

Tales arbitrariedades no sólo han damnificado directamente a los internos sino también, indirectamente, al ~~señor~~ metodología habitual para con sus familiares, víctimas a su vez de abusivas sanciones aplicadas por las autoridades penitenciarias. Sobre esto se volverá a continuación con mayor detalle.

Párrafos aparte merecen las contestaciones recibidas de las autoridades penitenciarias respecto de algunas de las Recomendaciones emitidas durante el corriente año de gestión.

Por la Recomendación 410 el 13 de septiembre de 1994 el Procurador Penitenciario sugirió al señor director nacional del Servicio Penitenciario Federal que se instruya al señor director de la Unidad 1 para que dé a todos los familiares de los internos imputados de una infracción, la posibilidad de formular ante él un descargo en forma personal antes de adoptar la decisión relativa a la procedencia o no de una sanción y para que se les notifique en forma fehaciente, en caso de ser sancionados, a ellos o a los internos afectados, la posibilidad que los asiste de articular ante el juez de Ejecución una incidencia tendiente a dejar sin efecto dicha sanción, recomendándole, además, que disponga la instrucción de un sumario tendiente a determinar si incurrió en responsabilidad administrativa el director de la Unidad 1 al sancionar a un familiar de un interno alojado en el establecimiento, por entonces a su cargo, con veinte días de suspensión de visitas sin notificarle la falta que se le imputaba ni darle oportunidad de presentar descargo. Se recomendó allí, además, al por entonces director de la Unidad 1 del Servicio Penitenciario Federal, que se deje sin efecto la resolución por la cual se sancionara a un familiar de un interno con veinte días de privación de visitas, por la manifiesta ilegitimidad con que le fuera aplicada tal sanción, disponiendo lo necesario para que se le compensen en extensión horaria, o en cantidad, las visitas de las que fuera irregularmente privado.

El por entonces director de la Unidad 1 informó haber elevado la Recomendación que le fuera dirigida junto con su propio descargo para consideración de sus superiores, recibíendose por toda respuesta la Nota 120/94/D.T.T. por la que el prefecto Fernando Juan Roldán, por entonces director general (1) de Régimen Correccional, afirmaba que a su juicio el director de la Cárcel de Encusados de la Capital Federal "... procedió conforme a las reglamentaciones vigentes; los

derechos que asisten a los visitantes están suficientemente explicitados en el derecho positivo, siendo facultad de los mismos el ejercicio de los derechos subjetivos de los que son titulares, sin que el personal penitenciario tenga obligación de instruir a cada ciudadano la forma de ejercitarlo...". Informaba, además, que el director de la Unidad 1 había resuelto mantener la sanción impugnada dado que "...fue impuesta conforme a las reglamentaciones vigentes, sin que existan razones valederas para considerarlas ilegítimas, no obstante las observaciones efectuadas por el señor Procurador Penitenciario...".

Ante tal respuesta, el Procurador Penitenciario se dirigió por Nota 4335 del 7 de noviembre de 1994 al señor secretario de Política Penitenciaria y Readaptación Social, Dr. Sergio A. Marutián, a fin de poner en su conocimiento la respuesta recibida del señor director general Interino del Régimen Correccional, prefecto Fernando Juan Roldán a la Recomendación 410 P.P. que dirigiera al señor director nacional del Servicio Penitenciario Federal y al señor director de la Unidad 1. Se destacó al señor secretario de Estado la gravedad institucional que involucra dicha contestación, reiterándole las recomendaciones efectuadas a sus subordinados —y que corresponde entender rechazadas, ante la contestación recibida del prefecto Roldán, al que no se dirigieran dichas sugerencias— que sigue resultando necesario poner en práctica.

Se destacó al señor Secretario de Estado que dar oportunidad de descargo a los familiares de los internos imputados de una infracción, es un deber inexcusable del que no pueden apartarse los agentes y oficiales del Servicio Penitenciario y al que, no obstante la dogmática afirmación del prefecto Roldán, no se dio cumplimiento en el caso concreto que investigó el Procurador Penitenciario. Notificarles en forma fehaciente su derecho y el de los internos damnificados por las sanciones que a ellos se les apliquen, de articular una incidencia ante la Justicia de Ejecución Penal, refuerza la autoridad del propio personal penitenciario, controlando los casos de autoritarismo o arbitrariedad como el que nos ocupa.

Por ello se insistió en destacar la importancia de instruir el sumario administrativo que se sugiriera iniciar al señor director nacional —y sobre el cual el prefecto Roldán sólo suministró la llamada por respuesta—, no con ánimo persecutorio sino para permitir esclarecer una práctica evidente-

mente viciada deslindando las responsabilidades que pudieran corresponder.

Se señaló que mantener la vigencia de la sanción que se sugiriera dejar sin efecto, dada su manifiesta ilegitimidad —que se demostró en los considerandos 1º, 2º y 3º de la citada Recomendación, que puede ser compulsada en el Anexo 1 de este Informe—, importará encubrir una grossera arbitrariedad: "...Pues no es cierto... que se haya procedido 'conforme a las reglamentaciones vigentes', salvo que existan reglamentaciones secretas —que fueron ocultadas al Procurador— contrarias al orden normativo... citado... y que no se respetó".

Se destacó al señor secretario que la actitud adoptada por las autoridades penitenciarias en el caso que se sometió a su consideración es no sólo ilegítima, al vulnerar las normas legales invocadas en la Recomendación, sino opuesta a las decisiones jurisdiccionales que, en casos similares, ha adoptado la Justicia Nacional de Ejecución Penal a instancias del Procurador Penitenciario (así en el caso "Almada, Sandra Inés", resuelto el 3-VIII-94 por el Juzgado Nacional de Ejecución Penal nº 2 y en autos "Casco, Héctor Fabián" resuelto el 24-VI-94 por el Juzgado Nacional de Ejecución Penal nº 1), que anuló las sanciones impuestas en sede administrativa, por fundamentaciones coincidentes con las críticas en las que se basan las Recomendaciones del Procurador Penitenciario.

Reiterada esta comunicación con fecha 30 de junio de 1995 por Nota 7792, no se ha recibido contestación al momento de elaboración de este Informe.

Como respuesta a la Recomendación 528, por la que se sugiriera al señor director de la Unidad 2 que dejara sin efecto la resolución por la que se sancionara sin dar posibilidad de descargo al interno reclamante, y al señor director nacional que se instruya al director de dicho establecimiento para que dé cumplimiento a su deber legal de recibir en audiencia previa a los internos que son imputados de faltas, se recibió la Nota 147/85/D.T.T. por la que el por entonces director general (I) del Régimen Correccional, prefecto Fernando Juan Roldán arguyó que "...lo consignado en el acta de sanción merece toda la fe que le es inherente a los instrumentos públicos, por lo que gozan de total validez hasta tanto no fueran argüidos de falsos por acción civil o criminal... (agregando)... Las afirmaciones formuladas por el señor Procurador en el considerando 2 (en el cual se señalaba que ningún valor

jurídico pueden tener las 'manifestaciones espontáneas' atribuidas al interno, que se negó a firmarlas y no fue informado de su derecho constitucional de no ser obligado a declarar en su contra), además de ser falaz, desde el punto de vista jurídico (sic), resulta una falta de la adecuada consideración a la autoridad penitenciaria...". Concluía tal libelo negando que al interno, dada su calidad de procesado, le asistieran las garantías de la Ley Penitenciaria nacional, que éstas se hubieran infringido y que correspondiese la instrucción de un sumario administrativo. Por Nota 7192 del 26-V-95 el Procurador Penitenciario debió reiterar al actual director nacional la anterior Recomendación, informándole la improcedencia e impertinencia de la respuesta que le remitiera el anterior director general (I) del Régimen Correccional. A la fecha no se ha recibido respuesta de las actuales autoridades.

El Proyecto de Ley de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad elaborado por el Ministerio de Justicia, adoptando algunas de las modificaciones propuestas en el Proyecto de Ley de Disciplina Carcelaria (presentado por el Procurador Penitenciario al Honorable Congreso de la Nación el 14 de marzo de 1994 y remitido a conocimiento de dicho Ministerio), perfecciona las disposiciones de la actual Ley Penitenciaria nacional tipificando adecuadamente las faltas graves y previendo que las faltas medias y leves las prevea la reglamentación, hoy inexistente respecto de los condenados.

El Proyecto incorpora la garantía de no ser sancionado dos veces por la misma infracción (vulnerada cotidianamente, como se ha señalado) y la del beneficio de la duda. Se crea un recurso ante el juez competente en el contralor de la detención del interno, pero se le priva del efecto suspensivo que hoy es la regla ritual, aunque se autoriza al magistrado a suspender la ejecución de la sanción mientras tramita el recurso. Esta solución dependerá del arbitrio judicial, pero el tribunal carecerá de elementos de juicio para expedirse y dependerá, además, de la celeridad de la comunicación de la impugnación que le cursen las autoridades penitenciarias, que pueden tornar abstracta la vía recursiva en las sanciones de corta duración mediante el sencillo expediente de demorar la elevación (hoy la situación es aún peor, como se detallara precedentemente).

2. *Maltrato físico*

El artículo 18 de la Constitución Nacional establece que "...Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice".

La asignación de rango constitucional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y a la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes, prevista en el segundo párrafo del inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional, precisó y complementó dicha disposición garantizando que nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, en particular a experimentos médicos o científicos sin su libre consentimiento (art. 7º, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) y que toda persona privada de su libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano (art. 10 ap. 1 del mismo cuerpo normativo), también se ha reconocido que toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral (conf. art. 5º, Convención Americana sobre Derechos Humanos) y se ha definido como tortura a todo acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya o con su consentimiento o aquiescencia, comprometiéndose nuestro país a tomar medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura en todo el territorio bajo su jurisdicción así como a la investigación pronta e imparcial de todos los casos denunciados (conf. arts. 1º ap. 1, 2º ap. 1 y 12, Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos y Degradantes).

Por su parte, la Ley Penitenciaria nacional (dec-ley 41258, ratif. por ley 14.467) asegura que la ejecución de las

penas estará exenta de torturas o maltratos, así como de actos o procedimientos vejatorios o humillantes para la persona del condenado (conf. su art. 3°).

Y el Reglamento del Régimen Disciplinario para el personal penitenciario, aprobado por el decreto 1523/68, tipifica como falta gravísima al orden penitenciario el utilizar medios violentos contra los internos (conf. su art. 249), entre otras disposiciones pertinentes.

Pese a tan extensa normativa, han sido numerosos los casos registrados de internos sometidos a golpizas con bastones, palos ferrados en goma, golpes de puño y patadas con borceguíes. En todos ellos el denominador común es la participación del personal de las denominadas "Divisiones de Requisa", dependientes del jefe de Seguridad de cada Unidad. La mayoría de los incidentes se han registrado en ocasión de las requisas o revisiones realizadas en los sectores de alojamiento de los internos.

Veamos algunos casos:

En el Expediente 1482/PP se investigó un reclamo relativo a las agresiones de las que habría sido víctima un interno alojado en la Unidad 1 del Servicio Penitenciario Federal y que motivaran su internación de urgencia en un hospital extramuros.

Se entrevistó al reclamante en la cama 31 de la Unidad IV de Cirugía del aludido hospital comunal, oportunidad en que rubricó, ante personal de este organismo un reclamo fechado el 5-IX-94. Previamente un médico legista, asesor del Procurador, constató las lesiones que presentaba el interno determinando que eran atribuibles a las agresiones del tipo de las que decía haber sido víctima.

Manifestó el interno al ser entrevistado por este organismo que las lesiones que presenta y que motivaran su internación le habrían sido ocasionadas luego de una reprimenda verbal del celador del piso 15 B, en el cual se encontraba alojado el miércoles 31 de agosto de 1994, y en cumplimiento de las amenazas proferidas por dicho funcionario. Afirmó el interno que luego de ser sancionado con diez días de aislamiento no fue reintegrado al piso 12, en el cual estaba alojado con anterioridad, sino trasladado al 15 B, piso al que caracterizó como conflictivo.

El día miércoles, primer día de visita posterior a su sanción, un familiar suyo retiró número para visitarlo —el que le fue entregado—, pero no pudo concretar la visita pues fue informado que el interno había sido sancionado con treinta días de suspensión de visita, lo que éste desconocía. Ante ello solicitó al celador que pidiese la revisión de tal sanción, dado que ya le habían aplicado diez días de aislamiento y, ante la imposibilidad de revisarla, comunicada por éste, le pidió hablar con un jefe u oficial que lo atendió y le confirmó dicha decisión. Durante esta entrevista habría tenido lugar un intercambio de palabras con el celador delante del jefe, lo que motivó que el celador lo entrevistase en la celaduría a solas, oportunidad en que lo amenazó, si persistía en su actitud, con denunciarlo a la requisa por faltarle el respeto y golpear a su celador, a fin de que lo golpearan a él.

Agregó el interno que ese mismo día miércoles, en horas de la tarde, un numeroso grupo de requisa ingresó al pabellón 15 B donde, luego de individualizarlo, lo hicieron desvestir y, quien era jefe de Requisa, lo tomó del cabello mientras comenzaba la feroz golpiza que le ocasionara las lesiones que motivaran su internación hospitalaria.

Enterado de tales hechos, el Procurador Penitenciario radicó la respectiva denuncia penal y sugirió (v. Recomendación 446/PP/94 en Anexo 1) la instrucción de un sumario tendiente a determinar si incurrió en responsabilidad administrativa —sin perjuicio de la penal que pudiera corresponderle— el celador del piso 15 B individualizado por el interno y que prestaba servicios en dicho lugar el 31 de agosto de 1994 y el personal que participó de la requisa del pabellón efectuada en dicha fecha y durante la cual fuese salvajemente golpeado el interno hasta motivar su internación. Solicitó el Procurador que se investigara, además, si fue correctamente atendida por el personal médico que prestaba servicios en la Unidad y que no dispusiera su inmediata internación hospitalaria, no obstante la necesidad de someterlo a una operación dado los desgarros renales que presentaba y que emitiera denunciar los delitos de que fuera víctima el interno.

Señaló, también, el Procurador, que hechos de esta naturaleza, que se reiteran cotidianamente, aun cuando no siempre son denunciados por sus víctimas o presentan tanta gravedad como para motivar la internación hospitalaria extramuros de

un detenido cuya custodia y seguridad se encuentra a cargo del Estado, obedecen a una deficiente organización de los mecanismos de control de la integridad física de los internos que motivará ya, ante un incidente similar, la Recomendación 8/PP/93, que fuera parcialmente aceptada por el anterior ministro de Justicia de la Nación mediante el dictado de la resolución 1472/93 y que fuera tratada en la Memoria correspondiente al primer año de gestión.

Dijo, asimismo, el Procurador —al reiterar la Recomendación 8/PP/93, desoída por el anterior ministro de Justicia de la Nación, Dr. Jorge Luis Maiorano, al reclamar que se instruyera un sumario administrativo al personal responsable del hecho ocurrido en el año 1993 que la motivara— y reitera hoy, que resultaba indispensable la intervención directa del señor ministro de Justicia de la Nación para dar un claro impulso a la instrucción de un sumario tendiente a determinar las responsabilidades en que incurrió el personal que participó de la agresión ilegal de la que había sido víctima un interno. Destacó, al requerir la instrucción de este sumario administrativo, que ello ocurra al reiterarse un hecho similar, aun cuando más grave, sin que el anterior hubiera sido investigado adecuadamente, resultando su total esclarecimiento indispensable para prevenir que estos hechos se reiteren en el futuro.

En este caso la respuesta del director general (I) del Régimen Correccional, prefecto Fernando Juan Roldán fue que la Dirección de la Cárcel de Encusados de la Capital Federal (U. I) no ha ordenado sustanciar actuaciones administrativas en virtud de que "...*prima facie* no surge responsabilidad concordante con los postulados del Reglamento del Régimen Disciplinario". Informó, además, que se instruyó sumario de prevención con intervención del Juzgado Nacional de Instrucción 25. Es decir, no se instruyó sumario administrativo al personal, pero se inició una causa penal en contra del interno damnificado. Con lo que resulta evidente la existencia de una política de tolerancia, encubrimiento y facilitación de incidentes de la naturaleza descripta.

3. Abuso económico. Sistema de cantinas

La investigación acerca del sistema de venta de productos alimenticios existente en las Unidades 1, 2 y 16 del Servicio Penitenciario Federal se inició con motivo de la

denuncia formulada por la Dra. Silvia Ionna de Escobio, titular de la Defensoría 12 en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal. La referida funcionaria puso en conocimiento del Procurador Penitenciario que existían grandes diferencias en los precios de los productos alimenticios que se expedían en dichas Unidades. Los precios de esos productos duplicaban o triplicaban los de plaza. Este abuso, según la defensora oficial, debía sumarse a la circunstancia de que en reiteradas ocasiones el personal del Servicio Penitenciario imponía a los familiares de los internos la adquisición de determinados productos, en general latas de conservas y gaseosas, en los almacenes de las Unidades impidiendo que pudieran ser comprados en comercios de la zona a precios más bajos y accesibles.

Esta denuncia, sumada a la multiplicidad de reclamos que, en idéntico sentido, formularan los internos en ocasión de las visitas efectuadas a dichos establecimientos, determinó que el organismo a cargo del Procurador Penitenciario abriera la investigación mediante los correspondientes pedidos de informes tendientes a obtener una explicación detallada respecto del procedimiento utilizado para la venta de los referidos productos con especial referencia a las normas que lo regían, los organismos o dependencias encargadas de administrar las compraventas, las pautas de fijación de los precios, el listado de los mismos, etcétera. Estos pedidos de informes fueron respondidos tardíamente y con reticencia por las autoridades del Servicio Penitenciario Federal. En efecto, luego de sucesivas reiteraciones de los oficios en los que se requería dicha información, se respondió que en las Unidades 1 y 16 la venta de productos alimenticios a los internos se regía por el contrato de concesión de proceduría celebrado entre la Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal y la empresa privada "Dulven S.A." el 15 de abril de 1994. Con relación a la Unidad 2, se dijo que la referida empresa se había encargado de prestar ese servicio hasta el 20 de julio de 1994 y que, a partir de esa fecha, se satisfacían los pedidos de los internos mediante la compra en los supermercados de la zona a los precios de dichas bocas de expendio. El Servicio Penitenciario Federal también aportó las fotocopias de las listas de precios de la firma "Dulven S.R.L." con domicilio en Suipacha 1087, piso 5º, departamento "A" de Capital Federal.

El Procurador Penitenciario requirió la remisión de copia íntegra y auténtica del expediente en el que se tramitó el contrato de concesión para el mencionado servicio de proveeduría y de las actuaciones labradas con la finalidad de controlar el cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del referido funcionario. Este requerimiento también fue contestado en forma tardía e incompleta toda vez que sólo pudo obtenerse una fotocopia del contrato de concesión de proveeduría. Cabe destacar que se advertía una discrepancia entre la forma societaria de la firma concesionaria que figuraba en el citado contrato y la que aparecía en la papelería de la empresa. En efecto, en el contrato "Dulven" aparecía como una sociedad anónima, mientras que en la papelería figuraba como una sociedad de responsabilidad limitada.

El Procurador Penitenciario requirió la colaboración de la Subsecretaría de Comercio Interior a los efectos de constatar si las listas de precios proporcionadas por el concesionario del servicio de proveeduría de las Unidades 1 y 16 eran inferiores o iguales a los establecidos por el mercado minorista.

El 12 de abril de 1995 se efectuó una visita de inspección a la proveeduría que funcionaba nuevamente en el Instituto de Detención de la Capital Federal (U. 2), ocasión en la que fue entregado el listado de precios vigentes al 11 de enero de ese año.

Estas comprobaciones apuntaban, fundamentalmente, a verificar si se daba cumplimiento a lo dispuesto en el inciso d) de la cláusula octava del contrato de concesión de proveeduría celebrado entre la Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal y la Empresa Dulven S.A. que imponía al concesionario la obligación de expendir los productos a precios inferiores a los fijados por el mercado minorista, operando este último como máximo valor de venta. La disposición reseñada establecía, además, que el precio debía ajustarse a esos valores de mercado cuando la Dirección Nacional advirtiera sobreprecios.

De la comparación efectuada entre los listados de precios vigentes en los establecimientos carcelarios y los listados de precios que fueran remitidos por el director de Análisis de Precios y Evaluación de Mercados de la Subsecretaría de Comercio Interior dependiente de la Secretaría de Comercio e

Inversiones del Ministerio de Economía y Servicios Públicos, surgió claramente que las obligaciones impuestas al concesionario y asumidas por el Estado no se cumplían.

Así los valores vigentes en el Instituto de Detención de la Capital Federal (U. 2) eran, en la mayoría de los casos, superiores en un 20 % al precio máximo de venta en los comercios minoristas, respecto de algunos productos el porcentaje de incremento ascendía al 45 %.

Si a esto se le agrega que muchos de los productos que se expendían en las proveedurías son de ingreso prohibido —por alegadas razones de seguridad— por intermedio de los familiares de los internos, se puso de manifiesto una situación de gravedad extrema que exigía ser resuelta en forma inmediata.

El Procurador Penitenciario no pudo dejar de advertir, tampoco, que la cláusula octava del contrato de concesión de proveeduría ponía a cargo de la Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal la obligación de controlar el ajuste de los precios a los valores de mercado en caso de que éstos fueran superados por el concesionario.

Esto permitió afirmar que el Servicio Penitenciario no cumple con la obligación de impedir que los productos sean expendidos a precios excesivos. También es evidente que no efectúa control alguno respecto de la labor del concesionario de la proveeduría y ello explica que no fueran remitidas, conforme lo fuera oportunamente solicitado, las actuaciones labradas con tal finalidad.

Las constataciones mencionadas determinaron que se dictara la Recomendación 658/95 (v. Anexo 1) por la que se requería al director nacional del Servicio Penitenciario Federal que dispusiera lo necesario a fin de que se procediera en forma inmediata al ajuste de los precios de los productos que se expendían en las proveedurías de la Cárcel de Encausados de la Capital Federal (U. 1), Instituto de Detención de la Capital Federal (U. 2) y Prisión de la Capital Federal (U. 16) conforme lo establecido en la cláusula octava, inciso d) del contrato de concesión de proveeduría celebrado con la Empresa Dulven S.R.L., sin perjuicio de la cláusula de rescisión. También se recomendó la instrucción de un sumario administrativo tendiente a determinar la responsabilidad que pudo corresponderle al personal a cargo de la referida Dirección Nacional por no haber realizado los controles de los precios de los productos.

Esta recomendación fue puesta en conocimiento del señor ministro de Justicia de la Nación y del señor auditor general de la Nación. Cabe destacar, que la Auditoría General de la Nación instó al Servicio Penitenciario Federal a que adopte los cursos de acción incluidos en la Recomendación 685/96.

III. CONCLUSIONES

En el segundo año de gestión el índice de aceptación de las recomendaciones formuladas por el Procurador Penitenciario se incrementó considerablemente al igual que el prestigio del organismo en el seno de la propia Administración. Esto se debió no sólo al mero paso del tiempo sino, también, al impacto del Informe 1993-1994 que contribuyó a objetivar la problemática carcelaria desde la perspectiva de quienes están sujetos a la privación legal de la libertad. En este aspecto, debe reiterarse la opinión vertida en el anterior informe en el sentido de que la atención sistemática a las quejas de los internos otorga credibilidad e inserción en personas inmersas en la subcultura carcelaria y que, por ende, desconfían de las soluciones institucionales a sus reclamos.

Pero, más allá de lo que constituye la aceptación formal de las recomendaciones se advirtió que comenzaron a operar mecanismos que signan la actividad del ombudsman en nuestro país y en el exterior. Si bien muchas veces la Administración no responde o da respuestas equívocas a las recomendaciones o sugerencias, se producen cambios que significan la aceptación implícita de estas últimas. En efecto, las decisiones de la Administración, cualquiera que sea la forma que adopten, se van adaptando a las propuestas y a la doctrina expuesta por el organismo a cargo del Procurador Penitenciario. Esto forma parte de los resultados esperados, que tal como lo marca la experiencia de otros países, demoran en manifestarse.

Independientemente de la posición institucional del organismo, que optó por recurrir a una política de sobriedad frente a los medios —para no generar situaciones de estridencia o escándalo que incrementen la conflictividad de un campo impregnado de violencia—, se pudo observar que existió una buena acogida de las opiniones y recomendaciones del

Procurador Penitenciario en la prensa oral y escrita. Esto confirma la idea de que la actividad desarrollada, enmarcada en lo que señala la doctrina internacional respecto de la relación del ombudaman con los medios, es acertada. Si bien es indispensable establecer canales de comunicación con la opinión pública, resulta también necesario que la ciudadanía asocie la actividad del Procurador con cuestiones serias, que merecen estudio y reflexión. Ello apunta a instalar en el público la convicción de que las recomendaciones no son el fruto de un afán de notoriedad sino del análisis de las circunstancias de hecho y de las normas jurídicas así como de la voluntad política ineludible de proteger los derechos e intereses legítimos de los internos.

La doctrina y la experiencia internacional enseñan que, en ese caso, el peso de la opinión pública supliría la falta de obligatoriedad legal para el cumplimiento de las recomendaciones cursadas. La institución del ombudaman, sea general o sectorial, es en todos los casos una magistratura de opinión que con responsabilidad apela a la racionalidad, a la prudencia y a la buena fe de la Administración y del público en general para llevar a cabo la misión que la ley le ha encomendado.

Para terminar, al igual que en el Informe correspondiente al primer año de gestión, queremos dejar constancia de algunas sensaciones que son ilustrativas a la vez de nuestra visión de la realidad carcelaria y de nuestras propias experiencias.

Experiencias que suscitan esperanzas que no reflejan otra cosa que los lineamientos del camino futuro, de los pasos que aún recorreremos a fin de contribuir a que en la lucha contra el delito y su propia represión el Estado argentino no se extralimite en su afán de custodiar celosamente el interés público, dañando derechos fundamentales de individuos que se han alejado de las pautas normativas propuestas por el propio Estado generando un conflicto social, uno de los conflictos más importantes en la vida de una comunidad.

Cuando se trata de convivir con la cárcel, con el grado de violencia individual y social que esto implica, uno no puede decir seriamente que ha sido exitoso, por más que un frío cuadro comparativo entre gestión proyectada y objetivos logrados puedan ayudar a indicar eso mismo. Sin embargo, debemos decir que, con todas las limitaciones y la prudencia del caso, estamos satisfechos. Hemos sido testigos privilegia-

dos de cómo se cumplían algunas de nuestras expectativas más preciadas, como por ejemplo, colocar el tema de la cárcel en uno de los primeros planes del interés de la ciudadanía. Obviamente, ello no ha sucedido en forma constante y cuando alcanzó "picos de popularidad" ha estado vinculado a situaciones realmente trágicas de las que no podemos sacar hoy, de ningún modo, efectos positivos. Pero, ante el tremendo dramatismo de las situaciones vividas, la ciudadanía demostró estar capacitada para ser consciente de la realidad carcelaria e, incluso, mostrar las posibilidades de desplegar toda la solidaridad que requería el momento.

Hoy la cárcel figura entre las preocupaciones de la gente, aunque, obviamente, se debe seguir trabajando en ello.

Al mismo tiempo nuestra satisfacción se vincula con la reacción del Poder Ejecutivo, a través del plan emanado de la Secretaría de Política Penitenciaria y Readaptación Social del Ministerio de Justicia de la Nación, y del Poder Legislativo, a través de la sanción de la ley que regula los plazos de la prisión preventiva. Ha sido nuestra intención desde el comienzo el procurar la mancomunidad de esfuerzos, hasta este momento desligados y unívocos, por ello vemos con entusiasmo que los distintos sectores del poder y los propios organismos no gubernamentales, aunque con lógicas diferencias, transiten el mismo camino, ocupándose de diferentes aspectos de la realidad de la institución carcelaria, tendiendo a una gradual pero efectiva transformación.

Con ello no queremos olvidar que la situación carcelaria sigue siendo uno de los sectores que más atención pública requiere. En este Informe hemos descripto una situación que está lejos de ser óptima, se siguen produciendo malos tratos, siguen existiendo problemas de higiene, salud, alimentación, infraestructura, etcétera. En la medida en que estas dificultades continúen no podremos decir que los derechos humanos de los internos se encuentran a salvo, por el contrario, siguen en peligro. Posiblemente este peligro sea innato a una institución como la cárcel, pero además de este peligro "conatural", los derechos de los internos se encuentran frente al riesgo cotidiano, al que se manifiesta con el devenir de la propia crisis del modelo y de la manifestación diaria de violencia en el marco de esa "subcultura carcelaria" que este Informe describe.

Este organismo no puede bajar los brazos. Debemos estar alertas a lo cotidiano, pero sin perder de vista la necesidad de buscar, del modo más creativo posible, alternativas a un sistema penal que reclama a los gritos que se lo vaya suplantando por modelos de solución de conflictos más comprometidos con el éxito y menos violentos. Debemos ocuparnos de la demanda concreta del interno que se ha visto ilegítimamente cercenado en un derecho básico, pero al mismo tiempo no podemos abandonar la necesidad de ir realizando una global propuesta de una mejor política criminal.

Es por todo ello que nuestra gestión no tiene fin, sólo tiene, en el mejor de los casos, horizonte. Hacia adelante no hay felicidad, sólo hay cada vez menos dolor.

EL SISTEMA CARCELARIO EN ESTADOS UNIDOS
Régimen legal de las cárceles y derechos de los presos
(situación actual en los Estados Unidos)*

EDGARDO ROTMAN

Agradezco a los organizadores de esta conferencia, especialmente a mi amigo el profesor Edmundo Hendler, por brindarme esta oportunidad de hablar, después de veinte años de ausencia de esta facultad, acerca de un tema particularmente importante por su vinculación con valores y derechos humanos fundamentales. Me referiré entonces al derecho penitenciario de los Estados Unidos y a la situación actual de los derechos de los presos en ese país.

Es un tema al cual estoy vinculado como abogado, como escritor y como profesor.

El derecho de los presos es una rama del Derecho bastante novedosa en los Estados Unidos, tanto que si hace veinte años hubiera querido abordarlo, mi conferencia hubiese sido mucho más escueta, ya que la mayoría de la jurisprudencia de la Corte Suprema en la materia se produjo durante ese lapso.

Hoy en día constituye un ámbito jurídico muy complejo y extenso, por lo cual hoy puedo darles sólo una visión extremadamente resumida y parcial.

En primer lugar quiero recordarles que en Estados Unidos no solamente el procedimiento penal, sino también el

* Conferencia pronunciada el 27-VI-95 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

derecho penal sustantivo y la legislación penitenciaria son estatales. De modo que no se puede hablar estrictamente de derecho penitenciario estadounidense sino de la legislación, jurisprudencia, prácticas y políticas penitenciarias de cincuenta Estados, además de las del gobierno federal.

Dada la supremacía de la Constitución Federal de los Estados Unidos, y el rol rector que han tenido la jurisprudencia de la Corte Suprema y la de los tribunales federales en la edificación de este Derecho, tanto la cátedra universitaria como la doctrina, se circunscriben principalmente a estas fuentes cuando se ocupan de este sector jurídico.

Hasta la década del '60, la actitud de los tribunales fue de total prescindencia con respecto a lo que pasaba dentro de las cárceles. Seguían lo que se llamó la *hands off doctrine*, literalmente doctrina de manos afuera, que significa no entrometerse salvo en situaciones muy excepcionales en la administración penitenciaria. Se alegaban como argumentos el federalismo, la división de poderes, la inidoneidad de los jueces para tratar problemas penitenciarios y el peligro que los tribunales se vieran inundados por un torrente de demandas sin fundamento ni sustancia jurídica alguna.

Durante la década del '60 y principios de la siguiente, se produce el abandono paulatino de la doctrina de la prescindencia, de la doctrina *hands off*, por varias razones:

En primer lugar el público, incluyendo los jueces, descubren las sórdidas condiciones de las prisiones en general y su situación horrenda en algunos Estados, tales como Arkansas y Alabama. La publicación de libros y artículos denunciando tales escándalos y el estallido de revueltas y motines atraen la atención del público hacia un mundo que había permanecido hasta entonces poco menos que invisible desde el exterior. El ejemplo más elocuente de movilización de la opinión pública es la rebelión en la prisión de Attica en Nueva York, de donde resultan cuarenta y tres muertes.

