J., *Justicia penal pública. Un ensayo a partir del principio de publicidad de los juicios penales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, p. 8).

⁹ De acuerdo con los arts. 1.1, 8.1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el fin del proceso no puede agotarse en la sanción al delincuente, sino en la protección de la víctima, atenta a la "nata judicial efectiva".

¹⁰ "El principio acusatorio históricamente se dio en aquellas organizaciones políticas en las que no existía un poder concentrado en manos de persona alguna. El principio no surge con la noción de autoridad —Estado— sino que fue concebido por el hombre con anterioridad a la idea de éste, justamente para su necesaria afirmación como individuo diferenciado de la sociedad y de este modo, limitar la guerra en el estado de naturaleza" (ALLIARD, Alejandro, "Principio acusatorio. Estudio histórico-comparado de su génesis y evolución", en HERRERA, Edmundo S. [comp.], *Los garantismos penales y procesales. Enfoque histórico-comparado*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001, p. 214).

¹¹ "De esta manera, junto al ingreso de una 'voluntad de verdad' en los juicios, como elemento dinámico de razón, se yergue necesariamente el papel de un tercero 'superior o neutral' —un juez y no simplemente un espectador o atestiguo de la regularidad del procedimiento—. Se deriva de ello que este tercero tendrá como cometido (solamente) declarar la verdad de los hechos y la verdad del derecho" (ZAVALLA QUARÓN, Diego, "Imparcialidad judicial y enjuiciamiento penal. Un estudio histórico-conceptual de modelos normativos de imparcialidad", en HERRERA, Edmundo S. [comp.], *Los garantismos penales y procesales*, ... cit., p. 344).

cuentan con un conocimiento limitado. Sin embargo, no es lo mismo analizar las pruebas producidas y aportadas por las partes, que las obtenidas por las diligencias ordenadas por el propio juez. El distanciamiento que existe para valorarlas es distinto. Los jueces son hombres, con sus costumbres, valores, condición social y económica, de la cual no pueden desprenderse al momento de fallar.

En tercer lugar, atento a la superación de conflictos que el proceso penal importa¹², resulta evidente que brilla por su ausencia el mayor interesado, la víctima. La objetivación del Derecho penal como afectación de bienes jurídicos “olvida” a la víctima¹³, hacia quien principalmente debiera estar orientada la solución judicial. Esto pone nuevamente en debate la oficialidad de la acción penal y el retorno a la acción privada. Si bien este punto excede la hipótesis de esta monografía, es oportuno plantear que la acción penal debiera ser como regla, privada, justamente para garantizar el control de ésta por parte de la víctima. Si se tiene en cuenta el principio de igualdad ante la ley garantizado por el art. 16 de nuestra Constitución, el Ministerio Público Fiscal debiera subsistir como un órgano de apoyo para las víctimas que decidan llevar adelante una acción penal y que no hayan optado para ello por un abogado de la matrícula.

Finalmente, en relación con los sistemas de reparación o la derivación de determinadas causas a otros medios alternativos de resolución de

¹² “Los comportamientos lesivos desde el punto de vista de la comunidad, suscitan según Yagrosson, dos actitudes alternativas: 1) son hechos normales que algunos individualmente puede considerar lesivos, o bien 2) son transgresiones que concierne a la comunidad. El criterio para catalogarlos en una u otra categoría depende de la naturaleza del acto, de la importancia, pero, sobre todo de la relación de las personas involucradas” (Hirszow, Eduardo S., “Enjuiciamiento penal y conflictividad social”, en Maza, Julio B. J. - Biondi, Alberto M. [comp.], *El derecho penal hoy. Homenaje al prof. David Berglin*, Editora del Puerto, Buenos Aires, 1995, p. 181).

¹³ “En el modelo clásico de justicia penal, el crimen es un conflicto formal, simbólico y bilateral entre Estado e infractor. La intervención del sistema legal despersonaliza el conflicto —personal, concreto e histórico— entre delinente y víctima, neutraliza a esta última y abre un abismo infinito, irreversible entre los dos protagonistas del mismo delictivo, redefiniéndolo simbólicamente” (Riqueni, Marcelo A. - Cristofalo, Pablo A. - Celso, Leonardo C., *Junta de garantía, de ejecución y Ministerio Público: nuevos roles y claves en el sistema procesal penal bonaerense*, Ediar, Buenos Aires, 2001, p. 211). “Al desparecer la acción de dolo y con ella, la de ofensa, la víctima pierde todas sus facultades de intervención en el procedimiento penal [...] Esta concepción de la víctima como sujeto privado no es compatible con el carácter de titular de derechos que los actuales ordenamientos jurídicos positivos otorgan a los individuos” (Bovaso, Albano, *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1988, sup. III, “La participación de la víctima en el proceso penal”, p. 91/92).

conflictos, tales como la mediación, y en apoyo de la vigencia de un Derecho penal mínimo, estas alternativas implican, a mi entender, que si pueden ser resueltos por otros medios menos violentos, serían un buen indicativo de aquellas conductas que debieran ser despenalizadas, porque claramente la pena privativa de libertad no sirve como herramienta para solucionarlos. La extensísima tipificación de delitos entrafía la criminalización de la sociedad y la pérdida del Derecho penal como *ultima ratio*.

II. LA INVESTIGACIÓN A CARGO DEL FISCAL EN LOS NUEVOS CÓDIGOS PROCESALES PENALES PROVINCIALES

Según Horacio Lasarte¹⁴, en los Códigos procesales de la Argentina es posible observar tres sistemas, a saber:

1. El juez de instrucción es el encargado de la etapa preparatoria, sin perjuicio de lo cual es posible distinguir:

a) La instrucción judicial exclusiva: Código de Neuquén.

b) La instrucción fiscal excepcional: Código de Mendoza (que prevé la citación directa).

2. La investigación penal preparatoria —la instrucción— es encomendada al Ministerio Público Fiscal:

a) En forma exclusiva: nuevo Código de procedimiento penal de Buenos Aires, proyectos Poder Ejecutivo nacional de 1986 (Maier), Buenos Aires 1989 y Santa Fe 1993.

b) Como regla, excepto en aquellos casos en que existen obstáculos constitucionales (para los cuales la instrucción es judicial): Códigos de Córdoba y Tucumán.

3. La instrucción es judicial, pero el juez se encuentra facultado para delegarla en el Ministerio Público Fiscal en determinadas circunstancias: Código procesal penal de la nación.

El Código procesal penal de la Provincia de Buenos Aires sustituye la figura del juez de instrucción por la de un juez de garantías¹⁵ y establece que la investigación penal preparatoria estará a cargo del Ministerio Público Fiscal¹⁶, quien practicará las diligencias que considere pertinentes y útiles¹⁷, pudiendo declarar el secreto de las investigaciones¹⁸. Así:

¹⁴ LASARTE, Horacio A., *La investigación penal preparatoria*. La Ley, Buenos Aires 1993, p. 949.

¹⁵ Art. 23, CPP Buenos Aires.

¹⁶ Arts. 266, 267, CPP Buenos Aires.

¹⁷ Art. 273, CPP Buenos Aires.

¹⁸ Art. 280, CPP Buenos Aires.

mismo, el fiscal está habilitado para tomar la declaración del imputado ¹⁹, con la salvedad de que éste puede solicitar la presencia del juez de garantías ²⁰, si así lo creyera conveniente. En este modelo, el juez reserva una triple función: a) autoriza aquellas medidas coercitivas que por imperativo constitucional le están reservadas y las que habilitan la intervención de distintos sujetos en el procedimiento; b) decide sobre aquello que extingue o imposibilita el ejercicio de la acción penal, y c) controla la realización de los actos definitivos e irreproducibles, que no implican actividad decisoria, sino el resguardo de las condiciones necesarias para su incorporación al debate ²¹.

Esta línea también ha sido seguida por el nuevo Código procesal penal de Catamarca. Según Erica Gorkiewicz ²², esta modificación ha permitido que el juez simplemente tenga que decidir, constituyéndose en un árbitro de la regularidad del proceso.

Ahora bien, esta afirmación puede ser discutida, por cuanto si bien no es el juez de instrucción el que lleva adelante la investigación ni selecciona ni ordena la realización de diligencias, lo cierto es que cuando se produce el debate, las hipótesis y pruebas ya han sido "tamizadas" y seleccionadas por la organización que el Ministerio Público le dio a la instrucción. Así las cosas, la calidad de "árbitro" del juez se disuelve, por cuanto no puede evaluar las teorías contrapuestas que ambas partes proponen.

A su turno, el ordenamiento procesal de la Provincia de Córdoba prevé la investigación penal preparatoria a cargo del fiscal como regla ²³ y la vigencia del juez de instrucción para casos excepcionales ²⁴, así como cuan-

¹⁹ "Si el proceso es un mecanismo de imputación de responsabilidad penal y la instrucción no es entonces más que un medio de matar una determinada sospecha, que en definitiva deberá probarse en un debido juicio con lo que en el se demuestre, no parece imaginable ni peligroso para nadie que el Ministerio Público sea quien reciba declaración al imputado. [...] En definitiva, la única declaración realmente válida debería ser la prestada en juicio" (CASSLETTI, Marco L. - FOUQUETTO, Hernán L. "Ministerio Público en el nuevo Código Procesal de la Nación", en MAIER, Julia [comp.], *El Ministerio Público en el proceso penal*, vol. I, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000). Como caso no exento así, puesto que el debate es una réplica de la instrucción, esta afirmación no resulta válida.

²⁰ Art. 308, CPP Buenos Aires.

²¹ LESARTE, Hernán, *La Investigación...*, cit., p. 949.

²² GORKIEWICZ MORON, Erica, "Sistema acusatorio: imparcialidad del tribunal en el nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Catamarca", LL NDA, 2004-1319.

²³ Arts. 71, 75, 301, 302, CPP Córdoba.

²⁴ Art. 340, CPP Córdoba.

do el propio imputado solicite el control jurisdiccional²⁵. Esta excepción "voluntaria" reviste particular interés para el desarrollo de nuestra hipótesis. Es posible interpretar que esta opción en cabeza del imputado respondería a una garantía en su favor: si por alguna razón el imputado desconfía de las diligencias llevadas a cabo por el Ministerio Público Fiscal, podría solicitarle al juez que intervenga, recomando la conducción de la instrucción. Ahora bien, esta conclusión es falaz y permite poner de relieve que es justamente la etapa previa de la instrucción lo que es incorrecto y no quién la lleve adelante. Tanto si la dirige el fiscal como el juez, el imputado igualmente se encuentra en una situación desventajosa, por cuanto se produce determinada prueba que no tiene posibilidad de controvertir.

Finalmente, el Código procesal penal de la Provincia de Tucumán establece la investigación penal preparatoria a cargo del fiscal²⁶, salvo casos excepcionales²⁷, siendo la declaración del imputado recibida por el órgano judicial competente²⁸.

Estas modificaciones se encuentran acompañadas de la creación de una "policía judicial", como organismo dependiente administrativa y técnicamente del Ministerio Público Fiscal, situación que conlleva a la real judicialización desde el inicio de la investigación y requiere de preparación científica y específica formación en gabinetes técnicos especializados²⁹.

En consecuencia, la legislación procesal argentina puede sintetizarse como una permanente tensión entre el no cumplimiento del mandato constitucional que postula un enjuiciamiento de tipo acusatorio y las fuertes tendencias inquisitivas, que son nuestra pesada herencia del pasado colonial y de las prácticas autoritarias³⁰. Es en esta tensión donde se verifica la inserción de institutos o prácticas que afectan la coherencia interna del sistema, sea porque responden a principios o finalidades distintas, o bien porque su inserción en modelos de características inquisitivas concluye por obtener justamente los resultados opuestos a los deseados.

Del análisis de los sistemas precedentemente descriptos, se desprende que por la finalidad que persigue la investigación penal preparatoria (la

²⁵ Art. 303, CPP Córdoba.

²⁶ Arts. 71, 75 y 129, CPP Tucumán.

²⁷ Art. 340, CPP Tucumán.

²⁸ Art. 306, CPP Córdoba.

²⁹ Bovero, Jorge E. - CLARE, Víctor W., "Investigación penal preparatoria a cargo del fiscal", LL NOA 2002-632.

³⁰ Bovero, Jorge E. - CLARE, Víctor W., "Investigación penal...", *ib.*, p. 652.

averiguación de una verdad histórica³¹ y la sospecha suficiente sobre la comisión de un delito), los nuevos Códigos procesales solamente han trasladado las funciones instructorias de la jurisdicción al Ministerio Público, sin hacer un análisis crítico del instituto, por lo que es dudoso que los nuevos procedimientos presenten mayores rasgos acusatorios.

En efecto, lo importante no es quién realiza la etapa penal preparatoria, sino que en realidad *no debería haber una etapa penal preparatoria*, al menos en los términos en los que nuestros Códigos procesales la entienden. En ese sentido, el debate resulta ser sólo una reproducción de las conclusiones de la instrucción, requiriéndose alguna circunstancia realmente excepcional que permita desvirtuar el importante grado de sospecha, por el cual la causa fue elevada a juicio.

Por otro lado, la terminología es incorrecta: ¿qué es lo que debe ser "preparado"? La respuesta es que *nada debería ser preparado*. Ambas partes deben aportar los medios de prueba de que se valen y rebatir hipótesis en una sola instancia: *el debate*. Si durante la etapa preparatoria es el fiscal quien va a determinar si las pruebas ofrecidas son útiles y necesarias, entonces ya no está situado en su rol de parte acusadora, sino que se vuelve un "híbrido" respecto del conflicto y de los intereses.

III. LA INVESTIGACIÓN A CARGO DEL FISCAL

Y LA DICOTOMÍA ACUSATORIO-INQUISITIVO

Máximo Langer³² sostiene que el principio acusatorio ha sido utilizado indistintamente a) en un nivel descriptivo y b) como adecuado a determinado sistema político normativo. Asimismo, plantea la dicotomía acusatorio-inquisitivo a partir de seis niveles.

1. Lo acusatorio y lo inquisitivo como categorías *históricas*. Si nos retrotraemos a la antigua Grecia, desde la reacción privada o popular se canalizó por vía de una acción procesal privada³³, el rol del Ministerio Público Fiscal como titular exclusivo y excluyente de la acción penal pública se asemejaría más a la finalidad de un instituto inquisitivo, conforme a su fin: la persecución penal pública de los delitos, con la caracte-

³¹ Art. 303, CPP Tucumán. Art. 366, CPP Buenos Aires.

³² LANGER, Máximo, "La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado", en HENDLER, Eduardo S. (comp.), *Las garantías penales y procesales...*, cit., p. 243/250.

³³ MAIER, Julio, *Deverbo procesal penal*, cit., p. 444.

sística de la obligatoriedad de su ejercicio³⁴. Así, el daño, tratado como una falta moral³⁵, no es solamente una ofensa de un individuo a otro, sino también una ofensa que infringe un individuo al Estado, al soberano como su representante, a la ley misma del Estado. Así, el poder político viene a doblar y, paulatinamente, a sustituir a la víctima³⁶.

De este modo, hasta que la víctima no vuelva a ocupar un lugar primordial en el proceso penal, como particular afectado, no podríamos hablar en este sentido de un sistema acusatorio material.

2. *Lo acusatorio y lo inquisitivo como tipos ideales*. El principio fundamental que le da el nombre al sistema acusatorio se afirma en la exigencia de que la actuación de un tribunal para decidir el pleito y los límites de su decisión estén condicionados al reclamo (acción) de un acusador y al contenido de ese reclamo (*nemo iudex sine actore* y *ne procedat iudex ex officio*). El tribunal aparece como un árbitro entre dos partes, acusador y acusado³⁷. En este aspecto, la investigación a cargo del Ministerio Público respondería a un proceso acusatorio formal, toda vez que al detraer de la esfera del juez de instrucción las potestades investigativas, se produciría una desvinculación *formal* entre las acciones de “juzgar” y “acusar”, constituyendo un requisito *sine qua non* para la actuación judicial, la iniciación del proceso por parte del Ministerio Público Fiscal. Si éste tiene en sus manos la dirección de las investigaciones previas, con excepción de aquellas que requieren autorización jurisdiccional, se refuerza la separación de funciones dentro del proceso y la posición de árbitro que debe mantener el juez, como un tercero ante el cual las partes presentan sus hipótesis de acusación e inocencia, respectivamente.

3. *Lo acusatorio y lo inquisitivo como mecanismos o subsistemas que cumplen cierta función en el sistema procesal*. Es inquisitivo todo subsistema o mecanismo procesal cuya función sea la obtención coercitiva de reconocimiento de culpabilidad por parte de los imputados. Si la función de la investigación a cargo del fiscal es la realización de todas las diligencias necesarias para cumplir con los extremos de una acusación bien fundada, que no configure un dispendio innecesario de jurisdiccionalidad, ni someta a un individuo a un proceso penal cuando no haya pruebas sufi-

³⁴ MAIER, Julio, *Derecho procesal penal*, cit., p. 446.

³⁵ FOUCAULT, Michel, *La verdad y los juegos jurídicos*, Gedisa, Barcelona, 1991, conferencia tercera, p. 84.

³⁶ FOUCAULT, Michel, *La verdad...*, cit., pp. 79/76.

³⁷ MAIER, Julio, *Derecho procesal penal*, cit., p. 446.

cientes de la comisión de un delito, pareciera que este instituto será acusatorio.

4. Lo acusatorio y lo inquisitivo como *intereses o finalidad* contrapuestos. Este nivel de dicotomía puede explicarse como la exigencia de represión del delito, frente al respeto de los derechos del imputado a la finalidad del proceso penal de castigar a los culpables frente a la finalidad de absolver a los inocentes. En este nivel, también la investigación a cargo del fiscal es de tinte acusatorio, por cuanto el hecho de que las pruebas sean valoradas por un sujeto distinto del que las ordenó importa el respeto de los derechos del imputado.

5. Lo acusatorio y lo inquisitivo como *principios normativos*. Según este sentido teórico, lo acusatorio es un principio normativo del sistema jurídico y/o de un determinado modelo político-normativo. Es lo que usualmente se ha denominado acusatorio formal. La investigación a cargo del fiscal pretende escindir completa y definitivamente las funciones de acusar y juzgar, en dos sujetos distintos. Sin embargo, no deja de ser formal, por cuanto, más allá del lugar institucional que le corresponde al Ministerio Público Fiscal a la luz del nuevo art. 120, CN (tema que desarrollaremos más adelante), sigue siendo un órgano del Estado quien ejerce la función requirente.

6. Lo acusatorio y lo inquisitivo como *modelos normativos*. Según esta aproximación teórico-conceptual, lo acusatorio representa un modelo normativo de proceso penal exigido por el ordenamiento jurídico y/o por un determinado modelo político-normativo. Como hemos afirmado en la introducción, nuestra Constitución ordena un procedimiento penal de características acusatorias, tal como se desprende del artículo 118.

Si es cierto que de la Inquisición perduran sus dos máximas fundamentales: la persecución penal pública de los delitos (considerados los máximos exponentes del comportamiento desviado en el seno social y, por ello, intolerables para el orden y la paz social, al punto de que deben ser perseguidos por el mismo Estado y sin atención a ninguna voluntad particular) y la averiguación de la verdad histórica como meta directa de procedimiento²⁴, ¿cómo se conjuga esta máxima con el análisis anteriormente expuesto? Lo que ocurre es que mientras continúe vigente la instancia previa de la instrucción, cualquier instituto que se incorpore, aun

²⁴ MARR, Julio, *Derecho procesal penal*, cit., p. 449-450.

cundo originalmente pueda responder a características acusatorias³⁹, será transformado y funcional a principios inquisitivos. En el particular, que la investigación sea realizada por el fiscal en lugar del juez no quita que tenga como finalidad la averiguación de una verdad histórica y que la prueba obtenida se analice en una instancia escrita y secreta, por oposición al debate oral, público, continuo y contradictorio.

IV. LA INVESTIGACIÓN A CARGO DEL FISCAL Y EL ART. 26 DE LA LEY ORGÁNICA DEL MINISTERIO PÚBLICO

El principal recurso que nuestro ordenamiento jurídico nos brinda para analizar las cuestiones planteadas es el art. 26 de la Ley Orgánica del Ministerio Público⁴⁰. Si propugnamos la reestructuración del proceso penal en aras de la eliminación de la instrucción, es posible advertir que todas las diligencias que el Ministerio Público Fiscal debe realizar para probar su tesis acusatoria bien pueden encausarse en este artículo.

No obstante su limitada interpretación, en un modelo de instrucción jurisdiccional que relega la función del Ministerio Público Fiscal a un papel claramente secundario, este artículo provee algunas pautas interesantes que podrían fundar la actuación del Ministerio Público Fiscal directamente ante el tribunal del juicio sin que sea necesario recorrer la etapa de la instrucción.

Este artículo, en su segundo párrafo y en relación con los fiscales ante la justicia penal, establece que éstos “deberán ordenar la práctica de toda diligencia que estimen pertinente y útil para lograr el desarrollo efectivo de la acción penal”. ¿Cómo se compatibiliza esto con la investigación penal preparatoria? Si el Ministerio Público Fiscal se encuentra habilitado para realizar estas diligencias, no sería necesario depender de la autorización del juez de instrucción para llevarlas a cabo o de su control y valoración posterior, sino que directamente podrían ser analizadas en la etapa de juicio.

³⁹ Se puede llamar acusatorio a todo sistema procesal que concibe al juez como un sujeto pasivo rigidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público y resuelto por el juez según su libre convicción. (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trotta, Madrid, 1995. Cap. 9, acápite 39, apartados 1 y 2, p. 584). Se considera modelo procesal garantista o de estricta jurisdiccionalidad o cognoscitivo a aquel que se orienta a la averiguación de una verdad procesal empíricamente controlable y controlada, una verdad mínima, que se controla mediante prueba y refutación (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón...*, *cit.*, p. 540-541).

⁴⁰ Ley 24.946.

En apoyo de esta tesis, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico expresó en el fallo "NN"⁴¹ dos premisas de particular interés: a) el Ministerio Público Fiscal se encuentra habilitado a realizar investigaciones preliminares y anteriores al comienzo de la actividad instructoria, tendientes a constatar hipótesis delictivas que merezcan ser denunciadas; b) recién cuando el fiscal verifica la concreta posibilidad de comisión de hechos ilícitos debe ponerlos en conocimiento del juez de turno. En este punto, consideramos que cuando se verifica la hipótesis b), directamente debiera elevarse la causa a juicio, no siendo necesaria la instrucción.

En sentido concordante, el titular del Ministerio Público Fiscal de la Nación ha manifestado que las actuaciones que los fiscales labran en ese sentido no violan las garantías constitucionales del debido proceso y la defensa en juicio, ya que tales elementos de convicción no son prueba legal hasta tanto no sean presentados en el expediente⁴²; pueden llevarse a cabo aunque no se haya delegado la instrucción en el fiscal (art. 196, CPPN)⁴³; y encuentran su límite en aquellas diligencias que han sido reservadas exclusivamente a los jueces⁴⁴.

Los actos que el art. 26 faculta a realizar no requieren necesariamente el control del órgano jurisdiccional al momento de su producción, no obstante lo cual será éste quien en definitiva se pronuncie sobre su legitimidad en el momento procesal oportuno⁴⁵.

El fiscal, encargado de llevar adelante la pretensión acusatoria, precisa recabar elementos de prueba que le den sustento a ésta y desde la perspectiva de un sistema acusatorio, debiera admitírselas con un criterio amplio, pues su inutilidad probatoria o falta de relación con el caso quedaría finalmente demostrada en la etapa de juicio.

⁴¹ C. Nac. Penal Económico, sala B, "NN", 8/10/2003. Jueces: Carlos A. Pizzarello - Marcos A. Grabivker - Roberto E. Hornos.

⁴² Conf. res. MP 28/1999.

⁴³ Conf. res. MP 28/1999.

⁴⁴ Conf. res. MP 28/1999 del 5/4/1999, Informe Anual del Ministerio Público (Procuración General de la Nación), año 1999, p. 381/383. Citado en GONZÁLEZ DA SILVA, Gabriel. "Las potestades preliminares de investigación de los fiscales y su contraste con el actuar paralelo (Eldéjico del artículo 26 de la Ley Orgánica del Ministerio Público)", LL 2904-D-608.

⁴⁵ GONZÁLEZ DA SILVA, Gabriel, "Las potestades...", cit., p. 608.

Esta circunstancia debe ser relacionada con otro grave problema: la violación de los pactos internacionales de derechos humanos⁴⁶, que consagran la garantía de plazo razonable, atento a la excesiva duración del proceso penal. La garantía de plazo razonable no sólo tiene su razón de ser a efectos de que finalice la persecución penal del imputado y se determine definitivamente su estado en relación con la causa, sino que asimismo soluciona problemas conexos. Por un lado, la resolución en tiempo de los conflictos es una forma de integración social, por cuanto la sociedad involucrada en ellos ve cómo se restituye el orden vulnerado. Este efecto "tranquilizador" solamente puede verificarse si entre la transgresión y la finalización del proceso no transcurre un tiempo tal que provoque un distanciamiento aún mayor del conflicto. Por otro lado, coadyuvaría al problema de la prisión preventiva por cuanto, si bien justificada como un instituto excepcionalísimo que responde a fines procesales y no sustanciales, su duración prolongada vulnera dichos fines e impide que sea "tolerable".

Si la instrucción se elimina, el imputado sólo se ve afectado por la persecución penal a partir de la instancia del juicio, permitiendo de ese modo que todo el tiempo que consumen las diligencias probatorias no configure un perjuicio en su contra. Esta posición resulta aún más evidente cuando se trata de imputados detenidos *in fraganti*.

V. EL ROL INSTITUCIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO A LA LUZ DEL ART. 120 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL Y LA FUNCIÓN REQUERENTE

El art. 120, CN, le adjudica al Ministerio Público la función de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad. En relación con lo primero, confirma el principio de legalidad, en virtud del cual todos los órganos del Estado deben adecuar su actuación al bloque de legalidad (Constitución Nacional, tratados, leyes)⁴⁷.

Respecto del segundo punto, en materia penal debemos hacer una salvedad, puesto que ello se vincula con la expropiación del conflicto que

⁴⁶ Art. 8º, Comisión Americana de Derechos Humanos; art. 9º, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Corte IDH, caso "Sánchez Romero v. Ecuador", sentencia del 12/11/1997, serie C, no. 35.

⁴⁷ "El principio de legalidad obliga a todos los órganos estatales, sin necesidad de que sea reconocida respecto de las particulares funciones atribuidas a un órgano determinado" (Bovino, Alberto, *Problemas del derecho procesal penal...*, cit., p. 42).

efectúa el Estado. En realidad, el primer interesado en el conflicto penal es la propia víctima, y sólo a partir de su objetivación en bienes jurídicos es que "la sociedad" se vería afectada por el ilícito.

El resultado del desarrollo histórico ha sido el establecimiento de un órgano híbrido, "a mitad de camino entre funcionario judicial imparcial, ligado a los principios de 'objetividad e imparcialidad' y representante de la Administración pública para la persecución de los crímenes"⁴⁵.

Según Alberto Bianchi⁴⁶, la imposibilidad del Ministerio Público de transmitir decisiones que se proyecten en la sociedad hace que no pueda hablarse propiamente de un nuevo poder del Estado. Sin perjuicio de ello, el nuevo art 120, CN, expresa que el Ministerio Público es un órgano independiente (por lo que no puede recibir instrucciones de los otros poderes) y que posee autonomía funcional y autarquía financiera. Pese a esto, no se ve que en la práctica el Ministerio Público se encuentre ejerciendo la envergadura del papel que la Constitución le atribuye.

Cabe aclarar que la jerarquización de la función del fiscal implica su consolidación como *parte* en el proceso. El fiscal, al ser parte y tener un importante rol en el aporte de la prueba al proceso, no puede ni debe ser imparcial y sólo deberá instar la acción a partir del análisis objetivo de la prueba con la que se cuente y de la legalidad en su obtención e incorporación al proceso⁴⁷.

Debe rechazarse la ficción que define la función persecutoria en materia penal como una tarea neutral, objetiva e imparcial⁴⁸, orientada a obtener la recta aplicación del derecho penal y de la ley, a proteger los intereses de todos los miembros de la comunidad y, al mismo tiempo, a hacer respetar los legítimos derechos de la persona sometida a persecución penal.

⁴⁵ MORA, Julio B., *El Ministerio Público: ¿un subalterno?*, p. 33, citado en BOVINO, Alberto, *Problemas del derecho procesal penal...*, cit., p. 30.

⁴⁶ BIANCHI, Alberto, "Ubicación institucional del Ministerio Público Fiscal luego de la reforma constitucional", *Revista del Ministerio Público Fiscal* nro. 6, p. 49 y ss., citado en MARRAS AGUIRRE, Santiago, "El nuevo Ministerio Público Fiscal en el marco del proceso penal", JA 2002-IV-1165.

⁴⁷ MARRAS AGUIRRE, Santiago, "El nuevo Ministerio Público Fiscal...", cit., p. 1167.

⁴⁸ "La persecución de los autos del acusador como actos superficialmente neutrales disminuye las posibilidades de que el tribunal cumpla con sus funciones de controlar estrictamente su legalidad, y también, de proteger los derechos fundamentales del imputado" (BOVINO, Alberto, *Problemas del derecho procesal penal...*, cit., p. 40).

Es imposible realizar correctamente la persecución penal de manera desinteresada³². Caso contrario, se diluye el carácter contencioso del caso³³ y, al mismo tiempo, relativiza el valor de los intereses, derechos y garantías del imputado³⁴.

Por lo demás, la representación de intereses en conflicto resulta contraria a los principios generales de todo el ordenamiento jurídico y se coloca en cabeza del Ministerio Público Fiscal un cúmulo exorbitante de funciones, a veces incompatibles entre sí: no puede ejercer cabalmente la función acusadora si al mismo tiempo debe velar por los derechos del imputado y controlar al Poder Judicial. Ello resulta insostenible, contradictorio y en detrimento de la finalidad y funcionalidad del proceso penal.

El Ministerio Público Fiscal, encargado de la función persecutoria, debe representar vigorosamente ese interés y debe desempeñar su función de una manera comprometida, con el interés que se encuentra involucrado en la aplicación de una pena. Por otra parte, es el Poder Judicial quien debe ocupar una posición de imparcialidad y protección de las garantías en cabeza del imputado.

En tal sentido, resulta confusa la posibilidad que tiene el Ministerio Público Fiscal de interponer recursos a favor del imputado, puesto que implica nuevamente una mixtura de roles y funciones, dado que no se comprende de qué modo quien está interesado en la persecución de un individuo puede también estarlo en su desvinculación del proceso. Si por alguna razón, la defensa técnica con la que cuenta el imputado no es la adecuada, el juez, al advertir esta situación, debería desplazarlo y proveer al imputado, sea mediante un defensor oficial o un abogado de la matrícula, un profesional que esté en condiciones de brindarla.

VI. LA INVESTIGACIÓN A CARGO DEL FISCAL

Y EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.

PROBLEMÁTICA DEL ART. 71 DEL CÓDIGO PENAL

Una arista que debe analizarse con respecto a nuestra hipótesis es aquella que atañe a la regulación de la acción penal. La implementación de criterios de oportunidad sólo tiene sentido si la investigación prepara-

³² Bayro, Alberto, *Problemas del derecho procesal penal...*, cit., p. 37.

³³ "La actividad propia del fiscal merece desconfianza" (Bayro, Alberto, *Problemas del derecho procesal penal...*, cit., p. 42).

³⁴ "La actividad defensiva del imputado se ve como una actividad que inevitablemente obstaculiza el proceso de reconstrucción de la verdad" (Bayro, Alberto, *Problemas del derecho procesal penal...*, cit., p. 38).

toría está a cargo del Ministerio Público, ya que, dada su función reactiva, es éste el que debe determinar cuándo resulta viable renunciar a la promoción de la acción penal o suspender su ejercicio.²⁵

En todo sistema cuya capacidad se encuentra sobrepasada y no trata todas las situaciones que se plantean, se aplican mecanismos de selección con el objeto de consagrar determinados estándares de respuesta. Esta solución, de contenido político (de política judicial), ya existe en el universo normativo nacional, en la institución del *writ of certiorari* que el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación otorga a la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el art. 280, CPCCN. Este instituto permite desechar aquellos casos menos importantes que obstaculizan el tratamiento de los más relevantes. Ello se alza sobre un pilar fundamental: repensar a la justicia como un acceso a la solución de los conflictos, dejando de lado la idea por la cual el Estado, en una concepción paternalista y autoritaria —en el sentido de un derecho de la autoridad—, pretendía reprimir todas y cada una de las manifestaciones delictivas.²⁶

El principio de oportunidad le otorga al Ministerio Público Fiscal el poder político de decidir y, en su caso, prescindir de la acusación pública, motivado en razones de política criminal o utilidad social²⁷, ponderando adecuadamente cada caso. Ello puede implicar no promover, no ejercer, hacer cesar, limitar cualitativa o cuantitativamente la acción penal, a partir de dos fundamentos: a) la previsión de las consecuencias que genera el empleo de la herramienta penal, realizando un examen *ex ante* y *ex post*, a fin de determinar el impacto social de un delito y de las consecuencias de su punición; b) la necesidad de formular prioridades de acción, dada la escasez de recursos de toda índole, evitando el cúmulo de casos intrascendentes que atolla el sistema.²⁸

De esta manera, la ventaja de los criterios de oportunidad es que permiten que la selección opere en forma transparente, racional e igualitaria, evitando decisiones arbitrarias. Sin perjuicio de que el particular afectado siempre tiene interés en que su conflicto sea tratado, hay casos en los que resulta más conveniente, incluso para la propia víctima, no promover o desistir de la acción penal.

²⁵ GUARINIA, Fabricio O., en MARÍN, Julio (comp.), *El Ministerio Público*, cit., p. 29.

²⁶ ELIAS, Ricardo, "La obligatoriedad de la preservación penal", LL 2004-D-1492.

²⁷ BAIGÓN, Néstor, "La regulación...", cit., p. 218.

²⁸ RIQUERT, Marcelo A. - CROVATO, Pablo A. - CALVO, Leonardo C. JARROVE... cit.,

Ahora bien, dentro de los sistemas que propugnan el principio de oportunidad, es posible distinguir aquellos que lo establecen como regla y aquellos que lo aceptan como un instituto admisible para casos de excepción, determinados taxativamente, en lo que se denominan "principio de oportunidad reglado". En apoyo de este segundo modelo, se ha manifestado que la regulación legislativa de los criterios de selección puede servir para consagrar el principio de igualdad y corregir un criterio arbitrario, para contribuir a la transparencia del sistema y para controlar jurídica y políticamente a los órganos y funcionarios⁵⁸. Ello demuestra la confianza depositada en la regulación legislativa y la posibilidad de sometimiento a controles formales.

Este principio plantea un inconveniente adicional, respecto del papel de la querrela, en relación con su pretensión punitiva. Pero está claro que si el titular de la acción penal pública es el Ministerio Público Fiscal, el particular afectado podrá reclamar por otra vía, pero el proceso penal no podría avanzar.

Sin embargo, la aplicación del principio de oportunidad tropieza con un límite infranqueable: el art. 71 del Código Penal, que dispone el inicio de oficio de todas las acciones penales, instaurando el principio de obligatoriedad e irrevocabilidad de la promoción de la acción penal pública por parte del Ministerio Público Fiscal.

Si se efectúa una lectura constitucional de la materia, es posible observar que no hallamos normas o criterios generales que regulen el ejercicio de las acciones penales, más allá de las pautas que indirectamente consagran el principio acusatorio⁵⁹. "Del marco de garantías constitucionales contenidas en el art. 18, CN, surge expresamente la necesidad de acusación como presupuesto del juicio, mas no ordena que ésta debe producirse en todos los casos"⁶⁰.

Por otro lado, a la luz de los fines utilitarios de la pena, que pueden inferirse de lo establecido en el mismo artículo, es posible afirmar que el principio de oportunidad tiene raigambre constitucional. Si en un caso se verifica el cumplimiento de los fines de la pena (resocialización o neutra-

⁵⁸ MARR, Julio, *Derecho procesal penal*, cit., p. 841.

⁵⁹ RIQUELME, Marcelo A. - CIBOLDI, Pablo A. - CELSO, Leonada C. *Jurística...*, cit., p. 205.

⁶⁰ Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala 2ª, "Fiscal v. Sora Merán, Juan R. y otros", 19/9/2003. *In re*: Herman Salvini - Carlos Béhm - Pedro Lorente. En el mismo sentido, RAJAS, Ricardo E., "La obligatoriedad de la persecución penal", LL 2004-D-1480.

lización del individuo, afirmación de la vigencia de la norma penal o disuasión de la sociedad), no tiene sentido iniciar o continuar el ejercicio de la acción, puesto que si fuera así, finalmente, se estaría imponiendo una pena como castigo del responsable de la violación a la norma, respondiendo a concepciones retribucionistas de la pena.

Esta posición no deja de presentar algunos inconvenientes con relación al principio de igualdad ante la ley⁶², consagrado en el art. 16, CN. En virtud de este principio, todos los casos en que se cometan delitos deben ser igualmente tratados, sin distinciones. No obstante, este principio podría ser aplicado sin desvirtuarse en un sistema de derecho penal mínimo, que funcionara efectivamente como último ratio (ante el fracaso de otros medios compositivos menos violentos) y el catálogo de derechos fuera notablemente reducido, quedando tipificadas sólo aquellas conductas que resulten intolerables para la vida en sociedad. Sólo en ese estado de situación podría efectivamente aplicarse el principio de legalidad procesal, conforme a su finalidad.

Por el contrario, en un sistema como el nuestro, el principio de legalidad se encuentra emparentado con la visión del delito como infracción (que requiere control estatal coactivo directo) y con las teorías absolutas sobre la pena⁶³. Lo que ocurre es que se propugna un sistema de legalidad procesal pero en la práctica, y ante la imposibilidad fáctica de perseguir todos los delitos, se aplican indefectiblemente mecanismos de selección que conllevan la aparición de las denominadas "cifras negras" de la criminalidad (la diferencia entre los hechos punibles efectivamente perpetrados y los que han llegado a conocimiento oficialmente) y la "cifra dorada" (aquellos delitos que si bien pueden ser conocidos por la autoridad,

⁶² En una sociedad justa no pueden someterse a la negociación política ni al cálculo del interés social los derechos concedidos por la justicia (RAWLS, John, *Teoría de la justicia*. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1993, citado por BARRONE, Matías, "La regulación...", cit., 217).

⁶³ BOHRMANN, Adolfo E. C. *Nuevo sistema procesal penal*. Mavé, 1999, p. 26, citado en RIQUELME, Marcelo A. - CUSTODIO, Pablo A. - CELSO, Leonardo C. *Asíctica...*, cit., p. 211. "El principio de legalidad no solamente se encuentra vinculado con un modelo de proceso penal inquisitivo reformando la circunstancia de que el Estado tiene la titularidad de la pretensión material al tiempo que el deber de perseguirlo, siendo de interés público que los delitos no queden sin ser perseguidos" (AMATTA, Gabriel - BOUASKY, Mariano, "Principios de legalidad y oportunidad en los sistemas procesales penales comparados, en sistemas procesales penales comparados", en HENDLER, E. [dir.], *Sistemas procesales penales comparados*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, pp. 443/448).

no entran formalmente al sistema judicial por razones de venalidad en la función, prebendas económicas o influencias políticas)⁴⁴.

Respecto de la regulación de la acción penal, la doctrina se ha debatido en lo concerniente a su naturaleza en dos sentidos: a) si se trata de una cuestión sustancial o adjetiva y b) si se trata de materia delegada o reservada, a la luz de los arts. 5° y 75, inc. 12, CN. En relación con la primera cuestión, no podemos sino concordar con quienes afirman que se trata de una cuestión adjetiva, que debe ser regulada por los códigos de forma, siendo incorrecto que estas estipulaciones se efectúen en la ley sustantiva. Una disposición que le ordena a todo juez realizar un acto —tomar conocimiento directo y personal del imputado— no puede tener otra naturaleza que procesal⁴⁵. Respecto de la segunda cuestión, dado que se trata de una materia procesal y que las provincias tienen la obligación de asegurar la administración de justicia, dictando para ello los códigos de forma que reglamenten la legislación de fondo dictada por el Congreso Nacional, se trata de una materia reservada a ellas, cuyo poder, tal como queda plasmado en la CN, es anterior. En consecuencia, el Congreso Nacional, al legislar el régimen de la acción, se excedió en su competencia.

En este sentido, frente a provincias que han legislado el principio de oportunidad como una opción político criminal de establecimiento de prioridades concretas a la hora de la persecución estatal de los delitos, para salvar la constitucionalidad del art. 71, CPen., se han planteado dos hipótesis: o bien considerarlo aplicable sólo al ámbito federal, o bien interpretar *in dubio pro reo* el mencionado artículo, aduciendo que la norma hace mella en el sujeto encargado de promover la acción y no en el carácter exhaustivo en la persecución⁴⁶. No concordamos con esta solución porque no es necesario recurrir a justificaciones forzadas o restringir el ámbito de aplicación de la norma cuando ella así no lo establece. La solución coherente es la declaración de inconstitucionalidad del art. 71 del Código Penal.

Finalmente, es conveniente destacar la vinculación existente entre la vigencia del “principio de oportunidad” y el Derecho penal como reparación. Claus Roxin considera que la reparación del daño tiene un efecto resocializador, pues obliga al autor a enfrentarse con las consecuencias de

⁴⁴ ANTMU, Gabriel I. - BORNSKY, Mariano, “Principios...”, cit., p. 466.

⁴⁵ ZAFFARONI, Eugenio - ALAOLA, Alejandro - SOLORAG, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 166. Citado en BORNSKY, Matías, “La regulación...”, cit., p. 218.

⁴⁶ BULLONI, Matías, “La regulación...”, cit., p. 219.

su hecho y a conocer los intereses legítimos de la víctima. De este modo, puede ser vivenciada por él como justo y necesario y fomentar así el reconocimiento de las normas. Asimismo, la reparación del daño puede conducir a una reconciliación entre el autor y la víctima, y mediante esto, facilitar notablemente la reincorporación de aquel que ha cometido el hecho punible⁶⁷.

La reparación se debe entender como cualquier solución que objetivamente o simbólicamente restituya la situación al estado anterior a la comisión del hecho y satisfaga a la víctima. El modelo de justicia reparatoria se caracteriza por construir la ilicitud penal como la producción de un daño, como la afectación de los bienes e intereses de una persona determinada⁶⁸.

De lo anteriormente expuesto se desprende que ante el fracaso de la pena privativa de la libertad, el Derecho penal está transformándose en pos de reparar a la víctima del ilícito y coadyuvar a la resocialización del autor. Sin embargo, esta idea de justicia reparatoria sólo puede incorporarse con criterios de oportunidad respecto de la acción penal, evaluando las circunstancias de cada caso, para ofrecer una solución adecuada. Así como las medidas de seguridad se imponen cuando la pena no se puede justificar debido al principio de culpabilidad, la reparación obtiene legitimación político-criminal en el principio de subsidiariedad y en la necesidad de sustituir o atenuar la pena sin resignar la realización de sus fines para atender las necesidades de la víctima⁶⁹.

VII. CONCLUSIÓN

A modo de conclusión, queremos destacar el cúmulo de problemáticas que se vinculan con el instituto "investigación a cargo del fiscal" y que muchas veces son pasadas por alto cuando es analizado. Si bien creemos que esta solución es superadora de la investigación jurisdiccional, no dejamos de advertir que su implementación presenta rasgos inquisitivos y que por ello no resuelve los cuestionamientos al proceso que le dieron origen.

Las referencias expuestas a lo largo de la monografía dan cuenta de las aristas a tener en cuenta cuando se incorporan institutos que responden a otras finalidades o dinámicas de proceso. En el marco de un proceso mayormente inquisitivo como el nuestro, es imposible que se acentúen

⁶⁷ Citado en KLASS, Ricardo J., "La obligatoriedad...", *cit.*, p. 1481.

⁶⁸ BOWEN, Alberto, *Problemas del derecho procesal penal...*, *cit.*, p. 95/96.

⁶⁹ BOWEN, Alberto, *Problemas del derecho procesal penal...*, *cit.*, p. 102.

las características acusatorias de nuestro proceso penal si no se elimina la instrucción, porque ella misma desnaturaliza cualquier atenuante que puede introducirse y vulnera de ese modo otras garantías y principios constitucionales.

Asimismo, resulta importante destacar la coherencia que todo sistema necesita para su correcto funcionamiento. En los diversos puntos hemos advertido que se juxtaponen argumentos, institutos y finalidades contrapuestas, que una vez advertidas, en lugar de ser zarzadas y "aggiornadas" son justificadas con fundamentos inverosímiles, que fuerzan la interpretación de la norma.

Finalmente, es notable cómo la vigencia de un Derecho penal exorbitante pone en consideración la funcionalidad de diversos institutos del proceso penal y que llegan a plantearnos esta cuestión final: el Derecho penal como justicia reparatoria, ¿es una maduración de la disciplina, producto de la búsqueda de disminución de violencia en las sociedades modernas o implica la pérdida de sus postulados fundamentales con el fin de lidiar con un sistema demasiado amplio, utilizado como mecanismo de presión para la resolución de otros conflictos?

LA SOBERANÍA DEL CIBERESPACIO

Algunas reflexiones sobre el concepto de Estado, soberanía y jurisdicción frente a la problemática que presenta Internet

MARÍA GIMENA RABINAD*

Resumen: La autora detalla, en este ensayo, los efectos de la expansión de Internet respecto de la concepción de Estado tradicional, analizando, según distintas teorías, sus diversas consecuencias (positivas y negativas). Describe, entonces, una mutación en el concepto de soberanía, el cual pasa hacia la lógica del Imperio, caracterizada por la ausencia de barreras o fronteras fijas. El estudio se centra, finalmente, en los conflictos que enfrentan los Estados como consecuencia de esta transformación, y las diversas soluciones que se han planteado hasta el momento para enfrentarlos.

Abstract: The author mentions the effects of the expansion of the Internet with respect to the traditional conception of the state and analyzes its positive and negative consequences in light of different theories. Hence, she finds a mutation in the concept of sovereignty, which leans to the logic of the Empire, featured by an absence of fix barriers or frontiers. Finally, she examines the conflicts being faced by states as a consequence of this transformation and the solutions that have been proposed.

Palabras clave: Estado - Soberanía - Internet - Ciberespacio - Imperio.

Keywords: State - Sovereignty - Internet - Cyberspace - Empire.

I. INTRODUCCIÓN

Nos enfrentamos en los comienzos del siglo XXI con el legado que el siglo pasado nos dejó, marcando la tendencia en materia tecnológica y frente a un eminente cambio de paradigma social, cultural y económico.

