



NO HAY
DERECHO

JOSE E. FARIA NORBERTO BOBBIO JAIME MALAMUD GOTI JÜRGEN HABERMAS JORGE A. BACQUE

DOSSIER:
Derechos Humanos
y reconstrucción
del pasado

Verdad y
nuevo juicio penal

Derecho del trabajo:
cambios de paradigma

Caos penal:
el último legislador
racional

CORTE DE MENEM:
Jurisprudencia
reaccionaria

Garantismo penal

Ponele que estamos en buenos aires, a esta altura del año, primavera quiero decir, fin de septiembre, unos días después del día del estudiante. Siete y media de la mañana, facultad de derecho, clase de internacional público. Un embrole. Tabién, hay gente a la que le gusta, pero cualquier clase a esa hora, aunque sea clase practica de como hacer bizcochuelo con dulce de leche es un embrole. Qué hacíamos. Primavera, negro; que pasa en primavera: poyeritas mas cortitas, ves más gambitas, las niñas se empiezan a tomar sol para no pintar con un color lechoso, menos ropa amontonada, menos pulóver de papito, soleritas escotadas, antiojos negros, remeritas más ajustadas, hay otro perfumito en el aire. Y hue, que íbamos a hacer, siempre salía de los vagos del dofón, mientras el profesor explicaba la incorporación de las reglas de derecho internacional al derecho interno, nosotros largábamos las bases para elegir a la reina de la primavera. Los que empezabamos éramos siempre ponele cinco o seis, pero vos sabes como son estas cosas, la bola se corría enseguida, cualquier cosa que te diera un poco de risa era motivo para pirarte de la ratificación de los tratados, y de -ponele- cuarenta chabones en un aula votaban veinticinco, treinta. Y era la facultad de derecho, hermano, no era psico ni beyas artes, eraderecho. Claro, siempre estaban los ortibas de primera fila que no se daban por enterados, o que se hacían los serios, por favor no me molestes que yo aca vengo a estudiar, o algún que otro jeropa que te venía a ver después de cerrado el escrutinio porque no se había enterado a tiempo. Pero en general el grado de participación cívica era realmente emocionante, una verdadera fiesta de la democracia, y apenas se revelaban los primeros guarismos las candidatas sonreían nerviosamente o se pintaban las unias con forzada caripela de no saber que pasa. Por que las minitas también la tenían re clara, que te creés, si era un gran honor ser coronada reina de la primavera, vos las veías chusmear sobre como venían las encuestas, y hasta las mas atorrantas por ahí se te acercaban a preguntarte si tenían posibilidades. La primera vez queríamos poner varias categorías, onda mejor vestida, mejores gambas, mejor...hue, que se yo, categorías, pero organizar eso era realmente un quilombo padre, porque todo era a pulmón, no teníamos un joraca de aparato, así que si había algún hard, alguna impugnación, algo, la fiesta se iba a empaniar considerablemente. Así que mandamos directamente la general, mejor minita y punto, reina única de la primavera. Bah, única no, porque elegíamos una para cada materia, ponele que esta era la reina de internacional público de siete y media a nueve de la mañana, y después tenías la reina de laboral de nueve a diez y media, y la reina de administrativo de diez y media a doce. Y como siempre en alguna materia coincidias con algún vago en el fondo, de fiesta, los concursos se multiplicaban primaveralmente, como quien dice. Bue, cuestión que poníamos un día para la elección, así podías observar a las candidatas durante un tiempo, bah, nada que no hubieras hecho antes, pero siempre es mejor mirárlas con ojos de jurado de concurso, que si te garpan debe ser uno de los mejores laburos que hay dando vueltas, no me vas a decir. Aparte que sé yo, por ahí el día de la elección la minita se había peliado con el novio, o la habían rajado del laburo, o la noche anterior anduvo escabiando hasta muy tarde y era injusto, no la ibas a juzgar por ese día solo si te había iluminado todo el

Por Vitthel Tonné



cuatrimestre cada vez que te pasaba por delante, no? Así que siempre había candidatas, con todos esos votantes siempre había variedad, ya te dije, la verdadera democracia, había cursos en los que dos o tres afanaban, y otros más parejos, cada uno pintaba con una candidata y trataba de convencer al chabón de al lado de sus virtudes, mirála, loco, imaginátele a la mina esa... Bue, el día de la elección todos pasaban el papelito, era un cago de risa porque más o menos al mismo tiempo se escuchaban las hojas de cuaderno arancadas, y el ruido ése de cuando estrujás papel, el quia que daba clase junaba con cara de "que está pasando aquí, alubnos" y todos se hacían los sotas, nada, si estamos muy interesados en la jurisprudencia de la corte internacional de la haya. Bue, todos los pelpas juntos al dofón, y algún miembro de la banda hacía el escrutinio, yevabamos doble control por las dudas. Cuando terminábamos, el tipo que daba clase piraba, pero dos tercios de los chabones se quedaban a escuchar los resultados. Siempre había un poquito de hard, qué se yo, los novios que votarían por las novias o algo, o cuando el vocero nombraba a la ganadora por el nombre, o por el sobrenombre, o por algún rasgo saliente, siempre había un poco de desconcierto por que hasta que no juntabas todas las piezas en el balero no sabías quién había ganado, che, imaginátele. Pero en general ya más o menos se sabía quienes tenían posibilidades, así que aunque no supieras el nombre no costaba mucho identificar a la agraciada. El premio lo había instituido la escuela de sabita y el ruso edelman, era un metodo que usaban para ligar minitas cuando iban a bailar, encarraban a una candidata a la que se habían estado hablando, le salían con "mira, me gustas tanto que tengo un regalo para vos", y pelaban un chocolate, ponele un milka o un shot. Según éstos daba unos resultados alucinantes, yo pro-

bé un par de veces y ni ahí, me terminé morfando el chocolate a la salida. Bue, el gil que daba la noticia iba rotando, tenias que ir, acercarte a la minita, decirle que había salido reina de la primavera y darle el chocolate. La vez que me tocó a mí, bue, la mina había ganado por re afaño, yo de contrera voté a una candidata mas exotica, una medio ponja, pero esta la verdá que era un camión. Mirá, era una de las cantantes de esos grupos tipo las primas, los angeles de smith, que se yo, imaginátele lo clara que la tendría, esta mina durante la semana estudiaba derecho en la uba, y el fin de semana movía las calzas en el tropical de aldo bonzi o en el jardín del interior de isidro casanova, otra que philadelphia o chicago. Bue, te imaginás, por supuesto re-tenía el tato de la elección y sabía que ganaba seguro, yo me acerco a decirle que ganó el premio de la reina de la primavera y pelo el chocolate, me puse colorado como un tomate, mirá, todavía me curten con eso. Bue, erá así, el acontecimiento estudiantil más florido de la facu.

Ah, esa era la introducción, si, medio me fui por las ramas. Bue, acá aunque todavía haga un tiempo de mierda también es primavera, y un par de días que amago salir el solcito, bue, milagrosamente se vio algo más, algún cuarto de gambita más, por lo menos algunas poyeritas. Y anoche tuve una de esas reuniones medio plomas para decidir boludeces administrativas, y nos quedamos chupando unas birras con unos ocho o nueve quías. Casi todos gringos que se supone que son progres, que se yo, decir macanudos medio que queda desproporcionado, pero ponele simpáticos. Y yo, acordándome de aqueyos gloriosos días primaverales, no tengo mejor idea que proponer una elección de la reina de la primavera acá en virginia. Para qué, negro, para qué. De golpe se me pusieron serios todos. Muzzarella. Ni una mosca. El chabón más conciliador, el que medio hace de líder, después de un ratito de silencio, me mira y me bate: "Bueno, no creo que sea politically correct". Así nomás. Y después empezaron a saltar todos conque no, que era la objetización de la mujer, que estaba en contra de la agenda feminista, que quizás fuera típico del temperamento latino pero que no era correcto en la realidad americana. Yo de piedra. No lo podía creer. Para acercar un poco las posiciones se me ocurre decirle al chabón que hinchaba más las bolas: "Che, escucháme, todo lo politically correct que quieras, pero a vos que te gusta más, ver poyeritas con un buen par de gambas o ver esos pantalones tipo bolsas de papa, que no sabés si adentro tienen dos gambitas tayada's o dos muniones ortopédicos?" Silencio de nuevo. Después de unos segundos, el chabón me dice sin dirigirme la mirada: "Eso es una cuestión de elección personal de la mujer", "Chocolate por la noticia, hermano, más bien que la mina elige que ponerse, no va a seguir un decreto-ley, pero no te pregunto por eya, te pregunto por vos; a vos qué te gusta mas?". Mas silencio. "Es una cuestión de elección personal". Y de ahí no los pude sacar. Decíme, viejo que carajo vas a hacer? Estos gringos no aprenden más, no entienden nada de la vida. Qué como podía hacer? Para relajarme un poco me clave tres birras más, dije chau y me fui a andar en bicicleta por ahí, a pensar un poco en el apareamiento de las arañas payito.

SUMARIO

STAFF

Victor 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. Sgro.

COLABORADORES:

Jorge A. Bacqué, José Eduardo
Faría, Christian Ferrer, Jaime
Malamud Goti, Andrés Reggiani,
Patricia Tappatá de Valdéz.

DISEÑO GRAFICO:

PESCADAS
Juan M. Ventura, Martín Castañeda
(957-4665).

DISTRIBUCION:

Trapacs (813-9651/9 int. 204).



© Editores del Puerto s.r.l.

Tucumán 695 - 2ªA

(1049) Buenos Aires

Tel./ Fax: 322-5426/ 394-7279

Ilustran este número:

Tapa:

•Norbert Ghisoland. estudio 1910-1929. Photo Poche.

Interior:

•Weegee. "Nouvel an chez Sammy", 1943. Photo Poche.

•Anónimo. "Militares 1910, Cusco", "Familia mestiza, 1935, Cusco";
Reflejos de Medio Siglo. Colección Mal de Ojo. LOM editores.

•Coronel Ivan Hissey. Juegos, malabares y de destreza. Editorial
Debate s.a. 1993.

•Gustav Klucis. "Plakaenwurf", 1931. Raoul Hausmann, "Tatlin at
home", 1920. Photomontage. Photo Poche.

•Andy Warhol. "El hombre más buscado" Andy Warhol. 1928-1987 El
arte como negocio. Editorial Taschen.

•Antoni Tàpies. Antoni Tàpies in Print. The Museum of Modern Art,
New York.

•Duane Michals. "L'épouvantail". Photo Poche.

•Raiveroni. "Lombris solitaria".

2 **Derechos humanos en América Latina.** Sobre la posibilidad de los derechos humanos en un contexto económico de ajuste. *José Eduardo Faría*

7 **Un descenso dentro del Maelström.** Reformas a las leyes penales. *Marcelo Sgro*

9 **Corte Suprema de Justicia de la Nación.** Cambio de jurisprudencia en materia de derechos individuales. *Jorge A. Bacqué*

13 **Ingeniería de la verdad.** Paradojas del análisis comparativo entre nuestro sistema de enjuiciamiento penal y el de los Estados Unidos. *Alberto Bovino*

Dossier.

Para qué sirve saber: acerca de los modos de reconstrucción del horror. Sendas de investigación de las violaciones a los derechos humanos.

18 **Introducción a la memoria.**
Hernán Charosky

19 **Cargas de un pasado doble.**
Jürgen Habermas

22 **Mejor la verdad que el castigo.**
Charles Krauthammer
Un falso dilema.
Juan E. Méndez

23 **Lo que quedó de los juicios a los militares**
Jaime Malamud Goti

26 **Conociendo la verdad en El Salvador.**
Patricia Tappatá de Valdéz

32 **Derecho y razón.** Presentación del libro de
Luigi Ferrajoli. *Norberto Bobbio*

35 **Los anillos de la serpiente.** Transformaciones del derecho entre el trabajo y el consumo. *Victor Abramovich y Christian Courtis*

41 **Tenia saginata**
Christian Ferrer

Derechos humanos en América Latina

por José Eduardo Faria

Traducción de Christian Courtis



Vistos a partir de América Latina, los derechos humanos tienen una trayectoria paradójica: cuanto más son afirmados cotidianamente en el continente, incorporándose tanto al texto de sus constituciones como al discurso de sus líderes políticos y comunitarios, más interrogantes plantean en dirección al futuro. El escepticismo inherente a esta paradoja debe tomarse como un juicio de hecho. En este momento, en el que algunas naciones latinoamericanas están consiguiendo mantener intacta la democracia, reuniendo las condiciones institucionales mínimas para asegurar la plenitud de los derechos humanos en su sentido liberal-clásico, las condiciones económicas del mundo contemporáneo tienden a relativizar la autonomía de los Estados nacionales. Se trata de un fenómeno que, en el caso de América Latina, los afecta en cuanto se enfrentan al desafío de la estabilización de la moneda, del pago de la deuda externa y de la modernización de sociedades estigmatizadas por la pobreza de más de dos tercios de sus respectivas poblaciones.