Otro factor es la aparición de una nueva camada de abogados en el foro de muchos Estados: los defensores de los derechos y libertades civiles, es decir de derechos humanos dentro de la terminología argentina. Este fenómeno se ve facilitado por una parte por el financiamiento gubernamental y privado a estos profesionales, y más tarde, a partir de 1976, por una ley federal que les posibilita el cobro de honorarios profesionales en los juicios por violaciones constitucionales.

Por otra parte el movimiento por los derechos de los presos en los Estados Unidos debe ser comprendido en el contexto de una democratización fundamental que cambió la sociedad estadounidense después de la Segunda Guerra Mundial.

El movimiento por los derechos de los presos fue iniciado por la minoría blanca a mediados de la década del '50. Esta abrió el camino a otros grupos que bregaban por sus derechos tales como las mujeres, los niños, los desamparados, los enfermos y los inválidos.

El movimiento por el derecho de los presos fue impulsado por el rol activo de los tribunales federales, apoyado por los jueces de la Corte Suprema. En ese sentido el surgimiento de una Corte Suprema liberal, encabezada por Earl Warren, fortaleció los derechos de los individuos privados de libertad, expandiendo los derechos de las minorías que antes carecían de acceso y representación. Los presos, en su mayoría pertenecientes a grupos minoritarios y paupérrimos, se beneficiaron fuertemente en esa categoría.

Durante la década del '60 la Corte Suprema reforzó en los Estados la obligatoriedad del respeto de aquellos derechos individuales, que constituyen la columna vertebral de la protección constitucional para procesados y condenados. Como consecuencia de esta nueva jurisprudencia constituida por los presos comienzan a ser oídos por los tribunales. Utilizaron como herramientas básicas: el recurso de hábeas corpus y el recurso de Derechos Civiles. El recurso de hábeas corpus está basado en la ilegalidad de la privación de libertad. La tendencia liberal de los años '60 llevó a un reforzamiento de los tribunales federales de rever condenas firmes de los tribunales estatales, viciadas por violaciones constitucionales en el procedimiento y facilitó la interposición del recurso de hábeas corpus, despojándolo de numerosas trabas.

El otro vehículo utilizado por los presos para hacer valer sus derechos en justicia, y que constituye el tema central de esta conferencia, es la Ley Federal de Derechos Civiles sancionada después de la Guerra de Secesión para proteger a los esclavos contra los abusos de los Estados. La utilidad funcional de esta ley, incorporada al Código Federal como capítulo 42 sección 1983, fue resucitada en los años '60 para accionar en contra de violaciones de los derechos constitucionales de los presos.

En 1961 la Suprema Corte permitió a los demandantes acudir directamente ante los tribunales federales, evitando los entonces prejuiciados tribunales estatales. Los primeros fallos abandonando la doctrina *hands off* fueron generados por el movimiento de los musulmanes negros, basados en la Primera Enmienda de la Constitución, que consagra el derecho a la libertad religiosa, derecho hacia el cual la Corte era tradicionalmente muy sensible. De modo que las primeras victorias de los presos ante los tribunales consistieron en el reconocimiento al derecho de obtener copias del Corán, recibir su diario, exclusión de la carne de cerdo de sus comidas, oficiar ceremonias religiosas y realizar otras reuniones.

Desde entonces se multiplicaron los fallos de los tribunales federales haciendo lugar a demandas de presos basadas en otras cláusulas constitucionales, tales como la octava, cuarta, catorceava y Primera Enmienda a la Constitución. La Corte Suprema pronto convalidó esta jurisprudencia de protección a los derechos constitucionales de los presos violados, ya sea por reglamentos o prácticas penitenciarias. En 1974 el ministro de la Corte, Byron White, proclamó en "Wolf vs. Mc Donell" la nueva tendencia, negando expresamente "la existencia de una cortina de hierro entre la Constitución y las cárceles de esta nación" (418 U.S. 539 [1974]).

En el mismo año —1974— la Corte declaró que los presos mantienen todos los derechos de los ciudadanos comunes excepto de aquellos de los que expresa o implícitamente hubiesen sido privados por la ley. (Voto del ministro de la Corte Marshall en "Procunier vs. Martínez", 416 U.S. 396 [1974]).

En los últimos años se han producido algunos retrocesos en los derechos de los presos. La Corte Suprema actual, con una mayoría conservadora, si bien no ha desconocido tales derechos, ha tomado más exigentes los criterios y pruebas para determinar cuándo se producen las violaciones constitucionales por los funcionarios y operadores penitenciarios. Sin embargo, el núcleo de las victorias obtenidas en este terreno se mantiene aún intacto. La tendencia actual es buscar un equilibrio entre los imperativos de la seguridad institucional y el interés de todos los ciudadanos en mantener la protección de todos, incluyendo los presos, contra acciones opresivas y arbitrarias del gobierno.

Me referiré a los siguientes temas: castigos crueles e inhumanos, garantías constitucionales contra la imposición arbi-

traría de sanciones disciplinarias, traslados, violaciones al principio de igualdad ante la ley, violaciones al derecho constitucional a la privacidad, derecho de acceso a los tribunales y mecanismos procesales para hacer valer en justicia los derechos constitucionales de los presos.

CASTIGOS CRUELES E INUSUALES

Me referiré en primer lugar a las violaciones a la Octava Enmienda de la Constitución, que está específicamente dirigida a proteger los derechos de los condenados a penas privativas de libertad. Esta enmienda prohíbe los castigos crueles e inusuales. Su ámbito abarca todos los aspectos de la vida del establecimiento penal, marcando un nivel mínimo de humanidad en la ejecución de las condenas penales, más allá del cual el castigo se torna inconstitucional. Esta cláusula se aplica también a aspectos de la individualización de la pena —condenas groseramente desproporcionadas con relación al crimen juzgado— pero me ocuparé hoy solamente de su aplicación en el ámbito penitenciario.

La Corte Suprema ha insistido repetidamente que la Octava Enmienda es de contenido dinámico, y que toma su significado de "la evolución de los criterios de decencia que marcan el progreso de una sociedad en vías de maduración", *Trop vs. Dules* (357 U.S. 86 [1958]).

Uno de los criterios fundamentales utilizados por la Corte Suprema para determinar la existencia de una violación a la Octava Enmienda es la "innecesaria e irresponsable o maliciosa imposición de sufrimiento".

Para determinar si hubo "innecesaria e irresponsable o maliciosa imposición de sufrimiento" es necesario previamente aclarar de qué contexto estamos hablando, ya que los castigos crueles e inusuales pueden presentarse en distintas situaciones. Para cada una de estas situaciones típicas existen distintos requisitos subjetivos y objetivos, desarrollados por la jurisprudencia de la Corte Suprema.

Enumeraré primero estas situaciones típicas y luego expondré los requisitos subjetivos y objetivos necesarios para consumar la violación constitucional en cada caso.

Tales situaciones son: falta de atención médica, uso de fuerza excesiva, omisión de protección contra el ataque de otros internos y malas condiciones generales del establecimiento.

En cuanto a la falta de asistencia médica, no toda insuficiencia en los servicios médicos da lugar a una violación constitucional. La Suprema Corte en "Estelle vs. Gamble" (429 U.S. 97 [1976]), determinó que el empleado o funcionario penitenciario debe haber actuado con "indiferencia deliberada" frente a las "serias necesidades de atención médica" del interno. Si la acción u omisión del funcionario o empleado constituyese mera negligencia no hay violación constitucional y por ende no hay posibilidad de utilizar la acción conferida por la Ley Federal de Derechos Civiles, cuyas características explicaré más adelante. Si existe una mera negligencia el preso puede siempre iniciar un juicio común por daños y perjuicios por ante los tribunales estatales.

De modo que para que la falta de asistencia médica adquiera dimensiones de violación constitucional es necesario, subjetivamente, indiferencia deliberada, y objetivamente, una seria, grave necesidad de atención médica. Está claro que indiferencia deliberada es más que simple negligencia pero la Corte Suprema utilizó durante muchos años estas palabras sin definir las y dando lugar a interpretaciones judiciales muy distintas.

La segunda situación es el uso de la fuerza. Este está destinado a superar la resistencia física del preso en distintas situaciones, tales como riñas o negativa a retornar a su celda, y toma varias formas como, por ejemplo, el uso de gases lacrimógenos, las ligaduras de pies y manos, o la utilización de equipos de choque integrados por personal especializado. El requisito subjetivo para que el uso de la fuerza se convierta en una violación de la octava enmienda de la Constitución, es la intención maliciosa del operador penitenciario, mientras que el requisito objetivo es la existencia de cualquier daño, serio o leve, físico o mental, con tal de que no fuere mínimo.

En un fallo reciente, "Hudson vs. McMillian" (112 S. CT 995 [1992]), la Corte Suprema extendió las exigencias subjetivas muy estrictas existentes para los casos de motines y revueltas a todas las situaciones de uso de fuerza, abriendo la posibilidad de un sinnúmero de abusos. La fórmula es "maliciosa y sádicamente, con el propósito de causar daño". Esta fórmula se justifica para eximir de responsabilidad a los

operadores penitenciarios en casos de gran apremio, en los que se requieran decisiones rápidas, pero no es de ninguna manera aceptable para todas las situaciones de fuerza, como el fallo antedicho lo ha consagrado.

La tercera situación típica es la *omisión de protección al interno por parte del personal penitenciario contra ataques de otros internos*. Para caracterizar el requisito subjetivo, la Corte utilizó la misma fórmula de "indiferencia deliberada" ya aplicada a los casos de falta de asistencia médica y en cuanto al requisito objetivo, éste debe consistir en un riesgo considerable de daño serio.

Durante muchos años no existió una interpretación uniforme acerca del significado de las palabras "indiferencia deliberada", fórmula también aplicada como vimos a los casos de falta de asistencia médica.

Recién el año pasado, casi veinte años después de "Estelle vs. Gamble", la Suprema Corte interpretó el término "indiferencia deliberada" dentro del contexto de la omisión de protección, en forma muy restrictiva y contraria a los intereses de los presos. En "Farmer vs. Brennan" (114 S. CT 1970 [1994]) la Suprema Corte indicó tres elementos necesarios para poder afirmar que un operador penitenciario actúa con "indiferencia deliberada": en primer lugar debe ser consciente de hechos reveladores de un serio riesgo para el interno. Segundo, el empleado u oficial debe haber efectivamente inducido de tales hechos la existencia de un serio riesgo para el interno. Finalmente, el operador penitenciario debe haber omitido tomar medidas razonables destinadas a prevenir la producción del daño para el interno.

La cuarta situación típica consiste en malas condiciones generales del establecimiento. No existía ningún requisito subjetivo hasta 1992 y no tendría que haberlo. Pero desde el fallo de la Corte Suprema en "Wilson vs. Seiter" (501 U.S. 294 [1991]), también es necesario que los funcionarios o empleados penitenciarios actúen con indiferencia deliberada. En cuanto al requisito objetivo, es necesario que las condiciones generales del establecimiento desciendan por debajo de los niveles mínimos de decencia de una sociedad civilizada. Los motivos de este tipo de demandas van desde alimentación insuficiente, mala ventilación, existencia de roedores, hasta la sobrepoblación del establecimiento penal.

Con respecto a esta última situación es importante señalar que hasta el año pasado los Estados Unidos tenían el más alto porcentaje de presos por cada 100.000 habitantes. Ahora los Estados Unidos han sido sobrepasados nuevamente por Rusia. El porcentaje ha llegado ahora a 519 presos por cada 100.000 habitantes, cinco veces el porcentaje existente en la mayoría de los países industrializados. A mediados de 1992, la población penal en instituciones estatales y federales había superado en un 160 por ciento la de 1980 con un total de 855.958 presos. Posiblemente hoy en día ya haya superado el millón. Si se toman en cuenta las cárceles municipales y aquéllas para contraventores, la cifra debe estar cerca del millón y medio. En 1992 Estados Unidos gastó \$ 24,9 billones para construir, operar y mantener sus prisiones y cárceles. Había entonces 6,8 billones presupuestados para nuevas construcciones.

Debo aclarar que este incremento no es el resultado de un aumento de la criminalidad, sino de una nueva política criminal represiva, que incluye el aumento del número y duración de las penas. La sobrepoblación carcelaria ha llevado a frecuentes violaciones de la Octava Enmienda; uno de los fallos más importantes de la Corte Suprema en esta materia es "Rhodes vs. Chapman" (452 U.S. 337 [1981]). En este caso particular la Corte decidió que no había violación constitucional pese a la existencia de celdas que alojaban a dos o más presos. Pero fue en dicho fallo que la Corte Suprema definió los parámetros objetivos para determinar cuándo las condiciones podían transformarse en inconstitucionales. Ello ocurre cuando las condiciones de la prisión, separadamente o en forma combinada, privan a los internos del mínimo necesario para una existencia civilizada. Este lenguaje general y vago carece de valor orientador para los tribunales inferiores, quienes continuaron decidiendo los casos de malas condiciones de las instituciones penales en forma contradictoria.

La actual Corte Suprema, en "Wilson vs. Seiter" (1991), agregó a este tipo de violaciones constitucionales requisitos subjetivos además de los objetivos, lo cual va a tornar muy difíciles los pleitos en el futuro. Antes de "Wilson" no se necesitaba probar ningún estado mental particular para que este tipo de demandas prosperase. Si bien en el caso de falta de atención médica había que probar indiferencia deliberada, para los casos de malas condiciones generales del estable-

cimiento bastaba demostrar los hechos a nivel objetivo. Después de "Wilson vs. Seiter" el requisito subjetivo de indiferencia deliberada fue extendido a los casos de malas condiciones generales, lo cual abre la posibilidad de defensas basadas en la ausencia de culpabilidad por parte del personal penitenciario, como por ejemplo cuando sus miembros puedan alegar que las deficiencias físicas del establecimiento se deben a insuficiencia de los recursos económicos suministrados por el presupuesto estatal o simplemente al rápido crecimiento de la población penal, y que tales deficiencias no pueden, por consiguiente, ser atribuidas a la conducta indiferente o irresponsable de los mismos.

Históricamente los tribunales negaron rotundamente que el financiamiento inadecuado fuera una defensa legítima en caso de violaciones constitucionales. Ahora la cuestión se ha tornado un tanto incierta. En cuanto al plano objetivo, el criterio más frecuente antes de "Wilson vs. Seiter" era el llamado de "la totalidad de las condiciones".

Este criterio no requería que los jueces atendiesen a ninguna condición particular, sino que la suma de todas ellas amenazaran el bienestar físico o mental de los presos. En "Wilson vs. Seiter" la Corte declaró que el requisito objetivo para una violación de la Octava Enmienda en materia de condiciones inaceptables era la privación "de una necesidad humana identificable", es decir de una condición particular. De acuerdo con el voto de Scalia, las condiciones combinadas del establecimiento penitenciario pueden aun llevar a una violación de la Octava Enmienda, aun cuando fuesen incapaces de alcanzarla en forma individual. Pero para que la combinación de condiciones llegue al extremo de una violación constitucional, es indispensable, según Scalia, que se refuercen mutuamente de modo de producir el efecto de privar de una única necesidad humana identificable, tal como la comida, calor o ejercicio. El ejemplo de Scalia es la combinación de baja temperatura en la celda más la falta de provisión de frazadas. En general, sin embargo, no es necesario que las condiciones se combinen. Ya no se puede hablar, como antes de "Wilson vs. Seiter", de un resultado general producido por un cúmulo o totalidad de condiciones.

El fallo de la Corte Suprema más reciente en materia de condiciones de la institución es "Helling vs. McKinney" (113 S.C. 2475 [1993]), donde la Corte decidió que el daño al inter-

no producido por las condiciones del establecimiento no requería necesariamente ser actual sino que un daño futuro de suficiente entidad podía también constituir una violación de la cláusula constitucional. Se trata de un caso muy interesante en el cual el demandante había sido obligado a compartir una pequeña celda con otro interno que fumaba cinco paquetes diarios de cigarrillos.

Así como existe un derecho constitucional a la asistencia médica, también, en el caso de los presos enfermos mentales, existe un derecho al rechazo a la intervención médico-psiquiátrica. En "Washington vs. Harper" (494 U.S. 210 [1990]), la Suprema Corte abordó el tema del suministro de drogas antipsicóticas a presos enfermos mentales en contra de la voluntad de los mismos. La Corte decidió que tal suministro podía ser involuntario en el caso de internos aquejados de una seria enfermedad mental, siempre que se cumplieren dos condiciones: en primer lugar tales internos debían representar un peligro para ellos mismos o para terceros y en segundo lugar, el tratamiento debía satisfacer el interés médico del paciente. La Corte determinó la necesidad de rodear tal decisión de ciertas garantías procesales. El Reglamento del Estado de Washington, aprobado en el caso por la Corte, disponía que la decisión debía ser hecha por un psiquiatra, y luego, en caso de apelación, examinada en una audiencia presidida por un Comité compuesto de un psiquiatra, un psicólogo y el superintendente auxiliar. El interno podía asistir a la audiencia, ofrecer pruebas, repreguntar testigos, ser asistido por un consejero lego, y apelar la decisión ante los tribunales estatales. Es decir que según "Washington vs. Harper", no es necesaria la intervención judicial pero sí la de psiquiatras independientes. No es necesario tampoco que el interno esté representado por un abogado sino que es suficiente una persona independiente que comprenda los problemas psiquiátricos involucrados en el uso de la droga antipsicótica.

Cuando las situaciones extremas de castigo cruel e inusual prohibidas en el ámbito de la ejecución penal por la Octava Enmienda se producen en el campo de la prisión preventiva no se aplica la misma enmienda, reservada para los condenados, sino otras disposiciones constitucionales, principalmente la Catorceava Enmienda que garantiza el debido proceso legal.

GARANTÍAS CONSTITUCIONALES CONTRA LA IMPOSICIÓN ARBITRARIA DE SANCIONES DISCIPLINARIAS

Los reglamentos disciplinarios constituyen un medio esencial para el manejo ordenado y eficaz de los establecimientos penitenciarios. Se trata de una función difícil, ya que muchos de los destinatarios de estos reglamentos ya han demostrado con su delito la dificultad de ser disuadidos por la amenaza de sanciones. Por otra parte, los reglamentos disciplinarios en los institutos penales abarcan aspectos de la vida diaria que en la vida en libertad son indiferentes al derecho, como por ejemplo la posesión de utensilios de cocina inofensivos, que en el medio penitenciario se pueden transformar en armas.

Las sanciones disciplinarias más comunes son la pérdida del tiempo ganado por buena conducta (*good time*), la colocación en un calabozo o unidad disciplinaria, y la pérdida de privilegios, como por ejemplo el de ver televisión o de comprar comestibles en el kiosco del establecimiento.

La norma constitucional en juego es la Catorceava Enmienda de la Constitución, que además de otras funciones, prohíbe la privación de la vida, libertad o propiedad sin el debido proceso legal.

Si bien en principio el derecho a la libertad se extingue por virtud de la sentencia condenatoria a pena privativa de libertad, el Estado, a través de leyes y reglamentos, crea dentro del proceso penitenciario nuevas expectativas de libertad anticipada o parcial, generando de esta manera un resurgimiento limitado del interés constitucionalmente protegido, es decir del interés jurídico "libertad". Esto puede suceder, según la legislación de cada Estado, en diversos ámbitos, como por ejemplo en el de las sanciones disciplinarias, en el del otorgamiento de la libertad condicional o libertad a prueba y en el de la revocación de las mismas, en el de la autorización de salidas transitorias y en el de permanecer en la sección general del establecimiento penal y no ser trasladado a unidades que, en los Estados Unidos, se denominan "de segregación administrativa".

Para todas estas situaciones es necesario asegurar la aplicación del mandato constitucional del debido proceso legal. Pero en estos casos el contenido del debido proceso legal

es menor que en el caso del proceso penal. No se rodea a estos procedimientos con todas las garantías y salvaguardias del proceso penal sino con una cantidad menor, a veces con un mínimo, como en el caso de traslado a una unidad de segregación administrativa, en los cuales se trata solamente del derecho a ser oído en una audiencia informal.

¿Cómo se determina la cantidad de proceso legal que corresponde a cada situación? La Corte Suprema concibió una prueba, en el caso "Mathews vs. Eldrige" (424 U.S. 319 [1975]) según la cual hay que balancear los siguientes factores: el interés privado en juego, el efecto sobre los intereses gubernamentales en el caso en que cada salvaguardia o garantía procesal fuera otorgada, el valor de la garantía y el riesgo de una privación arbitraria de la libertad del interesado, en el caso en que la garantía no fuese otorgada.

Habiendo bosquejado los lineamientos generales de la aplicación de la Catorceava Enmienda al ámbito de la ejecución penal, me referiré especialmente a los requisitos constitucionales que rodean la aplicación de algunas sanciones disciplinarias.

En el caso de "Wolff vs. McDonnell" (418 U.S. 539 [1974]) la Corte Suprema abordó el tema, circunscribiéndolo a los procedimientos resultantes en la pérdida del tiempo ganado por buena conducta y extendiendo sus conclusiones en una nota al caso de encierro en un calabozo o celda de castigo. La Corte afirmó que estos dos tipos de sanciones debían estar precedidos por ciertas garantías procesales para no ser violatorias de la catorceava enmienda aunque dichas garantías eran menores que las acordadas durante el proceso penal.

La lista de garantías enunciadas por la Corte es la siguiente: primero, notificación escrita de la infracción disciplinaria por lo menos veinticuatro horas antes de la audiencia disciplinaria; segundo, derecho a ofrecer testigos y prueba documental, excepto cuando el ejercicio de tal derecho pudiera afectar la seguridad de la institución o sus objetivos penológicos (por ejemplo, cuando la declaración de ciertos testigos pudiera dar lugar a represalias contra los mismos o debilitara la autoridad del testigo dentro de la institución); tercero, el derecho a ser asistido en la preparación y presentación de la defensa. Este derecho está limitado a internos analfabetos, pero ha sido extendido por la jurisprudencia de los tribunales federales a enfermos mentales o extranjeros que no puedan

expresarse en inglés. No se trata de un derecho a asistencia letrada sino a la ayuda de otro interno capaz de prestarla o bien a la ayuda proveniente del personal penitenciario; cuarto, derecho a recibir una declaración detallando las pruebas en que se basará la autoridad disciplinaria para sancionar y expresando los fundamentos de la sanción impuesta; quinto, que la sanción disciplinaria sea impuesta por un órgano decisorio suficientemente imparcial. Se considera en general que el tribunal disciplinario puede estar integrado por funcionarios penitenciarios empleados por la misma institución donde se produjo la infracción, siempre que no se tratase de los oficiales que investigaron o denunciaron la infracción. A diferencia de los procesos penales, en los procesos disciplinarios los internos no tienen derecho a carear testigos adversos o a repreguntarlos, por temor de incrementar la tensión existente en los establecimientos penitenciarios, la cual podría resultar en situaciones violentas.

TRASLADOS

Los presos no solamente están sujetos a los avatares de sanciones disciplinarias, sino también a una serie de decisiones administrativas que tienen mucho peso sobre su vida. Una típica medida a veces muy gravosa aunque no necesariamente disciplinaria, es el traslado a otro establecimiento donde el interno goce de menos privilegios, o que puedan significar la pérdida de un empleo dentro de la institución, o donde las condiciones de la privación de libertad fueran en general más gravosas.

Estas medidas, aunque no disciplinarias, pueden llegar a vulnerar el derecho constitucional al debido proceso legal, siempre que hubiere una ley o reglamento estadual que crease una expectativa que pueda caracterizarse como un interés jurídico en la "libertad" protegido por la Catorceava Enmienda.

En "Meachum vs. Fano" (427 U.S. 215 [1976]) la Suprema Corte decidió que el traslado de un preso de una prisión a otra no involucra ni afecta ningún interés constitucionalmente protegido.

Tal protección rige durante el proceso penal pero una vez dictada la sentencia condenatoria a pena privativa de libertad ella incluye la posibilidad de que el preso sea internado o

trasladado a cualquier establecimiento que determinen las autoridades penitenciarias y también cualquier traslado dentro de la misma institución penal. Cuando el traslado interno es a una unidad de aislamiento bajo condiciones más gravosas que las existentes dentro de la población penitenciaria general, algunas mínimas garantías procesales son pertinentes, si una ley o reglamento penitenciario las impusieren. En "Hewitt vs. Helms" (459 U.S. 460 [1983]) la Corte Suprema decidió acerca de un caso en que un preso había sido sacado de su celda y colocado en una zona más restrictiva del establecimiento como consecuencia de una reyerta, pero sin haber sido encontrado culpable de ninguna infracción disciplinaria. La Corte decidió que el proceso legal debido en estos casos era una audiencia informal, no contenciosa, en la cual se debían examinar los antecedentes para decidir si el interno constituía una amenaza a la seguridad y debía por lo tanto ser trasladado a la unidad restrictiva. Su único derecho consistía en ser notificado de los cargos existentes en su contra y de presentar sus puntos de vista en la audiencia informal.

Aun cuando los traslados por razones disciplinarias son generalmente permitidos sin las garantías del debido proceso, varios tribunales han invalidado traslados utilizados sea como represalia o bien para castigar el ejercicio de derechos constitucionales (por ejemplo, haber criticado a las autoridades penitenciarias cuando tal crítica está protegida por la Primera Enmienda de la Constitución referente a libertad de expresión).

A diferencia del traslado penitenciario, el traslado de un establecimiento penitenciario a un manicomio, debe estar rodeado de garantías procesales especiales para no ser violatorio de la Constitución. Dado el estigma resultante de este tipo de traslados, los tratamientos a que está sujeto el enfermo mental y el riesgo de una prolongación indeterminada del encierro, hace que no se considere como previsto en la condena privativa de libertad. Las garantías en estos casos son: notificación por escrito de que el traslado está bajo consideración; fijación de una audiencia con suficiente tiempo de antelación como para que el interno pueda prepararse, oportunidad para que el interno ofrezca testigos para la audiencia y que repregunte a los del Estado; cuando ello fuera posible, un órgano decisorio independiente, una constancia escrita para el preso, en la que se mencione la prueba en que se basa la decisión del traslado, y explicación al preso de todos sus derechos procesales.

IGUALDAD ANTE LA LEY

En las cárceles estadounidenses existen enormes conflictos raciales. Las tensiones normales se ven exacerbadas por las frustraciones, hacinamiento y resentimiento que prevalecen en las prisiones.

En "Washington vs. Lee", 263 F. Supp. 327 (D.C. Ala. 1966) un tribunal federal consideró que la separación de los presos por raza era violatoria del derecho de igualdad ante la ley, salvo para situaciones excepcionales en que tal segregación podría justificarse por un período limitado de tiempo para mantener la seguridad de la institución. La Suprema Corte confirmó la sentencia pero en general los tribunales inferiores se han mostrado reacios en justificar la segregación racial, aun en situaciones de potencial violencia.

También las mujeres han demandado a instituciones alegando que la falta de paridad en el tratamiento con respecto a las cárceles para hombres, constituía una violación del derecho de igualdad ante la ley. En dichas demandas adujeron que las oportunidades de trabajo y educación eran menores en las instituciones para mujeres. La mayoría de las decisiones requieren paridad de tratamiento ("McCoy vs. Nevada Department of Prisons", 776 F. Supp. 521 [D. Nev. 1991]). Paridad de tratamiento no significa tratamiento idéntico sino sustancialmente equivalente ("Glover vs. Johnson", 478 F. Supp. 1075 [D.C. Mich. 1979]). Por ejemplo, los presos hombres no pueden ser adiestrados, instruidos para trabajos bien remunerados, mientras que las mujeres solamente para tareas muy humildes. Si esta equivalencia sustancial no es lograda, el gobierno tiene la carga de probar que las diferencias responden a la necesidad de lograr importantes objetivos gubernamentales ("Pitts vs. Tornbough" 866 F2d. 1450 [DC Cir. 1989]). De lo contrario se considerará violado el derecho de igualdad ante la ley.

PRIVACIDAD

La Cuarta Enmienda a la Constitución protege a las personas, hogares, papeles y efectos privados contra allanamientos o requisas y secuestros injustificados o irrazonables.

En 1984, en una decisión de cinco votos contra cuatro airadas disidencias la Corte Suprema negó el derecho a privacidad dentro de las celdas ("Hudson vs. Palmer", 468 U.S. 517 [1984]). Se basó para ello en la noción jurídica de allanamiento elaborada por la Corte Suprema en "Katz vs. United States" (389 U.S. 347 [1967]). De acuerdo con dicha jurisprudencia existe allanamiento cuando se viola una expectativa de privacidad considerada legítima o razonable o más bien, dijo textualmente la Corte, una expectativa que la sociedad esté dispuesta a reconocer como razonable. En el caso de las cárceles el voto de la mayoría afirmó que no existía tal expectativa de privacidad, puesto que el personal penitenciario tiene que tener un acceso incondicional y amplio dentro de las celdas, para localizar armas, drogas, u otros objetos de contrabando, para prevenir fugas y para mantener la higiene.

Si bien es cierto que muchas requisas y secuestros se justifican, la Corte Suprema cometió el error de ignorar aquellas que sólo persiguen fines de hostigamiento o vejamen.

Precisamente el caso que dio lugar a la decisión constitucional tan criticada se trataba de una requisita eminentemente injustificada.

Al negar a los presos todo derecho a la privacidad en sus celdas, la Corte Suprema de los Estados Unidos les negó su dignidad humana; como afirmara en su disidencia el ministro Stevens, el pequeño residuo de privacidad que mantienen los presos marca la diferencia entre la esclavitud y la decencia humana. El valor de cartas personales, fotografías, recuerdos, o una biblia se magnifican en las cárceles y permiten mantener al preso en contacto con aspectos de su existencia ligados a su futura readaptación social.

En el caso *Hudson vs. Palmer* la Suprema Corte no solamente convalidó la requisita, sino también la destrucción de la propiedad del interno. Quiero agregar que en ciertos casos tal destrucción puede violar la Octava Enmienda que prohíbe los castigos crueles e inusuales, cuando por ejemplo se destruyen los anteojos indispensables para la visión del preso, o violar la enmienda primera, cuando por ejemplo la destrucción de una biblia significa una violación de la libertad religiosa.

La Corte ha reconocido un residuo de derecho a la privacidad con relación al cuerpo de los presos. En "Bell vs. Wolfish" (441 U.S. 520 [1979]), la Corte autorizó las inspecciones

visuales de las cavidades corporales después de las visitas aun cuando no existiesen razones especiales para sospechar una tentativa de contrabandear drogas u objetos prohibidos dentro de la institución. Sin embargo, la Corte reconoció que estas inspecciones se prestaban a abusos y que debían ser ejecutadas razonablemente. Su razonabilidad está determinada por un balanceo entre la necesidad de la inspección y la invasión del derecho a la privacidad.

Además de la protección a la privacidad ofrecida por la enmienda cuarta en materia de requisas y secuestros, la Suprema Corte ha reconocido la existencia de un derecho general a la privacidad dentro de la Constitución, derivado de varias cláusulas de la misma.

Muchos de los litigios en este campo giran alrededor de la vigilancia o inspección corporal de presos por empleados penitenciarios del sexo contrario, especialmente cuando se están duchando, vistiendo, durmiendo, o usando el retrete. Los tribunales se han visto frente a la difícil tarea de conciliar el derecho a la privacidad con el interés del personal penitenciario a tener igualdad de oportunidades en el empleo; y el interés de la institución en mantener la seguridad.

Dado que se trata de una casuística muy profusa, me limitaré a decir que la tendencia general de la jurisprudencia es sacrificar el interés a la privacidad en aras del interés en la igualdad frente al empleo y de minimizar la importancia de la intrusión en la esfera íntima, aprobando las intrusiones de la privacidad de los presos por el personal penitenciario de sexo opuesto. Esto es más patente en los casos de palpación y vigilancia visual de las celdas, salas de estar y baños. Se considera que si tales tareas son realizadas en forma profesional, la intrusión a la privacidad es mínima, con limitaciones similares a las de los profesionales de la salud de sexo opuesto.