Internet, como la expresión tecnológica que revolucionó (y sigue revolucionando y evolucionando) las comunicaciones a escala global, nos

* Abogada, UBA, miembro del Estudio Becar Varela.

plantea un nuevo espectro de problemáticas a debatir, donde se funden los límites y fronteras de los que conocimos hasta ahora como "Estados", para constituir una sola comunidad.

El derecho, como ciencia social que estudia los mecanismos y los contenidos de los enunciados a través de los cuales los hombres reglamentan su vida en comunidad, no puede estar ajeno a esta "red de redes" que conecta cada pequeña sub-comunidad y la congrega en una verdadera comunidad universal. Las relaciones horizontales entre individuos prevalecen en esta red frente a cualquier verticalismo, y la *a-somía* parece ser la ley imperante.

Como en los orígenes del derecho mercantil, los usos y costumbres en Internet van marcando las tendencias y las pautas de conducta, frente a los ojos impávidos e impotentes de las instituciones tradicionales detentadoras del poder, quienes se ven obligadas a adaptarse y mutar, para lograr su supervivencia, en términos darwinianos.

"Sin constituir una rama del derecho —pues sus conceptos e instrumentos son los propios de las disciplinas jurídicas preexistentes— la problemática legal creada por Internet ha requerido un proceso de adaptación de los instrumentos normativos disponibles, de escasos antecedentes en la historia del derecho tanto desde el punto de vista de la amplitud como de la rapidez.

"En cuanto a su amplitud, la Internet ha afectado la efectividad y contenido de derechos fundamentales de raigambre constitucional, y ha alterado significativamente la operatividad de las fronteras nacionales"¹.

En la Argentina, el sistema legal vigente no contiene una codificación general de reglas aplicables a cuestiones de Internet (como sucedió en otras áreas del derecho, tales como la competencia desleal o los secretos comerciales). Sin embargo, el derecho de Internet está evolucionando en nuestro país, inicialmente a través de la aplicación de reglas contenidas en el Código Civil y otras leyes generales, y luego de ello, a través de leyes específicas que regulan algunos aspectos del derecho de Internet, como es el caso de la firma digital.

Esta aparente precariedad en la normativa que regula Internet encuentra diversas razones que la justifican. La principal ha sido la velocidad con que el desarrollo de Internet se ha instalado en nuestra sociedad, lo que impide su regulación a través del complejo proceso legislativo tradicional.

¹ Ver FERRITT, Henry H., "Internet: ¿Una amenaza para la soberanía?", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 1998, vol. 3, p. 423.

Por otro lado, los sistemas de derecho continental, como el argentino —por oposición al *common law*— están basados en una “estructura normativa de naturaleza en extremo abstracta, lo que resulta en principio aplicable a cualquier tipo de conducta humana o transacción”². Esta estructura básica es luego ajustada a específicas situaciones a través de una regla legal más concreta, de reglamentaciones administrativas y casos administrativos concretos.

En teoría, la estructura legal puede adaptarse fácilmente a cambios tecnológicos y corresponde a la jurisprudencia ir realizando los necesarios ajustes para hacer viable el sistema en el contexto de conflictos y transacciones específicas³.

En el caso concreto, pareciera quedar una “laguna del derecho” en muchos aspectos de los conflictos que se suscitan por y a través de Internet. Sin embargo, esta falta de legislación es una *ventaja*, si entendemos que darle la rigidez de un plexo normativo codificado a esta materia constituiría una imposición contraria a su misma naturaleza: la tecnología, el continuo-avance, el continuo-cambio.

El creciente uso de Internet es uno de los avances tecnológicos y políticos más interesantes de los últimos años del siglo XX. El potencial que tiene Internet para convertirse en el medio propicio para el desarrollo de un mercado global y en un foro de actividades políticas tradicionales y novedosas se está haciendo realidad a pasos agigantados⁴.

De esta forma, frente a los conflictos interpersonales que se originan a raíz de Internet, surge el problema de la ley aplicable, y con ello, el interrogante de quién gobierna y legisla en este “espacio virtual”.

Es posible afirmar que el grueso de la literatura que se ha ocupado del tema de la explotación del ciberespacio asegura que Internet constituye una amenaza para el concepto mismo de soberanía⁵, considerada, en palabras de Walter Wriston, como “el poder de una nación para impedir que otros interfieran en sus asuntos internos”.

Otra postura al respecto, en palabras de Henry Perritt, cuestiona el primer postulado estableciendo que Internet tiene la capacidad para forta-

² Ver CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo - MONTES DE OCA, Ángel, *Derecho de Internet*, Heliasta, Buenos Aires, 2004.

³ Ver CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo - MONTES DE OCA, Ángel, *Derecho de Internet*, cit.

⁴ Ver ADRI, Keith, “Soberanías múltiples y superpuestas. Liberalismo, doctrina libertaria, soberanía nacional, propiedad intelectual ‘global’ e Internet”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 1998, vol. 5, p. 443.

⁵ ADRI, Keith, “Soberanías...”, cit.

lecer el ejercicio del gobierno a escala nacional y global, consolidando así la soberanía en lugar de destruirla.

No existe un único concepto monolítico de soberanía que pueda ser amenazado: vivimos en un mundo de soberanías múltiples y superpuestas, contradictorias y, a menudo, cuestionadas ⁶.

En palabras de Ethan Katz: “Vivimos en una serie de espacios interconectados y superpuestos y no en un mundo donde el territorio delimita definitivamente cada uno de los Estados Soberanos”.

El objetivo de este trabajo es desarrollar distintos puntos de la problemática sobre la soberanía en Internet. Intentaremos dar un panorama general acerca de las modificaciones que ha sufrido el concepto tradicional de Soberanía y de Estado, y trataremos de aproximarnos a los casos concretos donde debemos aplicar alguna jurisdicción. Todo esto, en un marco crítico y analítico, que nos permitirá encaminarnos en la búsqueda de este nuevo paradigma filosófico que promete dominar nuestro futuro, pero que ya podemos vislumbrar hoy.

II. EL CONCEPTO TRADICIONAL DE SOBERANÍA

La soberanía, por definición, es el ejercicio del poder supremo del Estado dentro y fuera de su territorio, en los casos de extraterritorialidad.

La palabra soberanía, *souveraineté* o *sovereignty* se usó desde el Medioevo para referirse al poder del soberano, del que estaba sobre todos; o sea, el rey, el príncipe o emperador. Se la usó con ese significado en el francés medieval para referirse al rey o al señor feudal, pero llegó a generalizarse para calificar también a la autoridad del juez o del señor feudal ⁷. Se le atribuye a Bodin el haber elaborado la doctrina clásica de la soberanía, como poder supremo ejercido por el príncipe sobre sus súbditos. La soberanía se manifiesta entonces, como una cualidad que no estaba al principio sujeta a restricciones jurídicas. La soberanía, en el pensamiento de Bodin era: 1) suprema; 2) ilimitada; 3) absoluta; 4) perpetua; 5) imprescriptible. El sujeto de esta soberanía podía ser entonces tanto una mayoría— el pueblo— como un solo individuo —rey o príncipe—. Lo esencial para la teoría bodiniana no era tanto el titular que podía ejercerla como la falta de restricciones legales a ese poder soberano. Guizot;

⁶ Ver PEROTT, Henry H., “Internet ¿Una amenaza...?”, *cit.*, p. 423.

⁷ Ver PELLET LAUBA, Amos, *Teoría del Estado*, LexisNexis, Buenos Aires, 2001.

Rousseau, Hobbes, Sieyès, van a ubicar al "titular" de esta soberanía en Dios, en el pueblo, la colectividad, la Nación, etcétera.⁸

Frente a la realidad que nos presenta Internet, nos preguntamos dónde o en quién recaería esta soberanía. ¿Es posible que recaiga sobre un Estado, sobre una comunidad de Estados, sobre cada individuo, sobre un ente abstracto supranacional?

El concepto de soberanía está dando paso al concepto de co-soberanía. Ésta es la tendencia dominante para responder la pregunta que nos formulábamos anteriormente. La red de redes genera un espacio en donde convergen individuos, independientemente de su ubicación geográfica, y estos individuos, como miembros de Estados, se despojan de sus banderas para interactuar. El conflicto surge cuando se intenta establecer bajo qué pautas actúan y dónde reside esa "soberanía" si nos posicionamos en un espacio sin fronteras.

Esto no sólo sucede en el "ciberespacio". Es la tendencia mundial que las relaciones internacionales y la creación de organismos supranacionales tengan papel primordial en lo que se llamó "derecho de la integración". Es claro el ejemplo de la Comunidad Europea: los Estados miembros están cediendo derechos que tradicionalmente se consideraban indelegables en los órganos comunitarios.

En suma, se resignan estrategias políticas, económicas y de seguridad individuales en beneficio de la seguridad colectiva. Queda claro que aun cuando todo es consecuencia de una negociación, los intereses de la comunidad se hallan por encima de los intereses particulares de cada uno de los actores. Todo esto en la suposición de que los intereses de la comunidad van a ser mejor defendidos en el conjunto.⁹

Es ciertamente verdad que en sintonía con el proceso de globalización, la soberanía de los estados-nación, aunque todavía es efectiva, ha declinado progresivamente. Los principales factores de producción e intercambio —moneda, tecnología, personas y bienes— se mueven con facilidad creciente a través de las fronteras; por lo tanto, el estado-nación tiene cada vez menos poder para regular esos flujos e imponer autoridad sobre la economía.¹⁰

⁸ PELLET LAUBA, Arturo, *Teoría...* cit.

⁹ Ver <http://www.un2000.org.ar/articulos/revista-serrevista-38raquet.htm>.

¹⁰ Ver NEGRI, Antonio - HARDT, Michael, "Empire", Harvard University Press, en <http://www.agendaestrategica.com.ar>

La declinación de la soberanía de los estados-nación no significa que la soberanía en sí haya declinado¹¹.

Nuestra hipótesis es que la soberanía ha tomado una nueva forma, compuesta de una serie de organismos nacionales y supranacionales unidos bajo una nueva y única lógica. Esta nueva forma de lógica única es lo que llamamos Imperio.

La declinación de la soberanía de los estados-nación y su creciente incapacidad para regular los intercambios económicos y culturales son, de hecho, uno de los primeros síntomas del Imperio por llegar. La soberanía de los estados-nación era la piedra angular de los imperialismos que construyeron los países europeos en la era moderna¹².

Sin embargo, por "Imperio" nosotros entendemos algo diferente a "imperialismos".

El imperialismo fue realmente una extensión de la soberanía de los estados-nación europeos más allá de sus fronteras.

En contraste con el imperialismo, el Imperio no establece ningún centro territorial de poder y no descansa en fronteras fijas o barreras. Es un aparato de normas descentradas y desterritorializadas que progresivamente fue incorporando el reino global entero dentro de sus fronteras globales abiertas. El Imperio maneja identidades híbridas, jerarquías flexibles e intercambios plurales a partir de redes moduladas de comando¹³.

El concepto Imperio se caracteriza fundamentalmente por la falta de fronteras: las reglas del Imperio no tienen límites. El concepto de Imperio se refiere a un régimen que efectivamente comprende una totalidad espacial, o que realmente regula sobre la totalidad del mundo "civilizado".

Ninguna frontera territorial limita su espacio de influencia¹⁴.

Podemos afirmar, con lo expresado precedentemente, que estamos frente al incipiente imperio de Internet, donde la velocidad en las transacciones y el intercambio permanente de información son la pata distintiva, y pareciera ser que únicamente un acuerdo multinacional y la consolidación de órganos supraestatales pudieran dotar de una "cabeza" a este Leviatán moderno.

¹¹ SARRIN, SASSER. *Losing Control? Sovereignty in an Age of Globalization*. Columbia University Press, New York, 1996.

¹² VEE NEGRU, Antonio - HARDT, Michael. "Empire", cit.

¹³ NEGRU, Antonio - HARDT, Michael. "Empire", cit.

¹⁴ NEGRU, Antonio - HARDT, Michael. "Empire", cit.

I. Liberalismo y realismo

Como dijimos anteriormente, se han tejido diversas teorías respecto del eventual peligro que corre el ejercicio de las soberanías nacionales a raíz de Internet. El concepto mismo de soberanía, tal como se lo conoce, está en peligro: peligro de desaparición, peligro de deconstrucción, de pérdida de significado.

El profesor H. Perritt rechaza la opinión de Walter Wriston de que la soberanía se encuentra gravemente socavada por el surgimiento de redes mundiales como Internet. Estos críticos, a los que él mismo denomina "realistas" (en oposición a "liberales"), presentan cuatro argumentos interrelacionados para respaldar su tesis de que Internet es un factor de riesgo para la soberanía: 1) la propagación de tecnologías de la información y de la comunicación propias de Internet socava el poder soberano a favor de la actividad económica; 2) la cooperación internacional está debilitada debido, en gran medida, a los dilemas jurisdiccionales en el plano formal y a las diferencias importantes entre los distintos países en lo que atañe a cultura, leyes y valores; 3) Internet constituye una seria amenaza a la capacidad del Estado soberano de controlar los acontecimientos políticos o sociales que tienen lugar dentro de sus fronteras; 4) las tediosas disputas sobre jurisdicción extraterritorial y sobre los efectos de los regímenes legales propios de cada país ponen trabas insuperables a la cooperación internacional¹³.

Esta línea de pensamiento (y nos permitimos la licencia de reformular al Dr. Perritt) podría bien denominarse "clásica absoluta o totalitaria", ya que responde a un ideal de soberanía similar al que predominaba en los tiempos de monarquías absolutas o gobiernos autocráticos, donde los soberanos se veían amenazados por nuevas formas de comunicación. Todo avance tecnológico que permitiera abrir un nuevo espacio al diálogo entre ciudadanos significaba paralelamente un "jaque mate" al poder, que debía poner un coto al desenfreno que estos nuevos canales creaban (entiéndase por avance tecnológico cualquier modo de incrementar y facilitar la comunicación, ya sea la palabra escrita, la imprenta, el telégrafo, la radio, la televisión, Internet hoy).

En contraposición a esta teoría, encontramos el pensamiento "liberal o democrático" del Dr. Perritt, donde se sostiene que Internet fortalece los gobiernos nacionales e internacionales al reforzar el Estado de Derecho de la siguiente manera: 1) fortaleciendo el derecho internacional por me-

¹³ Ver Aron, Keith, "Soberanía...", cit.

dio de tratados y otros documentos que se encuentran ampliamente disponibles, lo cual sienta las bases para establecer una diplomacia virtual; 2) promoviendo una creciente interdependencia económica entre los países y creando y apoyando instituciones como el Banco Mundial y la Organización Mundial del Comercio; 3) confiándole poder a las organizaciones (ONGs) dentro del contexto del mercado; 4) apoyando los mecanismos internacionales de seguridad¹⁶.

Para Aoki, esta postura es acertada, y nos explica que Internet no constituye una amenaza a la soberanía, sino que, si se la comprende correctamente, "Internet es parte de una conjunción de factores que se están multiplicando y transformando nuestras nociones tradicionales en cuanto a que la soberanía de la nación-estado está basada en el territorio en el cual se apoya"¹⁷.

Tanto Perritt como Aoki son pensadores contemporáneos estadounidenses, y cada vez que nombran el Estado de Derecho, o se representan la idea de soberanía, lo hacen sobre la base del estado democrático como lo es EE.UU. La ideología predominante es el gobierno de las mayorías, creando un amplio campo de debate de las ideas, donde cada una de las posiciones defendidas, minoritarias o mayoritarias, puedan ser escuchadas; y prevalezca aquella que la mayoría considere mejor.

Sin embargo, esta idea del Estado democrático cae frente a las posiciones del nuevo Estado Constitucional de Derecho, donde, una vez superadas las debilidades de este sistema que la historia mostró (por ej., acceso de Hitler al poder por medios legítimos de mayorías en la Alemania de la "República de Bismark"¹⁸, se establecen aquellas cosas humanas, normas (us cogens de derecho Internacional), y se establece el ideario normativo que rige al Estado, enunciando los principios y garantías que éste persigue, de modo que ninguna mayoría pudiera ponerlo en jaque.

¿Podría Internet acoplarse a las nuevas corrientes constitucionalistas y, a su vez, constituir foro de discusión de las mayorías?

Creemos que sí. Pero esto no deja de implicar que la soberanía se ve jaqueada por esta red internacional de redes, y que debemos modificar el concepto para darle lugar a la "nueva" soberanía: la de las entidades supranacionales y la del derecho internacional.

¹⁶ Ver PERRITT, Henry H., "Internet...", cit.

¹⁷ AOKI, Keith, "Intellectual Property and Sovereignty: Notes towards a Cultural Geography of Authorship", *Stan L. Rev.*, no. 48, p. 1293, 1996.

¹⁸ Ver GU, DOMESTICAZO, Andrés, *Neonacionalismos y derechos colectivos*, Ediar, Buenos Aires, 2004.

3. La teoría de las relaciones internacionales hoy

Internet ofrece una gran promesa a los sistemas de gobiernos nacionales e internacionales, si tomamos una visión liberal como la que describíamos precedentemente. Esta visión se fundamenta en lo que se denomina teoría liberal de las relaciones internacionales.

En primer lugar, Internet puede brindar el mismo apoyo al Estado de Derecho Internacional que al Estado de Derecho Nacional. En segundo lugar, puede contribuir al desarrollo de una interdependencia económica entre Estados y pueblos. En tercer lugar, los actores no estatales, en forma de Organizaciones No Gubernamentales Internacionales, pueden incrementar su participación en las relaciones internacionales mediante el uso de Internet. Finalmente, las operaciones de paz y seguridad colectiva pueden reforzarse utilizando los mecanismos de comunicación que brinda Internet.¹⁹

Bill Maurer, en su trabajo "Soberanías ciberespaciales: finanzas *offshore*, efectivo digital y límites del liberalismo", critica la postura que enunciábamos originalmente sobre las Relaciones Internacionales, entendiendo que el "liberalismo", como opuesto al "realismo", toma las relaciones internacionales en términos de "anarquía y relaciones de poder irracional entre los estados soberanos (que se consideran actores abstractos)". Maurer, en su obra, propone considerar la teoría liberal de las relaciones internacionales como parte de una ideología que codifica y se esfuerza por reforzar las problemáticas visiones sobre el Estado, la soberanía, el mercado y la moralidad.²⁰

Esta "codificación" estaría más cerca de lo que llamamos "ideario de los Estados", cuando nos referíamos al Estado Constitucional de Derecho en el punto II.1 (codificación de derecho público - codificación como "constitución supraestatal" que marca líneas de conducta para aquellos Estados parte de los tratados que suscriben - codificación como "pauta de lo indecible o indebatible por las mayorías coyunturales de las democracias mayoritarias") que a lo que nos representamos como un Código de Derecho Privado, lo que sería inapropiado para la materia "Internet", según lo manifestado en el punto 1.

En este contexto, podríamos afirmar que las relaciones internacionales y el derecho internacional intersectan en su camino el fenómeno de Internet. Por un lado, las relaciones internacionales y el derecho público.

¹⁹ Ver AOKI, Keith, "Soberanías...", cit.

²⁰ Ver MAURER, Bill, "Soberanías ciberespaciales: finanzas *offshore*", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 5, 1998, p. 493.

Por otro lado, Internet y el derecho privado de los particulares. En la intersección, un nímbo (un "imperio", en términos del punto II de este trabajo), en el cual ningún Estado puede ejercer su soberanía o jurisdicción, sin pactar la co-soberanía con aquellos otros Estados que convergen en la red, y los particulares creando derecho a partir de los usos y costumbres de la red.

III. MULTIPLICIDAD DE SOBERANÍAS EN INTERNET

Como ya dijimos, concluimos que en Internet convergen distintas soberanías, cada cual con sus particularidades. Ninguna puede imponerse sobre otra, ya que el principio rector de la red de redes es la no-territorialidad de la soberanía como concepto revolucionante.

Se conjuga en ella un espacio sin espacio físico: una realidad virtual. Y en este encuadre debemos reformular el concepto de soberanía.

Algunos teóricos a los que se les denomina "realistas"²¹ sostienen la teoría que presenta a Internet como un factor de riesgo para la soberanía. Sin embargo, se oponen a aquellos que sostienen que Internet fortalece los gobiernos nacionales a través de la creación de un ámbito de debate y deliberación democrática, sumado a una permanente "vidriera" donde se da publicidad a los actos de gobierno y a la información estatal.

De esta forma, y siguiendo distintos frentes de análisis propuestos por Keith Aoki, profesor adjunto de Derecho de la University of Oregon School of Law, pasaremos a examinar tres aspectos que modifican radicalmente los conceptos tradicionales de la teoría del derecho y la teoría del Estado: 1) la reconfiguración de lo público/lo privado; 2) la pérdida de fe en las instituciones políticas y la desilusión con respecto a los ideales; 3) la multiplicación de espacios y la pérdida de lugar²².

I. Lo público y lo privado

"Al menos desde el análisis de la distinción de lo público y lo privado que hicieron los partidarios del realismo jurídico en las décadas del 20 y del 30, que avaló el surgimiento del Estado burocrático administrativo estadounidense, la noción de que la distinción público/privado es incohe-

²¹ Ver WRISTON, Walter, "The Twilight of sovereignty", en www.nytimes.com/library/cyberline/07/09/09twi.html.

²² Ver AOKI, Keith, "Soberanía...", cit.

rente en el mejor de los casos y pernicioso en el peor, ha pasado del iconoclasmo al sentido común y luego al cliché”²³.

Debemos tener presente, en primer lugar, la interpretación entre lo público y lo privado que ha ido teniendo lugar en niveles que abarcan de lo nacional a lo internacional.

Esta interpretación funcional dificulta sobremedera las concepciones tradicionales acerca de las formas de soberanía, ya sea de gobiernos locales o de instituciones públicas que ejercen poder soberano. Cada vez más, las diferentes clases de instituciones y organismos privados han adquirido aspectos de soberanía y han surgido instituciones híbridas que no son completamente públicas ni completamente privadas.

Entiéndase por este fenómeno de privatización de lo público, o publicidad de lo privado, el surgimiento, a nivel nacional, de cooperativas, sociedades de desarrollo comunitario, fideicomisos para la administración de fondos para tierras, etc.; y a nivel internacional, la proliferación de ONGs que abarcan distintos tipos de problemáticas.

De esta forma, entidades privadas se encuentran realizando tareas que originariamente eran potestades únicamente del poder público, y desde el Estado o la Administración se toman prerrogativas de los actores típicamente de la esfera privada.

La retórica de la interpenetración de lo público en lo privado y viceversa también responde a una concepción ontológica que se relaciona con el devenir histórico del neoconstitucionalismo²⁴, en el cual el Estado ya no se rige por las reglas de las mayorías coyunturales democráticas, ni deja todo al libre albedrío de las leyes del mercado, sino que se establecen pautas improrrogables e indisponibles, y es allí donde “lo público” toma en cierta medida lo que anteriormente se consideraba en la esfera de lo “privado”, para garantizar ciertos estándares de “bienestar” a sus ciudadanos.

Algunas críticas ideológicas a esta postura afirman que no se trataría de una “interpenetración” de esferas, sino más bien de una usurpación. Pero este aspecto sólo puede encuadrarse en una postura neohobbesiana, donde el modelo Estado absolutista demoníaco²⁵ oculta los graves efectos normativos y distributivos que pueden tener estas afirmaciones acerca de lo que no se puede transvasar de una esfera a la otra.

Internet surge originariamente como una red subsidiada por fondos del gobierno estadounidense para proporcionarse un sistema fiable de man-

²³ Acot, Keith, “Soberanía...”, *cit.*

²⁴ Ver Gil, Domínguez, Andrés, *Neoconstitucionalismo...*, *cit.*

²⁵ Ver Bovens, James, “Foucault in Cyberspace”, *U. Cinn. E. Rev.* no. 66, 1997, p. 177.

tenimiento e intercambio de información frente a un posible atentado nuclear, *post* Segunda Guerra Mundial.

Visto desde este supuesto fáctico, no cabría duda alguna ante la afirmación del carácter público de Internet, entendiendo como público la esfera de la actividad estatal. Sin embargo, la teoría libertaria o liberal de Internet ²⁶ sostiene que Internet es privada y "pre política", y que desde esta red se fortalece el sentido liberal de las relaciones interpersonales.

Ya sea la dicotomía público/privado, o la tendencia de su interrelación, nos obligan a reformular sus principios a partir de la red de redes, debiendo entenderla como un multiespacio donde ambas esferas se desarrollan independientemente la una de la otra, y a su vez se relacionan, no siendo ni la relación ni la separación la postura imperante. Está en cada Estado, en ejercicio de su soberanía, determinar cuánto y en qué proporción se va a exponer y a publicitar a través de la Internet.

2. Las instituciones y el ideario del Estado

La pérdida de fe y desilusión actual respecto de las instituciones e ideales políticos está relacionada con la reconfiguración de la distinción público/privado mencionada anteriormente.

La conciencia cívica y el sentimiento de pertenencia de la nacionalidad pareciera desdibujarse en Internet, pese al esfuerzo de algunos autores, como Ross Perroti y el prof. Perritt, de ver una nueva "arena" política en la Internet, para facilitar la voluntad de tomar un rol positivo de los ciudadanos en las decisiones de su lugar (por ej.: "municipios electrónicos"), foros de discusión y debate comunales, sufragio por Internet).

Paradójicamente, el fenómeno de Internet pareciera justamente propiciar lo contrario: el estandarte de la no-identidad, del anonimato, del *alter ego* virtual.

De hecho, una de las armas más fuertes del Estado para alimentar sus ingresos (la recaudación), también comienza a tambalear y flaquear frente a este nuevo "lugar virtual" de convergencia entre ciudadanos, comerciantes, empresas y autoridades. "John Perry Barlow, cofundador de la Electronic Frontier Foundation, en una conferencia llevada a cabo en Oregon a fines de 1995, especuló que el día en que el *e-cash* (dinero electrónico) sea viable, los impuestos se volverán voluntarios (con las previ-

²⁶ Ver Acos, Keith, "Soberanías...", *op.*

sibles consecuencias para las políticas tributarias y de transferencia del Estado contemporáneo)"²⁷.

A su vez, no sólo este aspecto se ve obligado a adaptarse y mutar. También a nivel nacional e internacional se ve el esfuerzo por superar esta desilusión "territorial-cívica", para dar nacimiento a una conciencia superior de supranacionalidad, a través del respeto de los derechos humanos (Tratados de Protección de D.D.HH., Carta de la ONU, Pacto de Derechos Civiles y Políticos, Pacto sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, etc.), y por el trabajo de las ONGs con ámbitos espaciales de acción de alcance global.

"Muchos especialistas en derecho internacional hicieron referencia últimamente a la noción de tres generaciones de derechos humanos. La expresión y la comunicación digitales plantean interrogantes de importancia acerca de la repetición de estos derechos. La primera generación consiste en lo que podrían denominarse derechos "negativos", es decir, derechos contra la intervención del Estado en lo que hace a la libertad de expresión, contra el allanamiento y el embargo sin una orden judicial, contra el encarcelamiento sin un debido proceso. Este tipo de derechos son ejemplos de situaciones de "liberación" de injusticias del ejercicio del poder estatal contra la propiedad o la persona. La segunda generación de derechos humanos tiene que ver con los derechos de discriminación positiva: aquellos derechos que puede tener un individuo por medio de los cuales goza de beneficios otorgados por el Estado, como alimento, salud, educación, vestimenta y vivienda. La formulación legal de la tercera generación de derechos humanos es la que consiste en los "derechos de grupo" o de solidaridad: derechos que poseen uno o varios grupos dentro de una sociedad"²⁸. Estos últimos son los denominados derechos colectivos.

La transnacionalización de las fronteras en el ámbito del ciberespacio hace que muchos Estados soberanos busquen imponer, o exportar, mejor dicho, sus propios conceptos o ideologías con respecto a la protección de estos derechos. Tal es el caso de EE.UU. y su "exportación" del *copyright*, con su consecuente derecho del *fair use*, extensible a cualquier individuo o Estado. O el caso de Alemania, y su "exportación" del *prochéc* y la condena de cualquier tipo de manifestación de odio racial o xenófobo (que a su vez choca con el precepto estadounidense de "total libre albedrío" para el derecho de expresarse).

²⁷ Ver Simposio "Innovation and the Information Environment", en Aoki, Keith, "Soberanías...", cit.

²⁸ Aoki, Keith, "Soberanías...", cit.

3. Multiplicación de espacios y pérdida de lugar

Para unir las dos tendencias anteriores, es necesario comprender una paradoja fundamental de la globalización: el mundo es cada vez más homogéneo, pero está cada vez más lleno de diferencias.

"Comprender esta paradoja implica darse cuenta de que vivimos en un mundo formado por una matriz en continua transformación de soberanías superpuestas, múltiples, opuestas, y por momentos, contradictorias. Algunas de estas soberanías son privadas, otras públicas; algunas con características de cierta nación o Estado, otras carecen de ubicación geográfica determinada"²⁸.

Las relaciones entre subjetividad y tecnología, particularmente en el uso de Internet como mediación entre los sujetos, manifiesta la existencia de condiciones para *imbricar* una fragmentación que se repite en el ámbito personal y público, del sujeto, del Estado y de las instituciones.

Gergen Kenneth, en su libro *El yo dividido*, señala que la multiplicación de las relaciones mediadas por la tecnología van haciendo desaparecer cara a cara para producir una cultura que denomina de "microondas", metaforizando "el concepto de aplicar calor intenso para obtener de inmediato alimentos", y lo traslada a los vínculos mediados por la tecnología²⁹.

Podríamos decir que en la medida en que los espacios reales fragmentan y segregan, nuevas redes fundan "ciudades virtuales" recreando lazos.

La continua tendencia a la privatización de los espacios urbanos, la reetracción a lo privado, la falta de seguridad en las mega ciudades, aliena un privado como es la red, donde estar cerca implica estar lejos y medidos.

Estos nuevos tipos de vínculos merecen un análisis a la luz de las relaciones entre espacios virtuales producto de lo digital y virtualizaciones de espacio público, producto de la privatización, la globalización y la concentración económica.

Un deterioro histórico en los vínculos en las grandes ciudades se observa a través de la pérdida constante de pertenencia.

Los barrios van desdibujando su perfil de particularidades para ajustarse a los modelos de comercialización; de este modo, cada barrio empieza a perder las características que lo hacen singular. Este fenómeno se observa en las multiplicaciones de opciones de centros, cada uno similar

²⁸ Aoki, Keith, "Soberanías...", cit.

²⁹ Ver http://www.informaticamedica.org/revistas/revista_3.asp?id_noticia=16.

a otro, donde a modo de anillos se conectan y desconectan. La presencia de una tecnología como Internet nos muestra las nuevas localizaciones de las personas, que reciclan sus desventuras y desubicaciones en las ciudades reales, para convertirse en habitantes de un espacio de anonimato que, paradójicamente, si bien presenta las características de "no lugar", este aspecto de recuperación de identidades perdidas lo convierte en un lugar.

IV. ¿QUÉN GOBIERNA EL CIBERESPACIO?

Este no-lugar/lugar que configura el ciberespacio conjuga individuos y todo tipo de asociaciones y relaciones que entre ellos se producen: desde las más primitivas, como los lazos familiares o de amistad, pasando por las asociaciones comerciales, hasta llegar a las relaciones ciudadano-estado, o Estados entre sí. Todo confluye o fluye, se inicia, transcurre, o concluye, en su totalidad o en parte, a través de Internet.

De esta forma, se nos plantea el interrogante acerca de quién tiene la última palabra frente a cualquier conflicto que pueda suscitarse entre estos ciberautas.

La compleja red de relaciones en Internet deja abierta la posibilidad a la existencia de conflictos de materia penal, civil, comercial o administrativa. Cada una de estas ramas del derecho debe ajustarse a las nuevas reglas de juego y ofrecer frente a los conflictos una solución holística, integral, eficaz y, sobre todo, expedita.

I. Economía internacional, propiedad intelectual y "armonización vertical"

Dejando de lado las observaciones generales acerca de las relaciones que se entretienen a partir de Internet, podemos hacer una breve aproximación a los conflictos cibemáticos, y a los delitos informáticos más comunes.

El derecho de la propiedad intelectual resulta un área de suma utilidad para estudiar algunas de las transformaciones ideológicas y legales provocadas por el discurso de la globalización.

"Los problemas de la protección internacional de los derechos de propiedad intelectual en Internet plantean el siguiente interrogante: ¿cómo es posible afirmar la estabilidad de las fronteras territoriales frente a avances tecnológicos que las vuelven porosas y problemáticas?"²¹

²¹ Aoki, Koich, "Soberanía...", cit.

Tal vez respondiendo el interrogante planteado por el prof. Aoki, podemos decir que justamente es imposible afirmar las fronteras territoriales, cuando Internet borra fronteras, conjugando en el ciberespacio las distintas identidades nacionales. Surge de esta manera la necesidad imperiosa de ponerse de acuerdo, y por ejercicio propio de la soberanía de cada Estado, concluir tratados y acuerdos internacionales que den al ordenamiento un pliego normativo acordado y uniforme para distintos aspectos que puedan suscitarse.

Sin embargo, debido a que los regímenes legales difieren marcadamente según cada país, resulta problemático tratar de establecer un marco de referencia internacional para la protección, por ejemplo, de la propiedad intelectual. Entonces, el tema en cuestión consiste en decidir cuál será el marco de referencia y las normas de protección que se convertirán en el modelo internacional.

Hemos elegido para abordar el tema de la jurisdicción la problemática de la propiedad intelectual, porque es un tópico sobre el cual, en la actualidad, ya se han dado algunos intentos internacionales para lograr, a nivel global, una solución normativa.

Tal es el caso de la Convención de Berna y el convenio GATT-TRIP, donde se han establecido ciertos parámetros de protección, acordes con las leyes estadounidenses del *copyright*.

Este ejemplo da una idea clara del fenómeno de la "armonización vertical", según explica en su texto el profesor Aoki.

La armonización vertical consiste en el acuerdo internacional sobre la aplicación de determinada normativa para el caso concreto (llámese propiedad intelectual, derechos de autor, delitos informáticos, *hackers*, *crackers*, etc.), pero que siempre responde a los intereses de aquellas potencias con más poder político y económico, quienes imponen a las otras "sus" propios modelos y los exportan, imponiéndolos y haciéndolos la "ley global irresistible".

Es momento de plantearse hasta qué punto la eliminación de fronteras en Internet, y la consolidación de una sola comunidad global, no acrecienta las diferencias existentes hoy entre países del primer mundo y países subdesarrollados, teniendo siempre los primeros la voz más fuerte para ser oída, y logrando así legitimar sus propios modelos como "normas mundiales".

Debemos analizar cuál es el alcance de esta república global, sin soberanías determinadas, donde se deja libre a la "ley del más fuerte" la imposición de normas rectoras, oculta tras el velo de la "discusión y la búsqueda del consenso internacional".

¿Hay igualdad de oportunidades para todos aquellos Estados que confluyen en la red, para debatir y discutir sobre cuál es la norma que debe aplicarse, o cuál es el mejor derecho a defender? Y si es así, ¿qué sucede con aquellos lugares del planeta donde no ha llegado el fenómeno de Internet? ¿No participan de esta comunidad internacional/virtual creada, o deberán aceptar lo que en ese nuevo espacio se debata y se discuta, y finalmente se decida, sin su presencia?

Estamos ante el surgimiento de un fenómeno paralelo al mundo real en el que vivimos, y todavía no hemos podido vivenciar los alcances de su desarrollo.

2. Conflictos de jurisdicción

La determinación de la "ley aplicable" o de la "competencia judicial" para entender en un caso o conflicto siempre ha sido un tema de relevancia jurídica tanto para el derecho interno como para el internacional.

"¿Cuál es el juez que debe entender en cada caso? Para determinar esta cuestión resulta necesario efectuar un análisis particularizado del caso judicial, esto es: quiénes son las partes (criterio subjetivo); cuál es el objeto (criterio material); en dónde se produjo (criterio territorial)"³². Todos estos criterios nos servirán para determinar cuál jurisdicción es competente para entender en una determinada cuestión y qué ley sustantiva debe aplicarse.

"El auge de la red global Internet no sólo como red global de información sino como 'intermediadora' en las relaciones comerciales nacionales e internacionales nos pone ante un nuevo campo de estudio".

"La razón de la intensa utilización de este medio reside en los factores de velocidad y tiempo que acortan las distancias internacionales abaratando los costos. Si bien Internet seguirá creciendo, las empresas que más rápido logren establecer contacto con sus clientes por este medio saldrán ganando. Cuando nos referimos al *e-commerce* debemos distinguir el *business to business* (B2B) del *business to consumer* (B2C). Un estudio de mercado realizado recientemente indicó que en dos años el volumen de transacciones en el primer sector será 10 veces mayor en tamaño que el B2C. Por último, este mismo estudio menciona la importancia de la logística en la nueva economía"³³.

³² Ver <http://www.ii-ccmit.org.ar/institucion/>.

³³ Ver <http://www.ii-ccmit.org.ar/institucion/>.

Nos encontramos ante una época de convergencia en telecomunicaciones, esto es, ante un universo virtual de información transmitida mediante equipos, programas, medios de audio y video, teléfono y televisión, cable y satélite.

No resulta claro cuál es la "jurisdicción aplicable" a un caso o conflicto judicial ocurrido en una transacción comercial o de otra índole realizada en el ciberespacio (espacio virtual Internet), a lo que se debe sumar otro vicio inconveniente: "la falta de regulación uniforme en materia del derecho internacional privado". Todo esto ha producido una serie de interpretaciones doctrinarias y jurisdiccionales diversas que serán profundamente analizadas en este trabajo.

En EE.UU. y Europa se está avanzado en el estudio de posibles medios alternativos de solución de conflictos, entre otros, puede citarse el magistrado virtual, *e-resolution.ca*, y la utilización de la figura del arbitraje internacional hasta tanto se pueda tener una justicia permanente.

2.1. *Tratados de elección del derecho aplicable*

"La naturaleza de la jurisdicción en Internet es 'virtual' porque cualquier ciudadano del planeta puede acceder desde una PC (*software* y *hardware*) libremente a la (web) *WWW* mediante la red Internet y se conecta mediante un "proveedor" (ISP) (Internet Service Provider). Uno puede acceder al ciberespacio sólo a través del *software* y éste define los términos de acceso. Esta obligación se hace cumplir mediante el sistema que se conoce como el de "codificación informática"²⁴.

Tanto el "usuario" como el "proveedor", en caso de conflicto comercial, se encuentran ubicados en un espacio territorial. Por lo que corresponde recurrir a la jurisdicción *in personam* del usuario o del proveedor.

Al ser un "lugar virtual", la Corte Suprema de Justicia de la Nación —en materia aeronáutica y de derecho de navegación— ha entendido que es jurisdicción federal. Podría ser utilizado este criterio análogamente para el caso de conflictos en el ciberespacio, siempre que se trate de comercio interjurisdiccional o de elementos extranjeros que hagan necesario el envío al derecho sustancial extranjero.

A veces los países acuerdan en forma previa qué leyes deben regir una disputa internacional. En el contexto del ciberespacio, resultaría útil contar con esta referencia, pero esto aún no se ha dado hasta nuestros días.

²⁴ Ver <http://www.cit-convit.org/ambemissario>.

Sin embargo, un tratado vigente que ejemplifica la cuestión, es el de la Directiva Satelital Europea (*European Satellite Directive*), que establece que las leyes del país donde se produce el *apshot* —es decir, de donde se originan las emisiones infractoras a una ley, por ej., ley del *copyright*— deben regir las disputas³⁵.

Se ha sugerido que se aplique esta normativa modelo para los casos de piratería en Internet, mediante una norma referida al país de donde se sube el *software* a la red. De este modo, regirían el caso las leyes del país desde donde se transmitió originariamente una copia no autorizada.

Analizaremos la cuestión que se suscita frente a la accesibilidad digital a los contenidos de Internet (productos, información, etc.) y si está sujeta esta información al que la recibe, al que la envía, si es afectado por las leyes y sanciones del país donde la comunicación se origina, del país que atraviesa, del país donde termina, o de los tres.

El derecho internacional se ocupa de elegir qué ley se aplica a las disputas transnacionales y qué Corte tiene jurisdicción para aplicarla. De esta forma, debería poderse unificar reglas para elegir la ley aplicable, pero no unificar el derecho sustantivo³⁶.

La ley del domicilio del demandante como del demandado o el domicilio de la parte que origina la comunicación pueden ser elegidos para gobernar el caso.

Para analizar las cuestiones comerciales que se suscitan a través de Internet, la *lex mercatoria* o ley de comercio, como analogía, nos sirve para entender el fenómeno. Esta comenzó como una colección de prácticas entre viajantes de comercio en la Europa medieval, y fue obligatoria en todos los países comerciales del mundo civilizado. Junto a las reglas comunes de derecho que se aplicaron a las transacciones no comerciales, lograron un nivel de entendimiento legal compartido. De esta misma forma, los usuarios de la red deberían cargarse de un conocimiento de las costumbres y usos del mundo en línea. Así, la ley de comercio es análogamente atractiva por su adaptabilidad al cambio legal y técnico.

Frente al lento proceso legal convencional, este derecho del ciberespacio podría adaptarse mejor a la cultura y a la tecnología de Internet, de cambio vertiginoso.

Muchos autores creen que el modo más efectivo de resolver problemas de comercio a través de Internet es usar una selección del tribunal y

³⁵ Ver *Agreement on satellite broadcasting*, art. 10.

³⁶ Ver Christodoulou, Kery, "La piratería informática del ciberespacio", *Law and Policy in International Business*, 1996.

una selección de cláusulas legales de contratos entre los usuarios y proveedores del servicio como medio de acordar una forma de elección común del derecho, antes de dejar todo librado a la incertidumbre de elecciones de regímenes legales orientados geográficamente.

2.2. Contratos click-wraps

Se conocen con el nombre de contratos de *click-wraps* a aquellos contratos que se materializan a través de Internet, y se fija la jurisdicción aplicable a partir de hacer un "clic" con el botón del *mouse*³⁷.

Estos contratos pueden encuadrarse en la normativa referida a los contratos a distancia.

La Directiva de la UE sobre Protección de los Consumidores en los Contratos a Distancia tiene como propósito "unificar el derecho concerniente a los contratos de los consumidores vía un medio de comunicación 'a distancia', como el *e-mail* y la Internet".

Para que el hecho de "fijar" la jurisdicción aplicable en estas transacciones comerciales no sea abusivo o arbitrario, se ha elaborado una teoría a partir de la cual pueden protegerse, en cierta medida, los derechos del consumidor o usuario.

"Requisitos:

"1. Cierta información debe ser provista al consumidor antes de que se obligue por medio del clic.

"2. Éste tiene derecho a renunciar por siete días de plazo.

"3. Debe darse la confirmación escrita de información, en un medio durable.

"El art. 12 de la Directiva establece que los consumidores no pueden renunciar explícitamente a los derechos conferidos por la Directiva y no pueden implícitamente renunciar a tales derechos acordando aplicar un derecho donde el consumidor carezca de las protecciones que tiene la Directiva.

"Los contratos *click-wrap* de Internet no podrían implementar una elección del derecho que dé a los consumidores menos que la plena protección que le brinda la Directiva"³⁸.

La Directiva cambia la práctica de las licencias de *click-wrap* traspasando poder de los comerciantes a los consumidores. Los contratos serán

³⁷ Ver CHRISTENSEN, Kory, "La piratería informática del ciberespacio", *Law and Policy in International Business*, 1996.

³⁸ www.it-cornell.org/cornellseries/DereEconDIG7000/materia/DereEconDere2.ppt.

la última guía, y en cambio el estatuto de protección del consumidor de la UE gobernará.

De esta forma, las normales usanzas comerciales determinan que tratándose de relaciones B2C, la jurisdicción del lugar donde se encuentra el cliente o consumidor será la aplicable, no ocurriendo lo mismo en los contratos B2B, donde la jurisdicción podrá estar ampliamente disponible por el método *click-wrap*.

2.3. Limitaciones de la elección del derecho aplicable

A los efectos prácticos, la elección del derecho aplicable puede determinar la elección también del fuero. Esta afirmación se basa en que, con frecuencia, los tribunales no están dispuestos a ocuparse de los aspectos extraterritoriales de los casos.

Las diferencias en el ámbito del derecho positivo también pueden ser un factor de influencia en la elección del fuero. El fuero ideal será aquel donde el derecho positivo en la materia en cuestión sea más fuerte.

Sin embargo, el derecho positivo no es considerado de igual manera por todos los Estados que son parte, a través de alguno de sus ciudadanos, en un conflicto por Internet. Los países suelen diferir en lo que respecta a las actividades específicas que infringen el derecho de producción intelectual, y esto también presenta una seria dificultad a la hora de homogeneizar las normativas con el fin de encontrar una solución viable a los conflictos.

V. CONCLUSIONES

A partir de lo expuesto en este trabajo hemos realizado un breve recorrido a través de algunas de las problemáticas que surgen desde la proliferación a nivel mundial de la Internet.

El concepto de soberanía se ve obligado a mutar. A adaptarse para no extinguirse. Y en esta reformulación conceptual nos vemos obligados a pensar en un lugar despojado de toda idea física de "lugar". De esta forma vemos una soberanía *a-territorial*, soberanía *supranacional*, soberanía *de no-estados*.

A su vez, las nuevas relaciones que nacen para estos ciudadanos que se congregan en la red de redes nos plantea el perfil de un individuo anónimo, incluso despojado de toda conciencia cívica. Es el reinado de los Estados de no-ciudadanos, pese a las corrientes que afirman que Internet funcionaría reafirmando la idea de soberanía y de democracia participativa, al mejor estilo liberal.

No debemos olvidarnos del hecho fáctico que presupone que todos aquellos que defienden la idea de Internet como fortalecedora del concepto de soberanía provienen de EE.UU., y el paradigma que defienden es el del libre albedrío individual, liberalismo económico y estado democrático de derecho, olvidándose o relegando la tendencia del neoconstitucionalismo, donde se busca una mayor protección a nivel mundial de ciertos derechos que se consideran indisponibles para las mayorías coyunturales.

Nos corresponde situarnos desde Argentina para analizar este fenómeno de Internet desde la óptica del subdesarrollo. Internet puede configurar una poderosa arma para insertarnos y sacar provecho en un mundo altamente competitivo, o también puede significar un nuevo ámbito para la sumisión a las normas impuestas por las superpotencias.

Paralelamente, la brecha entre primer y tercer mundo pareciera acrecentarse con la dicotomía: países "informatizados", o en "vías de informatización". Consideramos que el primer paso para superar estas cuestiones ya lo viene aportando el derecho internacional desde 1945, consolidando la idea de comunión y diálogo para superar las diferencias entre Estados.