¿Por cuánto tiempo se ha conquistado la democracia? ¿Podrá subsistir en los años noventa sin un desarrollo material capaz de atenuar las profundas desigualdades sociales, sectoriales y regionales? ¿Cómo extender los derechos humanos del plano de los derechos civiles y de la seguridad patrimonial al plano de los derechos a la vida, al trabajo, a la salud, a la educación, a la alimentación y a la vivienda en países marcados por dualismos perversos y por innumerables demandas particulares de sujetos históricos nuevos y portadores de necesidades no encuadrables en las generalizaciones abstractas de las instituciones político-jurídicas forjadas a la luz de los modelos tradicionales de Estado de Derecho?

Concebida para enfrentar estas cuestiones —con la finalidad de inaugurar una nueva etapa en la implementación de los derechos del hombre en momentos en los que la mitad de la población del planeta vive en estado de miseria y en que 20 millones de personas mueren anualmente por causas ligadas al hambre— la II Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos, realizada en 1993, finalizó con un documento de términos moderados, que se destaca básicamente por sus propósitos pragmáticos y programáticos. Tales características surgen de la dificultad enfrentada por sus autores de "acomodar" dos

posiciones en conflicto: la de los países industrializados, para los que los derechos humanos, por ser "universales", estarían por encima de la soberanía nacional, y la de los países atrasados y de industrialización reciente, para los cuales los derechos políticos y sociales serían apenas una "expresión cultural de Occidente", motivo por el cual naciones con diferentes grados de desarrollo económico y de tradición cultural tendrían concepciones distintas de los derechos humanos. Los primeros, liderados por los Estados Unidos, alegaron que ningún país puede escudarse en el relativismo para sofocar los derechos básicos de sus ciudadanos. Los segundos, liderados por China, afirmaron que la definición de derechos humanos precisa tomar en cuenta las particularidades nacionales y sus respectivos medios históricos, religiosos y culturales.

Comprometida por ese *impasse*, la Conferencia de Viena trató de modo contemporizador las propuestas más concretas. Su documento final enfatiza la universalidad de los derechos civiles y sociales, la indivisibilidad de los derechos humanos, el papel fiscalizador de las organizaciones no gubernamentales, la corresponsabilidad en la promoción de los derechos fundamentales y el desarrollo como condición básica para el mantenimiento de la democracia. El texto también reclama la eliminación de la pobreza extrema, por configurar una violación a la dignidad humana; solicita a la comunidad internacional esfuerzos para aliviar a los países en desarrollo de la deuda externa, y destaca el proceso de for-

malización de los instrumentos de implementación de los derechos humanos, que exigen la ratificación universal y sin reservas de los tratados y protocolos acordados en el ámbito del sistema de Naciones Unidas. A pesar de la naturaleza programática de este documento, el énfasis sobre dichos objetivos no puede ser desmerecido dada su fuerza simbólica en el escenario contemporáneo. Sin embargo, pasando del plano de la palabra al plano de la acción, ¿en qué medida pueden ser concretados en las actuales condiciones de los países atrasados y de las naciones en desarrollo?

En el caso de América Latina, con sus problemas de inflación, desequilibrio fiscal evidentemente externo, concentración de la riqueza, corrupción y pobreza, el desafío planteado por la Declaración de Viena está en la formulación de modelos políticos y normativos capaces de colocar en una perspectiva totalizadora las relaciones asimétricas y multifórmicas que han fragmentado el espacio político de la democracia en el continente. Este desafío presupone Estados modernos dotados de efectivo poder de articulación de políticas públicas, a partir del establecimiento de prioridades para la promoción de reformas sociales, con el objetivo de eliminar la jerarquía de privilegios, poner fin a la desigual distribución de los "derechos adquiridos", superar una compleja estructura de preconceptos y responder a las reivindicaciones colectivas de los segmentos económicamente marginalizados.

Pero, ¿hasta qué punto es esto posible en un escenario mundial fuertemente caracterizado por los fenómenos de la globalización económica y de la flexibilización de las estructuras de producción —los dos factores directamente responsables de la relativización del peso y de la autonomía de los Estados nacionales?— Esta indagación se formula en el momento en el que las relaciones internacionales se caracterizan por dos movimientos opuestos: el de la integración y el de la balcanización. Por un lado, el mundo desarrollado se pauta cada vez más a través de una visión selectiva y oligárquica de la agenda internacional, imponiendo temas recurrentes (como la generación de formas cooperativas de interdependencia económica, la unificación monetaria, la creación de grandes bloques comerciales, y la emergencia de Europa del Este como un nuevo mercado consumidor). Por otro lado, las crecien-

tes manifestaciones violentas de nacionalismo, no sólo en Europa sino también en Asia y en África, y la erosión de los espacios políticos y sociales en algunos países en desarrollo —especialmente de América Latina— que ponen en riesgo las condiciones de gobernabilidad, constituyen un explosivo contrapunto del proceso de unificación y flexibilización de la economía mundial.

En este escenario de contradicciones, las endeudadas naciones latinoamericanas han participado más como receptoras pasivas que como gestoras activas de los resultados alcanzados por los organismos internacionales que ayudaron a crear. En el ámbito de estos organismos, las naciones latinoamericanas son tratadas como la fuente de los problemas: acusadas de violar derechos fundamentales, degradar el medio ambiente, fomentar migraciones, ignorar la propiedad intelectual e imponer el proteccionismo comercial. En la lógica pragmática de las naciones desarrolladas —en cuyo ámbito la creciente integración del mercado de bienes y servicios, la interpenetración de las grandes estructuras empresariales y la conexión de los mercados financieros van condicionando la capacidad de coordinación económica y de articulación política de sus Estados—, el énfasis se ha puesto en la "revitalización" del libre comercio y la "liberación" de los agentes productivos, bajo la forma de estrategias de deslegalización y desregulación. Lo que viene alimentando ese énfasis son las olas de transformación tecnológica de los países avanzados, responsables del trastocamiento de los ejes de competencia del comercio internacional en los años noventa: antes de ellas, la competencia giraba en torno al control de las materias primas estratégicas; hoy, por el contrario, se concentra en torno al control de nuevos procesos y escalas mundiales de producción —lo que tiende a liquidar las ventajas comparativas de las naciones en desarrollo que cuentan con reservas energéticas y mano de obra abundante y barata—.

Sea por la reorganización de las multinacionales, sea por la modernización de la red internacional de proveedores en torno de un conglomerado, la globalización económica y la flexibilización de la producción se dan a partir de la ruina de la tradicional "economía de las chimeneas". Es decir, con la obsolescencia del paradigma industrial basado en conceptos tayloristas y en los métodos fordistas de producción (se trata, curiosamente, del mismo paradigma tan seguido por las dictaduras burocrático-militares dominantes en América Latina a lo largo de los años sesenta y setenta, con políticas económicas "vueltas hacia adentro", cerradas a los flujos del comercio internacional en nombre de la extensión de la "soberanía nacional", mediante un intervencionismo regulatorio que minó la formación de los sistemas relativos de precios, salarios, intereses, tipos de cambio y tarifas). Al sustituir el paradigma de base electromecánica predominante hasta la década del ochenta, fundado en la fabricación de productos homogéneos en etapas aisladas, por otro basado en la velocidad del desarrollo de la informática y de las técnicas industriales, que propicia estructuras productivas flexibles e introduce nuevos parámetros de eficiencia en términos de organización y calificación de los recursos humanos, las olas de transformación tecnológica de los años noventa vienen acompañadas de dos tipos de consecuencias sociales y políticas.

Por un lado, al desencadenar un proceso de crecimiento sin un aumento correspondiente en la creación de nuevos puestos de trabajo, estas

olas modificaron la estructura del mercado de empleo. Con esto provocaron la heterogeneización de las relaciones salariales, acentuando la brecha entre las ganancias de las diversas categorías de trabajadores, aumentando en forma creciente el desempleo de los trabajadores menos calificados y abriendo camino, de esa manera, tanto a la pérdida de radicalidad de las demandas obreras como al vaciamiento de los modelos socialdemócratas de transformación social y política. La existencia de diversos tipos de relaciones salariales (como la vinculación de la remuneración exclusivamente a la productividad, el aumento de las jornadas de trabajo acompañado por el acortamiento de los períodos de contratación, la expansión del trabajo subcontratado y la subsecuente reducción de los beneficios sociales) y la segmentación del mercado de trabajo (con la relocalización de unidades productivas, la flexibilización de las condiciones de reclutamiento, la adopción de los contratos por tarea y la tendencia al uso de la mano de obra cada vez más calificada y menos afectada por costos sociales) acaban: a) fragmentando el movimiento obrero; b) reduciendo su capacidad de resistencia a la transformación de la "tercerización" en una técnica de control social y finalmente c) acarreado la propia pérdida del papel central de los sindicatos en el proceso político.

Lo que tenemos allí, es un dualismo perverso: mientras los trabajadores más calificados están en condiciones de desarrollar fórmulas menos conflictivas y más cooperativas de relación con los empleadores, partiendo del "imperativo categórico" de que el mantenimiento de sus puestos de trabajo depende del poder de competitividad y progreso de las empresas, los trabajadores menos calificados tienden a ser expulsados de la economía formal. Estos trabajadores, que ya ganaban menos cuando estaban empleados, difícilmente puedan conquistar otros puestos de trabajo, ya que carecen de calificación suficiente para actuar en el ámbito del nuevo paradigma tecnológico-industrial. Como un círculo perverso, cuanto más permanecen desocupados, más desfasados quedan con respecto a las innovaciones tecnológicas, y cuanto más conscientes son de ese desfase, más se sienten estimulados a emigrar a los países más industrializados en busca de una oportunidad profesional.

La ampliación del ritmo de crecimiento sin expansión paralela de índices de empleo, estableciendo una especie de "selección biológica" en el mercado de trabajo —en cuya dinámica sobreviven los más calificados y capaces de ejercer múltiples tareas simultáneamente— es una de las razones que han llevado a los sindicatos a una posición de debilidad política crónica. Este también es uno de los motivos que ha propiciado una cierta desintegración estructural del movimiento obrero urbano. Se trata de un proceso devastador que viene provocando la pérdida de centralidad de la propia clase trabajadora como actor en torno del cual se formaban, hasta la década del ochenta, proyectos político-ideológicos "totalizadores".

Por otro lado, las olas de transformación tecnológica de los años noventa también están provocando la transferencia hacia los países en desarrollo de las fases productivas que implican trabajo manual, de las que basan su competitividad en el bajo costo de los salarios y de las que exigen control de su impacto negativo sobre el medio ambiente. Cuanto mayor es esa transferencia, mayor es la competencia salvaje entre mercados de trabajo locales, regionales y nacionales por nuevas oportunidades de inversión, obligando a las naciones en desarrollo a compe-

tir entre sí por las contrapartidas desfavorables de los conglomerados industriales y financieros. Entre las consecuencias de esta competencia se destaca el debilitamiento del trinomio Estado-nación-industria, que por innumerables décadas garantizó, como horizonte espacio-temporal, la dirección y la cohesión simbólica de los países latinoamericanos. A causa de este debilitamiento, los Estados nacionales: a) ven comprometida su capacidad de coordinación macroeconómica; b) se revelan incapaces de impedir la transferencia de parte de su poder decisorio hacia las áreas de influencia del capital privado y de los grandes conglomerados industriales; c) enfrentan dificultades para asegurar la eficacia de sus instrumentos de política industrial basados en la imposición de restricciones a los flujos de capitales y mercaderías y, d) disponen de pocas posibilidades políticas y financieras para administrar el costo social de transformación de las relaciones entre el capital y el trabajo provocada por la sustitución del paradigma "fordista" por el paradigma de la "especialización flexible de la producción".

Este es el nudo estructural para la efectividad de los derechos humanos en América Latina después de la Conferencia de Viena, si se toma en cuenta básicamente su propuesta de conjugarlos con el desarrollo económico y con la democracia. Si en el plano político del mundo desarrollado, a lo largo de los últimos años, aumentó el número de bienes, intereses y sujetos aptos para ser tutelados por el rótulo "derechos humanos", valorizándose las conquistas "post-materiales" (como el control del medio ambiente, el reconocimiento de las singularidades de ciertas minorías, y la ampliación de la oferta de ocio), en el plano social de los países latinoamericanos el debilitamiento del Estado nacional torna difícil el reconocimiento de los derechos mínimos de amplios contingentes de sus respectivas sociedades, cuyo denominador común es la miseria que afecta a cerca del 44% de la población global del continente. Cada hora mueren en América Latina 114 niños menores de 5 años, aquejados de enfermedades intestinales y respiratorias, todas curables en caso de que el derecho a la salud y a la asistencia social fueran llevados a cabo bajo la forma de políticas públicas competentes; 6 millones de niños sufren de desnutrición moderada y 1 millón de desnutrición grave. Hay 78 millones de niños y adolescentes viviendo en condiciones subhumanas, cifra que equivale a la mitad del total de todos los pobres de América Latina.

