NO HAY DERECHO

DOSSIER:
FAMILIA GAY

DOSSIER:
LAS LEYES DE LA DROGA

NIKLAS LUHMANN

MICHEL FOUCAULT

GERMAN BIDART CAMPOS

NELLY MINYERSKY

DANIEL SABSAY

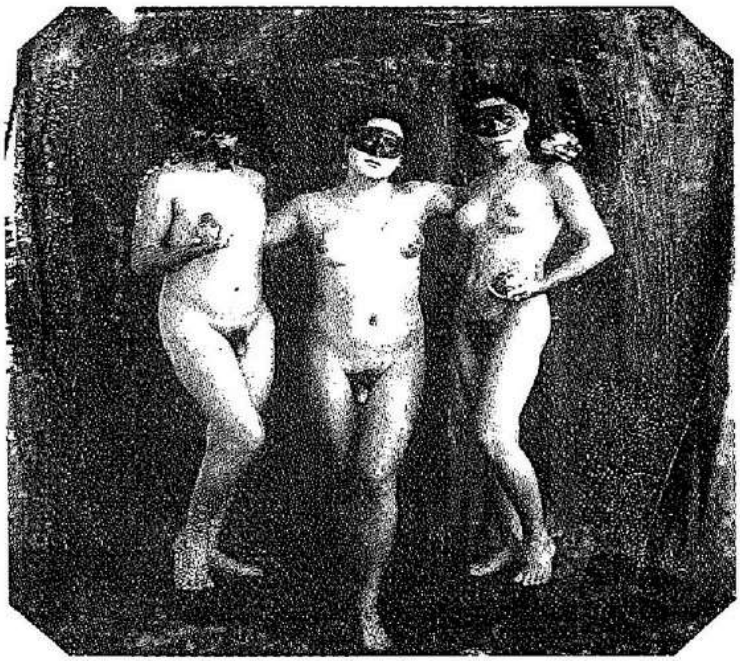
Teoría de los sistemas
Reforma Constitucional
Flexibilización Laboral
Ajuste y ciudad
Derecho como teatro
Elitismo Judicial
Secretos del Estado

AÑO V · Nº 11 - 57.-
AGOSTO - OCTUBRE 1994

(segunda parte)

las yecas de san francisco

por vithel tonné



y el bobo marca ochoa y alguien da la orden y empieza la marcha, market corta la ciudá en diagonal y la cosa termina en el citi jol, con discurso y festival y la mar en coche. y que le voiacer, me pongo a patiar, mientras la novia de mi amiga me cuenta sobre las marchas contra la guerra del golfo, las marchas por la defensa del medio ambiente, las marchas por los derechos de las minorías, y yo secretamente me pregunto por qué joraca no habré caído en alguna de esas otras marchas, si era más o menos lo mismo. pero no. leo algunas de las pancartas de coté, y por supuesto estoy de acuerdo con todas las consignas, más presupuesto para investigación, suelten a los doscientos haitianos con hiv que tienen encerrados en la base de guantánamo, con lamentar las muertes no hacemos nada, el hiv no es un crimen, las firmaría una por una, pero no puedo evitar sentirme un poquito, eh, cómo decirlo, incómodo, y le agradezco a la virgencita de guadalupe que me mira desde la vela el haberme puesto una camiseta larga y una campera hasta las rodiyas, por las dudas, bah. para colmo no traje ni guocman, a ver si las muchachas se me enojaban y me surtían con un palo de amasar, así que me pongo a cantar lo primero que me viene a la mente, «estaban casi todos/en una fiesta gay/había tres o cuatro disfrazados de mujer», el fito, al que veo que le pasó lo mismo, o por lo menos algo parecido. pasan por al lado mío dos chabones con bonitas poyeras multicolores, no sé si la canción me vino por lo que veo o lo que veo viene por la canción que canto, ya andamos cruzando sánchez, y como frisco es bastante ondulada se ven las cuatro o cinco cuadras que siguen, un río de velitas prendidas que ahora que lo miro bien es un espectáculo bastante copado, y lo comparo un poco con esas marchas a las que uno iba en el año ochenta y tres, ochenta y cuatro, ochenta y cinco, la gente acá canta menos, no hay bombos, a lo sumo hacen algo parecido a la ola, esa de las canchas de fulbo, levantan la vela y gritan. justamente por la otra mano de market pasa una coche de la yuta, y se escuchan gritos, putiadas y se ven yamitas titilando en círculos, en señal de protesta.

«santos velones rosas, batman», diría el joven maraviya, junando la marcha desde su poster tamaño natural en la vidriera del negocio de comics de dolores y market, mientras me va pasando un grupito de orientales con una pancarta que dice «comunidad gay filipina», y me supongo que san francia será el único lugar del mundo donde estos guías marcharán tan tranquilos, porque en filipinas hasta hace no mucho tiempo los encanutaban por atentar contra la moral y las buenas costumbres.

«y no me animé a decirte nada/ pánico porque me rechazaras», decía la cancioncita que me viene a la zabeca, puerto pollenza, que estaba de moda en el anio ochenta y dos, cuando yo estaba en tercer anio, y me acuerdo que el temita venía con un halo medio pecaminoso. La marcha sigue su rumbo, y yo trato de cantar algo más para mantener en el estómago la preguntita maldita, qué carajo estoy haciendo yo en el exacto medio de una manifestación de la comunidad gay de san francisco, la comunidad gay más grande del globo terraquio, con una vela en la mano y arrastrando los zapatos. pero por suerte la pregunta no quiere subir, y creo que la fantasía terrorífica que me da vueltas en el balero es que en la esquina esté josé de zer, «enfocame ahí, chango, tomame eso», y que el martes a la cheno aparezca en nuevediario, «multitudinaria marcha homosesual en san francisco», yo en primer plano yevando la velita de la virgencita de guadalupe, y que los muchachos en el bar san roque batan: «che, loco,¿ese de ahí no es el chaucha?»

-«sí, sí, es el chaucha»

-«mira vo cómo cambia a la gente estadosunido, tan bien que pintaba el pichón»

-«y, así es la vida, varón»,

y que por más que esplique durante años, ahí me quede el antecedente en el prontuario, madre mía.

un guía de carita angelical, pelo teñido de verde y aro en la napia onda pirata morgan se me acerca y me pregunta «¿ar iu guei?», así de cortina, y a mí sin pensarlo mucho me sale contestarle «no, soy argentino», y pensándolo después un ratito me parece una guarrada homofóbica total, pero qué le voiacer, te quiero ver a vos, ahí medio a la defensiva lo primero que te sale es eso, y también me doy cuenta de que no doy ni ahí el tipo, si no el chabón no hubiera preguntado, y me quedo un poco más tranquilo. y me lo imagino al chabón sin el pelo verde y el aro y los lienzos payasezcos, cuando la vieja le servía los cereales y los güevos con tocino y el feca aguado los lunes a la mañana, antes de ir al colegio, y me río un poquito, cuál es.

«dale, nena/ dame nesquik», me viene la voz áspera del pelado luca al marote, y pienso en minitas, qué se yo, en la coca sarli, en lo que le hice y lo que no le hice a mi novia de los quince años, en lo que tengo ganas de hacerle a la niña a la que me gustaría chamuyarme en estos días; pasamos por abajo de una autopista, y desde unas camas hechas con cajas de cartón y lienzos mugrientos nos miran pasar unos joumles a los que más que los derechos de la comunidá gay les preocupa que no se levante el vientito fresco que está amenazando con soplar en la noche san franciscana, a ver si pueden dormir bien aunque sea una vez más.

y siguen apareciendo personajes, un grupo de travestis vestidos de monjas, con cruces y pintura rojo sangre, levantando un cartel que dice «Hermanas de la eterna indulgencia», parejitas de viejos pelados con borreguitos que no pasan de veinte, parejas de minitas donde las dos guías están vestidas exactamente igual, minas vestidas con traje de macho, corbata y pañuelo en el bolsiyo, tipo mafioso, remeritas de depeche mode y erasure, toda la galería imaginable, y del otro lado pasa un mustang sesenta y ocho con lenguas de fuego rojas, y desde arriba cuatro mexicas con la papada hinchada de morfar burritos y enchiladas gritan salvajadas, algo de la chingada madre de estos maricones, y con eso los cholos me provocan un poco de repulsión y me identifico más con mis compañeros de marcha, bue, qué se yo, parcialmente. y me pregunto por qué carajo no podrá uno ver estas marchas de plaza de mayo a congreso; con la cantidad de marchas pelotudas que hacemo nosotros, una como esta sería más que interesante, y a la final una de las pocas cosas con las que uno está de acuerdo es con que la gente diga o haga lo que se le dé la real gana, acá en san francia, en costitución o en la china.

y yo que esta noche pensaba ir a escuchar a los pere ubu, música postindustrial, que le vamuacer, south van ness, ya estamos yegando a la zapla; hay una ristra de oradores que ensayan un par de discursos de lo más pulcros, habla un chabón con sida, una pocha que labura en el asunto hace diez años, un médico que exige más guita para investigación y vaticina resultados en los próximos años. y de yapa un grupito de grones canta gospel con un organito, una polenta que te despeinan, la gente sube las velitas y las mueve de un lado a otro, como los encendedores cuando tocaban seminare en un recital de serú girán, y de última, que sé yo, uno está en el diome y la verdá estos tipos se abrazan y se besan y se parecen bastante más a los seres humanos que conocemos nosotros que el gringo wasp de clase media que ves en los pasiyos de la facultat, así que quedo sonriente, vi algo que no se vé todos los días, y está bien, cuál es, si total acá no existo. mi amiga y su minita me hacen una seña con la sabiola, vamo, vamo, movemos de nuevo para donde quedó el auto, y yo me acuerdo de que mañana tengo que pintar en un congreso, qué se yo, aunque sea para que me registren.

SUMARIO

2 **La proyectada reforma de la Constitución: ¿Un paso más hacia el hegemonismo.** *Daniel A. Sabsay.*

5 **Hacia la ley del más fuerte.** Ideología y alcance de la reforma laboral. *Omar R. Moreno.*

12 **Ciudad y trabajo: dos espacios vulnerados.** Alicia E. C. Ruiz.

15 **¿Quién es el que niega la historia?** Entrevista a Michel Foucault de Duccio Trombadori.

17 **El derecho en escena.** Reproducción del sentido en teatro y derecho. *Christian Courtis.*

19 **Elitismo judicial.** El poder judicial en el diseño constitucional. *Roberto Gargarella.*

FAMILIA GAY.
Concepto. Naturaleza jurídica. Jurisprudencia.

21 Caso *Braschi v Stahl Associates Co.* Corte de Apelaciones del Estado de Nueva York.

24 La protección legal a una pareja homosexual en materia de locación de vivienda. *Germán J. Bidart Campos.*

26 ¿De qué hablamos cuando hablamos de familia? *Nelly Minyersky.*

29 **El derecho como sistema social.** Niklas Luhman.

34 **Habeas Data y leyes de privacidad e información.** Mecanismos para limitar el espionaje político y hacer pública la información gubernamental. *George C. Rogers.*

35 **Documento judicial.** *María Susana Spina,* Secretaria Federal; *Juan José Galeano,* Juez federal.

DROGAS.
El opio del derecho.

37 La legislación sobre estupefacientes en Italia. *Livio Pepino.*

40 Drogas y control social en EE.UU. *Déborah Ostiz y Martín Lozada.*

45 Los estragos de la 'Droga'... en el ordenamiento jurídico. *Perfecto Andrés Ibañez.*

48 **Etc...**

AÑO V - NUMERO 11 - AGOSTO - OCTUBRE 1994

STAFF

Víctor Ernesto Abramovich, Martín Abregú, Mary Ana Beloff, Alberto Bovino, Christian Courtis, Hernán Charosky, Carolina Fernández Blanco, Ariel Garrido, Manuel Garrido, Guillermo Jorge, Máximo Langer, Roberto Pablo Saba, Marcelo A. Sgró.

COLABORADORES:
Daniel Alberto Sabsay, Omar R. Moreno, Alicia E. C. Ruiz, Roberto Gargarella, Germán J. Bidart Campos, Nelly Minyersky, George C. Rogers, Livio Pepino, Déborah Ostiz, Martín Lozada, Perfecto Andrés Ibañez.

EDITOR RESPONSABLE:
Martín Clemente.

DISEÑO GRAFICO:
PESCADAS
Sandra Monteagudo, Juan M. Ventura (804-8507).

COMPOSICION GRAFICA:
Estilo (824-2197/804-8507).

DISTRIBUCION:
Trapacs (42-9651/9 int. 204).

FOTO DE TAPA
Joel-Peter Witkin, "Melvin Burkhart: Human Oddity".

Notas, réplicas y cartas, dirigirse a Talcahuano 256 1er. piso Capital Federal.
Teléfono/Fax (de 14 a 20 hs.) 476-0570.

La Proyectada Reforma de la Constitución: ¿un paso más hacia el hegemonismo?

por Daniel Alberto Sabsay

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

La noción de Estado de Derecho persigue una finalidad básica, cual es la de limitar el accionar de los gobernantes a través de marcos jurídicos situados por encima de ellos. Este principio, que se expresa a través del imperio de la ley, tiene como uno de sus principales axiomas la necesidad de que en toda comunidad políticamente organizada exista una ley fundamental -la constitución- en la cual queden cristalizadas las principales reglas que hacen a la convivencia de sus integrantes.

La idea de limitación del poder está en la base de toda esta construcción de tipo racionalista. Sus objetivos tienden fundamentalmente al logro de la igualdad de los hombres en un contexto de amplia libertad. El dictado de la Constitución queda a cargo del poder constituyente, que puede ser de dos tipos: originario, que es el que la crea o la elabora y el derivado que es el encargado de su reforma. El primero no tiene límites pues es un acto fundacional a través del cual una comunidad decide dictarse sus principales reglas de convivencia. El segundo, por el contrario, deberá respetar los parámetros fijados en la Constitución para su ejercicio.

Nuestra Constitución Nacional determina las características del poder constituyente derivado en su art. 30. Esta cláusula establece un procedimiento complejo caracterizado por la actuación separada de dos órganos diferentes: el Congreso y la denominada Convención Constituyente. El Congreso ejerce la función preconstituyente, se ocupa de declarar la necesidad de la reforma —siguiendo los requisitos de forma que la mencionada disposición prescribe— atribución que lo faculta a decidir sobre el carácter total o parcial de la misma. Cuando se decide por esta última modalidad deberá estipular los puntos o aspectos a ser modificados. La Convención Constituyente ejerce la función constituyente propiamente dicha, es decir que es ella quien lleva a cabo la enmienda. Los miembros de la Convención son elegidos por la ciudadanía por medio del sufragio.

2. EL MECANISMO CONTENIDO EN EL «PACTO DE OLIVOS»

La ley 24.309 de declaración de la necesidad de la reforma constitucional que en la actualidad se propone, ha dado forma institucional al acuerdo celebrado por los Dres. Menem y Alfonsín conocido con el nombre de «Pacto de Olivos». El tratamiento orgánico del mismo ha estado signado por una precipitación que en esta materia no registraba antecedentes en nuestro país. Las consecuencias de semejante apresuramiento se han visto coronadas por injustificables vicios en el procedimiento sancionatorio de la mencionada norma en el Congreso de la Nación. Entre ellos queremos destacar que el proyecto iniciado en la Cámara de Diputados fue objeto de una enmienda por parte del Senado y que no obstante ello el mismo no le fue girado a la cámara iniciadora para su estudio antes de su sanción definitiva, situación que nos parece absolutamente inadmisible por ser violatoria de lo expresado en el art. 72 de la C.N.

Además, la declaración invade la competencia de la Convención Constituyente a través de un procedimiento de resguardo de los aspectos

fundamentales contenidos en el pacto -Núcleo de Coincidencias Básicas (NCB)- que a nuestro entender carece de fundamento constitucional y que no resiste un análisis lógico de la cuestión. En efecto, el art. 5º de la norma declarativa prescribe que:

«La Convención Constituyente se reunirá con el único objeto de considerar las reformas al texto constitucional incluidas en el núcleo de coincidencias básicas y los temas que también son habilitados por el Congreso Nacional para su debate, conforme queda establecido en los arts. 2º y 3º de la presente ley de declaración».

De resultas de este extraño mecanismo el rol de la Convención queda reducido a su más mínima expresión. De hecho -al menos en relación con los puntos fundamentales de la reforma, que son, repetimos, los del núcleo de coincidencias básicas- por mandato legislativo el órgano reformador deberá limitarse a refrendar lo aprobado por el Congreso o a rechazarlo *in toto*. A nuestro entender, esta solución se opone de manera palmaria a lo expresado en el art. 30 ya mencionado. Dicha cláusula estipula para la Convención la facultad de llevar a cabo la reforma. El texto es por demás claro y concluyente cuando dispone: «...pero no se efectuará (la reforma) sino por una Convención convocada al efecto.» Por lo tanto, dada la fácil comprensión de la cláusula sólo cabe realizar una interpretación literal de la misma, y luego atenerse a ella.

Pero la interpretación que realizamos no sólo se basa en consideraciones de tipo académico. Ella se adecua a las características de un proceso reformador en el cual entre las funciones preconstituyente y constituyente se intercala un acto electoral. El llamado al pronunciamiento de la soberanía popular significa el sometimiento a su consideración de distintas propuestas provenientes de las diferentes fuerzas que se presenten a la compulsa, a fin de que ésta elija de conformidad con sus preferencias. El acto de elegir representa la clave de todo acto electoral en un sistema democrático. Esto importa en consecuencia que dicha acción tenga vía efectiva de concreción. O sea, que al elector se le planteen alternativas reales entre las cuales él sea llamado a escoger.

La lógica del art. 5º citado conduce la situación hacia otros caminos. Los partidos del acuerdo en relación al NCB -nudo central de la reforma- no sólo apoyan el mismo programa de enmienda constitucional sino que a través del mecanismo de la citada «cláusula de resguardo» imposibilitan que la oposición al pacto pueda manifestar una propuesta diferente. El art. 6º de la ley es claro sobre el particular cuando determina que:

«serán nulas de nulidad absoluta todas las modificaciones, derogaciones y agregados que realice la Convención Constituyente apartándose de la competencia establecida en los artículos 2º y 3º de la presente ley de declaración».

Por lo tanto, si la elección arrojase un resultado adverso a lo estipulado en el NCB, dicho consenso opuesto, verificado en las urnas, no podría materializarse en el seno de la Convención. Tampoco podrían admitirse defecciones en las bancadas de los partidos Justicialista y Radical, pues la disciplina partidaria ha quedado resguardada a través del «cerrojo» de la cláusula 5º.

Nuestro análisis nos conduce a una clara conclusión. Ella se sitúa en la médula del proceso reformador y apunta a observar la legitimidad del llamado a las urnas. Creemos que dadas las circunstancias que acabamos de destacar, el acto electoral en sí se encuentra afectado en su razón de ser. Se lo ha vaciado prácticamente de contenido. Por lo menos del sentido que debe tener en el marco de una democracia. Por el contrario, nos parece que los comicios para convencionales constituyentes se acercan o se quiere que sean algo similar a lo que ocurre y ha ocurrido en muchos regímenes de corte totalitario en el presente siglo. En ellos, muchas veces, se ha querido disfrazar la elección de sus gobernantes con el ropaje de una república. Por un lado, se llama a las urnas para que la ciudadanía se expida, pero por el otro, no se le da alternativas. El electorado debe ratificar a través de su voto a los candidatos previamente señalados por las élites gobernantes.

En la letra de la ley de necesidad de la reforma, el sistema no es tan explícito, pues se les da a terceros partidos la posibilidad de intervención si así lo desean. Claro que, como queda visto, la perversidad de la modalidad elegida, oculta un funcionamiento que la acerca de manera notable a lo que ocurre en autocracias de distinto signo que aspiran a «blanquearse» utilizando de manera falseada las técnicas del Estado de Derecho.

3. LAS MODIFICACIONES PROPUESTAS

Nos detendremos exclusivamente en las modificaciones contenidas en el núcleo de coincidencias básicas. Dentro de ellas las principales giran en torno a las que se consideran encaminadas a la «atenuación del sistema presidencialista». Al respecto, como contrapartida a la reelección presidencial, se introducen algunas notas parlamentarias dentro del esquema presidencialista de nuestra forma de gobierno y se establece la elección directa del Presidente y del Vicepresidente con el sistema de doble vuelta (*ballotage*).

A nuestro entender, en este punto se ubica la clave de la negociación ocurrida entre los líderes de las dos primeras minorías. El jefe radical acepta la reelección presidencial pero obtiene como contrapartida modificaciones en el presidencialismo que tenderían a su atenuación.

No descreemos de formas de gobierno alejadas de los dos moldes clásicos, el presidencialismo y el parlamentarismo, producto de la combinación de elementos provenientes de ambos sistemas. Este diseño institucional ha sido utilizado en distintos países y en la mayoría de los casos con éxito. Ello ha sido así en Francia, Portugal, Finlandia, Uruguay, entre muchos otros. Sin embargo, subyace en los mismos la adopción de mecanismos que se insertan dentro del principio de separación de poderes, evitando los desequilibrios y asegurando un esquema adecuado de frenos y contrapesos.

Contrariamente a lo antes señalado, un análisis detenido de las enmiendas de la ley 24.309, permite preanunciar —por más paradojal que ello parezca— la instauración de un sistema que lejos de atenuar las desventajas del vigente —al que más de un autor ha considerado como de hiperpresidencialismo— las profundizará, acentuando las potestades presidenciales. A nuestro parecer esto será así fundamentalmente por las siguientes razones:

- La figura del Jefe de Gabinete no constituye de ningún modo un contrapeso efectivo a las prerrogativas presidenciales. Se tratará de una figura muy alejada de la institución del Primer Ministro o *Premier*, característico de los sistemas parlamentarios y semipresidencialistas. La competencia de este nuevo actor institucional no está debidamente definida en el texto propuesto en la medida que el grueso de sus atribuciones será el producto de la delegación presidencial. Además, su nombramiento y remoción constituyen también una potestad presidencial, pues la censura del Congreso que se contempla será de tan difícil ejercicio que de hecho resultará prácticamente imposible que alguna vez se concrete en la práctica.

Como resultado del curso de las negociaciones PJ-PR, en lo relativo a este capítulo y a efectos de resguardar la competencia presidencial se redactaron dos ítems. El primero dedicado a las potestades del Jefe de Gabinete y el segundo a las del Presidente de la República. Una mera lectura comparativa de ambos listados permite comprobar, por una parte, que el Jefe de Gabinete será una figura absolutamente subordinada a la voluntad presidencial, y por otra parte, que se ha vigorizado el papel del primer mandatario. La sola caracterización institucional de estos dos ocupantes del espectro del Ejecutivo, no deja dudas sobre nuestra afirmación. Así, se determina que el jefe de Gabinete de Ministros tendrá «a su cargo la administración general del país» (A. a) 1. del NCB). Pero, más adelante

se determina que «con el fin de adecuar las atribuciones del Poder Ejecutivo a las modificaciones señaladas (es decir las facultades del Jefe de Gabinete), se aconseja también la reforma de los incisos pertinentes del artículo 86 de la Constitución Nacional del modo que sigue: inciso 1: Es el jefe supremo de la Nación, jefe del gobierno, y responsable político de la administración general del país». De lo encomillado podemos rápidamente extraer las siguientes conclusiones:

1. Se le agrega al Presidente en adelante y de manera explícita la jefatura de gobierno, la que de por *sí* importa el manejo de la administración pública entre otras atribuciones.
2. No obstante lo expresado en el punto anterior se ha considerado necesario recalcar que es el Presidente el responsable político de la administración general del país.
3. De resultas de las dos consideraciones anteriores podemos sostener sin titubeos que la nueva figura que se inserta en el universo del Poder Ejecutivo, no posee un ámbito propio de facultades. Ellas sólo serán el resultado de la supervisión, subordinación o delegación de los poderes que el presidente tenga a bien derivarle. Más bien se tratará de una suerte de coordinador de gabinete y de nexo con el Poder Legislativo. Modalidades que lo acercan al actual Secretario General de la Presidencia.

- Se le concede al Poder Ejecutivo la facultad de dictar decretos de necesidad y urgencia. Esta modalidad importa el otorgamiento al titular del ejecutivo de la potestad legislativa en determinadas circunstancias. El instituto no es una creación del pacto, existe en diferentes latitudes, inclusive en países de reconocida vocación democrática. Pero su consagración se encuentra siempre rodeada de numerosas garantías entre las cuales es de destacar un marcado acentuamiento de la función parlamentaria de control. Por el contrario en esta oportunidad esos remedios institucionales brillan por su ausencia. Esto es así hasta tal punto que se obliga al jefe de gabinete a someter el decreto a una comisión bicameral para su consideración, sin establecer cuáles son los efectos jurídicos de dicha intervención.

- Delegación legislativa: las atribuciones presidenciales también se ven engrosadas por este otro camino que importa un segundo medio de restarle competencia al Congreso. Como en el caso anterior, tampoco esta facultad de excepción se ve rodeada de las garantías susceptibles de impedir los abusos del ejecutivo.

- La prohibición para el ejecutivo de promulgar la parte remanente de leyes sancionadas por el Congreso que han sido objeto de veto parcial es sólo aparente. Ello, en razón de que luego de determinarse este principio general se precisa que «sin embargo, las partes no observadas sólo podrán ser promulgadas si constituyen porciones escindibles del texto primitivo y su aprobación parcial no altera el espíritu ni la unidad del proyecto sancionado por el Congreso». Todo lo cual nos permite afirmar que en realidad lo que se le quita por un lado al Poder Ejecutivo se le concede de manera indirecta por el otro, a través del «alambicado» instituto que hemos transcripto textualmente de la declaración.

- Por último se introduce en nuestro sistema la posibilidad de la reelección inmediata por una única vez del Presidente de la República. A su vez se establece la elección directa a doble vuelta a través de un mecanismo sumamente complicado de cálculos de porcentajes que hace más confuso el procedimiento perjudicando al elector que es quien debe estar fácilmente informado sobre sus particularidades, ya que ello condicionará el sentido de su decisión. Es de destacar que este curioso método de *ballotage* no registra antecedentes en ningún lugar del mundo...

Para el Poder Judicial sólo se han elaborado reformas que hacen a la designación y a la remoción de funcionarios y a la creación de un Consejo de la Magistratura. En este punto tampoco se profundiza la cuestión y se llega a soluciones que más allá de aparentes evoluciones constituyen el producto de arreglos cupulares. Tal el motivo por el cual se establecen dos procedimientos diferentes de designación y de remoción de jueces, como asimismo se complica la de los federales no miembros de la Suprema Corte, en la medida que se le da intervención a un tercer órgano, el Consejo de la Magistratura, dejando siempre en manos del Presidente la decisión fundamental al respecto.

Para el Consejo de la Magistratura no se han determinado aquellos aspectos susceptibles de asegurarle su necesaria independencia de los poderes políticos. Todo será decisión del Congreso, quien deberá materializar su perfil en una futura ley, cuyo dictado se le ordena. Solamente se habla de manera vaga de su composición y nada se dice sobre quién será en definitiva el órgano competente en la designación de sus integrantes. Además se le conceden a este nuevo órgano facultades que en la actualidad le corresponden a la Corte Suprema de Justicia de la Nación. No creemos que este recorte de facultades de la máxima instancia de la justicia federal coadyuve en un mejoramiento de la administración judicial. Por el contrario, creemos que dichas disposiciones son antifuncionales y que, sobre todo, se corre el riesgo de que un órgano que podría convertirse en subordinado de los poderes políticos tenga todas las llaves para poder presionar exitosamente a la Corte Suprema.

Nos hemos limitado a tratar los puntos anteriores del NCB ya que creemos que ellos por sí mismos son suficientemente elocuentes del fenómeno de fortalecimiento del ejecutivo que la reforma propuesta significa, para eximirnos de considerar las restantes cuestiones del núcleo.

4. CONCLUSIONES

En definitiva, se trata de una reforma dispuesta de modo apresurado, sin siquiera haber tenido el tiempo para la debida información y el debate ciudadanos. Su tratamiento en sede parlamentaria tradujo ese mismo espíritu lo que llevó a que se incurriera en vicios en el procedimiento sancionatorio carentes de toda justificación lógica.

Además de ello, la disposición contenida en el art. 5º de la declaración de la necesidad de la reforma importa un claro atropello de la competencia de la Convención reformadora. De tal modo que el órgano al que constitucionalmente se le concede la facultad de realizar la reforma —titular del poder constituyente derivado— tendrá una intervención casi simbólica, ya que se le encomienda la tarea de refrendar de manera maratónica y en bloque un «paquete de enmiendas». De esta manera se le agrega un último capítulo a la cadena de confusiones en que incurrirá la ciudadanía, verdadera destinataria de la nueva redacción que se le pretende dar a nuestra ley fundamental.

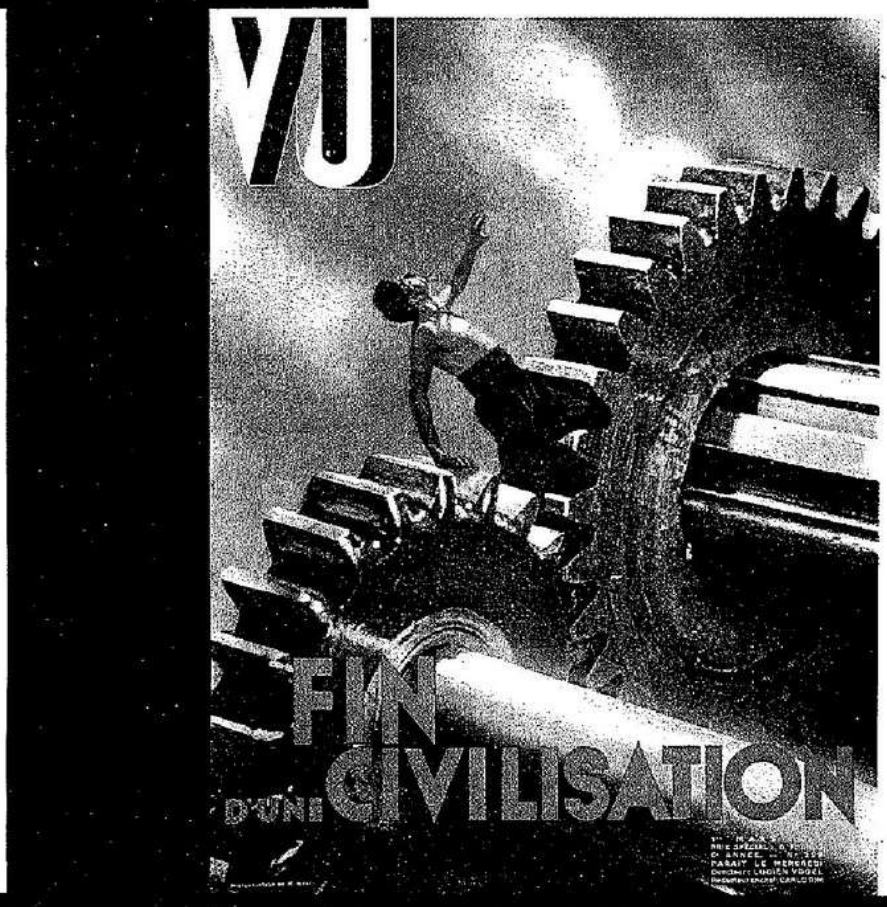
Sin embargo, el decurso de lo hechos pone de manifiesto una reconfortante evolución en la actitud de la opinión pública. Los resultados de las elecciones del 10 de abril revelan que el apoyo de la ciudadanía a la reforma es por demás tibio. Contrariamente a todas la previsiones, apenas el 42% del electorado se manifiesta a favor de la modificación de la ley fundamental. El oficialismo, a pesar de sus vaticinios optimistas y de las equivocadas «predicciones» de los encuestadores, recibe una magra cosecha -varios puntos menos de los conseguidos en las elecciones de 1993-. Para el radicalismo esta inesperada alianza le ha costado el resultado electoral más desastroso jamás obtenido en sus más de cien años de vida.

Las señales que empiezan a aparecer en el horizonte en relación con los cometidos de la futura Convención Constituyente son por demás reveladores de las verdaderas intenciones que inspiraron a los protagonistas del pacto. Se acortaría el plazo de sesiones a sólo seis semanas, en cuyo transcurso solamente se tratarían los tópicos del NCB. Los puntos habilitados habrán sido entonces, nada más que una «cortina de humo» que se efectuó exclusivamente con la intención de convencer a la opinión pública que la Convención deliberaría sobre una serie de cuestiones adicionales al NCB y no se limitaría a ratificar o a rechazar su texto.

El contenido de la reforma, más allá de lo que se declama, provocará un aumento de las potestades presidenciales, ya abultadas bajo el presente sistema. Luego de esta nueva «aventura institucional», la joven democracia argentina correrá el grave riesgo de convertirse en una suerte de Estado de Derecho de «fachada», detrás del cual se esconderá un cesarismo constitucional, cuyos rasgos es de prever que presente semejanzas con regímenes políticos de contornos similares que se han desarrollado en otros países latinoamericanos, para desmedro de la salud de sus instituciones republicanas.

* La fotografía que ilustra este artículo es de G. Berengo Gardin.

HACIA LA LEY



DEL MAS FUERTE

Ideología y alcance de la reforma laboral

Por Omar R. Moreno

I. Los objetivos del proyecto

El nuevo sistema de regulación de las relaciones laborales que progresivamente está implementando el Gobierno argentino responde a dos objetivos centrales. En primer lugar tiende a actualizar el sistema regulador del trabajo frente a las nuevas exigencias de competitividad de las empresas. En segundo lugar, pretende conformar un marco institucional global lo más sistematizado posible, capaz de establecer una coherencia entre las medidas implementadas en otras áreas, fundamentalmente económicas y sociales. En este sentido, esta reforma parte de considerar el ordenamiento laboral vigente como inadecuado frente a la nueva estructuración y dinámica de las relaciones de producción, pero también como causa de la crisis del sistema productivo argentino. Se basa en que las razones de la crisis se deben, fundamentalmente, a modificaciones profundas que han ido generando una inadecuación de la producción y de las formas de gestión de las empresas frente a las exigencias del mercado. A ello han contribuido el excesivo proteccionismo y las prácticas prebendarias de los gobiernos hacia las empresas nacionales, pero también los altos costos (financieros, laborales y otros), servicios inadecuados, etc. Se considera que los remedios para esta crisis deben tender a conformar una industria altamente competitiva. En este sentido, al unísono con las voces rectoras que se imponen en los países desarrollados, se ha considerado la rigidez del derecho laboral como uno de los obstáculos mayores del desarrollo empresario que impide una gestión dinámica y que conlleva mayores costos que resienten la competencia.

Desde esta perspectiva la idea central que domina el proyecto es facilitar (adaptar) la gestión de la mano de obra y reducir la incidencia de los costos laborales, como forma, al menos pretendida, de posibilitar el desarrollo de la empresa: como motor o eje del crecimiento económico y social y en consecuencia como «la sola alternativa» capaz de generar en el futuro empleos genuinos y mejores condiciones de vida.

En este sentido la ley 24.013 (1), uno de los primeros instrumentos jurídicos de la reforma mediante la cual se establecen nuevas formas flexibles de contratación laboral, a pesar de abarcar otros temas de singular importancia para la relación laboral se denomina de «empleo», atendiendo a las expectativas que en este campo la citada ley debería poder atender. Bajo la misma preocupación el último y quizás el más discutido y pragmático proyecto de reforma laboral que hasta hoy haya elaborado el Poder Ejecutivo Nacional sostiene que «el desempleo y el trabajo en negro sólo pueden revertirse a través de políticas que fomenten la creación de empleos en condiciones de regularidad», y agrega que «se ha considerado que la protección del empleo prevista por la ley de contrato de trabajo (restricciones al despido, contratación indefinida y modalidades sujetas a muchos requisitos) impedía la adaptación de la mano de obra a las modificaciones de la demanda de trabajo. Si se pudiera acceder a formas de contratación más flexibles, se podrían ofrecer más puestos de trabajo como una alternativa mejor que el desempleo». Así este último proyecto no es presentado como una alternativa de regulación sino como una «pretendida» necesidad objetiva de actualización del modelo económico nacional conforme a las exigencias del modelo mundial de acumulación. En este sentido, la adopción de estas medidas (o experiencias igualmente «objetivas») implicaría establecer una regulación similar a las tomadas por otros países (desarrollados) que debieron dar respuestas a la crisis (supuestamente idéntica) con anterioridad. De esta manera vemos que efectivamente el sistema laboral propuesto reproduce, en forma coherente

con las decisiones tomadas en el área económica, una serie de modificaciones e instituciones que en líneas generales han sido incorporadas —de manera no uniforme— en las legislaciones europeas.

Sin embargo, estamos convencidos de que la posibilidad de comprender el alcance y los posibles efectos económicos y sociales del proyecto no dependerán de su formulación o coherencia lógica, sino del análisis del impacto de esas normas en un contexto particular y seguramente diferente del que presentan los países europeos. Es desde esta perspectiva que proponemos nuestro análisis.

II. El contexto socio-laboral argentino

II.a. El contexto económico

De manera sucinta podemos definir el contexto económico donde se inscribe la reforma laboral como un marco de alta recesión industrial, baja productividad y altos niveles de desempleo y subocupación. Respecto de las características de la mano de obra y los niveles de empleo en Argentina puede observarse una múltiple heterogeneidad que se manifiesta bajo una serie de dualidades:

- zonas de alta concentración industrial y zonas con total escasez de empleos;
- empresas de alta tecnología empleando gran cantidad de trabajadores y con baja cantidad de operarios;
- empresas grandes y pequeñas con tecnología atrasada;
- diferentes niveles de capacitación.

II.b. Los alcances de la legislación vigente

En la República Argentina siempre ha existido la flexibilidad, tanto en materia de modalidades de contratación, como en lo referente a las formas y modalidades de utilización de la mano de obra. Pero debe señalarse que la misma se daba en períodos de pleno empleo que convertían las contrataciones temporarias en sucesivas. Por esta razón es posible afirmar que se desestimulaba la transitoriedad de los empleos; o no resultaba necesario recurrir a ella por la carga de trabajo de las empresas o por la relativa incidencia como costo de la contratación permanente. Así, a título de ejemplo, vemos que la legislación argentina vigente reconoce aún:

- el contrato eventual para tareas transitorias sin otro requisito previo que expresar su carácter de tal por escrito.(arts.99 y 100, ley 20.744);
- la contratación a través de empresas de trabajo temporero (art.30, ley 20.744);
- la posibilidad de suspender al trabajador por razones de falta de trabajo por períodos que no superen los 30 días (art.220, ley 20.744);
- la indemnización por despido es procedente a partir del tercer mes de trabajo. Por esta razón se configura de hecho un verdadero período de prueba durante el cual el trabajador puede ser despedido sin indemnización alguna (art.245, ley 20.744);
- a través de derogaciones autorizadas por la autoridad de aplicación, las vacaciones pueden ser fijados por el empleador en períodos diferentes al de verano (art.154 de la ley 20.744);
- la caída de la incidencia del valor real de los salarios para el empresario ha convertido en insignificante el monto de las indemnizaciones por despido arbitrario y/o por razones económicas. A ello debe sumarse el hecho de que la legislación argentina no distingue el cese del contrato de trabajo por razones económicas del despido arbitrario, por lo que resultan procedentes los despidos masivos sin causa debido al bajo costo indemnizatorio.

III. La estructura de la reforma

El esquema que se ha venido implementando hasta hoy tiene la virtud de corresponderse con un modelo de acumulación preciso, el «neo-liberal» y en consecuencia tiende, paralelamente, a establecer un orden regulador que, expresando la filosofía del modelo, es coherente con sus objetivos y funcionaliza las relaciones laborales y las instituciones vinculadas a ellas a partir del contexto socio-económico concreto donde se implementa. Esta coherencia está reflejada tanto en la amplitud de la reforma propuesta, como en los vínculos que ella guarda con los demás ámbitos del derecho social que son o serán reformados en el mismo sentido.

III.a. La filosofía del modelo

La base de la filosofía del modelo se sintetiza en la negación del conflicto intersectorial (y con mayor razón del de clase) en el trabajo, sobredimensionando el conflicto interempresario. Esta concepción, si bien no niega el carácter intrínseco de la conflictividad en la relación de trabajo, lo condiciona y subordina a la solución del conflicto mayor que es el interempresario. Esta formulación resulta de la confluencia de concepciones que desde el ámbito jurídico (2), político y económico sostienen que la sociedad es el reflejo de intereses individuales o grupales (y esta noción va desde pequeños grupos, hasta las sociedades nacionales) que son el motor natural de su desarrollo.

En la complejidad de la evolución del sistema, estos intereses se polarizan en grupos mayores (en este caso las empresas) que compiten entre sí y que equilibran el mercado y el poder entre los diferentes grupos. A medida que estos grupos se polarizan y compiten entre sí, peligraría la totalidad de intereses diversos que conforman el grupo. De esta manera el conflicto entre estos grupos, hoy empresas, deviene fundamental relativizándose así los conflictos internos al mismo, tales como los propios de las relaciones de trabajo. Según esta concepción, este último conflicto no constituye un enfrentamiento global entre capital y trabajo como pretendía el marxismo, sino entre una multitud de lógicas e intereses que resultan de las diferentes situaciones que ocupan los actores que las encarnan.

Dado que este equilibrio se realiza de modo automático y espontáneo por el acuerdo y las recíprocas limitaciones que se imponen tales grupos, el Estado debe observar una cierta prescindencia respecto de todo conflicto, y su vocación «social» deberá orientarse a mejorar la capacidad competitiva de estos grupos destrabando los posibles obstáculos. En el plano de las sociedades nacionales, la función de ese Estado se limita a fortalecer los márgenes de eficiencia de aquellos grupos (económicos, empresas) cuyo centro de acumulación se da en ese país frente a los competidores externos.

III.b. Los ejes de la reforma: la coherencia con los objetivos del modelo

Se refleja en medidas de eficiencia que comprende las destinadas a mejorar la gestión y reducir los costos directos e indirectos de las empresas.

En este sentido la reforma laboral comprende por una parte, medidas tendientes a mejorar y dinamizar la gestión de los recursos humanos en función de los objetivos particularizados de la empresa (ley 24.013 de empleo, el Dec.1.757/90 de racionalización del gasto público, nuevo anteproyecto de reforma laboral, y reformas al sistema de negociación colectiva) como así también medidas destinadas a reducir los costos laborales, que de manera general comprende una serie de prescripciones dispersas en diferentes instrumentos jurídicos, algunos específicamente laborales (ley de accidentes de trabajo, reducción de aportes previsionales, etc), otros administrativos o económicos como las leyes 22.262, 23.696 y 23.697 y sus respectivos decretos reglamentarios de desregulación económica y de reforma del Estado, y recientemente el Decreto 2.609/93, mediante el cual autoriza a las provincias a establecer reducciones de los aportes sociales empresarios. Paralelamente, estas medidas están acompañadas de una serie de disposiciones que demuestran la clara voluntad política de neutralizar el conflicto laboral y/o a funcionalizarlo respecto de los requerimientos de competitividad y gestión de las empresas.

Así, la implementación del sistema de relaciones de trabajo en Argentina, aun cuando no ha terminado de conformarse, tiende a consolidarse basándose en:

- un sistema de negociaciones que si bien reconoce la negociación articulada entre ámbitos superiores e inferiores:

  a) prioriza la negociación por empresa (Dec.470/93),

  b) limita los acuerdos salariales a criterios de productividad (Dec.1.334/91) y

  c) concede a la negociación colectiva de trabajo un papel importante como garante de la objetividad de las modificaciones *in peius* tanto de los derechos laborales prescriptos en los convenios colectivos, como de aquellos que las leyes, de ahora en más, permiten expresamente modificar por esta vía;
- un régimen de regulación del derecho de huelga que prácticamente suprime las acciones directas en los servicios públicos, noción ésta última que es extendida peligrosamente;
- un sistema de regulación de conflictos fundado en el arbitraje.(Dec.2.184/90 y las leyes ya vigentes 14.786 y 16.936 modificada por la ley 20.638);
- un régimen aún no aprobado de asociaciones sindicales que tiende a alentar la multiplicidad de sindicatos en la actividad en nombre de la libertad de asociación;
- un sistema de accidentes de trabajo donde se reducen tanto los montos de las indemnizaciones como la responsabilidad de la empresa (ley 24.028);
- un sistema de previsión social organizado sobre la base de la capitalización personal y de instituciones gestoras privadas y públicas del sistema

- un sistema de seguro de salud que tiende a alentar la medicina privada;
- un régimen de relaciones laborales tendiente a flexibilizar tanto la contratación de personal como su utilización y los ingresos salariales (ley de empleo 24.013 y nuevo proyecto de reforma laboral de próxima consideración por el Congreso) y que apunta a fortalecer la capacidad de gestión de la empresa respecto de los sindicatos;
- la tendencia a reducir los aportes sociales a cargo de los empresarios como forma de abaratar el costo laboral;
- una serie de medidas globales tendientes a incentivar y mejorar los niveles de eficiencia de los recursos humanos como aporte del Estado para mejorar la eficacia productiva de las empresas;
- un cúmulo de medidas sociales, fundamentalmente la institucionalización de un seguro parcial de desempleo y medidas especiales para caso de crisis que tienden a paliar, paralelamente, el agravamiento de las consecuencias sociales del modelo y las resultantes de la gestión de la mano de obra en las empresas.