La tendencia general es extender la autorización a personal penitenciario del sexo opuesto a realizar tareas que puedan significar intromisiones en la esfera privada de los presos. Algunos tribunales excluyen los casos en que los exámenes requieran que el preso se desnude. Otros tribunales han puesto más restricciones en los casos en que el sujeto inspeccionado es del sexo femenino.

EL DERECHO DE ACCESO A LOS TRIBUNALES

Este derecho tiene muchas dimensiones: derecho a asistencia letrada, sea de abogados, de estudiantes de Derecho, procuradores o de presos conocedores de la ley; el derecho a libros jurídicos y otros materiales necesarios para litigar; el derecho a obtener transcripciones del expediente, papel, utensilios para escribir, máquinas de escribir; derecho al franqueo gratis de correspondencia, y un derecho limitado a la presencia física en tribunales durante el juicio, siempre que la misma tenga un sentido práctico.

Ninguno de los derechos de los presos tiene valor sin el derecho básico de hacerlos valer ante los tribunales. El derecho de acceso a las cortes de justicia está basado en el derecho general al debido proceso legal.

El vehículo básico que poseen los presos para hacer valer sus derechos constitucionales ante las Cortes de Justicia es la acción basada en el capítulo 42 del Código federal, sección 1983, es decir, la acción por violación de derechos civiles. Además los presos tienen acceso a los tribunales por otras razones, como por ejemplo para plantear recursos de hábeas corpus contra sus condenas penales, iniciar juicios de divorcio o de daños y perjuicios.

Los alcances del derecho de los presos a acceder a los tribunales han sido establecidos gradualmente a través de la Corte Suprema. En "Hull", ex parte (312 U.S. 546 [1941]), el alto tribunal decidió que son solamente los jueces y no los funcionarios penitenciarios quienes pueden determinar si los requisitos formales y sustanciales de las demandas han sido satisfechos.

En "Wolff vs. Mc Donell" (418 U.S. 539 [1974]), la Corte Suprema permitió la apertura de la correspondencia enviada a los presos por sus abogados para determinar la existencia de objetos ilegales o contrabando, siempre que dicha apertura procediera en presencia del interno. La correspondencia no puede en principio ser leída por el funcionario interviniente, salvo que existiese una causa fundada que permitiera inferir una amenaza cierta a la seguridad del establecimiento.

En "Johnson vs. Avery" (393 U.S. 483 [1969]) la Corte Suprema declaró inconstitucional un decreto que prohibía el patrocinio legal de presos por otros presos avezados en el co-

nacimiento de las leyes y procedimientos judiciales (*Jail-house Lawyers*).

En "Procanier vs. Martínez" (416 U.S. 396 [1974]), la Corte Suprema decidió que el interés en la seguridad institucional no era suficiente para fundar una prohibición general de entrevistas de presos con estudiantes de Derecho o procuradores, enviados por los abogados para hacer firmar escritas u obtener informaciones conducentes a un mejor patrocinio letrado.

Por último, en "Bounds vs. Smith" (430 U.S. 817 [1977]), la Corte decidió que los internos debían tener acceso a bibliotecas jurídicas adecuadas o bien ser asistidos por personas versadas en leyes.

En definitiva, la Constitución impone ciertas obligaciones positivas a los Estados que dan sentido práctico al derecho de los presos de tener acceso a los tribunales.

MECANISMOS PROCESALES CON LOS QUE LOS PRESOS HACEN VALER SUS DERECHOS FRENTE A LOS TRIBUNALES ESTADOUNIDENSES

El vehículo fundamental es la Ley Federal de Derechos Civiles incorporada al Código federal como capítulo 42 sección 1983.

Dicha ley establece básicamente que cualquier persona que invocando leyes, ordenanzas, reglamentos, usos o costumbres de cualquier Estado o territorio, o bajo la apariencia de autoridad conferida por las mismas, sometiera a otra persona a la privación de cualquier derecho, privilegio o inmunidad garantizado por la Constitución y leyes de la nación, será responsable a la parte dañada por daños y perjuicios, y deberá acatar órdenes judiciales. Las mismas pueden imponer obligaciones de hacer, ordenar la abstención de ciertas conductas, o bien contener prohibiciones de innovar o la imposición de otras medidas.

Los demandados pueden ser personas físicas o municipalidades. Los Estados no pueden ser demandados en virtud de la inmunidad que les confiere la enésima enmienda de la Constitución. Los funcionarios estatales no pueden ser demandados en su carácter oficial con el fin de obtener una

indemnización pecuniaria que, a la postre, tendría que ser pagada por el Tesoro oficial, dada la mencionada inmunidad de los Estados. Por el contrario, dichos funcionarios o empleados pueden ser demandados en su carácter oficial en juicios que persigan una sentencia imponiendo una obligación de hacer o de no hacer (*injunctives*). Este tipo de acciones no son estrictamente consideradas contra el Estado, aun cuando impongan obligaciones de hacer que, al final, deben ser financiadas con dinero del Estado.

Las demandas basadas en la sección 1983 de la mencionada ley federal también pueden ser entabladas contra los miembros del personal penitenciario en su carácter personal.

La persona demandada debe haber actuado bajo el manto de la autoridad oficial, bajo una apariencia de legalidad. Por supuesto no es necesario que la ley estadual autorice al funcionario a incurrir en conductas inconstitucionales, basta la apariencia de legalidad.

En los últimos años los gobiernos estatales han utilizado, de más en más, contratistas privados para operar ciertos aspectos de las instituciones penitenciarias, tales como asistencia médica y comida. Sobre esto quiero hacer un paréntesis para indicar que el sistema penitenciario en los Estados Unidos es una empresa estatal que absorbe muchos billones de dólares.

En muchos Estados las instituciones estatales cuentan con el sector privado para una serie de servicios y programas dentro de la prisión y pospenitenciarios. Contratan con el sector privado para la provisión de comida, servicios médicos, mantenimiento, seguridad, educación, y programas industriales. La provisión de comida es un negocio que supera el billón anual, y es considerada como la rama de la industria alimenticia de crecimiento más rápido.

En cuanto a las prisiones privadas, éstas empezaron en forma esporádica a fines de la década del '70. A mediados de 1992 había dieciocho sociedades, tales como *Corrections Corporation of America* o *Wackenhut Corrections Corporation*, administrando sesenta instituciones que totalizaban veinte mil camas en diecisiete estados.

Volviendo a los contratistas, la Corte Suprema en "West vs. Atkins" (487 U.S. 42 [1988]), decidió que los mismos actúan bajo la apariencia de la autoridad estatal y que pueden

ser demandados en acciones basadas en la sección 1983. En el caso se trataba de un médico que trabajaba en la prisión estatal dos veces por semana.

Las municipalidades, a diferencia de los Estados, pueden ser demandadas en base a la sección 1983. Según los principios generales que rigen la responsabilidad por actos ilícitos en el derecho común estadounidense, las entidades colectivas en cuanto empleadores, responden por el hecho de sus empleados de acuerdo con el principio *respondent superior*. Sin embargo, en el caso de las municipalidades, la Corte Suprema decidió que no se aplican las normas generales sobre responsabilidad por el hecho del empleado en el caso de acciones basadas en la sección 1983. La municipalidad es responsable únicamente cuando la violación constitucional hubiese sido generada por una política o costumbre municipal y que tal política o costumbre hubiese sido la fuerza motivante de la violación.

Dentro del sistema de honorarios profesionales, que es distinto del argentino, la ley federal introduce una modificación para incentivar a los abogados que deseen patrocinar a los demandantes, en acciones basadas en la sección 1983. La parte ganadora puede cobrar honorarios profesionales razonables. En general solamente se regulan honorarios para el demandante salvo en casos muy excepcionales. Aunque la ley dice textualmente que es la parte ganadora la que tendrá derecho a honorarios, dado el propósito de atraer abogados a que patrocinen a los demandantes en materia de violación de derechos civiles, los demandados por regla no pueden reclamar honorarios.

SITUACIÓN ACTUAL

Durante tres décadas los litigios llamados en Estados Unidos de interés público, en los cuales los abogados demandantes representan a varios grupos sociales particularmente venerables, lograron cambios trascendentales en la distribución de recursos públicos y en la calidad de vida de las instituciones públicas.

Actualmente, en consonancia con un clima político crecientemente conservador, las Cortes federales se muestran

más remisas a intervenir para proteger los derechos constitucionales de los ciudadanos frente a las incursiones del gobierno. Por otra parte, las fundaciones privadas y los entes gubernamentales que proveían de fondos a los estudios jurídicos dedicados a pleitear causas de interés público, han disminuido considerablemente su ayuda financiera.

Sin embargo, esto no significa que los tribunales hayan claudicado en su función de protectores de los derechos constitucionales de los presos, o que hayan abandonado totalmente las prisiones a manos de sus administradores. Aunque existe una mayor deferencia hacia la autoridad penitenciaria y los jueces se muestran un tanto más reacios a intervenir, aún continúan contribuyendo al mantenimiento de niveles constitucionales aceptables en las cárceles y prisiones de la nación. En enero de 1983, cuarenta Estados, más el distrito de Columbia, Puerto Rico, y las Islas Vírgenes, estaban bajo órdenes judiciales destinadas a reducir la superpoblación carcelaria y eliminar condiciones inconstitucionales de privación de libertad.

Hoy en día todas las partes interesadas, abogados, profesores, fundaciones y entidades de bien público que financian este tipo de litigios, se preguntan cuál debe ser el rol adecuado de los tribunales en el futuro en cuanto a herramienta de reforma social: hasta qué punto deben ser reemplazados por otros medios tal vez más efectivos, como, por ejemplo, la acción política abierta, el *lobbying*, las negociaciones informales o la educación pública.

Como consecuencia de estas dudas, una serie de libros y artículos han realizado balances acerca de los resultados de los pleitos de interés público o social en general, y también, en particular, de aquéllos relacionados con los derechos de los presos. Dado que los cambios penitenciarios son el resultado de una multitud de factores, resulta difícil evaluar el impacto de los litigios sobre las instituciones penales. En general, los estudios científicos concluyen que este tipo de pleitos han tenido un efecto significativo y positivo sobre el panorama penitenciario. Dichos estudios concuerdan también, en general, en que los mencionados pleitos han contribuido a una mejor comprensión de los criterios constitucionales que gobiernan las instituciones penales. Los litigios han creado una nueva sensibilidad a los problemas penitenciarios. Los mismos han contribuido también a la profesionalización de los

responsables de la conducción y planeamiento de las instituciones penales. Es así que los nombramientos motivados por razones puramente políticas han sido reemplazados por otros basados en elevados criterios de idoneidad profesional. Tales nombramientos procuran evitar futuros pleitos e intervenciones judiciales, y mantener las instituciones dentro de ciertos parámetros constitucionalmente aceptables.

Por las mismas razones los litigios promovidos por presos han contribuido a la centralización de las actividades penitenciarias y a la formalización del proceso decisorio, canalizado a través de normas escritas que regulan minuciosamente la función penitenciaria.

Los litigios han llevado a una mayor visibilidad de las penas privativas de libertad como resultado del minucioso control y observación efectuado por abogados, entidades públicas y jueces. También conyugaron a una evidente mejora en las condiciones en los establecimientos y en las prácticas penitenciarias, precisamente en aquellos Estados en que los abusos eran más notables.

Por último quiero señalar que el rol de los tribunales continúa siendo esencial para el mantenimiento de los progresos obtenidos en el campo penitenciario.

La actual tendencia de las legislaturas estatales demuestra que no se puede contar con ellas para desarrollar una política penitenciaria racional.

Estas tendencias inquietantes, que ignoran olímpicamente tanto las verdades del Iluminismo como las de la criminología científica, proclaman que aumentando el rigor de la ejecución de las penas va a disminuir el delito.

En el estado de Mississippi, por ejemplo, la vergonzosa "conquista" del año pasado ha sido la de despojar a los presos de sus televisores, prohibir el aire acondicionado y el levantamiento de pesas y reintroducir los uniformes a rayas con la palabra "penado" en la espalda. La necesidad de una actitud vigilante para mantener la vigencia de los derechos humanos fundamentales de los presos a través de la acción judicial es ahora más importante que nunca en los Estados Unidos.

LECCIONES

DERECHO E IDEOLOGÍA

HORACIO G. A. CORTI

I. INTRODUCCIÓN

En un trabajo reciente sostuvimos la necesidad de abandonar una visión uniformadora de la práctica jurídica y, por ende, de aprehender a ésta de manera diferenciada¹. Entendimos la diferenciación como coexistencia (de una manera aún no esclarecida) de diversos mecanismos sometidos a lógicas y formas de funcionamiento que merecen ser distinguidas. Si bien la práctica jurídica se vertebra alrededor de un problema básico que la caracteriza (el problema del orden social), este problema se encuentra facetado y diferenciado. Es decir, el orden jurídico se dice de varias maneras. O también: el orden es un complejo entramado de órdenes. Ya no se trata de lidiar con la textura abierta del lenguaje jurídico, sino de recorrer la embrollada textura de la práctica jurídica.

La dirección positivista centró su atención sólo en un aspecto de la práctica jurídica. A tal aspecto lo denominamos segmento normativo. También pusimos de manifiesto la importancia de otro segmento, al que denominamos nomológico, e intentamos argumentar en favor de la preeminencia lógica de éste (nomológico) sobre aquél (normativo). En ese sentido nuestro análisis se detuvo, fundamentalmente, en dilucidar las peculiaridades de la categoría civil de sujeto de Derecho y

¹ Ver Corti, Horacio G., "El orden jurídico-estatal: un análisis crítico", J.A., ms. 5968, 17-196.

su correlación con el referente corporal, con el proceso simbólico (y disciplinario) de individualización y con la representación imaginaria de la persona.

En esa línea de investigación consideramos que los segmentos nomológico y normativo de ninguna manera agotan el ámbito diferenciado de la práctica jurídica. Señalamos, en su momento, la pertinencia de distinguir tres tipos más de mecanismos básicos y que denominamos, de manera provisoria, segmentos ideológico, argumentativo y burocrático. Con este artículo comenzaremos a delinear los trazos gruesos que caracterizarían al segmento ideológico de la práctica jurídica. Tarea ésta que, como en todos los casos hemos señalado, es tentativa y exploratoria.

Es de notar, al respecto, que la identificación completa entre Derecho e ideología ha sido uno de los vectores del análisis jurídico de corte marxista. Ese carácter completo de identificación implica un reduccionismo del mismo tipo que el puesto en juego por la dirección positivista que animó al programa de la teoría pura. En un caso, todo el Derecho se iguala a sus mecanismos normativos. En el otro, se iguala totalmente a su segmento ideológico. Uno estaría tentado a afirmar que cada segmento jurídico diferenciado implicó (de alguna manera que requiere su debida explicación) una conceptualización que hizo de ese segmento la "esencia" misma del Derecho, el rasgo definitorio decisivo y sustancial. Dicho con brevedad: a cada segmento su reducción. Tendríamos, así, una probable reducción estructuralista (los mecanismos nomológicos como esencia), una reducción positivista (los mecanismos normativos como esencia), una reducción procesal (los mecanismos argumentativos como esencia) y una reducción marxista (los mecanismos ideológicos como esencia del Derecho). La dirección aquí propuesta (orientada al desarrollo de una *teoría crítica del Derecho*) pretende reconocer la especificidad de los mecanismos, pero sin que ello derive en desconocer el foco central de la práctica jurídica: el problema del orden social.

II. UNA PRIMERA ESPECIFICACIÓN CONCEPTUAL

El concepto de ideología tiene, por cierto, una larga y confusa historia, ante la cual muchos autores han decidido

rechazarlo por completo². Sin embargo, considero fructífero mantener el término, pero entendiéndolo como un polo de condensación de significaciones diversas. Ese cúmulo de significaciones está puesto de manifiesto en un reciente trabajo de Mari³, donde se distingue un "dispositivo del poder" en el cual convergen el "discurso del orden" y el "imaginario social". Este último es condición de reproducción del "discurso del orden" y, el "dispositivo del poder" en cuanto tal, es condición de reproducción de las formas económicas de vida (infraestructura económica). En fin, el "discurso del poder" y el "imaginario social" hacen que la fuerza, elemento constitutivo del poder, pueda perpetuarse y hacerse operativo. Ante este marco general hay que avanzar con cautela. Tal como enunciamos en el trabajo citado al comienzo, partimos de la consideración del Derecho como una práctica cuyo problema es el orden. Esto hace que el término básico sea el de *práctico* y no el de *discurso*. En todo caso, será en el interior de la práctica jurídica donde podremos distinguir entre discurso (o texto jurídico) y aparatos (estatales). La idea que sostenemos aquí es que los rasgos que se señalan en términos de "discurso del orden" e "imaginario social" son todos (o al menos su mayoría) rasgos del segmento específicamente ideológico y que contribuyen (a la par que otros segmentos) a la construcción práctica del orden jurídico-social. De ahí que las referencias al "orden" las consideremos afectando al "orden" en cuanto problema nodal de la práctica jurídica. Un análisis más fino, luego, podrá distinguir qué es lo ideológico del texto jurídico y qué es lo ideológico de los aparatos estatales⁴.

² Ver Debeuze, Gillis - Guattari, Félix, *Mil Mesetas. Capitalismo y Esquizofrenia II*, Pre-textos, Valencia, 1988.

³ Ver Mari, Enrique, "Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden", ensayo incluido en la obra colectiva *Derecho y Psicoanálisis. Teoría de las Ficciones y Función Dogmática*, Hasbette, Buenos Aires, 1987, ps. 57/68.

⁴ Lo que aquí está en juego son los dos tipos de diferenciación de la práctica jurídica. La diferenciación horizontal por segmentación (necesariamente nomológicas, normativas, ideológicas, etc.) y la diferenciación vertical entre texto jurídico y aparatos estatales. Dado que lo que ahora tratamos de dilucidar es la especificidad misma de un segmento (el ideológico) dejamos en suspenso estas cuestiones que presuponen un mayor avance de la investigación. En defensa de la postura aquí tomada puede señalarse que en el trabajo de Mari tomado como referencia el adjetivo "ideológico" afecta tanto a caracteres del "discurso del orden" como a caracteres del "imaginario social".

Los rasgos semánticos que nos servirán como guía, u hoja de ruta, para orientarnos en la selva impenetrable de los problemas ideológicos, son los siguientes: 1) *legitimación del orden*: "La historia del reparto del poder y su correlación con la social con jerarquías desiguales ha sido secularmente acompañada por un dispositivo de legitimación y sostén no exento de complejidad y doble vertiente"; 2) *conversión de lo contingente en necesario (o natural)*: "Convergen en este dispositivo, por un lado, la construcción de un discurso del orden que asigna al resultado y producto social en una dada relación de fuerzas, una propiedad natural o divina: la de ser un orden necesario 'para el provecho del mundo' aunque se trate, en verdad, de un cierto orden, o sea, orden impuesto 'para el propio' provecho del clan, la tribu o el pueblo vencedor, determinada comunidad o la clase privilegiada"; 3) *montajes mitológicos y de ficciones*: "Integra este dispositivo, por otro lado, la inserción del discurso del orden en montajes de ficción, soportes mitológicos y prácticas extradiscursivas como ceremonias, banderas, rituales, cánticos e himnos, distribución de espacios, rangos y prestigios, etiquetas, y otras de no menos variado tipo como heráldicas, diplomas, tatuajes, marcas, apelaciones a los ancestros, tumbas, símbolos funerarios, manejos de ruidos y silencios, escenas que ponen al hombre en relación con la solemnización de la palabra"; 4) *condición de reproducción del orden*: "Todas estas prácticas de sollicitación y manipuleo del psiquismo humano pueden identificarse bajo el rótulo de imaginario social, en el que se hacen materialmente posibles las condiciones de reproducción del discurso del orden"; 5) *conversión de la fuerza en poder transmisible*: "En el interior del dispositivo del poder, el discurso del orden y el imaginario social reactualizan la fuerza y la transforman verdaderamente en poder, haciéndolo constante y socialmente transmisible"; 6) *función de cohesión social*: "Este cambio no es de grado sino de cualificación, con él el poder se hace operativo para la cohesión del grupo o la sociedad"; 7) *construcción de la garantía y del fundamento último*: "El discurso del orden es el lugar de la razón. Perteneció al ámbito de la teoría y las representaciones racionales. En ese lugar, doctores del Derecho, prudentes, juristas (esos profesores de racionalidad), intérpretes y glosadores hacen su obra. Buena parte de ese dominio lo satisfacen también la moral, la filosofía política y la religión, aisladamente o en conjunción

con el segmento jurídico del discurso del orden al que suministran los últimos fundamentos, los referentes trascendentes divinos o seculares, y las ficciones del reino vaihingeriano del *como si*"; 8) *justificación del orden*: "El espacio de la ley es espacio de razón. La ley es fuerza-razón en un doble sentido: en cuanto al tipo formal de las estructuras lógicas que comunican la fuerza, y razón en cuanto en ella y a través de ella se producen las operaciones ideológicas de justificación del poder"; 9) *movilización de las creencias*: "Ahora bien, el dispositivo del poder exige como condición de funcionamiento y reproducción que la fuerza y el discurso del orden legitimante, estén insertos en una estructura de movilización de creencias discursivas y extradiscursivas"; 10) *captura del referente corporal*: "En este dispositivo ideológico la función del imaginario es, en realidad, la de fundir y cincelar la llave de los cuerpos para el acceso a la ley"; 11) *motivación de conductas*: "Son rituales ligados a estimular y promover comportamientos de agresión y seducción"; 12) *estetización del orden*: "Las formas del imaginario social decoran el poder en el sentido de que lo embellecen y cubren de ornamentos"; 13) *ocultamiento de la violencia*: "Como en las novelas de Tolstói, para llegar a ser *comme il faut*, los caballeros estaban condicionados a ocultar las molestias que ocasionaba el conseguirlo, también el imaginario social crea un régimen de buenas maneras y educación que permite al poder ocultar las molestias (las violencias) ocasionadas en conseguirlo"; 14) *conversión de lo particular en universal*: "Este enunciado es, pues, ideológico en el sentido de que la ficción obra por cuenta de otra escena, e ideológico en el sentido de que la legitimación presenta como universales los intereses propios de los beneficiarios del poder".

Esta extensa reseña es de capital importancia pues comprende el conjunto de facetas, rasgos, mecanismos, funciones y aspectos del segmento ideológico de la práctica jurídica. Además se sintetiza allí una serie de filiaciones teóricas diversas que no es difícil reconocer: ideología como construcción *mitológica y estética del fundamento* (Legendre), ideología como *conversión de lo contingente-particular en necesario y universal* (Marx), ideología como *condición de la reproducción* (Althusser y Legendre), ideología como *cohesión social* (Gramsci), ideología como *justificación y naturalización* (Kelsen), ideología como *legitimación* (Habermas), ideología como

juego pragmático (Wittgenstein). En este aspecto se muestra la importancia de la dirección situacional (y de la teoría crítica del Derecho como programa de investigación) en la medida que se convierta en el marco de consistencia de un análisis que pueda receptor aspectos de diversas vías de análisis sin perder su autonomía y rigor en tanto teoría.

A partir de la precedente enumeración, que revela la complicación semántica del término *ideología*, resulta necesario efectuar algunas especificaciones. Esto permitirá fijar algunos polos que organizan el entramado conceptual y que se enmarcan en los ejes generales del análisis: el problema práctico del orden, la cuestión de los referentes y el carácter diferenciado de la práctica jurídica. *Uno*: lo ideológico es una capa de justificación y de legitimación de ese orden. Esto implica, en principio, que los mecanismos ideológicos (ya sea que se caractericen de una u otra manera) son *secundarios* con respecto a otros mecanismos jurídicos. Dadas, por ejemplo, instituciones *nomológicas* o construcciones *normativas*, lo ideológico se adjunta a ellas para justificarlas o legitimarlas. *Dos*: de lo anterior se implica que los mecanismos ideológicos operan a partir de una *lógica transformacional*. Esto significa que mecanismos caracterizados por rasgos del tipo *x* se presentan caracterizados por rasgos de otro tipo *y*. En principio, se pueden detectar tres tipos de transformaciones: a) lo *social* se transforma en *natural*, b) lo *contingente* se transforma en *necesario* y c) lo *particular* se transforma en *universal*. De manera genérica, se transforma una *palabra ordinaria* en una *palabra solemne*. *Tres*: los mecanismos ideológicos se consideran, ya no como secundarios, sino como *condiciones* del orden. Esto significa que la existencia y continuidad, por ejemplo del orden *nomológico* y del orden *normativo*, depende del funcionamiento de los mecanismos ideológicos, es decir, de la construcción de un *orden ideológico*. *Cuatro*: ambos caracteres de lo ideológico (*secundario* y *condición*), así como su *lógica transformacional* de funcionamiento, se vinculan con la construcción de una *garantía* y de un *fundamento* últimos. Esta construcción está caracterizada como *ficcional* y *mitológica* y esto, a su vez, conduce a una presentación estética del orden. Dada la radical inmanencia de la práctica jurídica, cualquier postulación trascendente no es más que una *ficción* al interior mismo de la inmanencia de la práctica. *Cinco*: el funcionamiento del segmento ideológico apunta a los refe-

rentes de los segmentos nomológico y normativo. En ese sentido cabe interpretar expresiones del tipo "cohesión del grupo o la sociedad", "estructura de movilización de creencias" o "fundir y cincelar la llave de los cuerpos para el acceso a la ley", "estimular y promover comportamientos". Esto supone afirmar que las maquinaciones puestas en juego por los otros segmentos son insuficientes para mantener un orden de los referentes (conductas o cuerpos). Seis: el segmento ideológico, a través de los rasgos ya indicados, oculta la violencia que caracteriza a la práctica jurídica: puesta en juego del secreto y del silencio.

Esta breve especificación de polos conceptuales es un índice de las dificultades para encarar un estudio sistemático del segmento ideológico. Nuestro objetivo, claro está, es el de presentar un esquema básico de análisis de los mecanismos ideológicos, y que resulte comprensivo de las diferentes facetas y rasgos puestos anteriormente de manifiesto. Todo ello teniendo en cuenta que se trata de un segmento de la práctica jurídica.

III. EL CASO DE LA TEORÍA PURA DEL DERECHO

Como primera vía de entrada al análisis, considero instructivo señalar el lugar que Kelsen le reserva a la ideología en algunos tramos de la teoría pura del Derecho. A partir de allí podremos enhebrar algunos de los aspectos anteriormente señalados.

Si seguimos con el ejemplo paradigmático del sujeto de Derecho² que iniciamos en "El orden jurídico-estatal...", podemos notar que el análisis de Kelsen se basa en rechazar esta noción como ideológica. Suponer un sujeto previo al Derecho, que este sujeto tenga propiedades esenciales (ser libre o propietario) y que a su vez estas propiedades se traduzcan en derechos consustanciales es, para Kelsen, una formulación típicamente ideológica. Por tal razón una investigación cien-

² Hay muchas vías de entrada para desplegar el análisis kelseniano de la ideología. Otros ejemplos paradigmáticos son el "estado de Derecho", el "derecho de propiedad" y la "norma fundamental".

tífica del Derecho tiene que depurarse de tales categorías. Estas nociones ideológicas tienen la función de justificar o legitimar un cierto estado de cosas. Y como la ciencia del Derecho es un saber libre de prejuicios, esto es, que sólo tiene que describir su objeto, no hay lugar en ella para construcciones justificatorias.

Me parece que este argumento contiene algunas proposiciones admisibles y otras muy problemáticas. Ante todo cabe recordar el análisis ya realizado donde concluimos en la necesidad de considerar al sujeto de Derecho bajo una doble perspectiva de mecanismos, ya sea respecto al referente corporal (segmento nomológico), ya sea respecto de los comportamientos (segmento normativo). Por un lado, el sujeto de Derecho es el modo jurídico básico de individualización-sujeción del referente corporal. Tal es el lugar de una lógica estructural. Pero también, recordemos, es el lugar de incidencia de los mecanismos disciplinarios del poder, cuyo eje es la individualización de las multiplicidades corporales. Por otro lado, dada aquella fijación es posible efectuar atribuciones normativas. Tal es el lugar de una lógica deóntica. En este particular aspecto, el resultado convergente del accionar práctico de ambos segmentos es la constitución del referente corporal en términos de un punto nomológico de imputación normativa. Para seguir con el análisis demos este entramado conceptual como adquirido.

Ante todo, cabe señalar que hay en Kelsen una constatación que aquí no está en controversia, el sujeto de Derecho, entendido como naturalidad previa a la juridicidad, pone en juego un mecanismo ideológico (por ahora y en este contexto ello quiere decir, escuetamente: mecanismo de justificación). Lo que sí está en controversia es cómo posicionarse ante este mecanismo. Kelsen pone todo el énfasis del lado de la teoría. Si la teoría tiene que describir no hay lugar en ella para construcciones cuya función sea no la de conocer sino la de justificar. Esto es algo que, en principio, decidimos no poner en duda. Pero podemos preguntarnos ¿por qué los mecanismos ideológicos hay que considerarlos del lado de la teoría (lo que conduce automáticamente a su rechazo) y no como ingredientes que hacen a la propia práctica jurídica? Si la práctica jurídica incluye, como un segmento diferenciado, mecanismos ideológicos de justificación, ellos no pueden ser ajenos a su descripción por parte de la teoría.

Es de destacar el lugar que ocupa el análisis específico de la ideología en la exposición de la *Reine Rechtslehre*: el párrafo 26 (*La negación del deber: el derecho como ideología*) en el Capítulo III (*Derecho y ciencia*). En este párrafo se exploran varias posibilidades de interpretación de la ideología. "A veces se cuestiona la posibilidad de una ciencia jurídica normativa, es decir, de una ciencia del Derecho que describa el Derecho como un sistema de normas, con el argumento de que el concepto de lo debido, cuya expresión es la norma, carece de sentido, o es un mero simulacro ideológico" (TP, 117). En una nota al pie, correlativa a este párrafo, Kelsen atribuye esta interpretación al marxismo, para quien el Derecho se caracterizaría por ser "una ideología deformante de la realidad según el interés de la clase dominante". Ante este tipo de posiciones la respuesta de Kelsen es clara, ya que es dificultoso (aunque, por cierto, no imposible) obviar la inclusión de mecanismos normativos al interior de la práctica jurídica. Es asimismo dudosa una asimilación directa entre lo normativo y la ilusión-deformación.

En el citado párrafo se tienen en cuenta, además, otras dos vertientes de la ideología que Kelsen designa como el *primer* y el *segundo* sentido de la palabra ideología. El *primer* sentido es el que Kelsen consideraría correcto al referirse al Derecho: "Sólo cuando por 'ideología', en contraposición a la realidad de los hechos existentes; es decir, sólo cuando por ideología se comprende todo aquello que no sea una realidad determinada por una ley causal o una descripción de esa realidad, sólo entonces el Derecho en cuanto norma, es decir, en cuanto sentido de esos actos diferente de los actos reales causalmente determinados, es ideología" (TP, 120). En esta interpretación, lo ideológico del Derecho no es más que el carácter autónomo del sistema social (y del saber sobre ese sistema social) respecto de la naturaleza (y del saber sobre la naturaleza). Esto es coherente con el intento de Kelsen de identificar Derecho, entendido como conjunto de mecanismos normativos, y sociedad. Sólo si hay mecanismos normativos hay sociedad. En este sentido, la práctica jurídica es ideológica en tanto es una práctica específica y determinante de "lo social".

El *segundo* sentido es el de "exposición no objetiva, transfiguradora o desfiguradora de su objeto, influida por juicios de valor subjetivos que ocultan el objeto de conocimiento".