Nuevamente, girar el enfoque hacia el derecho parece ser la mejor vía para lograr el consenso entre los hombres.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ACKI, Keith, "Soberanías múltiples y superpuestas", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 1998, en CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo - MONTES DE OCA, Ángel, *Derecho de Internet*, Heliasta, Buenos Aires, 2004.

BERALEGLIA, Carlos, *Violencia y cultura*, Biblío, Buenos Aires, 2003.

CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo - MONTES DE OCA, Ángel, *Derecho de Internet*, Heliasta, Buenos Aires, 2004.

CHRISTENSEN, Kory, "La piratería informática en el ciberespacio", *Law and Policy in International Business*, 1996, en CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo - MONTES DE OCA, Ángel, *Derecho de Internet*, Heliasta, Buenos Aires, 2004.

GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*, Ediar, Buenos Aires, 2004.

PELLET LASTRA, Arturo, *Teoría del Estado*, LexisNexis, Buenos Aires, 2003.

PERRITT, Henry, "Internet: ¿Una amenaza para la soberanía?", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 1998, en CABANELLAS DE LAS CUEVAS,

Guillermo - MONTES DE OCA, Ángel, *Derecho de Internet*, Heliasta, Buenos Aires, 2004.

Web sites visitados

<http://www.ser2000.org.ar/articulos-revista-ser/revista-3/bruquet.htm>.

<http://www.agendaestrategica.com.ar>.

www.nytimes.com/library/cyber/law/07/097law.html.

http://www.informaticamedica.org.ar/antteriores_7.asp?id_nota=56.

<http://www.it-cenit.org.ar/seminarios>.

www.it-cenit.org.ar/Seminarios/DerEconDIG2000/material/ocleg/brenna2.ppt.

V CONCURSO DE ENSAYOS "DR. IGNACIO WINIZKY"
DE HISTORIA DEL DERECHO ARGENTINO

ESTEBAN ECHEVERRÍA Y SUS REGLAS LOCALES DE CRITERIO SOCIALISTA

PATRICIO B. ESTEBAN*

Resumen: Este artículo analiza diferentes aspectos relacionados con el pensamiento de Esteban Echeverría y su influencia en la historia y en la sociedad argentina, centrándose en las principales temáticas que conforman su ideario social.

Abstract: This paper deals with different aspects of the thought of Esteban Echeverría and his influence on Argentine history and society, with focus on the main themes forming his social ideas.

Palabras clave: Esteban Echeverría - Nación - Sociedad - Dogma de Mayo - Religión - Rosas - Industria - Economía.

Keywords: Esteban Echeverría - Nation - Society - May Dogma - Religion - Rosas - Industry - Economy.

I. INTRODUCCIÓN

Esteban Echeverría es una personalidad de nuestra historia a la que se le han atribuido muchos títulos. Entre ellos figuran el de escritor costumbrista, el de ser el primer poeta en retratar con la nostalgia del romántico las extensiones de la pampa, el de embajador de la escuela saintsimoniana en el Plata, y así hasta llegar a considerarlo directamente el fundador de la ciencia política argentina.

Conscientes de esto, nos hemos propuesto no caer en reiteraciones. Por eso es el aporte que pretendemos hacer al estudio de su legado no volveremos más que lo necesario sobre sus raíces filosóficas y su historia de vida, temas que ya han sido tratados en profundidad y en trabajos altamente recomendables, algunos de muy reciente data.

Lo que sí nos interesa es descender a lo más concreto de su ideario social, ahondar en aquellos puntos que a menudo quedan relegados a un

* Abogado (UBA). Este trabajo obtuvo el Primer Premio en el VI Concurso de Ensayos "Dr. Ignacio Winkler" sobre Historia del Derecho Argentina.

segundo plano por el estudio de sus conexiones con el socialismo francés, y que entendemos hacen al costado más nacional y pragmático del autor. Es en virtud de estas propuestas que pese a que nunca ocupó bancadas ni ejerció más que un modesto cargo en el Instituto de Instrucción Pública de Uruguay, nos animamos a considerarlo un verdadero estadista.

Otra parte de nuestra tarea consistirá en destacar el valor como fuente histórica de sus primeros discursos en las sesiones del Salón Literario y de su segunda carta al Editor del *Archivo Americano*, dos joyas de la obra echeverriana que a nuestro juicio resultan tan importantes para conocer su pensamiento como el mismo *Dogma de Mayo*.

Sentados estos parámetros, haremos a continuación una breve incursión en los aspectos más generales de su doctrina, para luego introducirnos en sus reflexiones sobre temas más vinculados al desarrollo de la nación.

II. LA FILOSOFÍA DE ESTEBAN ECHEVERRÍA

La bisagra filosófica del pensamiento social del autor viene dada por la ley del progreso humano que toma de Leibniz, Herder, Turgot, Condorcet y principalmente Pedro Leroux, continuador en la rama católica de las enseñanzas de Saint Simon y que cautivó su atención durante los últimos años. Además estudió a Lermnier, Volney, Pascal, Vico, Guizot, Montesquieu —cuya teoría de la contraposición de poderes rechaza de plano—, y aun cuando reniega de su doctrina en más de una oportunidad, también a Cousin.

Predica que el universo es movimiento. La Providencia ha colocado en todos los elementos de la creación el principio de la transformación constante y que se desenvuelve en cada ser según las particularidades de su propia esencia.

El género humano lógicamente no escapa a esta previsión y su lugar en el plan divino viene articulado en las palabras del Evangelio, que le impone como horizonte el ideal de la perfección indefinida, entendida ésta como el mejoramiento continuo de su condición moral, intelectual, material, cultural y política.

Cada nación tiene a su vez su propia ley de desarrollo, en la que está cifrada la forma en la que debe concurrir al plan general de la humanidad, que puede deducirse del estudio de sus tradiciones, sus costumbres y su situación geográfica y temporal. En el libre desarrollo de estos factores está inscripta la noción misma de nacionalidad que, a su vez, es el reflejo

de la forma particular en que el espíritu universal que rige todas las cosas se manifiesta en una sociedad determinada.

Ahora bien, Echeverría creía que, habiendo un proyecto común a toda la especie humana, era mejor dejar el estudio de las cuestiones de interés universal a las naciones que contaban con un instrumental teórico más completo y que tenían menos necesidad de comprometer sus recursos en cuestiones domésticas. Las jóvenes repúblicas de América debían atender prioritariamente al armado de sus instituciones y al descubrimiento de su ser cultural, y mientras tanto, dado que la caída del monopolio español las había dejado en posición de comerciar intelectualmente con los países más desarrollados, aprovechar sus investigaciones en la medida en que fueran adaptables a estas tierras.

Conforme lo han hecho invariablemente todas las doctrinas sociales y filosóficas, el *Dogma de Mayo* también aborda en sus primeras páginas el problema del individuo frente a la comunidad. Dice el autor que en la conciliación armónica de ambos valores se encuentra comprendido todo el problema de la ciencia social, y a continuación anota: "...el derecho del hombre y el derecho de la asociación son igualmente legítimos [...] la sociedad debe poner a cubierto la independencia individual de todos sus miembros, como todas las individualidades están obligadas a concurrir con todas sus fuerzas al bien de la patria".

Alejándose de la postura iluminista que veía en el ingreso a la vida comunitaria una abdicación parcial de derechos, parte del principio según el cual la sociedad es la matriz necesaria para que el individuo desarrolle sin trabas sus aspiraciones a la perfección; asegura que a estos fines la Providencia ha colocado en el corazón de los hombres el sentimiento de asociación y fraternidad, y que el ser colectivo es, por lo tanto, un instrumento divino del progreso humano.

La sociedad tiene un doble mandato de autoconservación. Por un lado debe dominar las tendencias egoístas y encaminar el concurso de todas las voluntades al objetivo común del engrandecimiento de la nación, para lo cual es preciso articular un credo social que las seduzca a todas y las saque del aislamiento en el que a veces se encuentran. "El predominio de la individualidad nos ha perdido", sentencia, y seguidamente, quizá sin demasiada reflexión, declara que la voluntad del pueblo es ilimitada en lo que tiene que ver con la política, la religión y la filosofía, mientras que el individuo es soberano en lo que toca a sus derechos naturales, entre los que destaca la vida, la propiedad, la libertad y la inviolabilidad de la conciencia.

En este deslinde de competencias vemos ya uno de los puntos débiles del *Dogma Socialista*, precisamente porque los límites a la vida, la

libertad y la disposición de la propiedad, necesariamente integran la currícula de la política, la filosofía y la religión, lo que vuelve poco menos que imposible trazar un límite identificable entre la soberanía social y la individual.

El segundo principio de conservación de la sociedad se resume en que, estimando el fin y condición de ésta en "asegurar a todos y cada uno de los miembros asociados, la más amplia y libre fruición de sus derechos naturales", al ser estos derechos anteriores a la colectividad y estar sancionados por una autoridad superior a la de las mayorías populares, su acatamiento habilitaría a que cada hombre ejerza el derecho de resistencia que viene implícito en los términos del pacto social y cada cual quedará en posesión de "cifrar su derecho en su fortaleza".

De aquí que una ley positiva refida con la ley natural haga nacer el rencor entre los hombres y preste servicio a la anarquía, que es lo que el autor busca transmitir en los siguientes términos: "...la potestad social que no haga esto —respetar las garantías individuales—; que en vez de fraternizar, divida; que siembre la desconfianza y el encono; que atize el espíritu de partido y las venganzas; que fomente la perfidia, el espionaje y la delación, y tienda a convertir la sociedad en un enjambre de delatores, de verdugos y de víctimas; es una potestad inicua, inmoral y abominable".

Ya vendrá el año en que un Echeverría al que ya nada le queda por temer de las autoridades se encargue de ponerle nombre y apellido a esa voragine que, en las palabras que el gobernador Bernabé Piedrabuena dirigía al pueblo de Tucumán en 1840, "hace de cada pueblo un calabozo y de cada gobernante un verdugo".

Pero además, la cita nos introduce a un estilo de redacción que se repetirá a lo largo de toda la Creencia. Al definir los conceptos principales de su doctrina, Echeverría apela a dos recursos de argumentación claramente diferenciados. Arranca con una definición positiva de clara filiación sansimoniana, pero inmediatamente remata enunciando la negación del mismo principio mediante la descripción de situaciones que parecen especialmente pensadas para devolver al lector a la realidad de nuestro país.

Tal es el caso cuando aborda el célebre trinomio "fraternidad, igualdad y libertad", diciendo: "...no hay igualdad donde sólo los partidos y no la nación son soberanos [...] donde cada empleado (público) es un mandarina ante quien debe agachar la cabeza el ciudadano [...] donde la clase pobre sufre sola las cargas sociales más penosas, como la milicia, etc."; "no hay libertad donde sin haber violado ley, sin juicio previo, ni forma de proceso alguno puede ser encarcelado y privado de sus facultades físicas o intelectuales [...] donde se le puede arbitrariamente turbar en

sus hogares, arrancarle del seno de su familia, y desterrarlo fuera de su patria". En cuanto a la fraternidad, y aludiendo a los odios facciosos que habían dado pie a la anarquía primero y a la tiranía después, dice: "...echemos un velo olvido sobre los errores de nuestros pasados; el hombre es falible. Pongamos en balanza justa sus obras, y veamos qué hubiéramos hecho en circunstancias idénticas [...] abramos el santuario de nuestros corazones a los que merecieron bien de la patria y se sacrificaron por ella. Los egoístas y malvados tendrán su merecido, el juicio de la posteridad los espera".

Se puede advertir que bajo estas líneas, aparentemente vagas y aplicables a cualquier medio social, yacen palpitantes los ejemplos más penosos de nuestra realidad histórica.

Resumiendo lo anterior se puede coincidir con Ricardo Levene en que el término socialista no es el denominativo que más se acomoda a los conceptos del Dogma, que como hemos visto considera los derechos del individuo superiores y anteriores a los de la comunidad, que fija el fin y condición de ésta en la protección eficaz de aquéllos y que enumera entre las garantías previstas en la ley natural al goce pacífico de la propiedad. Sin embargo, corresponde hacer algunas reflexiones adicionales.

En primer lugar, ya hemos dicho que su filosofía asignaba a la sociedad un origen tan divino como a los derechos individuales. En segundo lugar, la igualdad de clases es un objetivo irrenunciable en su doctrina, y lo que es más, es condición necesaria para el disfrute efectivo de la libertad en cualquiera de sus manifestaciones.

Finalmente, y no hablando ya de lo escrito en el 37, sino en su ensayo posterior sobre la revolución de febrero en Francia, Echeverría pone de manifiesto su preocupación por la "servidumbre onerosa" a la que está sujeto el proletariado europeo. Reflejando las ideas de los sansimonianos que luego trascenderían a Marx y Engels, dice: "El poseedor de los medios de producción lo explota pues lo hace servir a su provecho como un animal de carga por mísero salario, cuando no lo arroja de sus talleres ya enfermo o impotente para el trabajo; cuántos en momentos de crisis industrial o comercial o por la invención de una máquina, no hallando empleo sus brazos se ven impelidos a la mendicidad y muchas veces al crimen".

Socialista o no, ya sea refiriéndose a los oprimidos del modelo industrialista, ya a los campesinos de nuestras zonas rurales —como luego veremos—, en Echeverría brilla siempre esa extraordinaria calidad humana que combina la rigurosidad dogmática del pensador político con la sensibilidad por dolor ajeno del poeta.

III. RELIGIÓN

La doctrina de Echeverría en materia de culto ha sido siempre una cuestión polémica, al punto de que se ha llegado a poner seriamente en duda la sinceridad de su sentimiento religioso.

Más aún, la posición de Echeverría sobre esta cuestión cuenta con una distinción que no puede referirse respecto de ninguna otra de sus opiniones. En el artículo en que Pedro De Ángelis, uno de los intelectuales más prominentes al servicio del Restaurador, comenta la segunda publicación del *Dogma Socialista*, su referencia a este punto es la única parte del escrito donde el napolitano deja a un lado los agravios personalistas y el *raccow* de las osadías cometidas contra el régimen y se dedica concretamente a combatir ideas.

Claramente el editor creyó ver aquí una de las patas débiles del Credo y disparó diciendo: "...rechazaban el plenasmo político de la religión del Estado, como si Francia e Inglaterra no tuvieran una religión propia, y sin comprender que sin esto, la tolerancia de los cultos que es una virtud, degeneraría en politeísmo que es un vicio".

Echeverría define la religión como un pacto tácito entre Dios y la conciencia humana y de aquí deduce que "el Estado como cuerpo político no puede tener una religión porque no siendo persona individual, carece de conciencia propia". El trasfondo del argumento consiste en concebir lo religioso como una relación sin mensajeros. Dios no se dirige a la comunidad como un todo, sino a cada uno de los ciudadanos individualmente, con lo que deviene absurdo que éstos se organicen tras una representación oficial que haga las voces de intermediaria.

Lo que claramente hay en sus palabras es, como bien ha señalado Tulio Ortiz, un rechazo patente al catolicismo clásico, y a lo que nosotros agregaremos, una firme adhesión a la doctrina de Lutero, que es recordado en la *Obra retrospectiva* por su lucha contra el "coloso decrepito del Vaticano". Tampoco puede descartarse la posibilidad de que la condena papal a Lamennais en 1832, a quien Echeverría leía con atención, haya tenido alguna influencia en su pensamiento.

En su dictamen el establecimiento de una religión oficial propiciaba la manipulación de la Iglesia como instrumento de tiranía, y además, el rechazo de este principio daba garantías al extranjero que quisiera establecerse en el país de que sus creencias permanecerían inviolables. También, en una reflexión algo adelantada para la época, se ocupa de dejar en claro que el término "tolerancia" no tiene ningún mérito cuando se lo refiere a la fe de otros, precisamente porque habla más de convivir pacífica-

mente con un mal o un defecto que con una manifestación diferente pero igualmente válida de lo religioso.

Consideraba que con la Revolución de Mayo, en la que no deja de reconocerle a la Iglesia un papel importante, había nacido la oportunidad de establecer un sacerdocio independiente y democrático, libre de las jerarquías tradicionales del catolicismo internacional, por lo que critica al clero argentino el haber reanudado voluntariamente su vasallaje con Roma luego de lograda la independencia.

Por sobre todo lo demás, acusa a los ministros de la época de haber abandonado al pueblo a su suerte y abdicado su misión evangelizadora para mezclarse en las disputas político-partidarias. Decía que "(l)a tribuna los vio con escándalo a estos tráfugas de la cátedra del Espíritu Santo debatiendo con calor sin igual cuestiones políticas, agravios de partido, pasiones e intereses terrestres; y únicamente los ha visto predicar venganza y exterminio para congraciarse con el tirano de su patria".

Pese a la exaltación del sentimiento cristiano, entendemos las sospechas de quienes, con Juan Manuel Estrada, han creído ver una astuta sonrisa volterriana dibujarse tras la proclama del 37. En el campo de la literatura artística, sabemos que Federico Schlegel fue quien más identificó el romanticismo con la poesía cristiana y que durante sus estudios en el barrio latino de París, Echeverría seguramente se familiarizó con su obra a través de Victor Hugo. Pero el mismo admite en su mirada retrospectiva que en el seno de la Asociación de Mayo existía una corriente que no veía con buenos ojos que la Creencia tratara el asunto de la religión, lo que décadas después resultaría parcialmente confirmado por la filosofía que adoptaron una vez en el gobierno.

En el armado social de la Creencia el cristianismo cumple un rol predominantemente instrumental, y que consiste en ser el representante de las ideas progresistas ante las masas populares.

Echeverría sabía que dado su estado cultural y escasa instrucción era poco probable que la filosofía o las doctrinas modernas pudieran penetrar en la conciencia proletaria y plantar allí los valores que entendía necesarios para la regeneración moral del país. Apela entonces, como instrumento civilizador, a un conducto más ameno y popular y de ahí la tan sentida crítica al clero por comulgar con intereses mundanos y mantener a sus representantes más ilustrados en las grandes ciudades en vez de asignarlos al campo, donde más se los necesitaba.

Prueba de ese pragmatismo oculto es que en ninguna parte de su obra puede fundamentar en forma convincente la afirmación de que el régimen democrático se deduce de las palabras del Evangelio, por lo que no es des-

cabellado pensar que se trata de una conclusión algo forzada para cobijar a la democracia bajo el respeto debido a la palabra de Cristo.

A decir verdad, la religión prestaba un doble servicio al proyecto del 37, ya que servía para encumbrar el régimen de mayorías, pero también para mantenerlo a raya. Era poco probable que conceptos como “la razón” o “la naturaleza de las cosas”, de resonancia académica pero poco palpables en lo cotidiano, pudieran proteger eficazmente los derechos individuales de una dictadura de masas como la que había instaurado Rosas. De aquí que su tradicional inclusión en la ley de Dios fuera especialmente propicia para ponerlos a salvo y por eso se preocupa en señalar que ningún consenso, por mayoritario que fuera, era intérprete infalible del mandato divino.

Finalmente, y cotejando estas últimas ideas con lo que posteriormente desarrollaremos sobre la doctrina de la razón del pueblo, no podemos dejar de anotar que Echeverría deriva el régimen democrático de la ley natural, pero no hace lo mismo con el sufragio, que por ser un instituto de derecho positivo, el legislador podía restringir o ampliar a voluntad. Una muestra más de que algunas partes de su doctrina religiosa resultan demasiado convenientes a su programa político para deberse a un mero ejercicio de fe.

IV. MAYO Y SENTIMIENTO ANTIESPAÑOL

Toca a Echeverría, hijo de padre vasco, ser uno de los principales abanderados del sentimiento antiespañol de la época. Clasicismo literario y clasicismo social —ambos amantes de las formas—, los rechaza por igual. En su criterio, el espíritu progresista y popular de la Revolución de Mayo no podía convivir con los remanentes culturales, jurídicos y políticos que nos había legado el régimen colonial. “¡Cosa monstruosa!” —decía para describir la dependencia cultural que todavía nos ligaba a la Península—. “La democracia engalanada con los blasones de la monarquía, y la empolvada cabellera de la aristocracia: un siglo nuevo embutido en otro viejo [...] La América revolucionaria, envuelta todavía en los pañales de la que fue su madrastra”.

Salvando éste y otros párrafos similares, no hay demasiado estudio en el *Dogma* sobre el período hispanoamericano e incluso se podría sostener que, en la mente de los miembros de la Joven Generación Argentina, la Revolución de Mayo no era solamente un punto de inflexión o el logro de una nueva condición política, sino un momento en la historia del Plata a partir del cual debía comenzarse a contar desde cero.

En una de sus reflexiones iniciales como integrante del Salón Literario lo vemos decir que "ningún pueblo se halló en mejor aptitud que el argentino para organizarse y constituirse, al nacer a la vida política. Nuestra sociedad era homogénea; ni había clases, ni jerarquías, ni vicios, ni preocupaciones profundamente arraigadas; reunía en sí lo que el pueblo ideal de Rousseau, es decir, la conciencia de un pueblo antiguo y la docilidad de uno nuevo".

Pareciera que Echeverría creía estar trabajando para una sociedad virgen y que pretende en el siglo XIX algo parecido a lo que Tomás Moro proponía al inicio del siglo XVI en su célebre *Utopía*, es decir, considerar estas tierras una suerte de laboratorio para las ciencias sociales donde, libre como estaban de los vicios ya instalados en Europa, podría empezarse de nuevo y construir la sociedad ideal.

Desde luego a nadie escapa que la independencia política de un país no altera sus estructuras sociales ni la idiosincrasia de su pueblo, y habría que preguntarse si una doctrina que argumentaba la existencia de una continuidad histórica en la evolución del ser nacional podía darse el lujo de seccionar los primeros periodos de esa línea evolutiva y arrojarlos al olvido.

Este equívoco, por el que algunos lo acusan de profesar un historicismo de medias tintas y que hemos querido señalar para hacer justicia a sus detractores, es en realidad sólo aparente.

Lo cierto es que, sin perjuicio de algunas frases que sugieren lo contrario, conocía sobradamente las cargas que venían con la herencia española. Por eso, impugna la legislación vigente que estaba obviamente pensada para una colonia y no para una nación soberana; habla de una sociedad fragmentada en corporaciones, como la religiosa, militar, profesional, partidaria y cuyos miembros derivaban sus títulos y honores de la pertenencia al gremio y no de su inteligencia o esfuerzo; se resiente de una cultura que privilegia la rutina antes que la acción y el movimiento, pues era un fiel defensor del principio que Lafinur enunciaba diciendo: "pensar para la acción"; en fin, habla de todos los vicios que la legislación colonial había estampado en los usos del pueblo, que según su parecer, todavía no se había sacudido por completo la mentalidad de siervo que le había forjado el conquistador.

El remedio que propone nos dice mucho sobre su ponderación de las diferentes fuentes del derecho, pues deposita su confianza en que una legislación moderna y democrática podrá operar progresivamente sobre las prácticas adquiridas y transformarlas. En el pensamiento del *Dogma*, la ley positiva es una verdadera herramienta de pedagogía social y capaz de

imponerse a la costumbre como instancia reguladora del comportamiento humano.

En rigor de verdad, el fenómeno de Mayo no es tomado por nuestro autor como una radiografía de lo que el pueblo argentino efectivamente era, sino como una revelación fugaz de lo que estaba destinado a ser. Los gobernantes debían contar siempre con este doble diagnóstico de realidad: como norte debía buscarse la prometida por nuestra ley de progreso y que había asomado brevemente durante la guerra, y en cuanto a la realidad dada, que era la materia prima del legislador, cita las palabras de Solón, al decir: "...no he dado al pueblo de Atenas las mejores leyes sino las que se encuentran en estado de recibir".

V. ORIGINALIDAD

Nos introduciremos ahora en otro célebre diferendo que se ha gestado en torno al credo ocheverriano y que tiene que ver con su originalidad o falta de ella. Tulio Ortiz, en un destacadísimo estudio sobre el tema, se ha encargado de demostrar lo divididas que están las opiniones sobre esta cuestión, inventariando claramente los argumentos, los trabajos y los autores que se colocan en uno y otro margen de la polémica.

Si bien el problema de la originalidad no deja de ser un tópico interesante de debate, lo cierto es que no nos parece que tenga la trascendencia que a veces se le atribuye. La síntesis que promueve Echeverría entre empirismo y racionalismo, y que coincidimos con José Manuel Estrada en denominar una "razón experimentadora", es, cuando menos, una digna obra de lo que Nietzsche en su libro *Más allá del bien y del mal* llamaba despectivamente "obscuros de la filosofía". En un sentido más positivo que el que utiliza el autor alemán, podríamos caracterizar a este tipo de pensador citando las palabras de Unamuno: "...no me digáis que estas o aquellas ideas no son mías, pues os contestaré que no es más padre de una idea quien no hizo más que engendrarla, para abandonarla a continuación, sino que lo es quien la prohió, la lavó, la vistió, quien más hizo por ella y la puso en su sitio"¹.

Sin perjuicio de lo anterior, nos parece que la discusión es posible de prolongarse indefinidamente debido a que la cuestión se reduce a la siguiente paradoja. Echeverría adeudaba mucho de su formación intelectual al romanticismo gestado en Alemania y desarrollado posteriormente en

¹ En LEVETZ, Ricardo. *Historia de la Nación Argentina*, vol. 7, Academia Nacional de Historia, El Ateneo, Buenos Aires, 1951, p. 370.

Francia, por lo que quienes pretendan considerarlo un mero importador de fórmulas europeas podrán fácilmente encontrar en sus escritos varias reflexiones afiliadas a los principios rectores de ese movimiento, especialmente entre los primeros capítulos de la *Crecencia*.

Pero irónicamente, estas doctrinas instruían a sus seguidores para que se empaparan del espíritu, único e irrepetible, de la sociedad que tomaban como objeto de sus estudios. Es decir que en el caso de Echeverría las teorías extranjeras lo remitían a lo autóctono, y como no existía en el catálogo saintsimoniano ninguna respuesta que copiar para los problemas concretos de nuestro país, esta suerte de reenvío tenía como efecto principal alentar el ingenio y el estudio de la propia nacionalidad.

De ahí que podamos interesarnos en sus pensamientos sobre economía, religión, municipios y tantos otros testamentos de su inteligencia, y leer opiniones como las de Chatelet, cuando decía: "El día que se estudie el *Dogma Socialista* sin preconcepciones, con el espíritu limpio de sistemas, sin propósitos bastardos como De Angelis, sin prejuicios positivistas como Groussac o Ingenieros, se comprenderá hasta qué punto es ésta una obra extrañablemente argentina y original"².

Justamente, y adelantándonos a lo que trataremos en otra parte de este artículo, una de las críticas que dirigía Echeverría a los unitarios consistía en que su viaje filosófico a Europa era solamente de ida, pues al entrar en contacto con las ideas de la Ilustración que pretendían universalidad para todos los descubrimientos de la razón, se creían sin más preparados para gobernar en este suelo.

VI. LOS DOS ECHEVERRÍA

Autores como José Ingenieros y Alberto Palcos, para citar sólo dos de los tantos que podrían mencionarse, participan de una tendencia a establecer dos momentos marcadamente diferenciados en la evolución del pensamiento echeverriano. La primera faceta nos remite al 37 y nos sitúa frente a un joven fascinado con Lammenais y Enfantin; un verdadero apóstol rioplatense del espiritualismo francés deslumbrado por las publicaciones de *Le Globe*, conciliador, que por momentos parece hablar de los problemas sociales con la nostalgia del poeta, y que secretamente juega con la idea de una alianza con el partido unitario tanto como con Rosas, dependiendo de quién le tienda la mano primero.

² CHATELET, Abel. *Resumo de Echeverría*, Ayacucho, Buenos Aires, 1944, p. 157.

Luego tenemos al Echeverría del 46, aquel que ya se ha desengañado sobre la posibilidad de cohesionar las fuerzas rosistas y rivadavianas bajo un credo común y se dedica a resaltar los errores de ambos con la prosa ácida y despejada de la *Ojeada retrospectiva*; un hombre más político que teórico y con la pluma apuntada fijamente hacia la realidad nacional.

Como primera medida al evaluar esta línea de análisis hay que reconocer que en la declaración de principios de la *Joven Argentina* hay un realismo reprimido, que fluye libremente en la *Ojeada* y termina por explotar, ya sin frenos de ningún tipo, en las *Cartas a De Angelis*. Por eso aceptamos esta partición en el análisis de su obra, pero siempre y cuando se la circunscriba a un estudio comparativo del Credo y de la *Ojeada retrospectiva*, y no se pretenda con ella dar cuenta de la evolución intelectual del autor mismo o de sus convicciones no publicadas.

Parece adecuado introducir aquí lo que aventura el mismo Palcos cuando dice que un joven llegado hace poco a Buenos Aires, desconocido entre la juventud de la época por no haber asistido a los mismos institutos educativos, y que hasta ese momento sólo podía presumir de sus conquistas en el campo de la poesía, debía ganarse primero el respeto de sus pares demostrando un buen manejo de las doctrinas sociales y políticas de mayor prestigio para, recién luego, gozando de cierta autoridad y armado con pensamientos de su propia cosecha, acometer los problemas concretos del país.

Sin embargo, aun cuando la tesis de este autor parece bastante sensata, no termina de encajar con el tono de los discursos que Echeverría pronunció, precisamente, frente a aquella legión de pensadores que se reunía bajo el auspicio de Marcos Sastre en el Salón Literario.

El contenido de estas disertaciones, de cuyo análisis nos ocuparemos en detalle, no difiere mucho de lo que abiertamente expone en los escritos que publica nueve años después en Montevideo. Desde temprano hace gala de sus dotes de estadista y llama a desarrollar la rama propiamente argentina de cada ciencia.

A modo de ejemplo nos parece oportuno reproducir aquí algunas palabras que pronunció en su lectura de septiembre de 1837 sobre el estado de la política argentina: "Los veía entonces la tribuna o la prensa divididos en tantas bandas como autores habían leído [...] cada cual se juzgó capaz de hablar con magisterio porque podía articular algunas frases pomposas que no entendía, y había recogido de paso en la prensa, la tribuna o los libros mal traducidos [...] Yo podría señores preguntaros cuáles son los principios de vuestro credo político, filosófico y literario [...] ¿qué me

contestaría? El uno yo soy utilitario con Helvecio y Bentham, el otro yo soy sensualista con Locke y Condillac; aquel yo me atengo al eclecticismo de Cousin; éste yo eréo en la infalibilidad de Horacio y de Boileau; muchos con Hugo dirán que ésta es absurda [...]. El verdadero ingenio no es erudito ni pedante [...]. Nuestros sabios, señores, han estudiado mucho, pero yo busco en vano un sistema filosófico, parto de la razón argentina y no lo encuentro”.

Resulta lógico que en la intimidad de la asociación, con una audiencia de la que no tenía razón para esperar odios fanáticos y que compartía en lo principal sus sentimientos sobre la marcha del país, Echeverría se permitiera hablar con más libertad y menos abstracciones de las que emplea en el Código.

No debe olvidarse tampoco que éste era un documento destinado a servir como instrumento de propaganda y de bandera común para federales y unitarios, por lo que es comprensible que en busca de su tan deseada “confraternidad de principios” haya preferido poner a salvo algunas susceptibilidades apelando a teorizaciones filosóficas más digeribles para el lector que a un filosófico análisis de la realidad política.

Además, nos parece que el mismo autor explica con claridad las razones por las cuales la Creencia resulta menos controversial que la *Opinión*, al referirse a las reuniones de la Asociación, diciendo: “Sabíamos que Rosas tenía noticias de ellas y que nos seguían la pista sus esbirros. Precaucionalmente nos habíamos juntado en barrios diferentes, entrando y saliendo a intervalos, de dos en dos, para no despertar sospechas [...]. Resolvimos no reunirnos sino cuando el presidente, por sí o por solicitud de algún miembro, hiciese la convocatoria [...]. La vida en Buenos Aires se iba haciendo intolerable”.

VII. INDUSTRIA

En una segunda lectura a la juventud del 37, Echeverría se ocupa de bosquejar el estado y el potencial de la industria nacional. Comienza por reconocer que dada la carencia de la fuerza laboral y los capitales necesarios para profundizar en otros rubros de mayor envergadura, la única fuente inicial de crecimiento para el país se encuentra en el campo y sus productos, tema sobre el que estaba especialmente autorizado a dar cédula, dado que, a diferencia de la mayoría de sus compañeros, él era en esencia un hombre del campo.

Proyectaba que la actividad del grano y de las pieles serviría de impulso para acumular riquezas que pudieran ulteriormente volcarse a otras

áreas de la actividad económica y así explotar al máximo la diversidad de especializaciones que permitan el suelo y el clima argentinos.

Ya en aquellos primeros años de independencia económica describe con claridad los vicios del circuito comercial que se mantenía con las naciones industrializadas y que, como sabemos, continuarían siendo la menudilla de las economías tercermundistas hasta la actualidad: "...pero también esforcémonos para que los productos de los animales que se crían en nuestros campos, brutos aún y sin beneficio alguno, los elabore y transforme la industria indígena para darles el valor que el extranjero les da en su país y del cual los recibimos manufacturados a doble o mayor precio de aquel al que los hemos vendido".

Dando más pruebas de que su conocimiento de los campos y desiertos no se agotaba en los versos nostálgicos de *La cuniva*, llama la atención sobre la angustiante situación del campesinado, sometido siempre a los caprichos del clima por carecer de los medios técnicos elementales para desarrollar una producción sustentable y de acumulación.

Describe con crudeza cómo el labrador de campo, sin más recursos que sus bueyes y sus brazos, pierde todo su esfuerzo cuando las lluvias no lo favorecen, se ve obligado a pedir préstamos para sobrevivir y debe dar en garantía el fruto de su trabajo futuro. En el mejor de los casos, cuando la cosecha es buena, debe enajenar a un precio irrisorio el derecho a levantar los frutos porque no cuenta con medios para hacerlo él mismo, y aun los afortunados que logran superar esta instancia generalmente no tienen forma de transportar la mercadería a un mercado donde podrían colocarla a buen precio.

Asimismo arremete contra los facilismos de una política tributaria que, para decirlo con las palabras de Juan María Gutiérrez, "grava la producción para poner en holgura inmediata a los gobiernos dilapidadores por medio de impuestos fiscales". También habla de la estrategia impositiva que toma como blanco principal a las importaciones, produciendo el correspondiente recargo en el precio, no sólo de los bienes exóticos que interesan a una élite acudada, sino también sobre los de primera necesidad que consumía la parte más pobre y numerosa de la población. Y aun así, tan poco fiable era este rubro como base imponible que frente a un bloqueo o estado de guerra las arcas públicas se quedaban sin ingresos.

Habla también del comercio de plaza, actividad fomentada con entusiasmo por los economistas unitarios y que si bien era de probada solvencia en las naciones con índices de producción altos, no rendía en países con una industria débil como el nuestro, pues a falta de una oferta abundante, la mejor forma para el comerciante de acumular ganancias en ese

rubro era apelando al fraude para sacar el mayor provecho posible de cada unidad.

Urgía, por lo tanto, elaborar una doctrina propiamente argentina que nutriera con su estudio y reflexiones el crecimiento de la industria. Para emprender esta tarea, y fiel a su método filosófico, propone comenzar por acopiar el material empírico de la ciencia económica, es decir, datos elementales de los que se carecía en esa época y que ilustraran sobre cuáles eran los bienes extranjeros de mayor consumo, el valor de las tierras antes y después de la Revolución, el precio de las mercaderías nacionales en las plazas europeas, censos poblacionales, índices de producción, etc.

También es interesante analizar su posición sobre el rol del Estado en la planificación de la economía. Aun cuando concibe a la iniciativa privada como el nervio principal de la industria, reconoce que aquella en nuestro país se encuentra algo anestesiada; "queremos poco porque conocemos poco", decía, por lo que tocaba a los gobiernos aguijonearla proveyéndole recursos y conocimiento hasta que pudiera valerse por sí misma.

Tres propuestas concretas que formula son la implementación de una política migratoria hacia los territorios rurales, el otorgamiento de tierras públicas a los granjeros sin chaerías propias y la creación de un fondo público para llevar recursos e incentivos a los trabajadores de ese sector.

En conclusión, Echeverría se pronuncia contra los desmanes de un Estado torpe y derrochista que minaba sus únicas promesas de crecimiento con abusos impositivos y que los funcionarios justificaban apelando a su tratadista europeo de preferencia. No criticaba desde un liberalismo o dirigismo ciego, sino desde un pragmatismo inteligente, sin más resortes técnicos que la observación y el sentido común.

Estos discursos son uno de los varios materiales bibliográficos que demuestran la tesis sostenida anteriormente, es decir, que ya desde su primera hora Echeverría pensaba como un verdadero operador político y estaba más seducido por la realidad nacional que por los postulados románticos en los que a veces se cree poder condensar toda su doctrina.

VIII. SEMELANZAS Y DIFERENCIAS CON EL PENSAMIENTO DE ROSAS

Para Echeverría el movimiento localista había visto su expresión más racional bajo las ponencias de Dorrego y de Manuel Belgrano, a los que además debía reconocérseles el mérito de haber dado batalla en un frente tradicionalmente incómodo para el Partido Federal como lo era el de la discusión parlamentaria. Pero a pesar de esto, consideraba que sus

conceptos carecían de suficiente rigor dogmático y les recriminaba la visión del modelo norteamericano como única variante de federación posible.

Tampoco los recordaba entonando una verdadera doctrina partidaria, pues en su concepto lo que hacían en la Sala de Representantes era maquillar la retórica de masas que los caudillos vociferaban en los auditorios populares, con el fin de poder oponer a los legisladores contrarios algo que medianamente se asemejase a una teoría. En prueba de ello y para redondear la crítica, señalaba que durante la administración de Dorrego el principio de localidad no se había traducido en reformas o instituciones concretas.

En lo que hace concretamente a su relación con Rosas, buena parte de los autores que se han ocupado de relatar la historia política de la Joven Generación Argentina, posteriormente rebautizada Asociación de Mayo, afirman que el desdén de sus miembros hacia el régimen rosista no nació sino hasta después de que se desengañaron sobre la posibilidad de establecer una alianza con él.

Lo cierto es que no parece impensable cierta afinidad ideológica entre ambos sectores si se tiene en cuenta que muchos de los principios historicistas propulsores por los jóvenes no son en absoluto incompatibles con los plasmados en la *Carta a Facundo Quiroga*. Por ejemplo, y continuando con lo que hemos expuesto en un título anterior, el *Dogma* dice: "Es indispensable por lo mismo para preparar al pueblo y al legislador, elaborar primero la materia de la ley, es decir, difundir las ideas que deberán encarnarse en los legisladores y realizarse en las leyes, hacerlas circular, vulgarizarlas, incorporarlas al espíritu público [...] antes de entrar a constituir la nación".

Es fácil advertir una dialéctica común en ambos documentos que resalta los principios de realidad y oportunidad como pilares de la organización nacional y que concuerdan en ver a la constitución, no como un producto de gabinete, sino como el fruto natural de las circunstancias sociales.

Claro está que no hay sólo coincidencias entre Rosas y el redactor del *Dogma*, sino también diferencias que representan a la perfección la forma en que uno y otro concibió la situación del país. En la *Carta* a la hacienda de Quiroga se advierte una suerte de resignación determinista a los tiempos de la historia. Se limita a explicar que las condiciones no están dadas para avanzar en el proyecto constitucional y, lejos de señalar las vías de acción que pondrían al país en posición de organizar sus instituciones, se sumerge en el tipo de empirismo sedentario que por rendir un

culto excesivo a la tradición y al devenir natural de las cosas, condena a los pueblos a seguir siendo por siempre lo que han sido.

Alguien que tributaba tanto al movimiento románticista como Echeverría y que por lo tanto veía la edad de oro de su país en el porvenir, no podía esperar imposible a que la sociedad alcanzara por sí sola el estado de madurez del que habla Rosas. Por eso habla de trabajar activamente para popularizar las ideas democráticas, y por la misma razón, ya en septiembre de 1837, cuando se dirige a los miembros del Salón Literario, se preguntaba si la juventud de la Argentina como país independiente era una explicación satisfactoria para el fracaso posrevolucionario. La respuesta que da es: "Las sociedades, además, no son jóvenes ni viejas ni pasan por las edades del hombre porque constantemente se regeneran [...] Los pueblos, pues, no deben esperar a ser grandes y viejos para ser pueblos, porque jamás les llegará su día y nunca saldrán de pañales".

La explicación es que si bien el *Dogma de Mayo* dice que la ley de progreso de las sociedades no está escrita por los hombres, tampoco se encarga de fijar un momento determinado para cada evento, tendencia o proceso, sino solamente de estampar en la idiosincrasia de cada nación sus características esenciales. Por lo tanto, toca a la razón observadora del devenir histórico gerenciar activamente esas dotes naturales para acelerar su marcha hacia el progreso indefinido.

IX. DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS CON EL PARTIDO UNITARIO

El propio Echeverría comienza por reconocer que los sentimientos de la Generación del 37 favorecían, si no los métodos y el marco filosófico, por lo menos las aspiraciones progresistas del Partido Unitario. Se habían educado en los institutos fundados por Rivadavia, fueron presa común de un régimen que no diferenciaba unos de otros, y a fin de cuentas, terminaron compartiendo la misma suerte en el exilio.

En el debate epistolar con De Angelis es la primera oportunidad en la que dice claramente que sólo a los unitarios cabía reconocerles la calidad de partido político, mientras que los federales, a su criterio, no pasaban de ser una simple facción. Esto se refleja claramente en el reparto que hace de la responsabilidad histórica, ya que cuando habla de los federales da la impresión de referirse a los actos de un grupo de infantes, movidos por sus instintos primarios en vez de convicción o inteligencia. Culpaba entonces a los unitarios, no porque sus acciones hubiesen sido peores, sino porque eran la única agrupación política a la que le reconocía algún grado de entendimiento.

Si esto fue el resultante de un criterio frío y meditado o producto del desprecio manifiesto que Echeverría sentía por De Angelis, no queda del todo claro. Lo cierto es que si bien la primera carta, cargada de agravios, pareciera sugerir lo último, también podría argumentarse que dada la poca prensa que había obtenido el *Dogma de Mayo* en sus dos publicaciones, la primera contestación al editor era en realidad una forma de interesar a las masas, de capturar su atención rebajándose a los mismos estándares que su adversario, para luego, encendida la controversia, pasar a detallar una vez más su programa político en el segundo documento. Nótese que en este último sólo se dirige al editor cada tanto y se expulsa sobre cuestiones que claramente excedían el marco de sus acusaciones. Si esto fuera cierto, cabría reconocerle cierta objetividad al expulparse sobre estos temas.

Volviendo a lo anterior, podemos decir que a la gestión unitaria le reconocía lo que negaba a la de Dorrego, ya que rescataba el activismo de haber traducido su doctrina en instituciones mediante la profusa labor legislativa iniciada a fines del año 30.

Ahora bien, si la ciencia social del *Dogma* buscaba conocer lo que ha sido para saber lo que será, y si hemos dicho que a la filosofía rosista le atribuía el estudio de lo que se ha sido para seguir siéndolo, principio al que consideraba retrógrado y embrutecedor, las palabras que dedicaba a los unitarios no eran mucho más suaves, ya que los acusaba de "violiar la ley del tiempo en materia de progreso social, fundando establecimientos y proyectando mejoras irrealizables, que el buen sentido del país no comprendía y rechazaba". Este error a su vez lo explicaba diciendo: "...porque se atenta a las soluciones más altas y especulativas de la ciencia europea, y sacrificaba a veces a un principio abstracto un gran interés social".

Todo el proceso constitucional de 1826 era, según él, un catálogo de buenas intenciones trascadas por una combinación de miopía política, falta de oportunidad y rigidez de criterio.

El Partido Unitario perseguía un ideal similar al que la Asociación de Mayo había recogido bajo la denominación "perfectibilidad indefinida", y esto es materia de elogio por parte de Echeverría, que reconocía la presencia de esa razón inquieta y superadora en la figura con la que estaba redactado el proyecto constitucional. Pero dejando a salvo esto, le sorprendía que el partido no hubiera aprendido de sus fracasos anteriores y que, confiado una vez más de que la solemnidad de un acto legislativo bastaría para organizar la nación, se lanzara nuevamente a la empresa sin antes terminar de consolidar su base de apoyo en Buenos Aires.

Para él, una muestra particular de la inflexibilidad con que había obrado el constituyente era el texto del art. 7°, que rezaba: "...la forma de

gobierno será la representativa republicana, consolidada en unidad de régimen". Y así, Echeverría les preguntaba: "¿A qué venís, pues, hombres preocupados, a suscitarse como cuestión previa y resolverla en vuestro sentido la cuestión que había servido anteriormente de toque de alarma, de anarquía y disolución?". Estas definiciones *a priori*, inspiradas en un fatalismo ciego por las cuestiones de forma, suponían una provocación cuyas dimensiones los congresales del 26 no podían desconocer y por eso les recordaba que los principios en política no se imponen por conquistarlos un espacio en un texto legal a fuerza de denominaciones estridentes.

Finalmente remataba diciendo: "¿Podéis trazarme la línea de demarcación entre un régimen unitario y uno federativo? ¿Hay más diferencia entre uno y otro que la más o menos concentración del Poder nacional?". Se advertirá que sus palabras llevan el mismo sentido que las de Alberdi cuando en su artículo publicado en el *Nacional* de Montevideo en 1839 le replicaba a Rosas que los "términos unitario y federal no son fórmulas puras, sino susceptibles de mil gradaciones cada uno"².

Sostenía un criterio similar sobre la inclusión del término "república", tan bastardeado por aquellos años que incluso el Restaurador lo empleaba para calificar a sus propios principios y que, por usarse sin distinción para referirse a democracias, aristocracias y monarquías, había quedado vacío de contenido. La justicia de esta segunda crítica es por lo menos opinable, y no parece tan descabellado suponer que en la mente de los constituyentes, a sólo dieciséis años de la época del virreinato y recordando las propuestas sobre formas de gobierno que circulaban en los años subsiguientes a la Revolución, la palabra retuviera todavía su significado tradicional como principio opuesto al régimen monárquico y se empleara para descartar esa posibilidad.

Por estas consideraciones concluía diciendo: "...todo esto prueba que erais una familia de constituyentes *a priori*, y que estabais empuñados en amoldar a una forma abstracta la Nación Argentina —es decir el cuerpo social menos homogéneo, menos maleable y peor dispacivo para semejante operación mecánica". Corresponde decir que aun cuando puede reconocérsele razón en lo sustancial del argumento, lo anterior contradice la opinión citada al hablar del sentimiento antiespañol y el significado de Mayo, en la que Echeverría hablaba de nuestro país como un pueblo dócil y homogéneo que guardaba analogía con la sociedad ideal de Rousseau.