Estos ejemplos revelan que una parte considerable de la población latinoamericana está constituida por "parias" (en el sentido propuesto por Hannah Arendt para ese término); situada al margen del mercado formal de empleo, esta población se torna "superflua" en el ámbito del paradigma económico vigente, pasando así a vivir más en "estado de naturaleza" —o sea, sin leyes garantizadas en su universalidad, quedando por eso a merced de las innumerables formas de violencia física o moral— que en "estado civil" —fundado en el imperio de la ley y en la seguridad jurídica—. Condenados a



la marginalidad socio-económica y, por lo tanto, al hambre, al trabajo muchas veces esclavo, a la explotación y a condiciones hobbesianas de vida, estos amplios segmentos de la población que viven en la miseria, indigencia y pobreza jamás aparecen como portadores de derechos subjetivos públicos ni como "sujetos de derecho" encuadrados en las garantías fundamentales y en las libertades establecidas por el orden constitucional. Excluidas de ellas en términos concretos por la ineficacia crónica de los servicios gubernamentales de asesoría legal, lo que limita su acceso a los tribunales, tales segmentos aparecen apenas y únicamente como "necesitados", o sea, como contingentes sociales invisibles jurídicamente, cuyo único "derecho" posible es el agradecimiento y la reverencia por las eventuales concesiones beneméritas del Estado.

Para estos segmentos ¿cuál es el significado del derecho de propiedad, si jamás tendrán posibilidad de convertirse en propietarios? ¿Cuál es el sentido del derecho a la libre iniciativa, si no disponen de tierras para cultivar? ¿Cuál es el sentido del derecho a la inviolabilidad del domicilio para aquellos que, en favelas, ghettos y suburbios, sufren en sus ranchos, chozas y casas la invasión de la policía y caen presos sin orden judicial? ¿Cuál es el alcance del derecho a la libre expresión para quien no dispone de medio para expresarse? ¿Qué significado tiene la división de poderes para los que no cuentan con medios financieros para acceder a la justicia? ¿Cómo es posible que los "excluidos" respeten las leyes si muchos de aquellos cuya responsabilidad es defenderlas muchas veces las ignoran impunemente? ¿Qué credibilidad tienen los códigos cuando muchas de sus normas son editadas y reeditadas conforme a los intereses del poder económico? ¿Qué validez tienen los textos constitucionales que conceden derechos imposibles de ser reconocidos o llevados a la práctica?

Con la ruptura de los nexos de pertenencia y solidaridad causados por esta fragmentación social, es natural que el concepto de "justicia" tienda a desaparecer de la conciencia colectiva, y las relaciones de mando y obediencia tiendan a caracterizarse por actos de fuerza bruta cuyo único parámetro acaba siendo la misma confrontación de "incluidos" y "excluidos". En este contexto explosivo, inherente a la experiencia cotidiana de miseria y violencia generalizada en casi toda América Latina, los riesgos de deterioro tanto de los parámetros morales como de los marcos legales son los de un creciente desprestigio de la propia democracia, arduamente conquistada en los años ochenta, o de un subsecuente vaciamiento de su significado como valor fundamental —entre otros motivos, porque el caldo de cultivo de sociedades que ven amenazadas sus identidades colectivas propicia invariablemente las condiciones ideales para el populismo, practicado en nombre del restablecimiento del "sentido del orden" y de la restauración de un "sentimiento de comunidad"—.

En este sentido, la sobrecarga de demandas reivindicativas imposibles de ser atendidas a corto plazo por la democracia representativa, conjugada con la frustración de las expectativas de movilidad social provocada por los malogrados programas de estabilización económica de los regímenes burocrático-autoritarios de los años sesenta y setenta y de los primeros gobiernos democráticos que los sucedieron en los años ochenta, provocaron ya grandes explosiones de populismo en las últimas elecciones presidenciales en América Latina. Con resultados trágicos. Apelando a formas emotivas de cohesión e identidad, como la crítica agresiva contra

la riqueza, el privilegio y la política convencional, el populismo suele ser indiferente a contenidos programáticos, motivo por el cual puede ser fácilmente combinado con tentativas autoritarias de "modernización" —como se vio en Brasil con Collor, entre 1990 y 1992, y como se ve en el Perú de Fujimori—.

Fabricado por personajes hábiles en la manipulación de técnicas productoras de ficción política, que recrean el lenguaje para atribuirle funciones inéditas con el objetivo de estimular reacciones de odio, desprecio, disciplina y subordinación, el populismo emergente en América Latina revela la dialéctica perversa de los ambiciosos programas de "modernización" que, desde fines de la década pasada, han sido adoptados en el continente. Procurando insertarse en la dinámica del proceso de globalización de la economía y de especialización flexible de la producción, los gobiernos latinoamericanos vienen promoviendo ajustes estructurales que: a) aumentan la fragmentación social, en vez de neutralizarla; b) debilitan a las empresas nacionales con la apertura de las fronteras económicas a los flujos del capital internacional; c) reducen las dimensiones de las plantas industriales, como fuentes generadoras de empleo, a partir de la sustitución del viejo paradigma "fordista" por el nuevo paradigma tecnológico-industrial; y d) acentúan la marginalidad económica de los segmentos sociales menos organizados, como consecuencia de las políticas ortodoxas de estabilización de la moneda forjadas en base a la racionalidad técnico-instrumental subyacente al "consenso de Washington" (1).

En las experiencias de "modernización" y ajuste económico que "tuvieron resultado", como las registradas en la Argentina, Bolivia, Chile y Venezuela, cuyos gobiernos se destacaron por imponer controles rígidos de gastos públicos, promover la privatización de empresas estatales y de los servicios gubernamentales básicos, extinguir el proteccionismo comercial, suprimir restricciones al capital internacional y cumplir el cronograma de pago de la deuda externa, las

distancias sociales y sectoriales no sólo aumentaron, sino que también modificaron el perfil de la diferenciación social, dando lugar a una heterogeneización que se caracteriza por un debilitamiento progresivo de las formas asociativas clásicas —entre ellas, de organizaciones sindicales, movimientos populares, asociaciones comunitarias, entidades religiosas y centros de defensa de los derechos humanos—. Se verifica ahí, en el plano interno de cada país latinoamericano, el mismo fenómeno ya apuntado en el plano externo: creciente integración transnacional del mundo, que provoca la desintegración nacional; reestructuración de la economía internacional, segmentando las sociedades nacionales, al crear circuitos y mercados cerrados entre sí, especialización de la producción, que funciona en cadenas y bloques divididos, aunque interligados económicamente. En las experiencias "modernizadoras" fracasadas, como la ocurrida en Brasil, los conflictos distributivos quedaron ocultos detrás de una espiral inflacionaria, que permitió la transferencia de los costos sociales de los sectores más fuertes y articulados —que se valen de prácticas centralizadas de formación de precios para anticipar la inflación futura— a los sectores más débiles, como las pequeñas y medianas empresas competitivas. Estos sectores, a su vez, aseguran también el traspaso de la inflación ya ocurrida, y el proceso culmina con los sectores más frágiles y desorganizados, como los asalariados —incapaces de obtener el ajuste de sus deudas en la misma proporción de la desvalorización de la moneda—, provocando el aumento de la concentración de la riqueza y la fractura del tejido social.

He aquí el dilema latinoamericano: para no autocondenarse a la degradación de sus estructuras productivas, las naciones del continente no pueden alimentar la ilusión de permanecer cerradas a los impulsos autorregulatorios de una economía globalizada; pero las alternativas de que disponen para la ampliación de su nivel de competitividad y el aumento de su presencia en los mercados internacionales tienden a agravar la desintegración de la vida social y a debilitar la ciudadanía, minando las bases de la democracia recién conquistada. Para funcionar sin el riesgo de retrocesos inherentes a las explosiones de populismo, el régimen democrático depende de grados mínimos de igualdad sustantiva —condición *sine qua non* para la revitalización de un "sentimiento de identidad colectiva"—. Sin embargo, ¿cómo compatibilizar en contextos sociales fragmentados la modernización impulsada por la racionalidad técnico-instrumental del paradigma "post-fordista" con una democracia capaz de ser algo más que un conjunto de reglas que pautan el proceso político-decisionario, una democracia también concebida como valor universal en términos de justicia, dignidad y solidaridad?

Hay un cierto escepticismo en la manera en que he planteado la cuestión. Tal escepticismo, sin embargo, no debe ser entendido como un desistimiento de la lucha por los derechos humanos, por considerársela inviable *a priori*. En contraste con el optimismo ingenuo presente en el documento final de la Conferencia de Viena, el pesimismo radical de la razón permite superar visiones banalizadas de los derechos humanos, abriendo camino a nuevas formas de lucha en su defensa. Dejando de lado las concepciones jurisdiccionistas, que sufren de una contradicción crónica, los derechos humanos situados en una perspectiva más política que normativa posibilitan acciones siempre inciertas en cuanto a la obtención de resultados concretos a corto plazo, te-





niendo en vista su normalización legislativa, pero potencialmente desafiantes y efectivamente transformadoras a mediano y largo plazo. La tendencia de las concepciones juricidistas, como se sabe, es la de desideologizar los derechos humanos mediante la utilización de conceptos vagos e indeterminados que, invariablemente, los reducen a demandas de garantías legales y de salvaguardas jurídicas.

En casi todas las naciones latinoamericanas, que se destacan por la fuerte influencia del formalismo jurídico en su cultura política, se afirma que la democracia sólo queda garantizada cuando los derechos humanos se inscriben en una constitución. En la práctica, sin embargo, su reiterada afirmación en los textos constitucionales no ha sido garantía de su efectividad. Aunque las concepciones juricidistas enfatizan que los derechos humanos deben tener la misma fuerza normativa que la propia constitución, o sea, un valor superior al de las leyes ordinarias, esto no siempre sucede. ¿Por qué? Porque los derechos humanos corren el riesgo de ser pervertidos al ser "institucionalizados" juricidicamente. Concebidos históricamente como mecanismos de protección de los ciudadanos contra el arbitrio del estado, pueden ser vaciados de contenido en la medida en que es el propio estado el que los reglamenta. Como en las concepciones juricidistas los derechos humanos son siempre inseparables de sus garantías, y tales garantías suelen ser concebidas como limitaciones normativas impuestas por el poder constituyente al poder público, en realidad acaban pudiendo funcionar solamente a partir del propio poder público. Es como consecuencia de esta paradoja que la concreción de los derechos humanos en América Latina exige la superación de las concepciones juricidistas a favor de prácticas políticas comprometidas con la reconstrucción ética de los vínculos sociales, con la incorporación de la condición de "dignidad humana" al universo normativo-institucional, y con la sustitución de los "ciudadanos-servos" (sujetos formales de derecho que no disponen de poder sustantivo) por "ciudadanos plenos" (capaces de influir en las decisiones fundamentales relativas a la organización de la vida económica y a la construcción de los lugares de la convivencia social).

Hay un cierto carácter utópico en esta propuesta, es cierto. Pero la utopía tiene aquí una connotación más precisa que el vinculado a su empleo común, el de "proyecto irrealizable". La utopía puede y debe ser concebida como un "horizonte de sentido" para las prácticas políticas. Originada en las condiciones históricas y materiales en las que se encuentran los segmentos sociales marginalizados, la utopía concebida de este modo es la posibilidad de lo diverso y de lo original, identificando lo que falta o lo que no se hace en las organizaciones socio-económicas y político-institucionales donde nacen la opresión y la degradación de la dignidad humana.

En cuanto "horizonte de sentido", o sea, dirección en la cual se camina aun cuando el proceso histórico no se le aproxime necesariamente, la utopía se revela crítica y denunciadora, partiendo de donde se manifiestan y suelen ser sentidas las limitaciones estructurales de un modelo determinado de orden social, económico y político, en términos de justicia sustantiva. Fue esa concepción de utopía la que, con su potencial desafiante, hizo posible la conversión de los derechos humanos en instrumento de lucha contra la censura a la prensa y la tortura de presos políticos, en las épocas negras de las recientes dictaduras militares latinoamericanas; en instrumento de reivindicación de derechos de ciu-

dadanía y libertades públicas, cuando los generales y sus tecnócratas, viendo erosionadas las bases de sustentación de su permanencia en el poder, en los años ochenta, optaron por la "transición por vía de transacción"; en instrumento de afirmación de los derechos sociales, cuando las naciones del continente recién democratizadas iniciaron el proceso de reconstrucción del orden constitucional. Tanto en el esfuerzo por la protección de la integridad física de los presos políticos como en la reconquista de su ciudadanía, pasando por el reconocimiento formal de ciertos derechos sociales, la lucha por los derechos humanos ha tenido como fuerza propulsora esa lógica utópica de resistencia a las formas explícitas y simbólicas de violencia, opresión y explotación siempre presentes en la vida cotidiana de las sociedades latinoamericanas.