Esto ocurre, por ejemplo, cuando la teoría del Derecho considera a los mecanismos normativos positivos "en relación con un orden 'superior' que expresa la pretensión del ser el Derecho 'ideal', el Derecho 'justo', y que exige que el derecho positivo se le adecue". En este caso se trata, pues, de "justificar o descalificar" un orden existente. Lo ideológico, aquí, es un rasgo de la teoría en tanto ésta "desfigura" y "transfigura" a su objeto, ya sea para atacar, destruir o reemplazar o para conservar o defender. De ahí que Kelsen considere que la teoría pura tiene una función antiideológica, pues elimina explícitamente de su ámbito toda referencia a un Derecho "justo" o "ideal".

Resumamos lo visto. Kelsen considera, en principio, tres versiones de lo ideológico, a saber:

- *Versión A:* ideología en tanto ilusión: el Derecho es en sí mismo y en su totalidad un simulacro ideológico que oculta y justifica una realidad o un interés económico. Kelsen contesta: lo normativo no es una ilusión. Quien sostenga esa posición está construyendo una teoría del Derecho errónea. Al respecto, nuestra posición es la de considerar que la identificación completa entre práctica jurídica y simulacro ideológico (ilusión) es un reduccionismo inaceptable, que infringe el criterio metodológico de considerar al Derecho como una práctica diferenciada (de la que deriva el carácter complejo de la teoría). De ahí, entonces, nuestra pregunta: ¿incluye la práctica jurídica mecanismos específicos y productores de ilusión, de justificación o de ocultamiento?

- *Versión B:* ideología en tanto autonomía del sistema social: el Derecho es en sí mismo y en su totalidad una ideología, al ser la sociedad (entendida como sinónima de orden normativo) una "realidad" no reducible a la naturaleza. Este es, para Kelsen, el uso correcto del término. Sin embargo, la sinonimia entre ideología y sistema social es totalmente superflua. Se incorpora un término innecesario al vocabulario de la teoría, lo cual en vez de clarificar contribuye a aumentar la confusión conceptual. Por ende, podemos aplicar aquí la "navaja de Occam", criterio usual de la metodología lingüístico-analítica, y despreocuparnos de este significado.

- *Versión C:* ideología en tanto desfiguración: la teoría del Derecho, para justificar o criticar, desfigura o transfigura el objeto (el Derecho) sobre el que trata. Esta desfiguración se da cuando se apela a naturalidades (derechos naturales

del sujeto o el sujeto como entidad natural) o trascendencias (lugar último de fundamentación del Derecho). La teoría pura se considera antiideológica al intentar despejar de la teoría todo lo que desfigure a su objeto y al rechazar naturalezas o trascendencias.

Al respecto, parece posible, en principio, separar una teoría descriptivo-constructiva de la práctica jurídica de una "teoría" justificatoria. Digo en principio por varias razones. Las producciones textuales de la dogmática jurídica ponen efectivamente en juego proposiciones justificatorias, directivas, interpretaciones consideradas correctas, etcétera. En la medida en que se considere a la dogmática como interna al funcionamiento de la práctica jurídica se relativiza la aparente y clara distinción entre descripción y justificación. Pero incluso una teoría que se considere a sí misma descriptiva, no implica una prohibición automática de funcionar de manera ideológica, pues en determinados contextos una descripción puede ocupar un lugar en un mecanismo de justificación⁴. Por otra parte, es usual la inserción de fragmentos de teorías descriptivas al interior de argumentaciones judiciales. Un ejemplo de ello puede verse con las citas del propio Kelsen insertas en la sentencia que rechaza los planteos de inconstitucionalidad de la ley 23.521 de obediencia debida (L.L., 20-VIII-87). Asimismo, hay que tener en cuenta que el tipo de teoría del Derecho aquí defendido no sólo es constructivo (afirmativo) sino también crítico. Ello significa que la dilucidación del Derecho, entendido éste como la práctica productora del orden social, está subordinada a la dilucidación de la política entendida como la práctica interruptiva de ese mismo orden social. Y esto implica, como consecuencia, que una teoría no-crítica (como podrían ser las enmarcadas en la dirección positivista) deviene una concepción apologética de lo existente. Es decir, indirectamente justificatoria. En ese sentido, su propia pretensión de ser descriptiva y no justificatoria sería el índice más claro de su carácter ideológico. Pese a todas estas consideraciones, la dilucidación del funcionamiento ideológico de la teoría está subordinado a la dilucidación de los mecanismos ideológicos propios de la práctica jurídica.

⁴ Tal como lo señala Mari "la ciencia jurídica es instrumento de conocimiento y justificación (legitimación del poder) al mismo tiempo".

Ahora bien, si la "exposición transfiguradora o desfiguradora" no califica a la teoría, sí en cambio pueden calificar a específicos mecanismos de la práctica normativa. Pero para realizar tal desplazamiento hay que levantar otra indicación de Kelsen, ya que califica a la exposición transfiguradora como "no objetiva" y, de manera complementaria, a la transfiguración como causada "por juicios subjetivos". Si por un rasgo "objetivo" entendemos un rasgo de la práctica jurídica, es obvio que los mecanismos ideológicos son "objetivos" en ese sentido, y no "subjetivos", siendo entonces la transfiguración en sí misma objetiva. Lo que sucede también con este desplazamiento es que la teoría deja de ser antiideológica, pues aportar hipótesis sobre el carácter ideológico de ciertos mecanismos de la práctica jurídica, no implica de por sí la eliminación de tales mecanismos. Esto no sería más que una postura claramente cientificista, como la de aquel que por denunciar el carácter ideológico de la religión pretendiera haber esclarecido las conciencias y eliminado las religiones.

De este recorrido cabe extraer algunos protocolos de investigación que permiten delimitar la problemática: 1) la práctica jurídica es irreductible *in totum* a lo ideológico (este es el punto de acuerdo con Kelsen); 2) lo ideológico no es una cualidad de la teoría del Derecho y causado por factores subjetivos (éste es un punto de desacuerdo con Kelsen); 3) lo ideológico, entonces, es un mecanismo específico al interior de la práctica jurídica (esto puede verse como una derivación de las dos anteriores proposiciones); 4) estos mecanismos ideológicos tendrían que ver con un espectro de vocabulario que incluya términos (todos señalados por Kelsen) tales como ilusión, desfiguración, transfiguración, ficción, ocultamiento, naturalización, justificación y distorsión. De tal forma, un mecanismo ideológico sería aquel que, para justificar (o legitimar) algún mecanismo jurídico (por ejemplo nomológico y/o normativo), lo transforme (transfigure, desfigure o distorsione) al presentarlo ilusoriamente (ficción) como natural o necesario (es decir como previo al Derecho). Ello implicaría tanto *ocultar* el específico carácter nomológico y/o normativo del mecanismo transfigurado como *cohesionar* a la sociedad civil (conjunto ordenado de los cuerpos) y al sistema social (conjunto ordenado de los comportamientos).

Volvamos, ahora, al ejemplo del sujeto de Derecho con el que iniciamos este trayecto. La construcción del sujeto de De-

recho como entidad sustancial no es un artificio de la teoría y que, por ende, deviene epistemológicamente rechazable. A tal construcción hay que considerarla como una manera ideológica de presentación transfigurada de un instituto jurídico particular. Esto quiere decir que el sujeto de Derecho es un vocablo denso a través del cual se indican tres mecanismos diferenciables, a saber:

- a) el sujeto de Derecho como mecanismo nomológico de individualización-sujeción del referente corporal;
- b) el sujeto de Derecho como designación del conjunto de normas atribuidas al "sujeto de Derecho" entendido en el sentido anterior (designador rígido del referente);
- c) el sujeto de Derecho como modo ideológico (transfigurador, desfigurador, distorsionador) de presentación del "sujeto de Derecho" entendido en los dos sentidos precedentes.

La cautela metodológica aconseja distinguir las denominaciones. Dejamos la expresión *sujeto de Derecho* para referirnos al mecanismo nomológico de individualización. Es en tal segmento nomológico donde usamos las nociones técnicas de sujeto de Derecho, individuo y persona. Cuando, en cambio, queremos resaltar el segundo significado, es más claro utilizar expresiones compuestas: *predicaciones normativas del sujeto de Derecho*. Al distinguir ambos significados podemos enunciar proposiciones del estilo siguiente: el sujeto de Derecho constituye al referente corporal en un centro nomológico de imputación de las predicaciones normativas. En cuanto al tercer significado y siguiendo una tradición asentada podemos utilizar el término *hombre*, el cual nos permite calificar a la ideología jurídica como una ideología humanista. En resumen: la práctica jurídica moderna presenta al sujeto de Derecho no como un centro nomológico de imputación de predicaciones normativas, sino como un hombre a quien se le reconocen derechos y cualidades que le son naturales.

Esta argumentación nos permite efectuar otro deslinde terminológico-conceptual. En las citas realizadas al comienzo de este trabajo hay un uso indistinto de las expresiones "positivo ideológico" e "imaginario social". Cabe preguntarse ¿es lo mismo decir "ideológico" que "imaginario"? Nuestra respuesta es negativa. Si bien esta contestación exigiría una fundamentación minuciosa, podemos avanzar lo siguiente. Hemos sostenido que "lo imaginario" apunta a la transformación del

individuo (referente corporal individualizado a través del sujeto de Derecho) en persona. Ello se obtiene mediante la atribución de un conjunto de propiedades inherentes (que denominamos internas, de apariencia y epistémica) al referente corporal ya sujetado. Ese conjunto de propiedades conforman la voluntad y permiten considerar a los sujetos diferenciados como semejantes. Son diferenciados al constituirse simbólicamente en términos de una lógica estructural (los atributos de la personalidad en tanto rasgos diacríticos u opositivos). Y son semejantes al identificarse en rasgos (interioridad, imagen visible y saber completo) comunes o propiedades. Todo esto sucede al interior del segmento nomológico. Allí ubicamos a la estructura social que presenta (y constituye) a los cuerpos (cuyo conjunto conforma la sociedad civil) y a la representación imaginaria de los mismos, vía asignación de propiedades inherentes (voluntad). De esta manera, tales mecanismos constituyen el referente corporal en un punto nomológico de imputación normativa. Si seguimos el argumento, se advierte que el mecanismo ideológico puesto en juego por la práctica jurídica consiste en producir una transfiguración por medio de una naturalización que torna superfluos a cada uno de los mecanismos señalados. ¿Qué quiere decir esto? Lo siguiente: la unidad e identidad simbólica, las propiedades imaginarias y las predicaciones normativas estarían todas dadas en la ficción ideológica del hombre, serían caracteres pre-jurídicos (o sea: naturales) y a los que sólo cabría reconocer. Esto es: bastaría con derivar un conjunto de rasgos que ya están analíticamente contenidos en la noción natural y primigenia de "hombre". Atributos (simbólicos o estructurales), propiedades (imaginarias o representativas) y predicaciones (normativas o deónticas) pasan a ser, gracias a la incidencia de la transformación ideológica, rasgos naturales, necesarios, universales y, en fin, pre-jurídicos, de la noción ficticia de hombre. De tal forma vemos cómo una misma "categoría jurídica" es el punto complejo de intersección de un conjunto diferenciado de mecanismos. En el caso del sujeto de Derecho, tendríamos que analizar las construcciones nomológicas (el problema de la fijación simbólica del referente corporal, su representación imaginaria), las construcciones normativas (la convergencia de las predicaciones deónticas) y las construcciones ideológicas (la presentación transfigurada de las construcciones nomológicas y normativas). Cada aspecto o momento requiere

un estudio detallado y específico, donde sería apresurado y abusivo decir de antemano que uno de ellos es el "esencial" para el Derecho.

En esta perspectiva no cabe tratar como sinónimos a los términos "imaginario" e "ideología", pues esta última transforma (entre otras cosas) a las propiedades imaginarias en rasgos naturales. Esta transformación levanta la cláusula antimetafísica, señalada por Salvat, en cuanto al carácter práctico de las disposiciones del Código Civil. Por ende, si lo que identificamos es "ideología" con "metafísica", será la propia práctica jurídica (el orden social en cuanto tal) la que incluya una capa metafísica y no las teorías del Derecho (a las cuales habría, para el cientificista, que desmitificar). De ahí que aquel cuyo deseo sea librar heroicas batallas antimetafísicas tendrá, no tanto (o no sólo) que discutir conceptos o pseudoconceptos, sino que incidir en acto en la propia práctica jurídica.

El precedente, por cierto, es un mero análisis introductorio. Ya la propia obra de Kelsen es de una riqueza casi inagotable, donde habría que detenerse, para dar sólo un ejemplo, en el significado de "lo ideológico" cuando así se tacha a la noción de "Estado de Derecho". Allí cabría desmenuzar toda la temática antidualista (y considerada, también, antirreligiosa y antimetafísica) desplegada por la teoría pura del Derecho. Allí, también, se aloja la eterna fuente de las paradojas kelsenianas: la *Grundnorm*. Sin embargo, se trata de efectuar aportes a un programa de investigación, que sólo puede llevarse adelante de manera crítica y constructiva, pero también colectiva.

IV. PRÁCTICA JURÍDICA Y FICCIÓN DOGMÁTICA

En los párrafos precedentes comenzamos a delinear los ejes de análisis del segmento ideológico de la práctica jurídica. Pusimos de manifiesto seis rasgos básicos de los mecanismos ideológicos: a) se trata de mecanismos secundarios de justificación y/o legitimación; b) están sujetos a una lógica transformacional vectorizada por las nociones de naturalidad, universalidad y necesidad; c) son, a la vez, condición de funcionamiento de los otros mecanismos de la práctica

jurídica; d) ponen en juego la construcción de una garantía o instancia última (y ficticia) de fundamentación; e) se dirigen a los referentes de la práctica (cuerpos, comportamientos) para producir cohesión social, y f) ocultan la violencia que subyace a la práctica jurídica.

En este apartado nos detendremos en el rasgo indicado por la letra d) y, para ello, incursionaremos brevemente por la investigación jurídica desarrollada por Legendre⁷.

El segmento ideológico es, por cierto, uno de los temas centrales de las investigaciones de Legendre. Por desconfianza ante un término muy vapuleado como es el de ideología⁸, Legendre amplía el espectro de vocabulario. Encontramos expresiones como legitimidad, religión, función dogmática, mitología, etcétera. Se trata de una investigación que presenta muchas aristas, pero podemos señalar algunas de las más relevantes.

Uno de los puntos de partida es el reconocimiento de que todo orden debe fundarse a sí mismo. Ya hemos señalado la importancia que le acuerda Legendre al principio de diferenciación (el Derecho como orden clasificatorio de los cuerpos). Pero esta diferenciación clasificatoria y estructural está vinculada a un principio de división y que, en ocasiones, Legendre presenta a través de la metáfora de un pliegue. La práctica jurídica conlleva a una división entre dos espacios sometidos a dos lógicas que cabe distinguir. Por un lado, el espacio de la reproducción ligado a una lógica taxonómica de lugares. En ese caso estamos ante una de las vías de entrada a los mecanismos nomológicos de la práctica jurídica. Al espacio clasificatorio lo habíamos denominado *estructura social* y, al conjunto de cuerpos constituidos, *sociedad civil*. Ambos aspectos configuran el primer piso del mundo jurídico de la situación social moderna. Por otro lado, un espacio mitológico

⁷ Para este apartado seguimos a las *Lecciones* en curso de publicación por parte de Legendre. Las citas hacen mención al tomo y número de página de las ediciones de Fayard.

⁸ "Bajo la noción *flou* de ideología o de sustitutos científicamente más reluctantes no se percibe que se trata de investir algo intocable —en las sociedades modernas, un intocable siempre precursorio pero siempre reconstruido—, o para utilizar el vocabulario antiguo, de poner en palabras los sacra, es decir las cosas sagradas del sacrificio y del culto dirigidos a la Referencia" (L.VII, 262).

de fundamentación ligado a una lógica de la ficción y de la representación. Cuando Legendre afirma que "... todas las categorías jurídicas proceden de un principio supremo de clasificación, en relación al cual toman *status* en el orden político de la verdad" (LVII, 159) está señalando ambos espacios: el de las categorías jurídicas (que calificamos específicamente de nomológicas) y el del principio supremo.

La idea central es que toda clasificación implica un término último que posibilita la división. "El principio fundador es la artificialidad de la instancia tercera que permite funcionar a las nomenclaturas binarias. En otros términos, lo que le falta a la antropología contemporánea es el poder salir de una utilización analógica del psicoanálisis a fin de poder afrontar la cuestión del *artificio del tres*, la cuestión de la causalidad institucional en el corazón de la interrogación sobre la estructura" (LIV, 125).

Ese principio (o instancia o lugar), a la vez tercero y último, Legendre lo denomina Otro Absoluto o espacio de lo Absoluto. Es también la instancia del Poder en estado puro, vacío de contenido. Ya no se trata, como en el espacio categorial y clasificatorio de diferenciación o sujeción. Es decir que no se trata del referente corporal sino de la Referencia que funda la palabra y el sistema del Derecho en cuanto tal. Se trata, entonces, de una categoría suprema que Legendre asimila a la carencia en cuanto tal. En términos de Lacan, estamos ante el significante sin significado.

Ese lugar es el de la Referencia inevitable, e inevitablemente mitológica. Al respecto, Legendre realiza largos rodeos en torno a su carácter axiomático, pues aquello que tiene la función de fundamentar no es a su vez fundamentable y, por ende, se presenta a sí mismo como autodemostrado. Es, también, la ficción de lo Absoluto o lo Absoluto como ficción.

Detengámonos en esta serie embrollada de términos: Otro Absoluto, Poder en estado puro, Referencia, carencia, ficción, axioma, significante sin significado. Ellos son el hilo conductor que permiten apresar lo que Legendre denomina función dogmática⁹ o mitología y que conducen, eso supone-

⁹ Téngase en cuenta, valga recordarla, que a través de la expresión "función dogmática" Legendre se refiere tanto a los mecanismos clasificatorios, estructurales como a los mecanismos mitológicos y ficcionales de fun-

mos, a delinear con mayor precisión los mecanismos puestos en juego por el segmento ideológico de la práctica jurídica.

¿A qué se designa, en definitiva, como función dogmática? Ella consiste, dirá Legendre, en vehicular la Verdad y, a la vez, en maniobrar al poder para que éste diga necesariamente esa verdad. Todo orden¹⁰ pre-supone un lugar ("un espacio fabuloso") que simultáneamente es el lugar de la Verdad y del Poder. Ese lugar es considerado un axioma. Legendre rastrea las significaciones griegas y latinas del término, destacando que no cabe limitar su significado a la lengua estrictamente matemática. Axioma significa: evidencia social, proposición honorable o digna de consideración, principio autodemuestra-do; se trata, entonces, de un vocablo que liga dos aspectos: a) proposición indiscutible, y b) función imperetcedera. Es decir: el lugar indiscutido de fundamentación y el lugar intemporal que no muere. La pregunta es ¿de qué manera se construye ese lugar de certezas y de saber absoluto, ese lugar que funda toda autoridad y toda razón, ese lugar en última instancia divinizado? ¿Cómo se construye una última instancia? Pues se trata de una última instancia de fundamentación (y de justificación) a partir de la cual derivan todas las divisiones y clasificaciones y que, por lo tanto, no se justifica a partir de ninguna otra instancia. Es, así, un lugar que permanece como función a pesar de cualquier variación de contenido; en ese sentido Legendre lo califica de intemporal, ajeno a las cronologías sociales. "La dogmática —toda dogmática— manifiesta la relación humana al saber absoluto y funda la certeza mitológica de una instancia —denominémosla gran A— de donde procede socialmente la palabra. Cada sistema

damentación. En el léxico de Lacan, subyacente en toda la argumentación de Legendre, se trataría de la distinción entre a) el Otro, en cuanto estructura discríptica u orden simbólico, y b) el Gran Otro, en cuanto función que cumple el cometido de garantía y de fundamento mitológico. En el léxico que proponemos cabe distinguir: a) el segmento somatológico, que en su primer piso de funcionamiento se basa en una lógica estructural (el orden del sujeto de Derecho como individualizador del referente corporal) y b) el segmento ideológico, que incluye un mecanismo de construcción mitológica de una última instancia de fundamentación.

¹⁰ "Cuando se trata de imponer un orden la primera cosa a hacer es fundarlo, justificar todo lo que va a seguir, contando por qué es verdadero" (L.II, 156).

social tiene que enfrentarse con este asunto. Diría, para resumir, que una humanidad no puede estar organizada (me ubico al nivel de los grandes dispositivos tal como, por ejemplo, los nacionalismos los ordenan) sin la institución de un espacio donde eso sabe absolutamente" (LII, 32).

Este lugar absoluto, dogmático, tiene varios aspectos: lógico, mitológico, estético.

a) Que se trata de un lugar mitológico destaca su aspecto de ficción, es decir que él remite a una operación basada en el como si y que permite responder a la pregunta del *Unde?*, esto es: ¿de dónde vienen las leyes? En este sentido, hay Derecho porque hay a la vez la ficción de un legislador. El orden pone en juego un origen como si él fuese el producto de un Legislador absoluto y primero que lo funda, lo fundamenta, lo legitima y lo justifica. Pero es claro que se trata sólo de un nombre o, para apelar a las mayúsculas, del Nombre. Y si postular una ficción significa "inventar una verdad mediante la utilización de lo falso" (LII, 157), aquí estamos ante la ficción del "en nombre de" (*au nom de*) a partir de la cual funcionará el orden de la ley.

b) Que se trata de un lugar lógico destaca su condición de Referencia vacía en tanto significante de una carencia, de una nada. Esto se correlaciona directamente con el carácter ficticio del Nombre. Que sea un nombre ficticio significa que no es más que el nombre de una ausencia, de un puro lugar o, también, de un significante sin significado: "Lo que nosotros denominamos sabiamente fundamentos del Derecho se presenta ante todo como un relleno necesario, un discurso de puesta en escena destinado a autentificar un lugar vacío. Ninguna sociedad humana, siendo confrontada a la palabra, puede dejar de hacer la economía de ese trabajo de representación. Comprenderlo consiste no en descubrir que detrás del sistema institucional no hay nada, ningún sujeto de carne y hueso, sino en reconocer que esa Persona (*Personne*) es un nombre" (LVII, 20).

Otra manera que tiene Legendre de plantear la cuestión del vacío (o de la carencia), en especial en sus *Leçons IV*, es a través de la función cero (*fonction zéro*). Legendre señala que el orden jurídico necesita autonomizar al vacío como lugar, instaurarlo como una función lógica. Remitiéndose a la teoría axiomática de conjuntos de Zermelo señala "el interés particular... de uno de los axiomas planteados por la teoría: el

axioma del conjunto vacío que expresa que hay un conjunto sin elementos" (LIV, 239). Dado que para contar es necesario un lugar vacío, "el saber total ocupa ese lugar donde adviene en la buena y debida manera bajo la forma que denomino la referencia Absoluta o mitológica. Contar es, ante todo, contar este lugar vacío, lo que no cesan de cumplir las artes políticas en la humanidad: el saber total se encuentra así circunscrito y, si me atrevo a decir, constreñido a exponerse en los límites precisos de una representación mitológica" (LIV, 235). Antes de ser llenado por algún contenido explícito (tales como Pueblo, Dios, Desarrollo, Contrato, Mercado, etc.) la referencia es una función, un lugar, un cero, una carencia.

c) Que se trata de un lugar estético implica que su acceso está mediado por metáforas, representaciones e imágenes que capturan y que producen fascinación. No hay sólo un lugar lógico sino, también, un lugar de veneración, que inspira elaboraciones ceremoniales y cultos religiosos, espectáculos, adoraciones y rituales. Se trata de un lugar que debe presentarse, donde es necesario un "embalaje": emblemas, máscaras y mascaradas estéticas. Es decir que hay que poner en escena el lugar vacío del Legislador. Legendre da el ejemplo romano del emperador, mediante el cual se encarna, se pone en acto, el principio último de la Referencia. Es decir que "para funcionar el poder debe ser mostrado" (LVII, 222).

La Referencia, entonces, también implica un mecanismo de representación, en tanto "alguien o algo es delegado para representar la verdad del sistema". Tenemos los ejemplos: el Pueblo, el Desarrollo, Dios, la República, etcétera. Cada institución en particular actúa, dirá Legendre, "en nombre de...", esta Referencia que será, así, delegada en un representante. Hemos visto que gracias a las discriminaciones nomológicas los cuerpos se diferencian y ordenan. Pero en virtud de los mecanismos que aquí denominamos ideológicos los cuerpos "marchan bajo la égida de...". Este aspecto representativo es importante señalarlo en la medida en que no cabe confundir el lugar lógico (la Referencia absoluta) con su representación, por ejemplo el enunciado escolástico *Dios*.

Vemos, así, delinearse más claramente la función dogmática, la cual, a grandes rasgos presenta dos aspectos: el orden de las clasificaciones y el lugar de la Referencia. En el primer caso tenemos a los mecanismos nomológicos que tienen como referente a los cuerpos. Allí la pregunta es ¿cómo

manipular o instituir o sujetar o individualizar u ordenar o normalizar a los cuerpos? En el segundo caso tenemos un lugar ficcional que legitima y funda a las clasificaciones y que tiene como Referencia al vacío. Legendre articula ambos planos a través de la metáfora del pliegue (*la métaphore du pli*): un orden jurídico se presenta como una superficie plegada de dos partes o planos, las construcciones civiles y el sostenimiento mitológico.

Un ejemplo paradigmático de esta perspectiva que distingue planos es el análisis que Legendre hace del nombre. El requiere tres niveles de aproximación. Un primer nivel que coincide con lo que aquí denominamos segmento nomológico. Tenemos al nombre como rasgo de la condición de persona, en relación a los otros atributos de la personalidad. Aquí se destacan los procedimientos de archivo y de autenticación. En suma; estamos ante los mecanismos básicos para individualizar (sujetar, identificar y diferenciar) a cada uno de los cuerpos. Un segundo nivel que Legendre denomina de "celebraciones sociales". El nombre vehiculiza un prestigio que lo apresa en la trama de los reconocimientos. Y un tercer nivel es el del nombre entendido como Nombre, como signifiante del Otro Absoluto. Es "el nivel mitológico del Gran Otro". Es el Nombre del saber absoluto, de la certeza, del lugar donde "ese sabe absolutamente" y que funciona como garante.

En esta línea de investigación recobra su importancia toda la discusión jurídica en torno a la llamada norma fundamental o fundante o básica. ¿Cómo se relaciona la norma fundamental con el lugar mitológico de la garantía? Esta es una cuestión ineludible y que tiene gran importancia para desentrañar la vinculación entre los mecanismos nomológicos, normativos e ideológicos. Es claro que la temática relativa a la norma básica es harto conflictiva. Por un lado, el propio Kelsen la caracteriza de muy diversas maneras en cada una de sus obras. Por otro, se trata de uno de los focos más comentados y debatidos por seguidores y críticos de Kelsen. De ahí que nos limitemos a señalar algunos aspectos relevantes de la cuestión y, en especial, la última concepción de Kelsen al respecto.

La norma básica está llamada a cumplir muy variadas funciones. Entre las más destacadas cabe señalar la de dotar de unidad a una multiplicidad de normas y la de justificar al orden normativo como tal. Es decir, que a la vez que permite considerar a un conjunto de normas como un orden, ella sirve

para justificar a ese orden. Ambos significados se confunden, generalmente, a través del vocablo único "validez". Como ha señalado Nino, la validez significa tanto existencia (decir que una norma es válida no es más que decir que es una norma existente) como justificabilidad (es decir: merecedora de obediencia por tener "fuerza vinculante")¹¹. Pero estos dos ítems tienen en común el problema de la infinitud. Dado que es inconcebible una serie infinita de normas hay que admitir un punto final. Ese punto final recibe usualmente el nombre de "Constitución", ella es la última (o la primera) norma positiva, norma a la cual conducen (a través de diferentes cadenas de validez) todas las normas del sistema. La pregunta clave es la de por qué la Constitución es válida. O ella remite a otra norma jurídica que le transmite validez (pero ello no puede ser pues estamos ante la última norma jurídica que no tiene ninguna otra sobre sí), o ella se da a sí misma la validez (pero ello no puede ser de acuerdo a la definición misma de validez en los términos dinámicos de origen señalados por Kelsen), o ella es válida en virtud de derivarse de un derecho natural (pero ello no puede ser como consecuencia de la crítica kelseniana a todo naturalismo). Como todas estas respuestas se contraponen a algún tramo conceptual de la teoría pura del Derecho, cabe rechazarlas a todas y proponer una salida radical. La respuesta del último Kelsen es la siguiente: la validez de todo el orden jurídico depende de una ficción y esa ficción recibe el nombre de norma fundamental.

Ella es una ficción en un doble sentido: a) dado que "sólo una norma puede fundamentar la validez de otra norma", la norma fundamental es una norma. Pero dado que toda norma jurídica pertenece a un orden jurídico (ella es válida por derivarse de otra norma) y dado que ella no pertenece a ninguno, ella no es una norma jurídica, y b) dado que toda norma implica una autoridad que la crea y dado que la norma fundamental no es creada por ninguna autoridad habilitada para ello, la misma conduce a suponer una autoridad imaginaria. Se trata, así, de una norma que es y no es una norma y que, a la vez, ha sido dictada por una autoridad imaginaria, digamos el Legislador. Citemos a Kelsen: "Se puede hacer frente a esta objeción solamente reconociendo que junto a la norma básica

¹¹ Ver Nino, Carlos, *La Validez del Derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1985.

pensada también debe ser pensada una autoridad imaginaria, cuyo acto de voluntad —fingido— encuentra sentido en la norma básica. Con esta ficción la suposición de la norma básica entra en contradicción con la suposición de que la Constitución, cuya validez está fundada en la norma básica, constituya el sentido del acto de voluntad de una máxima autoridad por encima de la cual no puede haber ninguna otra. Con ello la norma básica se torna en genuina ficción en el sentido de la filosofía del *como si* de Vahinger. Una ficción se caracteriza por el hecho de que no solamente se contradice con la realidad sino que además es contradictoria consigo misma. Pues la suposición de una norma básica —como, por ejemplo, la norma básica de un orden religioso moral: 'Deben ser obedecidos los mandamientos divinos', o la norma básica de un orden legal 'Debemos comportarnos como lo indica la Constitución históricamente primera'— contradice no sólo a la realidad, ya que no existe una norma tal como un sentido de un acto de voluntad real, sino que ella además es autocontradictoria, dado que representa la autorización de la autoridad moral o legal más elevada, partiendo de esta manera de una autoridad —por cierto que sólo fingida— situada aun por encima de esa autoridad¹³.

El núcleo de la cuestión es que la *Grundnorm* ocupa el lugar de un *Abgrund*. Por *Abgrund* entendemos ausencia de fundamento o abismo. En los términos de Legendre se trata de la función zero, de la carencia o del zero que posibilita las cuentas. En los términos de la teoría de conjuntos se trata del axioma del conjunto vacío: \emptyset .

Ahora bien, la norma fundamental para cumplir la función de dar validez en el doble sentido de existencia de justificación, debe tener dos formulaciones diferentes. En el primer caso dice: "Son válidas las normas contenidas en la primera Constitución". En el segundo caso, en cambio, dice: "Se debe actuar en forma tal como lo prescribe la primera Constitución". Cabe preguntarse ¿se pueden confundir ambas funciones? Considero que no y que, a la vez, hay que reservar el nombre de norma fundamental a la norma paradójica y ficti-

¹³ Ver Kelsen, Hans, "La función de la Constitución", en *Derecho y Praxiología. Teoría de las Ficciones y Función Dogmática*, Buenos Aires, Hachette, 1987, ps. 78/88.

cia de la que deriva la validez-existencia de las normas. Esto nos permitirá separar una doble vertiente de análisis, una lógica y otra mitológica (o ideológica).

Veamos la primera vertiente. Ella se basa en el carácter axiomático del conjunto vacío. Este es un rasgo lógico que incide en cada uno de los segmentos de la práctica jurídica. En su oportunidad señalamos que el primer piso del segmento nomológico era de índole estructural. Uno de los rasgos definicionales de una estructura es la de contener un lugar vacío. Dado que la estructura jurídica se entiende a través de la noción de sujeto de Derecho (en tanto mecanismo que individualiza al referente corporal), el lugar vacío se lee como un sujeto de Derecho que nada individualiza. Es un sujeto sin cuerpo (un sujeto fundamental) o, en términos de Lacan un significante sin significado o, en términos de Legendre, un Nombre). Se ve que es un nombre paradójico, pues es un simple nombre pero desligado de su función (que es la de sujetar o individualizar algo). En cuanto al segmento normativo, todas las cadenas de validez remiten a una norma que le da unidad al orden. Se trata, también, de una norma paradójica, pues es y no es una norma.