² DE VEDIA Y MITRE, Mariano, *Memorio de la Unidad Nacional*, Estrada, Buenos Aires, 1952, p. 303.

X. RÉGIMEN MUNICIPAL

Echeverría veía en el gobierno de cada villa y ciudad el potencial de ser el eje motor material de sus principios y expresa su deseo de ver al municipio convertido en el "foco de toda la vida intelectual, moral y material de la Sociedad Argentina". Por eso es difícil coincidir con José Manuel Estrada cuando dice: "La Asociación de Mayo al ocuparse de la organización democrática del país descuidó tratar de los municipios. Su olvido ha sido funesto"⁴.

Este reclamo, que sólo puede responder a que Estrada no tenía a la vista la segunda carta a De Ángelis, donde se expone la doctrina sobre los estados comunales, justifica la conveniencia de considerar a este documento como un capítulo más del *Dogma Socialista*. Podría objetarse que la carta no fue suscripta por los ex integrantes de la Asociación, pero también es cierto que lo mismo podría decirse de la *Caja de retrospectiva*, y eso no ha impedido que la doctrina la integre al primero en virtud de la continuidad lógica de las ideas que se exponen en una y otra obra. Este argumento, a nuestro juicio, es extensible a la correspondencia que cruza con el italiano.

Según lo veía Echeverría, al término de la época colonial no existía en el país un sentimiento común de patria sobre el cual comenzar a construir las bases del nuevo Estado. El virreinato estaba dividido en provincias por la conveniencia que la descentralización administrativa significaba para la recaudación y el control sobre el territorio, pero entre cada comunidad no había más vínculos que el de la dependencia común a la metrópoli y claramente no entraba en la lógica de la dominación colonial promover sentimientos de fraternidad y pertenencia común entre ellas.

La Revolución había contribuido a exaltar las tendencias individualistas y localistas de cada pueblo y con eso no solamente diluyó los lazos de subordinación al español, sino a toda autoridad extraña. Durante y después de la guerra, y antes de que tuvieran tiempo de acomodarse a su recién ganada independencia, el nuevo poder central les propuso sustituir una obediencia por otra en el nombre de un ideal de unidad que nadie se había ocupado de fomentar.

A esto se sumaba la posterior anulación de los Cabildos, que eran en ese momento la única institución con la suficiente solidez histórica y asiento en las costumbres para canalizar en forma ordenada el espíritu de localidad e inyectarle gradualmente la aspiración de una nacionalidad común.

⁴ ESTRADA, José Manuel, *La política liberal bajo la rruvia de Rosas*, Colección clásicos argentinos, Estrada, Buenos Aires, 1933, p. 248.

Lo que la regeneración de la sociedad argentina reclamaba entonces no era la negación obcecada de esos instintos localistas que no era posible ni deseable extirpar, sino su refinamiento. Aunque no se lo pone en estas palabras, es claro que Echeverría tiene un plan bien definido. El primer paso era reconocer el liderazgo de los caudillos, muchos de los cuales habían capitaneado a los ejércitos de la independencia, como un hecho consumado. Luego, formalizar ese poder, que en muchas comunas era ejercido de facto, invitándolos a participar de las instituciones municipales, y así esperar que los controles y los contrapesos de la vida democrática fueran paulatinamente desgastando su base de apoyo.

La idea tenía su lógica: los núcleos de poder que se habían alzado contra la obra centralizadora eran imbanibles si se los atacaba desde Buenos Aires, pues es una verdad conocida que el gobierno ejercido a distancia es ciego, lento e inspira poco acatamiento en los gobernados. Tanto más complicado era el problema en un país con poblaciones separadas por inmensos desiertos y con un paisanaje de la más diversa índole. Pero esperaba Echeverría que el predominio de los caudillos fuera cediendo si se los obligaba a contender entre ellos por la representación municipal y si los exponía al escrutinio de una prensa más cercana a cada comunidad.

Además, rompiendo los monopolios de liderazgo mediante el reconocimiento de diferentes fuerzas políticas, se evitaría que las poblaciones rurales se alzaran en masa cada vez que surgía un conflicto con el gobierno central.

Más importante todavía, las instituciones municipales eran el único instrumento idóneo para introducir en el pueblo la disciplina del autogobierno y por eso el sufragio a este nivel estaría exento de cualquier restricción. Echeverría quería que las urnas comunales fueran la escuela cívica de las masas, que éstas aprendieran a gestionar sus intereses inmediatos antes de arrojarse a la discusión de las cuestiones nacionales, que mediante una participación más directa en los asuntos públicos el espíritu de localidad se fuera civilizando y que de ser un instinto vago y anarquizante pasara a ser un conjunto de postulados racionalmente integrados en la mecánica del gobierno municipal.

Además, las políticas de industria, educación, recaudación y los intentos de elaborar censos poblacionales serían tanto más eficaces como certeras las autoridades encargadas de idearlas y hacerlas cumplir.

Para todo esto demandaba la creación de una comisión *ad hoc*, integrada por los más reconocidos expertos, que se encargara de asegurar con instituciones sólidas el protagonismo social de los municipios. Y a la pregunta de cuándo sería tiempo de darle a esa sociedad una constitución,

Echeverría se responde: "Al cabo de veinticinco o cincuenta años de vida municipal, cuando toda ella la pida a gritos, y pueda salir de su cabeza como la estatua bellísima de la mano del escultor".

Evidentemente compartía el pensamiento publicado luego por Alberdi en su ensayo *El crimen de la guerra*, en cuanto a que la cadena de socialización humana transitaba por el siguiente orden: familia, municipio, provincia, nación, región, para terminar vaticinando la creación de un estado común a toda la humanidad. Cuando el espíritu de fraternidad que daba sustento a cada unidad estuviera maduro y ésta pudiera entrar a formar parte de una organización más compleja como un agente libre e igual en derechos a las demás, recién entonces era prudente dar otro paso.

Se habrá podido advertir que a lo largo de toda esta tarea de ingeniería social Echeverría se ve obligado a aceptar, al menos en la base de su esquema, un principio que difícilmente hubiera aceptado como literato, y que consiste en partir de las formas para generar la sustancia. Esto va implícito cuando apuesta a que de la reorganización de los elementos sociales primarios (municipios) nacera sola y sin forzar la conciencia de una patria común. Pero también queda sobreentendido que un pensador que se enorgullecía de no ser teórico en política mantenía un criterio flexible y podía hacer estas concesiones cuando los hechos lo demostrasen necesario.

XI. RAZÓN DEL PUEBLO

La doctrina democrática de la Generación del 37 estuvo dominada por el miedo constante a que el soberano se autodestruyera como tal. El peligro para el régimen democrático sobre el que advierten el Credo y la *Cifrado retrospectiva* no se relaciona con la posibilidad de una ocupación extranjera o un retroceso a las costumbres medievales, sino con una nueva implosión del sistema de mayorías causada por la perversión de sus propios mecanismos.

Como correlato de lo anterior, Echeverría adhiere a la doctrina de la razón del pueblo, que resume diciendo: "La voluntad, es ciega, caprichosa, irracional: la voluntad quiere; la razón examina, pesa y se decide. De aquí resulta que la soberanía del pueblo sólo puede residir en la razón del pueblo, y que sólo es llamada a ejercerla la parte sensata y racional de la comunidad social. La parte ignorante queda bajo tutela y salvaguardia de la ley dictada por el consentimiento uniforme del pueblo racional". Complementa esto diciendo que derivar la soberanía de la mera superioridad numérica significa cifrar el derecho en la fuerza, y que eso es inconcebible.

ble por cuanto la democracia no consagra la omnipotencia de las masas, sino el imperio de la razón.

Como ya hemos dicho, considera que no puede haber un régimen democrático pleno sin alcanzar primero la igualdad de clases, y en el marco de aquella relación de tutela que se menciona en la cita, deja a cargo de la razón gobernante implementar un régimen legal, mezquino en derechos políticos pero protector en garantías civiles, que provea al pueblo de los medios necesarios para alcanzar su emancipación.

En este camino hacia la igualdad plena se destaca el rol protagónico de dos agentes niveladores que también se han analizado: la religión, como institutriz moral del vulgo encaminada a refinar sus pasiones, y el autogobierno municipal, como etapa de entrenamiento previa para el ejercicio racional del sufragio y el perfeccionamiento de las costumbres cívicas.

Puede decirse que el hecho de haber sentido en carne propia el rebenque del despotismo "democrático" amarró a Echeverría a más de una inconsecuencia. Dado que él mismo se había encargado de pintar un cuadro desolador sobre la política nacional de los últimos años, compuesta, según él, de dictadores vestidos de poncho y de racionalistas impotentes, no se entiende bien de dónde ni cómo esperaba que brotase esa dirigencia sacrificada, que, haciendo de la educación de los ignorantes su primera ocupación, se desprendiera luego del poder que se le confiaba al inicio.

Por supuesto que Echeverría tampoco puede evitar caer en el facilismo típico de esta doctrina y que consiste en que, mientras se les niega a los menos cultos el derecho de influenciar con su voto la voluntad legislativa, si se les reconoce el entendimiento suficiente para que cuando desatendan esas mismas leyes puedan ser juzgados con la misma rigurosidad que los delincuentes ilustrados.

Siguiendo con su idea de dar libertad al pueblo, pero sólo en dosis manejables, intercala en su crítica a los constituyentes del 19 el reconocimiento de que un congreso aristocrático como era el que se proponía en esa Constitución hubiera sido un paso intermedio conveniente entre el colonialismo y el régimen democrático.

En cuanto a los requisitos que se exigían para integrar la parte racional y sensata de la comunidad, figuraba también el trabajo: "Otra condición del ejercicio de la soberanía es la industria. El holgazán, el vagabundo, el que no tiene oficio tampoco puede hacer parte del soberano; porque no estando ligado por interés alguno a la sociedad, dará fácilmente su voto por oro o amenazas".

También nos parece claro que la exigencia de una profesión, aun cuando no explicita un nivel de ingreso determinado, demuestra su adhe-

sión a la vertiente más dura de esta doctrina, que fue adoptada en los primeros ensayos democráticos de algunos estados norteamericanos e Inglaterra y que exigía que los votantes tuvieran, además de un intelecto cultivado, cierto capital para solventar su independencia de criterio.

Luego de estas consideraciones parecen cobrar fuerza los argumentos de José Ingenieros, cuando señala la inconsecuencia de atribuir a los unitarios cierto rasgo aristocrático y a la vez pretender, por su parte, elevar a las masas despojándolas de derechos.

Las contradicciones en las que incurre Echeverría son las propias de la doctrina que defiende. Sin embargo, su imputación al Partido Unitario, si bien podrá ser revisable desde muchos aspectos, no nos parece incoherente. La crítica a la ley de 1821 mediante la cual se sanciona el sufragio libre cumple con aquella famosa reflexión de que una casa no se construye empezando desde el techo, y que Echeverría ya había formulado cuando comentaba la cruzada unitaria por una constitución.

Creo en una razón que conduzca los procesos sociales con inteligencia, sin la inercia del historicismo radical, pero sin tampoco imponer extravagancias que resultaran prematuras a nuestro estado social. Lo que había sido producto de una lenta maduración histórica, en otros pueblos como el helvético o el norteamericano, no podía ser recogido como un producto terminado por nuestros legisladores e introducido a nuestro país en su forma más liberal, pues tanto como el federalismo y el centralismo, el sufragio era una institución susceptible de diferentes matices y que convenía presentarle al pueblo en forma progresiva.

XIII. CONCLUSIÓN

Suele decirse que la muerte es el nivelador natural de todos los hombres. Sin embargo, con pocos fue tan injusta como con Esteban Echeverría, a quien alcanzó sólo un año antes de que cayera el dictador que había marcado toda su vida y las puertas de la patria se abrieran para los intelectuales que esperaban ansiosos la posibilidad de regresar y trabajar en su regeneración moral.

Aun así, estas ideas, con las que se propuso educar a gauchos y doctores por igual, terminaron adentrando a toda una generación de hombres de Estado y va de suyo que coincidimos con Olsen Ghirardi en decir que si las *Bases* de Alberdi son el antecedente inmediato de nuestra Constitución, el *Dogma Socialista* es la base de las *Bases*.

En estas líneas hemos querido mostrar cuánto hay en la doctrina echeverriana aparte de las clásicas frases como "a cada cual según su

capacidad, a cada cual según sus obras” y otros extractos por el estilo. Y aun con todo lo que no pudo ser abarcado en este trabajo, concluimos satisfechos de haber rendido nuestro modesto homenaje a un hombre que, pese a haber bebido en lo más sofisticado de las tendencias europeas, honró hasta el último día su compromiso de “mantener siempre un ojo clavado en las entrañas de nuestra sociedad”.

XIII. BIBLIOGRAFÍA

COSTAGLIOLA, Maximiliano (comp.), *El pensamiento argentino. El Dogma Socialista y otras escritas. Esteban Echeverría*, Terramar, Buenos Aires, 2007.

DE VEDIA Y MITRE, Mariano, *Historia de la Unidad Nacional*, Estrada, Buenos Aires, 1952.

EHEVERRÍA, Esteban, *Prosa literaria*, Colección Clásicos Argentinos, Estrada, Buenos Aires, 1955.

ESTRADA, José Manuel, *La política liberal bajo la tiranía de Rosas*, Colección Clásicos Argentinos, Estrada, Buenos Aires, 1955.

GHIRARDI, Olsen A., *De la Escuela del Salón Literario (1837) a la Constitución Nacional (1853)*, publicado en la web de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias sociales de Córdoba. <http://www.acadenc.org.ar/doctrina/articulos/arsalonaliteraria/?searcherm=de%201a%20escuela>.

INGENIEROS, José, *La evolución de las ideas argentinas*, t. II. “La Restauración”, Talleres Gráficos Argentinos de L. J. Rosso y Cia., Buenos Aires, 1920.

LEVENE, Ricardo, *Historia de la Nación Argentina*, Academia Nacional de Historia, El Ateneo, Buenos Aires, 1931.

LINARES, Segundo V., “El incumplimiento de la ley y la revolución empírica”, LL del 25/2/2008.

ORTIZ, Tulio, “El pensamiento político de Echeverría”, *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja*, año 1, número 1, 2007.

LA LIBERTAD EN LOS TIEMPOS DE TIRANÍA

Sobre las ideas, la evolución y el paradójico nacimiento legislativo de la motivación judicial

JUAN PABLO FALCÓN*

Resumen: El presente artículo contiene un análisis de la importancia de la argumentación judicial y afirma que el deber de motivar las sentencias se alza como un elemento medular del Estado de Derecho y el sistema republicano. Focaliza su estudio en el período comprendido entre 1810 y 1838 de la Argentina y logra una conexión con las ideas del Iluminismo y el pensamiento racionalista del siglo XVIII. Luego de un pormenorizado detalle de los sucesos históricos, finaliza con la feliz paradoja de la historia jurídica nacional: la consagración legislativa de la exigencia de motivar sentencias, en el seno de un gobierno tiránico.

Abstract: The author analyzes the importance of judicial argumentation and holds that the duty to justify judgments is a key element of the rule of law and the republican system. The period analyzed ranges from 1810 to 1838, in Argentina. The article draws a connection between the ideas of the Age of Enlightenment and of Rationalism of the 18th century. Following a thorough analysis of historical events, the author finishes with the fortunate paradox of Argentine legal history —the first statutory— imposed requirement to justify judgments, enacted under a tyrannical regime.

Palabras clave: Argumentación de sentencias - Historia del derecho argentino - Gobierno republicano - Estado de Derecho - Arbitrariedades del poder público - Motivación judicial - Adecuación de la sentencia al derecho vigente - Impugnación de sentencias.

Keywords: Argumentation of judgments - History of Argentine law - Republican government - Rule of law - Public power arbitrariness - Judicial justification - Adaptation of judgments to current law - Invalidation of judgments.

* Abogado de Abogacía (UBA). Quiero agradecer profundamente a la doctora Susa Medina, quien me ha inspirado para escribir estas líneas a través del amor y respeto que transmite día a día por la enseñanza y la profesión. Este trabajo obtuvo el Segundo Premio en el VI Concurso de Ensayos "Dr. Ignacio Wisitky" sobre Historia del Derecho Argentino.

Los jueces deben ser un ejemplo de virtud si no quieren que sus creyentes de la justicia pierdan la fe en ella. Cuando una jueza me servía impasible en ver en los jueces, más que la realidad, la personificación de la esperanza en la justicia.

PIERO CALAMANDREI

I. INTRODUCCIÓN

La sentencia, último acto del proceso, no sólo debe resolver la cuestión que le es planteada por las partes al juez, sino que también debe generar, entre los justiciables, la convicción de que todos los aspectos que han sido alegados y traídos al proceso fueron considerados, como también que el magistrado falló conforme al derecho vigente.

Este objetivo se logra a través de la expresión de fundamentos, institutos de suma importancia dentro de todo esquema de gobierno republicano. Así lo expresa Lino Palacio, quien sostiene que “[l]a motivación constituye, en otras palabras, el único medio a través del cual pueden las partes, y la opinión pública en general, verificar la ‘justicia’ de las decisiones judiciales y comprobar, por lo tanto, la adecuación de éstas a las valoraciones jurídicas vigentes. De ahí el alto sentido institucional de tal deber, cuyo fundamento reside en el derecho de controlar los actos de los poderes públicos que es propio del régimen republicano de gobierno, así como en la garantía de la defensa en juicio”¹.

Como se ve, la motivación no sólo se refleja en aras de controlar los actos del Poder Judicial y verificar su adecuación a derecho a fin de evitar arbitrariedades, sino que también posibilita a las partes impugnar esa decisión cuando se la considere errada, transformándose así en una garantía de defensa en juicio. En resumidas cuentas, podemos decir que el deber

¹ PALACIO, Lino, *Tratado de derecho procesal civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999. En este mismo sentido se pronuncian Jorge Clariá Orsiedo y Piero Calamandrei. El primero, citando a Eduardo Couture, resalta la importancia que tiene la sentencia como una operación de carácter crítico y lógico. Agrega que su contenido está constituido por una serie de silogismos que desembocan en su contenido volitivo, o sea, en la aplicación de la ley en el caso concreto. Agrega el citado autor que dicho silogismo debe presentarse como un frío e inerte instrumento de justicia (*Código Procesal Penal comentado*, t. IV, Lerner, Córdoba, 1984). Calamandrei, por su parte, sostiene que la motivación de las sentencias es una garantía grande de justicia, ya que mediante ella, se consigue reproducir, como un “croquis topográfico”, el itinerario lógico que el juez ha seguido para llegar a esa conclusión y en caso de que ésta sea equivocada se puede determinar a través de la motivación, en qué etapa el magistrado perdió la orientación (*El elogio de los jueces*, El Foro, Buenos Aires, 1997).

de motivar las decisiones judiciales se alza como un elemento modular del Estado de Derecho y del sistema republicano abriendo, los juzgadores, las puertas de la crítica hacia sus pronunciamientos. La ausencia o deficiencia de fundamentos en sus decisiones las marcará a fuego como arbitrarias e injustificadas, alzándose la iracunda y despótica voz del pueblo clamando por Justicia.

A pesar del alto sentido institucional del deber de motivar descubrimos, luego de una mirada retrospectiva, que tal obligación judicial es relativamente moderna en el orden nacional. En la legislación española aplicable en nuestro país hasta la Revolución de Mayo, el juez no estaba obligado a expresar los motivos de las decisiones judiciales y no sería sino hasta la etapa posrevolucionaria, con la influencia iluminista que había cruzado el Atlántico y se había expandido de una manera notable entre los protagonistas de la época, que el deber de los jueces de motivar sus pronunciamientos se transformaría en un tema de debate, pero, ¿por qué en épocas pasadas los jueces no estaban obligados a fundamentar sus sentencias? Ésta es una pregunta que sin duda puede hacer dudar a la mente más segura; muchos fueron los motivos que en épocas pasadas justificaban la innecesariedad de que un magistrado expresara las razones por las cuales había llegado a una decisión ³.

En España los autores coinciden en señalar dos tradiciones contrapuestas. Por un lado la práctica castellana, vertiente de la normativa indiana, en la cual no se motivaban los pronunciamientos judiciales reflejando de esta manera el influjo de Las Partidas, máximos exponentes de la recepción del universo jurídico romano canónico en Castilla; la obligación de ceñirse a derecho no implicaba la de desplegar los apoyos de un fallo que se elabora en la conciencia del juez, mundo cerrado al que nadie tiene acceso ⁴. Por el otro se encontraba la tradición aragonesa en la cual sí se expresaban los fundamentos del fallo. Pero he aquí que en Castilla la práctica de inmotivar no era unánime en todos los tribunales de justicia, pues tanto las sentencias de la Real Audiencia de Granada como las del Consejo de la Cruzada eran motivadas. En el reino de Aragón, por su parte, la excepción era Mallorca, hasta que en 1717 Felipe V ordenó a la audiencia mallorquina que expresara los fundamentos de las sentencias ⁵.

³ Sáenz recomendaba la práctica de no motivar las sentencias por creer que daba mayor autoridad a los fallos y que los revertía del carácter de oráculos de la justicia.

⁴ MARRASÚ UNGAZO, José María, "La acción de sentencias a través de los apuntes de Benito de la Mata Lizares", *Revista de Historia del Derecho* nro. 4, Buenos Aires, 1976.

⁵ LEVASSOR, Abelardo, "La fundamentación de las sentencias en el derecho indiano", *Revista de Historia del Derecho* nro. 6, Buenos Aires, 1978.

Cinco décadas más tarde, Carlos III, bajo un argumento que refleja el corolario del despotismo monárquico, dispuso que cesara la práctica de motivar por medio de la Real cédula prohibitiva "...para evitar cavilaciones a los litigantes, y por mucho tiempo que se consume en la extensión de las sentencias, que viene a ser un resumen del proceso y las costas que a las partes se siguen..."³.

La obligación de expresar los fundamentos, como se observa, no ha sido una obligación que se ha mantenido *ceteris paribus* a lo largo de la historia, sino que tuvo una estrecha relación con las contingencias ideológicas de la época. Debemos resaltar, como lo dijimos en párrafos anteriores, que la motivación tomó un gran impulso con las ideas propias del Iluminismo de finales del siglo XVIII, corriente ideológica que se caracterizaba por difundir ideas protectoras de la libertad individual, por lo tanto, ¿puede este instituto tener su primera consagración legislativa en un gobierno signado por la tiranía, la acumulación de poder y la persecución de opositores políticos? El sentido común nos llevaría a responder con un rotundo ¡No! El crecimiento de este tipo de garantías debe estar acompañado por corrientes ideológicas acordes con lo que la garantía protege, la libertad, pero a veces la historia ofrece más paradojas de las que creemos conocer.

Por ello debemos tomar como periodo de estudio el comprendido desde 1810 hasta 1838, analizar las primeras expresiones de la materia como también la respectiva legislación, el contexto político y las ideas tanto nacionales como internacionales que servían como soporte ideológico del deber judicial de motivar para culminar así en su primera consagración legislativa.

A medida que avancemos en este camino debemos preguntarnos, preguntarnos y preguntarnos, la única forma de entender es plantearnos interrogantes, problemas que la historia nos debe responder: ¿Qué relación debe existir entre un gobierno republicano y la consagración de garantías de este tipo en su seno? ¿Es una relación imprescindible o puede haber excepciones? ¿Qué nos demuestra la historia sobre el instituto que colocamos bajo análisis? ¿Qué historia debemos escribir a partir de este momento tomando esos preceptos?

Eduardo Hinojosa nos enseña que la Historia del Derecho ilustra sobre los principios que presiden el desenvolvimiento general del Derecho y el propio de cada pueblo y nación, ofreciendo enseñanzas provechosas para las constantes reformas, mejoras y creaciones de las instituciones

³ Levaon, Abelardo, "La fundamentación...", cit.

jurídicas⁶. Así, debemos conocer el pasado para construir el futuro, tomar aquellas cosas que el pasado nos ofrece como provechosas para depositarlas en el camino que aún debemos recorrer.

Las preguntas que nos hemos hecho anteriormente son muchas, y algunas de difícil contestación, pero aun así debemos darles respuesta, todo lo posible por reconstruir el pasado jurídico y descubrir una de las tantas paradojas que marcan nuestra historia.

II. IDEOLOGÍA Y REVOLUCIÓN

Las últimas décadas del siglo XVIII y la primera mitad del siglo XIX serían testigos de los acontecimientos más importantes que se traducían en el comienzo de la formación del Estado de Derecho argentino. Hasta ese entonces la aplicación de las normas jurídicas se encontraba siempre oscilante, marcado por amiguismos o crueldades, por un respeto irrestricto a la norma o el simple arbitrio de quien en ese momento ejercía las funciones jurisdiccionales y la motivación de las sentencias no regía por aplicación de la legislación española imperante en ese momento.

Las operaciones por las cuales el juzgador, eludiendo la vía legal para la imposición de las penas, decidía la suerte del inculcado según los dictados de su propio criterio apoyado en la valoración de ciertos hechos o circunstancias⁷, se materializaban constantemente en la práctica judicial, la seguridad jurídica no existía, la igualdad era un valor desconocido y la libertad era sólo una utopía inalcanzable.

La situación europea y norteamericana de ese entonces se inscribe en las páginas de la historia como un periodo en el cual acontecieron gran cantidad de cambios en la estructura social, judicial y política de varios países, siendo el preludio de lo que luego ocurrió en el resto del territorio americano.

⁶ Hecotza, Eduardo, *Historia general del derecho español*, Madrid, 1887, citado en LEVENE, Ricardo, *Manual de historia del derecho argentino*, 3ª ed., Kraft, Buenos Aires, 1962, p. 19.

⁷ LEROY, David A., "La instrucción del arbitrio judicial en el Río de la Plata durante el período 1783-1819", *Revista de Historia del Derecho Ricardo Levene* nro. 24, Buenos Aires, 1978. En este sentido nos enseña Abelardo Lavagna que el derecho penal de la época admitía dos procedimientos distintos para la determinación de las penas: la vía legal, en cuyo caso se hablaba de "penas legales", y la vía judicial, en cuyo caso se hablaba de "penas arbitrarias" en las cuales obraba el arbitrio judicial. La fijación de las penas por el juez podía tener lugar en dos casos: cuando la ley no establecía pena alguna, y cuando estando señalada la pena legal ordinaria, con motivo ley o una facultad al juez a aumentarla, disminuirla o incluso quitarla (Leprocci, Abelardo, *Historia del derecho penal argentino*, Abelardo-Perrot, Buenos Aires, 1978).

En América del Sur, con la creación del Virreinato del Río de la Plata en 1776, comenzaron a expandirse las ideas de autores iluministas, entre las cuales se destacan Montesquieu, Beccaria y Falingeri, contribuyendo, directa e indirectamente, a la formulación del deber de motivar los pronunciamientos judiciales.

El primero de ellos, en su célebre obra *El espíritu de las leyes*, si bien no hacía mención expresa a la fundamentación de las sentencias, sí generó una influencia indirecta mediante dos formulaciones; primero, a través de la elaboración del sistema republicano, consolidando en cabeza del juez la función de administrar justicia, y segundo, en encauzar esa función a través del imperio de la legalidad, evitando el juzgamiento arbitrario, pues en los Estados republicanos "es de rigor ajustarse a la letra de la ley".

Cesare Beccaria, otra importante mente influyente en nuestras tierras, no solamente resaltaba la importancia de la legalidad de los pronunciamientos judiciales, estableciendo que ningún magistrado puede aumentar o modificar la pena más allá de los límites fijados por la ley concluyendo, de este modo, que la función del juez consiste en examinar si un hombre ha hecho o no una acción contraria a las leyes para que así se haga un silogismo perfecto en el cual la premisa mayor sea la ley general y la premisa menor sea la acción conforme o no a la ley, para derivar en el resultado: la libertad o la pena⁸.

Si bien se puede percibir que ambos autores no se refieren expresamente al deber de motivar, sino que hacen mención al sistema republicano, a los efectos de dividir el poder para evitar formas de gobierno despóticas, y a la legalidad, no por ello debemos negar la importancia que tuvo el avance de estos conceptos sobre el ámbito decisorio del juez. La erección de la figura de la ley como la principal fuente del derecho amparado bajo la ideología racional fue el preludio de lo que sería la motivación de los pronunciamientos judiciales como último eslabón de una cadena natural, constituida por el nuevo ordenamiento jurídico que esbozaba estas ideas.

Falingeri, autor ilustrado perteneciente a la escuela clásica, también contribuyó de manera significativa al deber judicial que constituye nuestro objeto de estudio, pero de una forma más directa. El autor italiano, a través de su obra *Cercios de la legislación*, alzó su voz contra la resistencia generada por la efímera Pragmática expedida en 1774 por Fernando IV, rey de las dos Sicilias, en lo que fuera el primer intento legislativo

⁸ BECCARIA, Cesare, "De los delitos y las penas", *Tratado de Tomás y Navarro*, Aguilar, 1969.

européo en implantar la fundamentación. Sostenía que la libertad descansaba en la ley, debiéndose desterrar de la práctica judicial toda forma de arbitrio, estableciendo además que contra este temible instituto la fundamentación obligatoria de las sentencias consistía en un instrumento adecuado, pues da razón al público de lo justo de las decisiones judiciales.

La Revolución Francesa en 1789 y la Revolución Americana en 1776, con sus respectivos cuerpos dogmáticos, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano y The Bill of Rights también tendrían una influencia decisiva en los acontecimientos que luego se darían en el orden nacional.

La etapa revolucionaria francesa, bajo la tutela de la nueva ebullición ideológica, jugaría el papel de acontecimiento introductorio de la motivación judicial en la modernidad. Así, el decreto de la Asamblea Constituyente de 16-24 de agosto de 1790 sobre organización judicial establecía, en el artículo 15 del título V, que la redacción de toda decisión judicial debía contener cuatro partes distintas, los nombres y la calidad de las partes, las cuestiones de hecho y de derecho que constituirían el proceso, el resultado de los hechos conocidos y constatados en el juicio y los motivos que determinan la decisión, para, finalmente, plasmar la disposición propiamente dicha.

En el orden nacional, la influencia de las ideas de la Ilustración, los acontecimientos sociales de Europa y Estados Unidos y la situación de dominación francesa que vivía la península Ibérica serían elementos que se conjugarían lentamente desde la segunda mitad del siglo XVIII para tener una expresión definitiva en la Revolución de Mayo en 1810, marcando así un punto de inflexión en la historia jurídica argentina, dando inicio a un lento proceso de evolución para llevar a la práctica todas aquellas ideas ilustracionistas sobre un nuevo orden social, basadas en la igualdad y en la libertad del individuo, en la reformulación del sistema penal, en la postura acérrima contra la arbitrariedad y en la necesidad de defender a la sociedad contra quienes atentaban contra ella, pues dejar atrás el periodo de oscurantismo propio de la Edad Media con el objetivo de lograr que la voluntad suprema sea la del pueblo y no la del Rey era la gran meta de las mentes ilustradas de Europa y de la América española.

Una vez constituido el objetivo de la Junta Revolucionaria se concentró en lograr el acuerdo de todos los pueblos del Virreinato a fin de organizar un nuevo gobierno. Se aspiraba, de esta manera, no solamente a lograr una independencia de España, sino también a establecer un régimen político respetuoso de las libertades civiles y por lo tanto de base constitucional.

La etapa posevolucionaria sería una seguidilla de intentos de llevar a la práctica todas las ideas desarrolladas por las corrientes iluministas con influencia entre los protagonistas de la Revolución, objetivo que no se logró en un breve periodo de tiempo, ya que en muchas ocasiones se priorizaron venganzas, pasiones e intereses personales a las conveniencias nacionales. De todas formas ello no implicó que se logaran ciertos progresos en materia de garantías sustantivas, procesales e independencia de poderes.

En el aspecto que nos interesa, la legislación promulgada a partir de 1810 comenzaría a establecer ciertas garantías frente al ejercicio de la función judicial —la legalidad de las sentencias—, teniendo la obligación el juez de comenzar a fundar sus pronunciamientos en la ley.

III. LA LEGISLACIÓN A PARTIR DE 1810.

LA LEGALIDAD DE LAS SENTENCIAS

Luego de la Revolución se generó una catarata de legislación nacional amparada bajo el influjo de la nueva ideología. No faltaron ensayos de organización institucional bajo la idea de un sistema análogo al adoptado por Estados Unidos o la Francia revolucionaria, modelos de la ciencia política moderna, cuya estructura se basaba en evitar el desarrollo de formas de gobierno tiránicas y despóticas a través de la división de poderes y garantizar el libre ejercicio de las libertades individuales. Varios de ellos, destinados a la organización judicial independiente, dejaron su marca en los albores de nuestra nacionalidad, como el reglamento del 24 de mayo de 1810, excluyéndose a los miembros de la Primera Junta el ejercicio del poder judicial, refundiendo tal función en los miembros de la Real Audiencia, que en la materia que es de nuestro análisis no solamente no estaban obligados a motivar, sino que ni siquiera firmaban sus sentencias y tan sólo se limitaban a estampar su rúbrica. Otros, de efímera duración tales como el reglamento del 22 de octubre de 1811, destinado a organizar una elemental división de poderes desconocida por el Triunvirato, o el reglamento de administración de justicia de 1812 de las Provincias Unidas del Río de la Plata.

Finalmente otros, por su parte, si bien no tenían como contenido una estructura de organización institucional pura, si tendían a consagrar libertades y derechos de una importancia muy significativa en nuestro objeto de estudio.

Así, en 1811 el primer Triunvirato sancionó el estatuto provisional al cual agregó el decreto de seguridad individual. La norma en líneas generales expresaba que su objeto era proteger la vida, el honor, la libertad y

la propiedad del ciudadano salvaguardándolo, de esta manera, del despotismo y la tiranía. Pero el contenido más relevante en la materia que es de nuestro análisis se consagra en el primer artículo, estableciéndose que "Ningún habitante puede ser penado ni expatriado sin que preceda forma de proceso, y sentencia legal".

La importancia del documento se debe a una conjunción de factores que lo transforman en un hito en la historia jurídica argentina. Las luchas internas, la guerra con España y el embrionario sentimiento de "Nación" signaban un hostil contexto histórico que no fue óbice para que se alzara como una importante vertiente del articulado de la Constitución Nacional y como el disparador de una seguidilla de disposiciones limitativas del poder jurisdiccional arbitrario a través de la garantía de legalidad de las sentencias.

De esta forma, en el año 1815, y tras la Revolución Federal del 15 de abril de ese año, que implicó la caída del Director Supremo Alvear, se inauguró un nuevo período institucional. Se dictó el estatuto provisional de 1815, que si bien en la mayoría del articulado repite gran parte del proyecto de Constitución de 1813 de la Sociedad Patriótica redactado por Montecagudo, en lo concerniente al accionar del Poder Judicial estableció, con algunos agregados, lo consagrado en el decreto de seguridad individual cuatro años antes, plasmando que "Toda sentencia en causas criminales, para que se repate válida, ha de ser pronunciada por el texto expreso de la ley".

En 1817 fue sancionado el reglamento provisorio que, nutrido de las disposiciones del estatuto provisional de 1815, no sólo seguía la línea de la legalidad, sino que sus disposiciones tendrían una larga vigencia. Añadía el tratado documento, con relación al último artículo citado, que "No se entienden por esto derogadas las leyes que permiten la imposición de las penas al arbitrio prudente de los jueces según la naturaleza y circunstancias de los delitos; no restablecida la observancia de aquellas otras, que por atroces e inhumanas han prescripto, o moderado la práctica de los Tribunales superiores". En otras palabras, se dejaba abiertas las puertas del decisionismo judicial bajo el arbitrio del juez, pero circunscripto a las penas que brindaba la norma.

La Constitución de 1819 también consagró importantes garantías tutivas de la libertad individual inspiradas en el decreto de seguridad individual de 1811, el Estatuto de 1815 y el Reglamento de 1817. Así, en el artículo 107 estableció que las autoridades debían juzgar aplicando la ley.

De la misma forma lo hizo la Constitución de 1826, que siguió, en los aspectos que son de nuestro interés, la anteriormente citada Consti-

ción de 1819. Así, el texto constitucional repetía, en su artículo 171, el término sentencia legal, cuya implementación fuera protagonista de un intenso debate en la Asamblea General Constituyente.

Esta seguidilla de consagraciones ejecutivas y constitucionales sobre la exigencia de una sentencia legal no eran más que materializaciones del racionalismo que había desembarcado en el Río de la Plata en la segunda mitad del siglo XVIII, siendo la primera etapa de una paulatina colocación de la ley en el centro del ordenamiento jurídico, desplazando las demás fuentes del derecho y limitando el arbitrio judicial⁹. Así, en el decir de Tau Ancoátegui, nos encontramos en presencia de textos normativos que sólo daban el primer paso, es decir, establecer que la sentencia criminal fuese "legal" o "conforme con el texto expreso de la ley", pero sin exigir que el juez dejase constancia de ello en el fallo, o expusiera sus razones. Además, la rigurosa sujeción a la ley encontró también pronto una excepción impuesta por la realidad y que llevó a admitir, como lo expresaba el Reglamento de 1817, el uso del "arbitrio prudente"¹⁰.

Se trataba, pues, de pasos cautelosos que se daban en un marco ideológico que sólo estaba signado por ideas y no por hechos concretos. La Revolución de Mayo, dentro del contexto histórico en el cual nos situamos, fue tan sólo el acontecimiento que significó un antes y un después de un proceso de cambio que no aconteció de manera abrupta e inmediata, sino que requirió mucho tiempo para divisarse en la práctica de los tribunales de justicia la plena vigencia de los derechos y garantías procesales en favor del individuo, como también paliar los retrocesos que sufrió su aplicación, ya que las pasiones de la época, la situación jurídica de las provincias rioplatenses, el hostil contexto histórico, o incluso la misma normativa sancionada, como el reglamento provisorio de 1817, que permitía en cierta medida el arbitrio judicial, no permitieron que este tipo de garantías tuvieran una línea constante de evolución.

⁹ En este sentido Lardizábal, uno de los principales exponentes iluministas de la época, resaltaba la hostilidad que significaba imponer penas mayores a las determinadas por las leyes, y que sólo éstas, a través de una facultad propia del legislador, deben establecer las penas para los delitos. Concluye el citado autor que si se les permitiera a los jueces modificar las penas o atenuarlas según su libre arbitrio, se causarían innumerables males a la sociedad, encadenando al individuo a un estado de incertidumbre constante, debiéndose circunscribir la función del juez a examinar si el acusado ha contravenido la ley para penarlo o absolverlo (LARDIZÁBAL Y URIBE, Manuel, *Discurso sobre las penas*. Comares, Granada, 1997, p. 4041).

¹⁰ TAU ANCOÁTEGUI, Víctor, "Los comienzos de la fundamentación de las sentencias en Argentina", *Revista de Historia del Derecho* no. 10, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1982.

¿Cuál es entonces la relación que podemos trazar entre legalidad de las sentencias, arbitrio judicial y motivación de los pronunciamientos judiciales? La sentencia legal, primeramente circunscripta al ámbito criminal, y la fundamentación de las decisiones judiciales, constituyen dos pasos de una meta común, siendo la legalidad el primero de ellos en la cronología dentro del ámbito nacional.

En la etapa prerrevolucionaria imperaba el arbitrio judicial propio del Derecho Indiano, pero las ideas elaboradas por los exponentes de las corrientes ilustradas y liberales que cobraron fuerza en el territorio nacional a partir de 1810, se estructuraron como un nuevo marco ideológico para propulsar una reforma cuyo pilar fundamental sería la libertad del individuo. Una de las tantas facetas de protección que esbozaban esas nuevas corrientes ideológicas originarias de Europa se situaba sobre el derecho penal y en la forma de imponer las penas, que en épocas anteriores caracterizaba a una de las etapas más oscuras y crueles de la historia de la humanidad.

Por ello la legalidad debía condicionar al juez, acotando de una manera muy pronunciada, por no decir total, la posibilidad creadora de derecho que puede tener. El arbitrio judicial retrocede dejando ese lugar, no a lo que el juez diga, sino a lo que la ley tipifica. El magistrado, a la luz de lo que la norma plasma en su letra, debe encauzar el juzgamiento a través de la única vía que la legalidad le permite: la racionalidad legal, el único elemento que legitima sus pronunciamientos.

La sentencia judicial debía ser entonces, según las nuevas ideas, la más acabada expresión de un raciocinio en el que el juez debía aplicar el texto legal, omitiendo consideraciones o hipótesis ajenas a los hechos acreditados por los litigantes y a lo dispuesto en aquélla. La misteriosa intimidad del magistrado (sentencia arbitraria) era reemplazada por la aplicación técnica de la norma (sentencia legal). La sentencia dejaba de ser justa por sí, para serlo o no según los fundamentos expuestos¹¹.

De todas formas, aún se requería, a los efectos de llevar a la práctica plenamente aquella idea del iluminismo, una nueva manifestación de esta corriente ideológica que establezca legislativa o constitucionalmente y de manera expresa el deber de motivar los pronunciamientos judiciales que hasta ese entonces no se había manifestado como una inquietud doctrinaria, aunque sus cimientos ya estaban construidos a través de la legalidad.

¹¹ TALI ANDRAGUILL, Víctor, "Los comienzos...", (1).

IV. LAS IDEAS NACIONALES SOBRE LA MOTIVACIÓN JUDICIAL

El tema de la fundamentación de las sentencias no quedó encerrado para y exclusivamente a autores extranjeros, sino que también fue motivo de debate entre pensadores rioplatenses influenciados por las mismas corrientes ideológicas.

Publicaciones periodísticas, tesis doctorales y escritos de autores nacionales fueron algunos de los más relevantes medios a través de los cuales se expresó esta idea de tanta importancia dentro del esquema republicano de gobierno.

A fines de 1820 se inició en la Provincia de Buenos Aires el gobierno de Martín Rodríguez, quien no sólo trataría de organizar este distrito, sino también reencauzar el proceso constitucional que había estado sujeto a constantes vaivenes. La nueva época fue la de las reformas legislativas y de transformaciones institucionales con la intervención de Antonio Sáenz y los primeros codificadores argentinos, Manuel Antonio de Castro y Pedro Somelleras, sin omitir las influencias universales, principalmente de Beccaria y Bentham. Este período estuvo marcado por acontecimientos como la organización de la justicia, la desaparición de los cabildos, la fijación de normas para el Poder Ejecutivo y la fundación de la Universidad de Buenos Aires, institución que se transformaría en un importante foco de irradiación de pensamientos. Años más tarde, y tras la exaltación producida con motivo de la reunión del Congreso General Constituyente de 1824, se originó un movimiento de ideas políticas y jurídicas que daría lugar a muchas polémicas y debates con referentes como Florencio Varela, Carlos Villademoros y Garet Bellamare.

Este nuevo movimiento ideológico nacional, que se extendería desde 1827 hasta 1829, tendría entre sus principales exponentes a Valentín Alsina, quien fue uno de los primeros en desarrollar, de manera teórica y expresa, el deber de los jueces de argumentar sus sentencias.

Así, en 1829, el citado autor escribió *Reflexiones breves sobre la conveniencia de que los jueces funden sus sentencias; y la de que examinen y voten separadamente y consecutivamente las diversas cuestiones que haya en la causa*, publicado en 1832, allí expresaba que "Si para la sanción de una ley importa que el legislador exponga previamente sus motivos, con más razón importa esa exposición cuando se trata de la aplicación de ella. Éste es el único modo de evitar errores o arbitrariedades, y de hacer efectiva la responsabilidad judicial, que en nuestro sistema actual la creó inalizable, quimérica y nominal.

"Nada puede temer el juez cuando no tiene que fundar sus pronunciamientos. La parte agraviada no puede acusarle ni quejarse, cuando ignora los fundamentos; y cuando quizás la sentencia se funde en alguna razón o ley que ella ignoraba. ¡Cuántas veces el juez, más sabio, o de mejor criterio que las partes o sus letrados, se habrá decidido a virtud de razones no alegadas por éstos; y no sabiéndose ello, será reputado ignorante, injusto, o venal!".

Todo este razonamiento tenía una premisa principal de la cual se derivaba la totalidad de la elaboración doctrinaria: el principio republicano de dar los motivos de todos los actos de los poderes.

Pero el tema que nos ocupa no quedaría circunscripto al ámbito académico, sino que la importancia de tal deber lo transformaría en una preocupación general, como quedaría marcado en el diario porteño *El Lucero*, con los acontecimientos que inclinaban la balanza a favor de la idea de fundamentar y crítico de aquella actividad judicial que mantenía su postura de no expresar los motivos de la sentencia.

Así lo hizo en dos causas judiciales acaecidas en 1830 y 1831, durante el primer gobierno rosista. En la primera de ellas se elogiaba el fallo del juez Bernardo Vélez, quien había detallado en el mismo las principales circunstancias del crimen, además de expresar, el mencionado periódico, su deseo que este modo de redactar la sentencia se generalizara ofreciendo, de esta forma "garantías sólidas al honor y a la vida del ciudadano". Además establecía que la fundamentación reflejada por la exposición sucinta y clara de los motivos que impulsaron al magistrado a aplicar la ley, era una herramienta para que la actividad judicial, a través de sus fallos, fuera aceptada por la opinión pública¹².

Bajo el mismo amparo ideológico se expresó nuevamente un año después, en esta oportunidad para criticar tajantemente esta práctica de no motivar y en momentos en los cuales el poder rosista crecía poco a poco.

Había un vacío normativo sobre la materia, una necesidad de proteger los más sagrados bienes jurídicos contra un aparato judicial que podía esconder arbitrariedades e injusticias detrás de su silencio. La necesidad de una reforma se hacía sentir, por ello los medios de prensa se preguntaban: ¿A cuántos abusos da lugar semejante costumbre, que destruye por sí sola la confianza que deben inspirar las leyes? La fundamentación debía ser consagrada legislativamente, debía existir una norma que obligara a los tribunales a expresar los motivos y razones de por qué fallaban de la

¹² *El Lucero* no. 140, Buenos Aires, 2/3/1830.

forma en que lo hacían, de por qué aplicaban esa ley y no otra, y la sociedad debía estar enterada del marchar de los tribunales y de su forma de actuar, ya que bajo el amparo de la no motivación, la posibilidad de condenar a un inocente se mantenía siempre en el abrigo de la duda¹³.

Se requería algún pensamiento influenciado por estas corrientes ideológicas que alzaban la bandera de la libertad del individuo, de la separación del poder a fin de evitar el despotismo y la tiranía, como rezaba aquel decreto de seguridad individual de 1811 y como antes enseñaba Montesquieu, pues todo hombre dotado de poder tiende a abusar de él y para evitar tal abuso es necesario, por la misma naturaleza de las cosas, que el poder sea un límite al poder.