Esa es la lógica que, en mi opinión, debe alimentar la lucha tanto por la universalización como por la concreción de los derechos humanos en las actuales condiciones económicas de América Latina, pasando ahora del estadio de la resistencia frente a la supresión de derechos, o a su sistemática violación, a la etapa de la conquista de poderes. Es decir, a la fase de formulación e implementación de un proyecto capaz de enfrentar el dilema latinoamericano teniendo en cuenta el énfasis de la Conferencia de Viena sobre el desarrollo como factor de garantía del mantenimiento de la democracia y de la expansión de los derechos fundamentales. Por lo expuesto, queda claro que la universalización y la concreción de los derechos humanos requieren necesariamente un freno en el ímpetu de acumulación privada de la riqueza y una disciplina más vigorosa de los sistemas abstractos de la moneda y del poder económico, como condición básica de protección del "mundo de la vida". Mientras tanto, la dinámica interna del nuevo orden económico internacional sólo puede ser preservada si se desembaraza de los límites que puedan trazarse a partir de las demandas originadas en el "mundo de la vida", en cuyo interior se ejercen concretamente las libertades de los individuos. El conflicto entre estos dos imperativos categóricos excluyentes afecta el espacio público y las diferentes formas de acción política, ya que es sólo en este ámbito donde la autonomía del "mundo de la vida" puede afirmarse contra las pretensiones de dominio de los sistemas de la moneda y del poder.

Frente a este conflicto, América Latina se encuentra hoy en una situación que, guardando las debidas proporciones y singularidades, permite recordar aquella en la que se hallaba Europa en las décadas del veinte y treinta, cuando los cambios económicos provocaron la erosión de las estructuras de poder entonces vigentes, fundadas en el equilibrio entre las potencias, en el automatismo monetario del patrón oro, en el mercado autorregulado y en el Estado liberal, exigiendo nuevas formas de interrelación entre los sistemas sociales, culturales y productivos, y nuevas formas de institucionalización político-jurídica. ¿Cómo crear y desarrollar esas formas originales e inéditas en el continente, conciliando la racionalidad técnico-instrumental de los procesos de modernización económica con la racionalidad normativa de los procesos de modernidad político-jurídica? ¿Cómo puede la sociedad latinoamericana autodeterminar su orden colectivo, en términos de ingeniería institucional, frente al proceso "transnacional" de modernización? He ahí el desafío de la universalización y de la concreción de los derechos humanos en América Latina.

Herederas de la política liberal clásica, las

concepciones juricidistas de los derechos humanos tienden a circunscribirlos a los límites del poder del Estado. El dilema latinoamericano, sin embargo, se extiende a las relaciones de poder situadas fuera del ámbito estatal, o sea, a aquellas existentes en los demás contextos de la vida social, destacándolas como "espacios de democratización" —lo que exige una visión del campo de la política más amplia que la propiciada por la teoría liberal clásica—. "Nuestras prácticas sociales, del mismo modo en que constituyen configuraciones de juricididades, constituyen también configuraciones de poderes, de patriarcado, de explotación, dominación y cambio desigual, y el privilegio concedido a cada una de esas formas de poder depende, como en el caso del derecho, de las relaciones privilegiadas de la práctica concreta con su respectivo contexto estructural. Considerada aisladamente, ninguna de esas formas de poder es política. Política son las redes o las configuraciones de poderes, creadas y recreadas en las relaciones sociales" (2).

De esta manera, luchar por la universalización y por la concreción de los derechos humanos significa formular, implementar y ejecutar programas emancipatorios en el ámbito de esas redes de configuración de poderes —programas cuyo valor básico es el "sentimiento de civilidad" en que se funda la idea misma de comunidad—. De acuerdo a esta idea, lo que articula una totalidad ética, haciendo del conjunto de individuos una "comunidad", no es el sistema jurídico-positivo, sino la conexión más profunda, que tiene sus raíces en el "espíritu del pueblo", del cual el sistema jurídico no es más que una de sus manifestaciones. Por lo tanto, invocar el "sentimiento de civilidad" es hacer algo más que exigir el imperio de la ley: es, mucho más allá de eso, promover la extensión de la ciudadanía del plano político-institucional hacia los planos económico, social, cultural y familiar, mediante el reconocimiento de los derechos de los individuos de influir en el destino global de la colectividad.

Fuera del plano estricto de la política institucional, las relaciones sociales se caracterizan hoy por un poder estigmatizado por la no reciprocidad, o sea, por la instrumentalización de los hombres. La reciprocidad, es decir, el reconocimiento del "otro" como hombre libre e igual, permitiendo que la pluralidad de ciudadanos se constituya como orden colectivo basado en patrones mínimos de confianza y lealtad, exige una nueva percepción de las relaciones sociales a través de la sustitución de la ética utilitaria y de la razón instrumental inherentes al individualismo posesivo, por la co-responsabilidad, la cooperación y la solidaridad. Es decir, por el "sentimiento de civilidad" ya mencionado, lo que hace que los valores de la justicia y la fraternidad sean el eje central de la conciencia colectiva, convirtiendo la reciprocidad en el ideal de emancipación democrática, en la medida en que todos los ciudadanos pasan a ser responsables, en el límite de la libertad, por los beneficios o perjuicios de cada acción social.

No se trata de un escenario en el que todos deban compartir obligatoriamente los mismos proyectos y las mismas aspiraciones, pero sí se

trata de que cada uno, actuando a partir de actitudes conscientes y cualitativamente diferenciadas, consiga participar de modo activo en el proceso de construcción de una ciudadanía plena, constituida tanto en la obligación política vertical entre los ciudadanos y el Estado, como en la obligación política horizontal de los propios ciudadanos entre sí. "La construcción de un orden democrático no es un proyecto histórico que pueda ser deducido de la utopía del consenso. Por definición, lo posible no puede ser circunscrito de antemano. La utopía solamente ofrece un criterio de discernimiento. No permite pensar y actuar sobre la realidad bajo el criterio de lo mejor posible a la luz del consenso. Por medio de la comunidad ideal (no factible), enfocamos lo real en términos de la mejor comunidad posible —aunque sin poder definir positivamente qué es la mejor comunidad posible—. Al concebir el orden posible desde el punto de vista de la mejor comunidad posible, estamos usando el consenso como criterio de selección para descartar aquellas posibilidades de orden que no descansan en el principio de la comunidad y, en particular, del reconocimiento recíproco. Es decir, realizamos una determinación negativa del orden deseado: fijar los límites del disenso" (3).

La posibilidad de efectuar interpretaciones alternativas de la realidad existente, señalando la importancia de la dimensión cultural en el proceso de construcción de una ciudadanía plena, es una de las principales características del principio de reciprocidad. En el caso de los derechos humanos, tal posibilidad permite superar los límites de las concepciones jurídicas que aún parecen animar a muchos grupos dispuestos a resistir tanto la violación de las garantías básicas de los ciudadanos como el impacto desmovilizador y despolitizador de la racionalidad técnico-instrumental inherente al paradigma "post-fordista". Ante la tendencia de estas concepciones a situar los derechos humanos en un único plano, el político, y de obtener un consenso difuso en cuanto a sus valores y objetivos —debido a sus conceptos indeterminados y supraclasistas— se vuelve difícil jerarquizar las prioridades, identificar los enemigos y organizar las luchas destinadas a extender, ampliar y "densificar" la acción política en todos los espacios estructurales de las prácticas sociales.

Valorizando nuevas pautas hermenéuticas para la interpretación de la realidad socioeconómica, las concepciones no jurídicas van más allá de la simple denuncia de la ilusión homogeneizadora que permite a la sociedad representarse bajo la imagen de un orden unívoco y cohesivo. Las concepciones no jurídicas resitúan la idea de justicia en el centro de la discusión —no de una justicia abstracta, fundada en criterios trascendentes, sino una justicia pensada en base a situaciones con perspectivas históricas específicas—. También identifican los derechos individuales y sociales con el derecho a la eclosión de conflictos, procurando impedir que las protestas y demostraciones de indignación sean negadas con los subterfugios de la armonía de leyes destinadas a satisfacer el deseo de servidumbre y pasividad. Y además enfatizan la importancia de la reciprocidad como proceso que permite combinar formas individuales con formas colectivas de ciudadanía, transformando este concepto al crear las condiciones para la formación de poderes sociales capaces de contraponerse al poder privado y particularista del capital, compensando la erosión de la soberanía de los Estados nacionales en el nuevo orden económico.

En suma: a pesar del carácter pragmático y programático del documento final de la Confe-

rencia de Viena, los derechos humanos siguen siendo un criterio bastante fuerte para conquistar la adhesión inmediata de todos aquellos que sientan el llamamiento histórico de revitalizar la libertad y la dignidad humana. Por eso, limitarlos a la esfera de las instituciones gubernamentales y aceptar como inexorables las razones y las prescripciones que expande la racionalidad técnico-instrumental del nuevo orden económico internacional es dejar a los hombres a merced de los engranajes burocráticos públicos o privados, reduciéndolos apenas al status de "incluidos" (y, por consiguiente, menos "ciudadanos-servos") en una economía globalizada, o de "excluidos" (y, por consiguiente, a vivir como "parias", sin posibilidades materiales de ejercer y gozar los derechos más elementales consagrados por las leyes, códigos y constituciones en vigor). Ese es el motivo por el cual no basta establecer un conjunto de valores, asegurarles las debidas garantías jurídicas y establecer el control difuso de la observancia de los derechos humanos por los tribunales. Como los derechos tradicionales de la ciudadanía constituyen una fuente de legitimidad formal, pero no de poder sustantivo, es preciso desarrollar nuevas formas de participación política y diferenciar las luchas democráticas —formas y luchas capaces de desenmascarar las relaciones de poder ocultas tras las necesidades "naturales" del paradigma "post-fordista"—, convirtiéndolas en relaciones de autoridad compartida. Es a causa del carácter "utópico" de estas formas y de estas luchas que la universalización y la concreción de los derechos humanos viven la paradoja apuntada al comienzo de este artículo —cuanto más son afirmados, más son negados—. Al caracterizarse por reivindicar lo no establecido, señalando a los defensores de la dignidad del hombre libre un "horizonte de sentido", los derechos humanos se sitúan ante el siglo XXI como una simple interrogación, y jamás como una certeza.

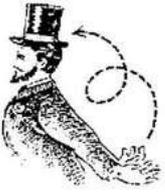
NOTAS

1. Forjada en el plano teórico a partir de la convergencia de autores como el liberal clásico Friedrich Hayek, el monetarista Milton Friedman y los teóricos de la elección pública James Buchanan y Mancur Olson, y condimentada con el pragmatismo típico de los economistas que trabajan en las grandes organizaciones burocráticas, la idea del "Consenso de Washington" es compartida por el Departamento del Tesoro, por la Reserva Federal y por el Departamento de Estado de los Estados Unidos, por los ministerios de finanzas de los demás países del Grupo de los Siete, y por los presidentes de los veinte mayores bancos internacionales, permanentemente citados por los organismos multilaterales. Este "consenso" está constituido por diez reformas básicas: 1) disciplina fiscal para la eliminación del déficit público; 2) cambio de prioridades en relación al gasto público, con la supresión de subsidios; 3) reforma tributaria, mediante la universalización de los contribuyentes y el aumento de impuestos; 4) adopción de tasas de interés positivas; 5) determinación del tipo de cambio por el mercado; 6) liberalización del comercio exterior; 7) extinción de las restricciones para las inversiones directas; 8) privatización de las empresas públicas; 9) desregulación de las actividades productivas; y 10) ampliación de la seguridad patrimonial, a través del fortalecimiento del derecho de propiedad. Ver, en este sentido, John Williamson, "What Washington means by Policy", en *Latin American Adjustment: how much has happened*, Institute for International Economics, (1991).

2. Cf. Beuventura Santos, "La transición postmoderna: derecho y política", en *Doxa* n°6, Alicante (1989), p.250.

3. Cf. Norbert Lechner, "El consenso como estrategia y como utopía", en *La conflictiva y nunca acabada construcción del orden deseado*, Flaccó, Santiago (1984), p.197.