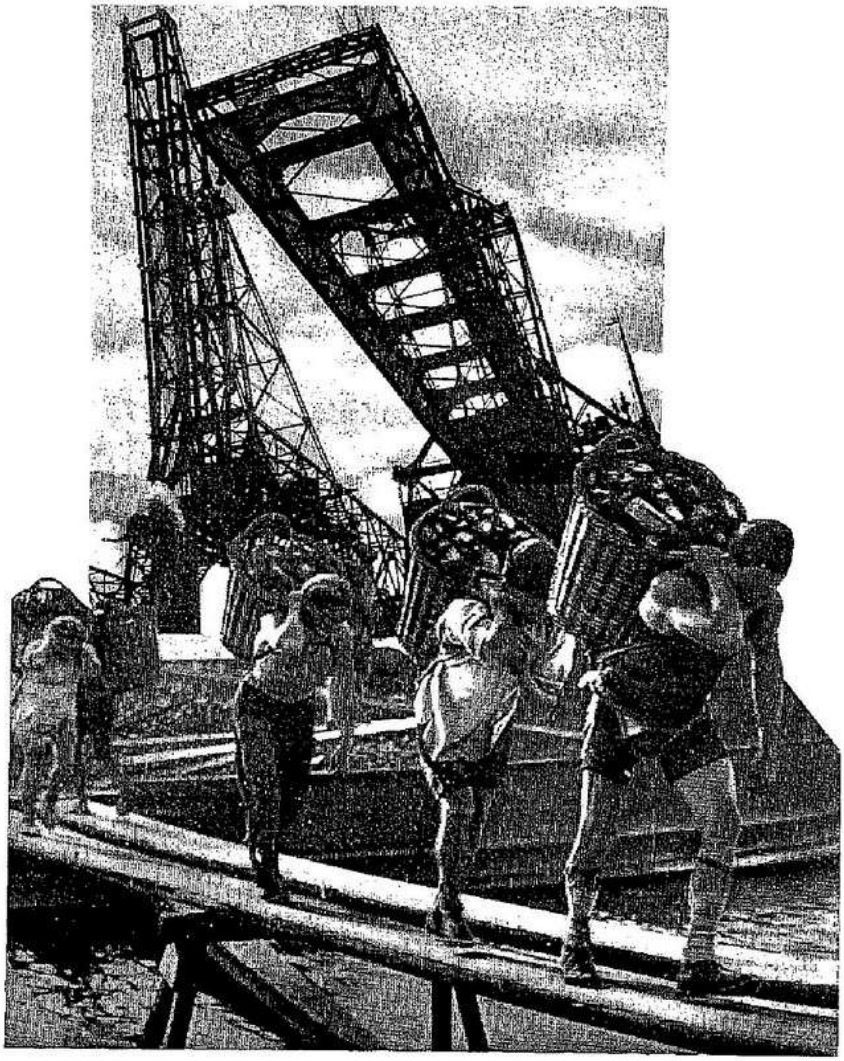
IV. Instrumentos e instituciones que comprende el proyecto: posibles alcances, mitos y realidades

Debemos prevenir al lector, que en materia de *management* empresario y/o más precisamente en el ámbito de las relaciones de trabajo es utópico, cuando no imposible, trazar separaciones según sus funciones, de cada uno de los diferentes instrumentos y normas laborales. Por ello es que a continuación, sólo por razones metodológicas y de comprensión, intentaremos analizar los distintos instrumentos que conforman la reforma laboral en función del efecto que ejercen sobre cada uno de los tres ejes esenciales en que se basa el nuevo modelo laboral:

- reducir los costos laborales de la empresa;
- reconstruir el poder de administración y gestión empresario;
- contribuir a neutralizar el conflicto laboral como obstáculo del desarrollo empresario, tendiendo a reconstruir el colectivo del trabajo y la tarea del asalariado sobre objetivos comunes con la empresa.

Nuestro análisis se completa con una visión del grado de funcionalidad al modelo que, a través de instrumentos jurídicos no necesariamente laborales y de medidas políticas, van adquiriendo el resto de las instituciones y estructuras de la sociedad, incluido el Estado. De esta manera creemos posible observar los efectos concretos de estos instrumentos sobre el modelo de relaciones laborales, los desfasajes y problemas que plantea su aplicación y el modo en que el Gobierno pretende profundizarlos o corregirlos. Para ello proponemos dividir nuestro trabajo en tres grandes títulos a saber:

- medidas tendientes a obtener la reducción de los costos laborales;
- medidas tendientes mejorar la gestión de relaciones humanas (RRHH) en la empresa;
- medidas tendientes a neutralizar el conflicto laboral;



IV.a. Medidas tendientes a obtener la reducción de los costos laborales

Habiendo señalado reiteradamente el Gobierno argentino que sólo un alto nivel de competitividad empresaria podía asegurar el desarrollo económico y un alto nivel de empleo, una de las prioridades del nuevo modelo de acumulación era reducir los costos laborales. En este sentido, las medidas gubernamentales en el ámbito laboral se orientaron a reducir los costos salariales directos e indirectos y, de manera general, los costos resultantes del empleo de mano de obra asalariada.

Estas medidas comprenden:

- la sujeción de los aumentos salariales a los de la productividad. Esta medida que resulta del Decreto 1.334/91 presupone convalidar como irreversibles los márgenes de distribución de los diferentes factores productivos resultantes del proceso inflacionario precedente;
- la reducción de los costos resultantes del empleo de mano de obra ociosa (posibilidad de emplear mano de obra en función de la carga de trabajo de la empresa). La ley 24.013 estableció por lo menos cuatro formas diferentes de contratación temporaria cuya duración no excede de dos años y donde se flexibilizan tanto las condiciones de contratación, como las de cese de cada uno de estos contratos. Estas figuras tienden a favorecer el empleo masivo de las diferentes categorías de desempleados (jóvenes, licenciados de procesos de restructuración) sin que la empresa deba asumir el costo laboral como riesgo empresario.

De esta manera, lo que se consigue a través de estas cuatro modalidades no es incorporar, sino profundizar la flexibilidad ya existente del sistema argentino de contratación laboral. Flexibilidad que, como fuera señalado antes, ya existía como consecuencia de la interacción de factores tales como el envilecimiento del monto indemnizatorio, la obsolescencia de la justicia laboral para dirimir en tiempo los reclamos planteados y la insuficiente rigidez de sus propias prescripciones.

Las figuras contractuales de la nueva ley de empleo responden a tres ejes fundamentales: a) plazo determinado, b) ausencia o reducción de los montos indemnizatorios al momento de la finalización en término de los mismos en los plazos convenidos, y c) reducción o supresión de las cargas sociales. Sin embargo, como consecuencia de la presión que en su momento ejercieron los sindicatos sobre el proyecto, se relativizó la implementación de estas figuras. Así las mismas quedaron sujetas para su implementación, por una parte al cumplimiento por parte del empleador de exigencias impositivas (no deberá tener deudas exigibles con los organismos previsionales y similares —art.32), formales (deberá celebrarse por escrito con copia del mismo a la asociación sindical —art.31), no deberán haberse producido despidos con anterioridad y no pueden superar un cierto porcentaje del plantel total de trabajadores, pero por otra parte, y esta es a nuestro entender la condición más importante lograda por el sindicalismo, dichas modalidades no serán operativas sino a través de convenios colectivos de trabajo (art.30). Esta última condición urgió al Gobierno a sortear el obstáculo de la concertación, recurriendo a la extensión de oficio de la figura excepcional de declaración de emergencia ocupacional prevista en el art.106 de la ley.

De manera global y con el mismo objetivo —reducir los costos laborales— se estableció un virtual congelamiento de la relación salarial. Para ello se dictó el Dec.1.334/91, que sujeta cualquier aumento salarial al de la productividad. Esta disposición, instrumentada como reglamentación del derecho que tiene el Estado de velar por la ecuanimidad de los efectos jurídicos y económicos de los convenios colectivos de trabajo (obligación de someter los mismos a la homologación por parte del Estado para tener efectos *erga omnes*) significó, por una parte, la consolidación como normales e irreversibles de los márgenes de distribución entre capital y trabajo, que a favor del primero se establecieron durante más de diez años de hiperinflación.

Por otra parte, significa atar por decreto todo aumento salarial al crecimiento efectivo de la empresa.

Esta medida apuntaba a desactivar el aumento salarial como factor inflacionario, pero también —y sobre todo— a evitar que la presión sindical pudiere conseguir aumentos salariales que incidan en los costos de la empresa. Pero la forma desprolija, casi improvisada, de la medida, inserta a su vez en el marco normativo de la negociación colectiva que prioriza el mayor ámbito posible, determina que las negociaciones por productividad se efectuarán a nivel de rama o de actividad, careciendo de realismo los resultados obtenidos.

Al no prohibir ni el decreto ni el propio sistema de negociaciones los niveles inferiores (único nivel en el cual se puede discutir con realismo la productividad en función de las particularidades de la empresa), terminaron prevaleciendo, por práctica y por derecho, los ámbitos mayores de negociación (esto es, la rama). De esta forma terminó desnaturalizándose el objetivo de la medida, mientras que sus disposiciones se convirtieron en justificaciones generales (muchas veces difíciles de aplicar), para dar respuesta a las pretensiones salariales de los sindicatos.

Por otra parte la ya apuntada ansiedad reguladora del Estado en la materia llevó a descuidar un tema esencial: la manera como debían considerarse los aumentos de productividad resultantes de nuevas tecnologías. Olvidado este punto esencial, la discusión pareció quedar limitada a los aumentos de productividad resultantes de la organización del trabajo y del compromiso de los asalariados.

Con el mismo objetivo de reducción de costos, se reformó la ley de accidentes de trabajo (ley 24.028) procediéndose a reducir los montos indemnizatorios (reducción de los coeficientes y del monto indemnizatorio máximo) y la responsabilidad de los empresarios.

Y recientemente, a través del Dec.2.609/93, se implementó una reducción de los aportes patronales del sector industrial destinados a cargas sociales. El citado Decreto se establece como consecuencia de un pacto Fiscal celebrado entre el Estado Nacional y las Provincias, destinado a alentar el desarrollo industrial regional incrementando su productividad. Mediante dicha norma se establece un sistema de desgravación variable de acuerdo con la localización de las compañías en un rango que va del 30 al 80%. La medida presupone la transferencia a los industriales de u$s 2000 millones por año.

IV.b. Medidas tendientes a mejorar la gestión de RRHH en la empresa

Pero los condicionamientos que sufre el mundo empresario no se limitan a los costos, sino que le exigen contar con medios más eficientes de gestión. Y éste es precisamente el ámbito donde la rigidez del derecho del trabajo recibe sus mayores acusaciones (3). Sin embargo, a pesar de los reiterados y frustrados intentos, es justamente en este ámbito donde menos ha podido avanzar el Gobierno. Es más, se podría decir que en este campo sólo ha conseguido imponer medidas globales que han pesado más por el efecto mayor que en el contexto socio económico en el que deben actuar han tenido estas normas, que por su contenido normativo.

Así, en el marco de la ley 24.013 de «empleo», en su art.25 se implementó la posibilidad de «establecer métodos de cálculo de la jornada máxima en base a promedio de acuerdo con las características de la actividad» a través de los convenios colectivos de trabajo.

En concomitancia con dicho objetivo, mediante el Dec.470/93 se reformó el Dec.199/80, reglamentario de la ley 14.250 de negociaciones colectivas. Por el mismo se estableció la posibilidad de que alguna o ambas partes puedan denunciar el nivel de negociación, medida que si bien favorece la negociación articulada, apunta a legalizar definitivamente (4) el nivel de empresa en el sistema de relaciones laborales argentino. Este nivel de negociación, como veremos en el punto V de este trabajo, tiende a consolidarse en detrimento de los niveles superiores, de mayor peso político porque inciden sobre el contexto socio-económico donde se inscriben, y por ende resulta contraproducente para la dinámica de la empresa, cada vez más específica y más desvinculada en sus objetivos de la problemática político económica general del país. Del mismo decreto resulta la posibilidad de modificar los convenios colectivos tanto aumentando, como disminuyendo o suprimiendo por única vez sus disposiciones (art.2 bis).

Mediante la ley 24.013 y el Dec.470/93 se apunta a fortalecer la gestión empresaria, adaptando el instrumento regulador que es el convenio colectivo de trabajo, a las particularidades de la empresa o establecimiento, y creando el marco adecuado para derogar las cláusulas generales que pudiesen estar en contradicción con las necesidades particulares de la empresa.

En el ámbito más específico de las empresas estatales que fueron concedidas o privatizadas, el Gobierno estableció en el conjunto de medidas de desregulación de la economía, la caducidad de los convenios colectivos vigentes, verdaderas obras maestras del progreso social. En este sentido el art. 67 del Dec.1.757/90 establece de manera precisa que «hasta tanto se formalicen los nuevos convenios colectivos, dejarán de tener efecto aquellas cláusulas convencionales, actas, acuerdos o todo acto normativo que establezca condiciones distorsivas de la productividad o que impidan o dificulten el normal ejercicio del poder de dirección y administración empresario».

Los sindicatos de esos sectores, debilitados por el ajuste de personal de esas empresas previo a las privatizaciones y por las propias condiciones del mercado de trabajo, mal podían rediscutir los convenios en tales condiciones. El resultado era previsible y se alcanzó casi totalmente. En dichas empresas, las condiciones de trabajo se retrotrayeron al piso de la legislación en su casi totalidad.

En línea con esta medida que tiende a favorecer la capacidad de gestión de las empresas privatizadas, se estableció mediante el Dec.1.803/92 la no aplicación de la ley 11.887 y de los arts. 225 a 229 de la ley de Contrato de Trabajo. Mediante el citado decreto, los adquirentes de las citadas empresas «en ningún caso serán responsables por los incumplimientos laborales o previsionales anteriores a la privatización los que estarán a cargo del Estado Nacional».

IV.c. Medidas tendientes a neutralizar el conflicto laboral como obstáculo para la empresa y a recrear el colectivo de trabajo y los puestos de trabajo sobre la base de objetivos comunes.

Finalmente, como lo señaláramos anteriormente, el tercer eje del modelo es neutralizar el conflicto laboral global como obstáculo para la eficiencia productiva y competitiva de la empresa, e intentar reorientar el mismo a ese ámbito y/o a las unidades de producción. Este objetivo responde a la necesidad de la empresa moderna, de hacer coincidir los intereses de los trabajadores con los del «clan industrial». Según esta concepción, se hace necesaria la creación de condiciones tales que posibiliten a los miembros de la organización alcanzar sus objetivos orientando sus esfuerzos hacia el éxito de aquélla.

Este objetivo supone:

- quitarle fuerza al conflicto global o político (que se desarrolla a nivel de confederaciones sindicales o de ramas de actividad);
- generar motivaciones de autonomía o satisfacción para alcanzar el involucramiento del personal;

- generar motivaciones grupales que posibiliten la restructuración de los colectivos de trabajo sobre la base de intereses comunes con la empresa;
- lograr que el sindicato se identifique con dichos objetivos deponiendo su carácter socio-político.

Dentro de esta óptica se sancionaron las siguientes medidas. Se reglamentaron mediante el Dec.2.184/90 las leyes 14.786 de conciliación obligatoria y 16.936 de arbitraje obligatorio, modificada esta última por la ley 20.638. Mediante el citado decreto se restringe la huelga en la actividad privada como así también en los servicios públicos de interés general. La citada disposición parte de considerar que en la oposición entre derechos de la ciudadanía e intereses sectoriales, como son los de los trabajadores, deben prevalecer los primeros. De esta manera, en una época donde la organización empresaria en los sectores productivos tiende a adoptar estructuras cada vez menos sensibles a las huelgas, se desalienta el mayor medio de presión político colectivo de los trabajadores en democracia, las medidas de acción directa en los servicios públicos, que tienen un impacto directo en la opinión pública.

Se tiende a priorizar la negociación colectiva de trabajo a nivel de la empresa y aun de unidades inferiores, buscando —más que descentralizar el conflicto—, que los actores centren sus preocupaciones en aquellos conflictos que surgen de la dinámica de la empresa, lo que conduce a que las soluciones se busquen dentro del margen de maniobra que les permite la conflictividad interempresarial y no de la rama o de la actividad y menos aún de la sociedad.

En el mismo sentido se sujetaron las negociaciones salariales al crecimiento de la productividad de la empresa. Las características específicas de las formas de organización y gestión de la empresa hacen que la productividad exija ser considerada en función de la situación particular de cada una de ellas, como así también del tipo de mercado, tecnología empleada, etc. Estamos en presencia de formas indirectas de inducir a las partes a encontrar soluciones a ese nivel, aun cuando el instrumento jurídico que lo implementó dejara subsistente, para negociar, la prioridad del nivel más amplio.

Finalmente, mediante la ley 23.696 se estableció un programa de propiedad participada mediante el cual se instituyó una participación accionaria de los trabajadores en las empresas sujetas a privatización. La ley establece que estos paquetes accionarios deben ser manejados necesariamente en forma colectiva para no producir la dispersión del sistema. De esta manera, bajo esta forma jurídico-económica, se compromete al sindicato en temas de gestión de la empresa, disociándolo de la problemática general de la rama (que es el nivel que le da el carácter socio-político a la acción sindical), y se condicionan severamente los ingresos de los asalariados a los éxitos de la empresa, por lo que éstos se ven comprometidos con sus objetivos.

Estas medidas consiguieron implementarse por la manera en que incidía el contexto socio-económico y político, pero también y sobre todo por la forma en que se modificó el sistema de negociación colectiva, dado precisamente los condicionamientos que sobre esas modificaciones ejercía ese contexto. De allí que, para entender las bases de la implementación del modelo, debemos analizar estas modificaciones.

V. La razón y el peso de la reforma del sistema de negociación colectiva

La preeminencia, en el pensamiento laboral argentino, de la idea de que la negociación sería un instrumento ecuánime por sí mismo para resolver equitativamente todos los problemas de las partes, ha relativizado la importancia de la reforma del sistema de negociación. Pocos analistas han notado que las en apariencia relativas, aunque progresivas, reformas del sistema están modificando el contexto de aplicación del resto de las normas laborales. Es que la negociación colectiva no es un instrumento invariable y válido por sí mismo, sino que ella misma es el resultado de la confluencia de un cierto número de elementos (5). De no existir alguno de estos elementos la negociación deja de ser tal, pero además estos elementos también resultan modificados en sus alcances y efectos, según el contexto donde se apliquen, modificándose así los de la negociación colectiva. Esta afirmación recobra toda su importancia si consideramos que en el contexto actual donde se pretende que la negociación colectiva resuelva las contradicciones del trabajo, la interrelación entre las características o bases del funcionamiento del sistema de negociación colectiva que continúa vigente, el contexto socio-económico-laboral donde se aplica y las características y la situación del sindicalismo en Argentina, producen como veremos un efecto en extremo diferente al que es presentado públicamente.

Desde su instalación, el Gobierno nacional, al sostener la necesidad de una reforma laboral que facilitase una gestión de los RRHH y una reducción de los costos del trabajo acordes con los desafíos que plantea el modelo de acumulación mundial, afirmó la necesidad de modificar el sistema de negociaciones colectivas tendiendo a su descentralización y a fortalecer la autonomía de las partes en la resolución de los problemas laborales. Si en los inicios del proceso de reforma se barajaron algunos proyectos que parecían destinados a modificar por primera vez las bases del sistema de negociación, pocos analistas siguieron de cerca cómo a través de pequeñas y maquilladas reformas diseminadas en diferentes instrumentos jurídicos, muchos de ellos de índole económica, se fueron consolidando varios cambios esenciales en el mismo:

- la priorización de la negociación a nivel de empresa; limitación los aumentos salariales al de la productividad empresaria; el dejar librada progresivamente la negociación colectiva a la regulación del mercado de trabajo;
- la desarticulación de nociones fuertemente instalada en el pensamiento juslaboralista argentino, tales como: a) considerar las prescripciones de los convenios colectivos como «derechos adquiridos», b) considerar como natural la continuidad de su vigencia hasta su renovación, y c) considerar que la negociación no puede introducir modificaciones *in peius*, esto es, en detrimento del trabajador.

Así vemos que, progresivamente, en cuatro instrumentos jurídicos se fueron incorporando y profundizando los objetivos de la reforma.

Mediante la ley de empleo 24.013, se incorporaron tres normas básicas. El art.24 fortalece la obligación de negociar ciertos temas esenciales para un eficiente desarrollo de las relaciones laborales, aunque precisando que la validez del convenio no se ve comprometida por la omisión de alguno de estos temas. Esta disposición, al mismo tiempo que aparenta reequilibrar la capacidad negociadora de los sindicatos, abre el camino para que los temas esenciales de la desregulación en el ámbito laboral fuesen negociados por sindicatos debilitados por la pérdida de efectivos y las condiciones del contexto sociolaboral. Precisamente en el art.30 se insiste en la posibilidad de incorporar formas flexibles de contratación laboral, y finalmente en su art.25, corroborando nuestra afirmación anterior, se autoriza, «la modificación de la jornada de trabajo en base a promedio» a través de convenios colectivos de trabajo.

Posteriormente, los Decretos 2.284/91 y 2.488/91 consagraron el derecho de cualquiera de las partes a elegir el nivel de negociación que consideren conveniente, autorizando a las partes modificar el nivel de negociación al momento de su renovación a petición de cualquiera de ellas (art.105). Esta medida, que introduce un criterio extraño para la tradición argentina, se apoya en una serie de anula-

ciones de convenios o de algunas de sus cláusulas, que con anterioridad implementó el art.67 del Dec.1.757/90 en las empresas privatizables.

Dichas medidas, como lo señala el art.67 del Decreto ya comentado, se justificaron en nombre de la necesidad de liberar de obstáculos la gestión de estas empresas, y se fundaban tanto en el cambio de status de las mismas, como en el principio de que el carácter contractual de la negociación supone, en cada acto negocial, replantear las condiciones anteriormente pactadas pudiendo modificarlas o suprimirlas tanto en beneficio como en detrimento de los trabajadores.

Finalmente, estos principios fueron refirmados por el desapercibido Decreto 470/93, fundado en la potestad reglamentaria de las leyes 14.250 y 23.546, que regulan la negociación colectiva en Argentina. El citado decreto, partiendo del reconocimiento del derecho de cualquiera de las partes a denunciar el nivel originario (art.2 bis) estableció la posibilidad de que estas últimas pudiesen negociar a niveles inferiores a la rama de actividad, y/o que articulasen niveles diferentes, aunque garantizando mayor autonomía e independencia al nivel inferior (atendiendo a las más modernas doctrinas el decreto no limita este nivel a la empresa sino que utiliza la expresión «la unidad de negociación,» con lo cual se comprenden inclusive niveles inferiores, tales como el establecimiento, las unidades de producción, agencias, etc.). En este sentido, su artículo 3 concede mayor autonomía al nivel inferior, autorizando a las partes a modificar, aumentar o suprimir el convenio de ámbito mayor que será «considerado como la norma convencional válida para las partes firmantes y oponible a cualquier otra disposición convencional vigente». Pero paralelamente, otorga mayor autonomía a los convenios alcanzados a ese nivel al suprimir el requisito de la homologación y al reconocer el derecho para celebrar los mismos a la asociación sindical con personería gremial que comprenda la empresa. En efecto, por primera vez, la legislación argentina reconoce el carácter de contraparte a una asociación sindical diferente de aquella de ámbito mayor o de mayor representatividad a nivel nacional que consagraba el sistema de relaciones laborales .

En contrapartida, mantiene para los convenios nacionales o de rama tanto el requisito de la homologación (art.3 bis inc.a), como el criterio de que los aumentos salariales deben tener en cuenta «criterios de productividad, inversiones, incorporación de tecnologías, sistemas de formación profesional y lo dispuesto en la normativa vigente» (art.3 ter) incorporado por el Dec.1.334/91.

VI. Profundizar la reforma: hacia la coherencia total

Pero es evidente que estas normas han resultado insuficientes para alcanzar los tres objetivos esenciales ya comentados. Ni los costos consiguieron reducirse en la medida esperada, ni los instrumentos de gestión sufrieron las transformaciones que preveían los empresarios, y menos aún se consiguió alinear al sindicalismo o a los trabajadores (salvo excepciones) con los objetivos de la empresa. Ante esta realidad, para el Gobierno se hace necesario profundizar dicha reforma incorporando las modificaciones esenciales para alcanzar la coherencia total entre los postulados económicos y los laborales o de la producción.

En este sentido el Poder Ejecutivo nacional elaboró un minucioso proyecto de reforma de casi 300 artículos que fue posteriormente desestimado por la oposición sindical. Sin embargo, algunos días más tarde reelaboró el mismo sobre la base de un escueto proyecto de 19 artículos que deberá ser sometido al Parlamento próximamente. En líneas generales este nuevo proyecto laboral significa: una reforma esencial, que modifica los criterios tradicionalmente predominantes en el derecho del trabajo argentino. Las medidas afectan tanto principios fundamentales del contrato de trabajo —como las nociones de derechos adquiridos y de la preminencia de la norma más beneficiosa para el trabajador—, como otros complementarios propios del criterio vigente en nuestro sistema de negociaciones colectivas.

Así, el citado proyecto establece la posibilidad de dejar sin efecto las condiciones más beneficiosas pactadas por convenios colectivos (art.1), por acuerdo individual o por decisión unilateral del empleador (art.2).

Paralelamente, en su parte final (art.19), limita la vigencia de todas las cláusulas, se trate de condiciones de trabajo o de cláusulas obligacionales asumidas por las partes, como forma de «inducir a las partes a renovar los convenios colectivos de trabajo periódicamente». Como fuera señalado anteriormente, en un sistema de relaciones laborales como el argentino, donde no existen medios capaces de constreñir a las partes a concluir las negociaciones en plazos perentorios, y en donde los medios de acción sindical y su capacidad de presión se encuentran resentidos, esta medida conduce inexorablemente al sindicalismo a negociar a la baja sus antiguas conquistas o cuanto más a defenderlas, y en el mejor de los casos a acordar condiciones más beneficiosas cuando estas resulten del interés de la empresa. Este marco histórico, resultante de la interrelación de normas jurídicas específicas y un contexto socio-económico y «político» preciso, coherente con los objetivos del modelo de acumulación, determina peligrosamente al sindicato a convertirse en funcional a los objetivos de la empresa, lo que metafóricamente puede ser definido como el riesgo de que las asociaciones de trabajadores se conviertan en «cola de barrilete» de la misma.

En línea con los objetivos del modelo económico que se persigue, se tiende a reconocer a las seccionales, delegaciones o comisiones internas, autorizadas o avaladas al efecto por la correspondiente asociación con personería gremial, el derecho a negociar a nivel de la empresa temas como vacaciones, jornada y suspensiones de trabajo.

De esta forma, la reforma avanza respecto de la necesidad de centrar la solución de los conflictos en la empresa o en ámbitos inferiores a ésta como forma de fortalecer su margen de autonomía y gestión, en un marco de imprevisibilidad y mutación como el actual.

El resto de las reformas esenciales sobre las cuales descansa el proyecto pueden sintetizarse de la manera siguiente:

1. La reforma del contrato de trabajo propiamente dicho que comprende:

1.a. La incorporación del período de prueba en el contrato de trabajo por tiempo indeterminado. Este período, que es fijado en tres meses (con posibilidad de incrementarlo a seis meses mediante acuerdo de partes), suprime la estabilidad del trabajador autorizando a ambas partes a extinguir la relación sin expresión de causa y sin derecho a indemnización alguna (art.5 inc.4). Durante el mismo el trabajador no goza de estabilidad. Curiosamente la legislación argentina vigente, como hemos visto, establecía que la indemnización por estabilidad era procedente recién al tercer mes.

1.b. Establece una nueva modalidad contractual temporal que viene a sumarse a las prescriptas en la ley 24.013. Ella consiste en un verdadero contrato por tiempo determinado, cuya duración mínima es de seis meses y la máxima de dos años. Esta modalidad contractual no abre derecho a indemnización alguna si es rescindido a la expiración del período pactado, y libera al empleador, según se trate de trabajadores de mayores de 24 años o menores, del 50% y 100% de las cargas sociales respectivamente. Su particularidad es su carácter transitorio (durante tres años) que suprime el derecho a indemnización o da derecho a indemnizaciones reducidas

2. Reducción de los montos indemnizatorios por antigüedad correspondientes a despidos dispuestos por el empleador, al igual que el momento a partir del cual comienza a correr el período de preaviso (art.12 -modifica el art.231 de la ley 20.744). La confluencia de ambas figuras permite a los empleadores reducir dichos montos respecto de los períodos inferiores al año de antigüedad y hacer operativo el preaviso desde su notificación. En la actualidad el preaviso comienza a correr desde el primer día del mes siguiente al de su notificación, lo que aumenta en algunos días el margen de tiempo del asalariado para buscar trabajo y prolonga igualmente en algunos días más su salario.

3. La posibilidad de alterar mediante convenios colectivos de trabajo cláusulas que modifiquen la legislación laboral vigente en ciertas materias , que según el mensaje de la ley, «hacen a las necesidades específicas de la organización del trabajo en la empresa». Estas materias son:

- la movilidad de la jornada diaria de trabajo en función de máximos mensuales y anuales
- la oportunidad y forma del goce del descanso semanal que no deberá ser postergado por un plazo mayor de 30 días
- la extensión, formalidades y requisitos de la obligación del empleador de conceder las vacaciones durante los meses normales de vacaciones. De esta manera el empleador puede concederlas en épocas de menor actividad
- la ampliación de los períodos de suspensión sin goce de sueldo y los requisitos para disponer las mismas por razones de fuerza mayor, económicas o por falta o disminución de trabajo no imputable al empleador (art.10).

4. Finalmente, como aportes importantes, aunque coherentes con el objetivo central del modelo (lograr niveles importantes de involucramiento de los trabajadores, pero fundamentalmente del sindicato), se incorporan:

- el derecho a la formación profesional del trabajador (art.17 inc.1), y
- el derecho de las asociaciones sindicales con personería gremial de recibir del empleador información sobre la evolución de la empresa y sobre las innovaciones tecnológicas y organizativas que tengan relación con los contratos de trabajo(art.17 inc. 2).

VII. La responsabilidad ante la historia. Algunas reflexiones finales

Debemos insistir en que en un contexto de bajo empleo y debilidad sindical, estas medidas tienden por una parte a atomizar el colectivo de trabajo, y por ende a debilitarlo, y por otra, a desalentar la participación sindical ante la amenazas de inestabilidad e inseguridad de sus adherentes que impone el mercado de trabajo. En un marco como el que acabamos de describir, no es difícil imaginar un cuadro de progresivas resignaciones de conquistas a través de los contratos individuales o de negociaciones colectivas efectuadas por sindicatos condicionados por su debilitamiento. Esto es, de negociaciones que se convertirían en convalidaciones del desmantelamiento del derecho laboral.

Un marco donde la profundización de dicotomías tales como desarrollo de ciertas empresas y degradación de otras, mejoramiento del empleo para unos, desempleo crónico para otros, terminará minando las bases del sindicalismo de rama -sociopolítico- para alentar un sindicalismo funcional a los objetivos de la empresa.

En fin, en un marco de caída del empleo creemos que aun las condiciones que establece la ley como protectoras-mínimas serán cada vez más fácilmente violadas por los empleadores con el consenso mismo de los trabajadores. El miedo a perder su puesto de trabajo se convertirá para ello en su mejor aliado.

Todo esto unido a un contexto como el argentino de ésta última década, donde para obtener una decisión en la justicia se requiere con suerte cuatro años, nos permite afirmar que la incorporación de la flexibilidad no era imprescindible para mejorar la gestión de los empresarios. Ella, como se ha visto, ya existía en el derecho argentino (simplemente se utilizaba poco). En cuanto al costo laboral, en el contexto que acabamos de describir creemos que estas medidas no inciden realmente en aquellas empresas de alta productividad. Contradictoriamente, en aquellas que requieren de mano de obra intensiva, tienden a reducir el costo de algunos trabajos al de la indignidad.

En este marco, quedan cada vez menos dudas de la necesidad de transformación de un derecho que se ha convertido en protector de lo improtegible y que sólo sirve de «alivio» o «comunión» de sectores nostálgicos, cuando no impotentes para encontrar respuestas que correspondan a la finalidad real del derecho del trabajo: *obtener las formas más amplias y concretas de participación de personas en los beneficios del desarrollo económico de la sociedad.* Sin embargo, en un escenario como el que acabamos de describir, donde los sindicatos tienden a perder su tradicional fuerza equilibradora de la relación laboral y no poseen ninguna forma seria de acceso a la información económica y social de la empresa, queda abierta la tendencia a los abusos de los «sistemas flexibilizadores» por la empresa.

Finalmente, en lo que se refiere a la necesidad de neutralizar el conflicto sociopolítico o global, nacional o de rama y de alcanzar un mayor grado de involucramiento de los trabajadores y de las asociaciones sindicales con la empresa, curiosamente, las contradicciones sociales globales que estas medidas tienden a generar son las que impiden que el sindicalismo, en su desesperación, abandone los niveles que le permiten seguir incidiendo sobre las decisiones políticas que definen el modelo de distribución y por ende de sociedad.

Pensamos que estas reformas, más que a encontrar una pretendida alternativa inevitable de desarrollo económico, podrían servir para realizar el sueño del empresariado más insensato: aprovecharse de su relación de fuerzas para obtener a cualquier precio mayores beneficios. En este caso sólo cabe preguntarse, quién se hará cargo de las consecuencias sociales frente a la historia.

NOTAS:

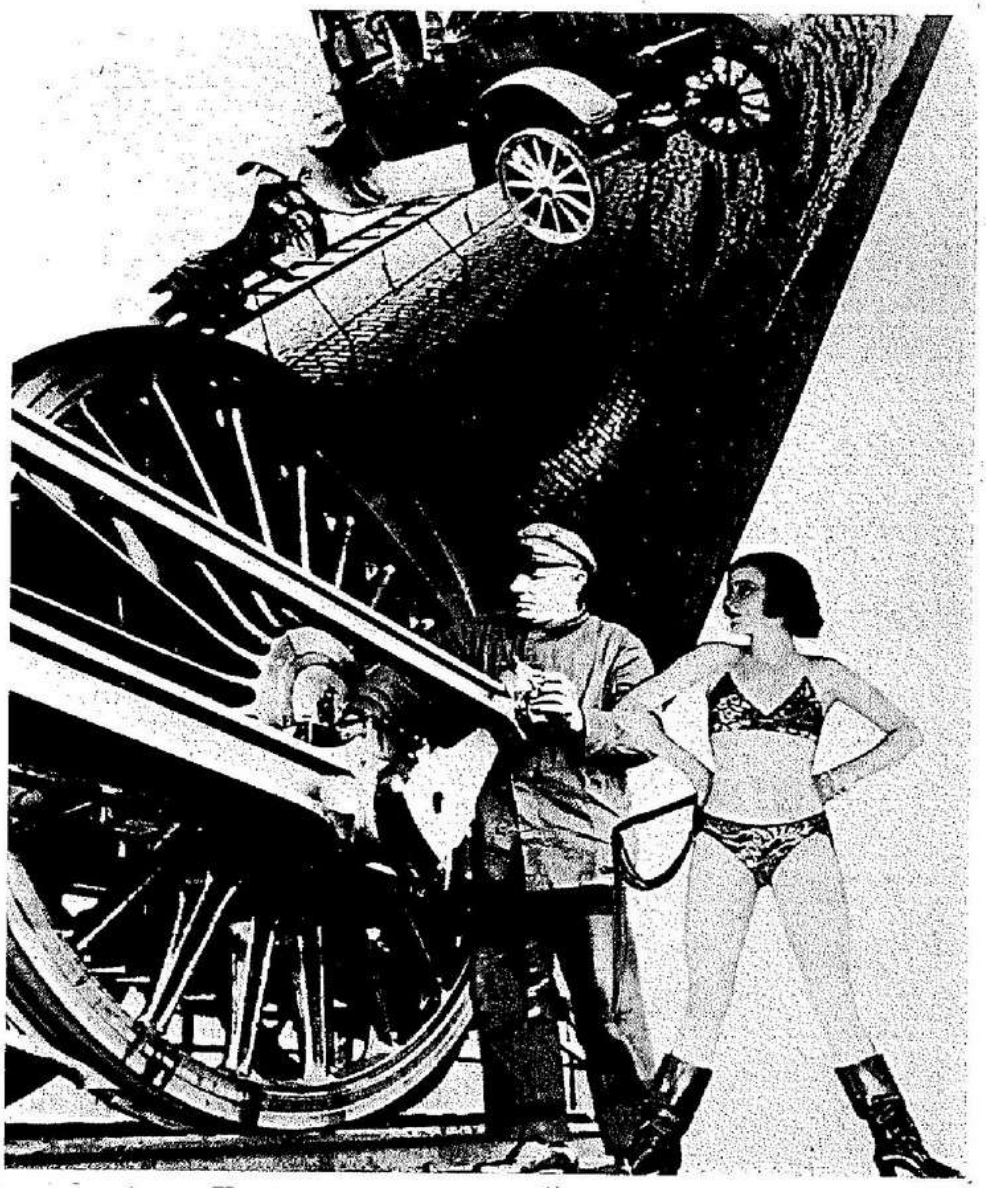
1. La ley 24.013 comprende cuatro ámbitos principales, a saber: uno referido a la regularización del empleo no registrado, un segundo denominado de promoción y defensa del empleo, otro referido a la formación profesional, y finalmente incorpora una prestación transitoria por desempleo. Pero el eje de la misma es la implementación de una serie de formas flexibles de contratación que unidas a las demás acciones previstas por la ley debían servir a dar respuesta al agravamiento del desempleo en el país.

2. Cfr. Valdés Dal-Ré, F., «Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador», p.37 y ss., y Aparicio, J., «Empresas ideológicas y derechos fundamentales del trabajador», p.77 y ss., en Aparicio, J. y Baylos, A. (comps.), Autoridad y democracia en la empresa, Madrid (1992).

3. Cfr la Introducción de Jammeaud, A. y Lyon-Caen, A. (comps.), *Droit du Travail, Démocratie et Crise*, Grenoble (1988).

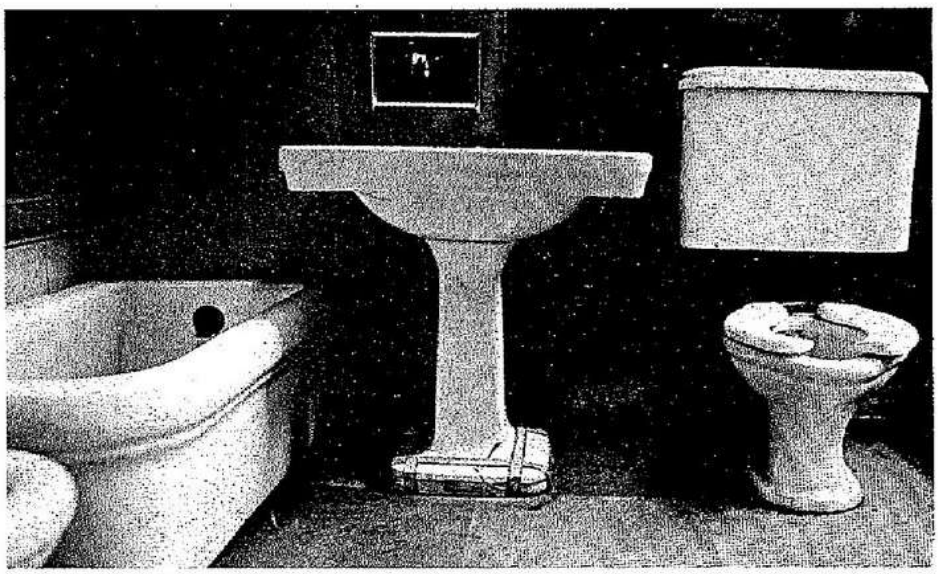
4. En nuestro trabajo La nueva negociación, Buenos Aires (1991), señalábamos que la negociación a nivel de empresa constituía un fenómeno que tendía a generalizarse pero que no contaba ni con el reconocimiento expreso de la ley (aunque nunca lo prohibió) ni con la aceptación por parte de los actores sociales.

5. En nuestros trabajos sobre el tema, hemos señalado que la negociación colectiva requiere de seis elementos esenciales sin los cuales la misma no puede configurarse. Estos elementos son: la existencia de una relación de subordinación laboral, de una o más situaciones conflictuales, que dicho conflicto se exteriorice, que exista una relación de fuerzas, que exista la voluntad de por lo menos dos partes de la relación y que exista para ambas un margen cierto de posibilidades de alcanzar al menos parcialmente sus objetivos. Estos elementos se modifican al transformarse el contexto de manera que la negociación colectiva en tanto medio capaz de resolver los conflictos sociales verá modificada su capacidad para cumplir tal fin según cada situación histórica precisa.



CIUDAD Y TRABAJO: dos espacios vulnerados

Por Alicia E. C. Ruiz



I. Buenos Aires: un espejo roto

Caminar por Buenos Aires produce una mezcla de desolación, escepticismo y tristeza. Sus calles rotas, con montañas de basura acumulada en las esquinas; los vendedores ambulantes instalados precariamente en las avenidas o en las proximidades de las estaciones del ferrocarril; montones de criaturas mendigando o durmiendo muy temprano en los asientos del subterráneo son indicadores visibles de la crisis, a los que se suman los hospitales, las escuelas, los tribunales, que revelan el nivel de deterioro de la sociedad en su conjunto.

Buenos Aires adquiere, día a día, el aspecto definido de una ciudad dividida entre propios y ajenos. Porque junto a las miserias se alzan nuevos, lujosos y protegidos barrios, brillan los supermercados, los *shoppings* y los negocios exclusivos, y los restaurantes exclusivos y las discotecas exclusivas.

Los edificios preservados por mecanismos o servicios privados de seguridad cada vez más sofisticados y complejos, los automóviles particulares que se desplazan con las ventanillas cerradas, los niños transportados desde sus hogares hasta la escuela o hasta la casa de sus amigos, cuidadosamente alejados de la calle, expresan la búsqueda desesperada del aislamiento y la protección frente a la hostilidad, la amenaza, el ruido y el agobio del exterior.

El diseño en cuadrículas de Buenos Aires, su superficie plana y su falta de límites geográficos, permitieron, en el pasado, vincular sus diversos barrios y expandir el espacio público como medio de integración social. No desaparecieron las desigualdades y segregaciones pero se preservó implícitamente, en su propia estructura, una imagen de equidad. De ella podría decirse que «durante todo un siglo (fue) la ciudad de la fábrica, la ciudad de los obreros, la ciudad de la burguesía y la ciudad de las profesiones y de los burócratas: la estratificación se expresó en las formas del morar urbano»(1).

Todo se ha ido desvaneciendo, tornándose difuso y casi amenazador. El centro de la ciudad, lugar por excelencia de la mezcla cultural, del encuentro y de la simultaneidad social, va siendo invadido por los exponentes de la marginalidad creciente. Los «otros» se refugian y los *shoppings* se tragan la calle que de «lugar de creación de lo público es apenas uno más de los síntomas de la descomposición de aquellas tramas que construyeron Estado y Sociedad a lo largo de todo el siglo, forma peculiar de la privatización que señala varias cosas de la devaluación de lo público: un Estado incapaz de ofrecer seguridad, de mediar entre los intereses individuales y el bien común, una sociedad que adopta las pautas de la ley de la selva, en la que se disuelve todo lazo solidario, en la que el otro se vuelve extranjero, potencial amenaza»(2).

Esta imagen pesimista no proviene de la comparación con una visión nostálgica e idealizada de algún pasado glorioso al que el presente ha destruído. Está ligada, sin duda, a esa sensación de sorpresa con que muchos argentinos atónitos, y en especial los porteños, vimos transformarse el espacio urbano y con él, a sus habitantes y sus modos de vida. El vaciamiento de los lugares que antes nos convocaban y de los cuales, lenta e inexorablemente, se apropian algunos, va acompañado del desplazamiento brutal de toda idea de «lo público» en el imaginario social.

En el Buenos Aires de ayer era posible transitar desde las avenidas arboladas y las residencias señoriales, a los barrios de casas bajas; de hoteles y de inquilinatos. Aquella ciudad imitaba rincones de París que la hacían —para orgullo de sus habitantes— la más europea de América Latina. Hoy se impone una acumulación de espacios y agrupamientos humanos cada vez más distantes e irreconocibles entre los cuales las desigualdades no se ocultan ni se niegan. Es más, empiezan a parecer «casi naturales».

Al multiplicarse las imágenes diversas, desaparece la posibilidad de construir un continuo que, de forma lineal organice, aun en la oposición, las relaciones entre grupos, clases, costumbres, lenguajes ofreciendo una visión homogénea y totalizadora. Se pierde el sentido de realidad, se percibe la fragilidad de la trama social, de nuestra propia identidad y de las categorías con que pretendíamos entender el mundo.

La angustia que aparece va más allá de las transformaciones del espacio urbano. Es sintomática, y se instala en nosotros como una especie de primaria resistencia, frente al modelo social que se procura consolidar.

La nueva ciudad exhibe el fracaso de muchas de nuestras ilusiones y proyectos. Sus divisiones, sus espacios inaccesibles, sus barreras, sus códigos diferenciados, sus contradicciones, su creciente inseguridad, su pobreza, son algunas de las formas que asume la fragmentación de la sociedad en la que vivimos.

Enfrentados a una realidad diferente de la que imaginamos es imprescindible descubrir otras estrategias de sobrevivencia. Y en esa búsqueda nos preguntamos con qué categorías contamos para comprender qué está sucediendo y decidir qué hacer.

«El aumento creciente e irreversible de la distancia que separa las utopías y las promesas vanas de las vanguardias de las miserias materiales, la deshumanización creciente provocada por la asincronía que existe entre el desarrollo tecnológico y social y la satisfacción de las necesidades materiales, o el retorno a pensamientos y creencias supuestamente superadas para siempre —coronadas por los movimientos neoconservadores y neoirracionalistas— son algunos de los testimonios de por qué la cuestión del presunto agotamiento de la modernidad, así como el de su hipotética superación a manos de la postmodernidad debe estar en la agenda de toda discusión preocupada acerca del futuro»(3).

II. ¿Qué se refleja en ese espejo roto?

La ciudad es un espejo roto, que refleja una sociedad dividida. Los sectores populares aparecen atomizados y anómicos mostrando una separación cada vez mayor entre grupos organizados y desorganizados. Disminuyen la clase obrera y la tasa de sindicalización. Crece la informalidad urbana y es

cada vez menor el porcentaje de población activa empleada. Las posibilidades de consumo popular se achican, lo mismo que la participación en los beneficios sociales conquistados en épocas anteriores. Como resultado se acelera el proceso de reconversión económica, política y cultural defendido por el pensamiento neoconservador.