Méndez Calzada nos dice que mientras la falta de fundamentación es propia de las monarquías absolutas, la motivación lo es del régimen republicano. De esta manera, la consagración de esta garantía, cuya trascendencia hemos resaltado en los párrafos precedentes, debía ser consustancial a un movimiento cuyo contenido fueran esas ideas, o mejor dicho: ¿Debió ser consustancial?

V. ROSAS, UN GRAN RETROCESO, UN GRAN AVANCE

La figura de Rosas es, sin duda, una de las más controvertidas de todos los personajes de la historia argentina. La subjetividad afecta y hace variar en mayor o menor medida el relato que nos brindan los libros sobre su persona, pero a pesar de ello todos concuerdan en una cosa, que Juan Manuel de Rosas gobernó bajo un régimen tiránico, un régimen de acumulación del poder público, un autoritarismo que implicó un retroceso hacia los tiempos de la inquisición más cruel.

En análisis del contexto histórico, de la situación judicial y de los factores de los cuales se sirvió para gobernar en sus dos mandatos, en especial el segundo, nos permitirán descubrir una de las más felices paradojas que se dieron en la historia jurídica argentina.

Hacia fines de la década de 1820 la situación del país era crítica; la guerra civil, la anarquía y los odios suscitados hacían necesario el establecimiento de un gobierno fuerte para paliar la crisis. En la Provincia de Buenos Aires, epicentro de la actividad política y económica, no se habían verificado progresos institucionales significativos, no se había dado una constitución formal y dentro de la administración de justicia la no expresión de los motivos seguía siendo la regla bajo la influyente figura

¹³ *El Comercio* nro. 653, Buenos Aires, 15/12/1831.

del presidente de la Cámara de Justicia, Antonio de Castro, quien se mantenía apegado al viejo estilo de sentenciar.

En este contexto institucional la fortaleza que debía tener la clase gobernante para salir de esta situación no fue interpretada bajo el impulso del ideario iluminista —en la contención del poder para evitar formas de gobierno despóticas y en la consecuente protección de las libertades individuales—, sino que muy por el contrario, el 6 de diciembre de 1829 la Junta de Representantes de la provincia de Buenos Aires nombró gobernador y Capitán General a Juan Manuel de Rosas, otorgándole “las facultades extraordinarias que juzgue necesarias” a fin de organizar la administración interior de la provincia, asegurar su defensa y afianzar el orden y la tranquilidad pública.

Durante los primeros momentos de su gobierno y tras la muerte de Dorrego, que generó un vacío de poder, Rosas aspiró a un mando absoluto para restaurar el orden y devolverle a Buenos Aires el predominio perdido en el ámbito nacional. Enemigo acérrimo de los unitarios ilustrados, adoptó el rótulo de federal para indicar su propia postura política, pero lo cierto es que en su forma de gobernar la doctrina federal no estuvo presente, sino que más bien fue una mística destinada a uniformar opiniones y a doblegar resistencias. A pesar de utilizarlo como bandera, sólo fue la divisa que le sirvió para eliminar despiadadamente a sus enemigos y para crear un sistema que implantó una dictadura personalísima, despótica, violenta y sin ningún tipo de intención de lograr una organización nacional que hubiese podido limitar su poder y hacer perder a Buenos Aires el protagonismo en la escena política y económica ¹⁴.

Los años desde su renuncia, comprendidos desde el 12 de diciembre de 1830, porque la Junta de Representantes no le concedió las facultades extraordinarias, hasta su retorno en 1835, estuvieron signados por acontecimientos de suma relevancia en la materia que es de nuestro análisis. Estos actos indicaban una constante tensión entre ideologías opuestas, por un

¹⁴ ZORRAGUÍN BUCÚ, Ricardo, *Historia del derecho argentino*, t. II, 2ª ed., Petrol, Buenos Aires, 1975. La ausencia del anhelo de lograr la organización nacional se vio reflejada cuando retiró el diputado de Buenos Aires de la Comisión representativa, organizadora que estaba encargado de dirigir los asuntos de paz y de guerra y de invitar a todas las demás provincias de la República, cuando están en plena libertad y tranquilidad, a reunirse en federación. De haber aceptado el proceso de organización nacional al cual la comisión invitaba, se hubiera instaurado un régimen de derecho que habría limitado sus poderes y la provincia de Buenos Aires habría dejado de ser la rectora de toda la Nación. Por ello prefirió conservar el poder absoluto y recibir por delegación de las provincias ciertas facultades de carácter nacional.

lado, el pensamiento ilustrado, con una de sus manifestaciones de la cual nos estamos ocupando, la fundamentación de las sentencias, y por otro, el pensamiento antirrepublicano de la no expresión de motivos. Ninguno de ellos llegó a materializarse en una norma, sino que estuvieron representados a través de proyectos que nunca fueron sancionados o en actos aislados, sin adquirir una regularidad que los transformara en una práctica habitual y arraigada a la vida jurídica.

En este orden de ideas, las corrientes ideológicas que fueron el fundamento de la Revolución de Mayo se cristalizaron a través del proyecto de Constitución provincial de 1833, en cuya letra se establecía que "toda sentencia será pronunciada por el texto expreso de la ley o con manifestación de los principios legales a que se ajusta".

Del otro lado nos encontramos con manifestaciones ideológicas antirrepublicanas, que también quedarían a medio camino de transformarse en normativa. Así, sería nuevamente el juez Bernardo Vélez quien encontrara una fuerte resistencia de la Cámara de Justicia a la hora de alzar la bandera de la publicidad de las sentencias. De la misma forma, los integrantes de este tribunal, durante los primeros años de la década de 1830, elaboraron un reglamento de administración de justicia en cuyos contenidos no sólo no se contemplaba el deber judicial de motivar, sino que tampoco se exigía dar a conocer las formas de actuar del Poder Judicial. Las críticas que la prensa deslizó contra este proyecto hicieron que no se trataran en la legislatura y que quedara nuevamente en pie de debate la necesidad de sancionar una norma que obligara a los jueces a fundar sus pronunciamientos.

Dos ideologías contrapuestas se encontraban en disputa, pero sólo una prevalecería, y en esta tensión quien detentara el poder tendría la última palabra. El panorama que se avocinaba no era para nada alentador para quienes alzaban las banderas de la motivación y la lucha acérrima contra la arbitrariedad judicial, pues un régimen tiránico estaba a punto de instaurarse.

Fue así como el asesinato de Facundo Quiroga y Pablo de la Torre precipitaron la llegada de Rosas nuevamente al poder, y el 7 de marzo de 1835 la Legislatura lo nombró Gobernador y Capitán General de la Provincia, ampliando su periodo a cinco años (antes el periodo era de tres años) y otorgándole, además, la sumatoria del poder público, sirviendo, sin saberlo, como base sobre la cual se daría introductoriamente la primera consagración del instituto de la motivación judicial.

La creación de este poder extraordinario fue seguida de una serie de actos que lo convirtieron en un gobernante absoluto y despótico cuya

voluntad era superior a toda la ley, el juzgamiento por comisiones especiales estaba a la orden del día, el avasallamiento de libertades individuales y las persecuciones se multiplicaron hasta que sólo una opinión podía ser sustentada.

Pero el poder rosista no quedó contenido en las fronteras de la Provincia de Buenos Aires, sino que de a poco fue extendiendo todo su ámbito de influencia a todo el sector de la República, neutralizando los focos de poder que aún preservaban los caudillos del interior.

Desde entonces pudo dirigir a toda la Nación a través de los gobernadores que él aceptaba o imponía, también recibió poderes expresos que le delegaron las provincias, creándose una figura de poder, la de Juan Manuel de Rosas.

El aumento de poder representó una constante paulatina, caracterizado no sólo por el hecho de estar a cargo del manejo de las relaciones exteriores, sino también las guerras internacionales y civiles, el ejercicio del patronato, los asuntos de orden eclesástico, las causas judiciales de interés común. Aquellos ensayos de organización institucional que predicaban la división de poderes a fin de evitar el despotismo y garantizar las libertades habían quedado sin vida.

A pesar del enorme retroceso que significó censurar las ideas nacidas en nuestra tierra a partir de la Revolución de Mayo y en lo que fuera un acontecimiento totalmente incongruente para la época y el contexto político, en diciembre de 1835 Rosas designó un Tribunal integrado por nueve letrados para tratar el caso de la quiebra de la Casa Sebastián Lórica y Hermanos. En la resolución, en la cual se plasmaba la designación de los miembros del mencionado Tribunal, se estableció, además, que la sentencia debía ser fundada y publicada, sin perjuicio de ser comunicada al gobierno para el pronunciamiento definitivo, pero, ¿a qué respondía esta inexplicable instauración?

Rosas, al gobernar bajo de sumatoria del poder público, podía entender como juez supremo en todos los casos. Por supuesto que a pesar de esta concesión que le había hecho la Junta de Representantes, su rol de último magistrado no era ejercido en todos los casos que se presentaban en los estrados de la justicia, sino que intervenía cuando el interés general o la conmoción pública lo requerían. Así, era necesario conocer los motivos por los cuales los tribunales inferiores habían fallado de la forma en que lo habían hecho a los efectos de rectificar o sancionar el fallo, o como lo expresaran ciertos miembros del tribunal creado, para entender en la quiebra; la expresión de fundamentos tiene por objetivo "facilitar al juez superior el conocimiento de las razones que han incluido en el ánimo de

los que la pronunciaron para que independientemente de ser instruidos de ellos el público tan interesado en esta causa, lo vea la Superioridad que ha de discernir y calificar el mérito de la sentencia expedida”¹³.

Como podemos apreciar, la principal razón de la imposición de fundamentos no respondía a un ideal republicano, sino a que Rosas, imbuido con la totalidad del poder público, revisara las sentencias de los tribunales inferiores, es decir, la instauración de la motivación respondía a una función endoprocesal consistente en plasmar las razones en virtud de las cuales se toma una decisión determinada para que los órganos jurisdiccionales superiores puedan ejercer un control.

De esta manera, y a la luz de las palabras vertidas por los jueces designados por Rosas, el principal objetivo de la motivación era permitirle al gobernador que ejerciera un control sobre la actividad judicial, pues él tendría la última palabra sobre dichas decisiones.

Pero este importante instituto no tendría sólo una expresión en el gobierno rosista, sino que en 1838 una serie de circunstancias lo volverían a poner en el centro de la escena jurídica en el ámbito del Tribunal de Recursos Extraordinarios de intermitente vida institucional en la administración de justicia argentina. En los debates legislativos se resaltaría su importancia, no sólo inherente a la función mecánica de control de los tribunales superiores sobre las decisiones de los inferiores, sino también como instituto protector de la libertad individual.

El restablecimiento del mencionado tribunal tuvo lugar ya que el gobierno deseaba estar autorizado a proveerse de medios para expedirse dignamente en la resolución de ciertos asuntos sobre los cuales se habían concedido apelaciones extraordinarias ante comisiones especiales. El proceso de decisión sobre esos pleitos no sólo absorbería gran cantidad de tiempo, sino que cada uno demandaría un estudio muy acabado, por ello era necesario el establecimiento de un Tribunal de letrados, que, superando en crédito y responsabilidad a la Cámara de Apelaciones, dejase aquietada a la opinión pública sobre la rectitud y sabiduría de sus fallos¹⁴.

Abrir las puertas de la legislatura para el tratamiento de la ley representó un hecho de enorme importancia por encontrarse Buenos Aires bajo un régimen de gobierno tiránico, en el cual la máxima figura de poder no sólo administraba, sino que legislaba y tenía la última palabra sobre la aplicación de las normas.

¹³ TAU ANDRÉTEGUI, Víctor, “Los comisionados...”, *cit.*

¹⁴ LEVINA, Ricardo, *Manual de Historia...*, *cit.*

Desde el 7 de marzo hasta el 5 de diciembre, fecha en que fue sancionada la ley, los debates fueron arduos y se vieron claramente reflejadas las ideologías contrapuestas a las cuales hacíamos mención en los párrafos precedentes.

La fundamentación de los pronunciamientos judiciales ocupó un importante papel en las sesiones, tanto en lo relativo a su imposición sobre los fallos del Tribunal de Recursos Extraordinarios como también en su expansión a los restantes Tribunales de Justicia. Los diputados Agustín Garrigós y más tarde Eduardo Lahitte y Manuel Ingoyen eran fieles reflejos de esta ambición, no sólo por las palabras alzadas durante los debates, sino también porque más tarde mantendrían en vilo esas ideas a través de sucesivos proyectos legislativos en los cuales impulsaban que la motivación fuera un deber judicial aplicable a otros tribunales. De otro lado, y como fiel reflejo de esa tensión ideológica, se encontraban diputados como Pedro Medrano o Baldomero García, quien alzó su voz no específicamente contra la fundamentación, sino con una idea prácticamente simbólica de la misma, la publicidad de las sentencias, que en muchas ocasiones durante los debates fueron confundidos, como se encargó de resaltarlo el diputado Agustín Wright ¹⁷.

Las razones que expresaban quienes se manifestaban a favor de la fundamentación ya no sólo hacían referencia a la mera función endoprosesal de control de tribunales superiores sobre las sentencias emitidas sobre los inferiores, sino que traían a colación el valiosísimo ideal republicano de lucha contra la arbitrariedad y de exposición de motivos de los actos de gobierno, en este caso de las sentencias judiciales.

Garrigós, además de invocar los beneficiosos efectos de la fundamentación sobre el mejoramiento de la administración de justicia, ponía en el centro de sus argumentos que era una disposición protectora de la libertad social destinada a extirpar la arbitrariedad judicial y que además quita a los magistrados todo aquello que los hace sentir superiores a las leyes. En este sentido invocaba el nombre de jueces como Bernardo Vélez, Esquerrenes o el camarista Pedro Medrano, los cuales no dictaban sentencias sin antes explicar los motivos en los cuales se fundaban.

Eduardo Lahitte utilizaba similares argumentos nacidos de las ideas republicanas a la hora de justificar la imposición de la fundamentación como también de la publicidad. De la misma forma que Garrigós subrayaba las óptimas consecuencias que tendría sobre la administración de

¹⁷ Tau Anzuátegui, Víctor, "Los comienzos...", *ibid.*

justicia y le daba importancia no sólo a la uniformidad de fallos que se generarían a través de la fundamentación, sino que la misma era una importante herramienta para ilustrar al pueblo sobre los derechos que le correspondían.

Triggeyn, por su parte, establecía que si los poderes legislativo y ejecutivo expresaban los motivos de sus decisiones, ¿por qué no lo iba a hacer el judicial? De la misma forma que lo hizo Ramón Salas a la hora de comentar la obra de Jeremías Bentham, quien sólo se refería a la expresión de motivos en la sanción de las leyes, la norma que prohíbe al juez fundamentar sus sentencias no acalla la duda, sino que la multiplica indefinidamente, pues el condenado intentará buscar la razón que llevó al juez a fallar de la forma en que lo hizo.

La resistencia de algunos diputados fue ardua y vigorosa, en especial de Medrano, quien tenía una férrea postura contra la fundamentación como también contra la publicidad de las sentencias, pero ello no fue óbice para que el 5 de diciembre de 1838, en un contexto tiránico, antirepublicano y en el cual alzar la voz en contra del gobierno era firmar una sentencia de muerte, tuviera su primera consagración legislativa el deber judicial más importante.

Como una flor que crece en medio de un seco y árido desierto, o como aquel último suspiro en el cual creemos que todo está perdido, el 5 de diciembre de 1838 fue sancionada la ley por la cual los jueces del Tribunal de Recursos extraordinarios debían expresar los fundamentos de sus sentencias; pequeña e irónica semilla que años más tarde fuera instituida para todos los fallos en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires de 1854 y lentamente se fortalecería en tierra fértil la democracia y la república, aunque ese período histórico ya es un umbral que no cruzaremos.

VI. A MODO DE COROLARIO

¿Por qué tratamos este nacimiento como una paradoja? ¿Acaso los gobiernos anteriores al rosismo, en cuyo seno se gestaron importantes documentos protectores de la libertad individual, no tenían una cierta dosis de centralización de poder? Pues sí, de hecho se ha afirmado que las facultades extraordinarias se hallan adheridas al origen del régimen político patrio. Pero lo cierto es que siempre vamos a percibir este tipo de facultades en donde no exista una celosa división de poderes. En la etapa posrevolucionaria, la doctrina política de la democracia y el republicanismo no pudo ser aplicada, no sólo por el hostil contexto que lo impedía, sino

también porque los antecedentes de una estructura política diferente —la indiana no lo permitían no al menos en un corto plazo—, y la acumulación de poder en los órganos de gobierno no era tan acentuada. Luego del año 1820, si bien no desaparecieron las causales que impedían erigir aquella doctrina política, se percibe una tendencia constante hacia su realización, que se veía infatigablemente acochada por las preeminencias que las legislaturas provinciales otorgaban a la autoridad ejecutiva¹⁸, siendo Rosas no más que la máxima expresión de concentración de poder en esa constante tensión entre ideologías opuestas, impidiendo, de la manera más brutal, que otro tipo de ideas sea sustentada y mucho menos implementada en la forma de gobierno.

Por ello el nacimiento del deber de motivar es una contradicción lógica, siendo impuesto por un régimen que no sólo no estaba amparado bajo las ideas que difundían tal obligación, echando por tierra el imperio de la legalidad y el juzgamiento conforme a los más elementales derechos del hombre, sino que además representó la máxima acumulación de poder de los últimos 198 años.

La doctrina filosófica nos enseña que los derechos más básicos del ser humano, como la libertad, no tienen un origen legal sino moral, pues se ubican en un plano distinto de la mera legalidad¹⁹, y la norma no hace más que materializarlos en su aplicación práctica. Pero no por ello debemos negar que el contexto en el cual el derecho se cristaliza tenga una importancia fundamental, pues la democracia y el sistema republicano ayudan a que el mismo tenga una aplicación efectiva, llevándolo a niveles de operatividad que nunca se darían en un ámbito despótico.

La historia nos demuestra que han existido incompatibilidades entre el fundamento del derecho que se plasma en la norma y las ideas que pregonan los gobernantes del momento, pues la primera consagración legislativa del importante deber judicial de fundamentar se dio en un gobierno tiránico, absolutista y avasallador de las libertades individuales, cuando, raramente, lo que protege la motivación judicial es la libertad.

Como bien lo expresó Nicolás Avellaneda, y a modo de consuelo, podemos decir que "A través de esa historia, la sangre no ha corrido en vano y las luchas no han sido estériles si con ellas se conquistan la paz, la

¹⁸ TAU ANASTAGOU, Víctor, "Las facultades extraordinarias y la crisis de poder público en el derecho provincial argentino (1820-1853)", *Revista de Historia del Derecho Ricardo Levene* nro. 11/12, Buenos Aires, 1969/1961.

¹⁹ NINO, Carlos, *Ética y derechos humanos*, Astrea, Buenos Aires, 1989.

justicia y las libertades"²⁸, pero agregando, por nuestra parte, que en la historia que debemos escribir a partir de este momento la sangre nunca debe volver a correr, y los derechos siempre deben consagrarse en un contexto en donde impere la libertad y en donde su valor al ser humano como tal, para que la tiranía no vuelva a escribirse en las páginas de los libros de historia nunca más.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ALSINA, Hugo, *Tratado teórico-práctico de derecho procesal civil y comercial*, t. II, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 1957.

ALSINA, Valentín, "Reflexiones breves sobre la conveniencia de que los jueces funden sus sentencias; y la de que se examinen y voten separada y consecutivamente las diversas cuestiones que haya en la causa", Imprenta Argentina de la Plaza de la Victoria Media, 1832, publicado en *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, no. 13, 1962.

AYELLANEDA, Nicolás, "Disertación en la Academia Teórico-práctica de Jurisprudencia", en *Escritos y discursos*, t. II, Buenos Aires, 1910, citado en LEVENE, Ricardo, *Manual de historia del derecho argentino*, 3ª ed., Kraft, Buenos Aires, 1962, p. 15.

BECCARIA, Cesare, *De los delitos y las penas*, Tratado de Tomás y Valiente, Aguilar, Madrid, 1969.

CALAMANDREI, Piero, *El elogio de los jueces*, El Foro, Buenos Aires, 1997.

CLARÍ OLMEDO, Jorge, *Código Procesal Penal comentado*, t. IV, Lemer, Córdoba, 1964.

HINOJOSA, Eduardo, *Historia general del derecho español*, Madrid, 1887, citado en LEVENE, Ricardo, *Manual de historia del derecho argentino*, 3ª ed., Kraft, Buenos Aires, 1962, p. 15.

LARGAZABAL Y URIBE, Manuel, *Discurso sobre las penas*, Comares, Granada, 1997.

LEIVA, David A., "La institución del arbitrio judicial en el Rio de la Plata durante el periodo 1785-1810", *Revista de Historia del Derecho Ricardo Levene* no. 24, Buenos Aires, 1978.

LEVAGGI, Abelardo, "La fundamentación de las sentencias en el derecho indiano", *Revista de Historia del Derecho* no. 6, Buenos Aires, 1978.

²⁸ AYELLANEDA, Nicolás, "Disertación en la Academia Teórico-Práctica de Jurisprudencia", en *Escritos y discursos*, t. II, Buenos Aires, 1910, p. 47, citado en LEVENE, Ricardo, *Manual de historia...*, cit., p. 15.

——, *Historia del derecho penal argentino*, Perrot, Buenos Aires, 1978.

LEVENE, Ricardo, *Manual de historia del derecho argentino*, 3ª ed., Kraft, Buenos Aires, 1962.

MARILUZ URQUISO, José María, "La acción de sentenciar a través de los apuntes de Benito de la Mata Linares", *Revista de Historia del Derecho* nro. 4, Buenos Aires, 1976.

NIMO, Carlos, *Ética y derechos humanos*, Astrea, Buenos Aires, 1989.

PALACIO, Lino, *Tratado de derecho procesal civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999.

TAU AMÉDOTEQUI, Victor, "Las facultades extraordinarias y la suma de poder público en el derecho provincial argentino (1820-1853)", *Revista de Historia del Derecho Ricardo Levene* nro. 11/12, Buenos Aires, 1960/1961.

——, "Los comienzos de la fundamentación de las sentencias en la Argentina", *Revista de Historia del Derecho* nro. 10, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1982.

ZORRAQUIN BECÚ, Ricardo, *Historia del derecho argentino*, t. II, 2ª ed., Perrot, Buenos Aires, 1975.

COMENTARIO A FALLO

"MONTALVO", EL BUEN PADRE DE FAMILIA Y EL TERRIBLE ODRADEK

PAULA VÁZQUEZ *

Resumen: En este comentario a fallo, el autor realiza una crítica al papel del Estado, en sus distintas formas, respecto de la punición del consumo personal de estupefacientes a la luz del fallo "Montalvo". De esta forma, efectúa una comparación entre el personaje kafkiano Odradek y la posición que debe adoptar el sujeto —convertido en objeto del poder punitivo— frente al papel de autoridad paternalista que desempeña el Estado.

Abstract: In this case analysis, the author criticizes the role of the State, through its different bodies, as regards the punishment of personal consumption of narcotics in the light of case "Montalvo". To illustrate his point, he makes a comparison between Kafkaian character Odradek and the position to be adopted by the individual —who becomes the target of the punitive power— before the paternalist authority exercised by the State.

Palabras clave: Poder punitivo - Montalvo - Hombre prudente - Consumo de estupefacientes - Autonomía individual.

Keywords: Punitive power - Montalvo - Prudent man - Consumption of narcotics - Individual autonomy.

Desde los postulados aristotélicos de la *Ética a Nicómaco* a esta parte, la asimilación de la función estatal a la del buen padre de familia ha quedado sedimentada en el nudo social como una certeza indubitable.

A partir del establecimiento definitivo del capitalismo y de la hegemonía burguesa fundada en la división del trabajo, la contradicción entre el interés particular y el interés común ha llevado a la cristalización del Estado como "forma propia e independiente, separada de los reales intereses particulares y colectivos y, al mismo tiempo, (como) forma de comunidad ilusoria"¹.

* Abogada (UBA), especialista en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca, miembro de la Subcomisión de Política y Relaciones Internacionales del Club Europeo.

¹ Marx, Karl - Engels, Friedrich, *La ideología alemana*, cap. I, "Feuerbach, oposición entre las concepciones materialista e idealista", *Obras completas*, t. I, Progreso, Moscú, 1973, p. 31.

Esta noción de autoridad estatal paternalista ha sido reforzada por los modelos de Estado de Bienestar del siglo XX, que llevaron a consolidar la caracterización del poder coercitivo en una suerte de utilitarismo bondadoso, que actúa sólo en favor de los ciudadanos.

Dentro de este esquema asfixiante, la autonomía individual queda relegada al límite que dicta el poder. Así, podrá ser recordada sin miramientos, en vistas a la ficción del bien común de carácter benthamiano: la mayor felicidad para el mayor número.

A partir de allí, es evidente que la punición al consumo de estupefacientes tiene su base en estos discursos, que se lanzan a la estructura social desde las agencias de producción de ideología.

A pesar de que en los últimos tiempos —desde la nueva composición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y el declarado cambio de rumbo en la política criminal²— existe una tendencia a no punir al consumidor o al adicto, lo cierto es que, como sucede en estos casos, la doctrina legitimante recrudece y se afirma con uñas y dientes en la postura sentada a partir del fallo "Montalvo", que analizaremos en estos párrafos. Estos espasmos no deberían sorprendernos, puesto que así sucede siempre: "...cuando una sociedad consolidada es puesta en peligro por obra de tensiones que le son immanentes, crecen fuerzas que apuntan a conservar la ideología y, por fin, se vigorizan los medios para sostenerla con violencia"³.

En las líneas que siguen, la intención estará puesta en desestructurar los argumentos y la conclusión, que viene dada como el corolario lógico de un engranaje armónico de postulados derivados unos de otros. No nos detendremos en el análisis exegético del fallo por una doble razón. En primer lugar, la sentencia es lo suficientemente conocida como para permitirnos evitar caer en el método del resumen. Y, también, porque adoptaremos el camino ensayístico, separándonos de la voracidad de la academia, que nos permitirá señalar con mayor libertad el fetichismo y la reproducción de ideología.

Como última advertencia de punto de partida —aunque descretemos del punto y de que exista algo así como la partida—, la intención estará puesta en producir literatura breve y portátil —libre— por aquella máxima deliciosa que enseñaban los *skandys* y que nos acercó Vila Matas en su *Historia abreviada de la literatura portátil*.

² La orden es no perseguir más a los consumidores", entrevista a Anibal Fernández por Cristian Alarcón, publicada en *Página/12* del 19/6/2007.

³ HONNETH, Axel, *Teoría crítica*, Amorrortu, Buenos Aires, 1990, p. 19.

Como se ha dicho, el fallo "Montalvo" refuerza el discurso que legitima la punición de la tenencia de estupefacientes para consumo personal, a partir de la caracterización amplia de la concepción de "salud pública" como bien jurídico protegido.

Sin embargo, el discurso amplificador y demonizante no se detiene allí, sino que se suman a estas consideraciones los argumentos tendientes a legitimar la coerción a partir de intereses difusos y ficcionales, que apelan a la sensibilidad social.

Citaremos, en lo pertinente, el extracto donde esta técnica se hace manifiesta: "Si bien con la incriminación de la tenencia de estupefacientes se ha tratado de resguardar la salud pública en sentido material como objetivo inmediato, el amparo se extiende a un conjunto de bienes jurídicos de relevante jerarquía que trasciende con amplitud aquella finalidad, abarcando la protección de valores morales, de la familia, de la sociedad, de la juventud, de la niñez y en última instancia de la subsistencia misma de la nación y hasta de la humanidad toda".

Se evidencia aquí la intención de señalar el camino del bien, dado que lleva la amenaza de la salud individual a su amplificación extrema, como elemento peligroso para toda la humanidad. El castigo, entonces, aparece como consigna preventiva, no sólo por ser pauta moral sino por revelar al individuo su propia naturaleza —volvemos sobre esto más adelante— como ente peligroso que, con sus acciones, pone en jaque a la especie humana.

La técnica del fallo es la usual: el reaseguro del fetiche a través de la indagación en el sujeto, tomado como objeto del poder punitivo. Al instituir como punto de partida la conducta de un sujeto que fue hallado en tenencia de una sustancia prohibida, se inicia un proceso que implica la consolidación de las líneas discursivas del poder.

Así, el proceso se pone en marcha con el sujeto devenido objeto, que se lanza frente al juzgador que lo interroga⁴, del mismo modo en que Odradek se pone frente al padre de familia que imagina Kafka, preocupado ante la posibilidad de que ruide por las escaleras a los pies de sus hijos⁵.

⁴ ZAFFARONI, Eugenio - SLOKAR, Alejandro - ALAGIA, Alejandro, *Derecho penal*, Parte general, Ediar, Buenos Aires, p. 247.

⁵ KAFKA, Franz, "La preocupación de un padre de familia", *Relatos breves*, Barril, Buenos Aires, 1998.

En el proceso, el fetiche se enraiza a través del avance escalonado de acuerdo con modos previamente pautados: todo es parte de la reproducción de ideología.

Como no puede ser de otro modo, el proceso penal descansa sobre la lógica de la concepción lineal del tiempo, que trae consigo la inevitable pulsión de venganza⁶. El tiempo es lineal, pues supone la posibilidad eterna de progreso en el hombre y en la ciencia, y con ello la amplitud extrema del ámbito de autodeterminación.

El sujeto siempre habrá podido decidir otra cosa, decidir por lo justo; entonces, por haber omitido —en el pasado— esa inclinación a lo justo, hoy debemos castigarlo.

De ese modo, se impide ver los múltiples condicionamientos materiales, se castiga al hombre prisionero en tanto hombre libre, y en consecuencia —la paradoja—, se lo prisioniza.

En este sentido, la lógica del proceso que reasegura el fetiche "... siempre es autónoma: se debe obedecerlo porque se lo asume como un modo de averiguar la verdad, pero ofrece como verdad algo que no lo es, no obstante lo cual, se lo obedece porque la versión real implicaría poner en evidencia ciertas violencias o desigualdades sociales que deben permanecer sin enunciarse públicamente"⁷.

La selección ideologizada se inicia con el mero planteamiento de las preguntas y, entonces, la técnica será siempre la de la *inquisición*. En ese panorama, el criminalizado devenido objeto responde sólo como puede responder, desde su naturaleza, como entidad voluble y dinámica.

Frente a él, el juzgador tendrá a su cargo la búsqueda de la verdad en el pasado, que sólo podrá realizar a partir de su saber —ejercicio poder, luego existe⁸— y de la técnica que tiene a su servicio.

De ese modo, a través de la sucesión de instancias procesales que precluyen, o bien a partir del encadenamiento lógico de argumentos, el juzgador llega a la revelación de la verdad. Una vez descubierta la verdad —se ha logrado correr el velo, entonces todos pueden reconocerla— se la lanza hacia la sociedad, y también hacia el sujeto criminalizado, a quien se la revela como su verdadero ser.

El juzgador se sitúa siempre como *dominus*, investido de la autoridad estatal del padre, que se reasegura cada vez que nos da a conocer la

⁶ NITZSCHE, Friedrich, *Así habló Zaratustra*, Alianza, Madrid, 2005.

⁷ BALESTINA, Eduardo, *La Génesis penal*, B. de F., Buenos Aires, 2006, p. 49.

⁸ ZARABOM, Eugenio - SLOBAR, Alejandro - ALAGIA, Alejandro, *Derecho penal...*, cit., p. 267.

verdad, que se hallaba escondida tras el velo del tiempo y tras nuestra propia inmadurez.

Conócete a ti mismo, rezaba una máxima griega. En el modelo actual, el padre nos subroga en este camino doloroso y señala el atajo: como conoce nuestra naturaleza, nadie mejor que él para indicarnos lo beneficioso para nuestras vidas.

Así, el jugador muestra la verdad al sujeto devenido en objeto, y a la sociedad. Como la verdad es irreversible, fundante e innegable, se convierte en norma. La sentencia es norma de carácter particular, pero también de carácter general como advertencia hacia el resto y como elemento de sedimentación de las pautas y las reglas que dicta el poder.

De allí en adelante, para nuestra vida sólo valdrá lo bueno: el camino revelado. Si no quieres ofender a tu padre, si no quieres perjudicar a tus hermanos, no te drogarás.

COMENTARIO BIBLIOGRÁFICO

CULTURA Y SOCIEDAD. HERBERT MARCUSE

(Comentario bibliográfico y pasajes
entre el discurso jurídico y la teoría crítica)

MAURO BENENTE *

Resumen: Este trabajo es una presentación de la obra *Cultura y sociedad*. Sin abandonar el formato de comentario bibliográfico, se intentan aplicar determinadas categorías de Herbert Marcuse o preocupaciones generales de la Escuela de Frankfurt —tales como la mejora de las condiciones materiales de existencia— a ciertos institutos del derecho.

Abstract: This paper introduces the work *Culture and society*. Without departing from the format of a bibliographic commentary, the author applies some of Herbert Marcuse's categories or general worries of the Frankfurt School —such as the improvement of material conditions of existence— to certain legal figures.

Palabras clave: Escuela de Frankfurt - Concepción totalitaria del Estado - Cultura afirmativa - Condiciones materiales de existencia - Falsas necesidades - Derecho.

Keywords: Frankfurt School - Totalitarian conception of the State - Affirmative culture - Material conditions of existence - False needs - Law

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene dos objetivos. El primero es realizar una reseña bibliográfica de la obra *Cultura y sociedad* de Herbert Marcuse. El segundo, acercar la obra al discurso jurídico.

Relido en varias oportunidades el presente comentario, entiendo que debo hacer algunas advertencias. Reseñar una obra como ésta, me resulta algo contradictorio: mientras cada párrafo abre un horizonte de posibilidades de reflexión, mi reseña no sólo acota los párrafos, sino que presenta el horizonte que yo he trazado sobre el texto —y no los múltiples susceptibles de ser trazados—.

* Alumno de las carreras de Abogacía y de Ciencia Política (UBA). Agradezco los comentarios de Ana Clara Pacheco. Asimismo, cualquier crítica es bienvenida: maurobenente@yahoo.com

Respecto de la tarea de acercar la obra al discurso jurídico, debo decir, por un lado, que es una labor que no he realizado porque una importante parte de la obra alude a temas a los cuales el discurso jurídico también refiere —o presupone—. Por otro lado, paradójicamente, si he realizado un acercamiento de *Cultura y sociedad* al discurso jurídico —o de éste hacia aquélla—, ya que he intentado repensar algunos elementos de este último bajo las categorías de la Teoría Crítica —y de la obra comentada en particular—.

La intención del trabajo, además de presentar la obra, es mostrar cómo puede reflexionarse sobre institutos del derecho desde disciplinas como la filosofía o la sociología. En el horizonte de posibilidades que abre *Cultura y sociedad*, entiendo que debiéramos animarnos a repensar determinados elementos del discurso jurídico o —dicho en clave hermenéutica gadameriana— debiéramos intentar proyectar nuestros horizontes de sentido, formados por el discurso jurídico, en textos que nos permitan conocer otras perspectivas, para así reformular o reafirmar las nuestras.

II. HERBERT MARCUSE. NOTAS BIOGRÁFICAS

Herbert Marcuse nació en Berlín en 1898 en el seno de una familia judía económicamente estable. Hacia fines de la década de 1910 fue militante político en la socialdemocracia alemana, pero, en 1919, tras el asesinato de Rosa Luxemburgo y Karl Liebknecht, se retiró de la militancia partidaria para siempre.

Estudió filosofía en la Universidad de Berlín y luego se trasladó a Friburgo para concluir el doctorado bajo la dirección de Martin Heidegger. Terminados sus estudios de doctorado en 1932, formó parte del Instituto de Investigaciones Sociales —*Institut für Sozialforschung*— de la Universidad de Frankfurt. El Instituto había sido fundado en 1923 y por ese entonces era dirigido por Max Horkheimer.

La Escuela de Frankfurt, nomenclatura con la que se conoció a autores —tales como Max Horkheimer, Theodor Adorno, Walter Benjamin, Erich Fromm y el propio Marcuse— que de diferentes modos trabajaban y escribían en y para el Instituto, surgió en un dilemático contexto para los académicos alemanes que se reconocían con alguna extracción marxista. Como destaca Martin Jay, los intelectuales alemanes de izquierda se encontraban ante la disyuntiva de apoyar un proyecto socialista moderado, como lo era la incipiente creación de la República de Weimar o aceptar el liderazgo de Moscú y alinearse al Partido Comunista. No obstante, había una tercera opción que proponía una revisión de la teoría

marxista, a fin de develar los errores pretéritos, y prepararse para la acción futura¹. Como afirma Jay, "(a)í así comenzó un proceso que inevitablemente condujo a las regiones más pobremente iluminadas del pensamiento filosófico de Marx"². Esta tercera posición centró su análisis en la relación entre teoría y práctica, naciendo la noción de *praxis* —que alude a un tipo de acción que se crea a sí misma, diferente de la motivada externamente—.

El Instituto pudo crearse gracias al aporte económico de Félix Weil y se logró una asociación con la Universidad de Frankfurt, lo que le brindó cierto prestigio. Entre 1923 y 1930 el Instituto fue dirigido por Carl Grünberg —quien había sido profesor de Derecho y Ciencias Políticas en la Universidad de Viena— y el trabajo académico estuvo marcado por una importante lectura del marxismo clásico. Con el ascenso de Max Horkheimer a la dirección del Instituto, la impronta académica fue signada por una reformulación del marxismo ortodoxo y una apertura hacia otras disciplinas como el psicoanálisis, el arte, etcétera³.

En 1933, con el advenimiento de Hitler, los miembros del Instituto abandonaron Alemania. Marcuse emigró junto a Horkheimer y Adorno. Primero se radicó en Ginebra, luego en París y en 1934 fijó su residencia definitiva en los Estados Unidos, adquiriendo en 1940 la nacionalidad de aquel país. En 1949 sus compañeros retornaron a Alemania, pero Marcuse no lo hizo. En EE.UU. fue docente en las universidades de Columbia y Harvard (1951-1954), Brandeis (1954-1965) y de California en San Diego (1965-1976). También trabajó en los servicios de inteligencia del ejército de los Estados Unidos⁴.

Durante la mayor parte de las décadas de 1930 y 1940, Marcuse participó activamente en las investigaciones y publicaciones del Instituto. En un contexto de arduo debate dentro de la teoría marxista, Marcuse se distanció de Marx —por considerar que su obra se apoyaba en la racionalidad técnico-instrumental del dominio sobre la naturaleza—. Asimismo, también se encargó de denunciar el autoritarismo del sistema soviético.

¹ Cit. Jay, Martín, *La imaginación dialéctica. Una historia de la Escuela de Frankfurt*, Taurus, Madrid, 1986, p. 25.

² Jay, Martín, *La imaginación...*, cit., pp. 25/26.

³ Cit. Dossin, Rubén, *Sociología crítica*, Eudeba, Buenos Aires, 2002, pp. 22/31.

⁴ Específicamente, se desempeñó en el *Office of War Information*, con la tarea de identificar a los grupos que habían contribuido al auge económico de la Alemania Nazi. Cit. BENTZ, Alicia - LEVARSUZZI, Víctor - GARZOVICH, Diego, *Escuela de Frankfurt. Avances y libertades*, Eudeba, Buenos Aires, 2000, p. 77.

La obra de Herbert Marcuse es preponderantemente asistemática. Así, responde al principio formal de la dialéctica negativa consistente en no formular obras que puedan presentar pensamientos acabados, además de evitar caer en la razón instrumental. No obstante lo anterior, uno podría afirmar que esta obra en particular introduce al lector o a la lectora en los caracteres de la cultura nazi y en el proceso que llevó a los sectores burgueses a inducir una cultura que licua contradicciones y conflictos ⁵.

La primera parte de la obra de Marcuse se basa en la interpretación de la filosofía hegeliana. Dentro de los trabajos cabe mencionarse *La ontología de Hegel y la teoría de la historicidad*, tesis doctoral dirigida por Martin Heidegger y publicada en 1932 y *Razón y revolución. Hegel y el surgimiento de la teoría social*, publicado en 1941. En la segunda parte de su obra, hay un esfuerzo teórico por compatibilizar la teoría marxista con los postulados freudianos, lo que puede verse en su obra *Eros y civilización*, de 1955. Merece destacarse también *El hombre unidimensional*, publicado en 1964.

Marcuse murió el 29 de julio de 1979 en Starnberg, en la República Federal Alemana.

III. CULTURA Y SOCIEDAD

Cultura y sociedad se publicó en formato de libro en 1965, siendo una compilación de cuatro artículos elaborados por Marcuse entre 1934 y 1938, mientras trabajaba en el Instituto de Investigaciones Sociales de Nueva York.

En el prólogo de la obra, Marcuse aclara que los trabajos no habían sido modificados desde entonces, pero sí había cambiado el contexto histórico político. En la década en que los trabajos habían sido escritos, no se podía administrar el alma y el espíritu sin caer en el totalitarismo, algo que en la década de 1960 sí era posible ⁶. Reconociendo que a la teoría crítica le resultaría dificultoso el apoderamiento de las masas, entiende que en el contexto histórico en el cual se publican los artículos, la libertad debe ser entendida como autonomía respecto de la totalidad del aparato de

⁵ Cfr. BRYTEL, Alicia - LEONARDELLI, Víctor - GERBOVICH, Diego, *Escritos de Frankfurt...* cit., p. 18.

⁶ MARCUSE, Herbert, "Prólogo", en *Cultura y sociedad*, Sur, Buenos Aires, 1978, p. 8.

dominación⁷, testitura que también puede encontrarse en *El hombre unidimensional*, publicado el año anterior⁸.

1. La lucha contra el liberalismo en la concepción totalitaria del Estado

En este trabajo, Marcuse sostiene que la aparición del Estado total-autoritario —caracterizado, principalmente, por dominar todas las esferas del individuo— fue acompañado por el “realismo histórico popular”, teoría que se ha transformado en un receptáculo que aglutina todas las críticas a la teoría liberal del Estado y la sociedad.

Marcuse se pregunta qué entienden por liberalismo quienes lo critican y qué es aquello que es criticado. Nuestro autor entiende que las críticas apuntan al humanismo y pacifismo, al individualismo, al igualitarismo formal, entre otros. No obstante, concibe que la característica principal del liberalismo es la protección de la libertad del sujeto económico, la protección de la propiedad privada, valores que el Estado total-autoritario también protege⁹. En este sentido, Marcuse enuncia uno de los puntos axiales del pensamiento frankfurtiano que prescribe que en el liberalismo mismo estaría el germen del Estado total-autoritario¹⁰.

Según entiendo, es interesante la reflexión de Marcuse al momento de analizar determinados institutos del Derecho. Si nos detenemos en lo que se ha dado en llamar “derechos del consumidor”, podría afirmarse que estamos ante un discurso que avasalla uno de los postulados básicos del liberalismo económico: el libre mercado. Podría entenderse que los denominados derechos del consumidor consagrados en la Constitución Nacional (art. 42), y vanagloriados por el discurso académico¹¹, se erigen como

⁷ Marcuse, Herbert, “Prólogo”, cit., pp. 10/13.

⁸ Allí Marcuse afirma que “la libertad económica significaría libertad de la economía, de estar controladas por fuerzas y relaciones económicas, liberación de la diaria lucha por la existencia, de ganarse la vida. La libertad política significaría la liberación de los individuos de una política sobre la que no ejercen ningún control efectivo”. MARCUSE, Herbert, *El hombre unidimensional*, Planeta - De Agostini, México, p. 64.

⁹ MARCUSE, Herbert, “La lucha contra el liberalismo en la concepción totalitaria del Estado”, en *Cultura y sociedad*, Sur, Buenos Aires, 1978, pp. 13/20.

¹⁰ Así Marcuse sostiene que “en el liberalismo mismo el que genera al Estado total-autoritario como si éste fuera su realización final es un estado avanzado de su desarrollo”. MARCUSE, Herbert, *Cultura...*, cit., p. 27. Ver también ENRI, Alicia - LEONARDINI, Víctor - GUARACINO, Diego, *Escuela de Frankfurt...*, cit., p. 21.

¹¹ Así puede verse en ACCIARI, Atilio A., *Contratos. Clases comerciales y de consumo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, pp. 147/149.

vallas a las políticas liberales. No obstante, el derecho del consumo —justamente— garantiza el consumo. Al consagrar derechos no hace más que evitar la discusión sobre la relación del consumo. Lejos de discutirse las relaciones de intercambio —consecuencia y garante del sistema de propiedad privada—, el discurso de los derechos del consumidor *asume, reifica, la relación de consumo*.

Volviendo a la obra comentada, Marcuse detecta que tanto el liberalismo como el antiliberalismo, asumen una interpretación naturalista de la sociedad: ambas doctrinas presuponen la existencia de leyes naturales. No obstante, aclara que mientras el liberalismo es racional —esto implica que el accionar está subordinado a la racionalidad—, el antiliberalismo es irracional —no porque niegue la racionalidad, sino porque ésta queda limitada por datos irracionales, como “la naturaleza”, “el pueblo”—¹².

Ahora bien, la racionalidad del liberalismo no es completamente plausible. La racionalidad liberal tiene un carácter privado, está ligada a la praxis racional del sujeto económico individual. El liberalismo no propone una suerte de racionalidad colectiva y, precisamente, lo colectivo queda librado a una armonía casual, a un equilibrio natural, a una irracionalidad¹³. Es importante tener en cuenta que Marcuse enuncia esta irracionalidad en un contexto de ascenso del nazismo, pero también es interesante destacar —a modo de contraste— que a partir de la década de 1950, en los EE.UU., se desarrollará el paradigma conductista en la ciencia política, asentado —justamente— en el análisis de lo colectivo bajo las categorías individualistas de la economía clásica¹⁴.

Sentado lo anterior, nuestro autor trabaja sobre los tres componentes constitutivos del Estado total-autoritario: el universalismo, el naturalismo y el existencialismo.

1.1. El universalismo

Marcuse destaca una preeminencia del todo respecto de los miembros. Afirma que esta concepción responde a una exigencia económica —el capitalismo monopólico—, pero en el plano teórico no se erige como el dominio de una clase por sobre otra, sino en la unificación de las clases, en la superación de la lucha de clases, aunque basada en la estructura

¹² Marcuse, Herbert, *Cultura...*, cit., p. 22/24.

¹³ Marcuse, Herbert, *Cultura...*, cit., p. 26.

¹⁴ Para una aproximación al modelo conductista, ver Prieto, Julio, “La ciencia política”, en *Introducción a la ciencia política*, Eudeba, Buenos Aires, 2003, pp. 29/75.

social reinante. Es decir “una sociedad sin clases basada sobre la actual sociedad de clases y ubicada dentro de sus marcos”¹⁵.