Un descenso



dentro del

"Maelström"

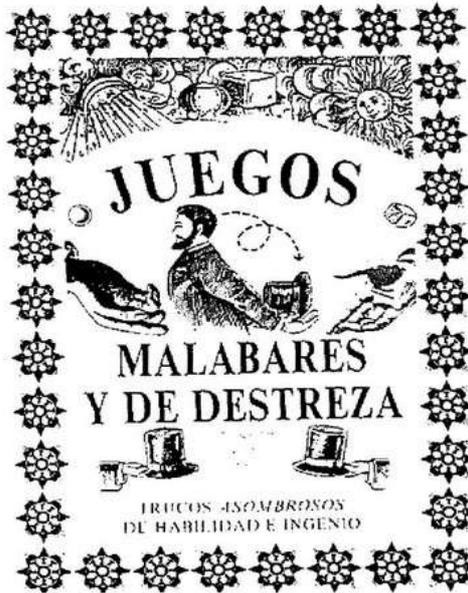
Por Marcelo Sgro



No recuerdo con precisión el relato de Poe sobre el remolino del mar noruego, pero la sensación creciente de vértigo y náusea que me provocó su lectura, vuelve cada vez que considero el furor con que nuestros legisladores, por iniciativa propia o intimidados por el ejecutivo, se entregan a la reforma de las leyes penales. En diciembre del año pasado tuve la curiosa idea de comprar un código penal "actualizado" y hoy compruebo que hubiera sido mejor gastar el dinero en cañitas voladoras.

Comprendí el alcance de la desgracia recién al leer la pila de boletines oficiales que en pocos días, después de la feria de enero, llegó a mis manos. Empecé por la ley 24.010, supuestamente destinada a reforzar la protección penal de los menores. Suprimió el tipo penal de infanticidio, multiplicó las penas mínimas y máximas del abandono de personas y de los actos de supresión y suposición de su estado civil o de la identidad de un menor, y estableció tipos penales calificados de participación en estos últimos delitos; incluyó entre las falsificaciones materiales o ideológicas agravadas de un documento, las de certificados de parto o nacimiento. Restringió los supuestos de eximición de prisión —y, por extensión, de excarcelación— previstos en el Código Procesal Penal de la Nación, para los imputados de algunos de esos delitos.

Pasé luego a la ley 24.424, que modificó la ley de estupefacientes. Incluyó a los que siembran o cultivan plantas o guarden semillas utilizables para producir estupefacientes, cuando la cantidad indique que están destinadas al uso personal, entre los posibles candidatos a las "medidas de seguridad" que aquella ley establecería. Precavidamente advirtió a los jueces que podrían "evaluar" las pruebas consistentes en fotografías, filmaciones o grabaciones sólo "en la medida en que sea comprobada su autenticidad". Estableció un tipo penal sumamente vago de "confabulación" para cometer gran parte de los delitos relacionados con estupefacientes, punible desde que ciertos actos de alguno de sus miembros la revele, eximiendo de pena al delator o al que espontáneamente impidiera la reali-



zación del plan. En la misma línea y de modo general para la comisión de delitos de esa clase, introdujo la posibilidad de reducir la pena o eximir de ella al delator o informante, siempre que el dato revelado resulte valioso para la investigación. Reglamentó la actuación encubierta de agentes de las fuerzas de seguridad, que podrán bajo ciertas condiciones introducirse en las organizaciones de la droga y participar de sus actividades ilícitas y no serán además punibles si como consecuencia necesaria de la actividad encomendada se vieran compelidos a cometer cualquier delito, siempre que no ponga en peligro la vida o integridad física de otro ni importe un grave sufrimiento físico o moral. Se sancionaron además algunos artículos sobre seguridad social, retiro, ascenso y pensión del agente secreto que nada tenían que hacer en la ley de estupefacientes. Se autorizó al Juez a no incautar y permitir la salida del país de una carga de estupefacientes cuando tenga seguridad de que va a ser vigilada por las autoridades judiciales del país de destino. Y, finalmente, se consagró el anonimato del denunciante de un delito previsto en dicha ley o un contrabando de drogas.

Seguí con la 24.441, sobre vivienda, que in-

cluyó en el art. 173 del Código Penal tres nuevas defraudaciones "especiales" cuyos autores son sujetos tan raros que da ganas de conocerlos: titulares fiduciarios, administradores de fondos comunes de inversión, dadores de contratos de *leasing*, tenedores de letras hipotecarias y otros bacanes.

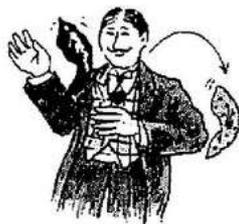
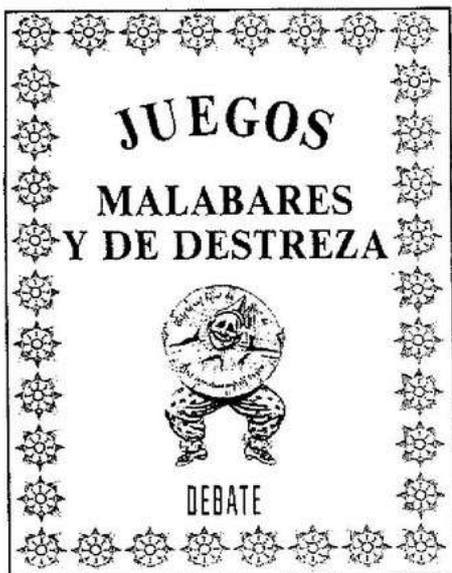
Pero pronto la atención del legislador volvió a los descamisados, porque la ley 24.454 modificó también el art. 181, ampliando el tipo de usurpación mediante nuevos (o viejos, como se quiera) medios de comisión: "la clandestinidad" y la amenaza. Incorporó además un modo rápido de expulsión del intruso bajo caución del accionante de desalojo, para el caso que después se verificara que se trató de una iniquidad.

Al llegar al ejemplar del 20 de enero me encontré con el decreto 65/95, que ordenó la creación de UNA COMISIÓN QUE TENDRÁ A SU CARGO LA ELABORACIÓN DE UN ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL. En los "considerandos" se proporcionan razones que deben ser mencionadas: el Código Penal desde su sanción experimentó numerosas reformas, en ocasiones fruto de gobiernos no elegidos democráticamente, que originaron "problemas de interpretación, doctrinaria"; numerosas leyes contienen disposiciones de carácter penal que "rompen la unidad conceptual del plexo punitivo"; "el art. 18 de la Constitución Nacional consagra el principio de la ley anterior al hecho del proceso, lo que obliga a extremar el criterio del legislador para prevenir muchas conductas delictivas que se originan en la constante modificación de hábitos y conductas sociales, a los fines de evitar situaciones de indefensión"; el poder ejecutivo ("intérprete de las necesidades") ha presentado diversos proyectos de leyes tendientes a reformar la legislación penal sobre penas alternativas, acoso sexual, apropiación de energía eléctrica, delitos contra la administración pública, injurias y calumnias, protección penal del cheque, etcétera, que deben ser "compatibilizados" con otros tantos proyectos originados en el poder legislativo, etcétera.

No me atrevo a asegurar que no haya habido alguna otra reforma parcial. Esto no tiene ciertamente demasiada importancia porque es probable que al publicarse la nota varias más se habrán efectuado, sin que descarte alguna sobre las modificaciones que aquí menciono. Omito voluntariamente la del art. 24 del Código Penal por la ley 24.390, porque me parece más útil encargarme de esa ley al examinar en el futuro el tema del modo en que gran parte de los jueces se encarga de frustrar las pocas consecuencias positivas para las libertades individuales que pueden provenir de las actuales reformas de la ley procesal o penal, alegando defectos ínfimos o efectuando interpretaciones minuciosas, actitudes que se guardan muy bien de adoptar cuando se trata de aplicar leyes que extienden o agravan las prohibiciones penales o confieren mayores facultades a los órganos de represión penal.

No creo que deba tampoco preocuparme de efectuar ningún examen "dogmático-penal" de las reformas que me ocupan. La interpretación dogmática requiere un misticismo, una fe en la coherencia del legislador (casi un "salto", como el Kierkegaard nos pide, pero respecto de algo mucho más difícil de alcanzar para un espíritu incrédulo que la existencia de Dios y la inmortalidad del alma), una negación tan radical de lo evidente, que está más allá de mis fuerzas.

Como ya advertí, estas líneas son hijas del vértigo y la náusea. Discúlpense entonces si digo que la consagración legal de la delación, la



persecución de obscuras confabulaciones, la secreta o encubierta actuación del Estado, las denuncias anónimas, la multiplicación del recurso a la prisión y la confianza supersticiosa en la capacidad de la represión penal para resolver problemas socio-económicos, que denota todo este desenfreno legislativo, son moralmente condenables, políticamente suicidas y estéticamente horrosas.

No se me escapa que la ética y la estética no influyen hoy para nada en el ejercicio del poder, pero lo que no ilego a comprender es cómo, en el imperio de la conveniencia, no se advierten las poderosas razones de utilidad que existen para no seguir en materia penal caminos cien veces transitados y probadamente absurdos. Se dirá que la "utilidad" existe y es inconfesable, pero yo tengo la impresión —que tal vez obedezca a algún residuo platónico inconsciente— de que este caos tiene por causa la ignorancia.

Si se pretende combatir más eficazmente, como se pregoniza, no el mero vicio, sino graves delitos de drogas, y son harto conocidos el terrible poder corruptor del dinero que aquellos producen, sobre las estructuras gubernamentales y las fuerzas de seguridad, y el constante peligro de entendimiento de intereses entre éstas y los delincuentes supuestamente combatidos en esa "guerra" (puede verse, por ejemplo, la explicación de Malamud Goti del caso boliviano, en *Humo y Espejos*, Ed. del Puerto, 1994) qué razón, que compense los riesgos que crea, puede haber para que la ley fomente la participación secreta de los agentes del Estado en actividades del narcotráfico, extendiéndoles además una credencial para cometer los delitos que les sean impuestos por las circunstancias, con la condición de que no sean homicidios o graves atentados personales.

Si se quiere transitar hacia la publicidad y transparencia de los procedimientos penales, como hasta el cansancio informé la propaganda oficial de la reforma del Código Procesal penal de la Nación, para qué se impulsan reformas que instauran el anonimato de las imputaciones y se permite a los agentes del Estado entrar en una ridícula y trágica especie de guerra sucia. Habrá que dar razón una vez más al pobre Nietzsche, tan admirador y enemigo de las doctrinas platónicas que me obnubilan, cuando nos

dice que la propia naturaleza de los procedimientos judiciales y ejecutivos impide que el culpable condene su propio crimen, porque el policía, el acusador y el juez, pretenden cometer, al servicio de la justicia, en buena conciencia, la misma especie de acciones que dicen desaprobar y condenar, el espionaje, el engaño, la corrupción y los lazos tendidos; practicar idéntico arte, lleno de ardid y artificios.

¿Qué decir de las otras modificaciones? ¿Es posible que alguien suponga que contribuyen a evitar el abandono y el tráfico de menores o la ocupación de inmuebles por hordas de miserables? ¿Seré demasiado simple por pensar que la mayoría de los "delitos" de esa índole obedecen a que hay en nuestro país miles de familias que necesitan ocupar ilegalmente algún tugurio para no dormir en la calle o de madres que tienen que entregar o vender por unos pesos a chicos que no podrían mantener; en fin, a la pobreza más humillante? ¿Por qué será que siento un poco de temor al ridículo por expresar tan llanamente, sin matices, esas ideas?

¿Qué cabe esperar de la reforma total que se sugiere, impulsada por el Poder que se autodenomina inexplicablemente "intérprete de las necesidades sociales"? Ya proporciona un indicio el hecho de que aparezca entre sus razones, quizá a causa de una redacción descuidada pero no por ello menos reveladora, una especie de lamentación por las contrariedades que debe el legislador soportar con estoicismo como consecuencia de la vigencia de la garantía de la ley penal anterior al hecho del proceso del artículo 18 constitucional: "extremar" su ingenio para evitar "situaciones de indefensión" social. Tampoco es muy alentador el que surge de la mezcla de temas sobre los que se encuentran en marcha esfuerzos legislativos que se quiere unificar con la promoción de una reforma integral. No sé en qué consistirán los tipos de "acoso sexual", pero si no se trata de conductas ya previstas en la ley penal, extorsión o algún delito contra la ho-

nestidad, seguramente se tratará de algo que pertenece al campo de la ley y la justicia laboral, si requiriera algún tratamiento específico, cosa que dudo.