Sujeto fundamental y norma fundamental son términos que indican la existencia axiomática del vacío, ya sea al nivel del segmento nomológico, ya sea al nivel del segmento normativo. Lo decisivo para retener es que en ninguno de los casos se afirma la existencia de una trascendencia, de un "más allá" de cualquier tipo que sea. Se trata de un lugar lógico, de un axioma o de una suposición por completo inmanente a la situación social. Si, como ya vimos, el Derecho aporta el orden de la situación social, sujeto y norma fundamental son elementos de ese orden. Pueden ser paradójicos, pero ello no quita que sean inmanentes.

Cabe citar nuevamente a Kelsen cuando sostiene "que la norma básica en el sentido de la filosofía del *como si* vauhingeriana no constituye una hipótesis —como yo mismo la he caracterizado algunas veces— sino una ficción, que se diferencia de una hipótesis por el hecho de que la acompaña, o debería acompañarla, la conciencia de que no responde a la realidad". Habrá, pues, que distinguir entre ficciones afirmadas como tales y ficciones afirmadas como hipotéticas realidades.

(Cuál sea, entonces, el rasgo de la ideología?)

Mi respuesta es que ella no remite a las consideraciones lógicas precedentes, sino a consideraciones, para emplear el vocabulario de Legendre, mitológicas. Estas últimas implican pasar a las maneras de presentación y a los contenidos de lo "fundamental". El segmento ideológico de la práctica jurídica transforma dimensiones immanentes en dimensiones trascendentes, a los efectos de justificar y/o legitimar. Esto puede operarse de muy variadas maneras. Por ejemplo: a) naturalizando el lugar del fundamento. En este caso ya no se trata de un axioma lógico, sino de una naturalidad de la que deriva la justificabilidad del Derecho; b) convirtiendo el enunciado de la norma fundamental en términos de validez-existencia en términos de validez-justificación ("debe obedecerse..."). Se trata del pasaje del positivismo conceptual al positivismo ideológico; c) divinizando el lugar del fundamento. Ya no se trata de un simple lugar lógico sino de la afirmación de un Dios efectivamente existente que legitima los derechos positivos; d) exponiendo fábulas racionalistas-individualistas de tipo contractual. Se arma un relato en término de individuos que decidieron asociarse y para ello acuerdan a partir de ciertas condiciones...; e) haciendo de un sujeto empírico el Soberano, único y privilegiado delegado del Legislador en el mundo.

Quizás el hilo conductor sea el siguiente: postular al axioma no como un axioma lógico sino como una naturaleza, una divinidad o una supra-racionalidad. Pues una cosa es suponer axiomáticamente un lugar vacío (nombre) o una norma ficticia y otra, muy diferente, es convertir a ese lugar en el sitio inapelable (impecedera) y soberano (indiscutible) de la Razón, de la Naturaleza o de Dios. En tanto un elemento se considere natural, racional o divino deja de ser cuestionable y exige que se lo reconozca por sí mismo, con evidencia (lugar de la Verdad) y obediencia (lugar del Poder).

Desviándonos de la terminología de Kelsen, resulta más claro reservar el nombre de ficción (o de mito) para este conjunto de mecanismos ideológicos de transformación. Tanto el sujeto fundamental como la norma fundamental pueden tomarse como variaciones particulares (correspondientes a diferentes segmentos de la práctica jurídica) del axioma del conjunto vacío, que está insito en toda estructura y en todo sistema. La ideología, así, consistiría en transformar un axioma en una ficción. O en convertir un operador lógico en un mecanismo ideológico de justificación y/o legitimación. Esta

transformación y esta conversión ideológicas (o mitológicas) conducen a presentar a "este" derecho contingente en un derecho necesario, a "este" derecho particular en un derecho universal, a "este" derecho históricamente constituido en un derecho natural, a "esta" práctica productora de orden en una práctica productora de un orden legítimo y justificado, a "esta" práctica jurídica por completo inmanente en una práctica sostenida de una transcendencia, a este orden frágil en un orden garantizado.

Encontramos aquí la misma lógica de funcionamiento que ya advertimos al analizar la categoría de sujeto de Derecho. Esta, de ser una construcción formal (un punto nomenclógico de imputación normativa) se transformaba ideológicamente en un dato sustancial, natural, asocial, ahistórico y debía ser reconocido por la práctica jurídica. Se trataba, en aquel caso, de la conversión del sujeto de Derecho (categoría inmanente) en hombre (sustancia trascendente).

V. SUJETO DE DERECHO E INTERPELACIÓN IDEOLÓGICA

En este último apartado voy a detenerme sucintamente en un texto fundamental para el entendimiento de la ideología, me refiero a las "notas para una investigación" que Althusser denominó *Ideología y Aparatos Ideológicos del Estado*¹³. Este pequeño texto, que ha levantado polémicas innumerables, sigue siendo nuclear. A mi juicio, la cantidad de críticas que ha recibido, lejos de desmerecerlo son una muestra de su riqueza y de su fecundidad.

Althusser enuncia varias tesis, dos de las cuales (caracterizadas como complementarias) son aquí relevantes: a) toda práctica existe por y bajo una ideología, y b) toda ideología existe por el sujeto y para unos sujetos. Althusser reformula o explicita esta segunda tesis de varias maneras que cabe indicar: "...toda ideología existe únicamente para unos sujetos concretos, y este destino de la ideología no es posible

¹³ Ver Althusser, Louis, "Ideología y aparatos ideológicos del Estado (notas para una investigación)", en *Posiciones*, Anagrama, Barcelona, 1977, pp. 69 y sigs. (a citar como Ap.).

más que por el sujeto: es decir, por la categoría de sujeto y su funcionamiento" (Ap., 111); "... toda ideología interpela a los individuos en tanto que sujetos concretos, mediante el funcionamiento de la categoría de sujeto. Esa proposición implica que distinguamos, de momento, entre los individuos concretos de una parte y los sujetos concretos de otro, aunque todo sujeto concreto esté, a ese nivel, sostenido por un individuo concreto" (14 p. 278).

El sujeto es la categoría constitutiva de toda ideología, siendo un hito fundamental la aparición de lo que Althusser llama "ideología burguesa" y, en especial, la ideología jurídica. Esta última "adopta la categoría jurídica de 'sujeto de Derecho' para hacer de ella una noción ideológica: el hombre es por naturaleza un sujeto" (Ap., 111).

El esquema básico que propone Althusser es el siguiente: la ideología transforma a los individuos en sujetos mediante una operación de interpelación. Ante esto nos tenemos que hacer tres preguntas: ¿a qué denominamos individuo? ¿a qué denominamos sujetos? ¿qué significa la interpelación?

En ningún momento hay alguna especificación de qué se entiende por "individuo". Althusser se refiere a individuos concretos o apunta que "los individuos son siempre 'abstractos' con relación a los sujetos que son ya-desde siempre" (Ap., 116). Pero ¿qué significa "ser un individuo"? Tal vez una vaga indicación la encontremos en este párrafo: "Pero también es cierto, al mismo tiempo, que el reverso orgánico, la 'cobertura', la coartada y el 'punto de honor' obligados de este economicismo son el humanismo o liberalismo burgués, puesto que tienen sus bases en las categorías del derecho burgués y de la ideología jurídica materialmente indispensable para el funcionamiento del derecho burgués: la libertad de la Persona, vale decir, en principio, la libre disposición de sí, la propiedad de sí, de su voluntad y de su cuerpo (¡el proletario: persona 'libre' de venderse!) y de sus bienes (la propiedad privada: la verdadera, que derogó a las otras, la de los medios de producción)"¹⁴.

Lo que deseo remarcar, un poco al margen de las consideraciones generales sobre el Derecho que incluye este pá-

¹⁴ Ver Althusser, Louis, *Para una Crítica de la Práctica Teórica. Respuesta a Jean Louis*, Siglo XXI, Madrid, 1974, p. 96.

raño, es el señalamiento del cuerpo. ¿No será el cuerpo, o el referente corporal, aquello designado por el término "individuo"? Si así fuera podríamos traducir algunas expresiones de Althusser y afirmar que la ideología interpela a los cuerpos en tanto que sujetos o que la categoría de sujeto es constitutiva de toda ideología únicamente en tanto que toda ideología tiene la función (que la define) de constituir a los cuerpos concretos en sujetos, o que la ideología actúa o funciona de tal manera que recluta los sujetos entre los cuerpos (y recluta a todos) o que transforma a los cuerpos en sujetos (y los transforma a todos) (Ap., 111 y 114).

Aceptemos provisionalmente la traducción de *individuo* por *cuerpo*. Ahora bien ¿qué entendemos por sujeto? En la citada *Respuesta a John Lewis* es utilizada por Althusser, además de la palabra sujeto, la expresión forma-sujeto: "Todo individuo humano, es decir, social, sólo puede ser agente de una práctica social si reviste la forma de sujeto. La 'forma-sujeto' es en efecto la forma de existencia histórica de todo individuo, agente de prácticas sociales: puesto que las relaciones sociales de producción y reproducción comprenden necesariamente, como parte integrante, lo que Lenin llama 'las relaciones sociales (jurídico -) ideológicas' que, para 'funcionar', imponen a todo individuo-agente la forma de sujeto. Los individuos-agentes actúan por lo tanto siempre en la forma de sujetos, en tanto sujetos".

Considero por completo coherente entender forma-sujeto como sinónimo de sujeto de Derecho en los términos que hemos dado aquí a esta última expresión. El sujeto de Derecho es la forma jurídica de constitución e individualización de los cuerpos. A través de la estructura social de los sujetos de Derecho se constituye la sociedad civil como el conjunto ordenado y diferenciado de los cuerpos. Esta interpretación de Althusser puede corroborarse cuando se detectan las remisiones que el texto efectúa a los atributos de la personalidad. Refiriéndose al niño que va a nacer, Althusser señala que "es sabido, de antemano, que llevará el apellido del padre, que tendrá, por tanto, una identidad propia". También indica la estructura familiar "donde el antiguo-futuro sujeto debe 'hallar' 'su' puesto, es decir, debe 'convertirse' en el sujeto sexuado (niño o niña) que era ya anticipadamente". Asimismo "todo individuo es llamado por su nombre, en sentido pasivo, ya que nunca es él quien se ha dado su nombre". División en

sexos, estructura de los nombres y estructura genealógico-familiar de los estados: he ahí los rasgos que la dogmática jurídica denomina atributos de la personalidad y que ya hemos interpretado como clasificaciones cuyo resultado convergente es la clasificación mayor de los sujetos de Derecho.

En nuestro vocabulario todo esto se expresa de la siguiente forma: el individuo no es más que el referente corporal individualizado por la estructura simbólica de los sujetos de Derecho. De ahí la constitución del mundo jurídico como conjunto de individuos y la constitución de la sociedad civil como conjunto de cuerpos individualizados vía la "forma" sujeto de Derecho.

Hemos, pues, traducido *individuo por cuerpo* (o referencia corporal) y *sujeto por sujeto de Derecho* (como mecanismo nomológico de la práctica jurídica). ¿Qué entendemos ahora por interpelación?

En primer lugar hay que destacar que Althusser emplea dos términos que en apariencia pueden sustituirse: *constituir e interpelar*. Así, de acuerdo a frases ya transcritas, la ideología tiene la función de *constituir* a los individuos en sujetos o, también, la ideología *interpela* a los individuos en tanto que sujetos¹⁵. Cabe preguntarse ¿son sustituibles ambos términos?

Para ser coherente con la interpretación aquí esbozada la respuesta tiene que ser negativa. *Constituir* es un verbo que empleamos en consonancia con el verbo individualizar. Decimos el sujeto de Derecho individualiza al referente cor-

¹⁵ Estas asimilaciones entre *constituir e interpelar* y su inclusión como mecanismos ideológicos las encontramos en el trabajo de A. Ruiz, "Aspectos ideológicos del discurso jurídico. (Desde una teoría crítica del Derecho)". Allí se señala que "no hay sujeto como unidad indivisible, completa y substantiva, fuera de las formas sociales que lo constituyen y de las ilusiones que lo sostienen". Luego, en vez de distinguirse ambos aspectos —es decir: a) las formas constitutivas y b) las ilusiones de sostenimiento— se identifican bajo la rúbrica única de la ideología: "La complejidad del tema radica en poder explicar cómo el Derecho interpela al sujeto que el propio Derecho constituye. Interpelación y constitución remiten a la dimensión ideológica del discurso jurídico". En nuestra presentación, la complejidad implica diferenciar mecanismos nomológicos (la constitución de la unidad e identidad de la referencia corporal a través del sujeto de Derecho) y mecanismos ideológicos (la interpelación posterior del cuerpo-sujeto de Derecho a través de la ilusión de su autonomía).

poral y, correlativamente, la estructura social constituye a la sociedad civil. No hay un orden de los cuerpos (sociedad civil) sin, justamente, un orden, sin una estructura simbólica, sin un cuadro clasificatorio, sin una estructura social.

Althusser asimila la interpelación al reconocimiento. O, más exactamente: interpelándose como sujetos éstos se reconocen. Althusser da los ejemplos del encuentro callejero o de la interpelación policial. Son "los rituales del reconocimiento ideológico".

El reconocimiento pone de manifiesto que los sujetos son semejantes entre sí. En este momento podemos retomar la distinción nomológica entre sujeto de Derecho, individuo y persona. Un individuo es un cuerpo individualizado a través del sujeto de Derecho. Esto permite distinguir a los cuerpos unos de otros. A través de la asignación de una voluntad los individuos se transforman en personas semejantes. La semejanza de las personas sólo es posible a partir de la distinción previa en tanto sujetos de Derecho. En estos términos tenemos dos series nomológicas bien claras: a) la serie compuesta por el sujeto de Derecho y la distinción de lugares simbólicos y b) la serie de la persona y el reconocimiento de éstas como semejantes. Series de la constitución y de la interpelación. No hay reconocimiento sin diferenciación clasificatoria, no hay interpelación sin constitución, no hay semejanza sin separación, no hay consistencia imaginaria (voluntad) sin consistencia simbólica (sujeto de Derecho).

Hemos hecho dos traducciones (individuo por cuerpo y sujeto por sujeto de Derecho) y reforzado una distinción (entre constituer e interpelar). Teniendo esto en cuenta podemos operar la siguiente lectura: la ideología constituye a los cuerpos como sujetos de Derecho e interpela a éstos como personas semejantes. Se nota a simple vista cuál es la paradoja que se presenta: lo innecesario en este contexto del término ideología, pues la frase precedente es más exacta si decimos que a través del mecanismo nomológico del sujeto de Derecho se constituye (o individualiza) a los cuerpos y a través de la asignación de la voluntad se transforma a los individuos en personas semejantes. Por todo lo visto se trata de mecanismos que designamos como nomológicos y no, por cierto, ideológicos. ¿Es esto una prueba de la incorrección de nuestra interpretación del texto de Althusser? Sostengo que no, pues la ideología en el texto de Althusser es otra cosa.

La siguiente es una enumeración de indicaciones de Althusser respecto de la ideología:

- "la reproducción de la fuerza de trabajo exige, no sólo una reproducción de su calificación, sino también y simultáneamente, una reproducción de su sumisión a las reglas del orden establecido" (Ap., 75).

- "el Ejército y la Policía funcionan también mediante la ideología, tanto para asegurar su propia cohesión y reproducción como por los valores que proponen al exterior" (Ap., 85).

- las ideologías "constituyen una ilusión" o "no corresponden a la realidad" (Ap., 103).

- "Un individuo cree en Dios, o en el Deber, o en la Justicia, etcétera. Su creencia depende (para todo el mundo, es decir para todos los que viven en una representación ideológica de la ideología, que reduce la ideología a un conjunto de ideas dotadas por definición de existencia espiritual) de las ideas del citado individuo, es decir, de él, como sujeto que tiene una conciencia en la que están contenidas las ideas de su creencia. Mediante lo cual, es decir, mediante el dispositivo conceptual perfectamente ideológico así constituido (un sujeto dotado de una conciencia en la que él forma libremente o reconoce libremente ciertas ideas en las que cree), el comportamiento (material) de dicho sujeto se deduce naturalmente" (Ap., 107).

- "Los sujetos existen únicamente por y para su sometimiento (sujeción). Por eso funcionan por sí mismos" (Ap., 122).

- "En esta resección se ejerce la función de reconocimiento ideológico, que es una de las dos funciones de la ideología como tal (su reverso es la función de desconocimiento).

Asimismo, en la *Respuesta a John Lewis* se señala que es necesario "romper con la categoría idealista de Sujeto como Origen, Esencia y Causa" o con el sujeto entendido "como Centro absoluto, como Origen radical, como Causa única".

Estas citas nos ponen en una vía de análisis en la que convergen una serie de preguntas (¿cómo obtener la sumisión y el sometimiento? ¿cómo movilizar las creencias? ¿cómo construir la cohesión?), de determinaciones (ilusión, desconocimiento) así como otro modo de entender al sujeto (como causa, centro u origen).

Veamos este último punto: el sujeto como causa. ¿No encontramos aquí la descripción kelseniana del sujeto como mecanismo ideológico? ¿No se trata de la suposición de un sujeto natural, con una esencia y derechos previos a la juridicidad y que ésta debe reconocer?

No es forzar los textos el contestar de manera afirmativa. El mecanismo ideológico consiste en presentar al sujeto de manera transfigurada, como si fuese previo a la práctica jurídica. Entre los vocablos de Althusser (desconocimiento, ilusión) y los de Kelsen (desfiguración, transfiguración) hay un claro punto de encuentro. Hay diferencias en cuanto a las explicaciones. Althusser vincula el mecanismo ideológico con la movilización de las creencias, con una práctica de sometimiento que aparece como si fuese libre, con un conjunto de rituales que hacen a la "existencia material de las ideologías". Kelsen, por su parte, pone el énfasis en la función de justificación que cumplen los mecanismos ideológicos. Justificación de un régimen de propiedad (el sujeto es naturalmente propietario) o de derechos que ya no son positivos sino naturales y consustanciales con una hipotética esencia humana.

Pero es de notar que la ilusión, el desconocimiento o la transfiguración no lo es respecto de alguna "realidad" que estuviera dada. El mecanismo ideológico funciona presentando de otra manera tanto a los mecanismos nomológicos como a los normativos. Se trata de una relación diferencial entre mecanismos y no de un problema respecto de la esencia y apariencia de las cosas. Sea, por ejemplo, la asignación de una voluntad (con sus condiciones internas, de apariencia y epistémica) a un individuo simbólicamente constituido. Tratamos esto, en su momento, como la transformación de un individuo en persona. El mecanismo ideológico consiste en presentar a la persona (libre, autónoma, intencional, etc.) como si fuera previa a la práctica jurídica, limitándose ésta a reconocerla en cuanto tal. Sea, por ejemplo, la creación normativa de un derecho. El mecanismo ideológico consiste en presentar a ese derecho como si fuese previo al mecanismo normativo, limitándose éste a reconocer la naturalidad de ese derecho.

Lo que está en juego en los mecanismos ideológicos es el sometimiento al orden y la movilización de las creencias para mantener la continuidad (la reproducción) del orden. ¿Cómo se obtiene, para utilizar los términos de Hart, el hábito generalizado de obediencia? El sometimiento se obtiene hacien-

do como si las cosas fueran naturalmente como son, se naturalizan ficcionalmente los mecanismos que hacen a la práctica de construcción de orden.

Pero lo que también está en juego en los mecanismos ideológicos es la justificación de los mecanismos jurídicos. Este aspecto, que es considerado decisivo por Legendre y tematizado como función dogmática, también está presente en Althusser. Véase sobre esto el análisis althusseriano sobre la ideología religiosa: "Podemos constatar que la estructura de toda ideología, que interpela a los individuos en tanto que sujetos en nombre de un Sujeto Único y Absoluto, es especular, es decir como un espejo, y doblemente especular: este desdoblamiento es constitutivo de la ideología y asegura su funcionamiento. Esto significa que toda ideología es centrada, que el Sujeto Absoluto ocupa el lugar único de Centro, e interpela a la infinidad de individuos que existen alrededor de él en tanto que sujetos, en una doble relación especular tal que (esa relación) somete a los sujetos al Sujeto, al mismo tiempo que les ofrece, en el Sujeto en el que todo sujeto puede contemplar su propia imagen (presente y futura), la garantía de que todo ocurre precisamente entre ellos y El, y que puesto que todo ocurre en la Familia (la Sagrada Familia: la Familia es por esencia sagrada), 'Dios reconocerá a los suyos', es decir, que los que hayan reconocido a Dios y se hayan reconocido en él, éstos se salvarán" (Ap., 121).

La lectura atenta de este párrafo revela un conjunto de vías de análisis que son, en definitiva, las que explora la investigación de Legendre: el orden "en nombre de", la construcción de un Centro o de un lugar absoluto (es decir: una Referencia), la denominación de tal lugar como espacio mítico de la garantía, la puesta en juego de una imagen para contemplar, etcétera.

Si recapitulamos lo visto podemos afirmar lo siguiente: a través de la estructura simbólica del sujeto de Derecho los cuerpos se instituyen como individuos separados y distintos; a través de la asignación de una voluntad, los individuos diferenciados se transforman en personas semejantes; a través del sistema normativo las personas se encuentran en el centro de un entramado de derechos y obligaciones; a través de los mecanismos ideológicos la persona se presenta como la causa misma del Derecho pero sometida a un Sujeto, a un Otro Absoluto, "la garantía absoluta de que todo está bien

como está, y de que a condición de que los sujetos reconozcan lo que soy y actúen en consecuencia, todo irá bien: Así sea" (Ap., 121). El cuerpo y los comportamientos se encuentran, así, constituidos, organizados y ritualizados por mecanismos nomológicos, normativos e ideológicos.

En este recorrido va adquiriendo contenido lo expresado al comienzo de este trabajo: la práctica jurídica como productora de un orden diferenciado, de un orden a su vez compuesto de órdenes.

DIFAMACIÓN Y REAL MALICIA EN EE.UU. Y ARGENTINA: RESEÑA Y COMPARACIÓN

MARÍA VICTORIA FILIPETTO

INTRODUCCIÓN

El objetivo de este trabajo es presentar una comparación terminológica de las figuras de la difamación en ambos sistemas, el argentino y el norteamericano. Para ello, se definen los conceptos en cuestión y se reseñan los principales precedentes jurisprudenciales de Estados Unidos y Argentina que llevaron a la formulación de la doctrina de la real malicia.

Se emplearán los términos originales (*libel* y *slander*) para hacer referencia a las figuras de la difamación del derecho norteamericano. En las conclusiones se propondrán traducciones para dichos términos y para los correspondientes al derecho argentino (calumnias e injurias).

1. *Libel* y *slander*

En su forma más simple, la palabra *libel* se refiere a la publicación o divulgación de una falsedad difamatoria. El término se empleaba antiguamente en Inglaterra para referirse a los pergaminos que formaban parte de un libro. Con el advenimiento de la imprenta, siguió usándose respecto de los folletos impresos. Como la divulgación de un agravio por lo general se hacía mediante dichos escritos, comenzó a usarse la expresión "*libel* difamatorio", no ya para el pergamino sino para el agravio en sí. Con el tiempo, esa expresión pasó a ser simplemente *libel*.

El término *slander*, por su parte, nos remite a la difamación verbal. Esta figura invoca cuestiones jurídicas diferentes y en la actualidad se la emplea, en general, respecto de declaraciones verbales no manifestadas en la radio o televisión, o bien expresadas en tales medios pero sin un guión (es decir, espontáneamente).

Históricamente, la distinción entre *libel* y *slander* se basaba en la existencia de un texto o guión. Si el agravio divulgado por radio o televisión era leído, la difamación se categorizaba como *libel*; de lo contrario, se hablaba de *slander*. Hoy esta distinción ha perdido vigencia ya que la mayoría de los tribunales norteamericanos aplican la legislación relativa a *libel* para todas las declaraciones agraviantes divulgadas por radio o televisión, independientemente de la existencia de un texto. Algunos Estados, sin embargo, mantienen la distinción clásica. La diferencia entre ambos conceptos puede considerarse más de forma que de fondo.

2. Libel: *Elementos*

a. La manifestación debe ser *difamatoria*, es decir, debe lesionar la reputación de una persona. Una difamación es una expresión falsa que desacredita a un individuo frente a terceros o puede ocasionar también un daño económico. Para que una declaración sea difamatoria no es necesario que concurren todos los aspectos mencionados; basta con que la víctima pruebe que la ofensa ha lesionado su buen nombre y reputación.

b. La ofensa debe haberse manifestado *frente a terceros*. Cabe destacar que todo aquel que contribuya a la divulgación de la manifestación difamatoria puede ser considerado responsable frente a la justicia. La víctima podrá demandar no sólo al periodista, sino también a la publicación que divulgó la difamación, así como a cualquier otro medio que haya reproducido la ofensa.

c. Debe mencionar a una *víctima identificable*, ya sea por su nombre o aludiendo a ella en forma inequívoca.

d. La ofensa debe contener algún grado de culpa. No basta con probar la existencia de la publicación; debe probarse también que el querellado obró con culpa. De la jurisprudencia norteamericana surgen dos pautas para medir la culpa del agravante: la negligencia y la real malicia. Cuando el

querellante es un particular, los tribunales estatales gozan de la facultad discrecional de decidir el criterio que habrá de aplicar. De tal modo, algunos Estados optaron por el criterio de la negligencia; otros, en cambio, aplican la doctrina de la real malicia incluso cuando el ofendido es un particular. Nueva York, por su parte, adoptó la pauta de negligencia grave (*gross negligence*), concepto que aglutina ambos criterios. Ahora bien, para las figuras y los funcionarios públicos se aplica siempre la pauta, más estricta, de la real malicia.

e. Por último, existe un elemento que combina dos conceptos, el de la responsabilidad y el de la indemnización; el demandante tendrá derecho a ser indemnizado por daños punitivos (*punitive damages*) sólo cuando pruebe que el demandado actuó con real malicia. De lo contrario, sólo será acreedor a una indemnización por daños directos (*compensatory damages*).

3. Evolución del concepto de libel: breve reseña histórica¹

En los dos apartados precedentes se definieron los conceptos de *libel* y *slander* y se enumeraron los elementos que deben concurrir para que se configure el primero de ellos. A continuación reseñaremos los antecedentes históricos que dieron origen a las figuras de la difamación en el derecho estadounidense.

Los principios del *common law* vigentes en las colonias norteamericanas reconocían cuatro tipos de *libel*: el sedicioso, el privado, el blasfemo y el obsceno. Toda expresión escrita que atacara al gobierno, sus funcionarios o instituciones constituida un delito; esta doctrina encontraba sustento en el criterio de que tales expresiones podían alterar la paz y afectar el orden público. Asimismo, la simple publicación de un escrito era suficiente para demostrar que la manifestación resultaba agravante u ofensiva y el hecho de que fuera verdadera no eximía al demandado de responsabilidad.

¹ La reseña se ha elaborado en base a las obras de Richard E. Lushinski (*Libel and the First Amendment, Legal History and Practice in Print and Broadcasting*, 1ª ed., Transaction Books Inc., New Jersey, 1987) y Robert J. Wagman (*The First Amendment Book*, 1ª ed., Pharos Books, New York, 1991).

La principal característica de la evolución del libel en los Estados Unidos fue la importancia otorgada al jurado en los juicios de esta naturaleza. Como resultado de esa nueva tendencia, surgieron dos normas fundamentales: en primer lugar, era el jurado quien debía decidir si la manifestación efectivamente constituía un agravio pasible de las sanciones contempladas por ley y, en segundo lugar, la verdad de lo afirmado podía invocarse como defensa.

En general, los casos de difamación ventilados en los tribunales estatales recibían tratamientos dispares. No existía una conducta uniforme respecto de las ofensas contra funcionarios públicos y la tendencia imperante consistía en proteger con celoso interés la reputación de los individuos. Como resultado de las distintas doctrinas estatales surgió la denominada regla de la responsabilidad inexcusable (*strict liability*), según la cual quien divulgara una manifestación agravante era responsable del hecho independientemente de la existencia de culpa en su obrar.

En algunos Estados no se otorgaba protección alguna al debate sobre cuestiones públicas y las garantías consagradas en la Primera Enmienda de la Constitución norteamericana se desestimaban con frecuencia. Eso fue precisamente lo que ocurrió en el Estado de Alabama en un caso que permitió a la Corte Suprema actualizar la legislación en esta materia.

4. El funcionario público. La doctrina de la real malicia: *"New York Times c/ Sullivan"* (1964)

Un grupo de activistas defensores de los derechos civiles publicó un artículo en el *New York Times* en el que criticaba la conducta de la policía local ante un grupo de estudiantes negros de la ciudad de Montgomery, Alabama. El artículo no mencionaba a Sullivan por su nombre pero éste, como comisionado de la ciudad, sostuvo que existía una referencia clara a su persona ya que, por su cargo, tenía autoridad sobre el departamento de policía.

Según la ley entonces vigente en Alabama, un funcionario público agraviado por una publicación relativa a su desempeño como tal debía exigir al periódico una retractación escrita para poder obtener la correspondiente indemnización por daños punitivos. El *New York Times* se negó a publicar la retractación y Sullivan inició juicio. El jurado adjudicó a

Sullivan el monto indemnizatorio total y la Suprema Corte de Alabama ratificó el fallo del tribunal inferior.

El caso llegó a la Corte Suprema de los EE.UU., la cual expresó dudas respecto de si el artículo efectivamente se refería a Sullivan y si lesionaba su reputación y, en su fallo revocatorio, describió en forma elocuente el papel que debe desempeñar la Primera Enmienda² en toda sociedad libre. Mencionó también la importancia que debe asignarse a la libertad de prensa para consolidar el debate sobre la conducta de los funcionarios públicos.

El artículo publicado en el *New York Times* contenía algunos errores de hecho; sin embargo, el tribunal supremo otorgó un amplio grado de libertad a la prensa con estas palabras: "En un debate libre, las manifestaciones erróneas son inevitables y... deben ser protegidas a fin de que exista el 'margen de respiro' necesario para garantizar la libertad de expresión"³.

Después de un largo período de autonomía estadual, la Corte Suprema iniciaba con este fallo una etapa en la que establecería normas de aplicación nacional:

Las garantías constitucionales exigen que, mediante una norma federal, se establezca que un funcionario público que reclame indemnización por daños y perjuicios por una falsedad difamatoria relativa a su conducta oficial pruebe que la manifestación se efectuó con "real malicia", esto es, con el conocimiento de que era falsa o con temerario desinterés respecto de si era falsa o no⁴.

La adopción de este criterio significó una sólida protección para las garantías consagradas en la Primera Enmienda. De esta manera, el tribunal supremo otorgó un papel preponderante al debate sobre las actividades de los funcionarios públicos y, en sus conclusiones, expresó que *corresponde al pueblo ejercer la censura ante el gobierno, y no a éste ante el pueblo⁵.*

² La Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos garantiza las libertades de culto, prensa, expresión, asociación con fines pacíficos y petición a las autoridades.

³ *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. (1964), ps. 371/372.

⁴ *Ibidem*, 379-280.

⁵ *Ibidem*, 318-218.

5. *La figura pública: "Associated Press c/Walker"; "Curtis Publishing Co. c/Butts" (1967)*

En otros dos pronunciamientos, la Corte Suprema se refirió al concepto de figura pública. En el primero de ellos, Walker, general retirado del ejército norteamericano, inició juicio a la agencia Associated Press luego de que ésta lo acusara de participar en los disturbios raciales ocurridos en la Universidad de Mississippi. El tribunal de primera instancia dictó sentencia favorable a Walker y ordenó a la agencia el pago de una indemnización por daños directos. Por su parte, Butts, entrenador del equipo de fútbol de la Universidad de Georgia, también obtuvo sentencia favorable en un juicio contra un periódico que había publicado un artículo en el que se alegaba que Butts había vendido al equipo contrincante información estratégica sobre un partido.