Un importante número de individuos queda fuera de los límites del Estado. Se incrementan progresivamente la marginalidad y la exclusión. La despolitización de la sociedad civil, la inobservancia de las formas democráticas y el aumento de la corrupción, estrechan el espacio de lo público.

Los caminos elegidos para la implementación de las políticas de ajuste son: la privatización de múltiples áreas del Estado, la flexibilización laboral, las políticas fiscales regresivas por vía de los impuestos indirectos, la contención salarial, la recesión, los drásticos recortes de la inversión social imprescindible para el desarrollo, la restricción de los servicios públicos.

El quiebre generalizado de las redes de solidaridad, el auge de una cultura individualista, la deslegitimación de las instituciones democráticas y la corrupción acompañan el derrumbe material y subvierten el mundo de lo simbólico poniendo en crisis la existencia de la sociedad misma. «La espectacularización de la política y el decisionismo, son la forma de desestructuración de toda idea de comunidad, de toda capacidad de autorrepresentación social, de todo intento de determinación de los contenidos y de las identidades que definen vinculaciones sociales y opciones alternativas y valiosas sobre los problemas de la vida colectiva»(4). Al cuestionamiento ético y a la invocación de valores se opone el pragmatismo del «todo vale».

«En América Latina el neoconservadurismo se ha apropiado del postmodernismo, poniéndolo al servicio de la ofensiva político cultural de la economía de mercado, haciendo coincidir los gustos de la gente con la promoción de la política pro-mercado y con la consolidación del sistema capitalista transnacional. Se produce la exaltación del mercado, considerado como única institución que ordena sin coacción, garantizando la diversidad de gustos, proyectos, lenguajes y estrategias. Sólo expandiendo el alcance del mercado se evitan los excesos intervencionistas y globalizadores del Estado, institución que debe, en consecuencia, restringirse a funciones subsidiarias allí donde el mercado se muestre insuficiente. La desregulación económica y la privatización progresiva aparecen como políticas casi *ad hoc* para la plena actualización del individualismo lúdico que pregona el discurso postmoderno. Así, es más atractivo hablar de la diversidad del mercado, del polimorfismo cultural que de la competencia individual, del deseo que de la maximización de las ganancias, del juego que del conflicto, de la creatividad personal que del uso privado del excedente económico, de la comunicación e interacción universales que de las estrategias de las empresas transnacionales para promover sus productos y servicios. Es más seductor hablar a favor de la autonomía que en contra de la planificación, y en pro de los individuos que en contra del Estado (y del gasto público y de las políticas sociales). De este modo las contradicciones del capitalismo, acentuadas en la periferia latinoamericana, se escamotean tras la exaltación de las formas y de los lenguajes»(5).

III. ¿Por qué el trabajo?

Al definir sus objetivos la avanzada neoconservadora se propuso destruir ciertas instituciones y ciertas prácticas cuya subsistencia resultaban amenazadoras, empleando entonces sus armas más sofisticadas y convocando a arrasar en nombre de la modernización.

Con extrema lucidez se advirtió que el mundo del trabajo es un lugar privilegiado en el proyecto de construir un nuevo orden, en el cual pueden percibirse diáfanamente el alcance y los sentidos, la profundidad y los límites de los cambios deseados.

A la reforma del Estado debía seguirle la reforma de las relaciones laborales, porque en buena medida lo que el Estado sea dependerá del papel que asuma entre trabajadores y empleadores. La ampliación de la ciudadanía, la profundización de la democracia y la reivindicación del espacio público exigen una actuación positiva del Estado, que no forma parte del modelo neoliberal.

La importancia de las modificaciones ya implementadas y de las que aún no se han consagrado legislativamente deben mirarse en el contexto de crisis social descripto más arriba y desde la perspectiva francamente paradojal que exhibe la regulación del trabajo en la sociedad capitalista. En la medida en que el derecho interviene en la formación de las relaciones sociales, siendo al mismo tiempo «representación» de esas relaciones, opera a través de la marca que imprime al calificar conductas, permitir o prohibir acciones. En consecuencia quien quiera construir un nuevo orden social deberá intervenir en la elaboración de las condiciones en que el mismo debe estructurarse. Y esa elaboración no puede ser sino conflictiva.

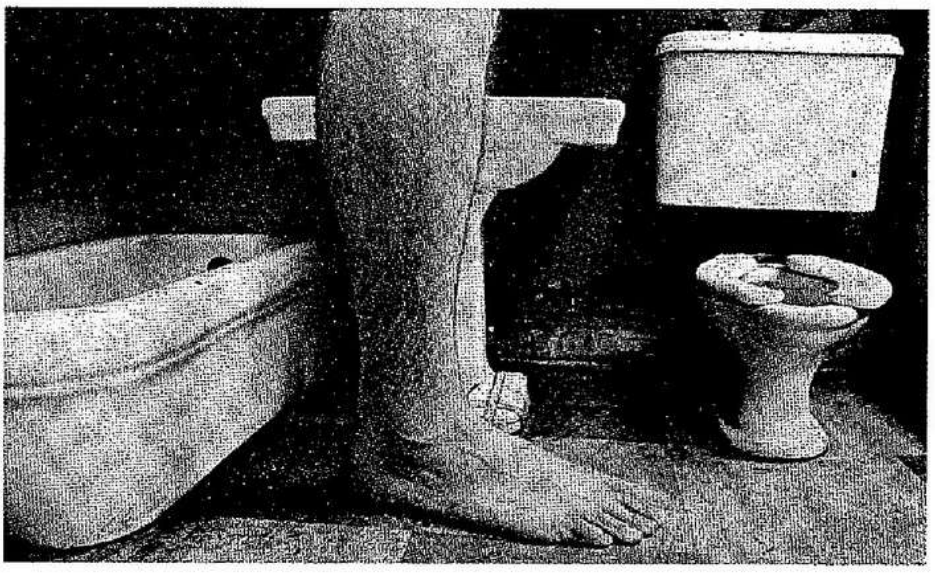
La política neoconservadora en el ámbito laboral se caracteriza, en la Argentina, por una constante y sistemática restricción del principio de orden público laboral, una creciente disminución de la protección a los trabajadores y una pérdida simultánea de la capacidad operativa de las organizaciones sindicales. Su primera e innegable consecuencia ha sido la de provocar el desplazamiento de algunos de los ejes que fueran, hasta ayer, incuestionables en el plano de la dogmática jurídica y una intervención en el «sentido común» que admite como inevitable, y generalmente celebra, el advenimiento de estos cambios en nombre de las leyes del mercado.

En este punto, me parece oportuno volver, por un momento, a pensar cómo, cuándo y por qué el derecho del trabajo entra a jugar su papel y en donde reside su naturaleza contradictoria.

El derecho del trabajo no es, en absoluto, producto puro de la lucha de los trabajadores que arrancan concesiones a la burguesía. No es una colección de favores generosamente concedidos a los asalariados, como tampoco una creación maquiavélica de las clases dominantes que se las ingeniarían para difundir falsas ilusiones en el proletariado. «(E)s esencialmente derecho del capitalismo, sector específico del orden jurídico de una sociedad donde domina el modo de producción capitalista, pero adecuado a esa dominación»(6). Es contradictorio, porque se organizó alrededor de la noción de contrato, que remite a los principios fundamentales del derecho burgués (igualdad y libertad) pero rápidamente, en forma cada vez más acelerada, consagró numerosas excepciones a esos principios liberales. Tales excepciones coinciden con momentos duros en la lucha del movimiento obrero, lo que ha contribuido a una visión romántica e idealizada de un derecho conquistado en las barricadas. Sin embargo, una lectura más global y menos apasionada de su evolución histórica, permite advertir que las conquistas de los trabajadores han estado acompañadas, en muchos momentos, de concesiones hechas a favor de los patrones. En otras, la innovación jurídica expresa un compromiso entre las fuerzas sociales antagónicas (7). Es contradictorio, porque remite al contrato y, al mismo tiempo, su especificidad de sentido se construye a partir del principio protectorio. Principio que expresa el reconocimiento de una desigualdad básica en la relación de empleo, desigualdad real que exige una tutela especial a favor de quien trabaja para otro. Este desequilibrio entre las partes es irremediable en el modelo económico capitalista y sólo puede mitigarse, no superarse.

El trabajador es reconocido como sujeto a partir del reconocimiento simultáneo de su debilidad, de su relativa desventaja y de su sometimiento, de su menor libertad negocial. La aparición histórica del derecho del trabajo está ligada a una cierta y parcial superación de la ficción de que «todos somos iguales». La autonomización del derecho del trabajo vino a proclamar que, para ser menos desiguales, era imprescindible que algunos fueran más protegidos que otros. Entonces, se limita la autonomía de la voluntad a través del principio de orden público, por el cual se veda a los contratantes particulares la alteración de las regulaciones contenidas en normas generales. Se sustraen del ámbito negocial aquellos aspectos cuya conservación se considera indispensable a la organización de la vida social. Así, la doctrina ha definido el orden público laboral como el conjunto de normas imperativas que se imponen a la voluntad de las partes en tanto estas no establezcan condiciones más favorables al trabajador. Este concepto de orden público laboral se articula con criterios interpretativos como el de la norma más favorable, según el cual la norma de rango inferior debe prevalecer sobre la de rango superior, cuando la solución que ella propugna es más beneficiosa para el trabajador.

Si el derecho del trabajo sólo tiene razón de ser en el marco del capitalismo, y si sus instituciones expresan momentos diferentes de la relación de poder entre fuerzas antagónicas, la fragmentación de la sociedad actual, el ocaso del Estado de Bienestar y de las políticas populistas, el paulatino abandono de las dirigencias sindicales de un papel activo en la



defensa de los intereses de sus representados y sus compromisos y complicidades, han tornado creíble la idea de que ese derecho debe desaparecer. Así lo proclama el discurso que se ha esmerado en poner de relieve la magnitud del costo implicado en su subsistencia y las ventajas de su modernización, bajo el lema de la «privatización de las relaciones laborales». Pero, entendámonos, lo que están proponiendo —como diría Alessandro Pizzorno— no es la privatización de lo estatal, sino de lo público.

El debilitamiento del núcleo protectorio del derecho del trabajo, lo mismo que la excluyente transformación del espacio urbano, son algunas de las formas que asume la «naturalización de las desigualdades».

Pero aquí se avizora que esta emergencia subvierte al modelo que la instaura. Es que la exhibición casi obscena de la desigualdad es tan transgresora, que liquida el contrato, ese instrumento que supone el equilibrio entre quienes si no son iguales deben, al menos, parecerlo. Y sin el contrato como nexo/vínculo/expresión de voluntades no hay sujetos que puedan concurrir al mercado, punto ideal del encuentro social, en el dogma de la nueva derecha.

Sin embargo, la débil esperanza que asoma por esta fisura no limita la magnitud del drama que representan los esperpentos que deambulan sobre el nuevo escenario. Porque la situación en la que ellos están colocados explica, en buena medida, el éxito de la prédica neoliberal.

Un multifacético conjunto de actores sociales: los jóvenes sin posibilidades de empleo, los profesionales desocupados, los ancianos sin asistencia, los ocupantes ilegales de asentamientos urbanos, los empobrecidos integrantes de la clase media, todos los cuales viven sin saber qué les pasa y quiénes son. Angustiados por el presente y amenazados por un futuro incierto, no es difícil incentivar su natural egoísmo, alentarlos para la búsqueda de soluciones individuales, y mostrarles, como única salida —consecuencia inevitable de los errores del pasado— una forma de organización signada por el principio darwinista de la supervivencia de los más fuertes.

En este contexto el ajuste y la impostergable transformación de la regulación de las relaciones laborales aparece «alternativamente como un condicionamiento ingrato de la realidad, como imposición ominosa de grupos poderosos nacionales o extranjeros, como restablecimiento del orden de cuentas momentáneamente desarregladas, como impulsor de cambios positivos en la estructura económica, como estímulo para la modernización y ha provocado respuestas que van desde la negativa rotunda a su aceptación, hasta la asunción festiva de su escala máxima de intensidad»(8).

Ninguna de esas opciones —la negativa rotunda o la asunción festiva— parecen aceptables. Ambas coadyuvan a la consolidación del proyecto neoconservador, la una con desesperación y la otra con alegría cómplice.

IV. ¿Cómo empezar?

Fueron expuestas las secuelas más visibles de la acción del neoconservadurismo en la transfiguración del espacio urbano y en la des-regulación/desprotección de las relaciones laborales y quedó señalada su relativa apropiación del pensamiento postmoderno.

También fue sugerida la necesidad de una impostergable autocrítica y el reconocimiento de la insuficiencia de las categorías de análisis de las que disponíamos.

Al llegar a este punto, desalentados y con la desagradable sensación del fracaso, sería interesante volver sobre algo de lo dicho en las páginas precedentes, aunque no sirva para alcanzar conclusiones definitivas que exigirían una certidumbre que, como la inocencia, perdimos hace mucho.

a) La señalada relación entre los neoconservadores y los postmodernos no descalifica *in totum* y para siempre a los últimos. Comparto con Lechner la idea de que es saludable cierto «ambiente postmoderno» y su desencantamiento con las ilusiones de plenitud y armonía, donde se evaporan las fantasías de omnipotencia. Y creo como él, que tal vez ese desencanto llamado post-modernidad, podría no ser el triste final de un proyecto demasiado hermoso para hacerse real, sino por el contrario, un punto de partida (9).

Ahora sabemos que no hay caminos trazados, que nos conduzcan a algún destino prefigurado. Que los modelos se han desarmado junto con los relatos que los aludían y que carecemos de las certezas que en otros tiempos guiaron nuestros pasos. Es este saber, el que incrementa la angustia provocada por una realidad fracturada como el espejo roto, poniendo en cuestión nuestra propia identidad y buena parte de las ideas que compartíamos. Simultáneamente, nos impulsa a encontrar otras claves de interpretación, nos libera de la obligación de repetir las viejas letanías o de invocar a los dioses antiguos para ser reconocidos.

b) Una reflexión ordenada sobre las causas de la emergencia del discurso neoconservador, de su éxito actual y de sus posibilidades de perdurabilidad, debería comenzar con el abandono consciente de cualquier fantasía respecto de la factibilidad de volver hacia atrás. Se trata, más bien, de pensar como en las «contrautopías postapocalípticas» —para usar la expresión de Gianni Vattimo— de que el presente representa el cumplimiento fatal e irreversible de una condición extrema, fundada en la realización plena de lo que se esboza hoy como nuestra única salida (10).

Las políticas neoliberales volvieron las sociedades en las que vivimos mucho más injustas y mucho más desiguales. A un tiempo pusieron al desnudo la necesidad impostergable de revisar el papel del Estado, hacerse cargo de su hipertrofia, del gigantismo del sector público, de la crisis de las formas tradicionales de representación política y social.

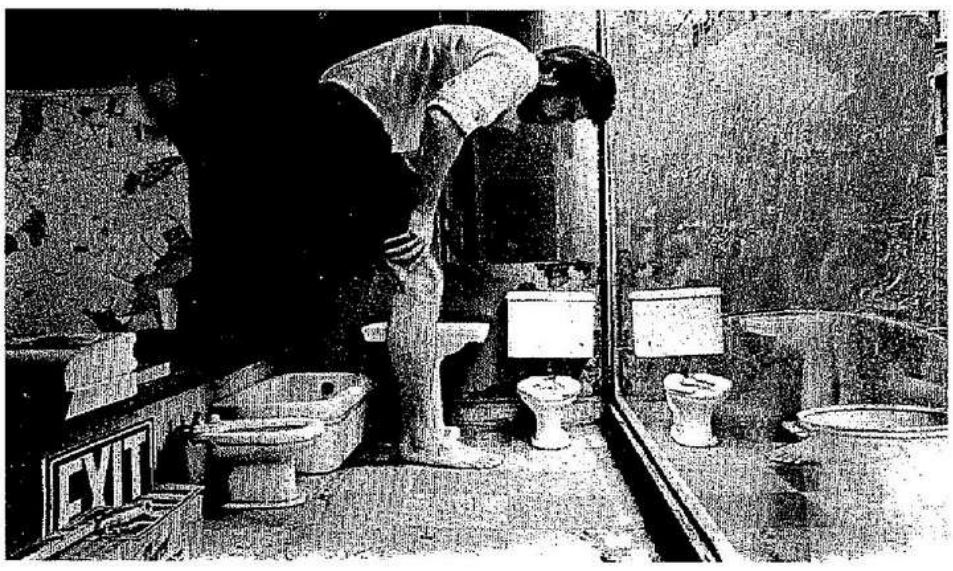
Cuanto han llevado a cabo lo han hecho de la peor manera, destruyendo a su paso cualquier resto de solidaridad social, de voluntad de participación, de proyecto colectivo convocante, promoviendo el individualismo más egoísta, el pragmatismo más inmoral y el escepticismo más generalizado.

Pero es aquí donde estamos colocados todos, también los que no festejamos los resultados ni compartimos los métodos empleados, los que aún creemos que es posible recuperar como sujetos individuales y colectivos «una capacidad de obrar y de luchar que actualmente está neutralizada por nuestra confusión espacial y social»(11).

Juan Ramón Capella advierte que este presente confuso y contradictorio se proyecta amenazador hacia un «futuro de horror». Que es tanto como decir que nada de lo que está ocurriendo puede semos ajeno, que no estamos en situación de desentendernos de los peligros, de las desigualdades y de las miserias de hoy, porque ellas prefiguran el mundo de mañana, en el cual nadie estará a salvo.

Tan dramática advertencia de los riesgos implicados en la indiferencia y la falta de compromiso nos encuentra en un curioso estado de ánimo: convencidos de que el presente es un punto de inflexión, descreemos de la tesis neoliberal de que nada más ni nada distinto a lo que se hace, pueda intentarse.

Ya no disponemos de ningún paraíso para prometer, es cierto, pero tampoco estamos dispuestos a conceder que el infierno será el único destino. Hemos perdido muchas de nuestras referencias, ignoramos cómo habrá de llamarse la sociedad de cuya construcción queríamos ser parte, pero tenemos la convicción de que será, tanto más humana cuanto más intervengamos en la obra. «No es el nombre sino el ser de la cosa lo que constituye su valor. La distinción más gloriosa es la que proviene de nuestros actos y no aquella que nos han transmitido los antepasados por herencia». Estas palabras, que Shakespeare pone en boca de uno de sus personajes, quizás sean una buena guía para empezar. El futuro también es obra nuestra.



* Las fotografías que ilustran este artículo son de Duane Michals.

NOTAS

1. Barcellona, Pietro, *Post-modernismo y comunidad*, Madrid (1992).

2. Gorelik, Adrián, «La calle privatizada», Clarín., Bs.As. (febrero 1993).

3. Piscitelli, Alejandro, «Sur, modernidad y después: un debate a partir de la metamorfosis de la ciencia», en *Imágenes Desconocidas*, Bs. As. (1988).

4. Barcellona, Pietro, ob.cit.

5. Hopenhayn, Martín, «El debate postmoderno y la dimensión cultural del desarrollo» en *Imágenes Desconocidas*, cit.

6. Jeammaud, Antoine, cit. en «La reforma de la Constitución y el Derecho del Trabajo», de Alicia E.C. Ruiz y Alvaro Ruiz, Bs. As (1987).

7. Alicia E.C. Ruiz y Alvaro Ruiz, ob.cit.

8. Lozano, Luis y otros, *Los trabajadores y las privatizaciones*, Santiago (1990).

9. Lechner, Norbert, *Los patios interiores de la democracia*, Santiago (1990).

10. Vattimo, Gianni, *La sociedad transparente*, Barcelona (1990).

11. Capella, Juan Ramón, «El tiempo del progreso», en DOXA, Alicante (1991).

¿Quién es el que niega la Historia?

Foucault y la Escuela de Frankfurt

Entrevista de Duccio Trombadori

Traducción de Christian Courtis y Máximo Langer

Duccio Trombadori: *Con los acontecimientos del '68, otra corriente teórica recobró fuerza, quedando confirmada como punto de referencia de notable importancia en la cultura joven. Estoy hablando de la Escuela de Frankfurt: los trabajos de Adorno, Horkheimer y especialmente de Marcuse se instalaron en el centro de los debates ideológicos estudiantiles. La lucha contra la represión, el antiautoritarismo, el escape de la «civilización», el rechazo radical del «sistema»: con mayor o menor confusión intelectual, todos estos eran temas debatidos como slogans por masas de jóvenes. Me gustaría saber cómo se relaciona su pensamiento con esa corriente teórica, entre otras cosas porque Ud. no parece haberse referido a ella directamente.*

Michel Foucault: Sería necesario entender mejor por qué, pese al trabajo de muchos de sus exponentes en París luego de su expulsión de las universidades alemanas por los nazis, la Escuela de Frankfurt pasó desapercibida por largo tiempo en Francia. Sólo comenzó a ser discutida con cierta intensidad y frecuencia en relación al pensamiento de Marcuse y su freudo-marxismo. De todos modos, yo sabía poco sobre la Escuela de Frankfurt. Había leído ciertos textos de Horkheimer dedicados a todo un conjunto de discusiones cuyo significado yo entendía con dificultad, y en los cuales percibía cierta laxitud, sobre todo referida a los materiales históricos analizados. También recuerdo haber leído un libro sobre problemas penales y mecanismos de castigo escrito en los EEUU por Kirchheimer.

En ese entonces advertí cómo los autores de Frankfurt, adelantándose a su tiempo, habían intentado afirmar cosas que también yo había trabajado durante años para sostener. Esto explica una cierta irritación por parte de algunos de sus miembros, al notar que en Francia había experiencias que eran, no diría idénticas, pero en algunos aspectos muy similares. En efecto, la corrección y la fecundidad teórica hubieran exigido una familiaridad mucho mayor con los estudios de la Escuela de Frankfurt. En lo que a mí respecta, creo que la Escuela de Frankfurt planteó problemas sobre los que aún se está trabajando. Entre otros, los efectos del poder vinculados a una racionalidad definida histórica y geográficamente en Occidente, desde el siglo dieciséis. Occidente jamás hubiera alcanzado los efectos culturales y económicos que le son únicos sin el ejercicio de esa forma específica de racionalidad. Ahora bien, ¿cómo podemos separar esta racionalidad de los mecanismos, procedimientos, técnicas y efectos de poder que la determinan, factores éstos que no aceptamos más, y que denunciamos como la forma de opresión típica de las sociedades capitalistas, y tal vez también de las sociedades socialistas? ¿No podría concluirse que la promesa de la Ilustración, de obtener la libertad a través del ejercicio de la razón, ha sido, por el contrario, revertida en el propio dominio de la Razón, que está quitando más y más espacio a la libertad? Se trata de un problema fundamental que todos debatimos, que es común a muchos, comunistas o no. Y este problema, como se sabe, fue señalado por Horkheimer antes que nadie; y fue la escuela de Frankfurt la que midió su relación con Marx sobre la base de esta hipótesis. ¿No fue el propio Horkheimer el que sostuvo que en Marx nos topamos con la idea de que la sociedad es como una inmensa fábrica?

Duccio Trombadori: *Ud. asigna una gran importancia a esta corriente de pensamiento. ¿A qué atribuye las anticipaciones y los resultados obtenidos por la Escuela de Frankfurt que acaba de sintetizar?*

Michel Foucault: Creo que la Escuela de Frankfurt tuvo grandes posibilidades de conocer y analizar tempranamente y con información exacta lo que estaba sucediendo en la Unión Soviética. Y esto ocurría en el entramado de una intensa y dramática lucha política, mientras el nazismo cavaba la tumba de la república de Weimar; esto se daba a su vez en el contexto de Alemania, donde el marxismo y la reflexión teórica sobre Marx tenían una robusta tradición de más de cincuenta años.

Cuando reconozco todos estos méritos de la Escuela de Frankfurt, lo hago con la mala conciencia de quien debió haber conocido y estudiado a sus autores mucho antes de lo que lo hice. De haber leído esos trabajos antes, tal vez hubiera ahorrado mucho tiempo útil: no hubiera tenido que escribir algunas cosas y hubiera evitado algunos errores. De todas maneras, si hubiera encontrado a la Escuela de Frankfurt cuando era joven, me habría visto seducido hasta el punto de no hacer más en la vida que comentar a sus autores. En cambio, su influencia sobre mí es retrospectiva, una contribución que llegó a mí cuando ya no estaba en edad de «descubrimientos» intelectuales. Y ni siquiera sé si debería estar contento o sentir pena por ello.

Duccio Trombadori: *Hasta ahora me ha hablado sólo de lo que le resultó atractivo de la Escuela de Frankfurt. Pero me gustaría saber cómo y por qué razones se distingue de ellos. Por ejemplo, una clara crítica del «restructuralismo» francés ha tenido origen en autores de la Escuela de Frankfurt y sus discípulos. Recuerdo por ejemplo los escritos de Alfred Schmidt sobre Lévi-Strauss, Althusser y también Ud.: se los sindica en general como «negadores de la historia».*

Michel Foucault: Por cierto existen diferencias. Esquemáticamente podría afirmarse que la concepción de «sujeto» adoptada por la Escuela de Frankfurt era muy tradicional, de carácter filosófico. Estaba además notoriamente impregnada de un humanismo de tipo marxista. Esto explica también la particular articulación del marxismo con ciertos conceptos freudianos en la relación entre alienación y represión, entre «liberación», desalienación y el fin de la explotación. Estoy convencido de que, dadas estas premisas, la Escuela de Frankfurt no podía admitir de ningún modo que el problema no es recuperar nuestra identidad «perdida», liberar nuestra naturaleza encarcelada, nuestra verdad profunda; sino que, en lugar de ello, el problema consiste en moverse hacia algo radicalmente distinto, hacia lo Otro. El centro, entonces, parece poder seguir encontrándose en la frase de Marx: el hombre produce al hombre. Todo depende de cómo se lo mire. Para mí, lo que debe producirse no es un hombre idéntico a sí mismo, exactamente como lo habría diseñado la naturaleza, o bien de acuerdo a su esencia. Por el contrario, debemos producir algo que todavía no existe, y sobre lo que no podemos saber cómo y qué será.

En segundo término, pensemos sobre el verbo «producir». No creo que esta producción del hombre por el hombre ocurra del mismo modo, digamos, que la del valor de la riqueza, o del de un objeto de uso, de tipo económico. Se trata más bien de una cuestión de destrucción de lo que somos, de creación de algo enteramente diferente, de una total innovación. Ahora bien, me parece que la idea que ellos tenían de esta «producción del hombre por el hombre» consistía básicamente en la necesidad de liberar todo lo que, en el sistema represivo vinculado a la racionalidad o en la represión de la explotación ligada a la sociedad de clases, había sido experimentado como distante del hombre y de su esencia fundamental.

Duccio Trombadori: *Probablemente la diferencia reside en el rechazo o la imposibilidad para la Escuela de Frankfurt de pensar en el «origen» del hombre en el sentido histórico-genealógico, más que en términos «metafísicos». Lo que está en cuestión es el tema o la metáfora de la «muerte del hombre».*

Michel Foucault: Cuando hablo de la «muerte del hombre», quiero decir que se trata de establecer una regla de producción, un término esencial, para esta «producción del hombre por el hombre».

En *Las palabras y las cosas* me equivoqué al presentar esta «muerte» como algo que, en alguna medida, estaba ya sucediendo en nuestro tiempo. Estaba confundiendo y mezclando dos aspectos. El primero es un fenómeno de escala reducida: la evidencia de que en las diversas «ciencias humanas», tal cual fueron desarrolladas y dado el hecho de que el hombre invirtió en ellas su propia subjetividad —aun cuando la transformaba en el mismo proceso—, el hombre jamás se encontró en presencia de su propia «naturaleza». La «esencia humana» no sería hallada en el corazón de las ciencias humanas. Si la promesa de las ciencias humanas ha sido la de permitirnos descubrir al hombre, ciertamente ella no ha sido mantenida. Pero como experiencia cultural general, se trató más bien de la constitución de una nueva «subjetividad» a través de la operación de una «reducción» del sujeto humano a objeto de conocimiento. El segundo aspecto que mezclé y confundí con el primero consiste en que en el curso de su historia, los hombres nunca dejaron de construirse a sí mismos, es decir, de variar constantemente el nivel de su subjetividad, de constituirse en una infinita y múltiple serie de subjetividades diferentes que nunca llegará a su fin y que nunca nos hallará en presencia de algo que sería «el hombre». El hombre es un animal de experiencia, está envuelto *ad infinitum* en un proceso que, definiendo un campo de objetos, al mismo tiempo lo cambia, lo deforma, lo transforma y lo transfigura como sujeto. Al hablar de la «muerte del hombre» de manera confusa, simplificada y un poco profética, quise en sustancia decir estas cosas; pero eso no significa que yo crea que traté el tema exhaustivamente. De modo que, moviéndonos en torno a estos temas, existe por supuesto una clara incompatibilidad con la Escuela de Frankfurt.

Duccio Trombadori: *¿Cómo se refleja esta divergencia –que puede medirse por referencia al discurso del «antihumanismo»–, esta distancia con respecto al modo de concebir y analizar la historia?*

Michel Foucault: La relación de la Escuela de Frankfurt con la historia es otra cosa que me decepciona. Me parece que hacen muy poca historia, que se refieren a investigaciones realizadas por otros, a una historia ya escrita y valorada, y presentada por ellos como contexto explicativo. Algunos de ellos, en especial los autores de orientación marxista, sostienen o han sostenido que yo «niego» o «rechazo» la historia. Creo que Sartre también dice eso. Sobre ellos, podría decirse más bien que son «usuarios de la historia» tal cual otros la han fabricado anteriormente. Con esto no quiero decir que es necesario construir la historia como a uno le place, pero de hecho, por ejemplo, nunca me sentí totalmente satisfecho con los resultados alcanzados por otros en el campo de la investigación histórica. Aun cuando me he referido y he utilizado muchos estudios históricos, siempre he tratado de conducir por mí mismo los análisis históricos en los campos que me interesaban. Creo en cambio que cuando ellos hacen uso de la historia, razonan de este modo: piensan que el trabajo del historiador profesional les aporta un tipo de fundamento material sobre el cual construir razonamientos en uno u otro campo teórico, sociológico, psicológico o de otro tipo. Una actitud de ese tipo implica dos postulados. Primero, lo que los filósofos dicen no puede ser considerado historia (lo que pasa por la cabeza de alguien es un fenómeno social pero no pertenece al orden de la historia), y segundo, una vez que se admite que la historia ha sido bien hecha y que habla de economía, ciertamente tendrá en y por sí misma valor explicativo.

Pero razonar de este modo es al mismo tiempo demasiado modesto y demasiado ingenuo. Demasiado modesto porque, en última instancia, lo que pasa por la cabeza de alguien, incluidos los filósofos, es definitivamente parte de la historia: el hecho de decir algo constituye un acontecimiento en sí mismo. Sostener un discurso científico no es algo conectado desde afuera o desde un costado a la historia: es parte de la historia tanto como una batalla, el invento de la máquina de vapor o una epidemia. No se trata de acontecimientos del mismo tipo, pero siempre se trata de acontecimientos. Cuando yo hablo de este o aquel doctor que ha sostenido tantas pavadas acerca de la locura, ¿no es eso, tanto como la batalla de Waterloo, historia? Y ahora me ocupo del aspecto ingenuo del razonamiento. Independientemente del valor del análisis económico, me parece una ingenuidad típica de los que no son historiadores de profesión el hecho de afirmar que un análisis basado en los cambios de la estructura económica tiene valor explicativo en sí mismo. No se trata en absoluto de una conclusión obligatoria. Voy a dar un ejemplo: hace algunos años se investigaba con algún interés por qué las cosas prohibidas en materia sexual durante el siglo dieciocho se concentraban en su mayor parte sobre la masturbación. Algunos teóricos pretendieron explicar el fenómeno exponiendo que, en esa época, la edad del matrimonio se había elevado, y la gente joven se veía forzada a permanecer soltera por más tiempo. Ahora bien, este hecho, evidentemente ligado a razones económicas precisas, independientemente de cuán relevante sea, no logra explicar el origen de la prohibición —aunque más no sea, por el simple hecho de que uno no comienza a masturbarse el año anterior al casamiento. Y además, aunque se admita que la elevación de la edad del matrimonio hizo que grandes masas de jóvenes permanecieran solteros por años, aún es necesario entender por qué la respuesta a dicho fenómeno tuvo que ser una mayor represión, en lugar de una ampliación de la libertad sexual. Es también posible que la cuestión de la edad matrimonial, y todas sus conexiones con el surgimiento del nuevo modo de producción capitalista, sea útil para nuestra comprensión del problema. Pero cuando se trata de análisis tan delicados como el de la producción de un sistema de saber o de un discurso, con sus mecanismos y sus reglas internas, es necesario ser más profundo. Y es probable que uno no llegue a una solución única o a una explicación en términos de necesidad. Por el contrario, habría varias, si uno lograra establecer vinculaciones entre lo que pretende analizar y los fenómenos a los que dicho problema está conectado.

Duccio Trombadori: *¿Entonces Ud. cree que el ejercicio del pensamiento teórico está siempre ligado a una elaboración particular del material histórico? ¿No quedaría el pensamiento reducido a una manera de hacer o interpretar la historia?*

Michel Foucault: Digo lo que digo a los efectos de refirmar que la inteligibilidad que trato de producir no puede ser reducida a la proyección de la historia (digamos de la historia económico-social) sobre un fenómeno cultural de modo de hacer que éste aparezca como producto necesario y extrínseco de aquella causa. Esa necesidad definitoria no existe: el producto cultural es también parte de la fábrica histórica. Por esta razón me veo obligado a conducir análisis históricos por mí mismo. Puede verse entonces que la idea de hacerme quedar como un «negador de la historia» es realmente graciosa. No hago otra cosa que historia. De todos modos es interesante entender por qué se me acusa de «negar» la historia. Evidentemente, por el hecho de que no empleo el tipo de análisis histórico -intangible, sagrado y omniexplicativo- al que, por el contrario, recurren otros. Y esos «otros» son los que me acusan a mí de negar la historia. Ciertamente, si hubiera querido, hubiera podido citar en mis libros una o otra página de Mathiez o de algún otro historiador. No lo hice porque no realizo el mismo tipo de análisis. Así es la cosa. En última instancia, la idea de que yo rechazo la historia no viene tanto de los historiadores profesionales como de círculos filosóficos, donde no se conoce en detalle el tipo de relación, al mismo tiempo no comprometida y reverente, que el análisis histórico requiere. Y entonces es fácil concluir con el argumento de que «niego» o «rechazo» la historia.

* Los Daguerrotipos que ilustran este artículo son de 1848.

EL DERECHO EN ESCENA

Reproducción del sentido en teatro y derecho

Por Christian Courtis

La siguiente nota se enmarca en el contexto de una comparación entre teoría del derecho y teoría del teatro. Una de las bases de esta comparación es la descripción de la dinámica de texto y escena, elementos compartidos tanto por el derecho como por el teatro. Brevemente, con la noción de texto hacemos referencia al guión de la obra dramática en el caso del teatro, y a las normas y disposiciones de carácter legal en el caso del derecho. La escena está constituida en el caso del teatro por la representación dramática de la obra, mientras que en el del derecho se refiere al espacio social al que las normas legales se refieren y pretenden regular.

Una de las coincidencias fundamentales entre teatro y derecho consiste en la proyección del texto hacia la escena, que apunta básicamente a establecer directivas o criterios guía para que la última se desarrolle. Si se observa la situación desde el punto de vista de la escena, el proceso requerido para escenificar las reglas podría ser descrito como la transposición o traducción de las directivas del texto. Sin embargo, este proceso de transcripción no constituye una repetición vacía o mecánica de prescripciones. Por lo contrario, su propósito es el de reproducir el sentido contenido en el texto. La escenificación tiene una meta comprensiva: no se agota en la mera repetición de diferentes actos o artículos, sino que conlleva la pretensión de recrear el sentido significativo del texto.

En el caso del teatro, la representación dramática recrea la intención global de la obra, y la expectativa intuitiva del público es la de apreciar una cierta unidad significativa, una estructuración inteligible de sentido, y no una serie nominalista de eventos y discursos aislados. Aun cuando la teoría dramática contemporánea discuta la noción clásica de mensaje, entendido como una suerte de propósito moral que se supone que la obra debe comunicar, existen pocas dudas acerca de la necesidad de comprensión de la obra dramática como un todo y no como un número discreto de eventos desligados. Incluso las tendencias teatrales contemporáneas que rechazan la noción tradicional de «mensaje moral», como el teatro del absurdo o el teatro de la crueldad, siguen trabajando sobre la propuesta de un sentido global, aunque éste sea paradójico, como la incomunicabilidad del sentido o la condición absurda de la existencia humana.

En el caso del derecho, la aplicación fáctica de normas legales muestra un aspecto similar. Al concretarse en la práctica, la aplicación de normas legales no se sostiene por sí sola con la mera apelación a la autoridad. La defensa de la aplicación de una norma sobre la sola base de su existencia probablemente nos resultaría poco convincente. La justificación de su aplicación hace amplio uso del recurso a la intención o propósito del legislador, y este hecho resitúa la importancia de la escenificación de la ley en su aspecto sustantivo antes que en aspectos meramente procedimentales. La aplicación de normas legales recrea su sentido original, dando nueva vida al texto legal y obteniendo al mismo tiempo una razón sustancial para justificar la acción. El mero recurso a la existencia de una autorización para la imposición de deberes legales no confiere legitimación al sistema legal; debe haber alguna referencia a razones, a algún sentido discernible en la aplicación de una regla.

Una vez que se ha presentado este paralelismo, podemos preguntarnos acerca de los mecanismos de esta recreación del sentido del texto. ¿Qué tipo de procedimiento se emplea para resignificar la intención global del texto en el espacio dramático de la escena?

Para responder esta pregunta es útil recordar los diferentes contextos de producción de texto y escena. El texto es producido por uno o varios autores, y una vez concluido e incorporado como un todo a la realidad social, permanece idéntico. Existe entonces un único acto de creación, aun cuando pueda extenderse en el tiempo. El texto posee cierta estructura, y es finito por naturaleza, caracterizándose por una completud particular que contiene el abanico de significados posibles que se puede extraer de él. Existen algunas operaciones de selección que determinan los elementos que son incorporados al texto, mientras que muchos otros códigos o valores que están en condiciones de formar parte de la escena a la que el texto se refiere son dejados de lado.

Por lo contrario, los contextos de escenificación no son únicos, sino plurales. El mismo texto puede ser representado en múltiples ocasiones; puede haber numerosos protagonistas de estas personificaciones; la selección de códigos y de elementos fácticos para completar los segmentos indeterminados del texto pueden variar considerablemente; la comprensión del significado del texto y de los componentes de su estructura también pueden ser radicalmente distintos. La unidad relativa que presenta el texto queda abierta a múltiples desintegraciones, aunque cada escenificación pretenda constituir una traducción confiable del texto. En suma, el mismo texto puede generar varias transpolaciones distintas en escena.

Dado este panorama de potencial multiplicidad de las proyecciones del mismo texto, querría referirme a la situación de los «adaptadores» o «traductores»(1), es decir, a los operadores a cargo de la transcripción del texto a la escena. ¿Cuál será el criterio clave cuando estos operadores traten de escenificar los lineamientos del texto?

Básicamente, esta operación puede ser descrita como una reconstrucción de sentido. Consiste fundamentalmente en una inferencia general acerca del sentido o significado global del texto, y en la posterior elección de medios que completen los códigos y elementos escénicos que no fueron tratados por el texto, manteniendo la fidelidad a aquel significado original. Además de ello, muchas veces

no sólo se requiere de estos elementos complementarios fidelidad al sentido original, sino también la aptitud de enfatizarlo de modo de obtener una unidad significativa cohesiva, un despliegue coherente de capacidad expresiva.

En el caso del teatro, estas operaciones son llevadas a cabo a través de diferentes niveles de adaptación del texto dramático. La primera traducción general es conducida por el director, al decidir los lineamientos de la puesta en escena y la orientación de la representación actoral. Esta operación hace más estrecha la posibilidad de variación de algunos elementos, como la escenografía, vestuario o iluminación, pero sigue dejando abierta una inmensa serie de posibilidades en el campo de la interpretación actoral. Por ello, aun cuando la elección general representada por la puesta en escena determina algunos aspectos de la escenificación, la reproducción del sentido queda en gran medida librada a la interpretación de los actores. Esto sugiere que la reproducción del sentido de una obra dramática dada no depende exclusivamente de la decisión de un único operador, sino del resultado colectivo de la interacción del director, de los técnicos y de cada uno de los actores en sus respectivos roles.

En el caso del derecho, la reproducción del sentido del texto legal se lleva a cabo en una importante variedad de circunstancias, y depende también de la interacción de una multiplicidad de operadores que trabajan en niveles diferentes. Describir algunos de estos mecanismos será objeto de trabajos posteriores, pero pueden adelantarse algunas de las áreas en las que dicha reproducción se registra. Uno de los campos en los que varios operadores enfrentan la tarea de reconstruir el sentido del texto legal es el del litigio judicial. En este ámbito los diferentes participantes de un juicio (partes, abogados, testigos, peritos, jueces, jurados) ponen en juego los elementos que determinarán finalmente la transcripción del texto legal en la escena social. Constituye un ejemplo arquetípico de este proceso de reconstrucción de sentido en casos legales el empleo por parte de abogados y jueces de argumentos acerca del propósito político de la ley, del estilo «si el legislador hubiera querido hacer esto, no hubiera...» o «el legislador no creo la regla para...», donde el presunto sentido del texto es sometido a examen a través de su contraste con algún suceso indeseable que ocurrió o puede ocurrir en la realidad. Empleando este método, quien propone el examen trata de demostrar la inviabilidad de una transcripción del texto mostrando las consecuencias poco agradables de su escenificación.

De modo similar, el proceso de aplicación de la ley comprende la participación de varios actores; por ejemplo, jueces que determinan en forma general el sentido de las normas, niveles superiores de reparticiones estatales que adaptan la opinión judicial a sus recursos, niveles ejecutorios de las agencias estatales que deciden las circunstancias de hecho a las que se aplicará la norma legal, individuos que controvierten el uso de la regla legal que hacen las reparticiones estatales, etcétera.

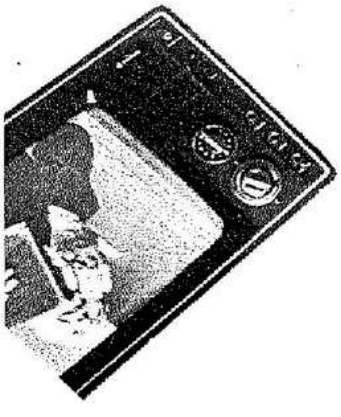
Hay otra disciplina en la que el problema de la reconstrucción del sentido ha sido extensamente discutido: se trata del campo de la teoría de la historia. La disciplina histórica se enfrenta al problema de transcribir algunos (y no todos) los hechos que han ocurrido en el pasado y construir un texto que pueda reproducir convincentemente el sentido de lo que realmente ocurrió. Algunos de los problemas con los que debe lidiar la historia están esencialmente relacionados con aquellos que señalamos al referirnos a la traducción del texto a la escena, pero en el sentido exactamente inverso: la tarea fundamental de la historia es la de traducir la escena en texto, dejando de lado los hechos considerados irrelevantes y manteniendo y ordenando los hechos que puedan explicar el sentido del proceso histórico. En esta transcripción, el historiador simplifica la compleja red de códigos y hechos que opera en la realidad tomando solamente los elementos que considera fundamentales para reconstruir el sentido de lo que sucedió (2).

Podemos entonces trazar un *continuum* de analogías entre la historia, el derecho y el teatro. El derecho puede ser comparado con la historia en el contexto de producción de un texto. Tanto el derecho como la historia seleccionan algunos elementos parciales de la realidad para codificar sus rasgos principales. En ambos casos la complejidad fáctica de códigos y acontecimientos que se registra en el mundo real es transformada en un conjunto selectivo de elementos que se inscriben en un texto (las normas legales o la trama histórica) que se propone ofrecer la posibilidad de hacer inteligible, de operar sobre la realidad. Derecho e historia son esencialmente similares en la transpolación entre realidad y texto, en la codificación de la realidad en un texto. En el campo del derecho, esta analogía se refiere fundamentalmente a la creación de normas legales.

Por otro lado, el derecho puede ser comparado con el teatro en el contexto de transcripción del texto a la escena, es decir, al proceso de decodificación del material textual en situaciones fácticas. Si el derecho tiene necesidad de simplificar algunos elementos de la realidad para codificarla, cuando se requiere que opere sobre situaciones reales debe volver a traducir la codificación textual a circunstancias de la vida fáctica. En este segmento del proceso, el derecho se parece esencialmente al teatro, dada su necesidad de hacer inteligible el contenido de un texto en el contexto más amplio y más complejo de las situaciones fácticas. Esta analogía se refiere, entonces, a la aplicación de normas legales.

En síntesis, en este *continuum* de analogías, derecho, teatro e historia tienen en común la tarea de recrear el sentido de un sustrato objetivo dado (acontecimientos sociales, textos) a través de su transposición en un nivel asimétrico de codificación (de la realidad al texto, o del texto a la escena). La historia y el derecho (al ser formulado) traducen fragmentos de la vida social al contexto más estrecho de un texto. El teatro y el derecho (al ser aplicado) traducen la codificación del texto al contexto más rico y más complejo de la escena. La primera fase elige algunos acontecimientos sociales y los convierte en texto, mientras que la segunda reconvierte el texto en acción.

• La fotografía que ilustra este artículo es de Duane Michals



NOTAS

1- La metáfora de la representación dramática como «traducción» del texto a otro lenguaje artístico ha sido sugerida por Stark Young. Cfr. Marvin Carlson, «*Psychic Polyphony*», en *Theater Semiotics Signs of Life* (1990), p. 96.