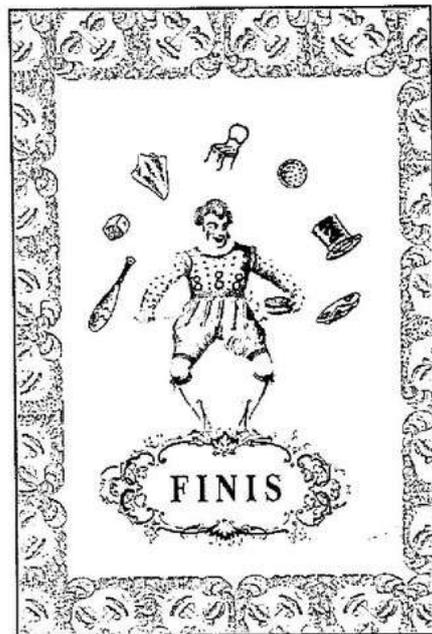
En cuanto a la apropiación de energía eléctrica no advierto cuál es el vacío legal. En general se trata de hurtos o defraudaciones y, por lo tanto, no imagino la reforma sino como un guiño a las empresas prestadoras del servicio.

De las intenciones que subyacen a los proyectos de modificación de los delitos contra el honor, injurias y calumnias, nada cabe agregar a las denuncias de la llamada "prensa independiente" públicamente conocidas.

En cuanto al "niño como sujeto de derecho": ¿qué puede modificarse que haya sido dejado en pie por la ley 24.410? Si se requieren normas adecuadas sobre este punto, no pertenecen ellas al derecho penal, sino al procesal penal, y deben ajustarse al propósito de equiparar sus garantías con las del adulto y borrar cualquier rasgo asistencialista y tutelar hipócrita del régimen de persecución penal de la minoridad.

Sobre el "terrorismo" y "los delitos contra la administración pública" no existen tampoco vacíos apreciables en la legislación vigente: bastan los tipos de asociación ilícita, tenencias de armas y explosivos de guerra, homicidios y lesiones agravados, incendios y estragos, y demás referidos a la seguridad y el orden públicos u otros bienes jurídicos que los actos del terrorismo afectan, y las casi cincuenta artículos del Código Penal que se ocupan de los ilícitos contra la administración pública, además de los especialmente previstos en otras leyes. El problema respecto de aquellos no es de insuficiencia de la ley penal sino, según el caso, la dificultad, ineptitud, desidia, falta de medios u obstaculización de las investigaciones judiciales.

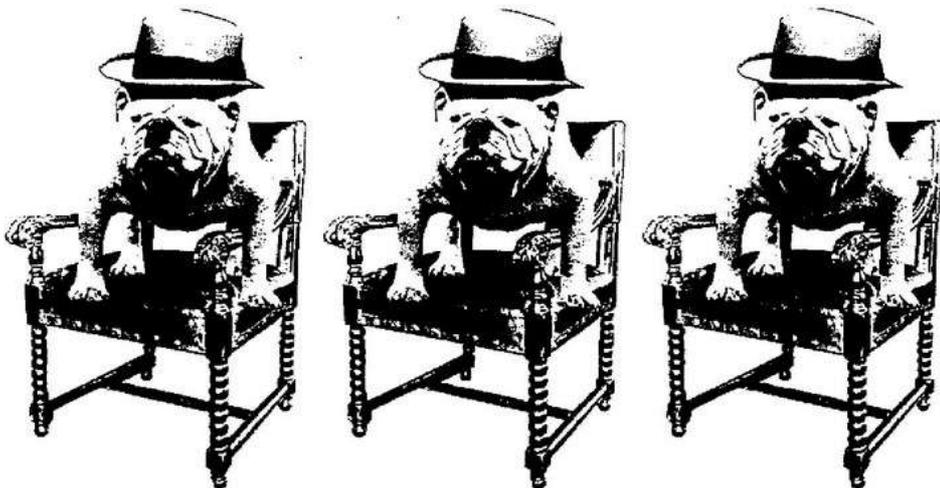
Podría seguir pero ya basta. Como el personaje de Poe afirma de la experiencia del Maels-tröm al comienzo del relato, bastó un solo día para convertir este pelo de negro azabache en blanco, para debilitar mis miembros y trastornar mis nervios hasta el punto de que me deja tembloroso el menor esfuerzo y me asusta una sombra.



Corte Suprema de Justicia de la Nación:

cambio de jurisprudencia en materia de derechos individuales

por Jorge A. Bacqué



Comienzo

La ley 23.774, publicada el 16 de abril de 1990, dispuso la modificación de la composición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, aumentando el número de sus miembros de cinco a nueve. Como en ese momento existía una vacante por renuncia del Dr. Caballero, la ley tuvo por efecto inmediato la necesidad de cubrir cinco cargos de ministros de la Corte, lo que implicaba que el Poder Ejecutivo designaría una nueva mayoría. Como en disconformidad con el aumento presenté mi renuncia, los nombramientos fueron seis. Los nuevos jueces se incorporaron al Tribunal a fines de dicho mes de abril.

Antes de terminado el año, la jurisprudencia sobre temas relacionados con los derechos y garantías a que la Constitución Nacional se refiere en su primera parte había cambiado sustancialmente.

Es sabido que las normas generales se refieren a clases de conductas, definidas a su vez, por palabras generales. Tal condición hace inevitable que ellas padezcan de la vaguedad inherente a esa categoría de palabras. De allí que la interpretación pueda optar —aún dentro de lo razonable— por ampliar o restringir el campo de aplicación de tales normas. La interpretación que carece de la condición de razonabilidad se convierte en violación de la norma.

Llamo "interpretación liberal" a aquella que atribuye a las normas que protegen los derechos y garantías individuales, el campo de aplicación más amplio que permita una interpretación razonable, dando preferencia a la defensa de estos derechos y garantías aun con respecto a otras normas que tiendan a asegurar otros intereses fundamentales de la colectividad, como podrían ser —entre otros— la rápida y eficiente aplicación de las leyes, la salud pública, la educación, etc. No se me escapa que la palabra "razonable" es, obviamente, vaga. Creo que la interpretación liberal debería aplicar en su definición el mismo criterio que para el caso de las normas. Ya que no puede el lenguaje escapar del mencionado

defecto, una regla sería: cuando exista duda acerca de la razonabilidad de una interpretación, debe optarse por aquella que mejor se compadezca con la defensa de los derechos del individuo.

La Corte de 1983 —Carrió (a quien reemplacé en abril de 1985), Caballero, Fayt, Belluscio y Petracchi— se caracterizó por un avance en la interpretación liberal de las normas protectoras de los derechos individuales. Como dije, esta corriente de interpretación liberal de los derechos y garantías se interrumpió con el arribo de los nuevos jueces en 1990. La nueva Corte reaccionó contra ella. Por eso la llamo "interpretación reaccionaria" por oposición a la "interpretación liberal" de la Corte de 1983.

A continuación comento algunos de los varios casos que ejemplifican este cambio en la jurisprudencia. No lo hago a manera de crítica, ya que, como dije, las cuestiones debatidas tenían un alto grado de opinabilidad, y de sentido ideológico, sino simplemente para constatar el cambio. Sin embargo, habiendo sido uno de los jueces de la Corte que siempre suscribió los fallos de tendencia liberal —en el sentido de la palabra "liberal" antes especificado— queda clara mi opinión sobre cuál debe ser la interpretación de la Constitución Nacional en materia de derechos y garantías.

Derecho a la defensa en juicio. Derecho a la inviolabilidad del domicilio

El caso "Fiorentino"

El 27 de Noviembre de 1984, la Corte, por unanimidad, se pronunció en el caso "Diego Enrique Fiorentino". Se trataba de un menor de edad, que, detenido por una comisión policial en el hall de entrada del edificio de departamentos en que habitaba con sus padres, confesó en dicho acto ser poseedor de marihuana que guardaba para su propio consumo en el departamento en que vivía. Fue despojado de sus llaves,

con las cuales la comisión policial se introdujo en el departamento, sorprendiendo a los padres de Fiorentino que se encontraban en la cocina. La Comisión entró en la habitación del detenido, sin permitir ni a este ni a sus progenitores que también lo hiciesen y se incautó de cinco colillas y cinco cigarrillos de marihuana y 38 semillas de dicha planta.

Fiorentino fue condenado a la pena de un año de prisión en suspenso, multa de un millón de pesos Ley 18.188 y costas. El juez de primera instancia fundó la condena, entre otros motivos, en la presunción de que los padres de Fiorentino habían autorizado el ingreso a la vivienda. La Cámara, al confirmar la sentencia, dijo en esta materia que no había existido violación alguna de la Constitución porque el menor había autorizado el ingreso según el testimonio del oficial que intervino y levantó acta de la diligencia. Agregó que aunque pudiera objetarse la validez del consentimiento prestado por el detenido por ser este menor de edad, debía presumirse que los padres lo habían prestado al no expresar concretamente su voluntad de excluir al personal policial. Esto implicaba sostener que debía presumirse la legalidad de la actuación policial, exigiendo a los agraviados la prueba de no haber prestado consentimiento. Una interpretación que, desde el punto de vista del derecho liberal, implicaba una inadmisibles inversión de la prueba.

La Corte abrió la instancia, apartándose de la jurisprudencia de fallos 301:676 (14 de abril de 1979) que sostenía que el Tribunal no debía entrar a considerar el agravio consistente en sostener la ilegalidad del allanamiento, por considerar que la cuestión era de índole procesal. Esta vuelta en la jurisprudencia ya era de singular importancia. Se volvía a la tesis anterior de Fallos 46:36 y 177:390, porque "la sustancia del planteo conduce en definitiva a determinar el alcance de la referida garantía constitucional" (la de inviolabilidad del domicilio).

Al entrar a considerar el fondo del asunto, el Tribunal sostuvo que aunque "en rigor no resulta exigencia del art. 18 que la orden de allanamiento emane de los jueces, el principio es que sólo ellos pueden autorizar esa medida..." y que "en la especie no se ha configurado ninguna de las excepciones previstas en el art. 189 del Código de Procedimientos en Materia Penal, ni ha mediado consentimiento válido que permitiera la intromisión del personal policial en el domicilio del procesado, dado que la prueba examinada revela la falta de fundamentación —en este punto— de la sentencia del *a quo*". Continúa el Tribunal diciendo que aunque hubiera mediado consentimiento como se hizo constar en el acta levantada por el oficial actuante, "el permiso carecería de efectos por las circunstancias en que se prestó, al haber sido Fiorentino aprehendido e interrogado sorpresivamente por una comisión de cuatro hombres en momentos en que ingresaba con su novia en el hall del edificio en que habitaba quedando detenido. En tales condicio-



nes, lo expresado por el *a quo* en el sentido de que debió mediar al menos una resistencia verbal para que fuera oída por los testigos, resulta irrazonable dada la situación referida, a lo que se suma la inexperiencia del imputado en trances de ese tipo, factor que puede presumirse en razón de la edad y de la falta de antecedentes judiciales". Agrega la Corte que "aparece carente de lógica derivar la existencia de un consentimiento tácito por ausencia de oposición expresa al registro, cuando ya se había producido el ingreso de los extraños en la vivienda...".

El principio sentado es importante: el consentimiento, para validar un allanamiento no ordenado por autoridad judicial debe ser probado fehacientemente por los funcionarios actuantes, no bastando los dichos de esos funcionarios ni de testigos casuales. Pero además no es válido el consentimiento prestado bajo la coacción psicológica que significa el ingreso sorpresivo.

El fallo declara la invalidez del registro domiciliario producido en las circunstancias del caso y agrega que "igual suerte debe correr el secuestro practicado en tales circunstancias... porque la incautación del cuerpo del delito no es entonces sino el fruto de un procedimiento ilegítimo y reconocer su idoneidad para sustentar la condena equivaldría a admitir la utilidad del empleo de medios ilícitos en la persecución penal, haciendo valer contra el procesado la evidencia obtenida con desconocimiento de garantías constitucionales (doc. de Fallos 46:36) lo cual no sólo es contradictorio con el reproche formulado sino que compromete la buena administración de justicia al pretender constituirla en beneficiaria del hecho ilícito" (Fallos 46:36)".

El fallo es importantísimo: no sólo declara el allanamiento ilegal, sino que igualmente declara ilegales las pruebas originadas en dicha ilegalidad. El pensamiento contrario provenía de la jurisprudencia de la época de la dictadura militar. El caso "Fiorentino" vuelve al criterio de exclusión establecido en el precedente de Fallos 303:1938 —tal como dice el juez Petracchi en su voto concordante— "que en ese caso se refiere a la confesión obtenida mediante medios coercitivos, pero que sienta un principio general, enunciado en su considerando tercero con palabras extraídas de la jurisprudencia de los Estados Unidos al expresar que: '... el conflicto entre dos intereses fundamentales de la sociedad: su interés en una rápida y eficiente ejecución de la ley y su interés en prevenir que los derechos

de sus miembros individuales resulten menoscabados por métodos inconstitucionales de ejecución de la ley... debe dirimirse eliminando del proceso penal los elementos de convicción así obtenidos. Proceder de otro modo comprometería la buena administración de justicia al pretender constituirla en beneficiaria del hecho ilícito' (caso citado, considerando 4º)".