1.2. *El naturalismo*

En el discurso del Estado total-autoritario hay una marcada referencia a las cualidades naturales de la totalidad representada por el pueblo. La naturaleza opera como límite de la racionalidad, pero también produce una deshistorización. Quienes se benefician con el *status quo* apelan a la naturalización del orden existente, al que pretenden conservar y proteger¹⁶.

1.3. *El existencialismo*

En el plano filosófico, el existencialismo intenta reemplazar el sujeto lógico y abstracto que se esgrime desde Descartes hasta Husserl, y reemplazarlo por un sujeto histórico¹⁷. No obstante, es aquí donde Marcuse encuentra el germen para la estructuración del Estado total-autoritario, para el existencialismo el hombre actúa, pero el para qué de su accionar queda en un segundo plano¹⁸.

2. Acerca del carácter afirmativo de la cultura

Este artículo, dividido en tres secciones, tal vez sea —junto con los libros *Eros y civilización* y *El hombre unidimensional*— uno de los trabajos más famosos de nuestro autor.

En la primera parte del artículo, Marcuse detecta que en el discurso aristotélico que separa lo funcional y necesario de lo bello y placentero, se deja libre el campo para la materialidad de la praxis burguesa, por un lado, y de la satisfacción de la felicidad, por el otro. De acuerdo con la filosofía aristotélica, todos y cada uno de los diferentes conocimientos están referidos a la praxis, aunque ordenados “según una escala de valores que se extiende desde el saber funcional de las cosas necesarias para la vida cotidiana hasta el conocimiento filosófico que no tiene ningún fin fuera de sí mismo, sino que se lo cultiva por sí mismo y es el que ha de proporcionar la mayor felicidad a los hombres”¹⁹.

¹⁵ MARCUSE, Herbert, *Cultura...*, cit., p. 29.

¹⁶ MARCUSE, Herbert, *Cultura...*, cit., pp. 200-1.

¹⁷ MARCUSE, Herbert, *Cultura...*, cit., pp. 26-7.

¹⁸ MARCUSE, Herbert, *Cultura...*, cit., p. 38.

¹⁹ MARCUSE, Herbert, “Acerca del carácter afirmativo de la cultura”, en *Cultura...*, cit., p. 43.

El autor alemán destaca que en esta separación —entre el mundo de los sentidos y el de las ideas, entre sensibilidad y razón— se esconde la defensa de una reprochable condición existencial y se pone de manifiesto una despreocupación idealista por aquello relacionado con los procesos materiales²⁰.

Ahora bien, la distinción reseñada es lo que permite a Marcuse hablar de una cultura afirmativa, una de las aproximaciones conceptuales más conocidas de las esgrimidas por el autor alemán. Entiende por aquella a la “cultura que pertenece a la época burguesa y que a lo largo de su propio desarrollo ha conducido a la separación del mundo animico-espiritual, en tanto reino independiente de los valores, de la civilización, colocandole a aquél por encima de esta. Su característica fundamental es la afirmación de un mundo valioso, obligatorio para todos, que ha de ser afirmado incondicionalmente y que es eternamente superior, esencialmente diferente del mundo real de la lucha cotidiana por la existencia, pero que todo individuo ‘desde su interioridad’ sin modificar aquella situación fáctica, puede realizar por sí mismo”²¹. En este sentido, puede afirmarse que “se elabora entonces un concepto falso de cultura como patrimonio de un colectivo homogéneo. Tal operación ideológica lleva a proclamar la existencia de una cultura ‘germana’, ‘latina’, calificaciones que tienden a borrar diferencias vinculadas a las relaciones materiales de existencia”²².

Ante una angustiante condición material de existencia, la cultura debe hacerse cargo de la pretensión de felicidad de los individuos. La búsqueda de un mundo mejor, de un mundo más noble, no ha de llegar mediante la transformación del mundo material, sino que debe acontecer en el alma del individuo. “La cultura ha de dignificar lo ya dado, y no sustituirlo por algo nuevo”²³.

Sin lugar a dudas, el derecho contribuye a crear —a la vez de reflejar— identidades colectivas, pero me interesará analizar cómo determina

²⁰ MARCUSE, Herbert, *Cultura...*, cit., p. 48.

²¹ MARCUSE, Herbert, *Cultura...*, cit., p. 50.

²² ESTEL, Alicia - LENARDELLI, Víctor - GERZOWICH, Diego, *Escuela de Frankfurt...* cit., p. 28.

²³ MARCUSE, Herbert, *Cultura...*, cit., p. 36. Es importante destacar que es en la época burguesa cuando la cultura se universaliza. Para los autores de la Grecia clásica que han trascendido, sólo un grupo selecto de la sociedad podía ocuparse del placer y de la verdad. En este orden de ideas, el discurso platónico estipulaba que los hombres, por naturaleza, contaban con aptitudes diferentes y sólo en determinados hombres —los filósofos— predominaba la razón, y con ella, la capacidad para aprehender el mundo de las ideas. Ver PLATÓN, *República*, Eudeba, Buenos Aires, 1986, p. 335.

das ramas del derecho que dicen proteger a los sujetos débiles de las relaciones jurídicas no sólo tienden a la reproducción, sino que descuidan —o cuidan de reproducir— el aspecto material de la mentada desigual relación. De acuerdo con Alain Supiot, el derecho del trabajo tiene a la protección del trabajador como su elemento distintivo²⁴. En el mismo sentido, De Diego destaca que “dado que el trabajador es el sujeto esencial del derecho del trabajo, el contenido de esta particular rama del derecho está orientada a protegerlo frente a la posibilidad de que se generen abusos de parte del empleador, atento a la superioridad de éste en los distintos planos de la relación”²⁵.

Esquemáticamente podría decirse que desde tradiciones marxistas ortodoxas, el derecho es concebido como un elemento superestructural que refleja —y hasta reproduce— la estructura, formada por las fuerzas productivas y las relaciones de producción. Desde algunas tradiciones críticas del derecho —que no necesariamente comparten los mismos postulados que la teoría crítica de la Escuela de Frankfurt— suele hablarse de una función paradójica del derecho según la cual “cumple un rol formalizador y reproductor de las relaciones sociales establecidas, y a la vez, un rol en la remoción y transformación en tales relaciones. Cumple a la vez, una función conservadora y reformadora”²⁶.

Una primera mirada sobre el discurso del derecho laboral —imaginemos que es genuino— podría inducir a pensar que los categóricos marxistas no sirven para explicar el fenómeno tuitivo y/o que estamos —atento a las categorías de las corrientes críticas del derecho— ante la faz reformadora del derecho. No obstante, el derecho del trabajo no se ocupa de las relaciones materiales de los sujetos implicados. El derecho del trabajo presupone y asume la relación desigual —desde lo material— entre los sujetos implicados. El derecho del trabajo opera sobre una relación desigual; dice proteger al más débil, pero si se encargase de la desigualdad material no existiría “el débil” y aquí resurgiría la pregunta del conocido trabajo de Supiot: ¿Por qué un derecho del trabajo?²⁷.

²⁴ Supiot, Alain, “¿Por qué un derecho del trabajo?”, en *Desempenamiento Laboral* nro. 39, Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 1993, p. 16.

²⁵ De DIEGO, Arturo, *Manual del derecho del trabajo y de la seguridad social*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 64.

²⁶ Cácerova, Carlos María, “Acercas de las funciones del derecho”, en A.A.VV., *Materiales para una teoría crítica del derecho*, LexisNexis, Buenos Aires, 2006, p. 151.

²⁷ La atención a las relaciones materiales también permite explicar fenómenos ligados al llamado “derecho colectivo del trabajo”. Así, Mónica Gordillo entiende que el surgimiento de “sindicatos clasistas” en las asimetrías conótmicas de la década de 1970

Retomando a la obra bajo examen, es importante destacar que Marcuse dedica varios espacios de reflexión a la noción de alma, y a cómo en ella trabajará la cultura afirmativa. Destaca cómo se ha producido un sometimiento de los sentidos al dominio del alma, situación que se refleja en la noción burguesa de amor que, a través de la exigencia de fidelidad —que parte del alma—, condiciona los sentidos²⁸. Además, asevera que la promesa de una felicidad suprasensible esconde la verdadera posibilidad de crear condiciones de existencia material que posibiliten una felicidad real²⁹. Respecto de la fidelidad, el derecho se encarga de reflejar tal valor, a la vez de coadyuvar a su reproducción como tal en la medida en que otorga incentivos selectivos negativos a las prácticas adulterinas —erigiéndolas como causales de separación personal y divorcio, art. 202, inc. 1º, del Código Civil, texto según ley 23.515, y estableciendo efectos negativos diferenciales para quien incurrió en adulterio³⁰— y a las prácticas poligámicas —elevando al ligamen como un impedimento para la celebración del matrimonio, art. 116, inc. 6º, e instituyendo al cónyuge de buena fe determinados privilegios ante la nulidad del matrimonio—³¹. Incluso, desde la academia, se apela al discurso de las esencias para justifi-

se debió a la insuficiencia del discurso de los sindicatos peronistas referido —únicamente— a la cuestión salarial y a un discurso de sindicatos de extracción marxista que hacían énfasis en las condiciones de trabajo —discurso que tuvo buena repercusión por aquel entonces—. Cf. GORDOLLO, Mónica, "Movimientos sociales e identidades colectivas: Repensando el ciclo de protesta obrera cordobesa de 1969-1971", en *Desarrollo Económico*, vol. 39, no. 143, Buenos Aires, 1999.

²⁸ MARCUSE, Herbert, *Cultura...*, cit., p. 61/64.

²⁹ MARCUSE, Herbert, *Cultura...* cit., p. 69.

³⁰ En el supuesto de divorcio o separación personal, y para el caso de los alimentos, el cónyuge que haya incurrido en adulterio debe mantener el nivel de vida del otro, tal como era durante el matrimonio —art. 207 del Código Civil, texto según ley 23.515—. Por su lado, el cónyuge que el derecho jurídico cataloga como "inocente" sólo debe al otro los llamados alimentos de toda necesidad —art. 209 del Código Civil, texto según ley 23.515—.

³¹ En caso de que el matrimonio se hubiere celebrado mediante un impedimento de ligamen, y quien ostente con éste haya sido consciente de ello mientras que su cónyuge no lo hubiese sabido, este último —a quien el discurso jurídico llama "de buena fe"— puede reclamar daños y perjuicios. Además, y en cuanto a los bienes, puede optar por —art. 222, inc. 3º, Código Civil, texto según ley 23.515—: a) conservar los bienes adquiridos durante el matrimonio; b) aplicar el régimen legal del matrimonio y las normas de disolución de la sociedad conyugal; c) disolver la unión con las reglas de las sociedades de hecho. Cf. SOLARI, Néstor, *Matrimonio: celebración, impedimentos y nulidad*, La Ley, Buenos Aires, 2006, ps. 153/156.

car la fidelidad. Así, Borda destaca que "desde el momento en que cualquiera de los cónyuges tiene relaciones íntimas con otro, aunque sean meramente circunstanciales, viola el deber de fidelidad, que es de la esencia del matrimonio"¹². Al apelarse al discurso de las esencias, se desligan los valores de las prácticas sociales que los concibieron, situación que no permite la reflexión sobre ellos ni una eventual redefinición.

3. Filosofía y teoría crítica

"Filosofía, economía, psicología, mística y literatura. No una cosa sino este denominador común colectivo es lo que debería entenderse por teoría crítica, una expresión, por lo demás, que nunca utilizamos nosotros en los primeros años 20 con cargo de connotaciones como le ha parecido a la posteridad. Esta es mi respuesta. La teoría crítica... es una perpetua. Por eso siempre me parece un tanto ridículo cuando viene alguien a decirme que tendría que organizar un seminario sobre teoría crítica: nunca sé demasiado bien qué tendría que decir en él".

LIO LORENZONI.

Si uno quisiera brindar una carta de presentación sobre la teoría crítica, es posible que un texto de 1937 escrito por Max Horkheimer, titulado *Teoría tradicional y teoría crítica*, sea el indicado. El trabajo de Horkheimer es muy rico e intenta mostrar ciertas irracionalidades de la que denomina teoría tradicional, a la vez que presenta determinados ejes de la teoría crítica. En este sentido, y a modo de ejemplo, quien fuera durante varios años director del Instituto de Investigaciones Sociales de Frankfurt arremetió contra la supuesta separación entre objeto y sujeto de conocimiento, máxima en las ciencias sociales. Así, destacó que "los hechos que nos entregan nuestros sentidos están performados socialmente en dos modos: por el carácter histórico del objeto percibido y por el carácter histórico del órgano percipiente"¹³. Para el discurso jurídico, tal denuncia no resulta menor, ya que el famoso cliché de la objetividad del juez puede presuponga —aunque si tiene presupuestos tal vez no sea un cliché— esta separación entre sujeto y objeto de conocimiento.

Si uno tuviera que realizar una muy breve síntesis de "Filosofía y teoría crítica", podría decirse que Marcuse detecta que el objetivo de la filosofía ha sido el conocimiento puro pero no la acción —y en los mo-

¹² BORDA, Guillermo A., *Manual de derecho de familia*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 263.

¹³ HORKHEIMER, Max. *Teoría crítica*. Amorrortu, Buenos Aires, 1990, p. 233.

mentos en que se encaminó a la acción lo hizo con el objeto de dominar el mundo desde el plano tecnológico—³⁴.

Marcuse brinda diferentes caracteres de la razón, pero sostiene que la filosofía se acaba antes de la realización de la razón: no es campo de la filosofía la realización del accionar racionalmente concebido. Los individuos pueden ser libres y racionales dentro del orden existente³⁵. Esto es así porque la reflexión filosófica no abarca las relaciones materiales de existencia. Como destaca nuestro autor, “Hegel consideraba que la limitación de la filosofía al mundo del pensamiento era una ‘característica esencial’: la filosofía concilia las oposiciones en el plano de la razón, ‘es una conciliación en el mundo ideal y no de la realidad’”³⁶.

Partiendo de la desatención que la filosofía idealista tiene respecto de las condiciones materiales de existencia, Marcuse entiende que la teoría crítica debiera preocuparse por la felicidad de los individuos en todos los planos. Así, nuestro autor esboza una suerte de objetivo de la teoría crítica según el cual habría que ir más allá de la sistematización de datos, para aspirar a una mejora de la deplorable situación material de los individuos; en palabras del autor alemán: “la pretensión de que mediante la superación de las actuales relaciones materiales de la existencia se libere la totalidad de las relaciones humanas”³⁷.

La atención a las condiciones materiales de existencia es un elemento que permitiría redefinir el modo de reflexionar sobre algunos institutos del Derecho, entre ellos, el de la igualdad. Como bien describe Roberto Saba, el discurso jurisprudencial y teórico predominante sobre la temática de la igualdad prescribe que la garantía del art. 16 de la Constitución Nacional garantiza la igualdad de trato en igualdad de circunstancias —debiendo

³⁴ Como destacan Estel, Lenarduzzi y Gensovich, la preocupación central de Max Horkheimer también era el abandono de la praxis por parte de la filosofía idealista. Cf. ESTEL, Alicia - LENARDUZZI, Víctor - GENSOVICH, Diego, *Manuel de Frankfurt...*, cit., p. 38.

³⁵ Con una dramática redacción afirma Marcuse que “(l)a razón es sólo la apariencia de racionalidad en un mundo irracional y la libertad sólo la apariencia del ser libre en una falta de libertad universal. La apariencia se produce al internalizarse el idealismo: razón y libertad se convierten en tareas que el individuo puede y tiene que realizar en sí mismo cualesquiera sean las circunstancias exteriores”. MARCUSE, Herbert, “Filosofía y teoría crítica”, en *Cultura y...*, cit., p. 81.

³⁶ MARCUSE, Herbert, *Cultura...*, cit., p. 84.

³⁷ MARCUSE, Herbert, *Cultura...*, cit., p. 87.

ser tales circunstancias razonables—³⁸. Realizar un abordaje del asunto de este modo, es decir, sin atender a las condiciones materiales de existencia, tiene consecuencias muy serias. Los profesores Sabsay y Onaindia —propagadores de este discurso— muestran una gran preocupación por el incremento del odio religioso, racial y los movimientos xenófobos. Dentro del esquema reseñado, se estaría ante un trato desigualitario por circunstancias irrazonables —como el color de la piel—, y dentro del mismo esquema, los autores recomiendan al Estado “adaptar medidas que promuevan la eliminación de las conductas discriminatorias por razones de edad, sexo, nacionalidad, raza e ideologías”³⁹.

Ahora bien, si el discurso atendiera a las condiciones materiales de existencia, es muy posible que la concepción de la igualdad fuera diferente. Asimismo, sería factible que no sólo se propusiera la eliminación de las prácticas discriminatorias sino que se atendiese a sus causas, en muchos casos ligadas —justamente— a las condiciones materiales. Refiriéndose a la temática del racismo, los antropólogos Gagliotti, Gutiérrez, Lander y Ubllich —luciendo alguna extracción marxista— destacan que toda representación social es una construcción histórica que refleja los conflictos y acontecimientos de cada contexto social. En este sentido, afirman que “los prejuicios racistas no han podido ser derribados porque sólo se ha atacado uno de sus aspectos, se atacó la justificación, es decir, la supuesta superioridad inscrita en la biología, que legitimaba la dominación, pero no el problema que la desencadenó, que ha seguido intacto y enmascarado: la profunda desigualdad estructural y el odio al otro que esto provoca”⁴⁰.

³⁸ Cf. SABA, Roberto, “(Des)Igualdad estructural”, en AMATA, Jorge (ed.), *Historia de la Constitución. 1853-2004*, UCEP, Buenos Aires, 2004. En el mismo orden de ideas, Elmekdjian afirma que la garantía del art. 16 pierde “sustentación expresando que las clasificaciones que otorgan diverso trato a las categorías de individuos son válidas en tanto sean razonables, esto es, no sean persecutorias, hostiles o estigmatizantes; es decir que nieguen a uno lo que se concede a otros en iguales circunstancias”. DOMESTICAN, Miguel Ángel, *Tratado de derecho constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 147. En igual sentido, Gelli sostiene que “la igualdad de todos ante la ley, consagrada en el art. 16 de la Constitución, parece abolir las diferencias. Se consagra allí la igualdad formal —iguales en igualdad de condiciones—. GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Caserredo y concordado*, La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 119.

³⁹ SABSAY, Daniel A. - ONAINDIA, José M., *La Constitución de los argentinos*, Ercipit, Buenos Aires, 1998, p. 67.

⁴⁰ GAGLIOTTI, Valeria - GUTIÉRREZ, Rodolfo - LANDER, Érica - UBLICH, Nora, “Reconstrucción teórico-conceptual del racismo”, en CARRILLO, María Cristina, *Apeunero a la antropología*, Proyecta, Buenos Aires, 2003, p. 179. Por otro lado, es de destacar que

Retomando al trabajo de nuestro autor, es importante reseñar que, con el objetivo de perfeccionar las condiciones materiales de existencia, Marcuse brega por un esfuerzo imaginativo —incluso utópico— para trascender los límites de la realidad. Para ello puede que sea menester apelar a determinadas abstracciones, pero que no prescindirán del estatus actual del hombre, sino que apuntarán a un estatus futuro ⁴¹.

4. A propósito de la crítica del hedonismo

“La definición de la asociación de hombres libres contiene expresamente la exigencia de que cada individuo debe tener participación en el producto social, según sus necesidades... Las necesidades de los individuos, que han de ser satisfechas, se transforman en principio regulador del proceso de trabajo. Pero las necesidades de los hombres liberados y el goce de su satisfacción tendrán una forma diferente a la de las satisfacciones y el goce cuando no existe libertad —ver cuando fisiológicamente sean las mismas—” ⁴².

El trabajo comienza con una potente sentencia: “Bajo el nombre de razón, la filosofía idealista de la época burguesa había intentado comprender lo universal, que se impone a los individuos aislados” ⁴³. Lo que detecta Marcuse es que la razón se había impuesto a costa de la felicidad de los individuos.

El autor alemán sostiene que el eudemonismo concibe a la felicidad como algo subjetivo, lo que implica un elemento de resignación en el plano material. En cambio, en el hedonismo, dado que se reemplaza a la felicidad por el placer, las exigencias de libertad son llevadas al plano de las exigencias materiales ⁴⁴.

desde tradiciones no marxistas —que podríamos denominar liberales— apoyadas al discurso jurídico, se ha impregnado una visión estructural, material, de la igualdad. Así, cfr. Sain, Roberto, “[Des]igualdad...”, cit., y Fito, Ówen, “Grupos y cláusula de la igual protección”, en GARCABELLA, Roberto (comp.), *Derecho y grupos desaventajados*, Gedisa, Barcelona, 1999. Extracto del original “Groups and the Equal Protection Clause”, *Philosophy and Public Affairs* 3 (1974). Traducción de Roberto Gargarcilla y Gustavo Maurino.

⁴¹ MARCUSE, Herbert, *Cultura...*, cit., pp. 87/88.

⁴² MARCUSE, Herbert, “A propósito de la crítica del hedonismo”, en *Cultura...*, cit., p. 113.

⁴³ MARCUSE, Herbert, *Cultura...*, cit., p. 97.

⁴⁴ MARCUSE, Herbert, *Cultura...*, cit., pp. 98/99.

En la obra se distinguen dos tipos de hedonismo. Para la corriente cirenaica, la satisfacción de necesidades está vinculada al sentimiento de ciertos placeres, por lo que la felicidad consistiría, justamente, en sentir tales placeres. No obstante, para Marcuse, este hedonismo se convierte en justificador de la situación material en la medida en que no distingue entre intereses verdaderos y falsos, “entre lo verdadero y lo falso del placer”⁴⁵.

Para la corriente epicúrea del hedonismo hay placeres verdaderos, y es la razón la que se erige como árbitro. Se exhibe, además, que se trata de un hedonismo negativo: “su principio es más bien evitar el dolor que procurar el placer”⁴⁶.

Ahora bien, lo que detecta Marcuse es que no puede llamarse felicidad a aquello que los individuos alcanzan mediante la razón, ya que parece que el “órgano de la felicidad” es la sensibilidad y no precisamente la razón.

En este orden de ideas, nuestro autor destaca que la limitación de la felicidad a la esfera del consumo refuerza un modo de producción que separa al ámbito de la producción del ámbito del trabajo. Así afirma que, en la época moderna, la felicidad deja de ser un valor *en sí*, y queda subordinado el ideal de virtud. De acuerdo con Marcuse, esta pérdida del valor *en sí* del goce tiene que ver con las condiciones de trabajo y tiene una clara manifestación en el discurso del placer sexual. “El placer sexual es racionalizado —pragmática o moralmente— y aparece como un simple medio, como un fin que está más allá de él, al servicio de la dócil subordinación del individuo, a las formas existentes del proceso de trabajo... Según Spinoza, el ‘placer sensual’ sólo puede ‘ser buscado en tanto medio’, sobre todo como medio higiénico: ‘hay que entregarse a los placeres sólo en la medida en que sirven para el mantenimiento de la salud’”⁴⁷.

Para nuestro autor, el aumento del placer —tomándolo como un valor *en sí mismo*— significaría un aumento de la libertad individual, dado por el conocimiento y la realización de posibilidades de los individuos y la libertad en el tiempo y en el espacio, que no sería muy acorde con los intereses del sistema. Por otro lado, sostiene que determinados sistemas de producción pueden crear falsas necesidades en los individuos y, por

⁴⁵ MARCUSE, Herbert, *Cultura...*, cit., p. 183.

⁴⁶ MARCUSE, Herbert, *Cultura...*, cit., p. 184.

⁴⁷ MARCUSE, Herbert, *Cultura...*, cit., ps. 115-116.

ende, falsas felicidades⁴⁸. Destaca que a la teoría crítica le interesa que el hombre pueda encontrarse con sus verdaderas necesidades, pero para que aquéllas se liberen es menester no un acto de “renovación moral de los individuos, sino un proceso económico y político”⁴⁹.

Aquí no realizaré ninguna aproximación al discurso jurídico. Mi tarea ha concluido y queda en manos de la lectora o del lector someter su horizonte de sentido a los desafiantes caminos de la teoría crítica...

IV. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALTERINI, Atilio A. (1999), *Contratos. Civiles, comerciales y de consumo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- BORDA, Guillermo A. (1993), *Manual de derecho de familia*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- CARCOVA, Carlos María (2006), “Acerca de las funciones del derecho”, en A.A.VV., *Materiales para una teoría crítica del derecho*, LexisNexis, Buenos Aires.
- DE DIEGO, Arturo (2000), *Manual del derecho del trabajo y de la seguridad social*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- DOMÍZ, Rubén (2002), *Sociología crítica*, Estudio, Buenos Aires.
- ERMERDJIAN, Miguel Angel (1994), *Tratado de derecho constitucional*, Depalma, Buenos Aires.
- ENTEI, Alicia - LENARDUZZI, Víctor - GERZOVICH, Diego (2000), *Escuela de Frankfurt. Arte, nación y libertad*, Eudeba, Buenos Aires.
- FISS, Owen (1999), “Grupos y cláusula de la igual protección”, en GARGARELLA, Roberto (comp.), *Derecho y grupos desaventajados*, Gedisa, Barcelona. Extracto del original “Groups and the Equal Protection Clause”, *Philosophy and Public Affairs* 5 (1976). Traducción de Roberto Gargarella y Gustavo Maurino.
- GELLI, María Angélica (2004), *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, La Ley, Buenos Aires.
- GIGLIOTTI, Valeria - GUTIERREZ, Rodolfo - LANDER, Érica - URSICH, Nora (2003), “Reconstrucción teórico-conceptual del racismo”, en CHIRIGUINI, María Cristina, *Apertura a la antropología*, Proyecto, Buenos Aires.

⁴⁸ En este sentido, Marcuse relata que “los resultados de las votaciones populares modernas demuestran que los hombres, separados de la verdad posible, pueden ser inducidos a votar en contra de sí mismos”. MARCUSE, Herbert. *Cultura...* cit., p. 120.

⁴⁹ MARCUSE, Herbert. *Cultura...* cit., pp. 120-121.

GORDILLO, Mónica (1999), "Movimientos sociales e identidades colectivas: Repensando el ciclo de protesta obrera cordobés de 1969-1971", en *Desarrollo Económico* vol. 39, nro. 165, Buenos Aires.

HORKHEIMER, Max (1990), *Teoría crítica*, Amorrortu, Buenos Aires.

JAY, Martin (1986), *La imaginación dialéctica. Una historia de la Escuela de Frankfurt*, Taurus, Madrid.

MARCUSE, Herbert (1978), *Cultura y sociedad*, Sur, Buenos Aires. Título original: *Kultur und Gesellschaft I*, 1965. Traducción de E. Bulygin y E. Garzón Valdés.

—(1985), *El hombre unidimensional*, Planeta - De Agostini, México. Título original: *One dimensional man*, 1964. Traducción de Antonio Elorza.

PINTO, Julio (2003), "La ciencia política", en *Introducción a la ciencia política*, Eudeba, Buenos Aires.

PLATÓN (1986), *República*, Eudeba, Buenos Aires. Traducción de Antonio Camarero.

SABA, Roberto (2004), "(Des)Igualdad estructural", en *Amaya, Jorge* (ed.), *Figuras de la Constitución, 1853-2004*, UCES, Buenos Aires.

SABAY, Daniel A. - OMAINDIA, José M. (1998), *La Constitución de los argentinos*, Errepar, Buenos Aires.

SOLARI, Néstor (2006), *Matrimonio: celebración, impedimentos y nulidades*, La Ley, Buenos Aires.

SUPIOT, Alain (1993), "¿Por qué un derecho del trabajo?", en *Documentación Laboral* nro. 39, Universidad de Alcalá de Henares, Madrid.

ENTREVISTAS

ENTREVISTA AL DOCTOR MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI

Lecciones y Ensayos —¿Cómo nació su vocación por el Derecho, especialmente por la Filosofía del Derecho y el Derecho Internacional privado?

Miguel Ángel Ciuro Caldani —Mi vocación por el Derecho comenzó siendo una inclinación genérica por las ciencias sociales y las humanidades, con cierta especificidad hacia el “hacer” en el marco respectivo. En un principio me atraía tanto la Historia, como expresión concreta de la vida humana, que apenas comencé a leer con cierta destreza, me dediqué a estudiarla por mi propia cuenta. Como comencé a estudiar con un diccionario enciclopédico creo que las vinculaciones que fui desarrollando entre los personajes me ayudaron a desplegar la capacidad general de relacionar.

La afirmación más clara respecto de la Filosofía del Derecho y el Derecho Internacional Privado se produjo cuando conocí a un maestro que integraba los dos enfoques magníficamente y me produjo gran admiración: Werner Goldschmidt.

—¿Cómo fue la época en que realizó sus estudios universitarios y qué otras actividades desarrolló? ¿Cómo se estudiaba Derecho en aquellos días?

—Estudié Abogacía en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, situada en Santa Fe, entre los años 1958 y 1961. Estudié la licenciatura en Ciencias Políticas y Diplomáticas en la Facultad de Ciencias Económicas, Comerciales y Políticas de la misma Universidad, con sede en Rosario, graduándome en 1963 y concluí los doctorados correspondientes a las dos carreras en 1966 y 1969. Durante el primer año trabajé de maestro de escuelas primarias nocturnas y, como tenía quince años, era uno de los más jóvenes del aula.

Al final de la década del 50 y el principio de la década del 60 el mundo, pese a estar dividido en bloques muy antagónicos, tenía conductores que prometían, con realizaciones, más progreso, más igualdad y más jus-

ticia. Me refiero principalmente a John F. Kennedy y Juan XXIII. Nuestro país intentaba organizarse democráticamente afrontando el acoso de frecuentes golpes militares. Los dos presidentes constitucionales, Arturo Frondizi y Arturo U. Illia, para mi de excelente recuerdo por causas diversas, fueron destituidos por las fuerzas armadas no sin el apoyo de sectores civiles desorientados. La Universidad pública, claramente predominante, había adquirido muy buen nivel, pero en el vaivén de las exclusiones que mucho la afectaron no lograba integrar a los sectores peronistas.

En cuanto a la enseñanza del Derecho, como yo vivía en Rosario y al principio de mis estudios universitarios no existía la carrera de abogacía en esa ciudad, cursé en condición de libre toda la carrera. Muchos compañeros hacían lo mismo, de modo que teníamos que realizar un esfuerzo muy grande, en parte aliviado por la solidaridad entre nosotros. Por entonces no era excepcional que se estudiara "libre" e incluso en cierto sentido "a distancia" y los resultados no fueron tan criticables como uno hoy podría imaginar.

El nivel de los estudios jurídicos de entonces me parece relativamente satisfactorio, pero la tendencia al "memorismo" ya se hacía presente. Con cierta frecuencia se estudiaba "de memoria" porque el normativismo alejaba ya de la realidad de los hechos. La confusión entre el nocivo estudiar "de memoria" y el beneficioso estudiar "con memoria" ya se hacía presente. La relación entre los profesores y los alumnos era en general más distante que en la actualidad.

—¿Qué docentes lo influyeron especialmente durante sus estudios universitarios?

—El docente que más influyó fue Werner Goldschmidt. No fue mi profesor "formal"; yo asistí a sus clases voluntariamente y rendí la asignatura que él dictó en otra Facultad. Sin embargo fue quien signó más profundamente mi formación. Aunque me parece que la Universidad es un fenómeno muy complejo de docencia, formación profesional, investigación, extensión y promoción, constituido con diversas composiciones a través de la historia, Goldschmidt, formado en el clima de la Universidad alemana, referida especialmente a la investigación, me transmitió una fuerte presencia de este despliegue de la Institución y un profundo sentido de respeto por el profesor y por el alumno. En general, los profesores alemanes eran respetables y respetados porque tenían "autoridad", no poder.

Otros profesores que me brindaron influencias beneficiosas, originándome asimismo un agradecimiento perdurable, fueron el civilista Roberto H. Brebbia y el administrativista Rafael Bielsa.

—¿Cómo comenzó su labor docente y de investigación?

—Comencé a trabajar en la docencia en los niveles primario y secundario. Me inicié en la docencia universitaria como adscripto en la por entonces Escuela de Derecho de Rosario, en 1962. Durante varios años fui avanzando en la carrera docente; largo tiempo, incluso después de mi designación como profesor adjunto, trabajé *ad honorem*. En 1971 me inicié como investigador de la Carrera de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario, y en 1978 comencé a desempeñarme en el CONICET, donde actualmente trabajo.

—*Ud. fundó y dirige desde hace veinticinco años el Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social que funciona en el marco de la Facultad de Derecho de la UNR. ¿Cómo fue su gesta y cuáles son las actividades más relevantes que se han desarrollado en ese ámbito? ¿Qué evaluación hace de dicha trayectoria?*

—El Centro comenzó siendo un grupo de investigaciones afectado a la realización de un proyecto. En 1982 fue instituido como tal y contó con investigadores de diversas disciplinas como Derecho, Ciencia Política e Historia. La línea principal de investigación ha sido la integración del objeto de la ciencia jurídica con alcances tridimensionales, tomando de manera principal la propuesta de la teoría triáxica del mundo jurídico. Según la teoría triáxica, dicha ciencia ha de referirse a repartos de “potencia” e “impotencia” (es decir, lo que favorece o perjudica al ser y en especial la vida) en la dimensión sociológica, captados por normatividades en la dimensión nomológica, y valorados por un complejo de valores que culmina en la justicia en la dimensión dielógica. El crecimiento permanente del Centro, en mucho en cuanto a formación de investigadores, motivó la constitución de otros Centros, por ejemplo, el de Investigaciones de Derecho Civil, el de Investigaciones en Ciencias Sociales, el de Derecho Comunitario y el de Derecho de la Ancianidad.

Hay el Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social cuenta con diversas áreas, por ejemplo de Teoría General, Derechos Humanos, Bioderecho, Derecho Comparado, Derecho de la Educación y de Derecho de la Salud, esta última en formación. La referencia “transversal” a nuevas ramas del Derecho permite enriquecer las tradicionales, atendiendo a problemas humanos que éstas no logran captar suficientemente. Asimismo funciona en el Centro la Cátedra Interdisciplinaria “Profesor Dr. Werner Goldschmidt”.

La subdirectora del Centro es la profesora doctora María Isolina Dahove, investigadora del Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario. Trabajan en él varios investigadores, becarios y docentes.

Al servicio del Centro se publican la *Revista* (antes *Boletín*) del *Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, Investigación y Docencia y Bioética y Bioderecho*. Para la concreción de estas publicaciones periódicas se cuenta con el apoyo de la Fundación para las Investigaciones Jurídicas.

—¿Qué opinión le merece la forma en que se enseña y se investiga en Derecho, en particular en nuestra Universidad? ¿Observa diferencias en la forma en que se desarrollan ambas tareas en la UNR y la UBA? En caso afirmativo, ¿cuáles son?

—Me parece que en general la enseñanza del Derecho está demasiado dirigida a las normas, no porque éstas no deban conocerse y profundamente, sino porque no se hacen las referencias necesarias a la realidad social y a los valores. Considero que los tres despliegues son imprescindibles para el cabal conocimiento de lo que debe construirse como objeto jurídico. A mi parecer, quien no conoce la realidad social y los valores no comprende siquiera las normas. Los valores pueden ser referidos de distintas maneras, por ejemplo, teniendo a la justicia como un valor objetivo y natural, según lo sostuvo Goldschmidt, el fundador del *realismo*, o sobre “construcciones”, como es mi propuesta, pero creo que su consideración es imprescindible.

El normativismo facilita el “memorismo”. Además, algunas veces estudian fotocopias parciales de obras cuyo sentido general puede así desdibujarse. El memorismo se enlaza con cierta “corrupción recíproca” entre profesores que no quieren que los alumnos les pregunten lo que quizás no sepan y alumnos que se aseguran de que los profesores no les pregunten otras cosas. Todo eso aleja de la complejidad de los casos y de la vida plena en la que los abogados han de desempeñarse. Ni los profesores, ni los alumnos, ni la sociedad merecen las mutilaciones en que se desarrolla el pensamiento jurídico. La vida es difícil de conceptualizar, pero no podemos abandonar la referencia a ella porque es lo más interesante que tenemos.

El normativismo puede generar investigaciones tendientes a la lógica y el lenguaje, pero a menudo, sobre todo cuando se combina con el memorismo, bloquea las posibilidades de investigación. En lugar de ser atractiva, el estudio se convierte en una carrera de obstáculos que los alumnos pretenden “saltar” lo antes posible. Sobre esas bases la investigación suela no ser interesante.

La investigación es una magnífica perspectiva de realización personal, que me parece digna del mayor apoyo. La verdadera “retribución” a la tarea de investigación está en la maravillosa posibilidad de “percibir el mundo” con más claridad. Sin embargo, en el ámbito institucional, sobra

todo en espacios como el nuestro, suele tener dificultades económicas e incluso derivadas de persecuciones ideológicas y personales.

—*¿Cuáles son los autores en la historia del pensamiento que más lo influyeron, especialmente en su formación filosófica? ¿Por qué?*

—Aunque a veces pueden parecer influencias contradictorias, creo que debo referirme de manera particular a Aristóteles, como base de tantos saberes y en especial de la teoría formal de la justicia; Epicuro, por su propuesta de vida apoyada en la amistad y la felicidad; Occam, por su enorme esfuerzo para valorizar la experiencia; Maquiavelo, por la generosidad con que expuso tantas “realidades” ocultas por la hipocresía; Locke, en su defensa de la libertad política; Montesquieu, por la continuidad de esa defensa y la conciencia del origen de las “leyes” en la “naturaliza de las cosas”; Rousseau, por su defensa de la democracia; Saint-Simon, por la comprensión de la importancia de la satisfacción de las necesidades materiales; Hegel, por la fuerza a menudo esclarecedora de la dialéctica; Savigny, por el respeto a la costumbre y la obra sistematizadora del Derecho Privado; Lassalle, en la referencia a las fuerzas sociales; Marx, por la magnífica capacidad de relacionar la comprensión de la Historia con la Economía; Nietzsche, por el sentido de la realidad con que ayudó a desmascarar la hipocresía axiológica; Gény, por los aportes prácticos que hizo para el pensamiento jurídico, incluyendo lo dado y lo construido; Kelsen, en su gran esfuerzo, quizás en cierto grado contraproducente, para evitar la sujeción y la disolución del objeto jurídico, y Werner Goldschmidt, por lo antedicho. Sin embargo, pese a que actualmente soy agnóstico, no puedo silenciar la profunda influencia de Jesús y Francisco de Asís.

Como uno no está obligado a seguir a un pensador en la totalidad de sus ideas, puede aprender de muchos interrogantes y de muchas respuestas que dejan planteadas *autores* contradictorios. Creo que es necesaria la astucia de Maquiavelo, Lassalle, Marx y Nietzsche para poder ser luego generoso como Jesús y Francisco.

—*¿Qué es el Derecho? ¿Tiene sentido hacerse esta pregunta? En caso afirmativo, ¿por qué?*

—Aunque muchas veces se sostiene una posición “ontológica” o incluso “metafísica” acerca de lo que el Derecho “es”, pienso que esos niveles de discusión son innecesarios y a menudo bloquean el avance científico. Creo que la noción de Derecho puede ser “construida” con diversos alcances y las construcciones pueden resultar bases de desarrollos esclarecedores.

Me parece que la pregunta acerca de lo que el Derecho “es” tiene “sentido” en cuanto resulta interesante lo que obtenemos con ella. Si tu-

viera que "demostrar" que me resulta interesante, daría como prueba que le he dedicado gran parte de lo que he podido hacer en mi vida. Podría agregar que a través de esa pregunta y esa respuesta se logran prácticamente resultados "beneficiosos" para los seres humanos.

—*La obra filosófica inicial de Goldschmidt estuvo notoriamente influida por el pensamiento de Carlos Cossío. ¿Qué continuidades y rupturas observa entre ambos y cuál cree que es el legado más importante de la obra de Cossío?*

—La obra de Goldschmidt tuvo cierto estilo afín a la egología y a lo que luego sería el trialismo antes de que él conociera al gran maestro argentino y su teoría. Una prueba de esto es la teoría del uso jurídico, elaborada a mediados de los años treinta, en la que Goldschmidt sostiene que en Derecho Internacional Privado hay que "imitar" la sentencia que con el máximo grado de probabilidad dictaría el extranjero, no limitarse a considerar la ley extranjera.

La relación entre los dos grandes jusfilósofos fue muy importante y creo que la referencia cossiana a la conducta en interferencia intersubjetiva tiene relevante presencia en la dimensión sociológica trialista y en especial en la consideración central de los repartos producidos por la conducta de seres humanos determinables. Sin embargo, la atención preferente a los cauces existencialistas idealistas genéticos de Cossío y el realismo genético goldschmidtiano terminaron produciendo el distanciamiento filosófico. En un aspecto puntual, Cossío se centra en la conducta; Goldschmidt en las potencias e impotencias que realmente se adjudican, principalmente por la conducta de seres humanos determinables pero también por la naturaleza, las influencias humanas difusas y el azar.

Lo demás fueron diferencias personales sumamente lamentables, que dificultaron un clima de cooperación que pudo ser muy beneficioso. El hecho es que, pese a la relativa afinidad de sus ideas, los dos jusfilósofos más grandes que a mi juicio tuvo la Argentina vivieron gran parte de sus vidas distanciados académica y personalmente.

A mi juicio, el mayor legado de Cossío es la referencia del derecho a la conducta, en la cual, aunque él no lo aceptara, de cierto modo se integran las tres dimensiones del Derecho. También hay que agradecerle, a mi parecer, la introducción de la obra de Kelsen en nuestro país. El trialismo se considera una complejidad pura poskelseniana; no una complejidad impura prekelseniana.

—*¿Cómo han evolucionado sus ideas acerca de la Filosofía del Derecho? ¿Qué cambios han tenido y cómo influyeron en su obra?*

—Cuando estudié tuve la buena suerte de que en *Introducción al Derecho* me tocara leer, en la gran bibliografía utilizada, la *Introducción al Derecho* de cierto modo egológica de Aftalión, García Olano y Villanova. Creo que esa obra me dejó algún sentido de la realidad social del Derecho que, además, coincidió con mi simpatía por las ciencias sociales en general, incluyendo la Política. Luego, la instrucción que recibí fue preferentemente legalista o al menos sin mayor conciencia jusfilosófica. Cuando descubrí a Kelsen, al tener que estudiar Filosofía del Derecho, me deslumbró por su claridad lógica. En el examen le dije al profesor que si no existiera Kelsen yo no estudiaría Derecho porque el Derecho no sería una ciencia. También me había provocado cierta simpatía especial la obra de Rudolf Stammler.

En 1961, cuando estudiaba Derecho Internacional Privado conocí a Goldschmidt, quien por entonces era profesor de la misma materia en la Carrera de Ciencias Políticas y Diplomáticas que se dictaba en la misma Universidad en Rosario. Él viajaba desde Buenos Aires para explicar a muy pocos alumnos, a veces sólo éramos dos. Al principio sus ideas jusfilosóficas me causaron fuerte rechazo. Como empecé a trabajar con él en Derecho Internacional Privado, le dije que yo nunca colaboraría en *Introducción al Derecho*, donde él enseñaba el trialismo. Luego fui comprendiendo la alta capacidad esclarecedora de esa teoría y desde entonces he trabajado en relación con ella.

El trialismo, cuyo desarrollo he tratado de profundizar, me ayudó a comprender mejor la complejidad que importa asignar al objeto de la ciencia jurídica. Vale referirse a la complejidad en cuanto a la materia —inclusión de las dimensiones, “pantonomía” de la finalidad “objetiva”, la posibilidad, la justicia, etc.; consideración de las ramas jurídicas—; en el tiempo —Historia del Derecho—; en el espacio —Derecho Comparado y Derecho Universal—, y en los horizontes —sobre todo Ciencia Política y cultura en general—.

Mientras fui cristiano, el cristianismo me servía de soporte, aunque fuera inconsciente, para aceptar la naturalidad del valor justicia, incluso remitiéndolo a los valores humanidad y divinidad. Luego, al dejar de participar de una creencia religiosa, he ido entrando en una base más “constructivista” de la atención a los valores. A veces se dice que la debilidad de mi referencia dikelógica me ha hecho bidimensionalista socio-normológico e incluso positivista, pero a mi entender es legítima la consideración rigurosa a la justicia, aunque sólo sea sobre bases construidas válidas entre quienes las acepten, de modo que la tridimensionalidad subsiste.

Una línea que me ha parecido también de gran importancia es el estudio de la "forma" de la justicia en sentido amplio —sus relaciones con otros valores, su pantonimia, sus referencias a los elementos de los reparatos y el régimen—. En este ámbito las coincidencias suelen ser mucho más posibles que en el de las exigencias materiales del valor.

—Quiénes no comparten la teoría trialista cuestionan, entre otras cosas, la terminología implementada por Goldschmidt y su división del "mundo jurídico" en tres "dimensiones", afirmando que no cabe considerar como parte del fenómeno jurídico conocimientos que corresponden a otras áreas, como la Sociología. ¿Qué puede decirnos al respecto? ¿Tiene alguna importancia catalogar a tales dimensiones como jurídicas? ¿Por qué? ¿Qué debilidades reconoce en la teoría y qué concesiones está dispuesto a otorgar a las otras líneas de pensamiento filosófica, especialmente a las corrientes analíticas y críticas?

—Que los conocimientos correspondan a un área u otra depende de la manera en que uno construya sus alcances. Decir que lo sociológico y lo psicológico corresponden a otras áreas es una manera de construir el objeto de la ciencia jurídica que me parece empobrecedora. Genera un grave ocultamiento de despliegues que me resulta imprescindible tener en cuenta sobre todo para reconocer los alcances de las potencias e impotencias que se adjudican, en gran medida al ámbito de los intereses presentes y al fin quiénes son los seres humanos que se benefician y se perjudican. Este "desenmascaramiento" de la realidad social permite responder con su mantenimiento o modificación a través de consideraciones de valor.