2- Cfr. Hayden White, *The Content of Form: Narrative Discourse and Historical Representation* (1987), y *Metahistory: The Historical Imagination in the Nineteenth Century Europe* (1973).

Elitismo judicial

Por Roberto Gargarella

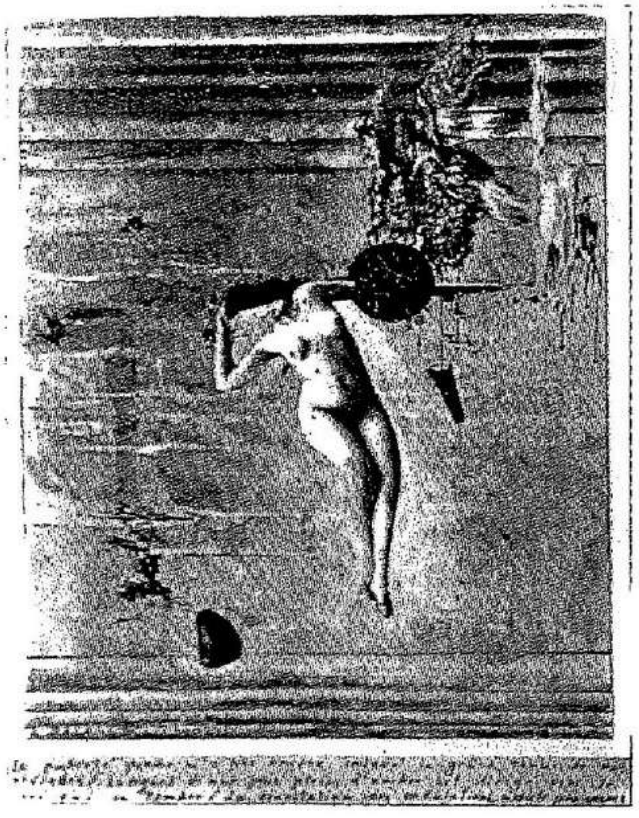
Introducción

Cuando uno estudia la enorme trascendencia de la llamada Corte Warren en los Estados Unidos, década del 60, y su lucha denodada en pos de la integración racial; cuando uno lee admirado la tarea que la justicia está llevando adelante en Italia, en contra de la corrupción; y aun cuando (salvando las distancias de todo tipo) uno recuerda, con alguna nostalgia, los fallos que en materia de divorcio o tenencia de estupefacientes dictó la mismísima Corte argentina, apenas después del reestablecimiento de la democracia, uno se siente movido a agradecer al cielo, o adonde sea, la valiosa existencia del poder judicial. Sin embargo, un mínimo sentido de realismo nos exige tener en cuenta, al mismo tiempo, el escándalo de la Corte norteamericana, boicoteando a Roosevelt en los años 30 (o reivindicando hoy una jurisprudencia archiconservadora), el hecho de que algunos de los incorruptibles jueces italianos aparezcan enteramente manchados por la corrupción, o el comportamiento temible de la camaleónica corte menemista.

En este trabajo voy a sostener que males como los descriptos se derivan de tener un modelo judicial elitista. Diré, además, que este modelo es tan indeseable como otro alternativo, de carácter populista, y que diera motivo al surgimiento del anterior. Un análisis acerca del nacimiento del modelo judicial hoy todavía vigente me permitirá abordar las cuestiones mencionadas.

Populismo y enfrentamiento a la justicia

El ideal de contar con un poder judicial independiente de la voluntad de las mayorías, y aun con capacidad para bloquear dicha voluntad, bien puede resultar deseable. Esto, por ejemplo, si tenemos en cuenta situaciones como las siguientes: las mayorías pueden apresurarse al tomar una cierta decisión, dejarse llevar por meros impulsos, sacrificar los derechos de las minorías restantes, etc. No hace falta remontarse al caso del nazismo para reconocer los peligros del «mayoritarismo». Pensemos, por caso, en la situación de las minorías inmigrantes frente a los actuales rebrotes nacionalistas. Parece claro que los derechos básicos de estos inmigrantes, o de cualquier otra minoría, deben respetarse aun a pesar de hipotéticos enojos mayoritarios. Sin embargo, estoy seguro de que estas intuiciones (que, espero, eventuales lectores compartirán) no siempre son (ni han sido) sostenidas de un modo coherente. Por ejemplo, explícitamente o no, mucha gente defiende posturas populistas, afirmando que «el pueblo nunca se equivoca», que «la voz del pueblo es la voz de Dios», o que si lo quiere la mayoría, así debe ser». Este tipo de afirmaciones, con las que vagamente caracterizaría al «progresismo populista», eran también dominantes dentro de muchos estados norteamericanos, en las vísperas de la creación de la Constitución (1776-86). este ánimo populista (1), se vio inmediatamente reflejado en las muy radicales constituciones que aparecieron en las postrimerías de la «revolución americana», y cuyos máximos exponentes fueron las constituciones de Pennsylvania y Vermont. En ellas, todo el poder del estado estaba centrado en el poder legislativo, al cual se subordinaban las otras ramas del gobierno. El poder legislativo era entonces unicameral (ya que el pueblo, representado en el Congreso, no necesitaba el control de otra cámara); el Ejecutivo tendía a ser plural y carecía de poder de veto sobre la legislatura; los jueces estaban explícitamente subordinados a los congresistas, y eran nombrados , normalmente, por períodos determinados; el sufragio se proclamaba universal, lo cual parecía inaceptable para los estrictos parámetros de la época; los mandatos de los representantes eran revocables, y sus miembros debían abandonar sus cargos, indefectiblemente, terminados sus mandatos (que comúnmente eran anuales).



Tendencias populistas como las mencionadas, claramente presentes en la organización institucional de la temprana democracia norteamericana, se extendieron inmediatamente a la práctica legal de la época, y en reacción al comportamiento del poder judicial. Sucedía que los jueces, obviamente ligados a los sectores más acomodados de la sociedad, seguían ejerciendo presión sobre las mayorías (empobrecidas y endeudadas luego de la lucha independentista), para que cumpliesen puntualmente con sus obligaciones pecuniarias. Una multitud de campesinos sin recursos era arrastrada hasta los tribunales, donde se les ordenaba el pago de deudas. Allí, la imposibilidad de pagar en efectivo se traducía en una orden de remate de bienes, o, más gravemente aún, en una orden de arresto. Esta situación (de hecho, el conflicto institucional más grave de la época), se tornó explosiva, y terminó estallando en una multiplicidad de formas. En primer lugar, asociaciones de campesinos comenzaron a negarse a atender las exigencias de los tribunales, y, más gravemente aún, a desconocer las citaciones de estos. En segundo lugar, grupos de deudores y ex-combatientes, promovieron numerosos levantamientos armados en protesta frente a la actitud de la justicia (en particular, en la región de Massachussets). En los casos más serios, legislaturas controladas por mayorías de deudores (hecho ésta bastante excepcional), dictaron leyes destinadas a aliviar la situación de sus representados. Uno de los hechos institucionales más salientes, dentro de este contexto, se produjo en Rhode Island, en torno del fallo Trevett v. Weeden, dictado en septiembre de 1786. En Rhode Island, notablemente, el sector de los deudores había tomado control de la legislatura y, a través de James Varnum, la jefatura del gobierno. respondiendo a sus respectivos mandatos, los representantes promovieron una nuevo edición de papel moneda (destinada a aumentar el nivel de circulante, y contribuir a aliviar la asfixiante situación de los deudores)(2). Pero, y más importante aún, los legisladores decidieron que, en el caso de que un acreedor se negase a recibir papel moneda como pago, los deudores pudiesen liberarse de sus cargas depositando judicialmente los montos en cuestión. El sector de los acreedores impugnó inmediatamente la legalidad de estas medidas, apelando otra vez a la justicia. Y en los tribunales, como podía esperarse, se determinó la invalidez de las leyes dictadas (bajo las excusa de que se privaba a los acreedores de su derecho a defenderse, previamente, a través de un juicio por jurados). La decisión del caso, que volvió a poner en serios aprietos a los deudores, causó extraordinario revuelo en los Estados Unidos. Sin embargo, nada impresionó tanto a la sociedad como lo que ocurrió luego de resuelto el caso: la legislatura de Rhode Island convocó frente a sí a los jueces firmantes del fallo, para interrogarlos acerca de su proceder. La medida reflejaba una práctica relativamente habitual en el estado, y era coherente con la tradición de predominio legislativo que caracterizaba a Rhode Island. de

todos modos, y aunque los legisladores no removieron a los jueces (cosa que muchos esperaban) y acataron el fallo, la decisión de convocar punitivamente a los jueces fue percibida, en los restantes estados norteamericanos, como el punto más alto al que podía llegar un estado calificado como populista.

Elitismo y entronización de la justicia

Los hechos mencionados en la sección anterior nos muestran una síntesis de cómo se desempeña desde el poder, la corriente que dí en llamar «populismo progresista»: un reforzamiento del poder de las mayorías (3), seguido de un inmediato cuestionamiento del poder judicial (hechos estos que podría rastrearse también, paralelamente, luego de la revolución francesa). La aparición de una concreta amenaza populista, sin embargo (y como suele ocurrir), alarmó y disparó una pronta reacción por parte de los sectores más conservadores de la sociedad norteamericana (4). Esta reacción, notablemente, quedaría reflejada en las discusiones constitucionales llevadas a cabo entre 1786 y 1787. Fue en ese momento cuando se puso un muy especial énfasis en la necesidad de un poder judicial independiente, capaz de frenar sucesos como los derivados del caso Trevett: no podía tolerarse el predominio de la voluntad popular del modo en que se había insinuado en Rhode Island. Así, Alexander Hamilton, en El Federalista 78 (5), hizo una clara alusión a situaciones como las de Rhode Island para afirmar que «la independencia judicial» era necesaria para «proteger a la Constitución y a los derechos individuales de los efectos de esos malos humores que las artes de los hombres intrigantes o la influencia de coyunturas especiales esparcen a veces entre el pueblo, y que tienen la tendencia a ocasionar peligrosas innovaciones en el gobierno y graves opresiones del partido minoritario de la comunidad». esto es, nos quería decir Hamilton, el poder judicial debía estar alejado de la ciudadanía, y capacitado para actuar (victoriosamente) frente a ella, para evitar situaciones como las pasadas. Madison, preocupado por estas cuestiones desde hacía tiempo, había defendido en El Federalista 49 el rol y el lugar que el poder judicial comenzaba a tener, señalando que los jueces «tanto por la manera como son nombrados, así como por la naturaleza y duración de su destino, se hallan demasiado lejos del pueblo para participar de sus simpatías». Ahora, la pirámide de poder pensada por los populistas se invertía, y los jueces, antes subordinados a la voluntad del legislativo, pasaban poco a poco a independizarse y constituirse en «última voz» respecto de las decisiones más importantes a tomarse en la sociedad (6). Según quien es, seguramente, el principal estudioso de la historia de este período, Gordon Wood, ideas como las defendidas por Madison o Hamilton se encontraban «muy lejos de la confianza republicana que, en 1776, se depositaba en la legislatura popular, y representaban un severo enjuiciamiento a la democracia»(7). Una de las máximas figuras políticas de la época, Thomas Jefferson, haría escuchar su voz insistentemente contra el cariz que tomaba el poder judicial, hasta llegar a enunciar, en una famosa carta a John Taylor, que el poder judicial era el poder «más seriamente antirrepublicano». El poder judicial, desde entonces, quedaba decididamente contrapuesto a la voluntad ciudadana (8).

El elitismo que todavía perdura

En los párrafos anteriores señalé fundamentalmente dos cosas: 1) el «populismo progresista» se caracterizó por tratar de subordinar el poder judicial al legislativo (a quien se reconocía como la máxima autoridad de gobierno); mientras que 2) movimientos de raíces más elitistas se caracterizaron por tratar de someter el poder legislativo (y en especial a la Cámara baja) al poder judicial (a quien se le reconocía el derecho de tener la «última palabra» en cuestiones constitucionales).

Intuyendo que los jueces (por su formación o conexiones) tendrían poco que ver con las mayorías populares, el «progresismo populista» siempre buscó un diseño institucional en donde los jueces tuviesen sus atribuciones muy acotadas. En cambio, los políticos elitistas siempre se apoyaron en (y dieron poder al) poder judicial, intuyendo que éste estaría formado, básicamente, por miembros de su misma condición (de hecho en los Estados Unidos, en el período mencionado, se tenía la certeza de que los mecanismos indirectos para la elección de jueces, senadores o del mismo presidente garantizarían la presencia de la elite dominante en dichos cargos. Por supuesto, tales políticos tenían razón en sus premoniciones).

El poder judicial que hoy tenemos deriva clara, irrefutablemente, del proyecto de cariz elitista impulsado en el siglo XVIII en los Estados Unidos. Es cierto que, a diferencia de lo que entonces ocurría, el modo de elección de los jueces no garantiza hoy la pertenencia de éstos a un cierto, exclusivo, sector social. Sin embargo, todavía perduran los profundos rasgos de aquel proyecto elitista, en el modo en el que el poder judicial (y en especial la Corte Suprema) se inscribe en la práctica. Pensemos, por ejemplo, en cuestiones como las siguientes: los jueces son elegidos habitualmente sin que se permita la mínima participación de la ciudadanía en dicho proceso; debaten en secreto y alejados de la discusión pública; siguen teniendo la «última palabra» en las cuestiones valorativas más importantes de la sociedad. A resultas de este tipo de datos, nuestro peculiar sistema democrático presenta entonces paradojas como que temas tan importantes como el aborto, el divorcio o las privatizaciones queden en manos de la voluntad de nueve personas, aun a pesar de que (hipotéticamente) la voluntad mayoritaria, democráticamente, prefiera seguir por caminos distintos a los decididos por este pequeño grupo. Quiero decir: funcionalmente, el poder judicial sigue siendo un poder elitista (tal como se lo había pensado), a través del cual una minoría, cómoda e incuestionablemente, puede imponer sus designios a la mayoría.

Dado que el elitismo judicial sigue garantizado en el modo de funcionamiento de este poder, pero no necesariamente en su composición (ya que, por ejemplo, las elecciones indirectas no bastan hoy para impedir que sean elegidos jueces de diversas tendencias ideológicas). Luego, es fácil intuir lo que sigue: desesperados intentos por cooptar la Corte, como medio para legitimar decisiones que las mayorías no legitiman con sus votos. Quiero decir: desesperados intentos para que la Corte, todavía capaz de funcionar de un modo elitista, y en completa contradicción con la voluntad ciudadana, esté compuesta por una «elite» de «amigos del régimen». Así, entonces, el círculo se vuelve a cerrar, retrotrayéndonos a la esencia del proyecto jurídico esbozado en el siglo XVIII. Un poder judicial compuesto por «aliados», y capaz de decidir a favor de la minoría dominante, a pesar de que (hipotéticamente) la ciudadanía le diga cien veces que haga lo contrario.

Ahora bien, ¿existe algún modo de remediar una situación como la descripta? Al respecto, mi primera respuesta sería la siguiente. El hecho de que hoy, una minoría esté en condiciones de prevalecer cómodamente sobre la mayoría, no debiera animarnos a reflotar el viejo proyecto populista, a través del cual las mayorías podían arrasar con las minorías. Es cierto que las mayoría muchas veces tienen fundadas razones para sus reclamos (como podía ocurrir en los mencionados casos de 1780-87), pero ello no significa que siempre tengan razón, o que la puedan imponer a cualquier costo. Puede resultar más aceptable, por ejemplo, desde el básico hecho de tomar públicos los nombramientos de los jueces, hasta quitarle a la Corte el derecho a la «última palabra», institucionalizar mecanismos como el «reenvío» de las leyes (desde el supremo tribunal al parlamento, para su reexamen) o restringir el tipo de cuestiones a las que la Corte puede abocarse (9).

Por el momento, me conformo con señalar que los problemas de la justicia no residen en la falta de recursos económicos o en la carencia de jueces más altruistas, sino en su institucionalización en órganos contramayoritarios. En una sociedad que se presume democrática, y en la que permanentemente se pregona el autogobierno, la permanencia de este duro núcleo elitista resulta, al menos, contradictoria. Así como parece claro que la democracia necesita de la justicia, no lo es, en cambio, que la democracia y la justicia necesiten de la modalidad hoy vigente del poder judicial.

• El fotomontaje que ilustra este artículo es de Max Ernst

NOTAS

1. Describo las causas históricas de este populismo en «La crisis de la justicia como la crisis de un sistema de gobierno», Rev. No Hay Derecho Nº7, 1992.

2. Nótese, de todos modos, que no se reclamaba una condonación de deudos (como algunos podían prever), sino de condiciones de pago más flexibles, y acordes con las prácticas habituales del estado.

3. Ya sea, fundamentalmente, a través del reforzamiento del poder de la legislatura, sea a través del aliento a diversos mecanismos de democracia directa (como también se dio en el siglo XVIII, con la promoción de asambleas comunales o town meetings).

4. Ejemplifico ampliamente esta alarma, a través de la correspondencia entre las principales figuras del establishment norteamericano, en el trabajo «Irrationality and Representation», manuscrito, Universidad de Chicago, 1993.

5. El Federalista es la obra más importante redactada para defender y promover la aplicación de la constitución norteamericana (diseñada en 1786). Consiste en una recopilación de artículos escritos por J. Madison, A. Hamilton y J. Jay para el electorado neoyorkino. El Federalista 78 es, de lejos, el artículo más relevante vinculado con las funciones que habría de tener el poder judicial.

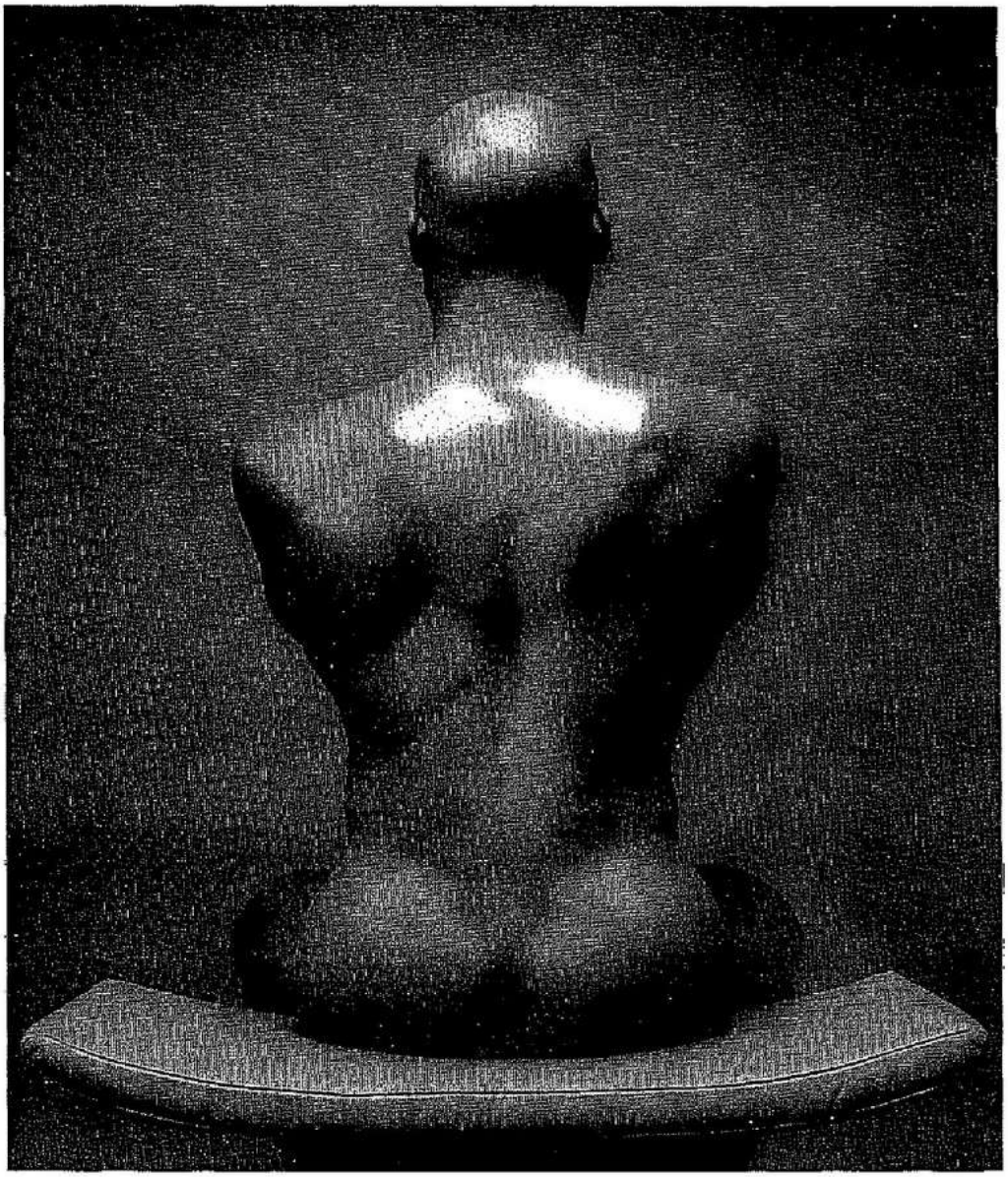
6. Esta situación, ya fundamentada en El Federalista 78, y defendida de diversos modos durante la convención constituyente, se tomaría más explícita recién desde el histórico fallo Marbury v. Madison, de 1803.

7. Ver Wood, Gordon, «The Radicalism of the American Revolution», p.325 (1992).

8. Se podría tomar esta tesis más fuerte sosteniendo que la decisión de colocar al poder judicial en la cúspide del poder estatal no sólo respondió a motivaciones históricas autointeresadas, sino también a una concepción epistemológica elitista, según la cual algunos «pocos ilustrados» y no las mayorías populares) estaban capacitados para tomar decisiones correctas. Ver la idea de «elitismo epistemológico» aplicada a este período en White, Morton, Philosophy, The Federalist and the Constitution (1987).

9. Por caso, acotando sus atribuciones a aquellas vinculadas con la preservación de las condiciones del diálogo democrático, como sugiere el jurista norteamericano John Ely.

familia gay



Braschi v. Stahl Associates Co.

Corte de Apelaciones
del Estado de Nueva York, 1989
(544 N.Y.S. 2d 784)

Traducción de Christian Courtis

Opinión de la Corte. Titone, Juez

En esta disputa sobre el derecho de habitar un departamento sometido a las leyes de congelamiento de alquileres, la cuestión central para resolver la medida de no innovar planteada es la de determinar si el peticionante ha demostrado convincentemente que, de acuerdo a la ley, se encuentra facultado para solicitar protección contra el desalojo según las disposiciones de las Reglas sobre Alquileres y Desalojo de la Ciudad de Nueva York (NYCRR)(1). De acuerdo a dichas disposiciones, ante el fallecimiento de un inquilino que goza del beneficio del congelamiento de alquileres, el propietario no puede desalojar «al cónyuge supérstite del inquilino fallecido, ni a ningún otro miembro de la familia del inquilino fallecido que haya estado viviendo con el inquilino». La solución de la cuestión requiere que la corte determine el significado del término «familia», tal como se lo emplea en dicho contexto.

El peticionante, Miguel Braschi, vivió con Leslie Blanchard en un departamento de alquiler congelado ubicado en el 405 de la Calle 54 Este, desde el verano de 1975 hasta la muerte de Blanchard, en septiembre de 1986. En noviembre de 1986 Stalh Associates Co., la locadora y propietaria del edificio de departamentos, cursó una comunicación al peticionante, alegando que éste no tenía derecho a habitar el departamento, dado que el inquilino legal era Blanchard. En diciembre de 1986 la locadora intimó al peticionante a desalojar el departamento en el plazo de un mes, bajo apercibimiento de iniciar acciones legales de lanzamiento.

El peticionante interpuso una medida de no innovar y una acción declarativa de su derecho de habitar el departamento, solicitando que se impida a la locadora desalojarlo hasta tanto la corte determine si él es miembro de la familia de Blanchard de acuerdo al significado de las disposiciones del NYCRR. Después de analizar la naturaleza de la relación entre los dos hombres, la Corte Suprema estatal (2) concluyó que el peticionante es «miembro de la familia» de acuerdo al significado de la norma y que, en consecuencia, debía aceptarse la acción de bloqueo del desalojo. La corte fundó su opinión considerando que la naturaleza interdependiente y de largo plazo de la relación de 10 años entre el peticionante y

Blanchard «satisface los alcances definitorios del término familia».

La Sala de Apelaciones revocó la sentencia, concluyendo que la norma confiere protección contra el desalojo sólo a «miembros de la familia comprendidos dentro de las relaciones familiares tradicional y legalmente reconocidas». Considerando que la relación entre el peticionante y Blanchard no cuenta con el reconocimiento formal de la ley, el tribunal concluyó que el peticionante no podía solicitar protección contra el desalojo. Al denegar la acción, la Sala de Apelaciones concedió el recurso de apelación ante esta corte, para discutir la siguiente cuestión: «¿Se ajusta a derecho la decisión de este tribunal, revocando la orden de la Suprema Corte?». Esta Corte se decide por la negativa. (...)

La presente disputa surge porque el término «familia» no está definido en el código de alquileres, y la historia legislativa de la norma carece de toda referencia específica a la disposición que confiere protección contra el desalojo. Todo lo que se conoce es el propósito legislativo que subyace a la sanción de las leyes de congelamiento de alquileres en general.

El congelamiento de los alquileres se aprobó para enfrentar un estado de «seria emergencia pública» creado por una «aguda escasez de viviendas», cuyo resultado eran los «aumentos de alquileres especulativos, anormales y sin garantías». Estas medidas fueron previstas para regular y controlar el mercado de viviendas de modo de «prevenir las exacciones causadas por acuerdos y montos de alquiler injustos, irrazonables y opresivos, y combatir el lucro, la especulación y otras prácticas disruptivas que producen amenazas a la salud pública, (...)(y) prevenir la inseguridad, las contingencias y los desalojos». Si bien fueron diseñadas como una medida de emergencia para aliviar la falta de viviendas atribuible al fin de la 2ª Guerra Mundial, «sigue existiendo un seria emergencia pública en el alojamiento de un considerable número de personas». En consecuencia, la Legislatura consideró necesario prorrogar continuamente las leyes de congelamiento de alquileres, proveyendo de ese modo protección continua a los inquilinos.

Para lograr dichas metas, la Legislatura reconoció que no sólo debían controlarse los alquileres, sino que también debían controlarse y regularse los desalojos. En consecuencia, la disposición del NYCRR en cuestión, que autoriza el desalojo de las personas que habiten un departamento de alquiler congelado al morir el inquilino, confiere sin embargo en un apartado protección contra el desalojo en el caso en que los habitantes sean «el cónyuge supérstite del inquilino fallecido, o algún otro miembro de la familia del inquilino fallecido que haya estado viviendo con el inquilino». La intención manifiesta de este apartado es la proteger, además de al inquilino, a una reducida clase de ocupantes, evitando que puedan ser desalojados por el propietario. La cuestión planteada se dirige a la determinación del alcance de esta protección.

Yuxtapuesto a este propósito de favorecer a ciertos habitantes, se encuentra el objetivo global de una gradual «transición desde la regulación hacia un mercado normal de libre negociación entre propietario e inquilino». Una de las maneras en las que pretende lograrse esta meta es la de «desregulación de los departamentos desocupados», de acuerdo a la cual los departamentos sujetos a congelamiento de alquileres pasan a un régimen menos riguroso de estabilización de alquileres una vez concluída la habitación favorecida por el congelamiento.(...)

Poniendo énfasis en el (primer) objetivo, la locadora sostiene que el término «miembro de la familia» utilizado en la norma, debe ser entendido en el sentido de las disposiciones sobre sucesiones intestadas del estado, es decir, debe referirse a las relaciones de consanguinidad, matrimonio y adopción de modo de alcanzar la meta general de transmisión ordenada de la propiedad. Según esta interpretación, sólo recibirían protección contra el desalojo aquéllos con derecho a heredar bajo las normas de la sucesión intestada. Además, como lo hizo la Sala de Apelaciones, la locadora se apoya en nuestra decisión en el caso Matter of Robert Paul P., considerando que dado que la Legislatura no concedió status legal alguno a la relación entre el peticionante y Blanchard, no podría acordarse a ésta la protección contra el desalojo del NYCRR, que, de acuerdo a la Sala de Apelaciones, se aplica sólo a «miembros de la familia comprendidos dentro de las relaciones familiares tradicional y legalmente reconocidas». Finalmente, la locadora afirma que la interpretación del término «miembro de la familia» debe estar guiada por la recientemente promulgada norma de protección contra el desalojo del Código de Estabilización de Alquileres, aprobado como respuesta a nuestra decisión en el caso Sullivan v. Brevard Assocs., que enumera específicamente a los individuos a los que se concede protección contra el desalojo bajo las circunstancias detalladas. (...)

Contra todos estos argumentos, esta Corte decide que el término familia, tal cual es usado en la norma discutida, no debe ser rígidamente restringido a aquellas personas que hayan formalizado su relación obteniendo, por ejemplo, una partida de matrimonio o un certificado de adopción. El propósito de protección contra el desalojo inesperado no debe basarse en distinciones legales ficticias ni en la historia genética, sino que debe encontrar su fundamento en la realidad de la vida familiar. En el contexto del desalojo, una visión más realista e igualmente válida de la familia debe incluir a dos compañeros adultos cuya relación es de largo plazo y se caracteriza por el compromiso y la interdependencia sentimental y financiera. Esta visión es compatible con el concepto tradicional de familia de nuestra sociedad y con las expectativas de los individuos que viven dicho núcleo (cfr. 829 Seventh Ave. Co. v. Reider, donde se interpreta el término «viviendo con» de la norma en el sentido de vivir con el inquilino «en unidad familiar, lo que a su vez connota un acuerdo, cualquiera fuera su duración, que revista indicios de permanencia o continuidad»). De hecho, en el Diccionario Webster's se define el término «familia» primero como «un grupo de gente unida por determinadas convicciones o afiliación común» y en el Diccionario Legal Black's, «familia» se define como «fundamentalmente, el cuerpo colectivo de personas que viven en una casa, bajo la autoridad de una cabeza o dirección». Luego, es razonable concluir que, empleando el término «familia», la Legislatura pretendió extender la protección a todos los que residen en hogares que tengan todas las características de una familia normal. El peticionante Braschi debe tener la oportunidad de probar que él y Blanchard compartían tal hogar.

Esta definición de «familia» es consistente con los dos propósitos concurrentes de la legislación de congelamiento de alquileres: la protección contra el desalojo inesperado y la transición gradual hacia un sistema de libre mercado. Los miembros de una familia, estén o no relacionados por vínculos de consanguinidad o por vínculos legales, en la medida en que siempre hayan tratado el departamento como su hogar familiar estarán protegidos contra el albur de un desalojo subsiguiente a la muerte del inquilino legal, cumpliéndose en consecuencia con los fines perseguidos por la Legislatura, es decir, los de evitar el desalojo y preservar la unidad familiar que de otro modo se vería quebrada por el desalojo. Esta postura también impulsará la transición entre congelamiento de alquileres y estabilización de alquileres, trazando la distinción entre aquellos individuos que de hecho son miembros de la familia, y los que son meros subinquilinos, o parientes recién descubiertos que desean heredar el derecho a habitar el departamento sujeto a congelamiento de alquileres después de la muerte del inquilino legal. La decisión que determina si un individuo tiene derecho a la protección contra el desalojo debe estar basada en un examen objetivo de la relación de las partes. Al hacer esta determinación, los tribunales inferiores de este estado han considerado una serie de factores, incluyendo la exclusividad y la duración de la relación, el nivel de compromiso sentimental y financiero, la forma en que las partes condujeron su vida diaria y se presentaron en sociedad, la confianza depositada en el otro respecto a asuntos domésticos familiares (cfr. Atineos v. Thayer, caso de un huérfano que no fue adoptado formalmente pero vivió en un hogar familiar por 34 años; Realty Assocs. v. Pittman, caso de dos hombres que vivieron una relación «padre-hijo» por 25 años; Zimmerman v. Burton, caso de una pareja heterosexual de toda la vida que no contrajo matrimonio; Rutar Co. v. Yoshito, similar al anterior; Gelman v. Castaneda, caso de una pareja de hombres de toda la vida). Estos factores son muy útiles, aunque debe recalcarse que la presencia o ausencia de uno o más no es determinante dado que lo que debe primar en el análisis final es la totalidad de la relación en cuanto manifestación de la dedicación, cuidado y sacrificio de las partes. La situación del peticionante aporta un ejemplo de cómo debe aplicarse la regla.

El peticionante y Blanchard vivieron juntos, como compañeros permanentes, por más de 10 años. Se consideraban mutuamente cónyuges, y del mismo modo eran considerados por sus amigos y familia. Las familias respectivas estaban al tanto de la naturaleza de la relación, y ellos las visitaban regularmente, y concurrían a reuniones familiares juntos, como una pareja. El peticionante mantiene aún hoy trato con una sobrina de Blanchard, que lo considera como un tío. Además del hecho de compartir la vida social, el peticionante consideraba claramente que el departamento era su hogar, denunciándolo como dirección en su permiso de conductor y pasaporte, y recibiendo allí toda su correspondencia. La convivencia del peticionante era también conocida por el administrador del edificio y por los porteros, quienes veían a los dos hombres como una pareja.

Desde el punto de vista financiero, los dos hombres compartían todas sus obligaciones, incluyendo el presupuesto del hogar. Los dos eran firmantes autorizados en tres cajas de seguridad, además de mantener cuenta corriente, cuenta de ahorros y tarjeta de crédito conjuntas. De hecho, el alquiler era pagado frecuentemente con un cheque de su cuenta corriente conjunta. Además de ello, Blanchard concedió al peticionante un poder general para que éste pudiera tomar por él decisiones financieras, médicas y personales durante su enfermedad. Finalmente, el peticionante era el beneficiario de la póliza de seguro de vida de Blanchard, su legatario más importante y el albacea de su patrimonio. En consecuencia, a poco de examinar estos hechos la Corte puede concluir razonablemente que estos hombres eran mucho más que meros subinquilinos convivientes.

La Corte concluye en cuanto este caso fue objeto de apelación, que el peticionante ha demostrado convincentemente que, de acuerdo a la ley, no está excluído de la facultad de solicitar protección contra el desalojo. Dado que el resto de las cuestiones están más allá del alcance de revisión de la Corte, devolvemos el caso a la Sala de Apelaciones para que dicte un nuevo fallo de acuerdo con esta decisión.

En consecuencia, se revoca la orden de la Sala de Apelaciones, y se devuelve el caso para que dicho tribunal considere las cuestiones no resueltas. La cuestión objeto de apelación se responde negativamente.

Bellacosa, juez (en concurrencia)

Mi voto en el sentido de revocar y devolver la decisión se funda en un punto de vista más estrecho que el de la mayoría y la disidencia en cuanto a qué se decide en el caso.

La cuestión consiste solamente en determinar si el peticionante puede considerarse miembro de una «familia», en el sentido en que esa palabra genérica y amplia es empleada en la protección contra el desalojo contenida en los mecanismos de congelamiento de alquileres. Los propósitos particulares de la política pública ante el desalojo se cumplen concediendo al peticionante la protección requerida en base a los datos que obran en el expediente en

esta fase de la acción. La política pública en pugna, la de gradual descongelamiento, estabilización y retorno a las relaciones del mercado, es eclipsada en esta instancia, de acuerdo a mi punto de vista, por la más pertinentemente expresada y claramente aplicable política contra el desalojo.

Los tribunales, en circunstancias en las que, como la que se presenta en este caso, la voluntad legislativa es indescifrable (la División de Vivienda y Renovación Comunitaria, repartición encargada de llevar a cabo esta política, no ha expresado opinión en este caso ni sobre este asunto), no están facultados para expandir o estrechar el significado de las palabras elegidas por el legislador (como «familia»), que pudieron haber sido y aún pueden ser calificadas o definidas por un órgano legislativo debidamente constituído, de acuerdo a sus responsabilidades y prerrogativas inherentes. La interpretación de una reglamentación no autoriza al poder judicial a sustituir con sus opiniones o preferencias al órgano legislativo cuando éste omite, es incapaz o deliberadamente se rehusa a especificar el criterio o los límites definitorios de una palabra tan abarcativa como la elegida, «familia», especialmente cuando las consecuencias sociales, gubernamentales, políticas y fiscales son tan amplias. Porque de ser así, «la función judicial se expande más allá de los movimientos moleculares, de acuerdo a la figura de Holmes, hacia los molares» (cfr. Breitel, The Lawmakers, 65 Columbia Law Review 749, 767-771).

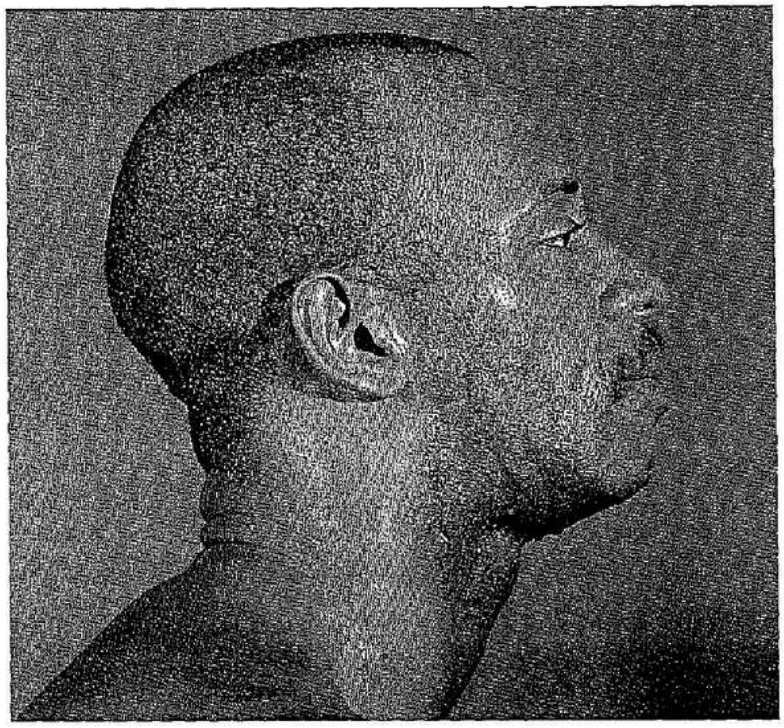
La opinión de la mayoría favorece la posición del peticionante invocando la terminología de la familia «nuclear»/«normal»/«genuina» contra la familia «tradicional»/«legalmente reconocida» elegida por la disidencia en favor del propietario. Yo evito ambas posturas polares porque no veo razones válidas para decidir tan ampliamente; por el contrario, existen convincentes razones para no inclinarse hacia ninguno de los extremos del espectro.

La aplicación de la palabra clave y de la norma para llegar a una decisión en este caso puede ser lograda a través de un procedimiento hermenéutico más modesto y legítimo. El órgano legislativo ha elegido una palabra indefinida en una norma que establece un remedio social, cuya intención es la protección contra una de las medidas más duras que prevé la ley -el desalojo del propio hogar. Tradicionalmente, en esas circunstancias se está por la interpretación más generosa con la parte débil. El peticionante ha constituído por 10 años su hogar compartido en el departamento afectado. El único ocupante adicional de dicho departamento de alquiler congelado en ese extenso período de tiempo fue el inquilino legal, cuyo fallecimiento ha precipitado esta batalla por el departamento. La mejor guía para aplicar correctamente la norma al alcance de la agencia reglamentaria en estas circunstancias es que sería irracional no incluir a este peticionante, y que constituye una derivación razonable del propósito de la reglamentación el hecho de proteger a una persona como el peticionante como integrante de la clase «familia» incorporada por la reglamentación.

Simons, juez (en disidencia)

Voto por la confirmación del fallo. La mayoría adopta una definición de familia que lleva el lenguaje de la reglamentación mucho más allá del significado de las palabras que se usan en ella. Al hacer eso, expande indefinidamente la clase de modo que incluye a cualquiera que pueda convencer a la administración de que él o ella tenían un «compromiso» sentimental y financiero con el inquilino legal. Esa interpretación no es consistente con el dispositivo legislativo que subyace al control de alquileres, va mucho más allá de los propósitos pretendidos por la norma, y propone un examen inviable y pasible de abusos. La opinión concurrente no trata el problema, decidiendo meramente, ipse dixit, que el peticionante debe triunfar. (...)

Más allá de estas consideraciones generales, el mismo lenguaje sugiere que se debe interpretar la



reglamentación de acuerdo a pautas tradicionales. Es significativo que, a pesar de que el problema de las personas que no son familiares y viven con inquilinos en departamentos de alquiler congelado ha existido desde que existe el control de alquileres, la Legislatura estatal, el Concejo Deliberante de Nueva York y la agencia encargada del cumplimiento de la norma no hayan hecho ningún esfuerzo por definir la palabra «familia», contenida en la disposición legal y en sus antecedentes, sin que tengamos ninguna evidencia directa del pretendido alcance del término. La respuesta de la mayoría a este problema es abrir el diccionario y elegir, de las varias definiciones que se encuentran en él, una que da a la reglamentación la interpretación expansiva deseada. Yo buscaría el significado pretendido observando qué hicieron la Legislatura y la División de Vivienda y Renovación Comunitaria (DHCR), repartición encargada de implementar el control de alquileres, en áreas similares. Estas fuentes generan evidencia persuasiva de que ambos cuerpos entienden que la palabra familia debe ser interpretada en el sentido tradicional.

La opinión legislativa puede encontrarse en las disposiciones sobre coinquilinos aprobadas en 1983. Dichas disposiciones otorgaban derechos a las personas que, sin ser parientes, vivían con el inquilino legal. Dicha norma fue la respuesta a nuestra decisión unánime en Hudson View Props. v. Weiss. En ese caso, el propietario, por una cláusula del contrato de alquiler, limitaba al inquilino y a la «familia inmediata» del inquilino la posibilidad de habitar el departamento. Cuando el propietario trató de desalojar a la concubina heterosexual del inquilino legal, ella se defendió arguyendo que la cláusula limitativa del alquiler violaba las normas de derechos humanos que prohíben la discriminación sobre la base del estado civil. Nosotros sostuvimos que la exclusión no tenía nada que ver con el estado civil del inquilino legal, sino que dependía de la restricción contractual del derecho de habitación al inquilino y a la «familia inmediata» del inquilino. Implícitamente, decidimos que el término «familia inmediata» no incluía a individuos no relacionados por vínculos de consanguinidad, matrimonio o adopción, a pesar de la «relación cercana y amorosa» de las partes.(...)

En el Código de Estabilización de Alquileres, la División de Vivienda y Renovación Comunitaria hizo inconfundiblemente claro el hecho de que la definición de familia incluye sólo a personas relacionadas por vínculos de consanguinidad, matrimonio y adopción. Dado que las dos normas y las dos reglamentaciones comparten un propósito común, es adecuado concluir que la definición de familia en las reglamentaciones de control de alquileres debe tener un alcance similar.

De modo específico, la reglamentación sobre estabilización de alquileres prevé en circunstancias similares que el propietario debe ofrecer la renovación del alquiler a «cualquier miembro de la familia del inquilino que haya residido en la vivienda como residente primario desde el inicio del contrato o desde el comienzo de la relación». La familia, a los efectos de esta disposición, se define como:»El marido, mujer, hijo, hija, hijastro, hijastra, padre, madre, padrastro, madrastra, hermano, hermana, sobrino, sobrina, tío, tía, abuelo, abuela, nieto, nieta, suegro, suegra, yerno o nuera del inquilino». Todas las relaciones enumeradas son relaciones tradicional y legalmente reconocidas, basadas en vínculos de consanguinidad, matrimonio o adopción. Siendo de ese modo, sería por lo menos anómalo sostener que la repartición, habiendo establecido derechos de sucesión limitados a las personas relacionadas por vínculos de consanguinidad, matrimonio o adopción en el caso de estabilización de alquileres, pretendiera un resultado distinto para el caso de congelamiento de alquileres, especialmente cuando se reconoce que el control de alquileres se establece para facilitar la estabilización de alquileres, y que cuanto más amplia sea la definición de familia adoptada, más tiempo se perpetuarán los congelamiento de alquileres a través de miembros de la familia subsecuentemente creados con derecho a nuevos plazos. Estas expresiones de la Legislatura y del

DHCR prueban mucho más acerca del pretendido significado de la reglamentación que el uso selectivo que hace la mayoría de una definición del diccionario que la favorece.

Finalmente, la adopción de la interpretación de la norma hecha por la mayoría crea serios problemas prácticos. Toda determinación de derechos de acuerdo a ella requerirá determinar primero si se debe otorgar protección a la relación (por ejemplo, en el caso de concubinos, ocupantes no adoptados, etc.) y luego decidir subjetivamente en cada caso si la relación era genuina, y merecedora de la protección de la ley, o bien si era interesada, es decir un intento por aprovecharse de la ley. El peticionante sostiene que las pautas para llevar a cabo semejante criterio ya existen, y que pueden elaborarse criterios apropiados. Se refiere particularmente a la fórmula delineada por la corte en Realty Assoc. v. Pittman, donde se establecen seis factores diferentes a ser tomados en consideración. La mayoría adopta esencialmente esa fórmula. La enumeración de dichos factores y el tipo de decisión que se adopta en base a ellos son materia que corresponde a la Legislatura, dado que implica la formulación de políticas, de la que los tribunales deben prescindir. Pero aunque dichos factores fueran apropiados y excluyentes, su aplicación no puede llevarse a cabo objetivamente, creando serias dificultades para determinar quién tiene derecho al beneficio legal. Cualquier persona es potencialmente apta para suceder al inquilino en la habitación y, en consecuencia, la agencia deberá determinar la situación legal en cada caso, basándose únicamente en factores subjetivos como «el nivel de compromiso sentimental y financiero» y «la forma en que las partes condujeron su vida diaria y se presentaron en sociedad».