El caso "Fernández"

El 11 de diciembre de 1990 la Corte se pronunció, con la firma de los Dres. Levene, Belluscio, Barra, Nazareno, Oyhanarte, Moliné O' Connor y Fayt —este último por su voto— en un caso sobre un procedimiento policial declarado ilegal por la Cámara Federal de Mendoza. La Corte revocó el pronunciamiento y convalidó el allanamiento, apartándose, a mi juicio, de la doctrina del caso "Fiorentino".

Escuetamente el caso consistió en lo siguiente: la policía detuvo al ciudadano de origen boliviano Víctor Hugo Fernández y le secuestró una cantidad de cocaína que tenía para su venta y que procedía de su país natal. El detenido manifestó —en lo que aquí interesa— que en una casa de la zona de Godoy Cruz se encontraba mayor cantidad del mismo producto. Uno de los policías que intervenían en el operativo se trasladó junto con el detenido al inmueble mencionado, que resultó ser la sede del consulado boliviano en Mendoza. En tales circunstancias, el dueño de casa, Ricardo Rivas Graña, conocido de Fernández, les franqueó la entrada y este presentó al policía como a "un amigo", escondiendo el carácter de funcionario del mismo. Rivas Graña entregó a Fernández una caja con estupefacientes que fue trasladada al asiento policial, donde se levantó el acta habitual.

La Cámara Federal de Mendoza, revocando la sentencia de primera instancia absolvió a Rivas Graña, por consideraciones que, en resumen, eran las siguientes:

- El procedimiento en el domicilio del acusado se efectuó sin orden de allanamiento.

- El procedimiento resultaba ilegal por haberse ocultado a Rivas Graña el carácter de policía de quien concurría a su domicilio acompañado por Fernández que expresamente presentó al funcionario como "un amigo".

- El procedimiento encubría la actividad de "confidentes" y presentaba diversas inexactitudes y desprolijidades.

- La detención de Rivas Graña se logró haciéndole creer que se dirigía a un lugar público a prestar ayuda a un connacional.

Por los motivos expuestos la Cámara, al absolver, resta eficacia al procedimiento policial y al incautamiento realizado en su curso, aplicando la doctrina de la Corte Suprema de la Nación expuesta en el caso "Fiorentino".

La Corte, por referencia al caso Ferrer F65.X-XIII, sostuvo que "no cabe construir una regla abstracta a partir del precedente de Fallos 306:1752 (caso "Fiorentino") que conduzca inevitablemente a tachar de nulidad el consentimiento dado para una inspección o requisa domiciliaria en todos los casos en que quien lo haya prestado estuviese privado de su libertad, sino que es preciso practicar un examen exhaustivo de todas las circunstancias que rodearon cada situación en concreto, para arribar a una conclusión acerca de la existencia de vicios que hayan podido afectar la voluntad libre del detenido".

Al considerar las particularidades del caso, la

Corte sostiene que el hecho de que el procesado haya permitido el ingreso de su amigo y su acompañante, sin indagar de quién se trataba ni los motivos de su presencia, no implica engaño alguno al imputado y por consiguiente este no puede ser amparado en el caso por la garantía que establece el art. 18 de la Constitución Nacional. El "ocultamiento de la identidad policial —dijo el Tribunal— sólo ha tenido por objeto tomar conocimiento de un hecho que fue realizado libremente, y sin coacciones por parte del imputado Rivas Graña, que tenía el derecho constitucional de excluir del acceso a su morada al desconocido, e incluso al no haberlo hecho, decidió libremente realizar ante sus ojos la transacción criminal con desprecio del riesgo de delación que ello podría involucrar".

Tampoco en el caso "Fiorentino", tanto éste como sus padres, se opusieron al ingreso de la policía ni fueron engañados por los funcionarios actuantes. Lo cierto es que a mi juicio, no puede ocultarse el hecho de que la presencia de Fernández —amigo del imputado— era suficiente para inducir a error a Rivas Graña. Y parece claro que aquel no advirtió a éste de la presencia policial —por el contrario lo presentó como un amigo— por encontrarse moralmente coaccionado o por prestarse voluntariamente al engaño, lo que, si se aplicara la doctrina del caso "Fiorentino" sería suficiente para declarar la ilegalidad del procedimiento.

En realidad, a mi juicio lo más grave de este fallo es la tesis de que no se debe construir "una regla abstracta" a partir del caso Fiorentino, porque precisamente el avance hacia una interpretación liberal de la Constitución que comportaba dicho precedente, consistía en la premisa de que toda falta de consentimiento, o todo consentimiento viciado por la fuerza o el engaño, eran hábiles para desautorizar la intrusión en el ámbito de la privacidad. La posibilidad del análisis casuístico tiende a debilitar la garantía.

Termino este párrafo citando un párrafo del excelente voto del juez Petracchi en el caso Fiorentino: "Si el consentimiento puede admitirse como una causa de legitimación para invadir la intimidad de la morada, él ha de ser expreso y comprobablemente anterior a la entrada de los representantes de la autoridad pública a la vivienda, no debe mediar fuerza o intimidación, y a la persona que lo presta se le debe hacer saber que tiene derecho a negar la autorización para el allanamiento".

En el caso Fernández no sólo no se le hizo saber al imputado sus derechos, sino que la autoridad ingresó al domicilio mediante engaño, haciéndose pasar por amigo de su cómplice.

Derechos sociales. Derecho a concertar convenciones colectivas de trabajo

El caso "Nordensthol"

El 2 de abril de 1985, la Corte Suprema se pronunció en el caso "Nordensthol, Gustavo Jorge c/Subterráneos de Buenos Aires Sociedad del Estado s/despido". El actor sostuvo, en lo esencial, que las convenciones colectivas de trabajo son normas autónomas, solamente subordinadas a la Constitución Nacional, en virtud de lo que establece el art. 14 bis, y que, por consiguiente, una ley posterior —en el caso la Ley 14.250 de Contrato de Trabajo— no podía empeorar las condiciones de indemnización por despido establecidas en una convención colectiva de trabajo anterior, debidamente homologada.

Antigua jurisprudencia de la Corte (Fallos

301:608) había sostenido que la garantía acordada a los trabajadores de concertar convenciones colectivas de trabajo no impedía que una ley posterior dejase sin efecto alguna de sus cláusulas. En el caso *Nordensthol*, la Corte cambió tal criterio, asegurando a los trabajadores los derechos adquiridos en virtud de convenciones colectivas de trabajo, pese a que una ley posterior los hubiera disminuido en su magnitud. El voto de la mayoría del Tribunal (Dres. Carrió, Caballero y Petracchi) se remitió a los fundamentos dados a su dictamen por el Procurador Fiscal (Dr. Gómez Forgués).

Sostuvo el Procurador en lo sustancial, que si bien el hecho de que una ley modifique los derechos adquiridos en virtud de una convención colectiva de trabajo anterior, no es suficiente para declarar la inconstitucionalidad de aquella, dicha ley debe dejar a salvo la sustancia del derecho que se limita pues "cualquiera sea la gravedad a que respondan las leyes de excepción no deja de regir el límite puesto por el artículo 28 de la Constitución Nacional". Como —afirma el dictamen— la Ley 21.476 "no impuso una limitación de derechos sino que lisa y llanamente suprimió los que enumeraba la cláusula cuestionada en el *sub lite* (art. 2, inc. a), privando así a los trabajadores del Estado o de empresas que le pertenecen mencionadas en la misma cláusula (...) corresponde dejar sin efecto la sentencia recurrida que había rechazado la pretensión del actor a la indemnización a que le daba derecho la convención colectiva de trabajo anterior".

El voto concordante de los jueces Fayt y Belluscio va más allá en la defensa de la garantía. Sostuvo que las convenciones colectivas de trabajo cuya validez se halla reconocida por el art. 14 *bis*, "constituyen una fuente de derecho de origen extraestatal pero incorporada al régimen normativo laboral después de su homologación". Por tal motivo, las convenciones colectivas homologadas no pueden ser derogadas por la ley. "De lo contrario —dice— perdería toda eficacia el reconocimiento constitucional como fuente de derecho autónoma, ya que su vigencia estaría supeditada a lo que dispusiese en contrario una norma de jerarquía inferior a la que otorga dicho reconocimiento".

El caso "Soengas"

El caso *Soengas*, fallado el 7 de mayo de 1990, con disidencias de los jueces Fayt y Belluscio, se refiere a circunstancias similares a las que configuraron el caso *Nordensthol*. La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo había condenado a Ferrocarriles Argentinos a pagar al actor, Héctor Ricardo *Soengas*, las diferencias salariales en concepto de bonificación por año de antigüedad según la forma de cálculo establecida en un Convenio Colectivo de Trabajo. Para así disponerlo declaró la inconstitucionalidad del art. 2º, inc. d, de la Ley 21.476, haciendo aplicación de la doctrina del caso *Nordensthol*.

La Corte argumentó que el caso *Soengas* era distinto a aquel precedente, porque el inc. d del art. 2º de la ley 21.476, "se refiere al régimen de remuneraciones u otros ingresos, con independencia de su índole, del personal de los sectores público o privado que se hubiesen establecido en función de coeficientes, índices o cualquier otro método de cálculo que tome como base el salario mínimo o el costo de vida o retribuciones distintas del propio cargo". En suma, mientras que la norma impugnada y declarada inconstitucional en *Nordensthol* aseguraba la inmutabilidad de la protección otorgada por una convención colectiva de trabajo, mayor que la

dispuesta por la ley común, en materia de indemnización por despido arbitrario, el caso *Soengas* trataba acerca del régimen de remuneraciones asegurado por una convención colectiva. En definitiva la Corte pareció decir: garantía de las condiciones de despido sí, garantía de las condiciones de remuneración no. Como motivo para la distinción, la Corte adujo que el art. 1º de la Ley 21.476, "tuvo por objeto mantener la vigencia de las convenciones colectivas de trabajo, con limitaciones, a fin de no variar la situación laboral existente y preservar la estabilidad de las relaciones colectivas de trabajo en un momento en que la coyuntura obligaba a ser excesivamente cauteloso en todo lo que podía incidir en la economía del país", situación por otra parte similar a la que existía en el momento de dictarse la sentencia en *Nordensthol*. Apoyó también su razonamiento en la vigencia de la Ley 21.307 "que determinó que los incrementos de carácter general de las remuneraciones solamente pudieran ser dispuestos por decretos del Poder Ejecutivo Nacional con intervención de los ministerios de Economía y Trabajo (y que) tuvo por objeto coadyuvar en un ordenado plan de acción para solucionar la emergencia económica que la Nación atravesaba...".

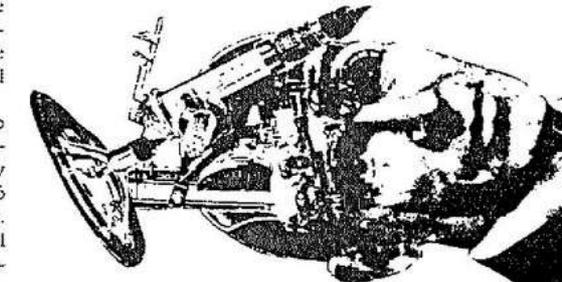
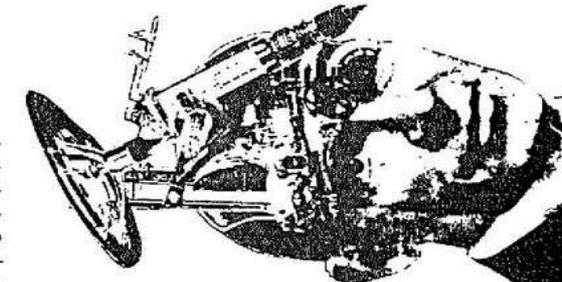
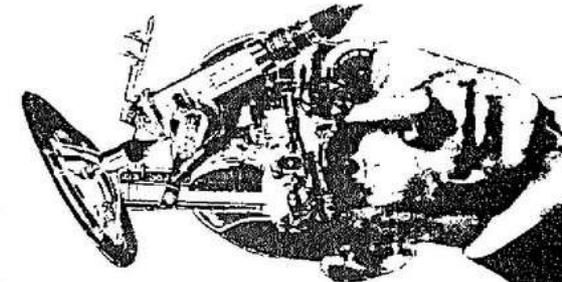
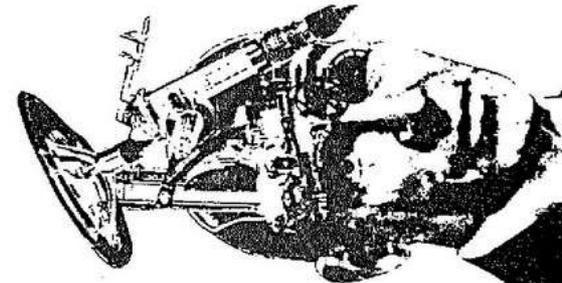
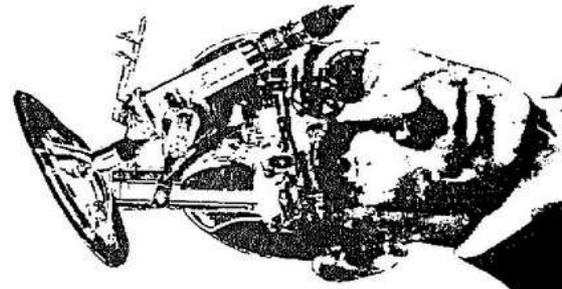
Cabe hacer una referencia a las importantes disidencias de los Dres. Fayt y Belluscio, que, en definitiva, mostraron coherencia al mantener los criterios sostenidos por la minoría en el caso *Nordensthol*. Con algunos matices diferenciales, ambos jueces no sólo mantienen el criterio de que las convenciones colectivas de trabajo constituyen una fuente de derecho autónoma que luego de su homologación no pueden dejarse sin efecto por una ley y así declaran la inconstitucionalidad del art. 2º, inc. d) de la Ley 21.476, sino que extienden esta determinación al art. 5º de la Ley 21.307, ambas normas "susceptibles de tornar ilusorias las garantías constitucionales" otorgadas por el art. 14 *bis* de la Constitución Nacional. La disidencia es trascendente, pues marca las limitaciones de índole constitucional a que debe ceñirse el parlamento al dictar leyes, aunque éstas sean de las llamadas "de emergencia".