No alcanzo a comprender, por ejemplo, cómo se puede enseñar el Código Civil argentino sin comprender los sentidos sociológicos y valorativos de la obra de Dalmacio Vélez Sarsfield y de la reforma de Guillermo Borda. Es decir, ¿cómo se puede comprender la obra velezana sin atender a la gran estrategia de país que, con tensiones importantes, pensaron Alberdi, Mitre y Sarmiento? ¿Cómo se puede comprender el Código Civil sin referirlo a *Facundo*, cuyo subtítulo "Civilización y Barbarie", es una definición cultural de lo que hay que imponer y lo que hay que destruir? ¿Es posible entender al Código Civil de la propiedad privada y la libertad de contratación fuertes desarticulándolo de la estrategia de desarrollo científico y tecnológico, de la aplicación rigurosa de la ley de vagos y mal entretenidos que permita la muerte del indio o del gaucho, de la escuela que terminaría siendo laica, común, gratuita y obligatoria y de la política migratoria destinada a traer europeos con sentido del trabajo y la empresa? ¿Se puede comprender el Código Civil que comenzó a regir en 1871

sin atender a que en 1872 el gaucho lloró su desgracia en la primera parte de *Martin Fierro*? ¿Puede ignorarse que se trataba de un proyecto de cultura "anglofrancés" reforzado por la admiración a los Estados Unidos de América, más individualista y abstencionista, quizás al fin "reformado" o ateo; opuesto al proyecto "hispanico-tradicional", más católico tradicional y paternalista, que luego se afirmaría con la presencia española e itálica meridional de la inmigración? ¿Cabe ignorar el relativo acoso al Código Civil que se expresaría, por ejemplo, en el gobierno del sector hispanico-tradicional del peronismo y se manifestaría también en la reforma de 1968? ¿No es necesario, luego de reconocer el sentido profundo de las normas del Código velleziano y su reforma, reflexionar acerca de la medida en que se lo va a mantener o cambiar?

Considero que en la ciencia jurídica es necesario incluir todo lo que contribuye a la mejor comprensión de los tres despliegues. Me permito reiterar: no se comprenden las normas si no se las relaciona con la realidad social y los valores. No tener a las tres dimensiones como jurídicas es condenar al Derecho a la incapacidad de contribuir eficazmente a la vida social, al peligro de cubrir intereses disvaliosos y a la imposibilidad de hacer referencias profundamente interesantes para la sociedad.

Me parece que el planteo goldschmidtiano tiene la debilidad de hacer una referencia natural a la justicia que puede no ser sostenible. Sostengo que es importante, como lo sostuvo el maestro germano-hispano-argentino, adjudicar a cada individuo la esfera de libertad para desarrollarse plenamente, pero no en sentido natural, sino "construido".

Creo que la grandeza de la construcción trialista de la noción de influencias humanas difusas no fue suficientemente aprovechada, quizás por el sentido demasiado "individual" y moderno con que el autor concebía la vida. Pienso que Goldschmidt no asignó la necesaria atención a la posibilidad de reconocer que las normatividades pueden contener no sólo "promesas" de que algo "será", sino "prescripciones" —en sentido amplio— de que algo debe ser. El "imperativo" es demasiado marginal.

El maestro Goldschmidt señalaba que los profetas siempre piensan en términos disyuntivos, pero los mejores —quizás verdaderos— filósofos lo hacen en términos copulativos, de modo que puedan reconocer el valor de distintas ideas aparentemente contradictorias; a veces decía respectivamente "and-and" y "et-et". Es muy interesante lo que el trialismo, como complejidad "abierto", puede aprovechar y viene aprovechando de la filosofía analítica, sobre todo para la dimensión normológica, y también lo es lo que puede aprovechar y viene aprovechando de la Escuela Crítica, especialmente para la dimensión sociológica. He hecho algunos estu-

dios en tales sentidos. No diría que se trata de "concesiones", sino de posibilidades de compartir investigaciones.

—*¿Qué opina sobre la función paradójica del Derecho —esgrimida por algunos autores autodenominados críticos— que prescribe que del mismo modo que el Derecho legitima y reproduce relaciones sociales hegemónicas puede servir para transformarlas?*

—No me considero un pensador crítico, pero entiendo que el mundo jurídico abarca tanto las relaciones sociales hegemónicas, su reproducción y su legitimación, como su transformación. A mi entender, la legitimación y la transformación han de surgir de la medida en que se asigne a cada individuo la esfera de libertad necesaria para que se desarrolle plenamente.

—*¿Cuáles cree que son los problemas más relevantes en la teoría del Derecho y cuáles presentan mayores dificultades a la hora de abordarlos?*

—Creo que los problemas más relevantes son la integración de las tres dimensiones; el desenmascaramiento y el manejo de la realidad social; el funcionamiento de las normas, que incluye el reconocimiento, la interpretación, la determinación, la elaboración, la argumentación, la aplicación y las síntesis, y el debate sobre la justicia.

En cuanto a las dificultades, depende del tipo de que se trate. Creo que una línea de particulares obstáculos con miras a la realización concreta es la del desenmascaramiento de la realidad social. Es muy difícil la obtención de acuerdos en la consideración de la justicia. El funcionamiento de las normas ha suscitado, no sin cierta razón, discusiones de gran magnitud.

—*Usted es el principal representante en la actualidad de la teoría trialista del mundo jurídico. ¿Cuáles considera que fueron sus principales contribuciones a la filosofía jurídica? Si tuviera que elegir entre todos sus trabajos, ¿cuáles destacaría y por qué?*

—Ya he hecho algunas referencias a las contribuciones que a mi parecer podrían considerarse principales. Si tuviese que exponerlas de otra manera, me referiría a la profundización del trialismo, quizás de modo especial en cuanto a la forma de la justicia en sentido amplio, o sea las relaciones entre los valores y clases de justicia, y la necesidad del desarrollo de la estrategia jurídica; el estudio de la caracterización de las ramas jurídicas y el reconocimiento de la necesidad de varias nuevas; la apertura a la Teoría General del Derecho en un despliegue "abarcador" del conjunto de las ramas jurídicas; la elaboración de una teoría de las respuestas jurídicas y vitales en cuanto a alcances, dinámica y situación de las mismas; el desarrollo de nuevos enfoques históricos y comparativos

del mundo jurídico y la integración de éste en el mundo político y en el mundo cultural en general.

Si tuviera que elegir entre mis trabajos, me referiría principalmente a *Ensayos de Filosofía Jurídica y Filosofía Política*¹, por el despliegue de diversos planteos trialistas del Derecho y la Política; *Metodología Dikéológica*², por el avance en las investigaciones sobre la forma de la justicia; "Bases culturales del Derecho argentino"³, por el planteo de una aplicación concreta de las relaciones entre el Derecho y el resto de la cultura, y *Derecho y Política*⁴, por la profundización del trialismo y la integración del mundo jurídico en el mundo político.

—*Su pensamiento otorga un lugar preponderante al poder como valor relativo determinante en la caracterización del fenómeno jurídico: de hecho su primer libro se llama Derecho y política. ¿Qué posibilidades considera que tiene el derecho para no resultar un mero instrumento legítimo del poder? ¿Cree que nuestra disciplina puede mantener una relativa autonomía científica respecto de la Política?*

—Considero que el poder no identifica ni al Derecho ni a la Política, pero sí tiene una gran importancia en el desarrollo de uno y de otra. Creo que el Derecho ha de construirse haciendo referencia a todas las posibilidades de realizar la justicia y la Política ha de constituirse comprendiendo todas las posibilidades de realizar la convivencia. Esto significa que las dos nociones deben edificarse abarcando también fenómenos de cooperación e incluso de agregación. Lo que considero imprescindible para la vida del Derecho y de la Política es la disponibilidad de la fuerza. El poder, en este sentido, es sólo la fuerza sobre otros. A menudo en el Derecho se legitima al poder, pero también con frecuencia se encuentran medios para criticarlo y limitarlo.

Considero que nuestra disciplina puede mantener autonomía científica respecto de la política. En cierto sentido, sin embargo, puede ser entendida como un despliegue del mundo político, o sea, como política jurídica.

—*Su último libro, Metodología Dikéológica, es una compleja sistematización de la justicia desde el trialismo. ¿Qué características de esta obra destacaría, teniendo en cuenta la evolución de sus ideas sobre el tema?*

¹ Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1982/1984.

² Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 2007.

³ En *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social* no. 27, pp. 113/126.

⁴ Depalma, Buenos Aires, 1976.

—Como he señalado precedentemente, la obra se refiere a la “forma” del pensamiento de la justicia, que tiene entre sus primeros exponentes a Aristóteles; sobre todo cuando el Estagirita se refiere a las clases de justicia, que son caminos para el pensamiento de este valor. La “Metodología Dikelógica” integra la consideración de las clases de justicia, la “pantomía” —vocación de totalidad y necesidad de fraccionamiento— de la justicia y las referencias a los elementos de los repartos y al régimen con las perspectivas del Derecho en cuanto a materia, personas, tiempo y espacio. Se hace especial aplicación de los enfoques respecto de las personas haciendo referencia a la escisión de la cultura argentina en un sector más anglofrancés y otro hispánico tradicional; acerca del tiempo en las edades históricas y la nueva era que se va configurando y respecto del espacio en los grandes sistemas jurídicos.

—*Usted propone el desarrollo de nuevas ramas del mundo jurídico. ¿Cuáles son y qué sentido tiene pensar en ramas de lo jurídico?*

—Me parece que las ramas del mundo jurídico son sectores diferenciados en el tiempo y el espacio en las tres dimensiones, pero particularmente en cuanto a requerimientos específicos de justicia. Por ejemplo: el Derecho Comercial se refiere al resguardo de los participantes de la actividad económica en gran escala; el Derecho del Trabajo se orienta a la protección del trabajador; el Derecho Internacional Privado clásico al respeto al elemento extranjero, etc. Sin embargo, en la actualidad se requiere el planteo de nuevas ramas relativamente “transversales” destinadas a enriquecer los planteos de las tradicionales, como el Derecho de la Salud, el Derecho de la Ciencia y la Tecnología, el Bioderecho, el Derecho de la Ancianidad, el Derecho de la Educación, el Derecho del Arte, etc. Así se hará mejor referencia a la plenitud de los derechos humanos.

—*¿Cómo ve el panorama actual de la Filosofía del Derecho, especialmente en los países de habla hispana?*

—Considero que se desarrolla en un clima de relativa dependencia de modelos de los países “centrales”. Los grandes modelos se desenvuelven de maneras a menudo “cerradas”, con sistemas de citas “autofeferenciales” y generalmente atendiendo a las producciones en lengua inglesa, y esto tiende a colocar al pensamiento no sólo hispanoamericano sino iberoamericano en una situación de dependencia.

Los grandes modelos “centrales” valoran lo que, con originalidad o no, se refiere a ellos. A veces sorprende cómo se ignoran no sólo aportes de nuestra región sino de valiosísima trayectoria histórica porque no han sido redactados en lengua inglesa. La obra de Cossio, por ejemplo, fue sometida a un largo y culpable olvido.

—¿Por qué cree que quienes no se dedican a la Filosofía del Derecho terminan adoptando —tal vez sin saberlo— tradiciones afines al Positivismo y al Neopositivismo?

—Creo que habría que aclarar qué se entiende por Positivismo y Neopositivismo. A mí me parece que a veces se hace uso de un legalismo exegético y en otros casos se practica un Positivismo de tipo kelseniano o postkelseniano. Además, creo que eso ocurre con menos frecuencia de lo que parece y, estimo que, como usted dice, a menudo sucede sin que los protagonistas lo sepan. Si no existe la capacidad de diferenciar e integrar las tres dimensiones, atienden explícitamente a las normas, de manera que es menos comprometedora, y oculta o hacen uso de sus preferencias valorativas y producen repantos según les interesa.

—Las estudiantes de derecho a menudo consideran de escaso o nulo valor práctico el estudio de la Filosofía del Derecho. ¿Qué les diría al respecto?

—Les diría que la Filosofía del Derecho les aclara lo que hacen en cada momento, no sólo desde el punto de vista del Derecho sino al fin de la vida en general. Todos “vivimos” Filosofía del Derecho, sepámoslo o no. Esa claridad ayuda a vivir más lúcida y quizás mejor.

—¿Qué autores o libros le recomendaría a un estudiante de derecho, en particular a uno que aspira a dedicarse a la iusfilosofía? ¿Qué otros consejos le daría?

—En cuanto quisiera dedicarse a estudiar Derecho y en particular encaminarse a la iusfilosofía, le diría que estudiara los autores que mencioné anteriormente. De manera inicial, que considerara muy atentamente las obras *Teoría Pura del Derecho* de Hans Kelsen, *Introducción Filosófica al Derecho* de Werner Goldschmidt, *¿Qué es una Constitución?* de Fernando Lassalle, *Catecismo político de los industrialistas* de Saint-Simon y alguna obra elemental de Marx y de Nietzsche —por ejemplo, *Manifiesto Comunista* de Marx y Engels y *El origen de la tragedia* o incluso *Más allá del bien y del mal* de Nietzsche—. Le comentaría que puede encontrar una orientación general en mis *Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho* y en publicaciones periódicas representativas, como *Ideas y Derecho*, *Derecho, Economía, Ingeniería*, *Archives de Philosophie du Droit*, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, *Investigación y Docencia*, *Lecciones y Ensayos*, etcétera.

Como sugerencia básica le propondría también que recorriera un camino de Filosofía más centrado en la pregunta, constantemente renovada, que en la respuesta. Le sugeriría que tratara de encarar en la mayor

medida posible todos los problemas con la apertura mental de la Filosofía, aprovechando el saber filosófico ya logrado para hacer el mismo Filosofía, y que en cuanto estuviera a su alcance participara en ámbitos donde se cultive el diálogo filosófico.

—*Tanto Goldschmidt como usted realizaron aportes significativos al derecho internacional privado. ¿Cuáles considera que son los más destacados y por qué?*

—Estimo que se trata de la concepción normológica de la ciencia del Derecho Internacional Privado en la que Goldschmidt sistematizó los problemas del derecho del conflicto de leyes de su tiempo, concepción que yo actualicé incluyendo las cuestiones de la jurisdicción y la transposición procesal que hoy también integran el objeto mayoritariamente asignado a la materia. En la producción goldschmidtiana es muy destacable la ya referida teoría del uso jurídico. Otra contribución es la aplicación del trialismo al Derecho Internacional Privado.

En cuanto a mi aporte, también puede hacerse referencia a la proyección de la problemática del Derecho Internacional Privado clásico —calificaciones, cuestión previa, fraude a la ley, reenvío, orden público, etc.— a las relaciones entre respuestas jurídicas y vitales en general, que ya mencioné.

—*¿Qué opinión le merece el proyecto de codificación del Derecho Internacional Privado?*

—Me parece que es un aporte significativo para el progreso de la materia. Creo que hicimos un planteo serio de las necesidades del país en el ámbito internacional y efectuamos propuestas de prudente avanzada. Es obvio que, como toda obra humana, es perfectible, pero considero que su sanción podría ser un aporte importante para la inserción de la Argentina en el mundo.

—*Usted dirige el Departamento de Posgrado de nuestra Facultad desde el año 2002. ¿Qué evaluación hace de su gestión? ¿Cuáles fueron sus principales logros y cuáles son las tareas pendientes?*

—Hemos organizado la estructura académica promoviendo la existencia de más maestrías, carreras de especialización y programas de actualización y profundización, cubriendo ampliamente las materias jurídicas y hemos abierto el camino a una formación más permanente a través del Programa de Posdoctorado. La Universidad tradicional fue pensada desde el grado, ahora hay que considerarla también desde el posgrado. En la Universidad uno se gradúa, pero es importante que nunca egrese.

Entre las tareas pendientes están el despliegue más amplio de la pedagogía de posgrado, la mayor integración entre docencia e investigación y el mejor desenvolvimiento de la educación a distancia.

—*¿Cuál es el perfil del estudiante de posgrado de nuestra Facultad?*

—A veces predominan la búsqueda de soluciones para problemas puntuales y la vocación profesionalista, pero creo que se va desarrollando un sentido mayor de la profundización. Estimo que las tres perspectivas deben integrarse en el complejo marco departamental.

—*Usted ideó y dirige la Maestría en Teoría y Práctica de la Elaboración de Normas Jurídicas y su carrera de especialización. ¿Qué lo motivó a impulsar su creación y qué evaluación hace de la forma en que se elaboran las normas en nuestro país?*

—Creo que urge recuperar para el jurista la habilidad para la elaboración de normas de diverso tipo —constitucionales, de tratados, legales, de sentencias, administrativas, contractuales, etc.— teniendo en cuenta la necesidad de considerar las bases científicas y las posibilidades técnicas y aprovechando las perspectivas de comprensión que otorga la teoría trialista del mundo jurídico. Los juristas del siglo XIX, como Alberdi y Vélez Sarsfield, tenían capacidades de elaboración de normas de las que hoy los abogados, demasiado centrados en el ámbito tribunalicio, suelen carecer.

—*Teniendo presentes los numerosos desafíos que presenta la denominada por usted "nueva era de la historia", ¿cómo debería ser, desde su perspectiva, la formación del abogado del futuro?*

—Debería estar en condiciones de apreciar con apertura mental, valorando el futuro con sus componentes de pasado, la complejidad diversificada que va planteándose en el desenvolvimiento histórico. Para ello le resultaría importante utilizar, como he señalado repetidamente, los cafoques que brinda la teoría trialista del mundo jurídico y, en general, los despliegues de la Historia del Derecho, el Derecho Comparado y la Filosofía del Derecho.

— *Doctor Curo Caldani, muchas gracias.*

UNIVERSITARIAS

CONFERENCIA DE FILOSOFÍA Y DERECHO EN HOMENAJE A CARLOS COSSIO Y WERNER GOLDSCHMIDT*

Resumen. En la presente conferencia de Filosofía y Derecho, el Dr. César Raffo habla de la obra y de la vida de Carlos Cossio, en vista de ello, divide su exposición en tres partes: cómo conoció y discutió al mencionado filósofo algunos ejes de las ideas centrales de Cossio y, por último, finaliza su exposición mediante algunas reflexiones de la vida académica de Cossio en la Facultad.

Posteriormente, el Dr. Miguel Ángel Cuero Caldani expone la biografía de Werner Goldschmidt y analiza el aporte del referido maestro a la vida histórica actual.

Abstract. In this lecture, César Raffo talks about the works and the life of Carlos Cossio. He divides his presentation into three parts: how he discovered and met this philosopher, some key concepts in the thought of Cossio, and lastly he finishes by considering some aspects of the academic life of Cossio in the Law School.

Then, Miguel Ángel Cuero Caldani presents the biography of Werner Goldschmidt and analyzes his contribution to the modern times.

Palabras clave. Carlos Cossio - Filosofía de la Ciencia del Derecho - Teoría egológica - Werner Goldschmidt - Patronomía de la justicia.

Keywords. Carlos Cossio - Philosophy of Law - Egological theory - Werner Goldschmidt - Justice patronomy.

I. EXPOSICIÓN DEL DOCTOR JULIO CÉSAR RAFFO**

Quiero agradecer la invitación a dar esta exposición o testimonio, felicitar a *Lecciones y Ensayos* por rescatar la figura de personas de la trascendencia y la importancia de Carlos Cossio y de Werner Goldschmidt. Quiero destacar que se encuentra presente entre nosotros María Cossio Pérez del Cerro, sobrina de nuestro querido Carlos, cuyo fenotipo evoca al fenotipo de la familia Cossio; así que si alguien quiere tener idea del aire que

* La presente conferencia se realizó en conmemoración del vigésimo aniversario del fallecimiento de ambos filósofos el 1/10/2007 en el Salón Verde de la Facultad.

** Abogado, Profesor del Departamento de Filosofía del Derecho de la UBA, a cargo del curso de CPD "Actualidad de la Teoría Egológica del Derecho".

transmitía el rostro de Cossio, la puede mirar a Maru, que tiene rasgos que me lo recuerdan mucho. Gracias por venir.

Para mí es particularmente muy emotivo poder hablar en esta Facultad de la obra y de la vida de Cossio. Voy a dividir mi exposición en tres partes: una breve introducción de cómo lo encuentro y lo descubro a Carlos Cossio, algunos ejes de las ideas centrales de Cossio y después algunas reflexiones sobre su vida académica en esta Facultad.

Yo era alumno de Introducción al Derecho del doctor Cueto Rúa en el año '64, y él era el único profesor que en Teoría General del Derecho —o Introducción al Derecho, como se decía en aquellos años—, enseñaba las ideas de Cossio. Enseñaba egología. Y enseñaba a pensar el derecho, en consecuencia, como un fenómeno de realidad social, como un fenómeno valorativo —claramente axiológico— y a ver la especial relación entre las conductas y las normas —y la naturaleza de las conductas y las normas como norma jurídica— a la luz de algunas herramientas de la filosofía que, alguna de ellas, a mí me habían fascinado antes de ponerme a estudiar derecho: el existencialismo y la fenomenología existencial. Ustedes saben, la fenomenología existencial, por ser existencial, coloca el dato esencial para cualquier análisis y cualquier reflexión en la existencia; y por ser fenomenología, ese análisis lo hace con las herramientas de las descripciones fenomenológicas cuyos mecanismos y formas de realizarlas venían enseñadas desde Husserl en adelante y aplicadas con gran repercusión en el mundo por Martin Heidegger en Alemania, Jean-Paul Sartre y Merleau-Ponty en Francia. También había corrientes de literatura: Gabriel Marcel, Camus, que eran literatos existencialistas. Bueno, Cueto Rúa invitó a sus alumnos a unas mesas redondas que había con motivo de la aparición de la segunda edición de la teoría egológica del derecho; dijo que iban a estar presentes Cossio y algunos de sus discípulos, y en esta serie de conferencias cada discípulo importante había tomado un tema para comentarlo, discutirlo, debatir; en fin, hacer vida académica y reflexiva sobre este libro. Era en el viejo edificio de la Asociación de Abogados que tenía la entrada por la calle Lavalle, yo fui y quedé conmovido de ver un diálogo que me fascinó. Yo recuerdo que Cueto Rúa en ese momento criticó, objetó la idea de Cossio de que en el conocimiento jurídico el canon del sujeto cognoscente es el juez. ¿Qué quiere decir esto? Quiere decir que el modelo del discurso jurídico-científico o lo realiza el juez, o lo realiza el abogado para convencer al juez de cómo fallar adecuadamente de acuerdo a su punto de vista, o lo realiza el jurista diciendo: “Estos casos habría que resolverlos de determinada manera”. Todos —dice—, quiéranlo o no, se ponen en el punto de vista del juez para desarrollar un argumento juri-

dico con fuerza de convicción. Ahí Cueto Rúa, quien había estado en los Estados Unidos estudiando, dice: "Bueno, imaginemos un ejemplo: hay dos guerreros de una tribu Sioux que se enfrentan y se disputan un caballo, y lo llevan al órgano de aplicación —que es el jefe de la tribu— para dirimir el conflicto, y el jefe de la tribu se encuentra con dos jefes importantes que se necesitan para la vida de la tribu, y si le da el caballo a uno se gana la enemistad del otro. Entonces hace algo así como Salomón en versión indígena: agarra un puñal y mata al caballo. ¿Ahí estaría el canon del sujeto cognoscente de ese derecho incipiente que hay en esa tribu?". Y Cossio dijo: "No, porque ahí el jefe no actuó como juez, sino como árbitro. No actuó aplicando normas, realizando un conocimiento jurídico, sino superando un conflicto a buena fe sabida".

Yo advertí ahí una efervescencia muy grande de pensamiento. Terminó la conferencia y la gente se arremió a Cossio que hablaba con uno, con otro, con una simplicidad, con una sencillez que uno no percibía que estaba hablando con un maestro de nivel internacional, un autor del peso de Cossio. De repente, Cossio dice: "Bueno ¿Vamos a cenar? ¿Vienen a cenar? ¿Quién viene a cenar?". Y me mira: "¿Usted viene a cenar?". Y me surgió: "Yo no he sido invitado a la cena". Me dice: "No, acá no hay que invitar a nadie, vienen los que quieren; los que tienes interés en seguir dialogando, vienen". Yo, debo confesar que era estudiante y no estaba seguro de si tenía los recursos o no para pagarme una cena. Entonces, antes de contestar, controlé si efectivamente tenía y dije: "Sí, voy".

Había un restaurante que tenía salida sobre las calles Uruguay y Tucumán que se llamaba "El Parque", y fuimos todos ahí. Estaban José Vilanova, Julio Gotteil, Juan Francisco Linares, Esteban Imaz, Enrique Yáñez Cortés y una serie de personas con quienes yo en la cena me quedé maravillado porque seguían reflexionando, a veces con humor, a veces con profundidad, discutiendo, coincidiendo. Y de pronto Vilanova, en el final de la cena, dice: "Nosotros hacemos un seminario en el que nos reunimos todas las semanas, ¿no querés venir?". "Sí". Y bueno, yo que tenía veintidós años me sumé al seminario y a las ideas de Cossio, y al grupo que rodeaba a Cossio, y no lo abandoné nunca más en la vida. Todos los miércoles íbamos un grupo al estudio de Vilanova a leer fenomenología, derecho, Merleau-Ponty, Husserl, instrumentos de filosofía para aplicarlos al derecho, textos filosóficos de derecho, y los domingos íbamos muchos de nosotros, convocados por Cossio, a veces a su casa en la calle Posadas —ahoy recordaba esa casa magnífica— y después, cuando se mudó a un departamento más chico, a los bares. Esta es la introducción para presentarles la semblanza de Carlos Cossio. Vamos al eje de sus ideas.

Cossio quiso hacer una filosofía de la ciencia del derecho. Así como Kant hizo una filosofía de la ciencia, y estudió la naturaleza del conocimiento científico y las condiciones de posibilidad del conocimiento científico, Cossio dice: "Vamos a hacer una filosofía de la ciencia jurídica". Y para ello, hay que responder algunas preguntas centrales típicas de toda filosofía. La primera es, para decirlo en difícil, la pregunta ontológica. ¿Qué es lo que se estudia? ¿Qué es el derecho? ¿Cuál es la naturaleza del fenómeno jurídico? Queramos o no queramos, siempre se tiene una respuesta ontológica. A veces, no la tenemos tematizada. Pero siempre la tenemos. "Pero no tenerla tematizada es malo, mejor es reflexionarla", decía Cossio. Porque depende de lo que pensemos que es el derecho, es ahí donde vamos a ir a buscarlo para estudiarlo. Si se piensa que el derecho es norma, vamos a buscarlo en los códigos, en las palabras del legislador y en el Boletín Oficial. Si se piensa que el derecho tiene una realidad social diferente de la norma, es en otro lugar donde vamos a ir a buscar el derecho. Entonces, frente a la pregunta ontológica "¿qué es el derecho?", Cossio encuentra, señala y describe que el derecho es un fenómeno de conductas en interferencias de unos con otros. Este fenómeno en que yo estoy aquí hablando y ustedes están oyendo, es un fenómeno de conducta en interferencia; una interferencia no conflictiva, digamos "constructiva": yo me siento bien, alabado de que ustedes me escuchan, y ustedes quizás aprendan algo o puedan evocar algo con mis palabras y por eso están aquí. Este fenómeno complejo en que nuestras conductas interfieren —interferir no necesariamente es darse una puñalada, aunque también darse una puñalada es interferir y también es un fenómeno jurídico—, uno podría decir: ¿Qué tiene en común una puñalada en Buenos Aires con la constitución de la provincia de Jujuy, con un decreto del municipio de Guamini, con un matrimonio y con el dinero que me puede prestar un amigo? ¿Qué tienen en común para ser todos fenómenos jurídicos? Son fenómenos de interferencias de conducta. Lo que engloba a esos fenómenos tan distintos —el contrato, el ilícito, el matrimonio— es esa naturaleza que señaló Cossio. Primera afirmación ontológica: el derecho es un fenómeno de conducta en interferencia entre sujetos, esto es, intersubjetiva.

La otra gran pregunta es: ¿Cómo se estructura el pensamiento jurídico, el pensamiento normativo? Y ahí Cossio, como los grandes pensadores, no tuvo ningún empacho en traer, asimilar, convocar y aplaudir al gran pensador de la época que había tematizado este tema —la estructura del pensamiento normativo—, que se llamaba Hans Kelsen.

Quien introdujo a Kelsen en la Argentina, difundió sus ideas, lo convocó a esta Facultad a debatir, a exponer la teoría pura del derecho y a

dialogar con su pensamiento fue Cossio. No hubo nadie más trascendente para la presencia y las ideas de Kelsen en la Argentina que Carlos Cossio. Subrayo esto, por lo que voy a decir al final. Y bueno, viene Kelsen, que había dicho en la primera edición de su teoría pura que la norma es un juicio de deber ser, una proposición de deber ser con aquella estructura canónica en que "si es A debe ser B", en la cual A es la transgresión y B es la sanción, y aparte Kelsen estructuró las relaciones lógicas en el ordenamiento jurídico y las coronó con aquella hipótesis gnoseológica que es la norma fundamental. Y Cossio dijo: "Casi todo esto es muy importante, pero no es una teoría del derecho; es una descripción del pensamiento normativo", y le puso como nombre "Lógica jurídica formal". Y cuando viene Kelsen aquí, Cossio evoca una afirmación canónica de Husserl en las *Investigaciones lógicas*, en la que dice en la cuarta investigación lógica: "Toda proposición no sólo dice algo, sino que lo dice también acerca de algo que está fuera". Si yo digo "el perro es blanco", estoy predicando la blancura del perro, pero además estoy hablando de un bicho que anda por ahí. Que ladra, que muere... Por lo que una reflexión fenomenológica es ver, del lado noético, el "algo que piensa o reflexiona", y del lado noemático, "lo que está reflexionado". Y la pregunta de Cossio fue: "Maestro Kelsen, usted dice que la norma es un juicio de deber ser. De acuerdo, pero, ¿de qué está hablando esa proposición? Yo tengo una respuesta: de la conducta". Es el pensamiento de la conducta; la norma jurídica me permite pensar la conducta desde el punto de vista jurídico. Cuando hay alguien que habla con otro y, a raíz de esa conversación, uno saca dinero del bolsillo y se lo da al otro, eso es una descripción óptica, ¿qué es esto? ¿Préstamo, pago, devolución, estufa? Esto será alguno de estos hechos de acuerdo a la norma con que piense esa conducta, y aquella será elegida de acuerdo a algunos criterios en función de las circunstancias y de otros elementos más que vamos a ver enseguida. Y ahí la ilusión de Cossio, que a mí me parece legítima —algunos han dicho que era ingenuo creer que Kelsen iba a cambiar de pensamiento a esa altura de su vida—, no sé, pero era una ilusión muy legítima que Kelsen dijera: "Bueno sí, es verdad" o "Discutamos este tema". Pero Kelsen dijo: "No, la norma no habla de nada porque la norma es el derecho". "¿Pero usted dijo que la norma es un juicio!". "Bueno, no es más un juicio"; y en las ediciones sucesivas, Kelsen inventó una salida muy extraña y creo que no digna de un pensador de su nivel; dijo: "Las normas son órdenes despsicologizadas, órdenes del legislador vaciadas de sus elementos circunstanciales y psicológicos". Con lo cual, yo particularmente, cuando leo esto me hice más cossiano. De lo que se entendía con transparencia y mucha fuerza de convicción en la teoría

para, se deja de entender un poco cuando aparece este concepto de "orden despsicologizado". Y ahí se produce la ruptura del pensamiento de Kelsen con Cossio y de Cossio con Kelsen, porque Cossio dice: "No, las normas son el pensamiento de la conducta". Pero este pensamiento normativo pretende ser conocimiento jurídico. Si nuestro conocimiento jurídico encaja o no en la ciencia estricta, es un tema para debatirlo largamente —Husserl tiene uno de sus trabajos importantes que se llama *La fenomenología como ciencia estricta*—. Hay quienes piensan que esto no es ciencia, pero no voy a tomar partido aquí; lo que sí voy a decir es que nuestro conocimiento pretende ser un conocimiento objetivo, con fuerza de convicción, serio, fundado y en el cual las normas juegan un papel muy importante. Esta relación entre el pensamiento y la realidad como conocimiento es lo que Cossio tematiza como la "lógica jurídica trascendental"; y en esto sigue la palabra que había usado Kant en la *Crítica de la razón pura* cuando habla de la lógica trascendental, que es la lógica del conocimiento. Una cosa es la lógica del puro pensamiento y otra cosa es la lógica del pensamiento en relación con el objeto conocido. Pero resulta que si se hace una adecuada fenomenología de los hechos de conducta y una adecuada descripción de las normas, encontramos los valores. No podemos eludir los valores, la axiología. La pretensión de eludir los valores es ideológica, es mutilante del fenómeno jurídico. Es intentar ocultar una realidad. No es posible pensar que el derecho, que es el instrumento de "la justicia", sea neutro a los valores y al propio valor que es la justicia.

Entonces, Cossio desarrolla como parte de su teoría egológica la axiología jurídica; y describe lo que, entiendo, cómo aparecen los valores. Y nuevamente describe, no a partir de definiciones, sino de la descripción fenomenológica de la conducta en interferencia. Dice: "¿Cómo aparece 'el otro' en mi horizonte existencial? 'El otro' puede aparecer en mi horizonte existencial como un elemento más de la 'circunstancia', como aparece una sombra detrás de un árbol, no sé si es un animal o una persona. Me asusto: me actualiza 'inseguridad'. Estoy perdido en el bosque, siento voces: las voces de ese alguien son: 'seguridad'". Yo pongo de ejemplo a esta Facultad: entrar a esta Facultad fuera del periodo de funcionamiento y caminar solo por los pasillos, y de repente escuchar entre los pasos una voz, sobresalta; actualiza "inseguridad", dice Cossio con su precisión. Pero de pronto, la veo llena de gente y me actualiza "seguridad". Si es un montón de gente y es la hinchada que viene saliendo de un club, seguramente me va a actualizar "inseguridad" con los tiempos que corren. Así que "el otro" me actualiza espontáneamente "seguridad" o "inseguridad", valores jurídicos que por ser espontáneos en la vida cotidiana, Cossio dice que son

valores "de autonomía"; se generan "autónomamente". Pero "el otro" no sólo puede ser "circunstancia" porque es una persona; tiene nombre, la conozco, trato con ella, me cruzo y la saludo, no la saludo, me siento bien, me siento mal, me siento en tensión con ella. Entonces con "el otro", decía Cossio, puedo estar en "paz" o en "discordia". La "paz" no es la ausencia de conflicto, es una cosa mucho más profunda. Uno puede poner como ejemplo si en una cena familiar, de repente alguien llega y están en un momento de silencio en que están todos en armonía, es un silencio; pero si ese silencio se produjo porque hubo una discusión y el padre golpeó la mesa y dijo: "¡Y en adelante nadie habla!", también hay silencio pero es un silencio diferente. Uno es un silencio que expresa la armonía, estar en paz con "el otro", y los otros son silencios perturbadores. En algunos casos, en las relaciones afectivas hay silencios dolorosos, silencios que pesan y hay silencios de armonía, de compartir un paisaje. Son silencios, sí, pero son silencios muy distintos. Entonces, la "paz" no es la mera ausencia de tiros o agresiones, sino que es una forma o modalidad de la coexistencia; entonces, hay "paz" o hay "discordia", decía Cossio. Y esos también son dos valores "de autonomía".

Además, "el otro" es sociedad, es grupo y uno puede sentirse integrado al grupo, armónicamente, en solidaridad con el grupo o ajeno, rechazado por el grupo; Cossio usa la palabra "extranjería", que significa ese rechazo. Yo recuerdo —porque la mejor forma de hacer fenomenología del derecho es hacer fenomenología de uno mismo en la relación con los otros, porque ahí está el fenómeno jurídico—, por equis motivos biográficos de la vida de mis padres, en la escuela primaria cada año de la escuela fui a un grado diferente; cada año tenía compañeros nuevos y cada año me sumaba a algún grupo y me sentía extraño de otro grupo. En la sala de profesores de una facultad, a veces pasa lo mismo: uno llega, hay gente, y se "aquerencia" con algunos y se siente más distante de los otros; no hay un enfrentamiento, no hay un agravio sino un compartir "algo" de solidaridad o hay "sentirse extraño". Esos son los otros dos valores "fundantes", decía Cossio. Pero si no hay "seguridad", por lo menos que haya "orden", y acá vienen los valores "heterónomos": si hay inseguridad en las calles, pongamos un agente del "orden" para que nos brinde "seguridad". La policía no sólo es el "orden", a veces puede contribuir al "orden" y a veces al "desorden". Si hay un incendio, salgamos en "orden": primero algunos, después otro; si salimos todos juntos, morimos todos. Lo que nos actualiza la "seguridad" es el "orden" con que vamos a enfrentar el peligro. Y si hay "discordia", vamos a contención con cierto "poder", para que la "discordia" entre vecinos, por ejemplo, se exprese no saludam-

donos o mirándonos mal, pero no dándonos pufaladas. Por lo menos una "disacedia" contenida dentro de ciertos límites. Y si no hay "solidaridad", por lo menos que haya "cooperación": si no me importa la enfermedad de mis congéneres, por lo menos pago el impuesto para que haya un hospital donde bien o mal a mis congéneres —que según nos enseñan, son nuestros hermanos— les den algún remedio. Ahí tenemos el plexo axiológico de Cossio de los valores "fundantes" y los valores "fundados".

El último gran tema de la teoría egológica, es un tema que, Cossio dice, es un tema "perisistemático", pero es un tema central aunque no integra el sistema de los temas clásicos de la filosofía: el error. ¿Cómo se comete el error? ¿Qué significa el error en el derecho? Él dice: "El error en el derecho es un obstáculo social", y yo podría decir: es una agresión a la sociedad. Vamos a poner un ejemplo claro y, yo diría, chocante por la violencia que generó en su momento: en el auge del pensamiento egológico, tuvo lugar la polémica entre Aftalión, Soler y Núñez. Cossio se había rodeado de jóvenes talentosos —y entre ellos Enrique Aftalión, que después fue un gran penalista— que, aplicando el instrumental que le brindaba la egología para reflexionar sobre el fenómeno jurídico libre del peso del discurso académico establecido, se preguntaron si las personas jurídicas podían o no ser responsables imputables penalmente; hicieron una investigación en el instituto de filosofía que estaba en esta Facultad y llegaron a la conclusión de que no había ningún obstáculo para ello. Gran escándalo. Porque los maestros Sebastián Soler, Ricardo Núñez y Jiménez de Asúa sostenían lo contrario. Entonces —y esto explica en parte lo que voy a decir para terminar—, ¿cuál fue la actitud de estos "maestros" cuando unos jóvenes a la luz del pensamiento egológico dijeron eso en el año '47? Enojarse: "Esto es fascismo", "Esto es autoritarismo", unos disparates totales. Con sorpresa y con dolor, yo encontré en el tratado de Jiménez de Asúa, cuando habla sobre este tema —refiriéndose a Aftalión—, que dice: "Y los que hemos dedicado nuestra vida al derecho exigimos respeto por los aportes que hemos hecho". ¿Respeto en materia de conocimiento científico? ¿Respeto en materia de diálogo filosófico? ¿Ese es el argumento que necesitaba? Poco argumento tendría el maestro Jiménez de Asúa para tener que acudir al "respeto" o al autoritarismo que significa pedir "respeto". Lo cierto es que, como ustedes bien saben, pasaron los años y de pronto, hace una o dos décadas, comenzó a instalarse la tesis de que las personas jurídicas son perfectamente imputables penalmente. La teoría jurídica tuvo que esperar desde el año '47 al año '80 o '90 más o menos —ahí comenzó la efervescencia del tema—, corrijáname los penalistas si me equivoco, para que lo que se había observado con herra-

mientas de análisis filosófico de la realidad jurídica se había dicho en el año '47.

Lo cierto es que, a mi juicio, la incapacidad del horizonte intelectual de algunos maestros de esa época, cuando vino el golpe de Estado de 1956 que deriva en un gobierno persecutorio de mucha represión interna en 1956, a Cossio lo echan de la Facultad por peronista. Disparato. Lo que sucede con Cossio es que nunca había formado filas en esta Facultad con la oposición "gorila" demo-liberal porque él no era un demo-liberal. No compartía la visión del diario *La Prensa*, del diario *La Nación* de entonces con el peronismo ni con la Iglesia Católica, con quien había tenido severas discrepancias o cuestionamientos recíprocos. Entonces, lo expulsan. En nombre de la "Revolución Libertadora" —1956—, Carlos Cossio fue expulsado de esta Facultad. Y por eso, cuando yo lo conocí, se reunía en los bares; porque no podía entrar acá. En el bar "Y a mi qué" —que no existe más—, en la esquina de Callao y Libertador, y otros bares cerca de la calle Posadas. Y venían juristas: venía Machado Neto, gran jurista brasileño, que yo lo conocí en un bar! O en la casa de Cossio, cuando se mudó a la calle Posadas a un departamento más pequeño —que yo siento con emoción porque lo acompañé a ver varios departamentos hasta que eligió éste—, estaba marginado. Pero marginado y todo, era acompañado por el ex juez ministro de la Corte Suprema de entonces, Esteban Imaz, padre de la principal obra sobre el recurso extraordinario —que es el libro de Imaz y Rey—, por Juan Francisco Linares —gran administrativista—; Enrique Petracchi —el actual ministro de la Corte— también venía y participaba de esas reuniones, Aftalión ya menos porque era un hombre mayor, y otros que no son conocidos pero que trabajaban, pensaban y lo acompañaban a Cossio. Pero no alcanzaba con haberlo echado a Cossio de la Facultad. Había que prohibir que se presentara a concurso porque concurso que hubiera, lo iba a ganar. Su obra había tenido repercusión internacional —está traducida y hay artículos sobre la teoría egológica en danés, inglés, alemán, húngaro—. Uno de los grandes pensadores polacos dialogó muchísimo con Cossio y tiene publicaciones sobre la teoría egológica; entonces a Cossio tenían que excluirlo y prohibirle reingresar porque la Facultad no soportaba el peso específico del pensamiento y la presencia de Cossio en la Facultad. Debo decirles que yo me recibí en el año '71 y en la reglamentación de entonces, que creo que está vigente, los alumnos podíamos pedir que un profesor nos diera el título. Y yo pedí que me diera el título un profesor echado: Carlos Cossio. Sé que hubo cabildos en el decanato a ver si lo dejaban o no lo dejaban; se encontraron con un problema normativo. Y entró en el año '71 a darme el título a mí. Y des-

pués entré reincorporado en el año '73 porque se sanciona una ley de amnistía, aprobada unánimemente por el Congreso de la Nación. Algunos la critican, otros la defendemos. Pero lo cierto es que todos los partidos aprobaron la ley de amnistía. Hay un artículo que dice: "Se reincorporarán todos los perseguidos, empleados, funcionarios, docentes..."; y lo llamo y le digo: "Carlos, esto se aplica a tu situación" —porque él concedía el privilegio de que lo tutearan, le gustaba que lo tutearan; me costó pero después ejercí ese privilegio con serenidad—. "¿Te parece?". "Sí". Entonces hice un escrito que está en el legajo personal de Cossio —lo vio el doctor Méndez, acá presente—, diciendo al interventor Rodolfo Puigróss: "He sido privado de mi cátedra en 1956, situación que se encuentra contemplada en el artículo tal de la ley de amnistía. Solicito mi reincorporación". La llevé a la casa, al último piso de Rodríguez Peña —donde a veces pasábamos fines de semana con amigos conversando—, la firmó un domingo y después la llevé el lunes al Rectorado de la universidad en la calle Viamonte, la sellaron y se produjo la reincorporación de Cossio por aplicación de esa ley. Lo digo y lo subrayo porque en esta casa, un diseñador uruguayo, el doctor Sarlo, dijo, y salió publicado, que Cossio había regresado a la Facultad por presión de los montoneros. Un disparate total, completo. Lo que sucede es que Carlos Cossio, y yo le contesté al doctor Sarlo, tenía por aquellos años una visión de comprensión o simpatía a los movimientos de transformación de América latina y del mundo; veía con simpatía y con profunda crítica en muchas cosas la Revolución cubana, hablábamos de la resistencia de Vietnam; lo que no quiere decir ni que fue montonero, ni que apoyó a los montoneros y mucho menos que regresó porque lo trajeron los montoneros. Lo digo con todas las letras porque salió publicado con todas las letras, y es muy chocante encontrarse con distorsiones de esta naturaleza.

Lo cierto es que Cossio, un autor de peso mundial y gigantesco como no ha habido en el ámbito del derecho, a mi juicio, en la Argentina y en América latina, generador de una corriente de pensamiento que, uno podría decir: "Por sus frutos, lo conoceréis". Yo quisiera preguntarles a los empiristas lógicos o a los de la filosofía analítica cuáles son los frutos. ¿Dónde están los administrativistas que aplican esas ideas? ¿Dónde están los penalistas que aplican esas ideas? ¿Dónde están los comercialistas que las aplican? ¿Dónde están los jueces que en sus sentencias aplican esas ideas? Yo podía decir que en el derecho civil y comercial Federico Quinteros, que fue un prestigioso juez durante muchos años, era egológico; aplicaba la teoría egológica en sus sentencias. En las sentencias de la Corte, hoy podemos encontrar en Petracchi y en algunos otros, que a veces lo

citan y a veces no lo citan, pero la aplican cuando se habla del tiempo de la condena, el tiempo existencial, uno encuentra ahí atrás la referencia a la fenomenología existencial de Carlos Cossio. A ese pensador de esa dimensión no lo dejaban cumplir con su vocación central que era enseñar y estar en diálogo con alumnos, y con académicos el país y del mundo: una pequeñez muy grande, una pequeñez muy dolorosa. Carrió dijo, en un homenaje que se le hizo a Cossio en la Universidad de Tucumán hace muchos años: "Los argentinos nos portamos mal con Cossio, porque no le brindamos el homenaje que merecía", y yo, con profundo respeto que tengo por la personalidad y la trayectoria que tuvo el gran jurista Carrió, he señalado que esa expresión es errónea. No todos los argentinos se portaron mal con Cossio; algunos argentinos se portaron mal con Cossio. Los que lo expulsaron, los que redujeron la reflexión de la filosofía del derecho en la Facultad a la teoría pura, es discípulo que se quedó con la cátedra —Ambrosio Gioja, quien figuraba primero en la primera edición de la teoría egológica del derecho como discípulo, antes que Aftalión—, y a partir de ese momento se denota una implacable y eficaz conspiración del silencio. No se lo discute a Cossio, se lo ignora. No se lo menciona, no se lo puede mencionar. Así las cosas, hasta que esas ideas siguen circulando, siguen presentes, los jueces las siguen utilizando; hay algunos que son ególogos quizás sin saberlo. Todo aquel que piensa que todo el fenómeno del derecho no está en la norma, sino en la realidad de conducta, que esa realidad tiene valores; por eso somos primos o hermanos o alguna relación tenemos con los trialistas porque también enfatizamos los valores, la justicia y el conocimiento del derecho como fenómeno de realidad.