La Corte Suprema resolvió que ambos querellantes podían ser considerados figuras públicas; por lo tanto, debían cumplir con la pauta establecida en el caso *New York Times*, esto es, probar que los artículos habían sido publicados con real malicia. La Corte indicó que el criterio de la real malicia debe hacerse extensivo a las personas que ocupan posiciones desde las cuales puedan influir en la resolución de cuestiones públicas. Además, y anticipándose al tema que se presentaría en el caso que describiremos a continuación, expresó que debe considerarse la naturaleza del tema debatido puesto que el pueblo tiene derecho a participar del debate y la crítica de aquellos individuos vinculados con la resolución de temas de importancia pública.

6. *El interés público: "Rosenbloom c/Metromedia" (1971)*

Para determinar el criterio de responsabilidad aplicable, la Corte Suprema consideró no sólo la condición del querellante sino también la naturaleza de la controversia y reiteró en varios fallos que la prensa ha de gozar de una amplia protección constitucional cuando se discuten asuntos de interés público.

En el caso *Rosenbloom*, el querellante inició acción judicial contra una emisora radial luego de que ésta calificara de "obscenos" los libros comercializados por Rosenbloom. Según Rosenbloom, quien había sido absuelto en un juicio penal en el que se lo acusaba de divulgar material pornográfico, las

noticias difundidas por la radio dañaban su reputación. El tribunal supremo expresó que, para asegurar una adecuada aplicación de las garantías constitucionales de la Primera Enmienda, no podía otorgarse importancia decisiva al hecho de que Rosenbloom no fuera una figura pública. El asunto debatido era de interés público y, por lo tanto, debía aplicarse el criterio de la real malicia expresado en el caso *New York Times c/ Sullivan*.

Durante el periodo 1964-1971, la participación de la Corte Suprema en esta materia aumentó progresivamente y en sus fallos se mostró a favor de la libertad de expresión, atenuando la protección otorgada al honor de las figuras y los funcionarios públicos. Sin embargo, quedaba aún una categoría por considerar: la de los particulares. En esta área, la Corte dejó a discreción de los Estados la elección del criterio de responsabilidad aplicable. A continuación describiremos el caso que dio origen a la definición de esta nueva categoría.

7. La persona privada: "Gertz c/ Welch" (1974)

En 1974 comenzó una nueva etapa en la evolución de la legislación en materia de libel con un caso que involucraba a Gertz, abogado de renombre, y una revista que lo acusaba, entre otras cosas, de haber iniciado una campaña para desprestigiar a la policía local. Cuando la causa llegó a la Corte Suprema, ésta volvió a remitirla al tribunal inferior para un nuevo juicio y, al mismo tiempo, introdujo una serie de reformas.

La Corte argumentó que los funcionarios públicos tienen fácil acceso a los medios de comunicación, lo que les permite replicar falsas imputaciones sobre su conducta pública. Por otra parte, algunas personas, por su actividad, ejercen una fuerte influencia sobre el público y gozan de un considerable poder de persuasión. Tales figuras pueden denominarse "figuras públicas en sentido amplio" (*general purpose public figures*). Para estas figuras y para los funcionarios públicos debe aplicarse el criterio de la real malicia establecido en el caso *New York Times c/ Sullivan*.

A su vez, dicho criterio también es aplicable para las denominadas "figuras públicas en sentido estricto o limitado" (*limited purpose public figures*), esto es, las personas privadas que se exponen voluntariamente a la atención pública con el fin de dar a conocer su opinión respecto de las cuestiones en

las que participan. Pero respecto de otros aspectos de su vida sólo será necesario que demuestren que la prensa actuó con negligencia, criterio más benévolo que la real malicia.

Para el caso de la persona privada, el tribunal supremo decidió otorgar a los Estados la libertad de elegir la pauta de responsabilidad, siempre que fuera como mínimo la culpa o negligencia, pero pudiendo llegar a ser tan estricta como la real malicia.

La Corte Suprema se pronunció también respecto de la indemnización por daños y perjuicios: ésta puede otorgarse únicamente cuando exista prueba de un daño real o bien, cuando se demuestre que el querellado actuó con real malicia, en cuyo caso podrá inferirse que el ofendido fue víctima de cierto daño. Respecto de los daños punitivos, nunca pueden otorgarse salvo que se pruebe que existió un temerario desinterés respecto de la veracidad o falsedad de la manifestación.

Para resumir, las nuevas normas que surgieron de la causa *Gertz v. Welch* son las siguientes:

a. En los casos que involucraran a personas privadas, los tribunales estatales podrían determinar con considerable libertad el criterio de responsabilidad aplicable.

b. El pago de daños punitivos podría ordenarse únicamente cuando se pruebe que la prensa conocía la falsedad de la publicación o había obrado con temerario desinterés respecto de su veracidad (es decir, cuando se prueba la existencia de real malicia). Los particulares que desearan recibir una indemnización por daños punitivos también deberían demostrar la existencia de real malicia en el obrar del querellado.

c. El jurado no podría "inferir" la existencia de un daño sino que debería existir prueba de un daño real. Según las normas tradicionales, la existencia del daño podría presumirse a partir de la publicación de la manifestación agravante; el jurado podía adjudicar una indemnización por daños y perjuicios sin exigir prueba de que había existido, de hecho, algún tipo de lesión al honor del querellante.

d. Si bien la Corte Suprema no definió el concepto de "daño real", expresó que debía entenderse como tal la lesión a la reputación de un individuo en su comunidad, la humillación personal y el padecimiento moral.

8. *Diferencia entre daños punitivos y daños directos*

Los daños punitivos se imponen como castigo a la parte perdedora para disuadir a terceros de la comisión de actos similares. En el caso *Gertz c/Welch*, comentado en el apartado anterior, la Corte Suprema estableció que sólo podrá ordenarse el pago de indemnización por daños punitivos cuando se demuestre que el querellado obró con real malicia, independientemente de si el querellante es un funcionario público o un particular.

Por otra parte, el tribunal supremo no estableció con claridad en qué consiste la indemnización compensatoria por daños directos. En general, debe considerarse la lesión contra el honor, si bien este concepto resulta de difícil determinación. Para esclarecer esta cuestión, podría afirmarse que la indemnización por daños directos debe incluir las costas, el lucro cesante y algún tipo de indemnización compensatoria por la humillación ocasionada por el agravio y que guarde estrecho vínculo con el daño sufrido.

9. *La difamación en el derecho argentino: la calumnia*

Conforme lo establece el artículo 73, inciso 1º, del Código Penal, las acciones que surgen de los delitos de calumnias e injurias son privadas, es decir que no deben impulsarse de oficio. En consecuencia, es el titular de la acción, o sea el querellante, el que debe petitionar lo que corresponda. El artículo 109 del Código Penal establece lo siguiente:

La calumnia o falsa imputación de un delito que dé lugar a la acción pública será reprimida con prisión de uno a tres años.

10. *Requisitos*

a. Se requiere, entonces, que la imputación de un delito sea falsa; no habrá calumnia si se atribuye a una persona un hecho delictivo que efectivamente cometió.

b. Es necesario que exista dolo en quien atribuye un hecho falso; por lo tanto, la existencia de un error excluye el elemento subjetivo del delito de calumnia. Es decir, para que exista una calumnia debe existir el propósito de ocasionar un daño. La calumnia queda circunscripta a aquellos casos en que el sujeto formula la falsa imputación a sabiendas de su

falsedad. O sea, existe calumnia cuando el autor, conociendo en forma cierta que la víctima es inocente o en la duda sobre ello, le atribuye un hecho que sabe que no cometió.

c. Debe tratarse de un delito que dé lugar a la acción pública. En consecuencia, quedan excluidos los que dan lugar a la acción privada, que son los taxativamente enumerados en el artículo 73 del Código Penal, a saber: calumnias e injurias; violación de secretos, salvo que quien revele el secreto sea un funcionario público o un empleado de correos; competencia desleal, e incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, cuando la víctima fuere el cónyuge.

d. Para que se configure la calumnia, es necesario que la imputación de un delito que dé lugar a la acción pública sea concreta; tiene que contener las circunstancias precisas para que se pueda saber de qué delito se trata y a quién se imputa. No será suficiente que se diga que se cometió un robo, sino que el hecho tendrá que estar circunstanciado en tiempo, lugar y modo.

11. Injurias

El delito de injurias está tipificado en el artículo 110 del Código Penal:

El que deshonrarse o desacreditarse a otro será reprimido con multa de \$1.500 a \$90.000 o prisión de un mes a un año.

En la calumnia, la falsedad de la imputación es una exigencia, pero en la injuria es irrelevante que la imputación sea verdadera o falsa. La acción se configura con el conocimiento de la aptitud ofensiva de la imputación y la voluntad de preferirla o divulgarla.

La injuria es una ofensa a la honra, o sea una violación al derecho de la persona de exigir que se respete su personalidad según las cualidades que ella se asigna. Lo ofensible es el honor subjetivo, el que se sustenta en la propia estima.

La injuria es también una ofensa al crédito, o sea una violación al derecho de la persona de exigir que no se incite a terceros a formarse una mala opinión sobre su propia personalidad o a modificarla peyorativamente. Lo lesionable en este caso es el honor objetivo, el que se sustenta en el juicio que los terceros pueden tener sobre la personalidad ajena.

12. Funcionarios públicos

En diversos fallos, la Corte Suprema ha reiterado que la protección del honor del funcionario público ha de atenuarse respecto de la de los particulares cuando se discuten asuntos de interés público. El fundamento es la necesidad de resguardar el más amplio debate sobre cuestiones que involucran a funcionarios públicos como garantía del sistema republicano.

Cuando la imputación va dirigida a un funcionario a raíz de su actividad, la crítica al ejercicio de la función pública no debe ser sancionada, aun cuando esté formulada en términos irritantes, salvo que bajo el pretexto del ejercicio del derecho de información se pretenda en realidad calumniar o difamar al funcionario.

La Corte Suprema de la Argentina ha seguido las pautas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. En la causa Costa (caso derivado de la divulgación periodística de una noticia calumniosa), la Corte destacó la vulnerabilidad de las personas privadas frente a los funcionarios públicos. El funcionario tiene un mayor acceso a los medios periodísticos, lo que le permite rebatir las falsas imputaciones que lo perjudiquen. Además, por su actividad, el funcionario público se expone voluntariamente a sufrir los perjuicios que pueda ocasionarle una noticia difamatoria*.

13. Calumnia y desacato

La ley 24.198 derogó la figura de desacato, que se hallaba tipificada en el artículo 244 del Código Penal y establecía:

Se será reprimido con prisión de quince días a seis meses el que provocare a duelo, amenasare, injuriare o de cualquier modo ofendiere en su dignidad o decoro a un funcionario público a causa del ejercicio de sus funciones o al tiempo de practicarlas. La prisión será de un mes a un año si el ofendido fuere el Presidente de la Nación, un miembro del Congreso, un gobernador de provincia, un ministro nacional o provincial, un miembro de las legislaturas provinciales o un juez.

*Costa, Héctor Rubén c/M.C.B.A. y otros, 12-III-87.

En la actualidad, al haber sido derogada la figura de desecreto, la injuria a un funcionario público es simplemente injuria (art. 110, Cód. Pen.).

14. La doctrina de la real malicia en la jurisprudencia argentina

La doctrina de la real malicia ha sido aplicada por una minoría de jueces de la Corte Suprema.

En materia penal, mencionemos la causa *Moreno y Timmerman*, en la cual se inició juicio al director de un semanario luego de que publicara una carta de un lector que calificaba como "un triunfo de la inmoralidad" el secuestro de una película por parte de funcionarios judiciales. El procurador general de la Nación sustentó su dictamen en la doctrina de la real malicia expresada en el caso *New York Times c/ Sullivan* y, si bien el Tribunal Supremo no hizo referencia a dicha doctrina, revocó la sentencia condenatoria contra el director de la publicación².

En materia civil, cabe mencionar la causa *Vago*, en la cual el querellante había sido acusado de participar en un *complot* contra el orden constitucional. Si bien la Corte Suprema desestimó el recurso extraordinario, dos de sus miembros sostuvieron que la doctrina de la real malicia procura un equilibrio razonable entre la función de la prensa y los derechos individuales que hubieran sido afectados por comentarios lesivos a funcionarios públicos, figuras públicas y aun particulares que hubieran intervenido en cuestiones de interés público objeto de la información o la crónica³.

15. Conclusiones

Repasemos a continuación las cuatro figuras analizadas:

Legislación norteamericana:

Libel: difamación expresada por escrito.

Stander: difamación manifestada verbalmente (fuera de la radio o televisión).

² "Moreno, Alejandra y Timmerman, Jacobo", 30-IX-67.

³ Voto de los Dres. Barra y Fayt, "Vago, Jorge Antonio o/Ediciones de La Urraca S.A. y otros", 18-XI-81.

Legislación argentina:

Calumnia: imputación falsa de un delito que dé lugar a la acción pública.

Injuria: ofensa a la honra o al crédito, independientemente de la falsedad del agravio.

La diferencia entre *libel* y *slander* se basa en el medio empleado para divulgar la difamación. Por su parte, la *calumnia* difiere de la *injuria* por el contenido del agravio. Asimismo, la falsedad es una exigencia en la calumnia, mientras que en la injuria es irrelevante que el agravio sea verdadero o falso. Podemos concluir que no existe una correspondencia unívoca entre estos dos pares de conceptos.

Por otro lado, nada parece indicar, al menos hasta este punto, que la legislación norteamericana contemple una figura independiente para la "falsa imputación de un delito". Sin embargo, resultará útil a esta altura aportar una nueva distinción.

Históricamente, el *common law* reconocía dos tipos de *libel*: el *libel per quod* y el *libel per se*. En el primer caso, la manifestación resultaba agravante según las circunstancias particulares. Por ejemplo, decir que una persona no padece de enfermedad alguna puede configurar un agravio si la intención es dar a entender que intenta cobrar un seguro por enfermedad. En el segundo caso, la manifestación era agravante en sí misma, independientemente de las circunstancias que la rodearan. La categoría de *libel per se* se subdividía, a su vez, en cuatro clases: imputación de un delito, atribución de una enfermedad contagiosa, ofensa a la reputación comercial o profesional, y acusación de conducta inmorales.

Podemos a esta altura proponer una traducción para *calumnia*, puesto que en una de las formas del *libel per se* encontramos su equivalente: *false accusation of criminality*.

El concepto de injuria ofrece menos dificultades; en principio, podría traducirse como *offense*. Sin embargo, para mantener el paralelismo con la versión propuesta para "calumnia", "injuria" podría traducirse *defamation through words injurious to the reputation*.

En cualquier caso, la elección dependerá del contexto. Si el documento no fuera jurídico, podríamos emplear *calumny*, aunque este término rara vez es utilizado por la doctrina o la jurisprudencia.

Veamos a continuación las traducciones al castellano. Nuevamente habrá que considerar el contexto y, de ser posible, el origen del documento en inglés. Si éste proviniera de un Estado que es fiel a la distinción tradicional entre *libel* y *slander*, será necesario aclarar que el primero es escrito y el segundo, oral. Por otro lado, si se tratara de un texto no jurídico, podría incluso optarse por una versión literal: *libelo*, que el *Diccionario de Uso* de María Moliner define como un "escrito en que se difama a alguien"⁹. Aclaremos que este término no es frecuente en textos doctrinarios o jurisprudenciales.

Para resumir, las traducciones propuestas para un contexto jurídico son:

Calumnias: false accusation of criminality.

Injurias: defamation through words injurious to the reputation; offense.

Libel: difamación vertida en forma permanente; difamación escrita.

Slander: Difamación vertida en forma transitoria; difamación oral.

BIBLIOGRAFÍA

- Labaree, Richard E., *Libel and the First Amendment. Legal History and Practice in Print and Broadcasting*, 1ª ed., Transaction Books Inc., New Jersey, 1987.
- Wagman, Robert J., *The First Amendment Book*, 1ª ed., Pharos Books, New York, 1991.
- *Código Penal*, 21ª ed., A-Z, Buenos Aires, 1995.
- Calucci, Silvina G., *Libertad de Prensa, Calumnias e Injurias*, 1ª ed., Ediar, Buenos Aires, 1995.
- Black, Henry, *Black's Law Dictionary*, 5ª ed., West Publishing Co., St. Louis, 1979.
- Moliner, María, *Diccionario de Uso del Español*, Gredes, Madrid, 1992.

⁹ Moliner, María, *Diccionario de Uso del Español*, T. II, Gredes, Madrid, p. 249.

ENSAYOS

COMPRESIÓN Y MÉTODO: PARA UN MODELO DE CIENCIA SOCIAL DEL DERECHO

GUSTAVO FONDEVILA*

INTRODUCCIÓN

Dentro de la filosofía del Derecho argentina de este siglo, es posible distinguir varias corrientes teóricas de gran interés. Entre ellas, cabe destacar el positivismo, que se mantiene como corriente predominante dentro del panorama jurídico desde mediados del siglo XIX hasta la Primera Guerra Mundial¹. En la iusfilosofía, la reacción antipositivista se concreta a través del neokantismo de R. Stammler, cuya influencia en la obra de autores argentinos como E. Martínez Paz, R. Aftalión y Linares Quintana es decisiva. Esta orientación neokantiana, de la mano de A. Sánchez Reulet y Ramón Alsina², llega hasta la década del '40.

* Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrósio L. Gioja", Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires.

¹ José Ingenieros y Carlos O. Bunge pueden ser considerados los representantes más destacados de esta corriente. En lo referente a la iusfilosofía, debemos resaltar, sobre todo, la obra de Bunge. Vid. Kunz, Joseph, *La Filosofía del Derecho Latinoamericana en el Siglo XX*, Lonjeda, Buenos Aires, 1961.

² Alsina ocupó el cargo de profesor titular en la cátedra de Filosofía del Derecho (en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires) hasta su reemplazo por Carlos Cossio.

En esos años, la difusión de la *agología* de Carlos Cossio marca una nueva época en los estudios de filosofía del Derecho en Argentina. No solamente desplaza la tendencia neokantiana, sino también inaugura un período de reflexión iusfilosófica que rompe definitivamente con las tradiciones del siglo pasado.

El surgimiento y el desarrollo de esta doctrina jurídica permite situar en esta década, según creemos, el inicio de la iusfilosofía contemporánea argentina³.

Junto a Cossio, puede destacarse la obra de A. Gioja y S. Soler que conforman la base fundacional de la llamada moderna escuela de Derecho argentina.

En la evolución teórica de dicha escuela, es posible distinguir dos momentos: el primero, caracterizado por una reflexión fenomenológica-existencial del Derecho y el segundo, orientado masivamente hacia el positivismo lógico.

Este trabajo se restringe al primer momento mencionado. En él, nuestro análisis se circunscribe al proyecto fenomenológico expuesto en los primeros textos de Gioja. Se estudia la noción de *derecho precientífico* como concepto que permite pensar a la ciencia del Derecho como una ciencia social de carácter comprensivo. Esta caracterización de la ciencia jurídica va a ser abandonada posteriormente en el desarrollo de esta corriente. De hecho, exceptuando a Gioja, existe dentro de esta dirección teórica una efectiva renuencia a abordar el problema del Derecho o normativo en general, fuera de la óptica de la teoría general del Derecho. Aun cuando se abordan temas estrictamente filosóficos, éstos se relacionan con problemas lógicos o metodológicos, evitando cualquier referencia a la dimensión axiológica u ontológica⁴ de dichas cuestiones.

³ Su influencia no solamente tuvo peso en la Argentina, sino también en el espacio latinoamericano. Aun en nuestros días, en Brasil la filosofía del derecho se muestra receptiva de la *agología*. Posiblemente por influencia de Antonio Machado Neto, representante de la *agología* en ese país. Vid. Atienza, Manuel, *La Filosofía del Derecho Argentina Actual*, Depalma, Buenos Aires, 1984, p. 33.

⁴ Mucho menos, el aspecto histórico.

DESARROLLO

La escuela moderna de Derecho

En la actualidad, puede sostenerse que la moderna escuela argentina de filosofía del Derecho encontró su punto de partida teórico en la década del '40. Recién a partir de la Segunda Guerra Mundial podemos hablar de un crecimiento constante en importancia y relieve a nivel internacional².

En términos históricos, la aparición en el año 1941 de las primeras formulaciones de la teoría egológica³ de Carlos Cossio⁴ sirvió de base para una expansión original e inédita de los estudios de filosofía del Derecho en Argentina. Este notable impulso permitió a las nuevas generaciones, abandonar la antigua tradición iusfilosófica⁵. Sumadas a este panorama, las obras de Ambrosio L. Gioja y Sebastián Saler sirvieron para configurar una primera etapa fundacional de esta escuela, que posteriormente adquirirá un nivel de rigor y cientificidad desconocidos hasta ese momento en la iusfilosofía de nuestro país.

De este modo, en la evolución de esta escuela se pueden distinguir dos grandes etapas históricas. La primera vincula-

² En este aspecto, Jorge Detti sostiene que recién en la década del '30, el análisis de la obra kantiana alcanza un nivel de rigurosidad tal que permite reconocer el comienzo de una mayoría de edad en los estudios filosóficos en Argentina. Cfr. Detti, Jorge, *Los Leños Góncos*, Facultad de Filosofía y Letras, UBA, Buenos Aires, 1992, p. 227.

³ En términos generales, esta concepción sostiene que la norma de una conducta humana es un concepto que a través del proceso jurídico termina por integrar esa conducta. Por lo tanto, la conducta humana es el verdadero objeto del conocimiento jurídico. Vid. Cossio, Carlos, *La Teoría Egológica*, Losada, Buenos Aires, 1944.

⁴ Probablemente, Carlos Cossio haya sido el iusfilósofo de mayor influencia en la Argentina. Fue autor de numerosas obras, entre las que se destacan, *El Concepto Puro de la Revolución*, Bosch, Barcelona, 1936; *La Plenitud del Ordenamiento Jurídico*, Losada, Buenos Aires, 1936; *La Valoración Jurídica y la Ciencia del Derecho*, Losada, Buenos Aires, 1944. Su figura intelectual fue de excepcional importancia en el campo de la iusfilosofía argentina.

⁵ En 1945 ocupa el cargo de titular de la cátedra de Filosofía del Derecho de la Universidad de Buenos Aires, cargo que hasta el momento desempeñaba, como ya señalamos, el neokantiano Ramón Abina.

da al carácter fenomenológico-existencial impreso en sus estudios y la segunda, orientada hacia el positivismo lógico y el *linguistic analysis*.

La orientación fenomenológica-existencial experimentó variadas y distintas progresiones: desde posturas cercanas al marxismo en el caso de Cossio, hasta el positivismo en lo referente a Gioja. En ese sentido, este último autor experimenta a lo largo de su carrera académica una profunda evolución teórica que lo acercará a posiciones de este tipo. Por influencia de sus discípulos y colaboradores comienza a interesarse por la filosofía analítica. De hecho, escribe uno de los primeros trabajos de filosofía analítica en Argentina⁹.

Mientras tanto, la corriente de filosofía analítica de influencia anglosajona se ha transformado actualmente en la tendencia predominante. Las características salientes de esta posición están determinadas por la relación establecida entre filosofía y lenguaje, por una fuerte actitud antimetafísica y una concepción positiva del saber científico¹⁰. A su vez, esta corriente teórica puede dividirse en dos grandes sectores según los factores que los distintos autores prioricen en el acercamiento al análisis lingüístico: por un lado, se encuentran aquellos que desarrollaron una articulación de técnicas lógico-formales en el análisis del lenguaje jurídico; por el otro, los que consideran al análisis de los lenguajes naturales como recurso principal de estudio del Derecho¹¹.

La etapa fenomenológica-existencial

La egiología tiene un crecimiento constante desde los años '40 hasta alcanzar su mayor auge durante el período comprendido entre 1955 y 1966. Este último año significó la desti-

⁹ Vid. Gioja, A. L., *El Postulado Jurídico de la Prohibición*, Valerio Abledo, Buenos Aires, 1964. La trayectoria de Gioja comienza con la obra de C. Cossio, de quien era discípulo destacado.

¹⁰ Vid. Muguerza, Javier, *La Concepción Analítica de la Filosofía*, Alianza, Madrid, 1974, T. 1, p. 24. También vid. Rabossi, Eduardo, *La Filosofía Analítica y la Actividad Filosófica*, Universidad Nacional, La Plata, 1973.

¹¹ Esta distinción pertenece a Manuel Atienza. Cfr. Atienza, Manuel, *op. cit.*, p. 29. Atienza reconoce que no todos los autores de esta corriente pueden ser encajados en estas categorías.

tación de Cossio en la Universidad de Buenos Aires y la introducción de un nuevo tipo de iusfilosofía. Este desplazamiento señala las relaciones que Cossio mantuvo con el peronismo. Su adscripción a este movimiento político le costó sus cargos institucionales y su —prácticamente— proscripción de la Universidad. Recordemos que Gioja (reemplazante de Cossio en la dirección del Instituto) tenía importantes vínculos con el general Aramburu que protagonizó el golpe de Estado de la "Revolución libertadora". Ya desde mucho antes y desde otra posición teórica, Soler argumentaba que la egología servía de fundamento a intereses totalitarios¹².

Gioja, antiguo discípulo de Cossio, influenciado por la fenomenología husserliana y la teoría kelseniana, contribuyó, sin embargo, de manera decisiva al desplazamiento de la egología. En 1947, Gioja comienza a tomar distancia personal e intelectual del creador de la egología. Esta escisión repercute con fuerza en la suerte futura de esta teoría. En ese mismo año, Gioja viaja al extranjero y toma contacto con Kelsen, cuya *Reine Rechtslehre* pasa a difundir en Argentina. Más tarde, sus preferencias teóricas se inclinan por la filosofía analítica. Los principales impulsores de este cambio de intereses teóricos fueron Carlos Alchourrón, Eduardo Rabossi, Genaro Carró y Roberto Vernengo, colaboradores de Gioja en el *Instituto de Filosofía del Derecho*¹³.

Al ocupar Gioja la dirección del *Instituto* que había comenzado a funcionar con Cossio, los estudios kelsenianos reemplazan definitivamente a la egología que comienza, de este modo, a perder influencia.

Este iusfilósofo es uno de los primeros profesores dedicados con exclusividad¹⁴ a las tareas universitarias. Institucionaliza la carrera docente y renueva, por completo, la pedagogía dominante en el área jurídica implantando un sistema de enseñanza personalizada.

¹² Vid. Soler, Sebastián, "Los valores jurídicos", en *Revista Jurídica de Córdoba*, año 1, nro. 2, Córdoba, 1947. Sin embargo, Gioja encarnaba una opción al peronismo diametralmente opuesta a la de Soler.

¹³ Este Instituto fue uno de los primeros centros de estudios e investigaciones jurídicas y sociales en Argentina.

¹⁴ Dicha exclusividad no se debió tanto a una voluntad institucional sino a una desahogada posición económica y a un desacostumbrado interés por los asuntos teóricos.

Al frente del Instituto de Filosofía del Derecho, edita la revista *Notas de Filosofía del Derecho*¹⁵ en la que colaboran numerosos intelectuales y, sobre todo, comienza a registrar los nuevos intereses teóricos de la generación de recambio.

Fenomenología y método

Una dificultad grave concerniente al estudio de la obra de A. Gioja se refiere a la importancia que la enseñanza oral supo revestir en su quehacer teórico. Sobre el punto, dicho magisterio ha sido quizás más importante y fecundo que su obra escrita. Su obra apenas condensa su pensamiento resumido en casi una treintena de artículos, algunas conferencias y notas personales. Sin lugar a dudas, otro problema no menos grave resulta de la discontinuidad y asistemática con que trata ciertos temas de la filosofía del Derecho.

En este sentido, R. Entelman¹⁶ propone sintetizar el proyecto teórico de este autor argumentando que la estructura general de su obra, encierra la intención de construir una ontología jurídica que logre brindar una explicación axiológica de la naturaleza de su objeto.

Esta proyección teórica privilegia el análisis de la problemática jurídica entendida como normatividad social del comportamiento humano. Este análisis se desarrolla mediante la constitución de estructuras teóricas que permitan la objetivación de las conductas humanas y a su vez, a la construcción de una axiología que pueda dar cuenta del comportamiento de ese objeto y de las estructuras objetivantes que realizan su descripción. Esta tarea demanda necesariamente una teoría de valores que acompañe la discusión de las cuestiones ontológicas.

Esta concepción ontológica del Derecho y la elección metodológica que la acompaña puede percibirse ya en los primeros textos de Gioja. Desde su primer trabajo de importancia se revela este proyecto filosófico¹⁷ de influencia husserliana.

¹⁵ Esta revista se publicó entre los años 1964 y 1968. Entre sus colaboradores se encontraba el propio Gioja.

¹⁶ Entelman propone esta sistematización del proyecto teórico de Gioja en el prólogo a *Ideas para una Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, Sucesión de Ambrosio L. Gioja, Buenos Aires, 1973, p. 16 (en adelante, *Ideas*...).

¹⁷ Proyecto en el que puede percibirse también la influencia de Cassirer, por ejemplo, *id.*, Gioja, Ambrosio L., "La arquitectónica del conocimiento

Entonces, nos encontramos frente a una filosofía jurídica que apunta a desarrollar una adecuada teoría de aquellos valores que operan en el terreno de las prácticas jurídicas¹⁸.

La metodología de este proyecto tiene como punto de partida la descripción de la propia experiencia, es decir, de aquellos actos de conciencia que intervienen al producirse una valoración¹⁹. Sobre el problema del fundamento objetivo de la valoración y su relación con la objetividad de la conciencia, Gioja muestra un cambio profundo a lo largo de su evolución teórica. En sus primeros trabajos, consideraba al contenido objetivo de conciencia como centro de despliegue teórico de toda problematización de la experiencia a fin de desentrañar sus principios fundantes.

Esta actitud, nos recuerda Entelman²⁰, de "...intento de captación fenomenológica de la esencia"²¹ es la exigida por Husserl para el despliegue de una filosofía científica.

Derecho precientífico y neutralidad axiológica

Para Gioja, toda ciencia debe comenzar sus estudios por el mundo cotidiano. El análisis del Derecho, entonces, debe comenzar por la expresión del Derecho en la vida cotidiana de

jurídico" (Monografía de adscripción a la cátedra de Filosofía del Derecho en la Universidad de La Plata - 1944), en *Ideas...*, cit., p. 48/63.

¹⁸ Algunos autores consideran que el ejercicio de la facultad de valorar resulta inasible del trato con objetos o seres humanos. Esta opinión no excluye al conocimiento de la valoración: "...la teoría, en medida no menor que la praxis, involucra siempre alguna afirmación". Cfr. Mallandí, Ricardo, "Los tres niveles de la valoración moral", en *Cultura y Conflicto*, Biblos, Buenos Aires, 1984, p. 67.

¹⁹ En este aspecto, su tesis doctoral, titulada "Kant y el Derecho. Algunas ideas sobre Kant y la fundamentación metafísica del Derecho" (en *Ideas...*, cit., T. I, sección 1, p. 23/45) sintetiza la particular recepción que realiza de la obra kantiana en sus estudios juveniles, sirviendo a la vez para señalar el grado de evolución posterior de su trabajo. Sobre el problema de la conciencia en los primeros escritos de Gioja, véase Vandevia, Gustavo, "El kantismo jurídico en los escritos juveniles de A. Gioja", Ponencia presentada en el VIII Congreso Nacional de Filosofía y IV Congreso de la Asociación Filosófica de la República Argentina, Mar del Plata, diciembre de 1996.

²⁰ Cfr. Entelman, Ricardo, en el Prólogo a *Ideas...*, cit., p. 17.