Por el contrario, al interpretar la reglamentación limitándola a los vínculos de consanguinidad, matrimonio y adopción se establece una pauta objetiva para determinar quién tiene derecho a suceder al inquilino en la habitación. Esa definición no es, a pesar de lo que dice la mayoría, «inconsistente con los propósitos del sistema de control de alquileres», y de ningún modo concede el beneficio de la excepción a «parientes distantes» vinculados al fallecido en forma esporádica. Definitivamente, no establece una «red aún más amplia» que la que establece la opinión de la mayoría. Para acceder al derecho, los ocupantes no sólo deben ser parientes del inquilino, sino que también deben «haber estado viviendo con el inquilino». Hemos aplicado el requisito de «haber estado viviendo con» en 829 Seventh Ave. Co. v. Reider, al interpretar el antecedente de la norma en cuestión, negándonos a extender la excepción a una mujer que residió en un departamento los cinco meses anteriores al fallecimiento de su abuela, inquilina legal, dado que no estaba «viviendo con» su abuela. En esa ocasión, sostuvimos que la nieta, para tener derecho a habitar el inmueble de acuerdo a la excepción, debía probar algo más que el parentesco y la cohabitación: también debía probar la intención de hacer del departamento su hogar permanente. Dado que no logró acreditar esa intención, no se le reconoció el derecho de suceder a la abuela en la habitación. Esa decisión precluye el peligro de que parientes lejanos puedan aprovechar la excepción que concede la norma, tal como lo vislumbra la mayoría.

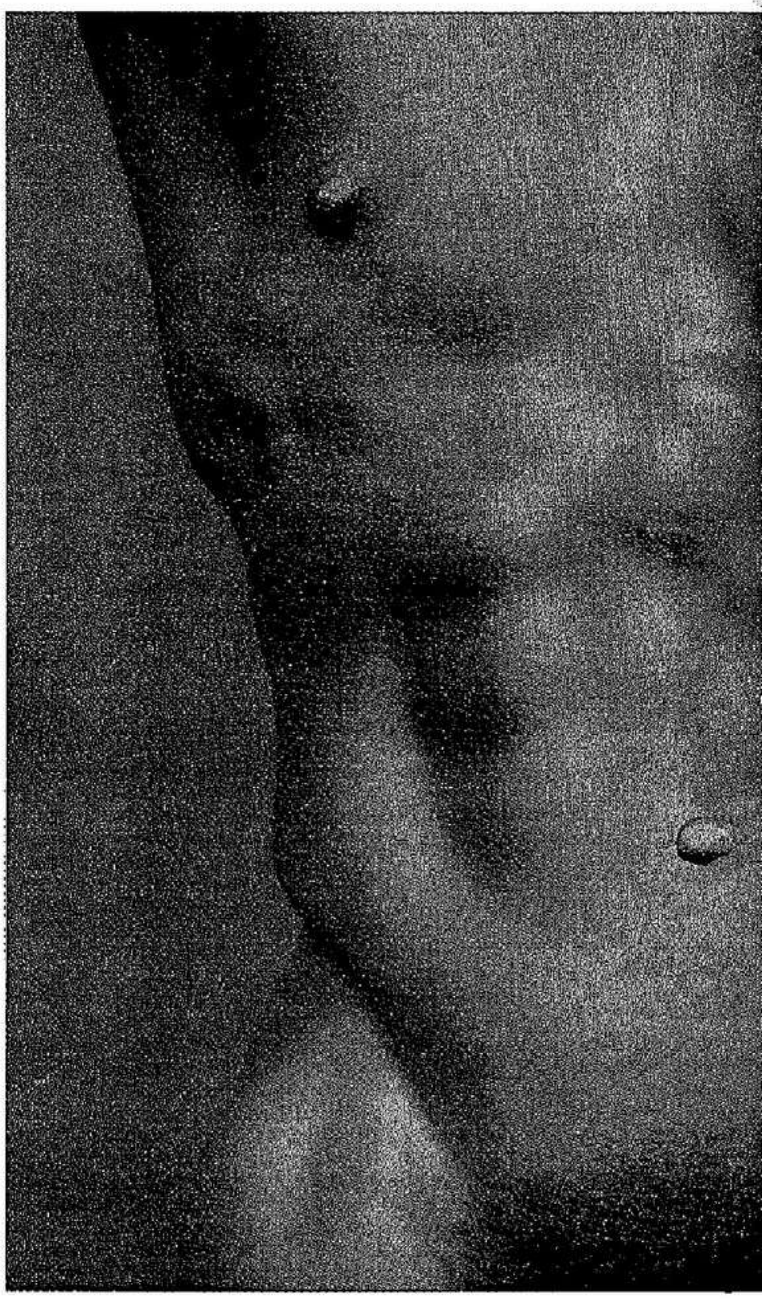
NOTAS

1. La norma citada lleva la siguiente denominación: 9 NYCRR 2204.6(d). Por razones de exposición se omitirán o abreviarán las citas legales y jurisprudenciales. (n.del t.)

2. De acuerdo a la tradición procesal del Estado de Nueva York, la denominación Corte Suprema (*Supreme Court*) designa a la totalidad del Poder Judicial, y en este caso se refiere a la primera instancia. La Sala o División de Apelaciones (*Appelate Division*) corresponde a la segunda instancia, y la Corte de Apelaciones (*Court of Appeals*), tribunal a quien pertenece la sentencia, al superior tribunal estatal.

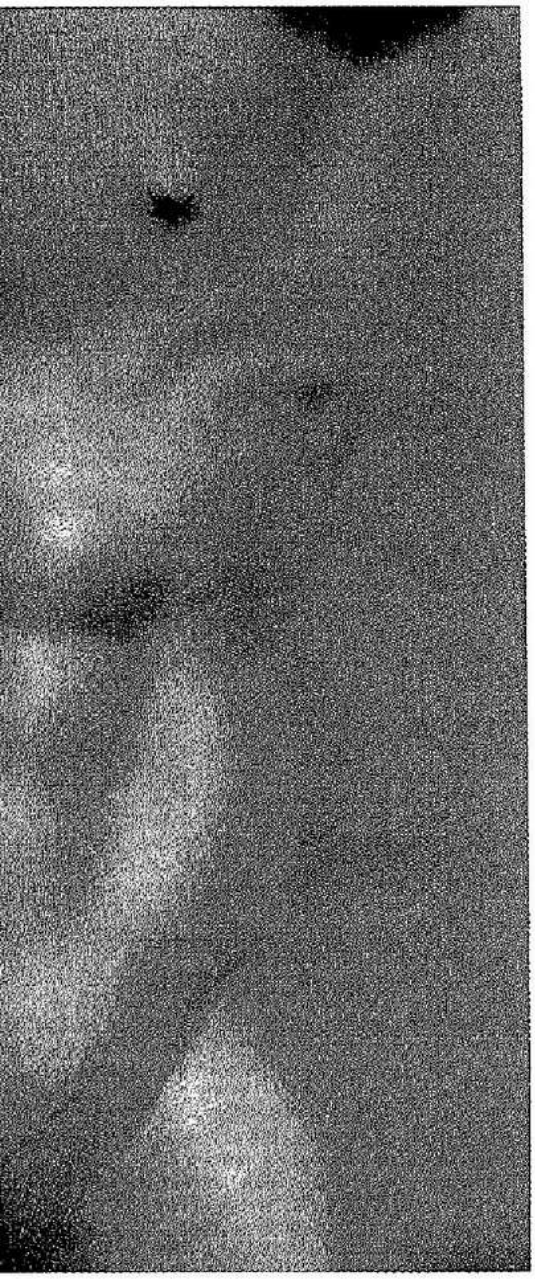
familia gay

La protección legal a una pareja homos en materia de locac



ual
n de vivienda

Por Germán J. Bidart Campos



A estar a la norma legal que interpretó y aplicó esta sentencia de la Corte de Apelaciones del Estado de Nueva York, el beneficio de la continuidad de la locación de vivienda ampara al cónyuge supérstite del inquilino fallecido y a los miembros de la familia que han convivido con él.

El decisorio, por el voto de dos jueces, y con disidencia del tercero, otorgó protección al compañero homosexual que vivía con el locatario. Para ello, evaluadas las pruebas, otorgó al término «familia» un sentido amplio y abarcativo.

Seguramente, para muchos lectores de la sentencia el nudo de la cuestión radicará en un punto legal y moral. O sea, avalarán o criticarán el fallo ajustándose solamente al tipo de relación que existió entre dos hombres que formaban una pareja estable. Entonces, la respuesta quedará atada a la valoración de si es equiparable a «familia» ese tipo de unión de personas del mismo sexo que han cohabitado en la misma vivienda. La «ley» en cuanto norma escrita no facilita la similitud, y la moral podrá hacerlo o negarlo según qué pauta adopte quien se ponga a analizar el tema.

Sin embargo, no creemos que en orden a deparar el amparo a la prosecución de la locación haya de intercalarse, en una situación como la de este caso, la reflexión moral. Nos explicamos. Cada quien podrá aprobar, repudiar o tolerar que dos personas de igual sexo que integran una pareja vivan juntas; pero buscar analogías con el matrimonio para tomar una decisión cualquiera, no es conducente para decir si después de morir una de esas personas la otra tiene derecho a mantener la locación a favor suyo, o si, a la inversa, el locador tiene derecho a desalojarla.

Lo que a nuestro juicio interesa son un par de cosas ajenas al juicio moral. Una: si la norma legal que habla de «familia» tiene una alcance reducido que limita la protección a los parientes con vínculo proveniente del matrimonio, de la consanguinidad o de la adopción. Otra: si a los fines de esa misma norma legal, la prohibición de desalojo aspira a tutelar parentescos o, más bien, la situación de quien convivió con el locatario y mantuvo con él un trato «familiar».

Piénsese que estamos ante un problema de vivienda, y de beneficio en favor de personas que, en un núcleo doméstico, han compartido esa vivienda; ¿debe o no facilitárseles la permanencia en ella, una vez que quien la alquiló ha fallecido?

Para contestar esta pregunta, no hace falta adoptar una postura moral en torno de la clase y naturaleza de la relación íntima que mantenían los componentes del núcleo doméstico. es suficiente saber si se prodigaban trato «familiar» y si vivieron juntos en la misma vivienda, porque tal nos parece ser el «hecho» o la circunstancia a que apunta la ley cuando alude a miembros de la familia. Más que remitirnos al vínculo parental, queda la impresión de que nos reenvía al tipo de relación «familiar» que se prodigaron quienes vivieron juntos como si fueran miembros de una misma familia. Y para eso, huelga completamente saber qué índole de relación sexual mantenía -o no-, ni qué hacían -o dejaban de hacer- sexualmente.

¿Viene al caso hacer paralelismos para afirmar o negar que dos homosexuales -hombres o mujeres- que habitan en la misma vivienda son o no son una parodia o un sustituto de la unión matrimonial? ¿O si merecen o no merecen considerarse «familia» o parientes dentro de ella?

Acá lo que importa es descubrir la finalidad tutelar de una ley de locaciones. La ley, asumiendo el tipo standard de convivencia doméstica, ha utilizado la palabra «familia» para impedir el desalojo de sus miembros convivientes después de muerto el locatario.

Lo central de la situación estaba, entonces, en lo siguiente: a) si Leslie (fallecido) y Miguel (pretensor del amparo contra el desalojo) vivieron juntos en forma estable en la misma unidad de la que Miguel fue locatario, b) si integraban un grupo «familiar» en el sentido de brindarse el trato que se dan entre sí los componentes de un núcleo doméstico que convive bajo el mismo techo.

Estas dos cosas parece que estaban bien probadas. Se dirá que la prueba demostraba que eran una pareja «gay» y que, entonces, el juicio moral no debe descartarse.

Pero, nuevamente, todo lo que salió a luz acerca de la relación homosexual de esas dos personas se ventiló para acreditar la convivencia en el mismo departamento y el trato familiar. Convivencia y trato análogos también podrían existir entre dos hombres o dos mujeres heterosexuales que, por razón de trabajo o de estudios, viven juntos porque no puede cada uno alquilar una vivienda por su lado. Y también esa situación tendría que encuadrarse en la ley.

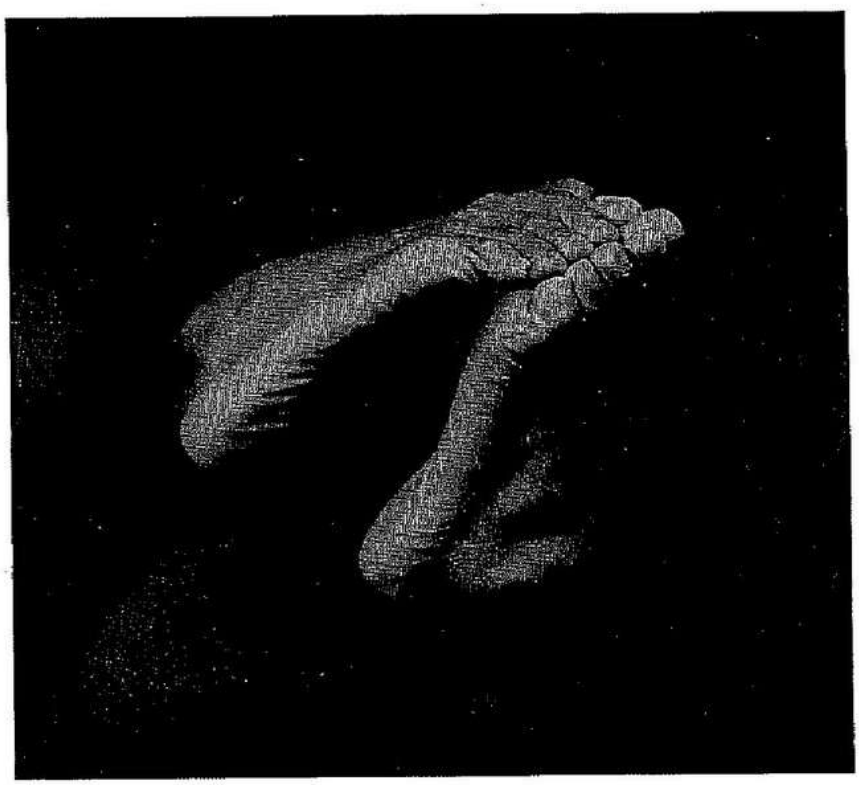
Lo de que en el caso se trataba de homosexuales es sólo accesorio. Lo fundamental era la convivencia (que no es igual a la relación sexual) y el trato familiar (que no es privativo de parejas «gay»). Querer dar lección de moralidad negando amparo habitacional a una persona que se halla en una circunstancia como la del actor de este juicio, nos parece tonto. Lo que está de por medio es la protección de la vivienda en beneficio de quien cohabitó (con o sin relación sexual) con el locatario fallecido y mantuvo con él un trato similar al de miembro de un grupo familiar. Ahí se agota el cuadro a escenificar con la valoración y la interpretación del caso. No hay que introducirle protagonismos sexuales. Si éstos han servido aquí a efectos de la prueba, no han de proyectarse más allá de ese objetivo. La reflexión ética no tiene que inocular valoraciones que resultan extrañas a la cuestión de fondo. Lo sexual ha sido, en el caso, periférico, y no desplazaba a lo medular. Así lo comprendió el fallo que comentamos.

Podríamos añadir todavía más: que Miguel y Leslie eran homosexuales no tenía más importancia que la probatoria, para acreditar que ambos vivían en la misma casa y que se trataban como miembros de un grupo familiar; en cuanto la ley protegía la continuidad de la locación para los miembros de la familia del locatario muerto, lo esencial era saber si entre Miguel y Leslie existió una convivencia de tipo familiar, dando a la palabra convivencia su sentido genuino: «vivir-con» otro, sin que la sexualidad importara. Que eran una pareja «gay» no había de caer bajo la lupa de la moral, sino de otro visor: el de una relación doméstica que, al fallecer el locatario, debía facilitar al otro el derecho de seguir habitando la misma vivienda que les fue común y que compartieron con el ya tantas veces aludido trato familiar.

Por fin, entiéndase que no es la homosexualidad, ni la relación de pareja entre dos personas del mismo sexo, lo que está recibiendo tutela: es la vivienda compartida por dos personas que cohabitaban en ella con la característica de un grupo doméstico. Qué hacían -o no- sexualmente, era cosa reservada a su privacidad. Como lo es la del marido y la esposa, o la de los parientes que viven bajo el mismo techo.

Si los dos hubieran sido co-inquilinos ¿hubiera intermediado el problema de la homosexualidad? Seguramente no. Pues a los efectos de la ley aplicable, todo giraba alrededor de si la situación exhibía perfiles propios de una locación en la que ambos fueran locatarios.

Echar mano de casilleros rígidos para vituperar lo resuelto, alegándose que se ha parangonado el caso con el de un matrimonio, o con el de personas de vínculo parental, es una equivocación. Lo es por igual suponer que se ha atentado contra la familia tradicional o contra la moral. Lo único que se ha hecho es impedir un desalojo injusto, para no dejar en la calle a quien compartió -como si fuera un pariente- el mismo departamento del que el muerto fue locatario. Este es el principio y el fin de la interpretación del caso. Moral aparte, porque no era cosa de ética, sino de habitación.



¿De qué hablamos cuando hablamos de familia?

Por Nelly Minyersky

I. Introducción.

El análisis del fallo de referencia requiere, en primer lugar, determinar las cuestiones que deben ser motivo de reflexión. Una de ellas es la entidad o el significado del término familia; la otra qué protección merece la vivienda como uno de los derechos fundamentales del ser humano que, como todos sabemos, llegó a tener entidad constitucional en nuestro país.

Respecto al término familia, muchas son las definiciones que se nos presentan. En especial el análisis deberá mostrar un pensar en familia respecto a determinadas y específicas circunstancias. Es necesario estudiar cuáles son los campos sobre los que se proyectan las obligaciones y derechos que emergerían del hecho de que dos o más personas se consideren como integrantes de un grupo al cual la sociedad denomina familia.

Coincido con los términos del fallo; considero que el mismo contempla dos de los derechos fundamentales del hombre. El derecho a elegir una forma de vida en el mundo de los afectos, con el único límite de no lesionar los derechos de terceros, y que entendemos se encuentra subsumido en el derecho a la intimidad y a la propia identidad; y el derecho a la vivienda como función social.

Este comentario tratará por separado los dos derechos e incluirá para finalizar un panorama sintético de las soluciones jurisprudenciales extranjeras (1).

II. El concepto «familia»

Debemos preguntarnos qué es familia en el país en el cual se dictó el fallo y en nuestro país. El análisis debe intentarse desde lo jurídico y desde lo social.

Ante todo consideramos necesario resaltar los dos conceptos de familia contrapuestos que se sostuvieron en el fallo.

El tribunal de primera instancia y la Corte de Apelaciones concluyen que el peticionante es un miembro de la familia de acuerdo al significado de la norma y que en consecuencia debe aceptarse la medida de no innovar (bloqueo del desalojo). Para llegar a esta solución la Corte de Apelaciones confirma el fallo de primera instancia con argumentos que son muy interesantes. Respecto al concepto de familia dice que si bien el término familia no está definido en el Código de Alquileres, se puede tomar como variable el propósito legislativo que subyace a la sanción de la ley de congelamientos de alquileres en general; siendo uno de ellos el concepto de seria emergencia pública provocado por la seria escasez de vivienda.

Considerando las dos variables que se toman -los alquileres y el desalojo- frente al hecho de que se autorice el desalojo cuando fallece el locatario existe una protección cuando los habitantes son el cónyuge supérstite del inquilino fallecido o algún otro miembro de su familia que haya estado viviendo con el locatario. Evidentemente se restringe a quienes pueden continuar la locación, o sea que lo que se está

buscando en realidad es hacer lugar progresivamente a la desregulación. Frente a una interpretación restrictiva, la Corte incluye elementos que podrían considerarse a los efectos de ampliar el significado del término en la norma. El propósito de protección contra el desalojo no debe sostenerse sobre distinciones legales ficticias o sobre la historia genética, dice la Corte, sino que debe encontrar su fundamento en la realidad de la vida familiar. «Una visión más realista, igualmente válida de la familia, debe incluir a dos compañeros adultos cuya relación es de largo plazo y se caracteriza por el compromiso y la interdependencia sentimental y financiera». Señala el Tribunal que esa visión resulta compatible con el concepto tradicional de la sociedad y con las expectativas que de él devienen; de manera que no resulta forzada la interpretación del término «viviendo con» en el sentido de vivir con el inquilino en «unidad familiar», connotando este término la existencia de un acuerdo, cualquiera fuere su relación, que reviste indicios de permanencia o continuidad. Si se considera que este último es el concepto de familia al cual la legislatura pretendió extender la protección, podría decirse que encontramos en esta definición amplia de familia los dos propósitos concurrentes de la legislación sobre congelamiento de alquileres: la protección contra el desalojo inesperado y la transición gradual.

Es interesante resaltar en el fallo las referencias que se hacen a las situaciones planteadas en antecedentes jurisprudenciales en las que tampoco existía un vínculo legal. Por ejemplo el concubinato y el trato de hijo sin que exista adopción legal en parejas heterosexuales. En estos casos se consideró que la presencia de determinadas características de este tipo de relaciones -incluyendo la exclusividad, la duración de la relación, el nivel de compromiso sentimental y financiero, las formas en que las partes condujeron su vida diaria y se presentaron en sociedad, la confianza depositada en el otro respecto de asuntos domésticos familiares- las asimilaba al concepto de familia tradicional mereciendo el amparo de la ley para estas situaciones.

Respecto del peticionante y del causante, es interesante destacar los trazos de relación familiar que entre ellos se destacan. Eran considerados por sus amigos y familias como cónyuges, sus respectivos familiares estaban al tanto de la relación teniendo contactos habituales con sus grupos familiares exactamente iguales que los de una pareja heterosexual. Se compartía la vida social, el departamento en cuestión era el hogar, ambos lo daban como su dirección; desde el punto de vista financiero estas dos personas compartían sus obligaciones (seguros sociales, beneficiarios de póliza, etc.).

En base a ello la Corte llega a la conclusión que este grupo comportaba exactamente una familia. Como señala el juez Bellacosa en su voto en concurrencia, estaríamos ante una especie de controversia entre lo que llamamos la familia genuina y lo que se denomina la familia tradicional. Lo importante e interesante es que estos elementos que hemos señalado son realmente los elementos fundamentales que devienen del afecto, de la convivencia, de un destino común que, podríamos decir, nos indica que en dos personas que conviven se produce una especie de nexo, de fusión que va más allá de las relaciones sexuales y que tiene que ver con un proyecto en común exactamente igual en ambas situaciones, sea el grupo conviviente homosexual o heterosexual.

Por otra parte, la demandada y el Tribunal de Apelaciones sostienen que la norma invocada provee protección contra el desalojo sólo a miembros de la familia comprendidos dentro de las relaciones familiares tradicional y legalmente reconocidas; considerando que la relación del caso no contaba con el reconocimiento formal de la ley.

Es necesario ahora analizar qué ocurre con el derecho frente a esta circunstancia. Si es congruente con la situación imperante en otros países, especialmente en los Estados Unidos y en nuestro país, la recepción desde el punto de vista jurídico de la unión homosexual.

Ante todo intentaremos reflexionar sobre el término familia. Si analizamos los ítems anteriormente presentados y que el fallo señala para caracterizar la situación existente entre las partes en cuestión, vemos que todos ellos son conceptos que valoran al ser humano y que al derecho no le son ni le deben ser indiferentes. Estos conceptos son receptados por el derecho como conductas deseadas cuando expresan el contenido de los efectos del matrimonio, de las obligaciones y derechos emergentes de éste y los correspondientes a la filiación, ya sea legal o biológica.

Tiene dicho Díez Picazo que el examen de las posibles relaciones entre los términos familia y derecho -tarea no realizada con la debida atención ni por juristas ni por sociólogos- no se presenta como un quehacer fácil.

Los juristas se limitarían a contemplar la familia como una institución constituida por un complejo de relaciones regidas por normas jurídicas. Sería familia aquello que el derecho acota como tal regulándolo.

Los sociólogos, y podría decirse que el común de los mortales, suelen concebir a la familia como una realidad social para la cual el derecho es algo ajeno. Se dice de ella que es una institución natural, connotación que nos haría suponer que es algo que nace espontáneamente por virtud de la misma naturaleza y por la simple presencia de los hombres en el mundo. De considerarla como una institución, sería una institución prejurídica: primero se produce el modo de ser social, en su caso el cambio social y luego el derecho se limita rezagadamente a reflejarlo o a levantar acta del mismo.

Habría que entender que las relaciones entre familia y derecho son dos círculos secantes entre los cuales hay solo una zona común. Habría de este modo un campo de la vida familiar regulado por el derecho -derecho de familia- y un amplio campo de la vida familiar extraño o ajeno al derecho que formaría parte de lo que Carbonnier ha llamado «el no derecho». Se llega a la conclusión de que el derecho no cubre toda la vida familiar. Pero a pesar de ello no es posible hablar de la total separación entre vida familiar y derecho. Existen zonas de la vida familiar que el derecho cubre y regula y otras que abandona a la espontaneidad de los comportamientos regulares u otros tipos de reglas.

Cabe preguntarse qué zonas de la vida familiar son las que el derecho debe cubrir y regular, y en razón de qué debe producirse la cobertura y regulación. Esta pregunta lleva implícita otra que es de política legislativa y que consiste en decidir las proporciones de las respectivas áreas del derecho familiar y del no derecho familiar. Se la podría denominar «teoría del *minimum* ético». El derecho de familia sería, según esto, aquel mínimum ético necesario para el desarrollo de la convivencia familiar.

Nos parece sumamente interesante recordar palabras de Jacques Commaille cuando dice «(l)a familia, aparte de estar constituida por sujetos de derecho cuyas relaciones están establecidas jurídicamente, es una institución en el seno de la sociedad global; cumple y participa de funciones sociales. Bajo este aspecto interesa a todos los sectores que se relacionan con la preservación del orden social y en particular a los poderes políticos del Estado. La larga historia de las relaciones del individuo con el grupo social y de la familia con la sociedad es, antes que todo, la historia de una sumisión a los imperativos que plantea la necesidad de supervivencia de una sociedad. Esta supervivencia pasa por el control de la reproducción biológica, conservación de un orden social, económico y político. Los cambios en la evolución de la familia, el tema del rol incitativo prescriptivo del Estado, plantean serios interrogantes sobre la redefinición o los ajustes a practicar. Teniendo en cuenta estas transformaciones, ¿en qué medida y cómo la preservación del orden social, su perpetuación, la reproducción biológica social, cultural, económica, la gestión de la mano de obra, pueden resolverse cuando la estructura de la familia está en mutación?. Las angustias que pueden existir en una sociedad se profundizan en el ámbito de la familia cuando la disyuntiva se plantea sobre el rol del estado, los límites de su intervención. Es importante analizar con qué política (regulación social) se fomenta un determinado tipo de familia y con cuál se contribuirá a su cambio o extinción. Preguntarse cuál es el límite entre lo privado y lo público y encontrar el equilibrio que deberá existir en el todo, es tarea harto compleja. Entre lo privado y lo social, lo individual y lo colectivo, la libertad y la alteridad, se genera un compromiso que se renegocia en forma permanente».

Según Commaille, la familia interesa a todas las fuerzas de la sociedad en tanto es un elemento fundamental para la preservación del orden social; en particular le interesa también a los poderes políticos del Estado. Este concepto podemos encontrarlo cualquiera fuera el fundamento ideológico de ese Estado. Por ello vemos que la familia (orden privado) es objeto de estudio en la medida en que se sitúa, se interesa y participa de la sociedad y del Estado (orden público).

¿Qué es lo que justifica esta relación?. Esencialmente la función social que la familia es llamada a asumir. Eso que algunos han interpretado como el interés por la conservación del patrimonio y la fuerza de trabajo y otros, los sostenedores de la institución familiar en toda su tradición, como el lugar de aprendizaje y transmisión de valores sociales que hacen al fundamento y al equilibrio de la sociedad. De acuerdo al pensamiento unánime, la familia ocupa un lugar en el corazón del proceso de reproducción social a través de la realización de sus funciones ya sea a nivel biológico, a nivel socioeconómico, cultural y político».

Leyendo y releyendo las funciones y el control social a que alude el autor citado, es importante pensar si se está refiriendo exclusivamente a la reproducción biológica o a una cantidad de elementos que hacen a la existencia y supervivencia del ser humano, a ese quehacer o proyecto común del que en los últimos tiempos se ha tratado de imbuir al matrimonio.

Evidentemente el término familia no necesita de la reproducción biológica y desde ya vemos que un matrimonio no dejará de serlo porque no exista descendencia ni filiación. Todo esto que nos planteamos son interrogantes, pero vemos que el elemento de contención social que aparece en las palabra de Commaille, ese orden social al cual le ponemos el correlato del orden familiar, estas aproximaciones permanentes que se van haciendo a través de las modificaciones de las normas, nos llevan a valorar y a reflexionar.

Podemos decir que, si bien este control social que ejerce el Estado es utilizado para dominar el proceso de conjunto que contribuye a asegurar el mantenimiento y la permanencia de la estructura social, el mismo va cambiando y modificando su objetivo, tomando también elementos de la realidad. Cuando no puede manejarlos quedan en aquello que Carbonnier denomina el «no derecho», o sea todas aquellas relaciones entre las personas que no pueden ser aprehendidas por el derecho en un momento determinado. El derecho, para incidir y poder cumplir con el instinto, podríamos decir, de supervivencia de la sociedad, necesita recogerlos. Es interesante recordar lo que sostenía Hegel al considerar que la sociedad civil es la intermediaria entre el Estado y la familia, en un proceso en que la familia es el primer paso, el segundo la sociedad civil y el tercero el Estado.

Nos interesa citar a Durkheim, que pone de manifiesto con toda crudeza ese control social que se realiza a través de la recepción de determinadas normas de familia. Decía que su rechazo al divorcio por mutuo consentimiento estriba en que para él la pareja conyugal cesa de ser un fin en sí mismo para transformarse en un medio de arribar a un objetivo que es superior. Cada esposo es un funcionario de la sociedad doméstica encargado de asegurar por su parte el buen funcionamiento del hogar.

Como vemos, a la familia se le han asignado roles políticos, y el Estado, para el correcto cumplimiento de su función de contención social, necesita ir receptando nuevas formas de familia. Debe entonces aprehender, por ejemplo, las uniones concubinarias, la familia monoparental.

Al respecto es importante recordar lo que ocurrió en la década del sesenta con el divorcio. Al ir modificándose la estructura de la familia, su evolución necesitó respuestas diferentes. Ejemplo de ello es la incorporación de los derechos de la mujer y de los menores. Hasta el año 1960 la causa principal, normal, en los divorcios era la culpa. A partir de ese año se produce un cambio en el status social del divorcio. Es en definitiva -y esto me parece importante- un cambio estratégico del Estado en la materia. Ya no se intenta disuadir a las parejas para que no se divorcien -porque éstas continuarían haciéndolo-; se trata de tomar en cuenta su voluntad de divorciarse. Creemos que esto, que aparecería como un retroceso del control del Estado sobre la decisión, evidencia un mayor interés del mismo. El objetivo de la política legislativa sitúa su punto de intervención después y no antes de la ruptura. Los efectos del divorcio no serán tratados, como en el pasado, unidos a la noción de responsabilidad, sino que se relacionarán con la noción de necesidad, interés o protección de la persona; se tomarán en cuenta las situaciones reales; se tratará de regular las consecuencias financieras y sociales de la ruptura conyugal. Por ello muchos países ponen el acento en el interés del menor, proliferan las normas que tienen carácter tuitivo y la preocupación respecto al post-divorcio, el ejercicio conjunto de la patria potestad, la tenencia alternada, mejoras en la obligación alimentaria post-divorcio, uso de la interdisciplina para el abordaje de estas situaciones.

Coincide con esto el hecho que a partir de los años sesenta existe un resurgimiento, una liberación -utilizando el buen sentido de la palabra-, un aflorar de los sentimientos, de los afectos, de la verdad de las relaciones. Aparecen los grandes movimientos de homosexuales en medio de una sociedad más permisiva en algunos sentidos. Podría pensarse que debido a este control social determinadas sociedades decidieron receptar este tipo de relaciones. Se rescataron los elementos positivos de las mismas, relativizándose los negativos, como ocurre también con las relaciones heterosexuales cuando se consideran disvaliosas las relaciones múltiples, la concupiscencia, el permanente cambio de parejas. Veremos que siempre que las relaciones concubinarias heterosexuales son receptadas por la sociedad y luego por algunas legislaciones y jurisprudencia, se requiere la presencia de características tales como monogamia, fidelidad, perdurabilidad, en algunos casos de descendencia, de comunidad de vida, de un proyecto de vida en común. Aquello que en última instancia es también el marco de normas sociales durante un período equis, que Carbonnier llama el «no derecho», pero que luego determinados Estados receptan. Pensamos que la finalidad de esta recepción es la de lograr una contención, resaltando lo mejor que puede emerger de estas relaciones, en especial el quehacer común, el respeto por el mundo de los afectos y la solidaridad que emergen del mismo.

III. El instituto de la continuación en la locación.

Merece destacarse, en estos tiempos de desregulación, que en el fallo que comentamos se mencionan dos leyes de neto carácter intervencionista por parte del Estado en la Ciudad de Nueva York. Una limita el derecho de propiedad en cuanto a la posibilidad de pedir el desalojo en determinadas condiciones, otra regula el precio de la locación.

Al correlacionar las dos variables en juego, la función social de la vivienda y el concepto, o lo que debemos entender por «familia», trataremos de analizar si el fallo es de acuerdo a derecho. Nos parece interesante además ver si podría darse una situación parecida en nuestro país, o preguntarnos qué pasaría si se planteara una situación similar dentro de nuestro marco normativo.

El tema del derecho a la vivienda y su función social aparece normativamente en Argentina en el año 1943 cuando se fijan a favor del inquilino los plazos mínimos de locación y se contempla el instituto de la continuación en la locación, limitándose el beneficio a los miembros de la familia del locatario fallecido y personas legalmente a su cargo que habitualmente vivieran con él. Desde entonces la locación urbana quedó sometida a un régimen de emergencia que con ligeras y sucesivas modificaciones se mantuvo por las leyes 12.847, 12.862, 12.886, 12.926, 12.998, 13.228, 13.525 y 13.538.

La ley 15.775 amplió el beneficio al caso de abandono voluntario de la locación pero a la vez impuso el requisito de la convivencia habitual y continuada durante el mínimo de un año. Podríamos decir que con amplitud esa protección se mantiene como tal variando con el tiempo la persona del beneficiario de tal tutela.

Como hito importante debemos señalar la ampliación de la protección a favor de la concubina por estar aquella comprendida en el supuesto legal de «trato familiar»; gran paso adelante dado en el año 1957, puesto que se supera la categoría de persona a cargo o de entorno familiar y se complementa con el otorgamiento posterior a su favor del derecho a percibir la indemnización por muerte del trabajador y el derecho a la pensión.

Curiosamente vemos que dentro del campo de la locación ese concepto de familia se restringe nuevamente a partir de 1976 con la ley de facto 21.342, aumentando a tres años el requisito de mínima convivencia anterior al fallecimiento del locatario y distinguiendo entre cónyuges, ascendientes o descendientes y otros familiares, pero siempre se nos está hablando de familiares.

En 1984, con la sanción de la ley 23.091 desaparece el plazo de convivencia y la distinción entre familiares y merecedores del trato familiar. Vemos que en el Estado de Derecho se amplía el concepto de familia; es que en estas últimas décadas nos encontramos con que el derecho intenta dejar de lado formalismos que no tienen que ver con la realidad.

El punto que interesa profundizar es el verdadero alcance que las normas que acabamos de reseñar otorgan al concepto «trato familiar», para lo cual deberemos recurrir a la jurisprudencia y la doctrina ya que el mismo no surge del propio texto de la ley.

La jurisprudencia es unánime en interpretar el término «familia» no en un sentido jurídico, sino sociológico. Se exige al continuador no pariente haber tenido con el locatario el trato que corresponde a los vínculos de parentesco verdadero. La convivencia no debe ser meramente habitacional o material, sino que al exigirse un «ostensible trato familiar» se protege la institución social, permanente y natural de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual y de filiación cuyos componentes se hallan ligados por lazos de amor, respeto, autoridad y obediencia.

La ley de emergencia, al referirse a la familia contempla al núcleo existente en la realidad de la vida y no solo al núcleo jurídico derivado del matrimonio o del parentesco. Ese vínculo afectivo se exterioriza mediante el «ostensible trato familiar», o sea el tratamiento propio de un núcleo fundado en el espíritu de unión y afecto.

La respuesta al interrogante que nos planteáramos al inicio de este capítulo no es sencilla. No existen precedentes jurisprudenciales al respecto. Pensamos que si bien a tenor de los textos legales citados se podría extender el beneficio de la continuación locativa al concubino de una pareja homosexual siempre que demostrara el trato familiar con el locatario, nuestros tribunales no accederían a ello.

En tal caso quedarían aún por intentar las acciones que correspondan en salvaguarda de los derechos de quien ve vulnerados los serios principios antidiscriminatorios receptados por nuestro sistema normativo con rango constitucional.

(1) N. de la R.: La versión original del artículo incluía un extenso apartado de jurisprudencia y legislación extranjera, que fue eliminado por motivos de espacio.

familia gay

El DERECHO COMO SISTEMA SOCIAL

por Niklas Luhmann

Traducción de Christian Courtis

En la clásica división del trabajo entre teoría del derecho y sociología, la teoría del derecho se ocupa de las normas, y la sociología, en cambio, se ocupa de los hechos. La tarea del jurista es la de interpretar las normas y aplicarlas, el sociólogo sólo puede dedicarse a estudiar el contexto en el que se da el derecho, sus condiciones sociales y sus consecuencias. Sin embargo, esta visión clásica ya estaba superada, si es que no era anacrónica, aun en la época en la que Hans Kelsen le dio su más precisa formulación. Los enfoques de «ingeniería social» y la jurisprudencia de intereses habían ligado la aplicación de la ley a hechos no tenidos en cuenta al formularse las normas pero a los que era necesario determinar después de la formulación del texto legal. El pragmatismo había postulado que toda aplicación práctica de la ley debe considerar qué efecto sobre los resultados legales tienen las diferentes interpretaciones de la ley, preocupándose no sólo por su impacto sobre futuras decisiones dentro del sistema legal, sino también por controlar sus consecuencias concretas sobre la realidad social.

La disolución resultante de la demarcación clara entre teoría del derecho y sociología ha generado desde el inicio del siglo la esperanza de que la sociología sea capaz de contribuir en la administración de justicia. Desde la perspectiva de la ley, sin embargo, la función de la sociología sigue siendo la de una ciencia auxiliar. Más allá de algunas excepciones (el concepto de institución, por ejemplo), la sociología no ha tenido influencia sobre la teoría legal, y ha tenido escaso impacto sobre la doctrina legal. Y tampoco está claro si una disciplina especial llamada «sociología legal» pueda aportar información al derecho, o si todas las ramas de la sociología estarían disponibles para lograr dicho objetivo. Y aún no existe una adecuada sociología de la doctrina legal o de la teoría legal.

No ha habido grandes novedades frente a ninguna de estas preguntas en las últimas dos décadas. Está claro, sin embargo, que las expectativas considerablemente optimistas acerca de una contribución sociológica a la administración de justicia han disminuído y se han hecho más realistas. En la actualidad, es difícil esperar que los avances hacia una radical transformación de la forma en que se formulan estas preguntas provengan de la teoría legal o de la sociología. Para sorpresa de los académicos de ambas disciplinas, estos avances provienen de otro lado de la investigación que concita cada vez más atención, bajo los nombres de teoría general de los sistemas, cibernética (de tercera y cuarta generación), lógica multivalente, teoría de la automatización, teoría de la información y, recientemente, teoría general de los sistemas autorreferentes, «autopoiéticos», a los que nos referiremos en este artículo.

Este desvío a través de la teoría general autopoiética está produciendo más confusión que claridad, y más problemas y preguntas abiertas que respuestas. La confusión está estrechamente relacionada al hecho de que los aportes de estas teoría tienen su origen en las matemáticas, biología o neuropsiquiatría, y no tienen en consideración cuestiones referidas a hechos psíquicos o sociales, ya que aún no ha

habido lugar en esta discusión para los sistemas que conducen sus operaciones con la ayuda del medio del «significado». El nuevo descubrimiento es que los sistemas biológicos, sino los sistemas físicos en general, se caracterizan por un modo de operación circular, recursivo, autorreferente. El modo de análisis que ha emergido de este descubrimiento ha destronado al «sujeto» en su pretensión de ser único en su autorreferencia. Esto no significa que los sistemas físicos y psíquicos deban ser ahora interpretados en los términos del modelo de los sistemas biológicos. La mera analogía entre ellos equivocaría el camino, como también una transferencia metafórica de términos biológicos a la sociología. El desafío consiste, más bien, en construir una teoría general de los sistemas autopoiéticos que pueda ser referida a una variedad de bases de la realidad, y que pueda registrar y operar con experiencias que deriven de dominios tan diversos como la vida, la conciencia y la comunicación social. La incertidumbre actual se debe principalmente al hecho de que aún no existe una teoría de este tipo, y en consecuencia uno se encuentra con frecuencia trabajando demasiado directamente con conceptos que han sido traídos de las matemáticas o la biología, sin una preocupación adecuada por lo apropiado de la transposición.

En la aplicación de la teoría de los sistemas autopoiéticos al caso específico del derecho, existe una problema adicional de coordinación entre múltiples niveles. Uno puede concebir al derecho como un sistema social sólo si se toma en consideración el hecho de que ese sistema es un subsistema de la sociedad, y que del mismo modo existen otros subsistemas. Concebir a la propia sociedad como un sistema social diferenciado presupone una teoría general de los sistemas sociales que pueda vérselas no sólo con el sistema comprensivo de la sociedad como un todo, sino también con otros sistemas sociales, como la interacción cara a cara, o las organizaciones. Las decisiones teóricas deben por lo tanto ser distribuídas a través de varios niveles y debe controlarse que lo que se afirma acerca del derecho no comprenda a la sociedad como un todo, o incluso a todo sistema social o sistema autopoiético.

Las siguientes reflexiones se refieren exclusivamente al sistema legal y en consecuencia pasan por alto estos problemas de coordinación entre niveles múltiples. Al tratar un tema relativamente concreto, esta omisión produce la apariencia de una excesiva abstracción. El lector no debe dejar que esto lo intimide, ni debe verlo como una prueba del carácter científico del tratamiento. En realidad, solamente de este modo se pueden confrontar teorías generales con las realidades de áreas concretas de investigación para comprobar si las teorías son funcionales y qué modificaciones serían necesarias.

I.

Hay dos innovaciones que se prestan especialmente para ser empleadas en una sociología del derecho teóricamente fundada: 1) la teoría de la diferenciación de sistemas, inspirada en la teoría general de los sistemas, que concibe la diferenciación como el establecimiento de relaciones sistema-ambiente en los sistemas, y 2) la asunción de que dicha diferenciación es posible solamente a través del establecimiento de una clausura autorreferente de los sistemas que se diferencian. Sin dicha clausura, los sistemas no tendrían manera de distinguir sus operaciones de las del ambiente. Con la ayuda de estos dos conceptos podemos comprender el carácter social del derecho y, al mismo tiempo, los logros autorreferentes del sistema legal. En otras palabras, la doctrina o teoría legal pueden entenderse mejor como una formulación de la autorreferencialidad del sistema legal. Esta comprensión requiere, sin embargo, un modo de presentación mucho más preciso que el que ha sido habitual, una presentación consistente con la teoría de los sistemas.

Las formulaciones tales como la afirmación de que existen «conexiones entre» el derecho y la sociedad (que presuponen que el derecho es algo que está afuera de la sociedad) deben ser especialmente evitadas. El sistema legal es un sistema funcional diferenciado dentro de la sociedad. En consecuencia, en sus mismas operaciones, el sistema legal está continuamente embarcado en la autorreproducción (autopoiesis) de la totalidad del sistema social

tanto como de la suya. Al hacerlo, emplea formas de comunicación que, en toda su dimensión esotérica, no pueden ser tan abstractos como para carecer completamente de significado normal, comprensible. Esto significa no sólo que el sistema legal cumple una función para la sociedad -que «sirve» a la sociedad-, sino también que el sistema legal participa en la construcción social de la realidad, de modo que en la ley, como en cualquier otro ámbito de la sociedad, el significado ordinario de las palabras (de nombres, números, denominaciones de objetos y acciones, etc) puede, y debe, ser presupuesto. En el sistema legal, entonces, el Sr. Miller sigue siendo el Sr. Miller. Si el hecho de ser el Sr. Miller no constituye más que una pretensión, y este asunto debe ser examinado dentro del sistema legal, entonces un lenguaje generalmente comprensible es también indispensable para la resolución de esa cuestión.

Sin embargo, el sistema legal se distingue de varios modos del ambiente del derecho dentro de la sociedad (y por supuesto también del ambiente extra-societario). El derecho no es la política y no es la economía, no es la religión y no es la educación, no produce obras de arte, no cura enfermedades, no difunde noticias, aunque no podría existir si todo esto no ocurriera también. Luego, como todo sistema autopoiético, el derecho es y permanece en gran medida dependiente de su ambiente, y la artificialidad de la diferenciación funcional del sistema social como un todo no hace más que acrecentar esta dependencia. Y sin embargo, como sistema cerrado, el derecho es completamente autónomo en el nivel de sus propias operaciones. Sólo el derecho puede decir qué es legal y qué es ilegal, y al decidir esta cuestión debe referirse siempre a los resultados de sus propias operaciones y a las consecuencias sobre las futuras operaciones del sistema. En cada una de sus propias operaciones debe reproducir su capacidad operacional. El derecho logra su estabilidad estructural a través de esta recursividad y no, como podría suponerse, a través de un demanda (input) favorable o de una respuesta (output) valiosa.