Termino contando una anécdota que no conté nunca en público y que me impacta tanto que quiero cerrar con esto para que tengan ustedes idea de quién era Cossio: en los años setenta —'73, '74, '75—, para bien o para mal, yo participé en la gente que tenía la ilusión de transformar radicalmente la estructura social de este país; fui rector de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora y tuvimos un compromiso muy fuerte con lo que se había votado el 11 de marzo del '73 con el FreJuLi, que empujaba en cierta dirección de la historia. Pocos años después, estábamos todos perseguidos, algunos presos, y yo me fui al exilio. Estuvo los ocho años de la dictadura en Brasil, donde fui profesor de la Universidad Católica de Rio de Janeiro y la Facultad Cândido Méndez de la sede Ipanema. Los primeros tiempos, con mucho temor porque en Brasil también había una dictadura que terminaba, me escribía con algunos amigos cercanos:

uno de ellos, Cossio. Pero yo, que tengo tres nombres por razones familiares, no podía mi nombre completo que es Julio César Antonio Raffo, y advertí que Antonio también es apellido; entonces mis amigos me escribían como Julio César Antonio, para obstaculizar que mis cartas fueran fácilmente identificables. Se arriesgaban a escribirle a alguien que estaba escapado y que usaba un nombre falso o casi falso. Y encontré afortunadamente entre mis papeles, y guardo como un tesoro, un sobre de papel madera, con la letra en tinta negra de Carlos que dice "Sr. Julio César Antonio. Poste restante" —yo recibía las cartas en poste restante— "Correo Central Brasil. Remitente: Carlos Cossio, Rodríguez Peña 1076, piso tal". Ese fue el privilegiado maestro y más privilegiado amigo que yo tuve. Muchas gracias.

II. EXPOSICIÓN DEL DOCTOR MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDAMI***

Buenas tardes. Agradezco mucho la invitación, realmente creo que es algo muy debido el homenaje que, de parte del doctor Raffo, muy bien y de mi parte, como pueda hacerlo, vamos a rendir a Carlos Cossio y Werner Goldschmidt.

Yo tengo para mí que la filosofía adquiere significados muy ricos cuando se la comprende en función de la historia; esto quiere decir que Cossio y Goldschmidt, Goldschmidt y Cossio existieron en un momento histórico, vale la pena comprenderlos en su momento histórico. Pero creo que, sobre todo, vale la pena comprenderlos en este momento histórico. ¿Qué puede aportar, en este caso Werner Goldschmidt, a nuestra vida concreta, a la vida histórica de hoy y, más concretamente, a nuestra propia biografía? ¿Cómo nosotros podemos vivir a Werner Goldschmidt?

Pienso que es un personaje que podemos traer a nosotros con una gran capacidad enriquecedora. Siempre les recomiendo a mis alumnos que no incorporen a su vida algo que a su vida no puede aportar. Y creo que Goldschmidt puede aportar mucho a nuestra vida; se preocupó especialmente de nuestra vida. Su teoría está inscripta en la comprensión del fenómeno jurídico como un fenómeno de la vida humana. Esta inscripción en nuestra vida, a nuestro parecer, se enriquece cuando la pensamos en

*** Doctor en Derecho y en Ciencias Políticas. Investigador principal del CONICET. Profesor titular de Introducción al Derecho y Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho de la UNIR. Director del Departamento de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UBA.

tomo a preguntas: abrimos nuestra vida a la pregunta, a través de la pregunta y lo que Goldschmidt ha dicho, a mi parecer, tiene que convertirse en desafíos para nuestra propia existencia. Goldschmidt hoy nos dice cosas. Quizás podríamos hacer un ejercicio de imaginación y pensar que en este momento entra a esta sala un hombre más o menos regordete, muy calvo, que comenzaría a preguntarnos, a desafiarnos, a decirnos que podemos pensar al derecho de una manera distinta a la que lo presentan los paradigmas dominantes; paradigmas sobre cuya denuncia se ha pronunciado magníficamente el profesor Raffo.

Goldschmidt y Cossio, Cossio y Goldschmidt son en gran medida ignorados porque son, a mi parecer, por supuesto, filósofos de nuestra libertad; de nuestra capacidad de comprender el mundo en profundidad y no de la abstracción que nos aliena. Tenemos que evitar que la lógica nos aliene de nuestra propia vida. El derecho es lógica, a mi juicio, o debe ser pensado como lógica, pero debe ser pensado también, y principalmente, como realidad social y como valores, porque así se inscribe plenamente en nuestra vida. La lógica es pariente de la matemática; la matemática sirve a la vida, pero la vida no es expresable en términos matemáticos. Recuerdo que siempre Cossio bromecía —yo le tengo una estima muy profunda al maestro—, y decía: “A ver, que escriban una sentencia en términos matemáticos”. Yo he vivido ya muchos años y no he visto ninguna; creo que no se podría hacer. En cambio, como señala el profesor Raffo, hay muchas que son orientadas por la ecología y por el trialismo, y son a mi parecer, más lúcidas que las que no recorren esos modelos jurídicos.

Ahora, voy a intentar contar la biografía de Goldschmidt porque comprendiendo la vida del maestro, seguramente vamos a comprender mejor por qué dijo lo que dijo y a lo mejor hoy, ante una realidad diversa, podemos tomar o dejar parte de su pensamiento. Lo que seguramente Goldschmidt quiso es abrir nuestra mente; y por eso es que no debemos aferrarnos al modelo trialista de Goldschmidt. Debemos aferrarnos al modelo de libertad de pensamiento con el que Goldschmidt elaboró al trialismo, y hoy quizá nosotros debamos elaborar un paradigma que siga el modelo trialista según otras inquietudes de la vida de veinte años después de la muerte del maestro. Una de las cosas peores que le pasaron a Epicuro era que sus discípulos decían: “Obra como si el maestro te viera”, y esto tenía la mala suerte de querer decir: “Obra como obraría el maestro en lo concreto”; “Obra como si el maestro te viera”, pero el maestro —Goldschmidt, Sócrates, Epicuro o quien fuera—, el verdadero maestro brinda “por los que lo superen”. Seguramente, Goldschmidt entraría hoy y diría: “A ver, yo dije esto, por mi camino de apertura qué pueden uste-

des considerar que es válido para su vida en concreto". Y yo pienso que desde la egeología o desde el trialismo se pueden decir cosas muy importantes para la vida en concreto que, con todo el respeto que ustedes imaginan siento para una obra gigantesca como es la filosofía analítica, una obra gigantesca como es la del profesor Bulygin —en términos de lógica—, no se puede decir. No estoy ignorando la grandeza de la obra de Alchourrón y de Bulygin, ni de Gauthier ni de nadie. Estoy diciendo, simplemente, que para mí no es suficiente. Es lo único que estoy diciendo: no es suficiente.

¿Quién fue Goldschmidt? ¿Cuándo nació? ¿Por qué se preocupó de lo que se preocupó? —¿y por qué hoy, quizás, se preocuparía de otras cosas también?—. Nació en Berlín en 1910. ¿Qué era Alemania? Bueno, un imperio relativamente autoritario, dividido en dos culturas. Goldschmidt amó hasta el final a Alemania, y allí está en gran parte la culpa de los que lo expulsaron. Pero él señalaba que había dos Alemanias: la Alemania que él llamaba "autoritaria", de Bismarck, y la Alemania que él llamaba "del humanismo, de la libertad", de Goethe. Obviamente, él pertenecía a la Alemania liberal y humanista. Lamentablemente, tiempo después, la Alemania llamada "de Bismarck" enloqueció y destruyó gran parte del legado alemán y gran parte del legado occidental. Pero a Goldschmidt hay que entenderlo como una mente de claridad profunda como podía tener el pensamiento alemán, pero una mente humanista como podía tener el pensamiento alemán de Goethe; no la Alemania autoritaria de Bismarck o del *kaiser*.

Goldschmidt era hijo de un profesor muy reconocido, famosísimo de la Universidad de Berlín; se llamaba James Goldschmidt. Tenía grandes afinidades con la cultura inglesa también, lo cual tuvo importancia en la vida de Werner Goldschmidt porque fue, en gran medida, un liberal político; no tanto económico, sino político. El amó a la universidad. Si yo tuviera que decirles el legado último de Goldschmidt, yo no diría que es el trialismo; el legado trialista es muy importante, pero el legado de Goldschmidt fundamental, el que yo quiero transmitirles también, es el legado de la universidad. O sea, una institución en que profesores que avansen una responsabilidad muy grande investigan y transmiten, en diálogo, su saber a los alumnos. Una universidad grandiosa como fue la universidad alemana que venía del siglo XIX, una universidad que le dio a Alemania muchos premios: el Nobel está jalonado de figuras de la universidad alemana de entonces. Ese compromiso con la universidad lo comprometió con la verdad, porque en ese tiempo —no hoy quizás, cuando la idea de la "verdad" está en fuerte cuestionamiento— había una idea

de la verdad objetiva; y Goldschmidt sostuvo en su vida la idea de la verdad objetiva. La verdad no era una construcción, la verdad era la correspondencia aristotélica entre lo que el sujeto piensa y el objeto pensado, no la idea actual. No lo hace incompatible con el pensamiento actual de verdades construidas, pero la idea de Goldschmidt era una idea muy fuerte de referencia a la verdad: esta idea lo va a llevar a desenmascarar. La teoría de Goldschmidt es, en gran medida, una teoría del desenmascaramiento. Hay que evitar que las normas escritas por los poderosos, presentadas por los poderosos, oculten la opresión que suele haber debajo de ellas. Otro gran legado de Goldschmidt es el legado del desenmascaramiento, pero hay que tener mucho coraje para desenmascarar; hay que tener mucho coraje para decir cosas que los poderosos esconden en el discurso normativo. No es por casualidad que Kelsen es preferido a Cossio o Kelsen es preferido a Goldschmidt, porque ese paso desde la norma que se desvincula de la vida y la vida es lo que no se quiere dar, porque ese paso significa evidenciar intereses que se desean ocultar. La idea de la verdad como desenmascaramiento. Las normas siempre presentan el lado bueno de las cosas; la vida suele ser muy distinta del discurso del lado bueno de las cosas.

Y entonces vino la guerra. La guerra en dos periodos. Y los indescriptibles sufrimientos: el sufrimiento de la I Guerra, donde Goldschmidt cuenta que no tenía literalmente para comer; la clase quizás más alta de la burguesía alemana, como era la de un gran profesor de la Universidad de Berlín, el gran profesor de derecho penal y procesal que ustedes conocen. Y luego el segundo episodio. El episodio infame en que gente que había hecho la I Guerra por Alemania, que había muerto defendiendo a Alemania, fue sacrificada, a mi juicio, a un desequilibrio mental. Goldschmidt no podía entender, como no lo podía entender el padre, y el padre salió de Alemania a último momento porque decía: "Nosotros los judíos somos tan alemanes como cualquier otro, nosotros hemos hecho la guerra por Alemania, con bien o con mal". Y entonces, los hijos desconfiaron a tiempo y le dijeron que se fuera. Si un pilar de la vida de Goldschmidt es la universidad, el otro pilar es el horror a Auschwitz. Y el horror a Auschwitz lo comprometió profundamente con la justicia. Puede creerse o no en la justicia; puede creerse o no en una justicia objetiva —personalmente yo no creo que eso hoy sea demostrable o por lo menos evidenciable de una manera muy sólida—, pero cuando uno le decía esto, él desde lo profundo de su alma decía: "Entonces Auschwitz es opinable". Y no decía más nada. Y eso decía mucho. "Entonces Auschwitz es opinable". La preocupación de Goldschmidt desde entonces va a ser la realidad concreta de la vida de las personas porque es allí donde debe haber justicia. Esa preocu-

pación concreta por la vida de las personas lo va a llevar a incorporar a la "verdad" y la "justicia" un valor muy concreto, que está en el horizonte pero muy claro: el valor de la "utilidad". Goldschmidt me enseñó a comprender que hay que hacer cosas reales y que esas cosas reales deben satisfacer la vida de las personas, pero no con un criterio utilitario, sino que esa vida de las personas, el —con sentido de justicia— la conceptualizó como "potencia" e "impotencia". "Potencia" es lo que favorece la vida, "impotencia" es lo que perjudica a la vida; pero la "potencia" y la "impotencia" favorecen o perjudican la vida concreta satisfaciendo o no necesidades de las personas concretas. Allí aparece el tercer valor grande, luego hay valores limitados, pero éstos son los grandes valores. Cuando le decíamos que había que hacer algo, Goldschmidt decía: "¿Cómo?". No el platonismo de los grandes ideales. Cuando usted le decía: "Hay que dar de comer a los pobres", él decía: "Claro, estoy absolutamente de acuerdo, ¿cómo?, ¿con qué?". No es el asunto idealizar. La herencia era aristotélica, no cabe duda. Pero ahora pasaba por una idea mucho más concreta, no discursos abstractos: con qué, cómo lo hago.

Los grandes libros de Goldschmidt, para mencionarlos, serán: *Conducta y norma*, inspirado en gran medida en la egología —el primer período del Goldschmidt argentino es cossiano—; *La ciencia de la justicia: diálogo*, porque él creyó que hay una ciencia de la justicia, e *Introducción filosófica al derecho*. Al final, la obra *Justicia y verdad*, que otra vez vuelve a presentar los grandes valores del legado goldschmidtiano.

Cuando Goldschmidt vino a la Argentina, entró en especial contacto con Carlos Cossio. Fue muy amigo de Carlos Cossio y ambos compartían el reconocimiento de la obra de Hans Kelsen. En algunos libros, Goldschmidt figura como discípulo de Cossio. Ahora, hubo una amistad profunda y hubo un distanciamiento importante. El distanciamiento importante del que ahora les voy a hablar un poco, por el sentido de Goldschmidt, es que para Cossio —que es existencialista— el derecho es conducta; su centro de gravedad está en la libertad y, en cambio, en el pensamiento de Goldschmidt está en lo que se adjudica; no en la conducta que elige entre diversas posibilidades, sino en lo que se adjudica. Lo que a Goldschmidt le importa, más que la conducta, es lo que la gente debe recibir para vivir en plenitud. El centro de gravedad de Cossio es más subjetivo, como su existencialismo lo indica, y el centro de gravedad de Goldschmidt es más objetivo. Porque la conducta importa, pero importa en función de lo que resulta de la conducta. Eso llevó a Goldschmidt a centrarse más en lo adjudicado y posiblemente de ahí venga su simpatía relativa con el tomismo. En cuanto se remite a lo objetivo y no al sujeto, el tomismo está más

cerca del tomismo. Pero hay un punto de contacto: si uno lo mira desde el punto de vista de la conducta, el trialismo es muy cercano a la egología; si uno lo mira desde el punto de vista de lo que se recibe por la conducta, el trialismo está más cerca del tomismo. Goldschmidt acentuó su vinculación con el tomismo, llegó a pensar que el trialismo era una versión actualizada del tomismo —yo no creo eso y por eso soy un trialista mucho más cercano a la egología que el maestro—. Goldschmidt, a diferencia de Cossio, se reconoció como tridimensionalista; es decir, pensó que para construir el objeto de la ciencia jurídica hay que pensar en realidad social, normas y valores.

Si me permiten, voy a hacer unas pequeñas referencias a las tres dimensiones, pensando que no son tres disciplinas separadas, sino que son tres disciplinas integradas. Eso es un tema fundamental. No son tres disciplinas ni mucho menos tres dimensiones escindidas, sino que el gran problema está en integrarlas, en hacer de las tres un solo objeto. La clave, según Goldschmidt, está en hablar del "reparto" de vida, del "reparto" de "potencia" y de "impotencia". Los términos goldschmidtianos son bastante complejos; uno es el término "reparto". Si uno lo mira desde el jurista que ya está formado, uno piensa: "Qué cosa difícil". Pero quitémosle la formación que tenemos y vayamos al lenguaje común: ¿Puede entenderse desde el lenguaje común que los juristas reparten vida? ¿Qué cosa hacen los jueces y los legisladores sino repartir vida? ¿Qué cosa hacen los administradores? ¿Qué cosa hacen los contratantes? Reparten vida. Y nuestra dignidad está, en gran medida, en que repartimos vida. Los médicos prolongan la vida; nosotros repartimos la vida. Ustedes pueden elegir lo que quieran: pueden decir que el derecho es norma, y posiblemente les quede un sentido de insatisfacción; en cambio, pensar que el derecho es repartir vida, me parece que no los va a dejar insatisfechos. Claro está que en el mismo momento, alguien me va a preguntar lo que es vida. Si aquí hubiera un filósofo analítico me diría: "Profesor, ¿y qué cosa es la vida?", y yo le contestaría: "Ya lo sé que es muy difícil de conceptualizar", pero también sé que no puedo dejar de pensar en ella, porque realmente es lo único que me importa. Es cierto, es difícil saber lo que es vida. Lo que es vida para usted, puede ser distinto para mí o para un musulmán. Pero, ¿por eso voy a dejar de pensar en la vida? También para el médico, lo que es vida para mí no es vida para un musulmán que puede creer, por ejemplo, que hay que cortar el clitoris a las mujeres. Para ellos es vida una cosa, para ellos es vida sacrificarse como hombre-bomba y para mí eso no es vida. Claro que para un médico, para un jurista, para mucha gente lo que es vida es muy distinto, pero no puedo dejar de hablar de eso sencillamen-

se porque estoy instalado en eso y confieso que a mí me importa mucho. Ustedes pueden decir: "A mí no me importa la vida". A otra historia. A mí me importa mucho, y estoy dispuesto a hablar del "reparto de vida".

Respecto de los elementos de los repartos que distinguió Goldschmidt, no voy a adentrarme; pero a Goldschmidt, como le interesa la vida, reconoció la juridicidad plena de la autonomía. El derecho tradicional piensa lo jurídico desde el poder, más o menos desde el poder porque no tiene criterio para distinguir lo jurídico si no es a través del poder o del Estado. O sea, ¿qué es lo jurídico? Si no puedo hablar de la justicia ni de la vida, posiblemente me embarque en la teoría de que el derecho es poder; como para Goldschmidt el derecho no se identifica por el poder, la autonomía adquiere tanto o más valor que el poder. La cooperación tiene tanto o más valor que la autoridad. Es decir que, cuando nos ponemos de acuerdo, el acuerdo nuestro —según Goldschmidt, y yo comparto— es plenamente jurídico antes de que el Estado diga nada. El Estado puede decir lo que quiera, pero el derecho debe reconocer la juridicidad del acuerdo de la gente. ¿Por qué? Porque en ese acuerdo puede haber justicia. Si le quito la justicia, me tengo que remitir al poder. Luego, ¿cómo se ordena el régimen? Y entonces, el sistema tradicional se orienta a la "planificación" y a la "previsibilidad"; y el derecho es ley; y no costumbre. Y si es costumbre, lo es porque la ley lo reconoce. Pero si el derecho es vida, entonces la costumbre adquiere un enorme valor. La costumbre puede llegar a ser más justa que la ley. No vale porque la ley la invoca; vale porque reparte. Y entonces, se cambia completamente la mente. Yo creía en el derecho como verticalidad, hasta que un día me di cuenta que la vida de la gente es mucho más complicada que el poder y mucho más complicada que la planificación y la previsibilidad.

Y mucho más hermosamente complicada. Porque allí está la "autonomía" y la "cooperación", la "ejemplaridad" —que es el nombre técnico de la costumbre— y la "solidaridad". ¡Qué rica que ahora resulta la vida! Unos pueden elegir cortarla, otros elegimos ampliarla. Y como tenemos que conducir lo que podamos conducir y hay otras adjudicaciones que no vienen de la conducción humana, Goldschmidt reconoce cosas que hoy el derecho necesita a gritos como las "distribuciones de la naturaleza", de la "influencia humana difusa" y del "azar". Cosas que entran porque lo que importa es la adjudicación; si importara la conducta no entrarían tanto. Si yo tuviera que elegir algún tema en el que Goldschmidt se abre al porvenir, citaría la apertura a la "naturaleza" como fuerza distribuidora. La apertura a la "influencia humana difusa" de la economía, de la religión y quizás, el "azar". O sea, se abre a todo esto que a mí me parece de una im-

portancia extraordinaria. Goldschmidt no pudo abrirse suficientemente a la influencia económica como a mí me hubiera gustado. Yo, cuando era joven, tenía una influencia importante del marxismo, y entonces me parece que hay una base de "influencia humana difusa" económica en el derecho. Goldschmidt no lo ve. Goldschmidt es un hombre que piensa muy adelantado pero desde la Edad Moderna; o sea, es un kantiano moderno, un kantiano contemporáneo, pero no alcanza a ser un hombre del siglo XIX como a mí me hubiera gustado que fuera, y entonces las "distribuciones" corren paralelas a los "repartos". La economía corre paralela a la conducción, y en cambio, quizá la economía esté debajo de la conducción; produciendo la conducción. Un tema muy a discutir. Claro está que aquí no termina, pero voy a tratar de ir cortando, por lo menos la realidad social. Goldschmidt admite que, como hay conducción, hay límites. Hay cosas que se quieren pero no se pueden. Se quiere pero no se puede. Una de las primeras cosas que me hizo leer es *¿Qué es una Constitución?*, de Ferdinand Lassalle, y allí me mostró que el derecho no es omnipotente. Que el conductor no es omnipotente. Que se quiere pero no se puede. En países como el nuestro, que andan de manera tan a los tumbos, un jurista que no estudia el juego de los factores de poder no puede resolver los problemas jurídicos. Un jurista que no estudia a Lassalle no puede entender el 2001. No puede entender los límites. La Argentina es un país reiteradamente frustrado porque planifica lo que no puede realizar. Límites de la realidad. La escuela de Kelsen no puede decir nada de esto, o casi nada. Y Goldschmidt lo incorpora como figura central.

Luego, en las normas, para dar conexión a las normas con la realidad toma la idea de normatividad y la construye; no como "deber ser" solo, sino como "será". Las normas, para Goldschmidt, son "promesas" de lo que ocurrirá. A veces, promesas falsas; a veces, "espectáculos". Se dictan, incluso, de manera fraudulenta; para engañar a las personas. A veces, las normas son espectáculos que ponen los autores para engañar a la gente. Hay el fraude a la ley y hay el "fraude mediante la ley". Hay el engaño mediante la ley. Importa, por supuesto, en Goldschmidt, si la norma se cumple o no. No vale que las cárceles, según la constitución, "deben ser" sanas y limpias; vale que "sean" sanas y limpias. No vale que la gente "deba" cobrar sus créditos; vale que "cobre" sus créditos. La norma no es del todo valiosa si la gente no cobra, porque eso es lo que a la gente le importa. ¡Cuéntele usted a la gente que la norma dice que las cárceles serán "sanas y limpias"! Y la gente le dice: "¿Y eso qué es?". Y dígame a la gente que la norma dice que tienen que cobrar los créditos y la gente dice: "A mí no me pagaron". ¡No se ve que nos convertimos en gente que vive su

propio mundo? Los juristas hemos vivido nuestro mundo. Nuestra responsabilidad histórica no está cumplida. Los economistas nos van quitando, incluso legítimamente, el espacio; no sólo ilegítimamente. Legítimamente. En tanto ellos hablen de la realidad y nosotros hablamos de normas. Si yo en el 2001 era invitado a una mesa redonda con un economista, ¿qué podía decir yo de interesante para la gente? Nada. ¿Y qué puede decir un economista? Bastantes cosas. Hay que saber si la norma se cumple o no se cumple. Eso le importa a la gente. Una categoría central: la "exactitud" de la norma. No negamos la normatividad como "deber ser", pero incorporamos la normatividad como "será", como promesa.

Y luego, los valores. Goldschmidt valoró profundamente la "justicia", por las razones que les expliqué. El "poder", la "cooperación", la "previsibilidad", la "solidaridad", la "coherencia" son valores; pero para Goldschmidt el "gran" valor es la "justicia". Por eso, escribí una obra que se llama *La ciencia de la justicia: dialéctica*. Claro está que uno le puede preguntar: "Profesor, ¿qué es la justicia?", y entonces él daría una respuesta de estilo más o menos kantiano, con algún impacto personalista cristiano, que sería: "La justicia exige adjudicar a cada individuo la esfera de libertad para desarrollarse plenamente". ¿Es esto sostenible o no? Él lo creyó absolutamente, y si yo le hubiera dicho que no, hubiese vuelto al argumento "Auschwitz". Cada hombre tiene que tener la esfera de libertad. Yo no sostengo esto. Sé que resulta profundamente antipático, pero no creo que en el marco científico se pueda sostener. Creo que se puede sostener en un marco político. En un marco científico se puede tomar eso como base consensuada, más o menos, y de allí sí hacer una argumentación sustentable. Pero la base no es sustentable objetivamente. Sea dicho que hoy la tendencia es, más vale, a buscar objetividad otra vez en los valores, no del tipo goldschmidtiano, pero buscar la objetividad. O sea, que yo me he salido del modelo de don Werner, pero en realidad más vale que yo soy minoría y los objetivistas, en alguna medida, parecerían ser mayoría.

Una cosa muy importante de Goldschmidt, y con esto tengo que ir terminando, es la idea de "pantonomía de la justicia". La mente abierta de Goldschmidt no pensaba que los otros están equivocados tan fácil; pensaba que los otros veían lo que él no veía. Que veían lo que él no veía. O lo que él no valoraba suficientemente y por eso, por ejemplo, escribí un hermoso artículo cuando era relativamente joven que se llama "El filósofo y el profeta". Y dice: "El profeta reza 'o-o', el filósofo reza 'y-y'". Según la concepción goldschmidtiana, el verdadero filósofo tiene la cabeza abierta y siempre puede pensar que el otro dice un pedazo de la verdad, nada más

que un pedazo de la verdad que él no está dispuesto, de momento, a considerar. La "pantonomía de la justicia". Y yo creo que, en parte, tiene razón: nosotros pensamos la justicia de una manera recortada, pero si nos abrimos la mente sabemos que el otro puede tener parte de la razón; es que nos cerramos y decimos: "La justicia es lo que yo pienso", y no, a lo mejor, que el otro dice una parte de la razón que yo no puedo tener en cuenta, y fraccioño porque, sí, claro, yo no soy un dios omnisciente ni omnipotente para saber todo y hacer todo, por eso corto. Pero que yo corte no quiere decir que no existe más allá; simplemente, que lo corto. "Pantonomía" y "fraccionamiento", productor de "seguridad", es un gran aporte goldschmidtiano a nuestra comprensión de la vida. Cuando discutan con alguien, no piensen necesariamente —diría el maestro— que el otro está equivocado. A lo mejor, el otro ve cosas que de momento yo no veo o que no estoy dispuesto a considerar. Otra es la historia.

Luego, otro aporte de Goldschmidt es la justicia de cada elemento de los repartos. Luego, un fuerte humanismo: tomar al hombre como fin y no como medio —otra vez aparece Kant fuertemente presente— y la protección del individuo contra todas las amenazas que pueden dirigirsele: contra "los demás", contra "sí mismo" —crée él, porque es objetivista—, contra "lo demás" —la enfermedad, la miseria, la ignorancia, etcétera—.

Todo esto le permitió ver un entramado jurídico complejo dentro del cual las ramas jurídicas que nosotros estudiamos compartimentalizadas no son "recortes". ¿Ustedes imaginan el crimen pedagógico que nosotros hacemos contra los estudiantes cuando les enseñamos treinta pedazos de sentidos que tienen que ser unitarios, porque la vida es una sola? ¿Cómo es posible que les enseñemos un derecho civil? En realidad, en mi Facultad de Rosario les enseñan ¡seis civiles!, ¡seis! Por supuesto, no los grandes profesores que tiene la Facultad, uno de los cuales está aquí presente, sino que es la mente. Concursan, a veces —por lo menos en mi tiempo—, reales. ¿Cómo se puede concursar la cátedra de reales! ¡Es un imposible! Hay que concursar civil, quizás con especialización en reales. Pero no, les dan pedacitos. Cuando yo me recibí tenía veintisiete pedacitos en mi cabeza. ¿Cuánto tuve que hacer para unir los veintisiete pedacitos? Ah, pobre yo... Pero si no los unía, no podía resolver nada, porque en los casos están los pedacitos siempre omnipresentes. No hay ningún caso de derecho civil. No existe eso. Hay casos centrados en el derecho civil. Pero no existe eso. Ahora los grandes civilistas se han dado cuenta de que civil es a la sombra de constitucional. En mi caso, no sabían que mi derecho civil no tenía nada que ver con el derecho constitucional. Nada. Más aún, civil era más importante que constitucional. Callate constitucionalista, el verdadero de-

recho es el derecho civil. Y a otra cosa. Pedacitos. Les enseñan pedacitos a los chicos, cuando les tienen que enseñar la vida integrada, la complejidad de la realidad social, de las normas y de los valores. Y con eso, los alumnos podrán construir una estrategia jurídica. Hemos hecho tantos pedacitos que los juristas no pueden construir estrategias, no pueden mover los pedacitos porque los pedacitos son como pedales: uno presiona sobre uno, presiona sobre otro y decide cómo va a mover el aparato. Y a veces constituyen nuevas ramas jurídicas para iluminar cosas nuevas como el derecho de la educación o el derecho de la salud, que no niegan las ramas viejas pero las enriquecen. Esto es un complejísimo aparato en que el jurista debe moverse. Nada que ver con los veintisiete pedacitos que me enseñaron a mí. Por ejemplo, en el 2001, ¿cómo salíamos? Por la Constitución, por el derecho internacional, por el derecho de los contratos, por el derecho de la seguridad social, por el derecho procesal, ¿cómo se sale? ¿Cómo se hace con esto? Y luego, cómo todo eso dialoga como aspecto de la política en el conjunto de la política. Porque el derecho es parte de la política, no como pensaría Kelsen, que es *our* la política. El derecho "es" en la política. Y no puede ser de otra manera. Esto lo sabemos desde testimonios milenarios, esto de que el derecho está fuera de la política ha ocurrido ahora, el derecho está dentro de la política. Y tiene que dialogar, por ejemplo, con la política económica. Yo me asombro de abogados que no saben economía política. ¿Yo no sé qué enseñan? Y lo digo con todo el respeto del mundo: no sé qué enseñan. Yo no sé qué enseña un comerciante si no enseña el horizonte económico-político de lo que está enseñando. ¿Usted me puede dar una buena razón, cómo se entiende eso? Yo no sé cómo lo entienden. Todo esto me parece que hay que saber. Hay que construir una estrategia. El abogado debe incorporarse a la vida plena.

Ése es el precio que pide pagar Goldschmidt. ¿Cuál es la recompensa? El enriquecimiento de nuestra propia vida. Les dije, al principio, la filosofía ha de ser en la historia y en la biografía. Ahora se comprende mejor lo que quiere decir la historia y la biografía. Gracias.

MISCELÁNEAS

DIOS EN APUROS

A comienzos de septiembre de 2007, Ernie Chambers, senador del estado de Nebraska, apareció en las primeras páginas de los diarios estadounidenses luego de presentar una demanda contra Dios.

El legislador, que ocupa su escaño desde 1970, acusa a Dios de haber causado cataclismos y sufrimientos humanos, y de haber amenazado con seguir causándolos. Según sus propias declaraciones, su intención era demostrar que cualquiera puede demandar a cualquiera.

Otra de las razones que motivaron la demanda, según Chambers, fue responder a la sentencia de un juez que había prohibido el uso de las palabras "violación" y "víctima" en un caso de agresión sexual.

A continuación presentamos traducidas la demanda y una respuesta firmada por "Dios".

TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA DEL CONDADO DE DOUGLAS, NEBRASKA ¹

Expediente: 075

Foja: 462

SOLICITUD DE ORDEN JUDICIAL PERMANENTE

Asignada al juez Polk.

Senador estatal Ernie Chambers, actor, contra Dios, demandado.

[Sello:] Presentado ante el tribunal de primera instancia del condado de Douglas, Nebraska. John M. Friend, Secretario del juzgado.

Comparece el actor y fundamenta su demanda contra el demandado:

¹ Traducción de Mariano M. Viora, alumno de las carreras de Abogacía y Traductor Público (UBA).

Objeto

1. La presente demanda tiene por objeto obtener una orden judicial de abstenerse permanentemente contra el demandado, a fin de que cese ciertas actividades dañinas y amenazas terroristas.

Partes

2. El actor es senador debidamente elegido y en funciones por el distrito legislativo nº 11 de Omaha, Nebraska.

3. El demandado (también conocido por otros alias, títulos, nombres o designaciones) se encuentra presente en todos los lugares al mismo tiempo (es "omnipresente"), y es reconocido como el autor de los nocivos actos que se describen a continuación.

Competencia y lugar de radicación de la causa

4. V.S. resulta competente en virtud de que el demandado, en su calidad de omnipresente, se encuentra presente en persona en el condado de Douglas.

Hechos

5. El demandado se encuentra presente en el condado de Douglas por medio de apoderados, representantes y voceros putativos (en adelante, "representantes") de varias religiones, denominaciones, creencias, sectas y similares, que se erigen pública y notoriamente como representantes del demandado con autoridad para hablar por él y representarlo.

6. Algunos de dichos representantes se arrogan la representación exclusiva, mientras que otros, no.

7. El demandado nunca desconoció de manera explícita y pública a dichos representantes.

8. No habiendo sido nunca desconocidos explícitamente por el demandado, los mencionados representantes pueden ser considerados representantes de hecho del demandado, con autorización para representar al demandado, hablar por él y actuar en su nombre.

9. Los representantes, independientemente de que se arroguen o no la representación exclusiva, parecen estar totalmente alienados, fraccionados y enfrentados unos con otros.

10. El actor no tiene conocimiento de todos los representantes putativos del demandado, ni puede descubrirlos mediante averiguaciones o investigaciones razonables.

11. El actor no puede determinar a quién de todos los representantes se debe notificar.

12. La ley no exige que el actor realice actos inútiles.

13. Resultaría inútil y tal vez ilegal fijar una notificación en la puerta de cada uno de los representantes, incluso si todos fueren conocidos.

14. El actor, a pesar de haberse esforzado razonablemente para notificar en forma personal al demandado ("¡Sal de dondequiera que estés!"), no pudo lograr su objetivo.

15. El actor solicita respetuosamente a V.S. que se deje constancia de que el demandado, además de ser omnipresente, todo lo sabe (es "omnisciente").

16. El actor, en vista de las peculiares características de este singular caso, solicita respetuosamente a V.S. no exigir notificaciones personales.

17. En vez, el actor solicita respetuosamente que V.S. considere que se ha notificado personal o tícitamente conforme a derecho debido a que debe considerarse que el demandado, en su calidad de omnisciente, tiene conocimiento de la presente demanda, lo cual es suficiente para cumplir los requisitos legales relativos a las notificaciones.

Demanda

I

18. El demandado ha hecho y continúa haciendo amenazas terroristas que causan daños graves a un sinnúmero de personas, incluido el electorado del actor, que éste tiene el deber de representar.

II

19. El demandado ha causado directamente, *inter alia*, inundaciones aterradoras, terremotos atroces, huracanes horrendos, tornados terroríficos, pestes mortales, hambrunas feroces, sequías devastadoras, guerras genocidas, defectos de nacimiento y fenómenos similares.

III

20. El demandado admitió, contra sus propios intereses, a varios selectos cronistas de confianza de antaño el haber hecho amenazas terroristas y causado calamitosas catástrofes que resultaron en la muerte, destrucción y el terror extendidos de millones y millones de los habitantes de la Tierra, incluidos bebés inocentes, niños, ancianos y enfermos sin piedad ni distinción.

IV

21. El demandado ordenó a los mencionados cronistas que se juntaran y diseminaran alrededor de la Tierra los citados mensajes por escrito, para inspirar miedo, temor, angustia, terror e incertidumbre, con el fin de imponer su voluntad.

V

22. El demandado no ha manifestado compasión ni remordimiento, proclamando que "reirá" cuando ocurran los desastres.

VI

23. El demandado ha realizado amenazas terroristas al estilo de las calamitosas catástrofes citadas, y continúa haciéndolo.

VII

24. Las actuales amenazas terroristas del demandado resultan creíbles, teniendo en cuenta su conducta previa y su historial.

VIII

25. Los representantes contemporáneos del demandado afirman que su representado les comunicó de modo directo y personal que ha causado, causa y amenaza con causar más catástrofes calamitosas iguales o incluso peores que aquellas de otros tiempos.

IX

26. El nocivo comportamiento y las amenazas terroristas descritos *supra* provocaron pérdidas pecuniarias, temor, angustia, terror, estrés, incertidumbre, depresión, suicidios y consecuencias similares.

Petitorio

El actor solicita respetuosamente a V.S. que:

- a) Dikte sentencia en juicio sumario en favor del actor.
- b) Alternativamente, fije fecha de audiencia con la mayor celeridad posible, si V.S. decide que tal audiencia no configura un acto inútil.

- c) Decrete una orden de abstenerse permanente para prohibirle al demandado involucrarse en los tipos de acciones nocivas y amenazas terroristas descritas *in supra*.
- d) Decrete toda otra medida que V.S. considere apropiada para alcanzar los fines de la justicia y la equidad.

14 de septiembre de 2007.

[Firma]
Senador Ernie Chambers
Actor
Oficina 1107, Edificio del Capitolio
Lincoln NE 68509
(402) 471-2612

Declaración jurada

Yo, Ernie Chambers, senador, declaro haber leído el contenido de la demanda precedente, y considero que los hechos que en ella se enumeran son verdaderos.

Por: [Firma]
Senador Ernie Chambers
Actor
Oficina 1107, Edificio del Capitolio
Lincoln NE 68509
(402) 471-2612

Firmado y ratificado ante mí, a 14 días del mes de septiembre de 2007.

[Firma]
Notario público

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Tribunal de primera instancia del condado de Douglas, Nebraska.

Senador Ernie Chambers, actor, contra DIOS, demandado.

COMPARECENCIA ESPECIAL

Expediente nro. 1075. Feja 462.

Mediante el presente, DIOS comparece ante el tribunal con el propósito de cuestionar la jurisdicción del tribunal, por las razones que se enumeran a continuación:

1. No se notificó a DIOS de manera adecuada.
2. La doctrina de los actos propios impide que proceda la demanda, debido a que el actor negó durante toda su vida la existencia de DIOS.
3. DIOS no emite amenazas terroristas, pero ÉL se encargará de que se castigue apropiadamente al blasfemo actor mediante la remoción de su cargo el próximo año.

Dios, demandado.

18 de septiembre de 2007.

Por: [Firma]
DIOS

¿LO SABÍA?

LAS AMBIGÜIDADES POCO RECOMENDABLES

Un litigante concluido

Aproximadamente en el año 1980, en una expresión de agravios, el abogado definió a su cliente como una persona ingenua, inexperta, que había caído en la trampa que le había tendido la contraparte en un acto jurídico, y pedía que se declarara la nulidad del contrato, por aplicación del art. 954 del Código Civil.

En la contestación se negó aquella inexperticia, afirmando que ese litigante era un "concluido".

Los primeros que tuvieron acceso a su lectura se escandalizaron. Pero también hubo quienes, con más calma, recurrieron al diccionario y allí encontraron los significados "astuto, caudillesco, sagaz". No obstante ello, la Cámara mandó testar la frase y derivó el caso al Tribunal de Ética del Colegio de Abogados de Junín, sosteniendo que no se podía ignorar el sentido agravante que la palabra cuestionada tiene actualmente en nuestro lenguaje.

Vale la pena reproducir párrafos de este curioso hecho, que he tomado de *Sensus*, t. XXI, ps. 106/108. Allí se transcribe lo manifestado por la parte demandada: "*¿En qué se fundamenta la nulidad? Realmente no lo entiendo porque en el libelo en la que se la promueve se demuestra una astuzidad que causa estupor y que no es propia de un concluido como lo es la contraparte*".

Votó en primer término el Dr. Juan Carlos Venini, quien expresó: "Evidentemente el empleo de este último término tiene un sentido netamente agravante que ofende no sólo a quienes son su contraparte [...] sino a la majestad, la dignidad y el decoro de la justicia...".

"Las normas de ética dictadas de conformidad a lo preceptuado por el art. 25, inc. 8°, de la Ley 5177, disponen que es deber de los letrados guardar a los magistrados el respeto y la consideración que corresponden a su función social (art. 21), debiendo en sus expresiones verbales y escritas usar la moderación y energía adecuada, tratando de decir nada más que lo necesario al patrocinio que se le ha confiado, debiendo en las contestaciones y réplicas dirigidas al colega adversario, mantener el máximo de

respeto, desentenderse de toda expresión violenta o agravante (art. 19), en ese contexto moral debe moverse el letrado, por lo que [...] emplear el término "concluido" cuya significación popular es harto [...] conocida, no siendo doble que se pretenda escurdir la injuria [...] so capa del sentido castizo, puesto que como he dicho, en nuestro país [...] constituye un calificativo de sentido netamente injurioso".

Cabe agregar que, en la edición del año 2001 del Diccionario de la Real Academia Española ha sido incorporada como segunda acepción de la palabra comentada, en carácter de americanismo: "Sinvergüenza, caradura", quedando como quinta, coloquial y en desuso: "Astuto, cauteloso, sagaz". En consecuencia, ya no se la puede utilizar areramente, disfrazando el agravio con el viejo significado.

Este expediente es un quilombo

En la culminación del litigio, un veterano abogado sostuvo que el trámite procesal había sido muy desordenado. El joven letrado que tenía de contraparte dijo: "...más que desordenado, utilizando el lenguaje popular deberíamos decir que este expediente es un quilombo".

Aunque no resulte elegante el término utilizado, comprendo al novel colega porque, para las nuevas generaciones, la palabra "quilombo" tiene un solo significado: "desorden". Mejor dicho, es un superlativo de desorden. Nada más que eso.

En cambio, los que hemos vivido en la Argentina de la primera mitad del siglo XX, lo conocimos como el nombre vulgar del prostíbulo, y no nos animábamos a pronunciarla en un ambiente culto. Era una de las condenadas "malas palabras".

Probablemente ese término nos llegó desde Brasil, pero allí nunca tuvo el significado que nosotros le hemos dado. Quilombo era el lugar donde se guarecían los esclavos fugitivos, y formaban una comunidad muy aguada, dirigidos por un jefe, bien preparados para resistir las incursiones de represalia de los blancos. En consecuencia, no se trataba de un lupanar ni de un ambiente donde reinara un superlativo desorden.

Yendo un poco más al norte, en Venezuela, significa "cabaña campestre o chaza", cuestión que viene a sumarse al desconcierto idiomático que nos recuerda que aún no hemos superado la maldición de la Torre de Babel.

Finalmente, cabe acotar que el uso que le dio el joven abogado a la palabra que comento no está al margen de lo aceptado por la Real Academia Española, ya que figura en su diccionario (edición 1992),

como tercera acepción y en carácter de argentinismo: "...lio, barullo, gresca, desorden".

Tengo huebos de apelar

Los que diariamente trabajamos en la redacción de escritos, proveídos, actas y demás piezas procesales, padecemos de apego a los arcaísmos y los utilizamos sin preguntarnos cuál es la finalidad que perseguimos al hacerlo.

Invariablemente, denominamos "foja" a lo que —en todas las demás actividades— nombramos como "hoja". Utilizamos "usia" o "su señoría" como manera habitual de dirigimos a un ciudadano que ejerce funciones de juez en un país democrático y republicano... y la lista puede continuar según la vocación que tenga el operador del servicio de justicia por distanciarse del lenguaje corriente.

Hay quienes lo hacen por inercia, impulsados por la rutina; otros, por creer que pertenecemos a una élite con lenguaje incomprensible para el pueblo, y no faltan los que aprovechan para hacer una travesura, exhibiendo su ingenio socarrón.

Entre estos últimos, podemos colocar a alguien que, en el Departamento Judicial de San Isidro, año 1998, en vez de poner un simple "apelar", se aventuró a utilizar un arcaísmo en la frase "tengo huebos de apelar", sugiriendo una ambigüedad con espíritu burlesco, pero olvidando la sobriedad que debe presidir todos los actos procesales.

La palabra "huebos", con "h" o sin ella, figuraba en aquella época en el Diccionario de la Real Academia Española como una expresión anticuada de "necesidad", o "cosa necesaria". En la edición correspondiente al año 2001 sólo se mantiene "uebos", como proveniente del latín *opus*, pero ha desaparecido la versión con "h".

Extraído de: <http://www.nemimologiaforense.com.ar/princip.htm>

CÓMO PUBLICAR EN LECCIONES Y ENSAYOS

Requisitos de publicación

- Trabajo **INÉDITO**.
- Hoja: **A4**.
- Tipografía (tipo de letra): **Times New Roman 12**.
- Copias: **3 en papel y 1 en *diskette*** (en formato Word o similar).
- Incluir un **abstract** del trabajo (**Resumen**).
- Citas bibliográficas y bibliografía utilizada. Las citas deben ser incluidas en nota al pie de la siguiente manera: Para citar libros: **Nombre de autor, Nombre del libro, editorial, lugar de publicación, año, página/s**.
Para citar artículos: **Nombre del autor, "Título del artículo", Nombre del libro o revista, volumen/tomo/número, lugar de publicación, fecha, página/s**.
- El trabajo debe firmarse bajo un **seudónimo**.
- En **sobre aparte**: datos del autor (nombre, apellido, dirección, teléfono y dirección de correo electrónico, indicando si el autor o autora es estudiante, abogado/a, año en que se recibió y si tiene algún cargo docente).

El trabajo debe entregarse en **sobre cerrado** dirigido a *Lecciones y Ensayos*, en la Mesa de Entradas o en el Departamento de Publicaciones de la Facultad en Av. Figueroa Alcorta 2263.

La presentación también puede realizarse via correo electrónico. En tal caso, deberán enviarse **dos archivos** a hje@derecho.uba.ar: uno conteniendo sus datos personales y el seudónimo utilizado; el otro conteniendo su trabajo. Asunto: "Publicación".

Pautas de publicación

Los trabajos serán sujetos al Sistema de Referato. En consecuencia, serán puestos a consideración del cuerpo de redactores de la *Revista Lecciones y Ensayos*.

Los trabajos publicables tendrían por objeto contribuir al conocimiento y estudio del Derecho, así como cumplir la función académica que nos caracteriza.

La presentación de trabajos para la consideración del Consejo de Redacción implica la autorización para su publicación en la *Revista Lecciones y Ensayos*, tanto en su versión en papel como en su versión digital, en el Portal Académico de la Facultad de Derecho de la UBA.

CÓMO PARTICIPAR

Si querés participar de *Lecciones y Ensayos* podés acercarte a nuestras reuniones los días jueves a las 20.30 hs.

Las reuniones tienen lugar en nuestra oficina ubicada en la Planta Principal, Pasillo Sumarios (al lado del Salón Verde) de la Facultad de Derecho.

También podés comunicarte con nosotros por teléfono (5411) 4809-3667 o enviándonos un e-mail a lye@derecho.uba.ar

El único requisito para formar parte de *Lecciones y Ensayos* es:

Ser alumno regular de la carrera de Abogacía o de Traductorado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Se terminó de imprimir el 29 de junio de 2009,
en Chamorro Impresiones
Dardo Rocha 1850 – Ciudadela
Prov. de Buenos Aires
Tirada: 400 ejemplares