²¹ Cfr. Husserl, Edmund, *Philosophie als strenge Wissenschaft*, Klostermann, Frankfurt/M., 1965, p. 18.

una comunidad y sus órganos, es decir, por aquellas valoraciones de conducta realizadas sobre actos coercitivos que fueron aceptadas por ese grupo humano. Esta instancia, previa a todo enfoque científico, registra los valores que serán neutralizados y objetivados más tarde mediante una *abstracción ideatoria*, que los transforma en objetos de una ciencia jurídica.

Este objeto natural, llamado derecho precientífico, le es dado al científico como material jurídico creado por los legisladores y los jueces. Los sentidos creados por la actividad legislativa y judicial son previos a la función cognoscitiva del conflicto científico. En este punto, es posible reconocer una importante diferencia entre la concepción de Gioja y la de Cassio. La tesis del primero contradice abiertamente la posición egológica. La egología creía que para conocer el Derecho, el jurista debía colocarse en lugar del juez. El juez ahora crea "derecho precientífico", modificando la idea de la creación judicial del Derecho²². Recordemos que antes de la "interpretación hecha por el jurista científico, existía aquel material jurídico en forma de toscos pero efectivos sentidos volitivos, axiológicos, religiosos, etcétera, que imputaban sanciones frente a ciertos hechos"²³. Mediante la interpretación, el científico constituye sentidos objetivos a partir de esos sentidos subjetivos del derecho precientífico. La posibilidad de objetivar los sentidos subjetivos no depende exclusivamente de expresiones significativas. Por ejemplo, el derecho consuetudinario se constituye mediante sentido emanados de cierta habitualidad de las conductas humanas y no de palabras. Sobre este punto, Gioja nos advierte del error de identificar el derecho precientífico de una sociedad determinada con su expresión significativa²⁴.

No puede considerarse que la distinción derecho precientífico-derecho científico corresponde exactamente a las conceptos de norma jurídica y regla jurídica de matriz kelseniana²⁵.

²² Atienza sostiene este punto de vista. Cfr. Atienza, *Manual*, op. cit., p. 36.

²³ Cfr. Gioja, Ambrasio L., "El ser del derecho positivo", *L.L.*, t. 70, p. 888.

²⁴ Cfr. Gioja, Ambrasio L., "El ser...", cit., p. 889.

²⁵ Sobre este punto, nos referimos a la diferencia que Kelsen establece entre *Rechtsnorm* (norma jurídica) y *Rechtssatz* (enunciado jurídico). Vid. Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre*, Deutsche Verlag, Wien, 1967, Cap. III.

Nuestro autor nos previene del siguiente modo: "Convendría denominar normas jurídico-positivas descriptivas o proposiciones normativas jurídico-positivas o, como Kelsen ha propuesto, reglas de Derecho, cuando se apunta a la expresión significativa, y simplemente normas jurídico-positivas cuando se apunta al objeto derecho positivo precientífico o científico"²⁶. Sin embargo, algunos autores creen que la aplicación práctica de estas nociones las acercan bastante a los conceptos mencionados. Atienza, por ejemplo, cree que "...en la utilización práctica que Gioja hace de estos conceptos se identifica, por un lado, norma jurídico-positiva y derecho precientífico, y por otro, reglas jurídico-positivas y derecho científico"²⁷.

El derecho precientífico conforma la base de análisis sobre la que opera el científico. Con el paradigma de la norma jurídico-positiva precientífica "hecha presente en una intuición o tomada de la fantasía, hacemos variar libremente nuestro ejemplo, transformándolo en otras posibles normas semejantes, lo que previa desconexión de toda referencia al mundo, nos deja como residuo una concordancia, que aprehendida activamente nos enfrenta con el eídos puro que buscáramos"²⁸.

El método de la ciencia jurídica no puede ser el de la descripción empírica, porque con ese procedimiento no se puede llegar más lejos que la enumeración de meros datos ocasionales y contingentes. Este riesgo lo evita el descubrimiento de la *Wesen*²⁹. La esencia es lo esencial de los hechos, su "qué" respectivo. Las esencias son posibilidades ideales, en el fondo, sentidos, significaciones.

La esencia de cualquier hecho puede desprenderse mentalmente de éste y ser captada por sí misma en una visión o intuición de esencia. Esta *Wesensschauung* permite trasponer

²⁶ Cfr. Gioja, Ambrosio L., "El ser...", p. 135.

²⁷ Cfr. Atienza, Manuel, *op. cit.*, p. 77.

²⁸ Cfr. Gioja, Ambrosio L., "Algunas ideas para una teoría sobre la construcción jurídica", en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Enrique Martínez Paz*, Ferrat, Buenos Aires, 1957.

²⁹ Vgl. Husserl, Edmund, "Ideen zu einer reinen Phänomenologie und Phänomenologischen Philosophie", en *Husserliana*, Nijhoff, Haag, 1955, III, p. 46.

el hecho en idea a través de un proceso que comienza con una reducción eidética. Esta reducción consiste en dejar de lado, "poner entre paréntesis" (abstención de juicio) los caracteres fácticos que conforman el hecho en cuestión. Esos caracteres son factores subjetivos (del investigador), factores teóricos (teorías previas) y tradiciones (aquello que la historia enseña sobre la cuestión).

Esta figura, que permite separar la esencia de lo accidental, es el método de las variaciones libres que consiste en variar libremente los caracteres del hecho hasta encontrar la invariante que revela la esencia²⁰. La *epoché* o reducción es el primer paso de este procedimiento que nos pone frente a las esencias de los hechos. Las esencias, ya vimos, son sentidos, significaciones. Y estos sentidos refieren a la conciencia que los intenciona, que precisamente les da sentido a los objetos. En efecto, Gioja aclara que "el resultado coherente de la búsqueda de la esencia del Derecho por medio de una reflexión en donde los ojos de la inteligencia pueden contemplar tanto el acto indubitable de vivirlo (*noesis*) como el correlato concienencial de objeto intencional de ese acto... tiene necesariamente que ser la esencia de un acto intencional cualquiera fuera éste, pero no la esencia del objeto Derecho"²¹. Gioja rechaza cualquier identificación de *noema* con objeto, también rechaza cualquier psicologismo que considere al objeto como la vivencia psicológica de un ente. Este autor quiere construir una ontología del Derecho, no una psicología de los hechos jurídicos. El *noema* es el objeto intencional y refiere obviamente a la conciencia que le da sentido a ese objeto.

Todo posible sentido y aun el mundo como sentido supone una subjetividad. Las normas como "unidades de sentido" implican necesariamente una conciencia como campo del dar sentido (*sinngebend*).

A la reducción fenomenológica le corresponde en un segundo momento, una constitución que explicita dicha conciencia. Esa renuncia que aparecía en la *epoché* se acompaña

²⁰ Vid. Husserl, Edmund, *Erfahrung und Urteil*, Classen, Hamburg, 1954, p. 411.

²¹ Cf. Gioja, Ambrasio L., "Algunas ideas...", cit. La cita de Gioja corresponde a Cassio, Carlos, *Teoría de la Verdad Jurídica*, Losada, Buenos Aires, 1954, p. 59.

ahora de una operación constitutiva que señala a la conciencia como fuente de sentido. Todo objeto es objeto de conciencia. La intencionalidad de la conciencia es la constituyente de todo sentido.

En consecuencia, lo que hay no son sino fenómenos, el propio mundo aparece como fenómeno-de-mundo, como un fenómeno de la conciencia. Esta fenomenología es constitutiva del mundo en la medida que consiste en recobrar el sentido de ese mundo perdido en la *epoché*. Por eso, Gioja puede hablar de una fenomenología jurídica como un despliegue del sentido de las valoraciones de las normas, es decir, de una ontología del Derecho. Esto también explica su insistencia por comenzar el análisis de la normatividad jurídica por la experiencia cotidiana de esa normatividad: el mundo recobrado por la fenomenología es el correlato de la subjetividad trascendental.

En este sentido, un desarrollo filosófico de este alcance reclama una metodología que tome a la propia experiencia como punto de partida privilegiado a la hora de describir los actos de conciencia, sus contenidos objetivos, al momento de la valoración frente a determinadas conductas.

Si retomamos ahora la noción de derecho precientífico, constatamos que esta categoría resulta ser una de las categorías fundamentales de esta metodología propuesta para una ciencia jurídica, y puede ser considerada de gran relevancia respecto de los debates más actuales de la iusfilosofía²².

Respecto de esta categoría, Atienza señala que el eje derecho científico-derecho precientífico opera en relación con la costumbre jurídica (por ejemplo, norma jurídica consuetudinaria y regla jurídica consuetudinaria), las distintas formas de validez de dicha costumbre, Atienza explica que esta idea se apoya en que Gioja "...admite la posibilidad de existencia de normas contradictorias (plano precientífico), pero no de proposiciones o reglas contradictorias (plano científico)..."²³. Tam-

²² Me refiero a las similitudes que pueden establecerse entre el concepto de "derecho precientífico" y el husserliano "mundo de la vida". El primero parece ser una aplicación al derecho del segundo. En este sentido, el concepto de "mundo de la vida" es esencial para comprender las actuales teorías de la acción comunicativa. Vid. Habermas, Jürgen, *Theorie des Kommunikativen Handelns*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt AM Main, 1981, I, II.

²³ Cfr. Atienza, Manuel, *op. cit.*, pág. 77.

bién debe tomarse en cuenta que Gioja distingue dos formas de validez: validez de una norma y validez de una regla²⁴.

Esta noción conforma la plataforma teórica de una ciencia del Derecho que se distingue por obtener su objeto del mundo de la experiencia cotidiana. Esta ciencia opera a través de la abstracción o idealización de las formas que reviste su objeto en la práctica social, formas que, según ya vimos, están constituidas por aquellas valoraciones sobre actos coercitivos que rigen la vida cotidiana de una comunidad.

Como es posible observar, éste es un modelo de ciencia social que adquiere un carácter netamente comprensivo. El derecho precientífico debe constituirse a partir de valoraciones aprehendidas a través de la comprensión de expresiones significativas²⁵. Estas permiten fijar la significación jurídica que se les atribuye a determinadas conductas en una sociedad. Esta metodología abre el camino para el desarrollo de una reconstrucción de la perspectiva interna de los actores en una sociedad y para una técnica que permita interpretar la significación, es decir, una hermenéutica. Esta hermenéutica fijaría el sentido de las normas²⁶.

El pasaje de un nivel precientífico a un nivel científico se produce mediante un proceder idealizante. Esquemáticamente podría describirse este procedimiento, diciendo que consiste en la sustitución del carácter valorativo de las normas jurídicas, por un deber ser neutro, cuya significación es extraña a todo valor.

El científico del Derecho, en lugar de trabajar sobre las valoraciones de conductas coercitivas que constituyen el derecho cotidiano, trabaja sobre significaciones teóricas de un deber ser neutro a todo valor de esas conductas²⁷. La resul-

²⁴ Gioja analiza el problema de la validez en un texto de 1961. Cf. Gioja, Ambrosio L., "La validez en el Derecho", en *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, Centro de Derecho y Ciencias Sociales, nro. 78, Buenos Aires, 1960-1961, p. 231.

²⁵ Expresiones que son establecidas por legisladores y jueces.

²⁶ Ya observamos que para Gioja las normas son sentidos que, según nosotros, son susceptibles de interpretación.

²⁷ Cf. Gioja, Ambrosio L., "Algunas ideas...", cit.

tante de la idealización de una norma jurídica precientífica es una norma jurídica científica sin referencia axiológica alguna. "La significación debe ser neutra a valores, y conforme con ello la posibilidad de transmutación de toda norma jurídica precientífica en norma jurídica científica idealizada, ganando así en exactitud y objetividad por la eliminación de las distintas consideraciones axiológicas, plenas de motivos subjetivos que acompañan a las primeras"³⁸.

La dogmática define esta operación³⁹ a partir de la norma fundante que construye epistemológicamente su objeto definiendo el estatuto y el carácter de la ciencia jurídica en cuestión. Esta *Grundnorm* permite operar el pasaje en virtud de constituirse en presupuesto gnoseológico de dicha ciencia⁴⁰. Gioja considera que "la dogmática jurídica consigue dar un paso enorme en una dirección semejante a la de la física galileana cuando transforma la confusa naturaleza de las normas jurídico-positivas así como se dan en su primer estadio social, en un puro nexo teórico con fundamento último en la norma básica presupuesta. Elimina de esta manera de su objeto, posibles sentidos sentimentales, religiosos, políticos, etcétera, que obstaculizan con su carácter subjetivo el afán cognoscitivo de aprehender el objeto con *validez para todos*"⁴¹ (el subrayado es nuestro).

El objeto de la ciencia del Derecho, aunque parte del Derecho tal como se manifiesta en la vida cotidiana, se diferencia claramente de él: derecho precientífico y derecho científico⁴² nunca llegan a confundirse. Dentro de este último se encuentran la ciencia política, la dogmática jurídica, la sociología y la psicología jurídicas.

Según nuestro autor, el Derecho ya tuvo su revolución copernicana y ésta pasó por la construcción epistemológica de

³⁸ Cfr. Gioja, Ambrosio L., "Algunas ideas...", cit.

³⁹ Pasaje del derecho precientífico a derecho científico, es decir, la constitución de la científicidad.

⁴⁰ Para el estudio de la norma fundante básica como presupuesto lógico-transcendental, cfr. Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre*, Deutscher Verlag, Wien, 1967, Cap. V.

⁴¹ Cfr. Gioja, Ambrosio L., "El ser...", cit., p. 883, 1953.

⁴² Gioja desarrolla por primera vez esta distinción en el año 1957.

categorías científicas a partir de la neutralización de los valores implicados en el objeto. Esta operación de constitución de un "deber ser" desprovisto de significación moral, como una categoría del conocimiento jurídico, libre de valores, que se realiza en nuestros tiempos tuvo, según nuestro autor, antecedentes históricos de relevancia⁴³.

El primer antecedente lo registra en la escuela analítica inglesa, que insistía en afirmar que las reglas jurídicas son nada más que órdenes habitualmente obedecidas y que es necesario distinguir entre el Derecho que es y el Derecho que debe ser. La justificación de las normas no tiene ninguna importancia a la hora de la verificación científica.

El segundo antecedente lo sitúa en la aparición del Código de Napoleón. La escuela francesa de la exégesis, derivada de los comentarios del Código, pudo prescindir de la necesidad de recurrir al derecho natural frente a la existencia de ese cuerpo de leyes escritas. Las codificaciones y todo el movimiento de positivación del Derecho implicó una secularización de importantes consecuencias.

El tercer antecedente está representado por la escuela histórica y su máximo representante, F. von Savigny. Para esta corriente, el *espíritu del pueblo* era el soporte de la cultura y del mundo jurídico. El *Volksgeist* se manifestaba en ciertas expresiones, tales como la costumbre, la legislación o la ciencia jurídica de un pueblo, lugares donde se puede alcanzar la naturaleza íntima de lo jurídico. El problema del Derecho los obligó a rechazar cualquier intuición metafísica en favor de intuiciones sensibles cotidianas.

Este último impulso logró separar aún más el trabajo científico descriptivo y clasificatorio de las estimaciones valorativas⁴⁴.

El trabajo definitivo de constitución de la ciencia del Derecho, Gioja lo encuentra en el desarrollo de la categoría de

⁴³ El primero en sostener esta posición fue Hans Kelsen. Vid. Kelsen, Hans, *op. cit.*, pp. 15 y sigs.

⁴⁴ Gioja realiza estas consideraciones junto a la búsqueda de un fundamento histórico del método que abstrae y diferencia los valores en Gioja, Ambrosio L., "Humanismo y Derecho", en *Revista de la Universidad de Buenos Aires*, julio-septiembre, Buenos Aires, 1961, p. 810.

Grundnorm en la *Reine Rechtslehre* de Hans Kelsen. "Esta consiste en un presupuesto mental que el jurista utiliza y con el que consigue juridizar una primera situación fáctica"⁴⁵.

Con el auxilio de esta norma, "...el jurista puede crear, epistemológicamente, reglas jurídicas positivas, cada vez que se presentan los supuestos fácticos que ella menciona en su antecedente. Y las reglas jurídicas positivas que surgen, tienen la curiosa estructura de no predicar valor alguno cuando determinan como debidas a las conductas"⁴⁶.

Esta transformación de las valoraciones constitutivas del Derecho en reglas jurídicas positivas, implica la neutralización de su carga valorativa en un deber ser ideal de carácter puramente lógico (Gioja considera que la mayoría de los problemas de la ciencia del Derecho se derivan de una confusión entre el mundo prescientífico y la esfera científica).

Como es posible observar, el problema de los valores es de gran importancia, al punto que para este autor, es correcto definir la normatividad a partir del establecimiento de juicios que fijan la relación especial que se evidencia entre una conducta humana y un valor. Precisamente, la evidencia es el acto de conciencia fundante del valor y el resultado de la intuición que reconoce y aprehende el valor que le es dado al individuo. Dicha evidencia es el criterio de verificación valorativa⁴⁷. En caso de conflicto de valores, una intuición valorativa intrínseca, un acto de preferencia⁴⁸, revela la preemi-

⁴⁵ Cfr. Gioja, Ambrosio L., "Humanismo...", cit.

⁴⁶ Cfr. Gioja, Ambrosio L., "Humanismo...", cit.

⁴⁷ Cfr. Gioja, Ambrosio L., "La evidencia como criterio y los tres tipos de valoración", en *Ideas...*, cit., T. II, pp. 3762. Conferencia pronunciada en el ciclo de integración universitaria en el departamento de Graduados de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA (1962) sobre el tema *Ética y vida humana - El problema de la conducta*.

⁴⁸ En lo referente al acto de preferencia, Gioja sigue la posición que sobre esta categoría establece F. Brentano. Vid. Brentano, Franz, *Von Ursprung sündlicher Erkenntnis*, Felix Meiner, Hamburg, 1955. Para aquellos pensadores que desarrollaron la denominada "ética material de los valores" la noción de preferencia es fundamental. Esta noción conforma el criterio para reconocer lo moralmente bueno como la coincidencia entre el valor intentado y el valor preferido. Vid. Hartmann, Nicolai, *Der Aufbau der realen Welt*, Gruyter, Berlin, 1949.

nencia de un valor sobre otro a través de la escala jerárquica de valores que rige en una determinada sociedad en un tiempo histórico determinado⁴⁹. La norma se reduce en última instancia a la tarea de determinar la expresión de los distintos valores de una sociedad.

Gioja no niega que la norma tenga un contenido valorativo, pero supone que dicho contenido se encuentra objetivado en la norma y que la neutralidad axiológica impuesta por la norma fundamental la despoja de toda significación valorativa.

Este mecanismo resulta ser de tal importancia para la ciencia del Derecho que Gioja cree encontrar en él, una forma de conocimiento que le permite establecer una distinción definitiva entre derecho positivo y derecho natural.

La controversia entre los partidarios de sendas posiciones pasa habitualmente por las diferentes maneras de entender la existencia y naturaleza del objeto denominado Derecho. Para Gioja, esta discusión debe trasladarse de "...la esfera objeto a la esfera científica"⁵⁰. De esta forma, el planteo tradicional queda centrado ahora en los tipos de conocimiento que nos ofrecen estas posiciones contrapuestas.

Las diferencias entre positivismo e iusnaturalismo no pueden hallarse en su estructura sistemática, en el orden y la correlación lógica de los enunciados. Ambas posturas ofrecen conocimiento, pero las diferencias entre una y otra no se encuentran en la configuración lógica sino en la esfera precientífica.

La distinción entre ambas formas de conocer se descubren en los criterios de verificación que proponen cada una de ellas.

El iusnaturalismo procede de varios modos en su intento de verificar las proposiciones jurídicas enunciadas. De continuo, opera con "...normas generales a las que atribuye origen

⁴⁹ A diferencia de Max Scheller, Gioja desarrolla una posición subjetivista respecto de los valores y relativista en lo concerniente a su validez temporal y espacial. Vid. Scheller, Max, *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik*, 2a. Aufl., Francke Verlag, Bern, 1966.

⁵⁰ Cfr. Gioja, Ambrosio L., "La ciencia jurídica positiva y el iusnaturalismo", *Revista Jurídica de Buenos Aires*, IV, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1962, p. 95.

en determinados órganos legislativos o en ciertas prácticas humanas. La existencia de los actos de expresión significativa de aquellos órganos o la existencia de ciertas costumbres de ese grupo social constituyen, entonces, la prueba adecuada de esas normas⁵¹.

El derecho natural se maneja también con otras normas generales cuyos contenidos de conductas a veces no coinciden con las anteriores y que resultan validadas a través de la existencia de una relación de implicación entre los contenidos de esas normas y otras situaciones especiales. En cualquier caso, resulta claro que el criterio de verificación es una intuición de valor. "Es de total evidencia que el fundamento final de toda proposición normativa no es otro que la intuición de un valor intrínseco, aunque expresamente no se lo diga..."⁵². La intuición sirve entonces, no sólo como criterio de verificación sino también como fundamento directo de las normas generales.

En base a este criterio de verificar la verdad de las proposiciones, el iusnaturalismo distingue entre normas de derecho positivo y normas de derecho natural.

Frente a esto, el positivismo adopta una posición epistemológica diametralmente opuesta. La ciencia jurídica positiva excluye del criterio de verificación, todo recurso a intuiciones valorativas. Para lograr esto, dicha ciencia "...hubo de inclinarse en favor de un proceder idealizante que la autorizase a una estricta comprobación fáctica de sus aseveraciones teóricas"⁵³.

Este proceder implica "...presuponer, por parte del científico, como debiendo ser a toda conducta coercitiva que se hubiera establecido significativamente, por cierta expresión oral o escrita determinada, o que se hubiera establecido, en tanto que análogo, por la realización de ciertas conductas humanas"⁵⁴. Desde ya, esta hipótesis puede ser enunciada explícitamente a la manera kelseniana, pensada bajo la forma de una norma básica del orden jurídico.

⁵¹ Cfr. Gioja, Ambrosio L., "La ciencia...", cit., p. 95.

⁵² Cfr. Gioja, Ambrosio L., "La ciencia...", cit., p. 95.

⁵³ Cfr. Gioja, Ambrosio L., "La ciencia...", cit., p. 95.

⁵⁴ Cfr. Gioja, Ambrosio L., "La ciencia...", cit., p. 95.

Sobre la base de la presuposición de esta norma, el jurista puede aplicar el criterio de verificación sobre reglas o proposiciones jurídicas, únicamente a través de la existencia de situaciones fácticas²⁵.

"Y si bien estas reglas o proposiciones jurídicas, así verificadas, mencionan conductas como debiendo ser sin que este deber ser tenga ninguna connotación axiológica, el orden jurídico resultante de su sistematización a partir de aquella norma básica tendrá o no valor de acuerdo a la utilidad que pueda prestar en la interpretación de las valoraciones intersubjetivas de un grupo de hombres dado"²⁶.

Resumiendo esta posición, podemos decir que el derecho positivo desarrolla un mecanismo de verificación que demanda un proceso de idealización de toda valoración inscrita en una norma. Esta idealización depende de la norma básica, deber ser neutro valorativamente, que permite la constitución de un campo teórico propio de análisis. La verificación se restringe a la constatación de la situación fáctica de la norma en cuestión.

La distinción epistemológica consiste nuevamente en que el positivismo intenta construir una ciencia a partir de enunciados descriptivos, interpretando las normas jurídicas como juicios descriptivos y no como prescripciones. Para el iusnaturalismo, en cambio, los enunciados de la ciencia jurídica son prescriptivos.

Esta diferencia permite señalar en la obra de Gioja, un campo de legalidad sujeto a conocimiento científico y un área de legitimidad que cae fuera del análisis de la ciencia jurídica. Esta distinción legalidad-legitimidad permite hablar de un objeto propio, y en consecuencia, de la posibilidad de una ciencia²⁷.

²⁵ Estas pueden ser la expresión de un juez, legislador o bien, sencillamente la costumbre.

²⁶ Cfr. Gioja, Américo L., "La ciencia...", cit., p. 95.

²⁷ Otro interesante punto de vista sobre este asunto puede encontrarse en Habermas. Vcf. Habermas, Jürgen, "Was ist Legitimat durch Legalitat Möglich?", en *Kritische Justiz*, Frankfurt am Main, 1987, 20, I, 1 - 16. En este texto se analiza el entrelazamiento de derecho, política y moral.

El proceso de idealización faculta a este conocimiento para alcanzar la objetividad necesaria a fin de elevarse al rango de ciencia (por objetividad, Gioja entiende "...la pretensión de ser igual para todo sujeto con el que se enfrenta"⁹⁴).

Esta objetividad es alcanzada mediante meras expresiones significativas que son sentidos subjetivos, en definitiva, derecho precientífico.

Como pudimos observar, Gioja entiende por ciencia aquel conocimiento sistemático que alcanza un nivel de objetividad importante, es decir, validez para todo sujeto humano. Para realizar esta posibilidad, es imprescindible desechar "los objetos de estudio tal como se nos presentan en la vida cotidiana, para enfrentarse con nuevos objetos contruidos sobre la base de aquéllos, pero productos de la actividad racional y a los que se los hace jugar en sustitución de los primeros"⁹⁵.

Nuestro autor considera que las prácticas científicas transforman la realidad en objetos técnicos. Esta epistemología establece firmes analogías entre las distintas ciencias, pero no cree que sea posible determinar un método único. Tampoco cae en los problemas derivados de sostener una posición científica extrema: el derecho es una ciencia que tiene una metodología que le es propia y que no comparte con otras ciencias.

De ningún modo acepta que los procesos de objetivación de las ciencias impliquen necesariamente matematizar la realidad. Tampoco cree que dicha matematización sea el único medio de alcanzar un método racional.

El derecho científico sistematiza mediante la elaboración previa de una norma básica. Esta proposición normativa se convierte en el fundamento de validez último de toda proposición normativa que pertenezca al sistema jurídico en cuestión.

La norma básica nos permite saber qué situación fáctica debe ser aceptada como productora originaria de valores (delegados). De este modo, un presupuesto ficticio, de carácter hipotético, sirve para cambiar el sentido habitual de la no-

⁹⁴ Cfr. Gioja, Ambrosio L., "Aspectos generales del conocimiento científico. El conocimiento científico y la ciencia del Derecho", en *Ideas...*, cit., D. II, sección I, p. 34.

⁹⁵ Cfr. Gioja, Ambrosio L., "La ciencia...", cit., p. 97.

ción de "deber ser". Ahora esta expresión deja de referir a valores para convertirse en un concepto que pone en juego una idea lógica.

En otras palabras, "...si bien la norma básica es un enunciado teórico, lo es únicamente sobre una construcción mental del científico y, en consecuencia, lo por ella aseverado consiste en algo meramente presupuesto como verdadero"⁸⁰.

El contenido⁸¹ de esta norma es variable e histórico.

Para terminar entonces, observamos que la ciencia positiva se constituye siguiendo un doble proceso. Por un lado, considera como conductas debidas sólo aquellas que pueden ser caracterizadas de ese modo por delegación. Por otra parte, la valoración que sirve de fundamento a los hechos delegados es reemplazada por una postulación que modifica el sentido del "deber ser".

Este proceso le permite a la ciencia positiva obtener más objetividad, descartando en los mecanismos de verificación de asertos, todo recurso a intuiciones valorativas. Ahora, la verificación constata simplemente la existencia de situaciones ficticias, expresiones significativas, etcétera.

A su vez, como ya dijimos, la significación antes mencionada expresaba una valoración directa de una comunidad respecto de una norma positiva. Esta perspectiva permite introducir un problema que no abordaremos en este trabajo y que tiene múltiples derivaciones en la obra de Gioja: la legitimación.

En términos generales, nuestro autor coincide en este punto con Max Weber⁸², en que una norma jurídica que carezca del consenso valorativo de la sociedad, con seguridad, no logrará generar obediencia en la población, en última instancia ni siquiera en los jueces.

⁸⁰ Cfr. Gioja, Ambrasio L., "La ciencia...", cit., p. 98.

⁸¹ Es decir, el hecho o los hechos en los que se delegan la determinación de las conductas debidas.

⁸² Vid. Weber, Max, *Staatssoziologie*, Winckelmann, Berlín, 1966. También del mismo autor, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Winckelmann, Tübingen, 1972.

CONCLUSIÓN

Como hemos visto, es posible reconocer en la historia de la filosofía del derecho contemporáneo argentino, varias corrientes teóricas. A partir de la Primera Guerra Mundial, el positivismo se ve desplazado en la discusión teórica por la egología que altera definitivamente el panorama iusfilosófico de este país. La obra de Cozzo, junto a la de Gioja y Soler, permiten hablar del surgimiento de una moderna escuela argentina de filosofía del Derecho.

A su vez, esta escuela transita por dos momentos teóricos bien diferentes. Por un lado, la etapa fenomenológica existencial y por otro, la etapa orientada hacia el positivismo lógico.

Dentro de la primera, la obra de Gioja se muestra fundamental para comprender el proyecto epistemológico de esta fenomenología jurídica.

Por este motivo, se analizó su noción de *derecho precientífico* como categoría-llave que permite instrumentar una ciencia del Derecho, entendida como una ciencia social de carácter comprensivo. Es decir, una hermenéutica que fija el sentido de las normas. También se reconstruyeron las raíces husserlianas de este pensamiento y su influencia en esta concepción del mundo normativo.

En resumen, la categoría mencionada abre paso al método de abstracción identitaria que opera el pasaje de un nivel precientífico al nivel científico. Esta metodología neutraliza el valor contenido en la norma transformándola en norma científica sin referente axiológico alguno. Este pasaje está diseñado desde una norma básica, presupuesto hipotético fundamental que permite el pasaje en cuestión.

En definitiva, en esta articulación teórica, Gioja cifra todas las posibilidades científicas del estudio del Derecho.

UNIVERSITARIAS

LOS DERECHOS HUMANOS CÓMO UN IDEAL SOCIAL*

Owen M. Fiss**

Argentina, 1976: Ante el creciente desorden social y la violencia, un grupo de generales depuso al gobierno de Isabel Perón, y lanzó su "guerra sucia" contra la izquierda —una brutal operación militar que incluyó secuestros, violaciones, torturas, asesinatos y resultó en la muerte o desaparición de

* El presente trabajo será editado también en Alemania, en inglés, en una publicación especial en homenaje a Eugenio Buligyn.

** Owen Fiss es profesor de Derecho en la Universidad de Yale, Estados Unidos. Estudió en la Universidad de Dartmouth e hizo doctorados en Oxford, Inglaterra (1961) y Harvard (1964). Fue secretario de Thurgood Marshall, quien fuera juez de la Cámara de Apelaciones, y más tarde de William J. Brennan en la Corte Suprema de Estados Unidos. Integró la División de Derechos Civiles del Departamento de Justicia de Estados Unidos. En 1968 comenzó a enseñar en la Universidad de Chicago hasta que en 1974 se volvió a Yale.

Resume su interés por la Argentina de esta manera: "A través de mi carrera he estado interesado en el derecho constitucional, específicamente lo referido a la protección de las minorías y la libertad de expresión. Hasta 1965, mis preocupaciones estaban centradas en el sistema legal norteamericano, pero en ese año fui invitado por el gobierno argentino para visitar el país y observar los juicios que se estaban llevando a cabo por las violaciones a los derechos humanos. Desde ese momento he desarrollado profundas relaciones personales y profesionales con Argentina. Visité el país todos los años, y en el curso de esta última década celebré en la organización de programas de intercambio. Estos incluyen tanto a alumnos como profesores de Yale y de Buenos Aires. Algunos de mis amigos sospechan que tengo doble ciudadanía".

cho, entendiéndolo como un ideal social más que como una demanda legal. A pesar de que no debemos minimizar el rol del Estado generando ideales a través de la adopción de una constitución, la promulgación de una ley, o una serie de decisiones judiciales, deberíamos también reconocer que la causalidad funciona también en la dirección inversa. Los ideales sociales han dado lugar a las demandas legales y a veces dotan a esas peticiones con especial fuerza y potencia.