En esta conceptualización tanto la dependencia como la independencia del derecho se enfatizan con mayor energía que en la corriente expresión «autonomía relativa». Cuando se emplea la teoría sociológica para formular una teoría del sistema legal, se revelan muchos más aspectos de dependencia y muchos más aspectos de independencia de lo que parece notarse en la actividad normal del derecho, y en consecuencia la teoría debe abandonar la amorfa formulación «autonomía relativa». La diferenciación da origen a una relación creciente en la que los aspectos de dependencia y de independencia se incrementan, dado que la diferenciación lleva a una mayor complejidad en las relaciones entre el sistema y el ambiente. Por esta razón, el concepto de autonomía del sistema legal no puede ser formulado en el nivel de relaciones (causales) de dependencia e independencia. El concepto de autonomía se refiere, más bien, a la clausura operativa del sistema, como condición para su apertura.

Sin embargo, una teoría de este tipo es sólo convincente si logra definir precisamente los elementos del carácter cerrado del sistema, y la forma en la que esos elementos determinan la apertura del sistema. Esto puede hacerse describiendo más precisamente los componentes de las particulares operaciones elementales propias del derecho (aquellas que ocurren solamente en el derecho) y el modo en que se reproducen a través de la referencia mutua.

El derecho procesa, en un modo en que ningún otro sistema lo hace, expectativas normativas capaces de mantenerse en situación de conflicto. No puede, por supuesto, garantizar que esas expectativas no se verán frustradas. Pero puede garantizar que pueden ser mantenidas como expectativas, aun en el caso de frustración, y que uno puede saberlo y comunicarlo con antelación. Desde el punto de vista sociológico, entonces, la normatividad no es más que estabilidad contrafáctica. Para formularlo de otro modo: al proteger expectativas, el derecho nos libera de la exigencia de aprender de frustraciones y ajustarnos a ellas. Y de ese modo mantiene la posibilidad de resolver conflictos (y al mismo tiempo hace posible identificar y resistir conflictos), ya que contiene una decisión preliminar (por menos clara que sea en el caso individual) acerca de quién tiene que aprender de la frustración y quién no.

Procesar estas expectativas requiere un código binario que contiene un valor positivo (justicia) y un valor negativo (injusticia), y que excluye artificialmente tanto las contradicciones (la justicia es injusticia, la injusticia es justicia) como otros valores (utilidad, conveniencia política, etc.). Esta codificación tiene decidida importancia para la diferenciación del sistema legal, ya que aporta al sistema su propia forma de contingencia, constituída internamente. Todo lo que entra en la esfera de relevancia del derecho es o legal o ilegal, y todo lo que no cuadra en este código es significativo sólo en la medida en que sea importante como cuestión preliminar en decisiones acerca de la justicia o injusticia.

Es posible demostrar con mayor detalle que esta codificación cumple una función dual. La primera función del código sirve para diferenciar el sistema para la tarea específica del derecho. Estimula el problema de la frustración de expectativas estableciendo que la expectativa o bien la frustración de la expectativa provocarán las evaluaciones positiva o negativa. En esta medida, el código esta ligado a la función del derecho. Al mismo tiempo, sin embargo, la codificación también sirve al continuo sistema de verificación de la consistencia del sistema, es decir, a la actualización de su memoria. Y es que la memoria no es más que la verificación de consistencia, y para ese fin presupone, incluso presumiblemente a nivel neurofisiológico, un código binario que pueda revelar tanto consistencias como inconsistencias, pudiendo ligarlas a otras operaciones. Luego, la segunda función sirve a la reproducción autopoiética del sistema -la clausura del complejo de reproducción del sistema. Hace posible examinar todo procesamiento de expectativas normativas en los términos de una pregunta clave: si el procesamiento es compatible o no con los procesamientos previos.

Una vez que esta función dual, y con ella la autopoiesis del derecho, han sido aseguradas, el sistema pueda desarrollar procesos reflexivos, y en última instancia, autorreflexivos. El sistema puede desarrollar su propia regulación, y en consecuencia regular legalmente modificaciones en el derecho. Además, puede evaluar el sistema como un todo desde sus propias perspectivas (por ejemplo, en términos de la idea de justicia).

II. Los próximos parágrafos de este artículo analizarán algunas de las consecuencias de este punto de partida teórico. Son especialmente importantes aquí los aspectos en los que la teoría lleva a observaciones nuevas o diferentes de las aceptadas previamente.

A. Una consecuencia especialmente importante de la teoría del carácter autopoiético del derecho es que los límites del sistema deben ser trazados de modo distinto al que se venía empleando tradicionalmente (y aun del modo en que la teoría de los sistemas sociológicamente orientada ha analizado el derecho). Hasta ahora el derecho ha sido tratado, desde la perspectiva de la teoría legal, como un complejo de normas, o como un sistema de conocimiento, en abstracción del comportamiento social real. Los juristas veían al sistema legal como un macro-texto. O bien, según la tradición de la sociología, el enfoque apuntaba a las instituciones dedicadas completamente al derecho, fueran éstas organizaciones (principalmente los tribunales) o la profesión legal. Esta perspectiva permitía el tratamiento empírico de problemas tales como el «acceso a la justicia». Sin embargo, era difícil distinguir entre el sistema legal y el estado como base de las organizaciones o fuente de poder. La influencia política sobre el derecho era concebida como una forma de input (del derecho

sobre el derecho). O bien, por el contrario, se concebía al propio sistema legal como un todo desde el punto de vista del sistema político, como «implementación» de la política. Con toda su ambivalencia, esta perspectiva ha dejado su marca definitiva sobre las actitudes de los juristas frente a la relación entre derecho y política.

Asumir que el sistema tiene un carácter autorreferente, cerrado, conduce a nociones completamente diferentes acerca de los límites del sistema. Estos no se definen en el nivel institucional, sino en el operativo. Y, como es evidente para el observador sociológico, los límites del sistema son definidos por el propio sistema legal, a través de una remisión recursiva de las operaciones a los resultados (o los posibles resultados) de las operaciones del mismo sistema. En estos términos, toda comunicación que hace afirmaciones legales o presenta una defensa contra tales afirmaciones es una operación interna del sistema legal, aun cuando sea ocasionada por una disputa entre vecinos, un accidente de tránsito, una acción de la policía, o cualquier otro evento. Es suficiente que se asigne a la comunicación un lugar dentro del sistema, y eso ocurre con la utilización del código legal/ilegal. El derecho puede, por supuesto, ser observado desde afuera, como en una noticia del diario. Dentro del sistema educativo también existe un tratamiento didáctico del derecho que simula casos legales y que, por ende, no apunta a tomar decisiones. En consecuencia no toda referencia al derecho es una operación interna del sistema. Pero cuando una comunicación ocurre en el contexto de la administración de justicia, o en el contexto del recurso a la justicia para resolver conflictos, o en el contexto de la modificación de la ley -es decir, en el procesamiento de expectativas legales- estamos tratando con una operación interna del sistema legal, y esta operación define simultáneamente fronteras entre el sistema legal y el contexto de la vida cotidiana que ocasiona la formulación de una cuestión legal.

Estos límites del sistema son un buen lugar para estudiar el efecto de filtro del sistema legal. Se puede ver claramente, por ejemplo, qué difícil puede ser acudir a la ley para hacer valer las propias opiniones en las relaciones continuas de la vida (matrimonios, relaciones de trabajo, relaciones entre vecinos). La rigidez del sistema binario hace visibles las razones de esta dificultad: afirmar la propia posición legal implica sostener que las opiniones opuestas son ilegales. Una mirada sobre las culturas legales del Lejano Oriente muestra también que el recurso a la justicia puede ser interpretado como intención de embarcarse en un conflicto, y en consecuencia se lo desalienta institucionalmente.

Hay una clara conexión entre la complejidad de la ley, su resultante opacidad, y el margen de este umbral de desaliento. La corrupción, fenómeno que tras una mirada sobre distintas civilizaciones aparecerá como normal, tiene un efecto igualmente desalentador sobre los potenciales usuarios del sistema legal. La corrupción es un fenómeno normal en el derecho. Es sencillamente realista asumir que el derecho sirve a los intereses dominantes; difícilmente podría dirigirse en otro sentido y ser aún aceptado. (Esto no significa, sin embargo, que la corrupción sea parte de una política oficial o que se cultive concientemente). Lo que es sorprendente, en cambio, es el grado en el que el derecho puede ser purgado de corrupción a pesar de ello. Con una disminución de la corrupción, el umbral de desaliento disminuye: la gente tiene confianza en los jueces imparciales. Sin embargo, este remedio lleva a un incremento de la complejidad del derecho. Con menos corrupción para dejar gente fuera del sistema legal, el número y la diversidad de casos se incrementa, y en consecuencia hay una necesidad creciente de regulación. Con este incremento de la complejidad, el umbral de desaliento cambia su ubicación de la corrupción a la complejidad, adquiriendo por ello una forma contra la que el sistema legal está inerme y que es motivo de queja recurrente a través de la historia del derecho.

Si se adopta una teoría autopoiética autorreferente, no tiene sentido asumir que las estructuras del sistema legal, que regulan por sí mismas la producción de sus operaciones, puedan especificarse como input y output. La especificación de estructuras presupone siempre operaciones del propio sistema. Esto no contradice la asunción de una complicidad normal del derecho con los intereses dominantes, ni excluye la posibilidad de que un observador exterior pueda describir el sistema legal con la ayuda de una modelo de input-transformación-output. Pero esa descripción deberá asignar a la transformación la forma de una «caja negra», y tomar en consideración el hecho de que el derecho ajusta sus reacciones a su condición en todo momento, que puede cambiar aun cuando los intereses externos no cambien, y que, en consecuencia, no funciona como una «máquina trivial». Sin embargo, en la medida en que estos factores son tomados en consideración, tiene más sentido cambiar el modelo input-output por la teoría de los sistemas autorreferentes, que se ajusta mejor al actual estado de las cosas.

B. La ventaja más importante de esta teoría del sistema legal cerrado y autorreferente puede yacer en su cercana similitud con las nociones de doctrina legal y teoría legal, cercanía que en virtud de su «efecto de extrañamiento» es sorprendente e irritante al mismo tiempo. La teoría sociológica intenta reconstruir no sólo las acciones de los juristas, sino también sus concepciones, o al menos la forma en que el sistema legal genera autoobservaciones y autodescripciones. No nos interesa aquí hacer una «crítica de la ideología» o una sociología del conocimiento, de acuerdo a la forma clásica en la que los modos de pensamiento son ligados a intereses o posiciones sociales y explicados en esos términos.

Nuestro punto de partida es la tesis de que un sistema autorreferente puede vincular sus operaciones y reproducirlas sólo a través de la simultánea auto-observación y autodescripción. Para explicarlo simplemente, se necesitan «razones» para poder tratar selectivamente con la multitud de posibles conexiones internas, y para verificar consistencias e inconsistencias. En consecuencia, todo procesamiento de expectativas va siempre acompañado por una observación supervisora a través de la cual el modo en que se observa el mundo es a la vez observado -esto es, el modo en que uno se comunica correcta o incorrectamente dentro del sistema es a la vez objeto de comunicación. Desde el punto de vista sociológico se podría hablar en este caso de «redundancia», de una disminución del efecto sorpresivo de las operaciones individuales.

Todo sistema complejo debe equilibrar la variedad, es decir, el número y diversidad de sus elementos básicos, con la redundancia. En un ambiente complejo no es posible operar en forma completamente rígida, sin sorpresas. Por el contrario, el sistema debe estar abierto a irritaciones que trastornen su práctica habitual. Sin embargo, si es que el derecho debe proporcionar seguridad, esta apertura no puede llevarse demasiado lejos. Debe existir una cuota de redundancia, de modo que pueda confiarse en el conocimiento de uno o más elementos (conocimiento de decisiones de tribunales importantes, por ejemplo, o conocimiento de decisiones sobre leyes) para permitir inferencias acerca del modo en el que el sistema se comportará en circunstancias concretas.

El tema de los grados relativos de variedad y redundancia está estrechamente conectado con las relaciones del sistema con su ambiente. Se puede proceder asumiendo que, en las interacciones entre sistemas elásticos y rígidos, los sistemas elásticos se adaptarán a los rígidos, como la arena se adapta a la piedra (pero la piedra no a la arena). Una cultura legal de la argumentación que produzca un gran grado de variedad, enfatizando la naturaleza individual de cada caso y conforme a vagas fórmulas generales como «proporcionalidad» o «intereses equilibrados», tenderá a abrir el sistema legal a adaptarse a sistemas ambientales rígidos tales como organizaciones de gran escala cuya forma es determinada por la tecnología o por la inversión de capital. Mientras que un sistema legal rígido, altamente redundante, será capaz de mantenerse, sean cuales sean las consecuencias sociales, frente a sistemas más elásticos de su ambiente, y de utilizar estos medios de comunicación más elásticos, como el dinero o el poder político, para sus propios fines.

Este es uno de los muchos ejemplos de la manera en que el análisis sociológico produce un «efecto de extrañamiento» a través de su especial comprensión de la forma en que los sistemas se observan y describen a sí mismos. Al reconstruir la argumentación como forma de administración de la redundancia no se la concibe de acuerdo a su intención originaria: se entiende la argumentación no como la búsqueda de bases racionales convincentes, sino como modo de dominar la contingencia y como condensación del contexto sistémico. La descripción sociológica de la propia autodescripción del sistema no podría compatibilizarse con esa autodescripción (aunque habría más cosas para decir sobre este punto). Por esa razón, al observar el sistema legal, la descripción sociológica también emplea el esquema manifiesto/latente, y con la ayuda de este esquema puede ver que el sistema no ve que no ve lo que no ve.

Sin embargo, en contraste con las metas de la crítica de la ideología, no se pretende aquí ningún efecto de desenmascaramiento o clarificación. Por el contrario, esta forma de ver las cosas se sigue lógicamente de la asunción de que todo sistema autopoiético diferencia sus propias operaciones con la ayuda de sus propias distinciones, y en consecuencia, si pretende preservar esa diferenciación le está vedado distinguirse a su vez de esas distinciones.

Determinar cuán lejos se extiende esta imposibilidad en la doctrina legal se mantendrá aquí como una pregunta abierta. Ciertamente se aplica al propio código. Enfrentarse con la cuestión de responder si la distinción entre justicia e injusticia se utiliza justa o injustamente llevaría al sistema a paradojas y bloquearía por lo menos las operaciones basadas en esta cuestión. La observación y la descripción del sistema legal en términos de la teoría legal debe presuponer la aceptabilidad de ese código. No debe proceder ni sobre la base de una tautología (la justicia es lo que es justo) ni sobre la base de una paradoja (lo que es justo es injusto). Tiene que «desconectar» esta posibilidad de definir la unidad del sistema dentro del mismo sistema, tiene que «des-tautologizar» y «des-paradojizar» la descripción del sistema, y al mismo tiempo hacer invisibles las operaciones a través de las cuales lo hace.

Si lo creyera importante, el sociólogo puede observar con la ayuda del esquema manifiesto/latente los esfuerzos de la teoría legal por des-tautologizar y des-paradojizar el sistema. El sociólogo revela las funciones latentes de la intención manifiesta del discurso legal, dirigido a algún otro fin. Al hacerlo, puede hacer uso de la distinción de la teoría general de los sistemas entre necesidades naturales y artificiales. Las operaciones que sirven para des-tautologizar y des-paradojizar el sistema parecen ser naturalmente necesarias para el sistema. En cambio un observador puede reconocer la función de esos esfuerzos semánticos y especular acerca de otras posibilidades funcionalmente equivalentes. Para él, toda solución semántica específica a este problema aparece como contingente y determinada históricamente, dependiendo de la existencia de plausibilidad en las circunstancias sociohistóricas específicas.

C. Finalmente, con la ayuda de una historia general de los sistemas autopoiéticos autorreferentes es posible conectar la teoría de los sistemas con la teoría de la evolución de modo más adecuado que antes. Lo que resulta de esta visión es el debilitamiento del concepto de «adaptación» al ambiente, concepto que no puede explicar adecuadamente ni el alto grado de constancia formal en la evolución natural ni el tempo que acompaña a las innovaciones. Esto es cierto para la teoría de la evolución de los sistemas vivos, pero mucho más cierto para la teoría de la evolución social.

Cuando la diferenciación de sistemas autopoiéticos particulares es exitosa, se hacen posibles rumbos de evolución especiales, ya que apenas esto ocurre, el sistema puede variar sus estructuras, mientras esto sea compatible con su autorreproducción continua. Al construir y alterar estructuras, los sistemas autopoiéticos pueden hacer uso tanto de impulsos contingentes del ambiente que ocurren y desaparecen nuevamente, como de errores en la reproducción de sus propias operaciones. Con frecuencia, las posibilidades son restringidas más por demandas de consistencia interna, que por problemas de supervivencia en el ambiente. En otras palabras, muchas veces el sistema no logra hacer pleno uso de los grados de libertad que le permite el ambiente, y restringe su propia evolución en una medida mayor a la ecológicamente necesaria. Sin embargo, aun con esta modificación al aparato teórico del darwinismo, sigue siendo correcto caracterizar la evolución como diferenciación no planificada (no coordinada y, en ese sentido, resultante de «accidentes») de la variación, selección y reestabilización.

De acuerdo con esto, una teoría de la evolución del derecho debe clarificar dos cuestiones principales: 1) ¿qué problema lleva a la diferenciación de una evolución particular del derecho dentro de la evolución social general?, y 2) ¿qué característica de la autopoiesis del derecho le permite mantenerse aun cuando se producen modificaciones estructurales? La respuesta a estas preguntas debe partir del principio de variación, ya que un mecanismo de selección específico puede formarse sólo si la variación pertinente manifiesta peculiaridades específicas.

El problema que da origen a la evolución especial del derecho debe descansar sobre la incertidumbre acerca de la posibilidad de mantener expectativas, de identificarlas, o al menos de probar que ellas se justifican contrafácticamente, en caso de conflicto. Este problema se hace relevante, si es que no lo era desde el principio, porque la estructura social fragmentaria establece quién debe estar en cada lado, quién debe confirmar demandas, hacer juramentos, y si es necesario, pelear. La evolución del derecho comienza entonces con el debilitamiento de la estructura de sociedades segmentadas, y en especial con la introducción de la medida suficiente de incertidumbre en los conflictos sociales, ya que luego se convierte en la cuestión de cómo debe resolverse esta incertidumbre, dando posibilidad al desarrollo de criterios de selección para ello. Probablemente, cierta independencia de los roles políticos tribales o religiosos con respecto a los lazos de afinidad o proximidad preexistentes fue decisivo para esta evolución. De todos modos, el hecho de que la evolución del derecho se ponga en marcha no depende de la institucionalización previa de la competencia de adoptar decisiones legalmente obligatorias («judiciales»). Este dispositivo es aún inconcebible en sociedades arcaicas tardías notoriamente desarrolladas y presumiblemente también en la cultura micena, y presupone una masa crítica de reglas legales ya existentes y evolucionadas que permitan pensar dicha competencia judicial en conexión con el derecho. Por lo tanto, en términos teóricos, la autopoiesis del derecho, la producción del derecho por el derecho,

debe ya ser posible para la institución central de un tribunal que hace que las decisiones obligatorias, institución que a su vez hace posible la autopoiesis del derecho, sean posibles. La evolución no opera directamente, opera epigenéticamente. Solamente de este modo pueden surgir innovaciones que se presuponen a sí mismas. Es por esto que los observadores contemporáneos proponen interpretaciones místicas o religiosas de la paradoja de la asimetría en el origen de este círculo: el Areópago, por ejemplo, ha sido instituído por intervención divina. O bien es Dios el que pone la ley a los pies del arbusto. O bien, más tarde, de manera más civilizada, Dios crea la ley a través de la forma de la naturaleza humana.

Sólo cuando se ha establecido una adecuada diferenciación en la variación y selección, y cuando toda pretensión jurídica deja de ser legal e ilegal al mismo tiempo, dependiendo la determinación de la persona involucrada, pueden ser desarrollados criterios para decidir a partir de criterios de selección. Se requiere un largo período de práctica del derecho y de observación de sus transformaciones a través del tiempo antes de que surjan posibilidades para distinguir entre la selección y la reestabilización. El sistema legal ya evolucionado desarrolla posibilidades de reflexión, pone en cuestión su propia «justicia», y recurre a ideas morales a los efectos de proteger una economía de subsistencia (limitando la percepción de impuestos y el cobro de deudas, por ejemplo, como en las reformas de Solón, en la Atenas clásica). La religión y la moral ponen límites a la estructura de la argumentación justificativa en el derecho, y por ello también limitan la posibilidad de dar al derecho la estabilidad de la tradición. Además, debido a las peculiaridades de su práctica organizacional, el derecho puede tornarse tan complejo que el conocimiento legal deja de ser considerado parte natural del conocimiento común de la aristocracia. Surge entonces la necesidad de dispositivos educativos especiales. Conocemos el resultado de este proceso a través del concepto de institución (que originariamente significaba «enseñanza»). La función de estabilización de la ley es transferida a los procesos de doctrinarización y sistematización, los que a su vez sobreviven a los cambios sociales dado su potencial de innovación, inherente a sus conceptos.

Cuando las peculiaridades del derecho positivo moderno se analizan respecto a este contexto, se hace obvio que este tipo de evolución deja de funcionar en muchos aspectos. Tal vez sea demasiado lento para nuestras circunstancias. El ímpetu de variación deja de descansar en la posibilidad de anticipar conflictos que pueden preverse, y el derecho pasa, en cambio, a regular modos de comportamiento que contienen en sí mismos la capacidad de crear conflictos. El propio derecho crea el conflicto que necesita para su propia evolución, perfeccionando así su autopoiesis. Dispone, por ejemplo, que sólo una cantidad limitada de vino será subsidiada, y haciéndolo crea problemas que a su vez pueden alimentar el sistema legal como problemas legales. En consecuencia, el derecho evoluciona -sin que pueda pensarse aquí en ningún tipo de planificación- tan rápidamente que los medios tradicionales de estabilización dejan de ser relevantes. El derecho evade el control de la doctrina. Ni siquiera puede seguir siendo descrito adecuadamente como un sistema de normas, y menos como un sistema de «conocimiento». A esta altura, sólo puede ser descrito como un sistema social definido por su propio código. La estabilización reside ahora sólo en el carácter positivo de la validez legal -en el hecho de que normas específicas son reforzadas por decisiones (sean decisiones del legislador, del juez, o la opinión vigente de comentadores) y aún no han sido modificadas. Por esta razón la estabilidad del derecho debe ser entendida como algo completamente temporal, y las cuestiones objetivas entran en el cuadro sólo desde el punto de vista de la complejidad. Estas cuestiones son las que hacen difíciles las modificaciones, y como resultado de ello, el derecho, a pesar de su acelerado tempo de cambio, sigue siendo a grandes rasgos el mismo. Podríamos citar aquí el comentario de Odo Marquard acerca del concepto funcional de religión y la posibilidad de que la religión sea reemplazada por algún otro equivalente funcional: «No se preocupen, dada la complejidad del proceso, tomaría tanto tiempo que moriríamos siempre antes de que el reemplazo se hubiera completado».

III. Ha sido difícil para la teoría legal (y quizás siempre lo sea) entender esta cualidad positiva del derecho, en ausencia de concepciones de justificación externa (especialmente de tipo moral). El intento del siglo XIX por entender el derecho como garantía de la libertad (lo que significa también libertad para las conductas irracionales e inmorales) y, en consecuencia, por adecuarlo a la desintegración de la tradicional unidad de razón y moral, no tuvo éxito. Incluso Kelsen sigue necesitando una norma fundamental, aunque la presente con el status ambivalente de una hipótesis epistemológica. Para el jurista corriente, la idea de que aun los argumentos correctos y pertinentes no lleven más que a la confirmación de la propia argumentación -al refuerzo de su propia redundancia- debe seguir siendo completamente inaceptable. En esta situación la teoría de los sistemas autopoiéticos ofrece al menos la posibilidad de una descripción adecuada. La posibilidad de que esta descripción pueda ser introducida dentro del mismo sistema legal (por ejemplo, usándolo como auto-descripción) debe permanecer como cuestión abierta (es decir, librada a la evolución). En esta situación la teoría de los sistemas autopoiéticos no puede más que hacer uso de su propia autopoiesis del modo más claro posible.

En este punto la cuestión de la base y justificación de la validez legal nos lleva a asumir una relación creciente entre la clausura y la apertura de un sistema. Sólo como sistema cerrado autorreferente puede el derecho desarrollar la «capacidad de responder» a los intereses sociales. Visto de este modo, la evolución selecciona (tanto en el nivel de los organismos como en el de los sistemas sociales) formas que permiten una mayor complejidad combinando clausura y apertura. Pero eso no significa ciertamente mayor adaptación a los poderes que existen, como tampoco implica una corrupción más eficiente.

Un segundo punto relacionado tiene que ver con el carácter creativo de las paradojas. El término «paradoja» significa aquí un fenómeno de observación o descripción -el hecho de que la aceptación de una descripción tenga como consecuencia la aceptación de la descripción opuesta. La observación de las paradojas, algo que ocurre, por ejemplo, en la aplicación del código a sí mismo, bloquea la observación y descripción del sistema, aún pese a que el observador debe conceder al mismo tiempo que la propia autopoiesis del sistema no queda bloqueada por la paradoja. En otras palabras, el sistema puede ser simultáneamente observado y no observado como un sistema paradójico. El observador debe entonces transformar esta auto-paradojización en una cualidad de su objeto preguntándose cómo el sistema se des-paradojiza a sí mismo.

Estas reflexiones son pertinentes tanto para la observación externa como para la auto-observación. En consecuencia, colocan el problema de modo que la sociología y la teoría legal puedan colaborar en él. Eso presupondría, obviamente, que la teoría legal reconcibiera las cosas que previamente había dado por supuestas y que las viera ahora como funciones de des-paradojización, consumando la transición entre necesidades naturales y artificiales. Probablemente, dicha reconceptualización sólo será posible cuando la sociología pueda ofrecer bastante más certeza teórica en este paso hacia lo desconocido, iluminando aquello que estaba latente, de lo que ha sido capaz de aportar hasta el momento.

Habeas Data y Leyes de Privacidad e Información

Mecanismos para limitar el espionaje político y hacer pública la información gubernamental

por George C. Rogers

Los recientes casos de búsqueda de información acerca de estudiantes secundarios por entes policiales, y su autorización por el Ministerio del Interior, resucitan el debate sobre las limitaciones que deben existir con relación a la búsqueda y retención de datos personales por el estado y la posibilidad de corregir datos, limitar su uso y sancionar su abuso. Metas constitucionales y dos leyes estadounidenses pueden servir como ejemplo en el camino por lograr que el gobierno sea más «abierto», honesto y, por ende, más democrático.

I. Habeas data y privacidad

Una manera posible de considerar cómo tratar esta situación que amenaza los derechos de los ciudadanos y residentes es el ejemplo del artículo 5 de la Constitución de Brasil, denominado «habeas data», que proporciona a los brasileños la posibilidad de recibir y corregir información sobre su persona contenida en su prontuario personal o en cualquier banco de datos mantenido por el gobierno. También se encuentran disposiciones semejantes en la constitución portuguesa de 1976 (art. 35) y en la española de 1978 (art. 105, b).

El año pasado, un proyecto de habeas data fue formulado en borrador por la Subsecretaría de Derechos Humanos argentina para ser propuesta luego al Congreso. Tal proyecto abría la posibilidad de que todo residente examinara y corrigiera cualquier prontuario o legajo mantenido por el estado. Además, permitía que los familiares de una persona desaparecida durante la última dictadura militar accedieran a los derechos de habeas data en lugar de la víctima. El proyecto carecía, en su forma inicial, de precisión en su indicación de cuáles eran los derechos de los ciudadanos a los que se refería, y de cómo recurrir a la justicia cuando tales derechos fueran denegados.

Actualmente, el Ministerio del Interior tiene en sus manos un proyecto reformulado de orientación similar que todavía no ha sido remitido al Congreso. Dicho proyecto limita la exclusión de información por razones de «defensa nacional» a los casos fundados mediante resolución del Ministerio de Relaciones Exteriores o de Defensa, conjuntamente con el Ministerio del Interior. El proyecto precisa que los funcionarios que falsifiquen u oculten dolosamente la información obrante en un organismo oficial pueden ser pasibles de sanciones penales (art. 292 del Código Penal), aunque no penalice el mal uso o desviación de información verdadera que lesione el derecho a la privacidad que se pretende proteger.

El Colegio Público de Abogados tiene una solución que protege la profesión legal y abre el acceso a los prontuarios: los abogados son los que pueden observar los prontuarios de sus clientes, limitando la posibilidad de estos lo hagan por su cuenta. De todos modos, además de saber qué hay en el prontuario y de tener la posibilidad de corregir errores que podrían afectar al interesado, es necesario limitar el uso de tales archivos y el traspaso de la información, correcta o falsa, que ellos contengan.

Una alternativa, al menos para limitar los efectos del espionaje político, que ha tenido cierto suceso en los Estados Unidos con respecto al tema de habeas data es la *Privacy Act* (Ley de Privacidad) de 1974, sancionada en el período post-Watergate. Sintéticamente, esta ley brinda la posibilidad, como el concepto de habeas data, de que (i) un ciudadano o residente consulte cualquier información sobre su persona mantenida por el estado, salvo algunas excepciones; (ii) de corregir tales prontuarios, archivos o datos; (iii) de ser informado de cuándo y cómo es usada tal información por entidades públicas o en cualquier otra forma pública; además, la ley (iv) crea una acción civil ante la justicia para hacer valer tales derechos y establece la posibilidad de demandar daños y perjuicios en caso de violación de las protecciones que cree efectos adversos para el interesado, además de establecer sanciones criminales para los funcionarios del gobierno que hagan uso de información personal o mantengan legajos en violación a la ley, y (v) limita la posibilidad del gobierno de mantener legajos sobre todo tipo de actividades personales, especialmente sobre aquellas relacionadas con los derechos de libre expresión y asociación protegidos por la Primera Enmienda de la Constitución de los EE.UU.

La Ley de Privacidad refleja la consideración de que la privacidad individual es un derecho personal funda-

mental protegido por la Constitución de los EE.UU., directamente amenazado por los sistemas modernos empleados para buscar, juntar, usar y publicar información. La base de la ley es la prohibición de hacer público cualquier legajo mantenido sistemáticamente sin el consentimiento previo de la persona involucrada.

La prohibición de diseminar información personal tiene, por supuesto, varias limitaciones o excepciones a su aplicación, incluyendo el uso interno del gobierno, o su uso ordinario ligado al propósito por el cual se recogió la información, aunque cada «uso ordinario» debe ser publicado previamente en el *Federal Register* (boletín oficial). Otras excepciones incluyen el uso para la creación de una base de estadísticas o para los archivos nacionales. La limitación no se aplica a casos de uso de la información por otra identidad gubernamental relacionada con la investigación de actividades criminales o de violaciones de la legislación común.

De acuerdo con la ley, cada acto de diseminación de información personal debe ser registrado, a fin de poner en conocimiento al interesado en caso de que la información deba ser corregida luego por el individuo.

La Ley de Privacidad también pone limitaciones al mantenimiento de un sistema de información por el gobierno, permitiendo solamente que se mantenga información que sea relevante para el propósito de la agencia o, por orden del Poder Ejecutivo, para aquellos propósitos publicados anualmente en el boletín oficial. Además, la ley prohibe el mantenimiento de cualquier información que describa el modo en que un individuo ejerce sus derechos civiles de libre expresión y asociación, garantizados por la Primera Enmienda, a no ser que exista autorización explícita por ley, o que se efectúe en el marco de una actuación policial autorizada.

La Ley de Privacidad permite el acceso a la información mantenida sobre una persona por el sujeto afectado, y la posibilidad de agregar o modificar tal información. En caso de no modificarla, la agencia tiene que informar el por qué de su decisión, y existe la posibilidad de apelar judicialmente esa decisión. Se permite la intervención judicial ante toda resolución tomada bajo la Ley de Privacidad, con la posibilidad de reclamar daños y perjuicios (de montos menores) si se prueba un «efecto adverso» causado por una violación de la ley. También se prevén sanciones penales (de hasta u$s 5.000) para los empleados públicos que violen intencionalmente la Ley de Privacidad.

II. Libre acceso a información gubernamental

Aunque sin poner límites al espionaje político ni crear posibilidades de corregir un archivo gubernamental, otra manera de abrir el acceso de los ciudadanos al estado y sus archivos (que a su vez exige que el estado mantenga actividades y archivos que no sean falsos y que no infrinjan libertades civiles y otros derechos humanos) podría alcanzarse por medio de una ley que requiera el libre acceso a la información estatal. En los Estados Unidos, también en el período post-Watergate, se aprobó la *Freedom of Information Act* (FOIA, Ley de Libertad de Información), que requiere que toda agencia del gobierno provea información al público siempre y cuando se la pida con suficiente especificidad.

La *Freedom of Information Act* establece, con ciertas excepciones, que toda agencia gubernamental debe responder a cualquier pedido específico de información sobre los archivos, fichas, informes, etc. dentro de un período limitado de tiempo. El gobierno puede cobrar los costos de la búsqueda y fotocopia de la información si se supera un mínimo determinado. En casos de demora o de negarse a entregar cierta información, se puede iniciar acciones judiciales contra la agencia responsable, con sanciones disciplinarias si el oficial responsable actuó fuera de los parámetros de la ley.

Bajo la *Freedom of Information Act*, cada agencia tiene que proveer al público opiniones, casos administrativos, informes de posiciones no publicadas, manuales e instrucciones que afecten al público. No obstante, pueden ser borrados de la respuesta detalles que vulneren la privacidad personal, aunque la razón debe ser dada por escrito. Cualquier otro documento o archivo pedido con claridad y de acuerdo con los procedimientos publicados debe ser brindado al peticionario.

Los tribunales federales pueden exigir la apertura de archivos denegada al peticionario, con respuesta del estado dentro de los 30 días. Si el peticionario prevalece, el gobierno debe pagar las costas del litigio. Cuando los tribunales exijan la apertura de archivos pedidos bajo la FOIA, si se determina que agentes del estado actuaron con arbitrariedad, el gobierno puede iniciar procedimientos disciplinarios contra tales personas. Y si la agencia no cumple con las órdenes de un tribunal, éste puede dictar sentencias por desacato.

Los alcances de la FOIA no se extienden a los siguientes casos: información de defensa nacional o política internacional calificada de tal modo por orden ejecutiva, reglas sobre el personal de la agencia, o información interna de las fuerzas policiales o de seguridad que pueda perjudicar la aplicación y ejecución de las leyes, la imparcialidad de una causa judicial, la privacidad o confidencialidad de una fuente de información, la integridad física de una persona o las técnicas de investigación policial.

Cada agencia debe llevar un índice de la información de alcance público que verse sobre posiciones adoptadas o promulgadas, publicándolo trimestralmente.

Para promover su buen funcionamiento, cada agencia gubernamental debe también proveer al público cada año de una descripción de su organización, de dónde y cómo se puede pedir la información, de sus reglas de procedimiento, memoranda de políticas adoptadas, etcétera.

• Las fotografías que ilustran este artículo son de William Klein.

Poder Judicial

USO OFICIAL

Señor Juez:

Informo a V.S. que en el día de la fecha, siendo aproximadamente las 18.30 horas, el Prosecretario del Tribunal, Javier de Gamas, me hizo saber que en circunstancias que el imputado Gustavo Fabián Castelli se encontraba sentado en una silla dentro de uno de los compartimentos de la Secretaría, pudo advertir que el nombrado estaba comiendo un sandwich. Es así que interrogó a los demás miembros de la Secretaría, quienes le informaron que el sandwich en cuestión lo había adquirido para comerlo el Oficial Ricardo Ignacio Durand. Este interrogatorio aconteció en el mismo momento en que Castelli lo estaba comiendo, pudiendo presenciar este suceso el Auxiliar Cristian Maldonado, el Escribiente Diego Luciani, el Auxiliar Roberto Dios, el Defensor Oficial Dr. Gustavo Kollmann, el Prosecretario de esa Defensoría Santiago Otamendi, la Auxiliar Guillermina Alvarez Colodrero y el Ayudante de 4ta. Carlos E. Ledesma del Servicio Penitenciario Federal. En el mismo momento en que el Prosecretario se hallaba interrogando al personal de la Secretaría, Castelli le refirió al Escribiente Diego Luciani que el propio Prosecretario lo había autorizado al efecto. En el medio de la confusión el detenido Castelli se lo refirió a este Funcionario. En ese mismo momento, y al preguntarle De Gamas, señaló que en realidad le había pedido autorización al efecto, pero que nunca le contestó. También dijo que ante el silencio, lo comió. Por su lado, De Gamas dijo (que), que no sólo que, en ningún momento lo autorizó a ello, sino que tampoco nunca lo escuchó preguntarle si podía comer el sandwich cuestionado, más aún, ya que le pertenecía al Oficial Durand. Aclaró, que momentos antes de ello y en el transcurso de la indagatoria que se le recibía, el Auxiliar Maldonado le había dado a Castelli medio sandwich para que comiera. Por último, cabe dejar constancia que cuando Castelli fué sorprendido comiendo el segundo de los sandwichs —que motiva el presente informe— éste se encontraba dando la espalda al personal de la Secretaría, presumiéndose que así lo hacía para evitar ser visto. Asimismo, agregó ticket que acredita la compra de tres sandwichs, siendo uno de ellos el que motiva este informe. Es cuanto informo a V.S. Secretaría Nº 17, Mayo 20 de 1994.

María Susana Spina
Secretaria Federal

Buenos Aires, Mayo 20 de 1994

Tiénese presente el informe que antecede, y pudiendo constituir un ilícito de acción pública, elévese a la Oficina de Sorteos de la Excma. Cámara del Fuero, a efectos de que mediante sorteo de práctica se desinsacule el Juzgado que deberá investigar el mencionado suceso.

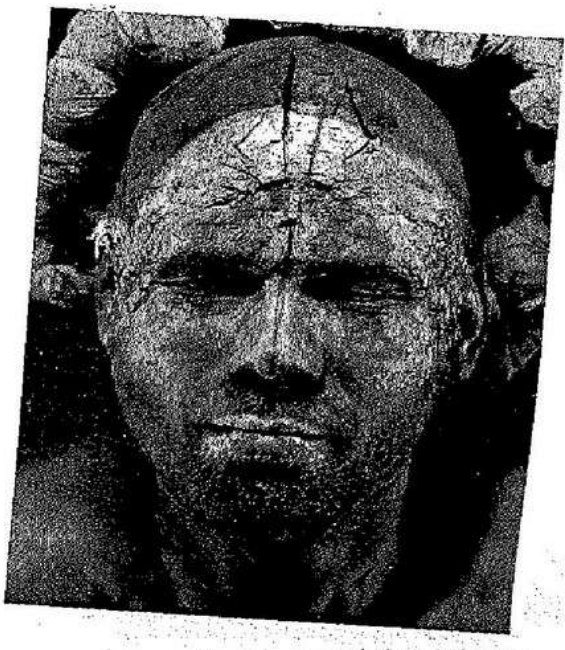
Sirva lo proveído de muy atenta nota de elevación.

Juan José Galeano
Juez Federal

Tiéne
que a. y
onstitui icito
blica, elévese a la
eos de la Excm
Fuero, a efect
diante sorteo de
desinsacule el Juzga
berá investigar el m
o.
lo proveído de
ta de elevació

LA LEGISLACION SOBRE ESTUPEFACIENTES EN ITALIA

Por Livio Pepino



(Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez)

I. A MODO DE INTRODUCCION

Las estadísticas y los datos sobre la droga en Italia se parecen cada vez más a partes de guerra: los muertos por sobredosis aumentan de manera constante (con cifras anuales que superan el millar); el número de los toxicodependientes encarcelados se acerca a la mitad de la población carcelaria (y de ellos el 33% son seropositivos); estimaciones fiables, cifran en más de 400.000 los adictos a las drogas (y en más de dos millones el de los consumidores ocasionales o habituales de sustancias estupefacientes, comprendiendo en éstas las llamadas "drogas ligeras").

En este dramático contexto fue a incidir la aprobación, el 26 de junio de 1990, de una nueva ley sobre la droga —la Nº 162/1990— que modificó en profundidad la normativa precedente, desplazando el acento de la movilización solidaria a un incisivo control social, de la intervención terapéutica y rehabilitadora (ya desvitalizada en los años precedentes por incumplimientos y omisiones culpables) a la de carácter represivo. La ley tuvo un item parlamentario acompañado, en las Cámaras, pero aún más en el país, por confrontaciones y polémicas; seguidas después por numerosas cuestiones de inconstitucionalidad (rechazadas por la Corte Constitucional con una embarazosa sentencia interpretativa); una petición de referéndum para la abrogación de algunas de sus partes más significativas (que debería tener lugar en el mes de junio próximo) y dos modificaciones (la última de las cuales es del 12 de enero último). Todo ésto en el marco de un intenso debate sobre la utilidad misma de la legislación prohibicionista, cuando menos en lo que se refiere a las "drogas ligeras".

Lo apuntado basta para justificar un análisis no sólo de la nueva ley, sino también, de sus precedentes, de las motivaciones que la han inspirado, de las perspectivas todavía abiertas.

2. ORIGEN Y PRECEDENTES DE LA ACTUAL LEGISLACION ITALIANA

El punto de partida de la legislación italiana en materia de estupefacientes se remonta a los años 20, en particular a la ley 396/1923, de 18 de febrero, que contenía "disposiciones para la represión del comercio abusivo de sustancias venenosas de acción estupefaciente". Esta ley consideraba estupefacientes, entre otros, el opio y los opiáceos, las hojas de coca y sus derivados y la cannabis, y preveía tres tipos de conductas ilícitas: el suministro, venta y tenencia con ese fin por parte de personas no autorizadas o en ausencia de prescripción médica; destinar locales a "fumaderos" y centros de reunión para uso de estupefacientes; la participación en dichas reuniones. De esta disciplina merecen señalarse dos aspectos, particularmente útiles para captar los elementos de continuidad y de ruptura en el ulterior desarrollo normativo: a) no se preveía forma alguna de sanción para el uso individual o la tenencia de cualquier cantidad con ese destino (mientras se consideraba ilícito —aunque castigado sólo con multa— el "uso en grupo"; b) las penas para las conductas de distribución o tráfico ilícitos son bastante leves (prisión de 6 meses a 2 años y multa).

Este planteamiento permaneció sustancialmente inmodificado en el código penal de 1930. En él las disposiciones relativas a los estupefacientes se dividen en tres grupos. El primero comprende los arts. 93 a 95 (todavía en vigor) y hace referencia a la imputabilidad del autor de delitos que haya actuado "bajo la acción" de sustancias estupefacientes o que sea adicto a ellas: la situación se equipara a la dependencia del alcohol y resulta disciplinada en el sentido de que el consumo fortuito (como causas de la incapacidad de entender y de querer) excluye la imputabilidad; que el consumo consciente de estupefacientes no produce ningún efecto al respecto; que la toxicodependencia constituye una circunstancia agravante (cuando el acto se haya realizado bajo la acción de la sustancia); que el "intoxicado crónico" por estupefacientes se equipara al enfermo mental (y es, por consiguiente, inimputable, aunque sujeto —si peligroso— a internamiento en hospital psiquiátrico-judicial). El segundo grupo de normas está constituido por los arts. 446 y 447 (hoy derogados), que castigaban, con penas modestas (comprendidas entre 6 meses y 3 años de prisión), el comercio clandestino y el favorecimiento doloso del uso (consistente en destinar un local, público o privado, "a reunión de personas que acudan a él para hacer uso de sustancias estupefacientes"). Del tercer grupo, en fin, forman parte los arts. 729 y 730 (también ahora derogados, al menos en la parte relativa a los estupefacientes), que castigaban como faltas, respectivamente, "ser sorprendido en lugar público, abierto, al público, o en círculos privados, en estado de grave alteración psíquica por abuso de sustancias estupefacientes" y "el despacho por farmacéuticos de sustancias venenosas o estupefacientes, incluso por prescripción médica, a personas menores de 16 años". Es evidente la analogía de tales disposiciones con las sancionadoras de la embriaguez, y la venta de bebidas alcohólicas y de tabaco a menores de 16 años.

A propósito de este sistema normativo, debe ponerse de relieve que: a) el uso y la tenencia con ese fin son penalmente irrelevantes (y también el abuso, únicamente relevante cuando provoque graves alteraciones psíquicas y, con ellas, "escándalo" público o en todo caso de cierto grado de difusión; b) la represión del tráfico ilícito es bastante limitada, tanto por lo que se refiere a las conductas previstas, como en lo que hace a las penas; c) comienza a abrirse camino de forma indirecta la concepción del toxicodependiente como enfermo y su tratamiento por medio de la terapia coactiva (aplicada mediante el internamiento en manicomio, es decir, con el sistema entonces ordinario para los enfermos psiquiátricos).

Fue con la ley Nº 1041, de 22 de octubre de 1954, cuando la materia sufrió un cambio radical, en cuanto a la intervención represiva. En efecto, ante la difusión del fenómeno de la toxicodependencia, el legislador de los años 50 optó por intervenir en dos planos. En el plano sancionador se tipificó como delito el comportamiento consistente en "adquirir, vender, ceder, exportar, importar, trasladar, procurar a otros, emplear o de cualquier modo poseer, sin autorización, sustancias o preparados incluidos en la lista de estupefacientes", castigándolo con reclusión de 3 a 8 años y multa de 300.000 liras a 4 millones. En un segundo plano, la ley confirmó la asimilación de la toxicodependencia a la enfermedad psíquica, con previsión de internamiento coactivo del toxicodependiente "socialmente peligroso", en "hospital psiquiátrico o casa de salud y cura". Los efectos de este sistema fueron nulos en el orden terapéutico, un fracaso en el de la represión del tráfico ilícito, extraordinariamente duros para las hipótesis de uso (fumar un "porro" conllevaba ineludiblemente —incluso con aplicación de las atenuantes genéricas— una pena de dos años de cárcel, sin posibilidad de suspensión condicional), e ineficaz a los fines de contención de la difusión de estupefacientes.

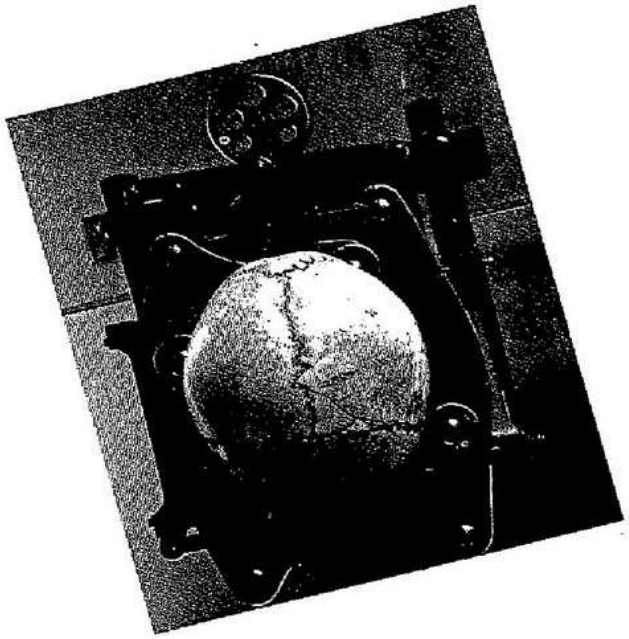
Así se llegó (después de la presentación, en los primeros años '70, de numerosos proyectos de ley por iniciativa de todas las fuerzas políticas) a la ley Nº 685, de 1975, que ha permanecido en vigor hasta junio de 1990. Esta ley fue el fruto de un esfuerzo imponente para dar a la materia de los estupefacientes y la toxicodependencia un tratamiento completo y coherente, extendido a los sectores del control sobre la producción y distribución lícitos, la represión e la oferta ilícita, y las intervenciones terapéuticas y rehabilitadoras para toxicodependientes. Sus aportaciones más innovadoras fueron las siguientes:

a) Consideración del "fenómeno droga" como problema social que debía ser afrontado también con estructuras *ad hoc* en el plano político, educativo, sanitario y policial.

b) Racionalización de los sistemas de autorizaciones y controles sobre importación, producción y distribución de los estupefacientes destinados al mercado farmacéutico (o en cualquier caso lícito).

c) Subdivisión de las sustancias estupefacientes en seis tablas, según su "peligrosidad", con diferenciación, en particular, entre "drogas ligeras" y "drogas pesadas".

d) Atención específica a los sujetos, con neta diversificación de tratamiento entre traficante y consumidor. El uso de estupefacientes viene considerado como forma de desviación y la dependencia como enfermedad, que demandan respuestas asistenciales y terapéuticas más que sanciones. De aquí la "no punibilidad" de la tenencia de "módica cantidad" de estupefacientes para uso personal y la predisposición de una intervención terapéutica difusa, subsiguiente a un sistema de detección de las situaciones de toxicodependencia, que incumbe a la policía, la autoridad judicial y los médicos. Los destinatarios de la información sobre los casos detectados son los servicios territoriales y los órganos judiciales competentes para disponer coactivamente "el internamiento hospitalario o las oportunas curas ambulatorias o domiciliarias" del toxicodependiente "necesitado de curas médicas y de asistencia, pero que rechaza someterse al tratamiento necesario".



d) Previsión de una amplia gama de conductas ilícitas (producción, fabricación, extracción, oferta, puesta en venta, distribución, adquisición, cesión, recepción, transporte, importación, exportación, traslado en tránsito, tenencia de estupefacientes; y además, asociación para delinquir, favorecimiento o inducción al uso, etc.) con sanciones diferenciadas según la gravedad de los delitos: desde un mínimo de 8 meses de reclusión (tenencia de módica cantidad de drogas ligeras no destinada al uso personal, con apreciación de las atenuantes genéricas), hasta el máximo de la pena privativa de libertad (30 años de reclusión en la hipótesis de tenencia por cualquier título de "cantidades ingentes" de drogas pesadas acompañada de ulteriores agravantes).

La ley de 1975 no obtuvo los resultados esperados y, en particular, no fue una barrera a la difusión de la toxicodependencia. Sigue siendo difícil, por la falta de contrapruebas, individualizar las causas de un fracaso. Y es tanto más difícil tratándose de un fenómeno social complejo como el de la difusión de los estupefacientes. Por lo demás, es lo cierto que la ley Nº 685, en sus aspectos más significativos, no ha sido una ley fracasada, sino una ley inaplicada. Basta recordar que, a 15 años de su aprobación, no menos de un 30% de los centros de prevención y cura previstos (65% en el sur, 20% en el centro y 5% en el norte) no habían sido creados, y dos regiones (Puglia y Molise) no habían ni siquiera dictado la necesaria ley regional, mientras muchas otras lo hicieron sólo a finales de los años '80. Ninguna ilusión acerca del carácter resolutivo de los servicios, sino la certeza de que su ausencia culpable ha sido concausa del agravarse de la situación y, al mismo tiempo, un indicador inequívoco del desinterés de la autoridad gobernativa en su solución.

3. LA LEY Nº 162, DE 26 DE JUNIO DE 1990 Y EL TEXTO UNICO Nº 309/ 1990

En este contexto de permanente incumplimiento administrativo, todas las (parciales) disposiciones legislativas producidas en el sector hasta el final de los años '80 han confirmado y racionalizado el planteamiento subyacente a la ley.

Por eso, era del todo imprevisible el brusco giro imprimido con la ley Nº 162, de 26 de junio de 1990, no anticipado en modo alguno por los proyectos de modificación presentados por las fuerzas políticas del área del gobierno antes de 1989 (tendentes sobre todo, a potenciar la intervención asistencial y a una ulterior reducción del peso sancionador cuando no incluso, como un proyecto socialista de 1980, a una amplia despenalización del uso personal del cannabis).

El cambio de planteamiento se produjo con la presentación en el Senado, el 12 de enero de 1989, de un proyecto de ley, precedido de una orquestada campaña publicitaria, dirigida a atribuir a la pretendida permisividad de la ley Nº 685 (y, en particular, a la no penalización de la tenencia de módica cantidad de estupefaciente para uso personal) toda la responsabilidad por la expansión de la toxicodependencia y a solicitar intervenciones de carácter represivo (coincidentes con las propuestas en los meses precedentes por el presidente de los Estados Unidos).

Se llega así, en el curso de poco más de un año, a la ley Nº 162, de 26 e junio de 1990, seguida poco después del texto único Nº 309, de 9 de octubre de 1990, que reordena toda la materia.

La nueva disciplina prohibicionista en relación tanto con las drogas pesadas como con las ligeras (en particular cannabis y derivados), por otra parte, con diversificación del tratamiento, y presenta como nuevos perfiles:

a) Resultan redefinidos y modificados los órganos de dirección de la acción antidroga a nivel tanto nacional como local (entre otras, con la directa responsabilización política de la Presidencia del Consejo de Ministros y ampliación de los poderes del Ministro del interior en el sector de la coordinación de la acción preventiva y represiva).

b) Se prevé una dimensión supranacional para las intervenciones en el sector (activable mediante los oportunos acuerdos interestatales), descuidada antes.

c) Se prevé explícitamente la "prohibición de uso" de estupefacientes. Esto abre el camino a la abrogación del instituto de la no penalización de la tenencia de módica cantidad para uso personal, y a la introducción de sanciones para cualquier forma de tenencia, incluso de cantidad mínima (y así, indirecta pero unívocamente, también para el simple uso, individual o colectivo, público o privado, habitual u ocasional). La gama de las sanciones (administrativas en caso de tenencia para uso personal de cantidades de sustancia equivalente a la "dosis media diaria"; penales tratándose de cantidades superiores) es bastante amplia, pero la cárcel (si bien no como única respuesta, como sucedía en la ley Nº 1041/1954) mantiene un indiscutible protagonismo. En todo caso, la sanción constituye la única e inevitable respuesta automática al uso de estupefacientes: sola porque la terapéutica es puramente eventual; inevitable porque los casos en los cuales se puede prescindir de ella son absolutamente marginales.

d) Resulta completamente reelaborado el catálogo de delitos (con fuerte endurecimiento de las penas, no sólo para los traficantes, sino también para los consumidores sorprendidos en posesión de cantidades superiores a la "dosis media diaria", para los que se prevén —cuando no concurran atenuantes— penas mínimas de 8 años de reclusión) y se introduce una disciplina específica en cuanto a metodologías e instrumentos de investigación en el sector.

e) La disciplina de las intervenciones terapéuticas resulta totalmente modificada, con la abolición de toda actuación directamente coactiva, sustituida por lo demás por un masivo recurso a formas de "coacción indirecta", consistentes en tratamientos terapéuticos no formalmente impuestos, pero previstos como única alternativa a la sanción.

Hasta la fecha, esta disciplina no ha experimentado modificaciones significativas, puesto que las recientes intervenciones de la Corte constitucional y del legislador se han circunscrito en realidad a hacer menos obtuso el rigor en la determinación de la "dosis media diaria" y a limitar los casos de arresto obligatorio en flagrancia de los sujetos sorprendidos en posesión de estupefacientes.

4. UNA OPERACION TOTALMENTE IDEOLOGICA

Dos años y medio de aplicación, aunque no autorizan balances definitivos, permiten sin embargo un primer juicio. Y éste no deja lugar a dudas: la ley Nº 162/1990 (presentada por quienes la han apoyado como una primera intervención idónea para afrontar con eficacia la tóxicodependencia) no sólo no ha producido resultados positivos sobre la marcha del fenómeno (siempre en dramática expansión), sino que incluso ha contribuido a hacer insostenible la situación, caracterizada por un masivo crecimiento de la población carcelaria, por el aumento de infecciones subsiguientes al uso de estupefacientes (a comenzar por el sida), por la falta de confianza en los servicios. Y quien ayer expendía ilusiones de forma irresponsable, hoy calla.

Por lo demás, se imponen algunas observaciones sobre la ley.

Salta a la vista, antes que nada, su carácter de "ley manifiesto", tan rica en afirmaciones de principio (como la solemne prohibición de hacer uso de estupefacientes) como pobre en la prohibición de instrumentos idóneos para hacer operativas las intervenciones de prevención, terapia y rehabilitación previstas en abstracto. Esto es aún más grave después de la experiencia de la ley Nº 685/1975, cuyas amplias potencialidades positivas se quemaron antes de nacer, sin haber sido siquiera experimentadas, por las omisiones, carencias y retrasos. Una ley que, al disciplinar globalmente y *ex novo* el "sector droga", prescinda de esto (es decir, que omita establecer sólidas condiciones para la propia actuación) constituye una operación puramente propagandística o —lo que es peor— la cobertura ideológica para opciones sustancialmente omisivas en áreas que requieren nuevos soportes organizativos.

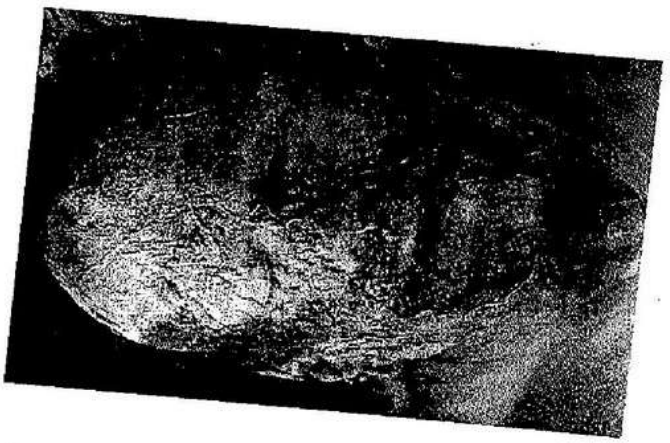
Pero este es solamente un aspecto de la nueva disciplina; la otra cara es la inversión del planteamiento de la intervención pública en relación con la tóxicodependencia, que puede sintetizarse en el paso de la "solidaridad" al "control". Sobre las cenizas del proyecto solidario subyacente a la ley Nº 685 se ha construido otro de signo contrario, fundado en el control y en la creación de un ghetto para los tóxicodependientes, atento a las necesidades de defensa de la mayoría (y a veces a sus prejuicios) más que a las dificultades y a las exigencias de los sujetos débiles. De ello es, en cierto modo, un símbolo la configuración de los tóxicodependientes (más exactamente, de los consumidores de estupefacientes) como ciudadanos de segunda división, y de la tóxicodependencia como *capitis diminutio* de los tiempos modernos. La estrategia seguida consiste en crear un "cordón sanitario" entre población normal y tóxicodependientes y relegar a estos últimos a una condición de minoría: con el fin —según los propósitos declarados— de aislarlos y de hacerles difícil la existencia, estimulando de esta manera la creación de un modo de vida insostenible. En tal dirección se mueven medidas como la privación del permiso de conducir y del pasaporte, el secuestro de vehículos de que pudieran ser propietarios, la prohibición de alejarse del municipio de residencia (atemperada por "razones comprobadas de cura y recuperación" pero no también de trabajo), etc. Tal es la verdadera marca de fábrica de la disciplina objeto de examen. Que, después, ésta desincentiva efectivamente la tóxicodependencia o bien contribuya a su arraigo y dramatización (por la imposibilidad de inserción social aceptable con gestión equilibrada de la propia condición y ausencia de vías graduales de salida) es cuestión a la que la experiencia ha dado ya respuestas unívocas...

Esta tensión "obsesiva" hacia un control social indiscriminado ha acabado por producir un sustancial desinterés por los sujetos que son sus destinatarios y por sus características. Así, no sólo permanece la anacrónica asimiliación entre el consumo de drogas ligeras y el de drogas pesadas (salvo la diferenciación en cuanto a la entidad de la pena), sino que también es totalmente coincidente el tratamiento de consumidores ocasionales y tóxicodependientes (con la grotesca previsión de señalamiento a los centros médicos para la definición de un programa terapéutico incluso para el fumador ocasional de un "porro" de hachís...).

La escasa consideración por la efectividad del tratamiento guarda simetría con la proliferación de los organismos, administrativos o judiciales, predispuestos con esa finalidad, al margen de cualquier visión unitaria y coordinada. La lista es interminable: prefecto, núcleos operativos en las prefecturas, unidades sanitarias locales, ayuntamientos, servicios territoriales, servicios del Ministerio de Justicia, responsables de estructuras, servicios penitenciarios, fiscalías, preturas, tribunales de menores, órganos de enjuiciamiento, magistrados de vigilancia... Es inútil decir que la incisividad de las intervenciones es inversamente proporcional a la cantidad de organismos predispuestos al efecto, con el efecto añadido de dejar a los operadores en la situación de búsqueda de algún papel que desempeñar. La experiencia de los quince años de aplicación de la ley Nº 685 ha estado caracterizada, por lo que respecta a los servicios terapéuticos públicos, no sólo por omisiones cuantitativas sino también por graves incertidumbres cualitativas. En efecto, la falta de un reconocimiento profesional específico de los operadores, se ha sumado a la inconsistencia de sus funciones y de sus poderes de intervención, con la consiguiente desincentivación difusa, altísimos *turn over* de personal, general descalificación de los servicios, lo que agota antes de nacer la investigación, el debate y la experimentación acerca de los métodos de actuación.

Merece, en fin, alguna atención, el sistema de respuestas punitivas introducido por la ley Nº 162/1990. Este ha provocado, al mismo tiempo, la ineficacia y dilatación anómalas de la discrecionalidad judicial. La primera sigue a la imposibilidad en que el sistema se encuentra de hacer frente a la masa de violaciones cometidas y ha determinado ya, de hecho, formas de discrecionalidad oculta en los señalamientos. La segunda se ha extendido no sólo a la determinación en concreto de la "dosis diaria" sino a una gama amplísima de posteriores valoraciones: desde el juicio sobre la aplicación de la atenuante de "hecho de escasa entidad" (que da lugar a la reducción de la pena) al relativo a la oportunidad de suspensión del proceso con "puesta a prueba" y a la consiguiente valoración del resultado...

Creo que basta para comprender las razones por las que, entre las adhesiones al referéndum para la abrogación de algunas de las normas más caracterizadas de la ley, se encuentran las de procedencia judicial, en particular la de Magistratura Democrática.



DROGAS Y CONTROL SOCIAL EN EE.UU.

por Déborah Ostiz y Martín Lozada

"Cavete a fermento pharisaeorum et saducereorum"
Mt. 16:12

Aún desde la propia perspectiva norteamericana, la política en materia de drogas de los Estados Unidos es una fuente constante de frustración, descreimiento y duras críticas.

EL SISTEMA DE MANDATORING SENTENCING Y SUS RESULTADOS

La sociedad norteamericana está tomando conciencia de un nuevo fenómeno. Tal como fuera descripto por una celebrada revista semanal (1): "La ciudad sobre la colina, alguna vez imaginada por los puritanos como un brillante faro para el resto del mundo, se había rodeado con torres de guardia y alambres de púa".

Tal vez las raíces lejanas de estas torres y alambrados se encuentren en los elementos represivos, profundamente instalados en la ética puritana. Sin embargo, nunca como en la actualidad, han tenido tal explosión de represión criminal.

En el mismo escrito editorial (2) se informa que un grupo llamado Proyecto de Sentencia muestra que los Estados Unidos se han convertido en el líder mundial indiscutido en relación al porcentaje de penas privativas de libertad. Han dejado atrás a Sudáfrica y a la ex- Unión Soviética, los líderes que le precedieron algunas décadas atrás.

La población penitenciaria se ha duplicado, y en una era de peligrosos déficits, más de veinte millones de dólares al año son gastados para encerrar a un creciente número de habitantes.

Simultáneamente, las autoridades penitenciarias estiman que para 1993 el número de internos aumentará un treinta por ciento, porcentaje que se traduce en trescientos treinta mil prisioneros.

La causa básica de este incremento de personas encarceladas ha sido y es lo que el gobierno norteamericano acostumbra llamar "la guerra de las drogas". De acuerdo al mencionado Proyecto de Sentencia, en 1980 hubieron 471.000 arrestados en los Estados Unidos por delitos vinculados a las drogas. En 1989 esa cifra aumentó a 1.247.000 y actualmente más de la mitad de la población penitenciaria alojada en centros federales lo está por hechos vinculados al tema de la droga. Además, se calcula que este número ascenderá a un 70% en el año 1995.

La Técnica del Mandatory System es responsable de esta vasta extensión, ya que permite punir con fuertes y duros mínimos de reclusión, a menos que la persona convicta provea información útil a las autoridades. Sin embargo, los que delinquen por primera vez, frecuentemente terminan privados de su libertad por más tiempo que los transgresores con grandes antecedentes criminales, quienes normalmente disponen de mayor información para negociar. A su vez, los delincuentes violentos, obtienen una libertad más rápida en prisiones superpobladas para dar espacio a las víctimas del mandato mínimo de sentencia (mandatory sentencing minimun). Un alarmante ejemplo de esta distorsión de justicia es la sentencia media para el homicidio, en la actualidad de seis años y medio, mientras que por posesión de setecientas plantas de marihuana, el mandato mínimo federal es de ocho años con ninguna posibilidad de reducción.

A la doctrina del Mandatory Sentencing se oponen las doce conferencias federales judiciales y la American Bar Association (Asociación Americana de Abogados), la Comisión de Sentencia y el Comité de Estudio de las Cortes Federales, entre otras instituciones legales en los Estados Unidos. No obstante, el Congreso ha aprobado sesenta estatutos de Mandatory Sentencing y cuatro de ellos han dado lugar al noventa y cuatro por ciento de las Mandatory Sentences impuestas; y el noventa por ciento de sentencias han punido a quienes violaron la legislación en materia de drogas.

A pesar de la evaluación negativa expresada por la comunidad legal, el Congreso permanece inexorable y ha declinado revocar cualquier Mandatory Sentencing. Más aún, algunos miembros del Congreso han propuesto nuevas leyes de esa índole y la Administración Bush participaba, aún en su último año de mandato, de esta tendencia. En enero de 1992, una de las personalidades más conflictivas del gobierno norteamericano, el Fiscal General William Barr, manifestó, en un encuentro con fiscales californianos: "La opción es clara. Más espacio en las prisiones o más crimen".

La verdad parece, sin embargo, justamente lo contrario. Las cifras crecientes en materia de penas privativas de la libertad no han tenido efectos significativos en la proporción de crímenes cometidos. Esto ha sido aprendido por el gobierno británico que en 1991 adoptó una nueva legislación dirigida a reducir la población carcelaria en, al menos, el cincuenta por ciento para 1995.

Tal como fue previsto por The New Yorker, fue en vano esperar que el debate producido durante la pasada campaña electoral tomase en cuenta el, aparentemente, sin fin expansivo de la prisión. Esto es —continúa— como si el momento institucional y la presunta popularidad de los gobernantes en la guerra de las drogas, hubiera hecho esa guerra impenetrable a la discusión política racional.

Esta irracionalidad no rechaza la compañía del oportunismo político; lo que también puede afirmarse de los órganos administrativos. La D.E.A. intenta justificar su inmenso crecimiento a través del aumento de sus arrestos totales, organizando exageradas operaciones destinadas a seducir a químicos amateurs para que se conviertan en productores ilícitos.

Los agentes federales, enterados de que las mandatory Sentences se endurecen cuando las drogas se venden dentro de un área de trescientos metros alrededor de las escuelas, concertan negocios sobre diversos tipos de estupefacientes dentro de ese perímetro. Asimismo, agentes estatales y locales siguen el ejemplo y se transforman en entusiastas guerreros antidrogas, especialmente desde la entrada en vigor, en 1978, de las leyes federales que hacen del embargo del activo del traficante una empresa proficua.

No resulta extraño entonces, que en las cárceles federales se amontonen procesados y condenados en virtud de delitos vinculados a las drogas. En Florida, la admisión carcelaria por estos delitos ha aumentado en más del 1800% entre 1980 y 1989. En Nueva York, los números no son menos significativos, ya que en el mismo período de tiempo el número total de estos internos en las prisiones del estado ascendió al 700%, con el 90% de los internos cumpliendo Mandatory Sentences.

Estas estimaciones expresan que no hay evidencia alguna respecto al éxito de los esfuerzos gubernamentales en contra del uso de estas sustancias. No ha habido, además, una significativa reducción en el uso de drogas o de tráfico en las económicamente pobres comunidades negras, donde esas actividades son predominantes. Asimismo, hay pruebas de que las alternativas a la prisión pueden contribuir a la reducción de estas formas "delictuales". Entre estas sanciones intermedias pueden mencionarse a las multas, las condenas a trabajos comunitarios y a varios niveles de libertad vigilada y restricción ambulatoria.

Sin embargo, la insistencia en la prisión y el rechazo a sus alternativas permite interrogarnos respecto de si la reducción del delito es realmente, de hecho, el objetivo de la política norteamericana

en curso; o si por el contrario, su objetivo es simplemente apaciguar cínicamente el descontento público, el miedo y la frustración.

LA FALSEDAD POLITICA

Si la distorsión en términos de justicia es la consecuencia de esta política norteamericana, sus causas no deben buscarse en conceptos legales, aunque sí, en la política subyacente a toda construcción legislativa.

El cuadro trazado por el propio gobierno muestra que la adicción a las drogas ilícitas afecta a un pequeño número de norteamericanos y que la actual generación joven es la más fuerte y sana de la historia de ese país, según lo afirma Lewis H. Lapham en un ensayo publicado en diciembre de 1989 (3).

Por lo tanto, no eran correctas las afirmaciones hechas en el discurso del presidente Bush, en setiembre de aquel año, cuando declarara la guerra de las drogas. Las expresiones que manifestara en dicho discurso, tales como "(...) las drogas están minando nuestra fortaleza como nación" o "(...) nuestro más serio problema es hoy la cocaína", eran y son absolutamente inaceptables. De acuerdo con Lapham, se trató de un discurso atroz, basado desde el principio al fin en mentiras, dirigido a un enemigo imaginario y sostenido a través de argumentos falsos destinados a proponer una política que ya había fracasado; jugando malintencionadamente con el prejuicio y el miedo.

Lapham cree que esta guerra de las drogas es sólo una guerra de carácter político, emprendida no por científicos o doctores, y en cambio sí, por oficiales de policía y políticos. Bajo circunstancias más honestas, el predominio de las drogas en la sociedad norteamericana —no solamente cocaína, heroína y marihuana, sino también alcohol, tabaco y píldoras somníferas— podrían ser tratados adecuadamente como una cuestión de salud pública. En este sentido conviene recordar que en 1988, los hospitales norteamericanos contaron con la suma de 3308 muertes atribuidas a la cocaína, 390.000 muertes debidas a algún modo de utilización de tabaco y 100.000 muertes directamente producidas por el excesivo uso de alcohol.

La American Medical Association, de hecho, clasifica la adicción a las drogas como una enfermedad, no como un crimen o un defecto moral. Además, continúa Lapham, la adicción no es contagiosa como el sarampión o la gripe.

En la actualidad, mientras que el tema de la droga permanece bajo un matiz básicamente político, la guerra de las drogas sirve al propósito de los más reaccionarios intereses dentro de la sociedad norteamericana, transfiriendo sus costos a los individuos, a quienes los promotores de la misma, dicen querer proteger.

Es por ello que a los políticos inclinados a los aplausos fáciles y a las convencionales semiverdades, la guerra de las drogas se les presenta como un regalo caído del cielo. Puesto que las ansiedades televangelistas, los carceleros o por la prosa numerada de las leyes, los políticos pueden valientemente provocar a un enemigo alegórico más que al real: el hambre, las crecientes desigualdades en el mundo y en la sociedad norteamericana, la industria del tabaco, los lobbies bancarios; las más urgentes y específicas cuestiones como la vivienda, las escuelas y las oportunidades laborales para la gente de raza negra. La guerra de las drogas proporciona un excelente pretexto para aplazar, tal vez indefinidamente, estos problemas de la cruda realidad.

La guerra de las drogas se ha convertido de este modo, en la guerra ideal para las personas que prefieren abstenerse de luchar en una guerra propiamente dicha, una lucha en la que los políticos, parados intrépidamente del lado de la bondad, de la verdad y belleza, no necesitan más que adoptar nobles actitudes como protectores de la gente y defensores de la verdad pública. Su cinismo, dice Lapham, está implícito en la aritmética. George Bush pidió en su discurso de 1989, 7.9 billones para sostener su "asalto en cada frente" de la guerra de las drogas; pero el Pentágono destinó 5 billones por año para el programa B-2, esto es para una sola arma.

En lo referido a las drogas lícitas, la administración Bush no ha ofrecido ninguna respuesta efectiva contra el tabaco y el alcohol, que son efectivamente mucho más dañinos que toda la marihuana y cocaína jamás introducida en el territorio de los Estados Unidos.

LAS IMPLICANCIAS SOCIALES Y ECONOMICAS

En su ensayo, Lewis H. Lapham muestra que esta guerra no es simplemente un problema político y legal aislado.

Como muchos de los homicidios vinculados a la venta de drogas ocurren en el interior de las ciudades, y desde que muchas de las personas arrestadas por venderlas son de raza negra o hispánicos, esto prueba con relativa facilidad a los blancos que viven en vecindarios tranquilos, la identificación existente entre crimen y raza. Sin embargo, pocos de estos blancos han visto alguna vez a un adicto o han sido testigos de una venta de drogas, pero los diarios y las cadenas de televisión siguen mostrando fotografías que transmiten la impresión de una guerra entre clases.

Y si las condiciones de los barrios pobres se deterioran, se debe a que el gobierno extrae dinero del sistema judicial juvenil y de los programas de vivienda para financiar su portentosa, aunque fútil, guerra de las drogas. Por eso los barrios pobres tienen la apariencia que efectivamente les otorga la imaginación suburbana de los blancos: confirmándose así las más profundas sospechas de las clases gobernantes y poseedoras, justificando el posterior uso de la fuerza.

No es sorprendente, entonces, que la gente que finalmente pague el costo del retrato oficial resulte ser los habitantes de aquellos centros urbanos pobres y deteriorados, los únicos a su alcance económico. En estos barrios es donde los vendedores de drogas reclutan niños para renegociarlas y son los lugares en que la policía experimenta la práctica de una modalidad de apartheid, obligando a sus residentes a portar carnet de identidad y realizando expulsiones sumarias de los mismos.

Dichos barrios son vistos como el lugar de residencia del mal de la nación, idéntico al "imperio del mal" que Ronald Regan fabricara con la Unión Soviética. Esta localización permite clasificar los crímenes relativos al tráfico de drogas como un problema más, antes que un problema social y político norteamericano. De este modo, los vecindarios pobres se convierten en una clase de lugar extranjero, una suerte de alienígenas provenientes del otro lado de la frontera económica, social y cultural. La perversa confusión geográfica, conjuntamente con una adultera metafísica, resultan ser absolutamente adecuadas para quienes organizan y financian la guerra de las drogas.

LOS EFECTOS EN EL CONTROL SOCIAL

Es también perceptible que el sinsentido de esta guerra es algo más que una lección de cinismo político, pues bajo el pretexto de liberar a la población de un incalculable peligro, el Estado se atribuye a sí mismo un enorme poder en el aumento del control y la represión.

Una encuesta de opinión realizada durante la semana siguiente al discurso del presidente Bush, en 1989, mostró que el 62% de quienes entonces respondieron, deseaban "renunciar a ciertas libertades" a efectos de mantener a los Estados Unidos libre de la plaga de la droga. El gobierno estuvo más que dispuesto a tomarles la palabra. La guerra de las drogas se convirtió, de este modo, en el reemplazo ideal de la obsoleta guerra fría, que en aquel momento se estaba desvaneciendo en la memoria colectiva. Una constante amenaza e incesante temor, son las condiciones perfectas para extraer el máximo posible de las libertades civiles e imponer la ley marcial de ciudadanos que el gobierno elige para imaginar como una horda salvaje.

Cualquiera que dude sobre este punto, dice Lapham, tiene solamente que leer los discursos de William Bennet, el comandante en jefe de la administración Bush en la guerra de las drogas. El cree que la obligación del gobierno es imponer a las personas un código puritano de comportamiento, y es por ello que nunca perdió la ocasión de reclamar más policía, más prisiones, más jueces, más castigos y más gente cumpliendo milenios de "tiempo severo".

Siguiendo los pasos de Bennet, los políticos de las dos alas reclamaron sentencias de privación de libertad de mayor duración y leyes más severas, así como el derecho a invadir la intimidad de casi todas las personas, registrar sin autorización judicial automóviles y barcos, manipular reglas de prueba, contratar espías policiales y recurrir, también sin ninguna autorización judicial, a mecanismos electrónicos de vigilancia. Cuanto más ineficaz es la ejecución de la ley para cumplir su objetivo nominal, mayores razones encuentra la Corte Suprema para sostener la invasión en la intimidad de las personas.

En los años recientes, la Corte garantizó a la policía crecientes poderes autocráticos, permisos (sin causa probable) para detener e interrogar viajeros en los aeropuertos, para revisar graneros, detener motoristas, inspeccionar registros bancarios e intervenir teléfonos.

Las encuestas de opinión sugieren que los norteamericanos aceptan estas medidas como correctas y adecuadas. En Clinton, Iowa, ha sucedido algo increíble. El periódico local imprimió unos cupones separables que decían: "Ya tengo demasiadas drogas en mi vecindario/ Tengo razón para creer que (espacio en blanco) está utilizando o comercializando drogas". Luego, el periódico recogió los cupones para entregárselos a la policía local, la cual informó que la respuesta fue "excelente".

En el ámbito administrativo la maratón antidrogas no es menor. Los tentáculos de la D.E.A. se han extendido a tal punto, que alcanzan e interfieren la vida de cualquier persona no involucrada con las drogas. estas intrusiones en la vida social toman diferentes formas y una de las más obvias, es la rápida proliferación de mandatos de test capaces de detectar el consumo de aquellas sustancias, destinados a empleados y aspirantes a cubrir cargos en el U. S. Civil Service, como también en el sector privado (4).

Así, la guerra de las drogas ofrece a la nación, concluyen Lapgham, la posibilidad de negar sus mejores principios, de corromper a sus magistrados y enriquecer a sus más eficientes criminales, de repudiar sus propias garantías civiles y arrepentirse de los hábitos de la libertad. Por causa del vindicativo sueño policial de un cielo tranquilo y ordenado, el país arriesga a perder su derecho constitucional al alma.

LA INCIERTA NOCION DE LAS DROGAS ILICITAS

Una de las grietas de la guerra de las drogas es la caprichosa selección de algunas sustancias como las enemigas, cuando hay muchas más que son igualmente peligrosas. El enemigo es arbitrario, y quizás el lector esté tentado de recordar la cita pacífica de Bertold Brecht: "Aquellos que te dicen quien es el enemigo, son también tu enemigo".

El famoso paleontólogo, Stephen Jay Gould, profesor de la Universidad de Harvard y autor del reciente "A wonderful life: the burgess shale and the nature of history", se ha referido a la cuestión del disenso bajo el título "Taxonomy as Politics" (5).

Postula que la actual crisis norteamericana en materia de drogas es una tragedia nacida de un falso sistema de clasificación. Por razones que son más que accidentes históricos, las autoridades han dividido, por un lado, un grupo de sustancias susceptibles

de ser adquiridas a efectos de un supuesto placer (tal como el alcohol); y por otro, aquel grupo definido como drogas ilícitas.

Gould podría respetar — aunque todavía se opondría— a la corriente intransigente si se aplicase el principio de prohibición para todas las drogas nocivas. Pero cómo —se pregunta— podemos defender la actual política basada en una dicotomía que incita a ver a una clase de sustancias como un mal preeminente, mientras las dos más peligrosas sustancias contra la vida, el alcohol y el tabaco, forman una segunda clase anunciada en neón en cada esquina de las urbes norteamericanas. ¿Por qué debería la heroína ser vista con horror, mientras los análogos químicos que no son diferentes de la heroína, cumplen un rol de gran compasión aliviando el dolor de pacientes terminales de cáncer?

Propone Gould considerar solo unos pocos puntos de esta falsa clasificación:

a. Una editorial del New York Times describe a la metdona como una droga que "bloque la ansiedad por la heroína". Se podría decir también —comenta dicho autor— que la Coca-Cola bloquea el deseo por la Pepsi. Tanto la metadona como la heroína son dos opiáceas, pero la metadona es legal como sustituto controlado de la heroína. El profesor de Harvard piensa que la heroína, como la metadona, deberían ser controladas y desincriminadas. Permitir la metadona en virtud de algunas características favorables que posibiliten un mejor control (administración oral, acción más prolongada y no menos intenso efecto) no constituye una razón suficiente, desde que la metadona es un químico de la familia de la heroína.

b. Un congresal del estado de New York, Charles Rangel, enemigo implacable de la legalización, menosprecia toda polémica sobre este tema afirmando que se trata solo de un parloteo de intelecuales. En 1988, en una nota editorial del New York Times, escribió "(...) pongamos este tema de la legalización a donde pertenece: en medio del ruido de los vasos de cóctel en reuniones sociales". Sin embargo, probablemente el contenido de esos vasos sea tan negativo como el del tráfico prohibido y el contenido de esta clasificación que permite, por un lado, que la mayoría de norteamericanos vivan suficientemente bien, mientras fuerzan a una minoría a asesinarse y morir.

Las clasificaciones son imposiciones humanas, o al menos, decisiones culturales basadas en aquello que hay que acentuar entre un abundante margen de alternativas; son por lo tanto, teorías de orden y no simples registros de la naturaleza. Y desde que las clasificaciones son relativamente impuestas y no pacíficamente absorbidas, forman parte de nuestras ideas y actos en forma que difícilmente podemos percibir, debido a que nuestras propias categorías las aceptamos como "obvias y naturales".

Algunas clasificaciones canalizan nuestros pensamientos en direcciones útiles, porque adecuadamente captan las causas del orden; otras en cambio, son capaces de guiarnos a errores trágicos y peligrosos, como la vieja clasificación de las razas humanas, desde que encuentran sus raíces en el prejuicio y el miedo.

La crisis de la política de las drogas en los Estados Unidos, es en gran parte el producto de una de estas falsas dicotomías. En la actualidad, cientos de miles de consumidores de drogas viven en un limbo torturante, impulsados al crimen, expuestos al SIDA y condenados (por lo menos en términos estadísticos) a una temprana muerte. Otros tantos millones sufren palpablemente las acciones de los adictos, experimentando violencia, robos o simplemente temor urbano capaz de reducir el gozo de la vida.

Acaso no estamos ahora —se pregunta Gould— disminuyendo significativamente la calidad de vida y causando miles de muertes al basar nuestra política de drogas sobre algo que es aún peor, es decir, sobre una clasificación falsa y sin sentido?

Tal como lo sugiere Gould, aunque falsa, esta clasificación no ha sido permanente, lo que agrega aun más frivolidad a este absurdo. Durante el último siglo, la actitud norteamericana hacia las drogas ha variado de un extremo a otro, afirma David Musto, profesor de Psiquiatría e Historia de la Medicina en la Universidad Yale (6).

Entre la primera guerra mundial y la segunda, el uso de drogas declinó y alcanzó un bajo nivel en 1940. Sin embargo, la cocaína era utilizada en cantidades generosas a fin de siglo, decayendo su uso hacia 1930. A través de la experiencia, el entusiasmo acrítico por las drogas, se modificó por su paulatino rechazo. De esta cambiante actitud se deduce que, una persona que crecía en los Estados Unidos en los años 1890 o 1970, tendría la imagen del consumo de drogas propia de una sociedad tolerante; en cambio, una persona crecida en 1940 —y tal vez en el año 2000— tendría la imagen de una nación que firmemente rechaza los narcóticos.

La verdad universal ha fluctuado, desde ver a las sustancias que alteran el estado de ánimo como instrumentos valiosos a través de los cuales las personas pueden alcanzar su total potencial, hasta venenos que lo reducen a cero. Además, agrega el Profesor Musto, los Estados Unidos tienen la tendencia de hacer del consumo de drogas un símbolo. En los años sesenta, cuando el uso de drogas significó para muchos ser miembros de la contracultura, su utilización adquirió un matiz positivo; sin embargo, actualmente, determinadas drogas se vinculan a temibles etnias o grupos culturales.

Los ciudadanos norteamericanos deberían tener en cuenta que el actual movimiento anti-drogas no solamente se encuentra vinculado a simples asociaciones simbólicas entre grupos negros e hispánicos y al problema de la utilización y venta de la cocaína o el crack. Estas asociaciones también generarán efectos negativos en la cohesión nacional, en las ayudas dirigidas hacia las ciudades y en la genuina asistencia a quienes intentan recobrar y mejorar sus vecindarios.

Los norteamericanos —argumenta el Profesor Musto— deberían estar aprendiendo una lección de la historia, según la cual el actual problema de las drogas está declinando y la extrema agitación con sus penalidades draconianas y chivos expiatorios, puede resultar más dañina que las propias drogas.

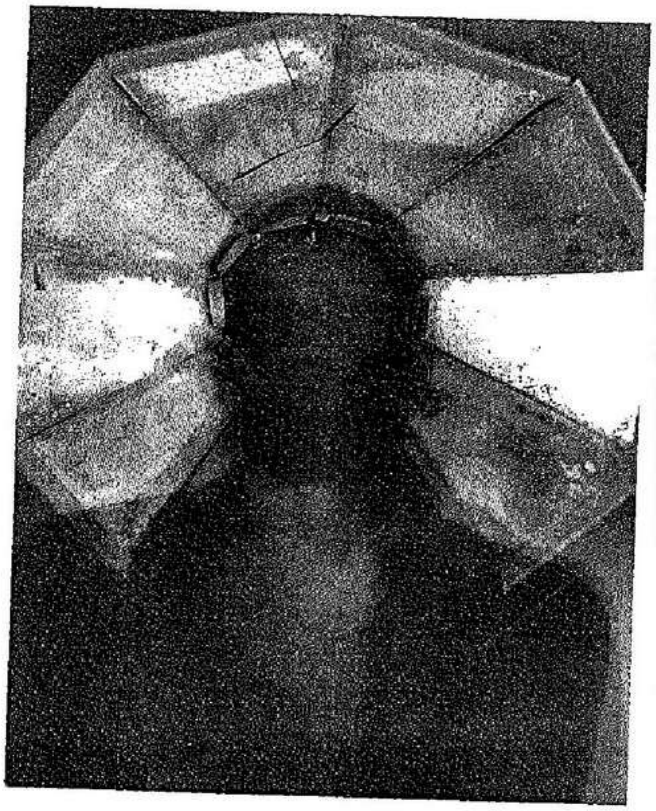
EL PERJUICIO EN LA JUSTICIA

La guerra de las drogas como sola respuesta a los problemas legales de la sociedad norteamericana, está la totalidad del sistema de justicia de los Estados Unidos.

El presidente de la American Bar Association ha criticado duramente a la administración Bush por poner la mira en "pesados edictos" para tratar el crimen violento, mientras ignoran el control de la venta de armas y el tratamiento de drogadictos.

En el mes de julio de 1992, el Fiscal General William P. Bar, puso en circulación un informe en el que hizo un llamado a los estados para combatir el crimen con fianzas más altas, sentencias no reducibles y negación de la libertad condicional, así como un más estricto tratamiento de los delincuentes juveniles. Dicho informe sostenía que los estados precisaban encarcelar a más procesados antes del juicio, adoptar Mandatory Minimum Sentences para aquellos crímenes cometidos con armas y limitar la libertad condicional; aunque no hacen mención alguna de cómo los estados podrían afrontar el costo de esos gastos.

Esto determinó que a comienzos del mes de agosto de 1992, Talbot D' Alambert, abogado de Miami y director de los 370.000 miembros de la American Bar Association, entrara vigorosamente en el debate del año a través de una carta dirigida a Bush, descartando el reciente informe del Departamento de Justicia.



D' Alambert, en nombre de la comunidad de abogados, disentió vehementemente con el punto de vista del informe y de las recomendaciones, arguyendo que fueron realizadas sin fundamento y que ignoraban las amplias causas sociales del crimen. Criticó, además, el énfasis en "construir prisiones" como una solución para corregir la crisis nacional y el fracaso de la administración para efectuar el control de venta de armas.

La American Bar Association ha estado en lucha con la administración Bush desde su convención del pasado año. A punto de comenzar el año 1992, publicó dos informes respecto del sistema de justicia que hicieron eco de algunos de los temas tratados en la carta que D' Alambert enviara al presidente Bush.

Uno, realizado tras los disturbios de Los Angeles, surgidos luego del veredicto en el juicio por apaleamiento de Rodney King, demostró que el sistema de justicia, intencionadamente o no, trataba a las minorías desigualmente y que los esfuerzos para una reforma habían sido relativamente ineficaces.

En otro informe, la A.B.B. manifestó: "(...) el sistema de justicia en muchas partes de los Estados Unidos está al borde del colapso debido a un inadecuado y desequilibrado financiamiento". Su nuevo presidente, Michael Mc Williams, afirmó que este déficit de justicia tiene víctimas reales, personas que son incapaces de tener acceso al sistema; es decir, las minorías de pobres, negros e hispánicos del interior de los centros urbanos que son, a su vez, el blanco de esta guerra de las drogas.

EL EFECTO EN LAS RELACIONES INTERNACIONALES

Desde los días de Reagan, los Estados Unidos han acentuado la falta de respeto hacia el Derecho Internacional. Testigo de ello ha sido la invasión a Granada y particularmente el rechazo a la jurisdicción y condena hecha por la Corte Internacional de Justicia en la controversia "Nicaragua vs. Estados

Unidos de Norteamérica" en los entrados años ochenta.

Resulta paradójico —¿o coherente?— que la nación que aspira a regir el único gran poder en el llamado Nuevo Orden Internacional, no posea decorosos antecedentes en el marco del Derecho Internacional.

Esta situación ha revestido mayor gravedad en la lucha contra las drogas, que en una importante proporción es llevada a cabo en Méjico, Panamá, Colombia, Perú y Bolivia, países cuya soberanía ha sido frecuentemente violada por los oficiales norteamericanos, tal como aconteció en la vergonzosa invasión a Panamá a fin de destruir el antiguo agente de la CIA, contratado cuando el presidente Bush se desempeñaba como director de esa agencia.

Aún el Carnegie Endowment for International Peace, percibe el riesgo existente en la guerra de las drogas, cuyo mayor onus es soportado por países "amigos",

En un reciente informe bipartidario sobre política exterior norteamericana de los años noventa y del próximo siglo, entre otros temas principales hay uno que propugna invertir décadas enteras dedicadas a poner énfasis en la interdicción de estupefacientes en los países extranjeros productores y acentuar la reducción de la demanda local (8).

Pero sin duda, el punto culminante ha sido el apoyo otorgado por la Suprema Corte a la política oficial de los Estados Unidos de secuestrar personas en el extranjero a efectos de ser juzgadas ante los propios tribunales norteamericanos.

Un notorio semanario conservador llegó a admitir las resonancias negativas del atropello apoyado por la decisión de la Corte, consistente en admitir los secuestros fuera de las fronteras del país (9). Aún el Partido Justicialista de la Argentina, que sostiene una desgraciada y tal vez obscena "relación carnal" con los Estados Unidos, ha sido forzado a declarar que la decisión de la Suprema Corte está "(...) violando flagrantemente todos los principios de Derecho Internacional y acuerdos firmados en el marco de las Naciones Unidas". El ministro canadiense de justicia, Kim Campbell, calificó la sentencia como "(...) extraordinaria y muy preocupante". A su vez, el periódico egipcio progubernamental Ahram expresó "(...) el veredicto está en contradicción con los más básicos derechos humanos. Transforma a la judicatura norteamericana en la judicatura de todo el mundo".

La razón dada por la mayoría de la Suprema Corte de un país civilizado pueda degradarse a sí misma a tal nivel de necedad, ya que el argumento expresado sería como afirmar, que el asesinato de un líder extranjero por un oficial norteamericano se encuentra permitido porque un tratado de amistad celebrado por los Estados Unidos con el país en cuestión, no prohibe expresamente el asesinato de líderes de dichas naciones.