Hay muchas lecciones para extraer de la experiencia argentina, pero la más interesante es el rol de los derechos humanos como ideales sociales. A diferencia de los derechos que típicamente se encuentran en los sistemas jurídicos, los derechos humanos se extienden por el mundo, definiendo un bien universal, por tener su fuente en nuestra humanidad común. Como ideales, encarnan nuestras aspiraciones universales y, de este modo, constituyen una cultura. Sirven como base para el diálogo y la crítica, dentro de nuestra nación y más allá de ella. A veces, los derechos humanos pueden dar lugar a demandas legales a nivel nacional o en la esfera internacional a través de tratados internacionales. Sin embargo, cuando eso sucede, no pueden ser confundidos con su encuadramiento legal. En estos casos, los derechos humanos conservan su existencia autónoma —persisten como ideales sociales— y proveen la energía moral necesaria para hacer cumplir las demandas que provocaron.

Demasiado frecuentemente, esta cultura de los derechos humanos es ignorada, al igual que el bien que promueven. Frente a este hecho, muchos defensores de los derechos humanos reconocen el rol de éstos como ideales sociales, pero lamentan el hecho de que no sean tratados solamente como demandas legales. Lamentan que exista una brecha entre los derechos humanos como ideales y los derechos humanos como demandas legales y ven esta brecha como una desafortunada consecuencia de la ausencia de un órgano que pueda hacer respetar los derechos humanos en una escala global.

Mi perspectiva es justamente la contraria. Yo también quiero que los derechos humanos sean respetados en todo el mundo y que de este modo les sea dado reconocimiento legal. Sin embargo, creo que la dimensión de ideal social de los derechos humanos es una de sus características más atractivas. Considerar a los derechos humanos como ideales sociales, trascendiendo el orden legal existente, nos permite

Como muchos abogados, antes veía a los derechos humanos básicamente como "demandas", como reclamos de lo que nos corresponde recibir de otros y, aún más significativamente, lo que algunos órganos del gobierno deben hacer cumplir a través de sus poderes coercitivos. Como demandas, los derechos humanos diferían de aquellos derechos a los que estamos acostumbrados, por tener un alcance global. Pero supuse que, como demandas, los derechos humanos operaban, en gran parte, de la misma manera que el resto de los derechos sustentados en las leyes locales: la violación de uno de los derechos enumerados serviría como justificación jurídica para que el Estado ejerciera sus poderes coercitivos. El juicio de Argentina me hizo pensar, sin embargo, que una dinámica más sutil estaba en juego y que sería mejor si los derechos humanos fueran vistos más como un ideal social que como demandas.

A nivel local, algunos derechos operan en ambas direcciones: como demandas y como ideales sociales. Por ejemplo, el derecho a no ser discriminado racialmente —uno de los pilares del sistema jurídico de los Estados Unidos— tiene ese doble carácter. Este derecho faculta a todos los ciudadanos norteamericanos a ser tratados sin prejuicios y a demandar del Estado el uso de su poder para garantizar esa expectativa. Sin embargo, ese derecho también juega un rol importante en nuestra cultura política: define la concepción de lo bueno de nuestra nación, y proyecta un entendimiento de la comunidad ideal, específicamente una comunidad en la cual todas las personas gozan de igual respeto, sin importar el color de su piel. Visto desde esta perspectiva, el derecho a no ser discriminado debe ser entendido como referido no sólo a una demanda que debe ser satisfecha por el Estado, sino también como un ideal que puede estructurar todas nuestras interacciones sociales.

El ideal promovido por un derecho dado, como el derecho a no ser discriminado racialmente, puede, por supuesto, tener su origen histórico en la voluntad real del Estado de satisfacer ciertas demandas. En efecto, el derecho puede ser nutrido y fortalecido por frecuentes y vigorosos ejercicios de poder estatal en su nombre. Pero aun en esos casos el ideal no se limita a la demanda legal; aun si cada una de las leyes que protegen el derecho a no ser discriminado fuera rechazada, los norteamericanos todavía podríamos invocar ese dere-

cho, entendiéndolo como un ideal social más que como una demanda legal. A pesar de que no debemos minimizar el rol del Estado generando ideales a través de la adopción de una constitución, la promulgación de una ley, o una serie de decisiones judiciales, deberíamos también reconocer que la causalidad funciona también en la dirección inversa. Los ideales sociales han dado lugar a las demandas legales y a veces dotan a esas peticiones con especial fuerza y potencia.

Hay muchas lecciones para extraer de la experiencia argentina, pero la más interesante es el rol de los derechos humanos como ideales sociales. A diferencia de los derechos que típicamente se encuentran en los sistemas jurídicos, los derechos humanos se extienden por el mundo, definiendo un bien universal, por tener su fuente en nuestra humanidad común. Como ideales, encarnan nuestras aspiraciones universales y, de este modo, constituyen una cultura. Sirven como base para el diálogo y la crítica, dentro de nuestra nación y más allá de ella. A veces, los derechos humanos pueden dar lugar a demandas legales a nivel nacional o en la esfera internacional a través de tratados internacionales. Sin embargo, cuando eso sucede, no pueden ser confundidos con su encuadramiento legal. En estos casos, los derechos humanos conservan su existencia autónoma —persisten como ideales sociales— y proveen la energía moral necesaria para hacer cumplir las demandas que provocaron.

Demasiado frecuentemente, esta cultura de los derechos humanos es ignorada, al igual que el bien que promueven. Frente a este hecho, muchos defensores de los derechos humanos reconocen el rol de éstos como ideales sociales, pero lamentan el hecho de que no sean tratados solamente como demandas legales. Lamentan que exista una brecha entre los derechos humanos como ideales y los derechos humanos como demandas legales y ven esta brecha como una desafortunada consecuencia de la ausencia de un órgano que pueda hacer respetar los derechos humanos en una escala global.

Mi perspectiva es justamente la contraria. Yo también quiero que los derechos humanos sean respetados en todo el mundo y que de este modo les sea dado reconocimiento legal. Sin embargo, creo que la dimensión de ideal social de los derechos humanos es una de sus características más atractivas. Considerar a los derechos humanos como ideales sociales, trascendiendo el orden legal existente, nos permite

usar esos derechos como un estándar independiente por el cual juzgar todas las prácticas sociales, incluyendo el Derecho, y aun aquellas leyes que pretenden transformar los derechos humanos en demandas legales. Como ideales sociales, los derechos humanos pueden conducir al derecho a la creación o reconocimiento de ciertas demandas como una cuestión de derecho positivo, tanto internacional como interno y, sin embargo, siempre van a estar separados del mundo tal como sucede en el presente. Sirven así como un estándar para evaluar qué es y como un recordatorio de lo que puede ser.

En Argentina, los derechos humanos no funcionaron como demandas, sino como ideales. Los derechos humanos no sirvieron para anular la Ley de Autoamnistía; esa ley fue rechazada por el Congreso electo en su primer acto votado por unanimidad. Los militares no fueron condenados por violaciones a los derechos humanos, como lo habrían sido si éstos fueran entendidos como demandas. Los generales fueron enjuiciados por violaciones al Código Penal argentino meticulosamente aplicado por el tribunal a cargo del proceso. Pero los derechos humanos fueron un factor crucial en esos eventos: le dieron al Congreso una razón para reexaminar la Ley de Autoamnistía y movilizaron el apoyo popular para condenar las acciones criminales.

A pesar de que las fuerzas armadas fueron humilladas por la derrota de Malvinas, los generales fueron enjuiciados en un momento en que todavía eran una poderosa y autónoma fuerza dentro de la sociedad argentina; la lealtad dentro de la fuerza era más firme que nunca. El único poder del que el presidente Alfonsín podía disponer era de tipo moral y popular. El compromiso de la gente, y el suyo propio con los derechos humanos, habían generado, en gran parte, ese poder. Para los argentinos, los militares habían violado no sólo sus propias leyes, sino también derechos humanos básicos y, por esa razón, debían ser juzgados. Los derechos humanos fueron la causa para la aplicación de la ley positiva.

Como ideales sociales, los derechos humanos no se autocontienen, pero frecuentemente son apoyados por los mismos procedimientos que ellos motivan y regulan. Esto también ocurrió en Argentina. El juicio de los generales expuso públicamente sus prácticas y ayudó a definir el límite que ningún gobierno debe sobrepasar. El juicio comenzó ante un tribunal militar que condujo sus procedimientos a puertas cerradas,

pero cuando el tribunal se negó a seguir adelante con él, la jurisdicción pasó a la Cámara Federal de Apelaciones.

El juicio fue público. Fue llevado a cabo en el centro de Buenos Aires y seguido por un público numeroso; la gente esperaba en fila afuera de los tribunales para poder ingresar. El juicio fue también enteramente cubierto por los medios de prensa, y los testimonios de cada día estaban en boca de todos. Partes del juicio fueron televisadas, y, a pesar de que estas transmisiones eran sin sonido por orden del tribunal, una transcripción completa del proceso aparecía diariamente en uno de los periódicos locales. De esta manera, se les permitió a los argentinos ver el horror de lo que se habían hecho a sí mismos, y fortaleció la idea de sujetarse a una serie de normas que trascendían la ley positiva.

El juicio no fue la única lección pública sobre derechos humanos. De alguna manera, la publicación del *Nunca Más* —el informe de la Comisión nombrada por el presidente Alfonsín para investigar y reportar las violaciones a los derechos humanos— también cumplió una misión similar. Desde el comienzo, el libro fue un verdadero *best-seller*. Sin embargo, los testimonios del proceso, y los precisos y meticulosos métodos del tribunal, atraerón hacia el juicio la atención del pueblo y llamaron a la conciencia pública de una forma que el *Nunca Más* no pudo lograr. El fallo de la Cámara de Apelaciones confirmó los ideales implícitos en la demanda por el respeto de los derechos humanos, y le dio a aquéllos un especial vigor.

Fortalecido por los juicios públicos y las condenas, el compromiso con los derechos humanos —simplemente como ideales sociales— también actuó como un límite en los eventos políticos que pronto se desarrollarían. En el año siguiente al fallo de la Cámara de Apelaciones, sólo alrededor de cuarenta procesos se iniciaron. Algunos observadores estimaron que podrían haberse llevado ante los tribunales alrededor de mil quinientos casos. Temerosa de que las acusaciones criminales duraran para siempre, manteniendo al país encerrado en el pasado, e interfiriendo con la búsqueda de otras políticas públicas, la administración de Alfonsín hizo un esfuerzo para cerrar de alguna manera su programa de derechos humanos. En diciembre de 1986, se dictó una ley requiriendo que todas las causas que se iniciaran de ahí en más comenzaran dentro de los siguientes sesenta días. Al principio, esta

medida fue denunciada por algunos activistas de derechos humanos, quienes la veían como una estrategia para limitar los enjuiciamientos, pero en realidad la ley tuvo el efecto de incrementar el número de causas rápidamente. Hacia fines de febrero de 1987, fueron iniciadas más de cuatrocientas causas en todo el país, muchas contra oficiales de mediano rango.

En respuesta a ese aumento súbito de causas, el malestar dentro de las Fuerzas Armadas creció y en abril de 1987, unos pocos días antes de Pascuas, los militares se rebelaron. Los oficiales rechazaron individualmente las citaciones de los juzgados donde debían declarar; en varios lugares desobedecieron a sus superiores, tomaron los cuarteles y usaron las armas que tenían en su poder, incluyendo tanques. Pero, esta vez, a diferencia de lo que había sucedido en 1976, los militares sediciosos se encontraron con una enorme resistencia de parte del pueblo argentino. Alrededor de cuatrocientos mil ciudadanos tomaron las calles de Buenos Aires para defender al gobierno, transformando en un motín lo que en otros tiempos se habría convertido en un golpe de Estado. Esto también fue un tributo a la fuerza movilizadora de los derechos humanos como un ideal social.

El presidente Alfonsín y el jefe del Ejército, tenían un control nominal sobre los militares, pero fueron incapaces de organizar a las fuerzas bajo su mando para reprimir el motín y restaurar el orden en los cuarteles rebeldes. Se debieron hacer concesiones. El resultado fue una ley dictada en junio de 1987, conocida como "Ley de Obediencia Debida". Esta estableció la presunción de que durante la dictadura todos los oficiales de rango menor al de teniente habían seguido órdenes de sus superiores y por lo tanto no eran, de acuerdo a la ley argentina, personalmente responsables por sus acciones.

La Ley de Obediencia Debida fue respetada por todas las partes, pero no silenció a aquellos que invocaron el ideal de los derechos humanos. En efecto, debido a que los derechos humanos eran un ideal que trascendió la ley positiva, ellos fueron vigorosamente usados para criticar la decisión del Presidente y la misma Ley de Obediencia Debida. La acusación consistió en que Alfonsín había traicionado los mismos ideales por los que propugnaba, no en que había actuado ilegalmente.

Más tarde, los problemas de la economía argentina desplazaron los problemas referidos a los derechos humanos. Desde un principio, el presidente Alfonsín fue asediado por los problemas económicos heredados, específicamente la inflación y una pesada deuda externa contraída por la dictadura (desde 1976 a 1983 la deuda externa se incrementó de 6.000 millones de dólares a más de 45.000). Alfonsín recurrió primero a un control de precios y salarios para luchar contra la inflación y tuvo algún éxito inicial. En junio de 1985, en el medio de los juicios, anunció el "Plan Austral", que incluyó un programa de estabilización y un acuerdo de refinanciamiento de la deuda externa.

Hacia 1987, sin embargo, la situación se había deteriorado. La inflación empezó a aumentar y por abril de 1988 el pago de la deuda fue suspendido. En agosto de 1988 se anunció un nuevo plan de estabilización ("el Plan Primavera"), el cual tuvo también algún éxito inicial reduciendo la inflación; sin embargo éste duró muy poco, menos aún que el Plan Austral. Hacia febrero de 1989, el país entró en un período hiperinflacionario, en el cual los precios subieron dramáticamente, llegando la inflación anual al 2.000%. El impacto en la sociedad argentina fue severo, y pronto la corrida inflacionaria tuvo efectos políticos, específicamente en las elecciones que tuvieron lugar en mayo de 1989.

De acuerdo con los términos de la Constitución argentina (la cual, en ese momento establecía un único período de 6 años para el Presidente), Alfonsín no se encontraba en condiciones de ser nuevamente elegido. El candidato del Partido Radical, Eduardo Angeloz, trató de distanciarse de las políticas económicas de Alfonsín, pero falló en los resultados, y fue claramente derrotado por el candidato del Partido Peronista, Carlos Menem. Menem debía hacerse cargo del gobierno en diciembre de 1989. Una ordenada sucesión de un presidente electo por otro era entendida por muchos como uno de los grandes logros de la administración de Alfonsín —lo cual no había tenido lugar en Argentina desde la década del '30—, pero la creciente hiperinflación hizo que eso fuera imposible. Como los precios aumentaban y aumentaban, se desataron saqueos en todo el país con la finalidad de obtener alimentos. El 30 de junio, el presidente Alfonsín anunció en cadena nacional que había decidido pasar inmediatamente la presidencia a Carlos Menem. Menem asumió en julio.

Desde siempre, los obreros fueron la principal fuente de apoyo del Partido Peronista. Menem hizo su campaña con una plataforma peronista tradicional, aludiendo a una posible moratoria en la deuda externa y a grandes aumentos salariales para los trabajadores. Sin embargo, una vez en el poder, tomó un rumbo totalmente diferente y anunció su intención de reestructurar la economía de acuerdo a los lineamientos del neoliberalismo. El núcleo central de este programa, fue la privatización de muchas de las empresas estatales, incluyendo las aerolíneas, la compañía de teléfonos, los servicios públicos, y la industria del petróleo. De hecho, la labor de reestructurar la economía y controlar la inflación fue más dificultosa de lo que Menem imaginaba. El también soportó dos brotes hiperinflacionarios —uno en la primera parte de 1990 y otro en 1991—, pero hacia 1992, con el nombramiento de Domingo Cavallo como ministro de Economía, logró controlar la situación, al menos de acuerdo a los estándares norteamericanos. El desempleo creció alrededor del 10% en Buenos Aires, y hubo un deterioro en la prestación de servicios públicos. Pero la inflación fue reducida a niveles tolerables, y Menem pudo completar el programa de privatización, que le permitió reducir el déficit y cumplir con el pago de la deuda externa.

En la esfera económica, Menem logró resultados que le fueron esquivos a Alfonsín. En el campo de los derechos humanos el contraste fue más notable. El Presidente buscó borrar los logros de la administración anterior. Al término del gobierno de Alfonsín, había quince oficiales con condena y otros cuarenta casos de violaciones a los derechos humanos durante la "guerra sucia" bajo proceso. Tan pronto como le fue transferido el poder, Menem dejó entrever la idea de indultar a los generales y, de hecho, intentó convencer a Alfonsín de que ambos firmaran los indultos. Sin embargo, cuando Alfonsín se negó a ello, Menem tomó la empresa en sus propias manos.

La primera ola de indultos llegó en octubre de 1989. Alcanzó a todos los casos aún en proceso, tanto los de los oficiales que habían cometido crímenes durante la "guerra sucia", como los de aquellos que habían participado en los motines de Semana Santa de 1987 y los otros dos que tuvieron lugar durante el resto del mandato de Alfonsín. A comienzos de diciembre de 1990, Menem también debió afrontar un motín

del mismo grupo de oficiales rebeldes —ahora conocidos como "carapintadas"—. A diferencia de Alfonsín, Menem pudo hacer uso de tropas leales para terminar con el alzamiento y restituir el orden. Sin embargo, el Presidente no tenía aún la economía bajo control y necesitaba el apoyo de sectores de la población leales a los militares. Por ello, el 29 de diciembre de 1990, enfrentó el legado de Alfonsín: Menem indultó a todos aquellos que ya habían sido condenados, incluyendo los cinco generales que estaban presos como resultado del histórico juicio de 1985.

El compromiso con los derechos humanos que había impulsado el juicio, y que se había visto asimismo alimentado por aquél, fue muy débil para evitar que el presidente Menem tomara la decisión que finalmente adoptó. No obstante, ello no significó que el ideal no tuviera efectos en el mundo real. Los derechos humanos fueron una fuente crucial de resistencia a los indultos propuestos y, cuando finalmente fueron concedidos, precisamente porque no debían ser considerados como una demanda, sino como un ideal social, sirvieron como fundamento de la crítica a lo que se había hecho. Algunos discutieron sobre si el Presidente había actuado conforme a sus poderes constitucionales en cuanto a la paralización de los procesos que aún no tenían condena, pero la mayor parte de los críticos arribaron a la conclusión de que la acción presidencial con respecto a esos procesos estaba autorizada. El problema, creían, era que este poder no debía ser usado respecto de crímenes tan atroces que constituían violaciones a los derechos humanos. Una vez más, así como cuando Alfonsín hizo dictar la Ley de Obediencia Debida en junio de 1987, los derechos humanos se convirtieron en un estándar de crítica y juicio, y cumplieron esta función porque se apartaron del derecho positivo. Los derechos humanos no fueron demandas anuladas de alguna manera por los indultos, sino, más bien, ideales para juzgarlos.

Mi punto de vista acerca de los derechos humanos como ideales sociales, tan decisivamente influenciado por estos hechos, no debe ser visto como una especie de teoría de "derecho natural". Como los naturalistas, rechazo la idea de derechos en términos meramente positivistas: los derechos enunciados y puestos en vigencia por el Estado, no agotan lo que los individuos pueden demandar como aquello que les corresponde. Mi rechazo del positivismo no es menos intenso

cuando la ley en cuestión emana de una organización internacional (por ejemplo, las Naciones Unidas), que cuando emana de un Estado nacional (ya sea Estados Unidos o Argentina). Difiero de los teóricos del derecho natural en dos aspectos importantes. Primero, no veo a los derechos humanos como teniendo un encuadre formal: no fueron ellos la figura legal en base a la cual se juzgó a la Junta. Tampoco anularon por sí solos la autoamnistía, la Ley de Obediencia Debida de Alfonsín o los indultos de Menem. Más bien, se mantuvieron aparte y por encima de la ley, y proveyeron razones para actuar y estándares por los cuales todos esos actos oficiales pueden ser atacados. Segundo, creo que los derechos humanos pueden operar de esta manera —como ideales sociales—, sin hacer una apelación directa a los principales principios filosóficos. Los derechos humanos no deben ser vistos como conclusiones filosóficas, sino más bien como medios a través de los cuales la gente define la cultura en la que quiere vivir. En el caso de Argentina, la gente reclamó en favor de la libertad y en contra de los arrestos y torturas, como algo que les es debido —como sus derechos humanos— sobre la base de su comprensión de los términos de una política liberal y democrática.

En suma, rechazo tanto el restrictivo positivismo, como la aproximación clásica de la ley natural con el argumento de que ambas teorías fallan en la descripción de la manera en que los derechos humanos funcionan actualmente en una cultura política concreta. Esta visión de los derechos humanos, como estándares para criticar y transformar las estructuras políticas y legales, quizá nos permita trascender o evitar las disputas familiares que han dividido a los filósofos del Derecho —positivismo contra derecho natural—, pero no resuelve todos los problemas conceptuales o teóricos referentes a esos debates. Específicamente, debemos confrontar muchos de los mismos problemas intelectuales que frecuentemente frustran la visión de los derechos humanos como determinadas demandas legales: ¿cuáles fuentes autorizadas dan sustento y elevan a los derechos humanos? ¿De qué derechos son titulares todos los individuos simplemente en virtud de su humanidad? ¿Cuál es el alcance de estos derechos?

Estas eran las cuestiones debatidas en los '80 en la Argentina en los diarios, en debates políticos, y en los salones tanto de la justicia, como de los cafés. Aquellos que dieron el



apero al juicio de Argentina, o que criticaron la Ley de Obediencia Debida de Alfonsín o los indultos de Menem, estaban movidos por la creencia —no simplemente teórica o mítica— de que *hay* derechos humanos, y que esos derechos humanos fueron brutalmente violados por los militares. Ellos actuaron basándose en la idea de que esta creencia era verdadera, y tuvieron que explicarla a aquellos que defendían a los militares y a la “guerra sucia”. Tuvieron que demostrar que *hay* derechos humanos.

Al valorar la carga de este desafío en particular, y determinar si puede alguna vez ser realizado, debe recordarse que establecer la verdad de un ideal social es radicalmente diferente a establecer la verdad de una demanda que es presentada e implementada por el Estado. Debido a que una demanda debe proveer la justificación para un acto de parte del Estado, que es siempre concreto y a veces repentino y decisivo, los métodos para establecer su verdad deben ser puntualmente determinados. En contraste, la búsqueda de la verdad en la esfera de los ideales es casi conversacional. No siendo infinita, contempla un proceso de deliberación y discusión que arriba a sus conclusiones, a través de pequeños, pero firmes incrementos.

NOVEDADES ABELEDO-PERROT

- ACHÁVAL, Alfredo, *Muerte Súbita*, Una forma de morir, 1 tomo, 112 páginas.
- AGUIÑES, Ana María M. de, *Control de Sociedades*, 1 tomo, 184 páginas.
- ALEMANN, Roberto T. - AROCENA OLIVERA, Enrique - BALDINELLI, Elvio - BIDART CAMPOS, Germán J. - BUSCAGLIA, Adolfo E. - DAGNINO PASTORE, José M. - DE PABLO, Juan Carlos - MARTIRENA-MANTEL, Ana M. - VILLANUEVA, Javier, *Comercio Internacional, Dirección y Evolución Moderna*, En Homenaje al doctor Federico Pinado, 1 tomo, 224 páginas.
- ALSINA, Mario A. - BASALDÚA, Ricardo Xavier - COTTER MOINE, Juan Patricia, *Código Aduanero*, Tomo III, comentarios, antecedentes, concordancias, Artículos 466 a 584, 1 tomo, 816 páginas.
- ALTERINI, Adhía A. - AMEAL, Oscar J. - LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Derecho de Obligaciones, Civil y Comercial*, 1 tomo, 904 páginas, reimpresión.
- ALTERINI, Adhía Anibal - LÓPEZ CABANA, Roberto M. (Directores), *Evolutiva de la Responsabilidad Civil*, Tomo I, Letras A y B. (Obra proyectada en cinco tomos), 1 tomo, 816 páginas.
- ÁLVAREZ TRONCÉ, Manuel, *Técnicas de Negociación para Abogados*, prólogo de Julio César Cueto Rúa, 1 tomo, 112 páginas.
- ARNAUD, Vicente G., *Mercosur, Unión Europea, Nueva y los Procesos de Integración Regional*, 1 tomo, 484 páginas.
- BARRA, Rodolfo C., *La Protección Constitucional del Derecho a la Vida*, 1 tomo, 184 páginas.
- BERNALDI, José Félix - MONTEVERDI, Pablo, *Ensayos científicos. Aspectos Jurídicos y Médico-Legales. Justificación de la represión del Estado*, Acciones que resultan reprimidas. Agente crecientemente Menores. En Apéndice: Características de las especies vegetales. Acuerdo sudamericano sobre ensayamientos y psicofármacos. Legislación, 1 tomo, 216 páginas.
- BIDEGAIN, Carlos M., *Curso de Derecho Constitucional*, Tomo IV, 1 tomo, 416 páginas.
- CAMMISA, Delia M. - TEIXIDÓ, Alicia B. - SÁNCHEZ, Sandra M., *Diccionario Bilingüe de Terminología Jurídica. Español-Francés / Francés-Español*, 1 tomo, 328 páginas.
- CARRIÓ, Alejandro, *La Corte Suprema y su Independencia*, Un análisis a través de la historia, con la colaboración de Alberto F. Garay, 1 tomo, 232 páginas.
- CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Tomo I, quinta edición con las modificaciones introducidas por la reforma constitucional de 1994, 1 tomo, 472 páginas.
- CENTANARIO, Esteban (B), *Qué es el Comercio*, prólogo de José María Gastaldí, 1 tomo, 176 páginas.
- CHALLÚ, Pablo - LEVÍS, Mirta, *Adaptación de la Ley Argentina de Patentes al GATT*, 1 tomo, 104 páginas.
- COMADIRA, Julio R., *Procedimientos Administrativo y Denuncia de Regimidad*, 1 tomo, 176 páginas.

NOVEDADES ABELEDO-FERROT

- CRACONINA, Dante, *Teoría y Realidad del Derecho*, 1 tomo, 144 páginas.**
- CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA**, incluye CD-ROM. Legislación complementaria e índices bajo la supervisión de Roberto E. Greco, 1 tomo, 1224 páginas, trigésimo cuarta edición actualizada.
- CÓDIGO PENAL DE LA NACIÓN ARGENTINA**, Edición conforme al texto ordenado por el decreto 3992/84 y su Fe de Erratas del 19-III-85, con sus posteriores modificaciones, bajo la supervisión del doctor Mario I. Chichizola. En Apéndice: leyes complementarias, 1 tomo, 264 páginas, vigésima novena edición.
- D'ALBORA, Francisco J., *Código Procesal Penal de la Nación*, ley 23.984. Modificada y complementada por las leyes 24.050, 24.091, 24.121, 24.131, 24.132 y 24.390. Anotado, comentado y concordado, 1 tomo, 324 páginas, segunda edición corregida, ampliada y actualizada.**
- DE DIEGO, Julián A., *Manual de Riesgos del Trabajo*, incluye CD-ROM, 1 tomo, 576 páginas, segunda edición actualizada.**
- DE LORENZO, Miguel F., *El Dato Injuro en la Responsabilidad Civil*, 1 tomo, 120 páginas.**
- FALCÓN, Enrique M., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*. Tomo V. Anotado, concordado y comentado. Actualización temática del Derecho Procesal. Nuevas figuras procesales. Intereses dilatos. Mediación y conciliación, audiencia preliminar, ejecución, hipotecaria. Legislación. Jurisprudencia. Doctrina y el proceso en la Constitución Nacional, 1 tomo, 400 páginas.**
- FALCÓN, Enrique M., *Hábeas Data, Concepto y Procedimiento*, 1 tomo, 104 páginas.**
- FELISTON DE CÁRDENAS, Sara - LEONARDI DE HERBÓN, Hebe, *Cómo y Cuándo Demandar a un Estado Extranjero*, prólogo de Adolfo Anibal Alberini, 1 tomo, 112 páginas.**
- GAGLIARDO, Mariano, *Sociedades en el Mercosur*, 1 tomo, 128 páginas.**
- GARRER, Carlos A., *La Mediación Funcional*, prólogo de Julio César Cueto Rúa, 1 tomo, 176 páginas.**
- GARRONE, José Alberto - CASTRO SAMMARTINO, María E., *Manual de Derecho Comercial*, 1 tomo, 1168 páginas, segunda edición revisada, ampliada y actualizada.**
- GATTI, Edmundo, *Propiedad y Dominio, Origen - Concepto - Caracteres - Terminología*, 1 tomo, 112 páginas.**
- GOLDENBERG, Isidoro H. - TOBIÁS, José W., *Colección: Reformar el Código Civil - Nº 1 - "Parte General"*. Directores: Adolfo Anibal Alberini y Roberto M. López Cabrera. Con la colaboración de Miguel Federico De Lorenzo, 1 tomo, 416 páginas.**
- JARACH, Dina, *Finanzas Públicas y Derecho Tributario*, 1 tomo, 1024 páginas, segunda edición.**
- JÓLD, Carlos - YENAS, Jorge P., *Proceso Penal Federal*, 1 tomo, 512 páginas, segunda edición ampliada y actualizada.**

NOVEDADES ABELEDO-PERROT

- JURISPRUDENCIA DE LAS CORTES Y SUPERIORES TRIBUNALES DE PROVINCIA, Tomo III. Derecho Constitucional - Recurso de Inconstitucionalidad - Admisibilidad - Requisitos Formales, 1 tomo, 408 páginas.**
- KENNY, Mario Oscar, Obligaciones Negociables, con la colaboración del licenciado Ricardo Scheller, 1 tomo, 308 páginas, segunda edición ampliada y actualizada.**
- KIELMANOVICH, Jorge L., Teoría de la Prueba y Medios Probatorios, 1 tomo, 520 páginas.**
- LA LEGITIMACIÓN, Homenaje al Profesor Doctor Lino Enrique Palacio, 1 tomo, 544 páginas.**
- LENA PAZ, Juan A., Código Arrendatario de la Nación Argentina, Ley 17.285. Comentado. En Apéndice: Convenciones Internacionales aprobadas por la República Argentina. Legislación complementaria, leyes, decretos y resoluciones administrativas, 1 tomo, 471 páginas, cuarta edición ampliada y actualizada.**
- MARIENHOFF, Miguel S., Permiso Especial de Uso de Bienes del Dominio Público, Régimen Jurídico. La "Precariedad", 1 tomo, 80 páginas.**
- MARIENHOFF, Miguel S., Responsabilidad Entremediacional del Estado por las Consecuencias de su Actividad "Omnípara" en el Ambito del Derecho Público, 1 tomo, 88 páginas.**
- MAROTTO, Liliana Bernardita, Contratos Cíviles y Comerciales, Tomo II, Inglés/Castellano - Castellano/Inglés. Formularios, 1 tomo, 308 páginas.**
- MASSINI-CORREAS, Carlos L., El Insurrecciónismo Actual, 1 tomo, 512 páginas.**
- MORAS MÓN, Jorge R., La Acción Civil Represoria y el Proceso Penal, conforme al Código Procesal Penal de la Nación, 1 tomo, 192 páginas.**
- MORELLO, Augusto M. - SOSA, Guálberto L. - BERIZONCE, Roberto, Código Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y la Nación, Tomo VI-B, Artículos 529 a 556, comentados y anotados, 1 tomo, 552 páginas.**
- MORELLO, Augusto M. - SOSA, Guálberto L. - BERIZONCE, Roberto - TESSONE, Alberto, Manual de Código Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación, Artículos 1 a 854, 1 tomo, 896 páginas.**
- RAY, José Domingo, Formación del Contrato, 1 tomo, 96 páginas.**
- RUSSO, Eduardo A., Teoría General del Derecho, 1 tomo, 336 páginas, reimprimida.**
- WILDE, Zulema B., Derecho de Sucesiones. Elementos teórico-prácticos, 1 tomo, 112 páginas.**
- WILDE, Zulema B., La Adopción, Nacional e Internacional, 1 tomo, 248 páginas.**