El buen sentido, sin embargo, fue recobrado por los tres jueces que votaron en contra de esa demencial consagración del imperialismo judicial. De hecho, la opinión del juez Stevens, conjuntamente con la del juez Blackmun y la del juez O' Connor, en este caso "U. S. vs. Alvarez Machain", reinvindica la profesión judicial: "Un ciudadano mejicano fue secuestrado en Méjico y acusado por un crimen en ese país. Su delito, presuntamente violaba tanto la ley mejicana como la norteamericana. Méjico ha demandado formalmente, al menos en dos distintas ocasiones, que debía ser devuelto y ha expresado que será procesado y castigado por el presunto delito. Es claro que la demanda mejicana debe ser aceptada si este secuestro oficial viola el tratado de extradición entre los Estados Unidos y Méjico. En mi opinión, una serena lectura del tratado a la luz de nuestra decisión en el caso "Estados Unidos vs. Rauscher", 119 U.S. 407 (1886), y de acuerdo a los principios aplicables de Derecho internacional, conduce inexorablemente a una conclusión opuesta a la mayoría (10).

No más feliz es la idea de utilizar a las fuerzas armadas para combatir el tráfico de drogas en Sudamérica. Seis recientes informes provenientes del Departamento de Estado, el Pentágono y el Congreso, han documentado serios errores en los programas militares y paramilitares relativos al tema de las drogas. Los esfuerzos militares, según los informes mencionados, están plagados de errores administrativos, confusiones políticas y falta de inteligencia. La guerra de las drogas está también perjudicando a la inestable situación política e institucional de los países sudamericanos y sus resultados son más que insignificantes.

De acuerdo a un exámen realizado por el National Institute on Drug Abuse, el número de personas que utilizaba cocaína en la última semana del año 1991, coincidía con el que lo hiciera en el mismo período del año 1989. El propósito de la guerra de las drogas lanzada por el presidente Bush fue, sin embargo, reducir la cifra en un cincuenta por ciento (11).

DESPENALIZACION

La fuga de Pablo Escobar desde la prisión, en junio de 1992, constituyó para muchos la ocasión de insistir en la futilidad de la guerra de las drogas, tal como está actualmente orientada. Uno de ellos fue David Nyham, columnista del The Boston Globe (12).

La espectacular fuga no sólo mostró la impotencia del gobierno colombiano, sino que también, a criterio de Nyham, fuerza a la opinión norteamericana a confrontar una triste realidad: la actual campaña para contener el tráfico ilegal de drogas está destinada a fracasar. Tratando de destruir los contactos, pagándoles a las autoridades colombianas y a los campesinos que cultivan la materia prima, apoyando precarios regímenes extranjeros; gastando billones en el país y en el extranjero en policías, agentes antinarcóticos, personal de aduanas, conduce a poner de manifiesto que nada de todo esto finalmente funciona y los hechos no hacen sino evidenciar tal futilidad.

Ana Carrigan, la autora de "The palace of Justice, A Colombian Tragedy", en una nota publicada en un semanario norteamericano (13), describe al Padrino colombiano como el chivo expiatorio de un gobierno civil débil, cuyas instituciones democráticas se habían erosionado antes de que Escobar apareciera en escena, y cuya erosión permitió el ascenso floreciente de este barón del narcotráfico.

Desde la lucha entre guerrilleros y militares, intensificada durante la década de los ochenta, pasando por la violenta campaña de los extraditables contra el Tratado de Extradición con los Estados Unidos, hasta el ataque en 1985 a la Suprema Corte y la resultante masacre de 11 jueces, fueron todos hechos, que lejos de haber sido confrontados con evidencias, quedaron sepultados con el nombre de un solo culpable acusado de antemano: Pablo Escobar.

Su muerte no expedirá un certificado de defunción para el tráfico de drogas, sino que por el contrario, estimulará al nacimiento y multiplicación de Escobares en esta nueva era del crimen organizado.

De acuerdo a las fuentes de un periódico inglés (14), los carteles colombianos de cocaína están desviando su atención hacia el mercado único de la Unión Europea, donde las ganancias son tres veces superiores a las de los Estados Unidos, donde los riesgos de ser aprehendidos son menores y las oportunidades de lavar las ganancias son infinitamente más variadas.

Tal vez este cambio de ruta tranquilice a la agencia administrativa de los Estados Unidos especializada en perseguir a narcotraficantes, y su atención se desvanezca en el casi impenetrable universo de los sindicatos de la mafia de Europa del Este.

Tal como señala Nyham, ya hay demasiado dinero en el sistema para el adecuado cumplimiento de esta compleja operación. Los "cobardes" de este mundo pueden pagar a quien necesite ser pagado, es decir, existe una inconmensurable cantidad de dinero para sobornar. Hay, según afirma, una valiente aunque riesgosa alternativa: hacer disponible cierta forma de narcóticos a los usuarios norteamericanos.

Despenalizar el uso será calificado como una forma de rendición por muchos conservadores, quienes se jactan de su dureza en el mundo de la ley y el orden. Pero la gente del "simplemente diga no" ha tenido su hora y ha perdido abismalmente. Además, la juventud hoy está mejor informada que hace diez años atrás respecto a cómo las drogas dañan el cerebro. No es extraño, entonces, que toda la extrema derecha opuesta a la campaña gubernamental por la seguridad sexual y la prevención de la preñez, sea la primera en jactarse de la acción gubernamental contra la droga?

La clase de coraje necesario para despenalizar escasea en el mercado. Por el contrario, lo que sí existe en abundancia es la oferta de drogas. Y los jóvenes, pobres y marginales sin horizonte, imposibilitados de encontrar trabajo, se atracarán con esas drogas en sus narices o en sus venas. Y debido también a los "escobares" del planeta, la población carcelaria norteamericana se ha duplicado en una década, habiendo hoy 1.1 millones de personas encerradas en establecimientos penitenciarios. Esto significa el 1% del total de la fuerza de trabajo disponible y otro cuarto de millón destinado a su custodia y alimentación.

Despenalizar significaría extraer todos los recursos del sistema y neutralizar el factor ansiedad, que constituye tal vez el mayor estímulo delictivo. Probablemente, advierte Nyham, algunos nuevos adictos surgirán durante este proceso de cambio, pero éste es un riesgo que ya se está pagando. Qué consumidor de drogas no puede encontrar ahora lo que busca, en los vecindarios pobres de cualquier ciudad norteamericana?

Para desmitificar la despenalización, simplemente debe dejar de pensarse en las drogas y

sustituirlas mentalmente por el alcohol. La propia experiencia norteamericana enseña que la prohibición no funciona.

La prohibición del alcohol duró casi catorce años. Comenzó el 20 de enero de 1920 y finalizó el 5 de diciembre de 1933. Durante este período se activó un vasto negocio ilícito de tráfico irregular.

Ello no podría haber sido posible sin las enormes compras de ciudadanos honorables que no solamente resistían la ley, sino que la desafiaban y la desobedecían; cuestionado los niveles de legitimidad de las normas. Cuando se produjo la derogación en 1933, no constituyó ésta un remedio inmediato para la gran desintegración de ideales sociales, morales e intelectuales causados por la expansión de la ilegalidad que acompañó la prohibición, tal como escribió un profesor de la Universidad de Columbia (15).

LA ERA CLINTON Y EL CONTEXTO INTERNACIONAL

La despenalización de las drogas no será cosa súbita ni habrá siquiera un transición veloz. Antes bien, la guerra de las drogas se irá extinguiendo lentamente. De algún modo, es proceso ya empezó en noviembre de 1992 con los resultados electorales.

Por un lado, la presencia de Hillary Clinton en la Casa Blanca supone una mayor audibilidad de las fuertes críticas que la comunidad forense de todos los Estados Unidos ha estado dirigiendo a la política de ciego represivismo que caracterizó la etapa Bush. Hillary Clinton es una destacada abogada, autora de una tesis discutible, pero interesante y audaz sobre el derecho de los menores a acudir ante los tribunales prescindiendo tanto de sus padres como del ministerio pupilar. Constituye, en consecuencia, un asesoramiento jurídico inevitable del presidente de los Estados Unidos que determinará unas políticas más inteligentes, más matizadas; menos frontales y de todo o nada, como hasta hace poco.

Por otro lado, la reducción financiera de la administración federal ha sido un buen pretexto, o al menos ocasión, para reducir sustancialmente el presupuesto de la D.E.A., que ahora sólo contará con 13 millones de dólares anuales. El nuevo "zar" antidroga sólo podrá contar con 25 colaboradores inmediatos, cuando su antecesor reunía 146.

A lo dicho se suma que, según un informe elaborado por el Senado Federal, el "consumo ocasional" ha disminuido en torno del 50% respecto de todas las categorías de sustancias entre 1985 y 1991, aunque este reflujo no ha significado una reducción del número de víctimas de la violencia conexa con el tráfico y distribución. El mismo informe señala que los toxicómanos "duros" no son más que el 25% de todos los consumidores en la nación norteamericana.

Finalmente, el nuevo jefe del organismo antidroga parece ser un hombre transitorio en ese cargo. Luego del violento episodio de la secta davídica y la dudosa actuación del FBI en el apocalipsis de Waco, hay indicios que sugieren un ascenso de Lee Brown, el hombre de Clinton en la DEA, hacia el mucho más importante FBI.

Mientras tanto, el contexto internacional no hará sino debilitar el entusiasmo de los guerreros norteamericanos de la droga de los años de Bush. Sobre todo, desde Europa occidental, llegan vientos de cambio. El plebiscito italiano ha mostrado el estado de ánimo de las sociedades del viejo mundo y, en el caso de las drogas, una importante mayoría se ha mostrado en favor de la despenalización. En Francia, donde los ministros del nuevo gobierno conservador Charles Pasqua y Simone Weil resisten la desincriminación, el popular y múltiple Bernard Tapie (magnate, presidente del club de football Marseille y político socialista), ha proclamado la necesidad de adoptar una metodología ya experimentada en ciertos países de la comunidad, consistente en darle a la droga un "valor cero". Dice Tapie: "El Estado debe tomar la decisión grave, corajuda y pesada de crear estructuras para los toxicómanos a fin de tener una respuesta a la falta de la droga, sea por productos de sustitución, sea por los productos mismos".

Una revista médica francesa ha efectuado una encuesta entre los profesionales dedicados a la medicina general, que arroja un 70,2% de respuestas favorables a la supresión de las sanciones penales en el caso de las drogas llamadas "suaves", y un 51% favorable a la despenalización aún en el caso de las drogas "duras".

contemporáneamente, el diputado socialista Jacques Floch se dispone a presentar un proyecto de ley sobre la legalización controlada de las denominadas drogas "suaves" (16).

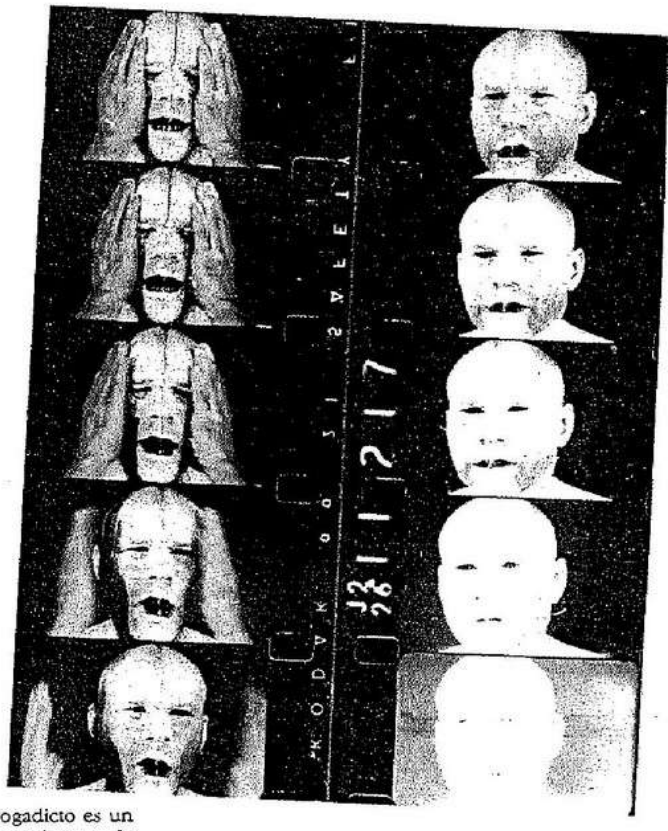
Igual tendencia se observa en lo manifestado por ciertos miembros del Poder Judicial español, tal es el caso del ex juez Baltasar Garzón, quien viene predicando la necesidad de centrar todos los esfuerzos represivos en combatir las organizaciones delictivas internacionales, los grandes y medianos traficantes; a través de una represión selectiva no indiscriminada del narcotráfico. El ex juez afirmó que "(...) castigar el eslabón más débil de la cadena no sirve para que dejen de circular las sustancias. Es preciso concienciar a la sociedad en general de que el drogadicto es un enfermo y que debería ser tratado como tal en vez de encerrarlo en una cárcel, donde su problema no se va a solucionar y saldrá mucho peor" (17).

En el mismo ámbito judicial español, se destaca también la voz de la Juez de Vigilancia Penitenciaria, Manuela Carmena, quien recientemente escribió en el más importante periódico español: "Nadie que conozca bien este mundo puede negar la evidencia de que es precisamente la prohibición de la droga lo que causa la mayor parte de la delincuencia contemporánea, porque es una realidad innegable que la mayoría de la población penitenciaria está relacionada con el consumo o el tráfico de drogas" (18).

De este modo y tras la negativa experiencia transcurrida durante las ex-presidencias de Ronald Reagan y George Bush, es deseable que los nuevos miembros del poder político norteamericano vislumbren lo que la experiencia arroja como datos incuestionables. La respuesta policial y judicialmente dura al complejo problema de la droga, deviene en un gran acto de simplificación acrítica, con peligrosas consecuencias para un amplio margen de la población que sufre esa irracional réplica represiva.

Esperamos entonces, que la guerra de las drogas pronto finalice y que el simbólico "enemigo" deje de ser visto como tal. Esto, al menos, centrará el debate en términos de sinceramiento y racionalidad política.

* Common Study Programme on Criminal Justice and Critical Criminology Middlesex University.



Bibliografía y Referencias Periodísticas.

1. The New Yorker, 13 de abril de 1992.
2. *Ibídem* 1
3. Lewis H. Lapham, "A Political Opiate. The war on drugs is a folly and a menace", Harpers, diciembre de 1989.
4. S. Wisotsky, "Recent Developments in the U.S. War on Drugs", en Drug Policies in Western Europe, Freiburg, 1989.
5. Lewis H. Lapham, Loc. cit.
6. David F. Musto, "Drug Use? American can't seem to remember when", The Washington Post, agosto 27 de 1990.
7. The Boston Globe, 9 de agosto de 1992.
8. The Boston Globe, 23 de julio de 1992.
9. Time, 29 de junio de 1992.
10. United States, Petitioner V. Humberto Alvarez —Machain, No. 91-712 decide on June 15, 1992.
11. Newsweek, 6 de enero de 1992.
12. The Boston Globe, 26 de julio de 1992.
13. Newsweek, 13 de diciembre de 1993.
14. The Independent, 9 de diciembre de 1995.
15. Samuel Mc Cune Lindsay, Prohibition, en Enciclopedia Británica, vol. 18, pág. 571.
16. Le Figaro, 30 de abril de 1993.
17. ABC, 22 de diciembre de 1992.
18. El País, 13 de mayo de 1993.

LOS ESTRAGOS DE LA 'DROGA' ... EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO

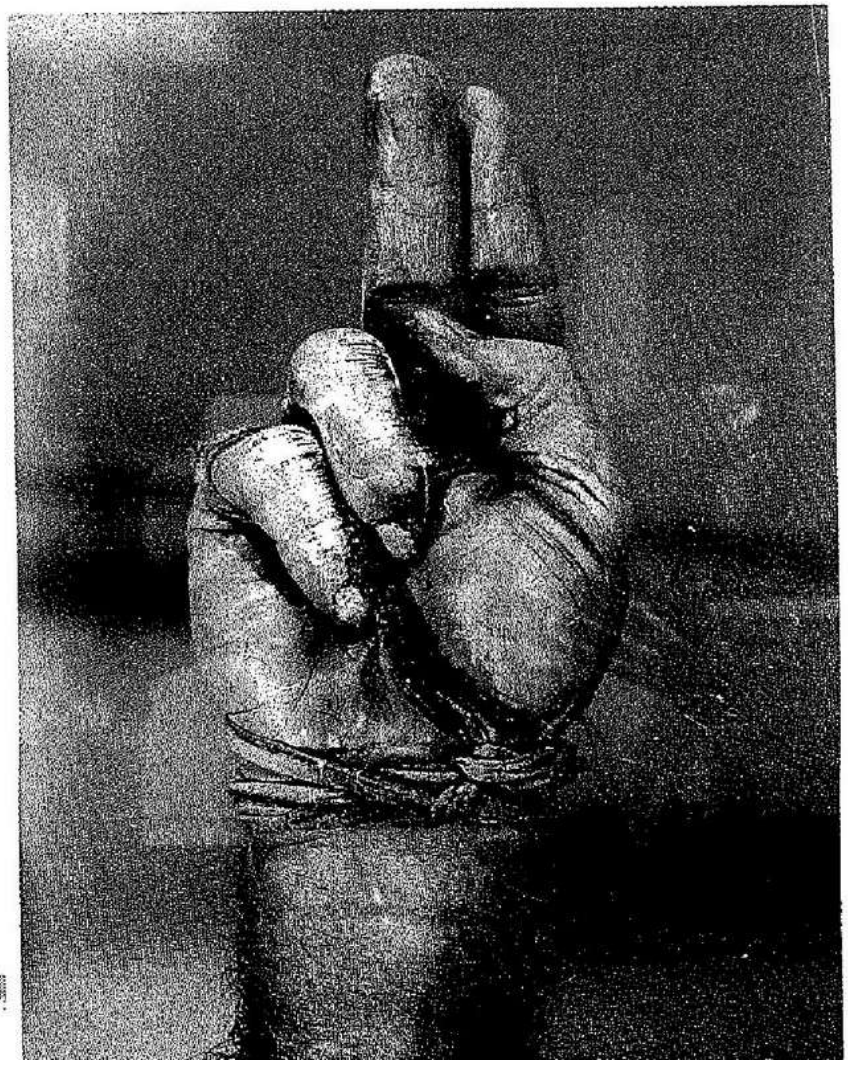
Por Perfecto Andrés Ibañez

Amato Lamberti, director del Observatorio sobre la Camorra de Nápoles, decía, en 1989, que "no existe ninguna mercancía, si se exceptúan el tabaco, las bebidas alcohólicas, la gasolina, quizá también el café, que resulte disponible como la droga veinticuatro horas sobre veinticuatro, y en millares de puntos de venta". Se refería, naturalmente, a Italia.

Sin embargo, datos de experiencia común a pie de calle, tan fiables por su obviedad que dispensan de acudir a fuentes más elaboradas, acreditan que ese texto retrata asimismo con plasticidad y fidelidad fotográficas la realidad española en la materia y asimismo otras realidades. Para quien lo dude, en el caso de España, merece la pena recordar una anécdota: el presentador del programa matinal de radio de mayor audiencia del país, abría su parlamento un día de no hace muchos dando cuenta a los oyentes de que, precisamente en esa fecha, en que se estaba desarrollando en Madrid una aparatosa operación de limpieza de camellos en los barrios periféricos en que parecen estar más representados —operación ampliamente publicitada por el ministerio del Interior—, en el puro centro de la capital y en el breve trayecto que lleva a la sede de la emisora desde un aparcamiento vecino, el comunicador había contabilizado, de *visu* y al paso, en las inmediaciones de la Gran Vía, un número de puntos de venta no inferior a la decena, en plena actividad comercial.

La aludida particularidad del fenómeno ha permitido hablar de un "libre mercado ilegal". Mercado curiosamente estable, no exento por lo demás de alguna suerte de objetivo proteccionismo público, cuando menos indirecto (muchas voces y muy autorizadas repiten con insistencia que la penalización contribuye a la consolidación del mercado), en el que ni suben los precios de forma llamativa ni se producen fenómenos de desabastecimiento.

Y sin embargo, la droga, el último (¿el último?) fantasma que recorre nuestro atrincherado mundo occidental, es sin duda el fenómeno que concita, cuando menos en apariencia, el mayor esfuerzo policial que se ha dirigido nunca en la historia contra forma alguna de desviación criminal; el mayor en extensión y en intensidad. En extensión, como lo demuestra el grado de transnacionalismo alcanzado en las relaciones de cooperación y en la comunicación de información. En intensidad, porque la respuesta represiva a conductas relacionadas con sustancias tóxicas o estupefacientes absorbe de manera masiva, casi exclusiva, la diaria dedicación de policías y tribunales. Incluso en el caso de los Estados Unidos de América, también en esto líder mundial, el conocido pragmatismo sin principios tradicional de su política exterior, se ha desplazado a la persecución criminal, hasta convertir el secuestro de personas en país extranjero en simple diligencia policial, ratificada obsequiosamente por su más alto tribunal, sensible hasta la prevaricación a la gravedad del fenómeno objeto de persecución.



Así, el sistema de la droga aparece cruzado o zurcido por el hilo que lleva de los estragos bien conocidos que, en el caso de algunas sustancias, produce en los consumidores, a los estragos no menos evidentes —para quien quiera verlos— que el modelo de control penal en curso causa en el interior del orden jurídico sedicentemente democrático.

El primer paso en la lógica del tratamiento penalizador vigente está representado por una opción de política criminal que constituye una auténtica falacia: es la contenida en la afirmación —ahora ya ni siquiera legalmente válida— de que sólo se castigan las actividades relacionadas con el tráfico.

Al razonar así se opera con la ficción de la existencia de un consumidor puro, cuya libertad resultaría respetada al extremo, se afirma, al dejarle fuera del circuito represivo.

Sin embargo, la experiencia demuestra hasta la saciedad que el sistema de la droga está montado precisamente sobre esa figura patética que es el pequeño consumidor que precisa financiar la propia adicción con pequeños actos de tráfico.

Esta dinámica es lo que garantiza una ampliación ilimitada del mercado y una penetración capilar y extraordinariamente resistente del distribuidor en amplios espacios sociales.

Esto es así sobre todo en el caso de los opiáceos; pero también cuando se trata de la cocaína, la inmensa mayoría de cuyos adictos no suelen responder al modelo del ejecutivo estresado, con capacidad económica bastante para acudir a un mercado limpio.

Una vez dentro de la estricta política penal, se inicia de inmediato la pendiente de ruptura del paradigma liberal-garantista en el modo de concebir el instrumento punitivo. Esto se hace ya patente en la estructura misma de los

tipos penales predispuestos para tratar de abarcar eficazmente, en toda la variedad de sus posibles representaciones, las múltiples formas y momentos en que se manifiesta el complejo proceso que lleva de los precursores a la papelina y de algún campo del sudeste asiático o del altiplano andino a cualquier medio urbano o incluso rural del primer mundo.

En efecto, la primera característica del modelo penal de respuesta a las conductas (se dice que sólo) de tráfico de drogas está en la anticipación de la actuación represiva al umbral de la peligrosidad abstracta. Después al establecimiento de catálogos abiertos de comportamientos susceptibles de incriminación, con la previsión de cláusulas de cierre no menos abiertas, para que nada escape a la *longa manu* de la ley.

Esta, además, se hace extraordinariamente fluida —desde hace ya bastantes años no hay precepto en la materia que no resulte de facto provisional, en espera de la siempre próxima reforma endurecedora—, adquiere un dinamismo desconocido, que rompe con la tendencial aspiración del código a la sencillez y a la permanencia. Se transforma incluso anatómicamente, de manera que el precepto original, en el caso español, el art. 344 del Código Penal, experimenta un convulsivo y atípico hiperdesarrollo —344 bis a) b) c)..., que amenaza con necesitar todo el alfabeto—, y que evoca la desordenada proliferación celular que va asociada a los procesos cancerosos.

El mundo de la droga encuentra su correlato jurídico en el 'código penal' de la droga, que crece a expensas de otras partes del código penal general, al mismo tiempo que incorpora y fagocita (habitualmente degrada) elementos del delito, formas de participación, momentos del *iter criminis*, que, en contacto con el terrible fenómeno pasan a ser específicos, incluso a perder connotaciones relevantes de su identidad original.

Pero no es sólo el derecho sustantivo el que se transforma/deforma, también el derecho procesal y, sobre todo, las prácticas institucionales orientadas a la represión de las conductas que tienen que ver con la droga.

Así, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, viaja a Schengen(1) en el tecnocrático portafolios de algún jurista ministerial, y regresa con el tremendo art. 263 *bis*(2). Es decir, sin un buen pedazo de su originario espíritu garantista, o con una grave malformación que, después de un trámite parlamentario con mucha más pena que gloria, se instala definitivamente en el texto que tanto cuidó Alonso Martínez.

De este modo, el aludido incontenible *in crescendo* autodeformante, se manifiesta ahora en la introducción de una inclasificable e incalificable figura, "la circulación o entrega vigilada de drogas tóxicas" cuya sola representación a título de posibilidad, hasta hace bien poco, habría parecido un mal sueño a cualquier jurista de formación liberal y que hoy, en el mejor de los casos, pasa apenas sin llamar la atención. Porque, en muchos otros, se presenta como un punto más en el proceso de la unificación jurídica europea.

Precisamente, cuando la crónica negra ha deparado a la opinión española el conocimiento de que un cuerpo de élite para la persecución del narcotráfico, la UCIFA de la Guardia Civil, podría albergar una organización delincuente acreedora de la aplicación del mismo tipo delictivo que describe las conductas que ese servicio tendría que reprimir.

Si hasta ahora era dable advertir, cuando menos *de iure*, una neta diversidad morfológica entre las actividades judiciales y policiales y las propias de los sujetos que entraban en el radio de acción de su actividad represiva, a partir de aquí esos límites serán muchos más borrosos.

Ya sé que hay una lógica realista rica en razonamientos pragmáticos y toda una retórica de apoyo, dispuestas a servir argumentos destinados a demostrar que el Estado de derecho si quiere ser eficaz no tiene más remedio que rearmarse frente a las mafias de la droga; y que la nueva figura procesal es parte sustancial de esa estrategia de rearme dirigida a golpear en el corazón del monstruo.

A mí, no obstante, el art. 263 *bis* de la Ley de E. Criminal, lo primero que me sugiere es una reflexión pesimista: no puede ser bueno que las pautas operativas de los agentes del orden (orden democrático, se entiende) empiecen a parecerse, y no sólo de hecho —como desgraciadamente ya sucedía con alguna frecuencia— sino también y paradójicamente de derecho, al modo de operar de los delincuentes.

Además, no creo que sea necesario, pero si lo fuera, antes de rodar por esa pendiente, ¿no habría que interrogarse con el máximo rigor acerca de la clase de racionalidad que expresa y la función que efectivamente cumple un modelo de política penal que demanda y parece que no puede prescindir de tales instrumentos?

Imagínese el lector al agente policial infiltrado en la organización mafiosa remedando en vivo el *modus operandi* del traficante. Naturalmente bajo control del fiscal, que, según parece, ya controlaba(3) algunas actividades atípicas (según se mire) de la UCIFA; y también bajo control del juez.

Partidas de droga ilegal, circunstancialmente legalizada, movidas informalmente por agentes del orden, con amplio poder de disposición, no menor que el de los propios "narcos", puesto que es precisamente la autenticidad del *modus operandi* lo que tendría que convencer a estos hasta llevarlos a morder el cebo. Por cierto, en el mejor de los casos ¿a cuántos? y ¿a qué costo? (Está claro que no hablo en términos de mercado).

Y ¿qué tratamiento procesal no demandará el aprovechamiento probatorio de los elementos de convicción así obtenidos? ¿Qué otras novedosas reformas procesales nos esperan?

El derecho procesal de la droga que últimamente también ha incorporado, merced a la "ley Corcuera"(4), un generoso concepto de flagrancia —el titular de Interior que ha dado nombre a esa ley *dixit*: delito flagrante es (todo) aquél "que se está cometiendo"— y una sensible atenuación del derecho a la intimidad domiciliaria, podría nutrirse con nuevas adquisiciones...

Lo cierto es que el balance del vigente modelo de respuesta al fenómeno contemplado no puede ser más desastroso. Veámoslo brevemente, a manera de resumen.

En primer lugar hay que decir ahora que el ordenamiento punitivo ha dado un paso hacia la coherencia del deber ser, permanentemente incumplido, con el ser: ha decidido abandonar la ficción de la no-incriminación del consumo, al incluirse en la "ley Corcuera" (art. 25) la penalización administrativa de los actos de consumo en lugares públicos y de simple tenencia con esa finalidad.

El precio de la coherencia es un paso más, hacia atrás. Hacia el reencuentro con el derecho penal pre-moderno: el abandono del principio de no punibilidad de los actos lesivos para uno mismo, que se traduce en el "castigo de la tóxicodependencia en cuanto tal, es decir, una trágica e

infeliz condición personal" (Ferrajoli). Se trata, en definitiva, de la punición de un síndrome.

La apertura ilimitada del abanico de la represión demanda y legitima los actos policiales de indagación indiscriminada, ya no sólo de los indicadores de posibles dedicaciones al tráfico, sino de los constitutivos de un verdadero tipo sociológico de autor (el yonqui), mucho más imprecisos. Así, del indicio de delito razonablemente valorado de la Ley de E. Criminal, a la sospecha fundada en datos como la extracción social, la edad, el aspecto físico, que se convierten en habilitantes, cuando menos, para los conocidos cacheos(5) de muestreo callejero, no menos degradantes para la dignidad de quienes los practican que para la de quienes tienen que soportarlos.

De aquí la generalización de intervenciones policiales sobre las personas que, al no estar dirigidas a un ulterior proceso penal, constituyen un fin en sí mismas, y adquieren inmediata relevancia sustantiva como actos directamente sancionadores.

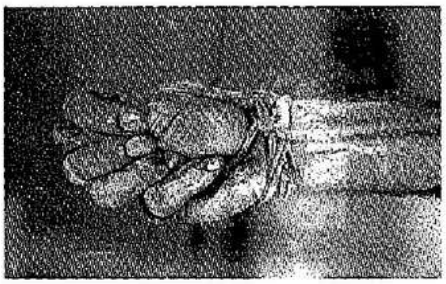
Hemos visto también como al conjuro de combatir al monstruo-droga, valores fundamentales, tradicionalmente respetados, se debilitan y relativizan: la intimidad domiciliaria, sobre todo, pero también el secreto de las comunicaciones.

El simple oficio policial con la invocación genérica de una confidencia incontrolable relacionada con 'la droga', es bastante, en la práctica de innumerables juzgados, para que se autoricen generosas intervenciones telefónicas y entradas en domicilios.

Ahora estas últimas —cuando la policía decida no hacer uso del cómodo expediente de la "ley Corcuera"— también generosamente simplificadas por la Ley de E. Criminal en su última reforma, que aleja al incómodo secretario judicial y a los testigos del escenario de la investigación(6).

Cierto que en lo que al secretario se refiere no tendría por qué ser así, puesto que, al menos hasta la próxima retro-reforma, los jueces de instrucción pueden/deben judicializar esa clase de actuaciones. Pero yo no encuentro demasiados motivos, en las prácticas que conozco, para ser optimista.

La experiencia de los tribunales también se resiente sensiblemente de los efectos perversos de la lógica que está tratando de ilustrarse. En la Audiencia de Madrid, y supongo que en la generalidad de las del país, la mayor parte de los juicios orales lo son ya por actos de tráfico, de pequeño tráfico, y discurren de esta manera: un jóven de extracción marginal está acusado de haber vendido una papelina a un viandante. Naturalmente niega; frente a algún agente policial que afirma y relata, como si de una



salmodia se tratase, una declaración estereotipada: "cuando patrullaba, vió como el primero hacía 'un ademán' de intercambiar algo", que el subsiguiente cacheo del supuesto comprador demostrará era una dosis..: puesto que el cacheado la llevaba en el bolsillo, en tanto que el primero tenía algún dinero en el suyo.

La repetición seriada de los supuestos, la falta de perfiles identificadores de las particulares actuaciones, el dominio de ciertas fórmulas policiales, decantadas a lo largo de cientos de declaraciones testimoniales semejantes, convierten el juicio contradictorio en puro ceremonial seriado, vacío de contenido concreto: en simple representación formularia.

Así, la hipotética *ultima ratio*, convertida de hecho en la única *ratio*, por una parte, pierde toda credibilidad como respuesta, puesto que, al hipertrofiarlo, desnaturaliza y degrada el instrumento punitivo. Por otra, retro-actúa sobre el propio ordenamiento y también sobre las prácticas en que éste se traduce. Así, el orden jurídico y su proyección efectiva responden cada vez con menos fidelidad al modelo, al régimen de principios fundamentales supuestamente ordenador.

Mientras tanto, el sistema de la droga evoluciona, se transforma quizá en ciertos aspectos secundarios de su fisonomía, como puede ser el desplazamiento de alguna franja de consumidores de una a otra sustancia. Pero no acusa ningún golpe sensible en su estructura. Ni siquiera los que parecen derivarse de las cinemascópicas operaciones de algunos jueces. Al contrario, hay experiencia bastante como para decir que al de la droga, considerado como fenómeno global, las cosas le van francamente bien tal como están, es decir, con el régimen legal vigente, en cuya permanencia es sin duda el primer interesado.

En consecuencia, ¿habrá que concluir que el puesto en juego es un esfuerzo inútil?

Inútil no, creo que no. Diría más bien que francamente útil. Se trata de modificar la orientación de la pregunta: útil ¿de qué clase de utilidad?

¿Para qué/a quién sirve ese ingente montaje, ya no simplemente hiper-penalizador, sino formal e informalmente pan-disciplinario que no vale para poner fin y ni siquiera para limitar la expansión del sistema de la droga, pero que está a punto de hacer de nuestro orden jurídico algo irreconocible?

NOTAS

1. Se hace referencia al conocido como Acuerdo de Schengen, que recibe el nombre de la ciudad de Luxemburgo en que fue suscrito, y que hace referencia, especialmente, a cuestiones de cooperación en materia policial entre los países de la Comunidad Europea.

2. Este precepto, que forma parte de la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, introduce en la legislación española las llamadas "entregas vigiladas" de drogas, concebidas como instrumento para la infiltración policial en las organizaciones de narcotraficantes. En realidad viene a normalizar una práctica ilegal, al parecer, con cierto grado de implantación en los medios policiales españoles.

3. Un proceso penal que se instruye contra componentes de la UCIFA (unidad de élite de la Guardia Civil, dedicada en particular a la represión del narcotráfico) ha puesto de manifiesto que se habían producido "entregas controladas" con autorización o, al menos, conocimiento de la Fiscalía antidroga.

4. Se trata de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, que, entre otras gravísimas negativas novedades, incluye la de autorizar a la policía para entrar en los domicilios, sin necesidad de mandamiento judicial, "por delito flagrante"; entendiendo que éste se produce cuando los agentes de aquélla tengan "conocimiento fundado... que les lleve a la constancia de que se está cometiendo o se acaba de cometer" algún delito relacionado con el narcotráfico (art. 21). Hasta la fecha, venía siendo pacífico en jurisprudencia y en doctrina que no cabía hablar de delito flagrante sino referirse a los casos de percepción sensorial directa. La ley se encuentra actualmente cuestionada ante el Tribunal Constitucional. (Para valoración global de la misma y del "iter" legislativo, remito a mi: "Viaje a la prehistoria de las garantías: la 'modernización' de la Ley Corcuera" en Jueces para la Democracia. Información y Debate, nº 13, 2/1991, pp. 3 y siguientes).

5. He desarrollado este tema en: "Juzgado de guardia: el 'Estado de bienestar' en el banquillo", en Jueces para la Democracia. Información y Debate, nº 5, diciembre/1088, pp. 12 y siguientes.

6. La Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas urgentes de reforma procesal, introdujo una sensible modificación del art. 569 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que, desde su redacción inicial de 1882, imponía la presencia del secretario judicial en los registros domiciliarios. Después de haber caído en lamentable desuso este requisito legal, desde hace algunos años, la práctica de ciertos tribunales había conseguido, primero, dividir, y, luego, "convencer" al Tribunal Supremo, en el sentido de valorar como nulas las diligencias policiales de registro domiciliario llevadas a cabo con desconocimiento de aquella exigencia.

La reacción política no se ha hecho esperar, la ley 10/92 ha hecho facultativa, a decisión del juez, la presencia del secretario.

• Las fotografías que ilustran este dossier son de Dieter Appelt

DELITO y sociedad
Revista de Ciencias Sociales

SUMARIO:

Artículos

- **Stanley Cohen:** *Escepticismo intelectual y compromiso político: la criminología radical.*
- **Ian Taylor:** *Contra el crimen y por el socialismo.*
- *Luigi Ferrajoli y Danilo Zolo: Marxismo y cuestión criminal.*
- *Ricardo Salvatore: Control penal en época de Rosas.*

Dossier-Droga:

- **Jandira Masur:** *Drogas ¿cuál es el problema?*
- **Rosa del Olmo:** *Para definir el tráfico y consumo de drogas.*
- **Juan Pegoraro y Alberto Fernandez:** *El orden y el sujeto en una relación social alternativa.*
- **Thomas Szasz:** *Contra el estado terapéutico: derechos individuales y drogas.*
- **Alvaro Camacho Guizado:** *Empresarios ilegales y región: la gestación de clases dominantes.*

Avances de Investigación:

- **Edna Muleras:** *El proceso de San Cayetano: ¿una concentración multitudinaria?*
- **Carla Rodriguez:** *El control social en grupos vulnerados. Ocupantes de inmuebles en Capital Federal.*

Comentarios de libros • Informaciones Estadísticas Sociales

Año 3 • Número 4/5 (vol. doble)
2do. Semestre de 1993 y 1er. Semestre de 1994

RECIBIMOS

- Transformación del derecho en justicia, de Rafael A. Bielsa, editado por La Ley.
- "A los 4 vientos Nº 0 y 1, Revista de ciencia política y relaciones internacionales. FAX Nº 701-1530
- Revista del Mercosur Nº 17 y 18 y Cuadernos del 3º Mundo Nº 157 al 159, todos editados por Cosmos Libros. Te. 383-3661.

AMNISTIA INTERNACIONAL

El doctor Pedraza, abogado y trabajador en pro de los derechos humanos, fue secuestrado por ocho hombres fuertemente armados y vestidos de civil la noche del 4 de julio de 1990. Dos de los secuestradores se habían identificado ante los policías uniformados presentes en el lugar, quienes más tarde permanecieron al margen y no intervinieron para impedir el secuestro. El doctor Pedraza era abogado y miembro activo del Comité de Solidaridad con los Presos Políticos, y estaba investigando varios casos de violaciones de derechos humanos atribuidos a las fuerzas armadas colombianas.

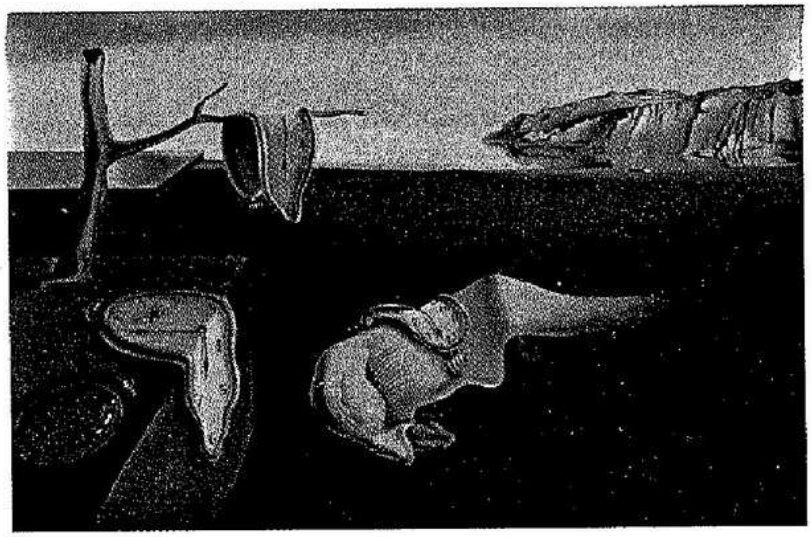
Su desaparición fue inmediatamente denunciada. Sin embargo, las fuerzas armadas y las autoridades siguen negando su detención y su paradero continúa siendo desconocido. En octubre de 1992 dos miembros de la policía judicial fueron detenidos como sospechosos, pero en julio de 1993 recuperaron su libertad sin haber sido sometidos a juicio. Casi cuatro años después de su "desaparición", sigue sin conocerse el paradero del doctor Pedraza.

Ud. puede expresar su preocupación por la seguridad de Alerio de Jesús Pedraza Becerra escribiendo a:

Dr. Carlos Gustavo Arrieta Padilla
Procurador General de la Nación
Procuraduría General
Edificio Banco Ganadero
Carrera 5, Nº 15-80 • Bogotá, Colombia.

1918 - 1994
76 Años de la Reforma Universitaria

"...Los dolores que quedan son las libertades que faltan..."



"...La autoridad, en un hogar de estudiantes, no se ejercita mandando, sino sugiriendo y amando: enseñando."

Manifiesto Liminar, 1918.

Persistir en el tiempo, persistir en la lucha

F U B A

FEDERACIÓN UNIVERSITARIA DE BUENOS AIRES

"LA COPIA Y LA COIMA: CÓMO CAMBIAR UN ESTILO"

La corrupción tiene los años contados. Usted puede hacer algo para controlarla. Poder Ciudadano y Editorial Sudamericana convocan a maestros y profesores de todo el país a participar en un concurso. Pueden presentarse investigaciones, encuestas y clases especiales.

El tema: "La copia y la coima: cómo cambiar un estilo". **La consigna:** no violar en secreto las reglas, sino aprender a respetarlas.

Primer premio: u$s 10.000.

Además, se publicarán las 20 mejores propuestas en un libro de Editorial Sudamericana.
Para mayor información, diríjase a

PODER CIUDADANO

Av. Callao 852, 3° piso (1021) Cap. Fed.
Tel. 814-4925/26 - Fax: 814-4927

VII CONGRESO NACIONAL UNIVERSITARIO DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

18 al 21 de Agosto de 1994
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales - UBA
Organiza: Centro de Estudiantes

COMISIONES

I. LA PERSECUCIÓN PENAL COMO POLÍTICA DE ESTADO
- Diseño económico y política criminal
- Fuerzas armadas, fuerzas de seguridad y persecución penal
- Privatización de la seguridad
- Narcotráfico y poder financiero

II. ACTORES Y ROLES EN EL PROCEDIMIENTO PENAL
- El Ministerio Público
- La defensoría pública
- La víctima

III. CULPABILIDAD Y ERROR DE PROHIBICIÓN
- Personas físicas y personas jurídicas
- Interpretación de la ley y error
- Juicio sobre la evitabilidad del error

IV. ORGANIZACIÓN DE LA JUSTICIA PENAL
- Designación de jueces y funcionarios
- Proceso de reforma y organización judicial
- Justicia contravencional

V. CRISIS DEL SISTEMA CARCELARIO
- Funciones del procurador penitenciario y juez de ejecución
- Derechos Humanos en las cárceles
- Nuevos movimientos en la prisión: universitarios, religiosos, rock & roll
- Sexo y SIDA en las cárceles

PRESENTACION DE PONENCIAS:
Todos los estudiantes y graduados jóvenes están invitados a presentar ponencias.

INFORMES E INSCRIPCIÓN: Centro de Estudiantes de la Facultad de Derecho, UBA

Asociación Americana de Juristas

X Conferencia Continental de la A.A.J.

Santiago de Chile - 21 al 24 de septiembre de 1994

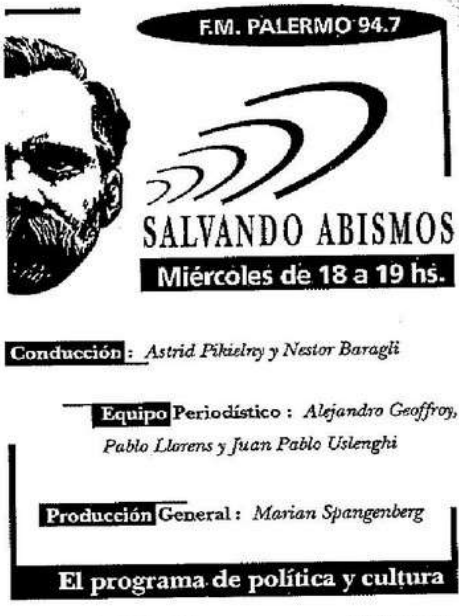
BASES PARA LA DEMOCRACIA, EL DESARROLLO Y LA JUSTICIA SOCIAL EN AMÉRICA

La A.A.J. convoca a su X Conferencia Continental, con la finalidad de constatar la realidad americana, y proyectar un ordenamiento jurídico que facilite la supresión de las desigualdades, y la conquista de la Libertad y la Justicia, en los marcos de la Democracia y el Estado de Derecho.

TEMARIO

1. La legitimidad de los poderes públicos en el Estado de Derecho.
2. El acceso a la justicia y la organización judicial.
3. La integración regional y los derechos económicos, sociales y culturales.
4. El derecho al desarrollo sostenible como condición para erradicar la marginalidad, la discriminación y la pobreza.
5. La enseñanza del derecho y el ejercicio profesional. Etica y responsabilidad de los juristas. Garantías de la vida, la integridad personal, la independencia y la dignidad de jueces y abogados.

INFORMES

Sobre inscripción, traslado, alojamiento y presentación de ponencias:

Dra. Beatriz Rajland - Secretaria
Lavalle 1290, 8º, of. 809
(1048) Buenos Aires
Tel. 382-4428 - Fax: 805-8132