Derecho a la privacidad

Los casos "Bazterrica" y "Capalbo"

El 27 de agosto de 1986, la Corte se pronunció en los casos "Bazterrica, Gustavo Mario s/tenencia de estupefacientes" y "Capalbo, Alejandro Carlos s/tenencia de estupefacientes". Ambos casos son prácticamente idénticos, al punto de que la mayoría (Dres. Belluscio, Petracchi — éste por su voto— y quien esto escribe) se pronunció en el caso *Capalbo* por remisión a lo dicho en "Bazterrica", en tanto que la disidencia de los jueces Caballero y Fayt se pronunció en "Bazterrica" por remisión al caso "Capalbo". Se trataba de juzgar acerca de la alegada inconstitucionalidad del artículo 6º de la Ley 20.771, que reprimía la tenencia de estupefacientes para el uso personal.

La Corte se apartó de la doctrina del caso "Colavini (Fallos 300:254) que inició una tendencia jurisprudencial vigente entre los años 1978 y 1981 (Caso "Valerio", Fallos 303:1205). Declaró la inconstitucionalidad, sosteniendo que "el art. 19 de la Constitución Nacional circunscribe el caso de inmunidad de las acciones privadas estableciendo un límite en el orden y la moral pública y en los derechos de terceros" y sostiene por consiguiente, que el accionar del legislador



dirigido a asegurar la protección jurídica de determinados bienes "no puede exceder, pues, el campo de las acciones de los hombres que ofenden a la moral pública, al que se refieren las normas morales que se dirigen a la protección de bienes de terceros". La Corte distinguió el campo de aplicación del artículo 18 de la Constitución, que protege a las acciones que se realizan en la intimidad, del artículo 19 que ampara "las que no ofenden a la moral pública", que definió como aquellas "que no perjudican a un tercero". Enfáticamente dice el fallo: "Las conductas del hombre que se dirigen sólo contra sí mismo, quedan fuera del ámbito de las prohibiciones".

Colateralmente, el fallo estudia las consecuencias que, para combatir al narcotráfico, tiene la penalización de la tenencia de estupefacientes, llegando a la conclusión, a través de antecedentes científicos, estadísticos, y recomendaciones de instituciones internacionales vinculadas al combate contra la drogadicción, de que la afirmación de que dichas consecuencias son beneficiosas, es meramente dogmática pues no reposa en comprobaciones científicas. En tal sentido dice el voto del juez Petracchi:

"... es preciso poner de relieve que tanto en la jurisprudencia como en la doctrina nacionales, el argumento de que la incriminación de la simple tenencia contribuye a evitar consecuencias negativas concretas para el bienestar y la seguridad general, sólo se registra como una mera afirmación dogmática, sin que en ningún caso se aluda a pruebas efectivas que confirmen lo aseverado".

Este examen que el voto mayoritario hace — y el del Dr. Petracchi con mayor extensión y detalle — es importante porque versando el caso sobre tenencia de estupefacientes, era necesario relacionar el campo de aplicación del artículo 19 de la Constitución con esa materia. Pero lo verdaderamente trascendente del fallo es el establecimiento de una regla general para limitar dicho campo de aplicación: la acción del legislador no puede ir más allá del campo de las acciones que perjudiquen a terceros. "Conviene distinguir aquí —dice la sentencia— la ética privada de las personas, cuya transgresión está reservada por la Constitución al juicio de Dios, y la ética colectiva en que aparecen custodiados bienes o intereses de terceros". La tenencia de drogas para el consumo personal no es más que un ejemplo de acciones que caen dentro de la primera, ya que, como dice el fallo, "no se debe presumir que en todos los casos ella tenga consecuencias negativas para la ética colectiva". La inducción al consumo, la utilización para preparar o facilitar un delito, etc. —actos incriminados por otras normas legales— son ejemplos de acciones que caen dentro de la segunda. Y la mencionada regla general es de trascendental importancia para la interpretación del derecho liberal, porque, como dice la sentencia, la prohibición constitucional de interferir con las conductas privadas de los hombres "responde a una concepción según la cual el Estado no debe imponer ideales de vi-

da a los individuos, sino ofrecerles libertad para que ellos los elijan...".

El caso "Montalvo"

El 11 de diciembre de 1990, la Corte Suprema de Justicia dictó sentencia en el caso "Montalvo, Ernesto Alfredo p.s.a. inf. ley 20771". Se trataba en lo esencial de un caso similar a "Capalho" y a "Bazterrica". Montalvo impugnaba de inconstitucional el artículo 6º de la Ley 20.771 —vigente en el momento de la comisión del hecho— y el artículo 14, segunda parte, de la Ley 23.737, dictada con posterioridad. Éste incriminaba la tenencia de estupefacientes para uso personal, disponiendo una reducción de pena "cuando por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiera inequívocamente que la tenencia es para uso personal".

La Corte por mayoría (Dres. Levene, Cavagna Martínez, Fayt —por su voto mediante remisión a su disidencia en los casos "Bazterrica" y "Capalho"— Barra, Nazareno, Oyhanarte y Moliné O' Connor) resolvió retomar la jurisprudencia que inició el caso "Colavini". Los Dres. Belluscio y Petracchi mantuvieron los criterios sostenidos al formar mayoría en aquellos casos.

Sostuvo la mayoría que entre las razones que llevaron al legislador a incriminar la tenencia de estupefacientes para uso personal, "figura la necesidad de proteger a la comunidad ante uno de los más tenebrosos azotes que atenta contra la salud humana", no tratándose de la represión del tenedor que no ha cometido delito contra las personas, "sino de reprimir el delito contra la salud pública, porque lo que se quiere proteger no es el interés particular del adicto sino el interés general que está por encima de él y que aquel, como suele suceder, trata de alguna manera de resquebrajar, dado que su conducta también constituye un medio de difusión de la droga o de los estupefacientes (Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, septiembre 19 de 1974, pág. 2871)". Agrega que los motivos dados por el legislador "remiten a cuestiones de política criminal que involucran razones de oportunidad, mérito o conveniencia, sobre los cuales está vedado a esta Corte inmiscuirse, so riesgo de arrogarse ilegítimamente la función legislativa".

El Tribunal hace hincapié en que el artículo 19 de la Constitución estatuye que las acciones privadas que se hallan exentas de la autoridad de los magistrados son aquellas que "de ningún modo" ofendan al orden y la moralidad pública ni perjudiquen a terceros, lo que lo lleva a sostener que para que queden fuera del campo de aplicación de la norma basta "que 'de algún modo', cierto y ponderable" ofendan al orden y a la moral pública. A continuación, sostiene la sentencia que el ámbito de lo que cubre la expresión "de algún modo", "está sujeto a la autoridad de los magistrados y, por tanto, se subordina a las formas de control social que el Estado, como

agente insustituible del bien común puede emplear lícita y discretionalmente".

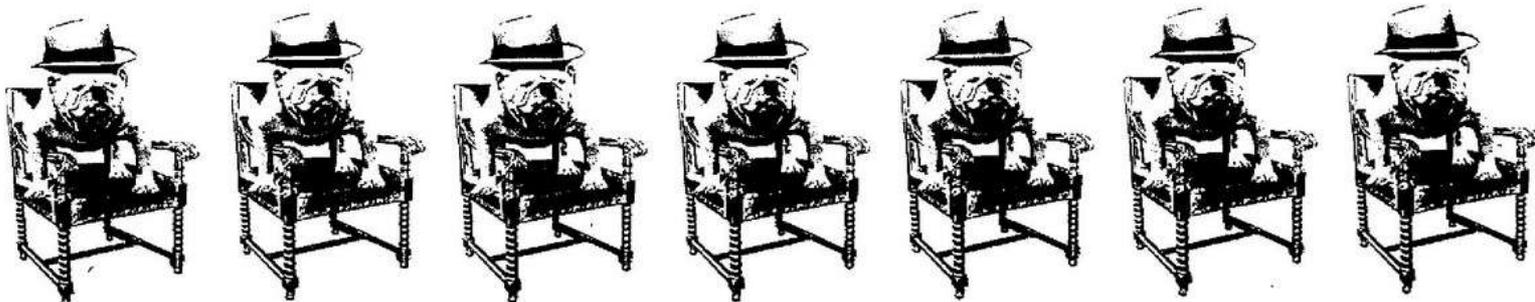
La sentencia critica el voto de la mayoría en "Bazterrica", sosteniendo que el artículo 19 de la Constitución debe interpretarse en forma contraria de la que hace aquel voto: lejos de ser el artículo 19 aplicable a todos los casos en que los tenedores de estupefacientes para consumo propio no cometieran conductas que afecten a terceros, "el art. 19 queda excluido si las acciones privadas originan esas 'consecuencias' en algunos casos, que es lo que, con toda evidencia, sucede en las situaciones a que se refiere esta causa". Según el voto, los drogadictos en general dan ejemplo, instigan al consumo "al menos en muchísimos supuestos reales" y "la tendencia a contagiar de los drogadictos es un hecho público y notorio, o sea un elemento de la verdad jurídica objetiva... que los jueces no pueden ignorar".

"El elemento subjetivo de la figura —dice el fallo— se satisface con la voluntad consciente del sujeto de tener la droga... quien tiene drogas cumple con la acción típica y con los elementos de la figura, sin que los motivos en virtud de los cuales entró en la tenencia de la sustancia, con conocimiento de su naturaleza, tengan relevancia para resolver la cuestión en examen, toda vez que al resultar sancionada esa conducta como de peligro abstracto, dicho peligro existe en tanto la sustancia conserve sus cualidades y sea apta para ser consumida por cualquier persona con o sin consentimiento del tenedor y es por ello susceptible de ser castigada (Fallos 305:137)". La cita se refiere al caso "Gustavo Daniel Maldonado", fallado el 1º de marzo de 1983.

Es decir: el gran cambio entre "Bazterrica" y "Montalvo" consiste en que, mientras en "Bazterrica", para excluir la tenencia para consumo de la regla del artículo 19, era necesario probar que el hecho particular había tenido consecuencias que afectaran a la moralidad pública, en "Montalvo" esas consecuencias se presumen, porque —según la Corte— en general, cualquier forma de tenencia de estupefacientes trasciende el ámbito de la privacidad que garantiza el artículo 19.

Final. Para muestra bastan tres botones

Pero existen otros fallos en que la Corte ha aplicado la llamada en este artículo "interpretación reaccionaria". Quien desee ampliar el muestrario puede comenzar por ver, por ejemplo, el caso "Dromi, José Roberto (Ministro de Obras Públicas de la Nación) s/avocación en autos: Fontela, Moisés Eduardo c/Estado Nacional" fallado el 6 de setiembre de 1990, con respecto a la garantía del debido proceso y el caso "Peralta, Luis Arsenio y otro c/Estado Nacional", resuelto el 27 de diciembre de 1990, con respecto al derecho de propiedad.



ingeniería de la verdad

Este enfoque historiográfico de tipo retrospectivo representa el rasgo más característico de la inquisición. La inquisición no es sólo instrucción secreta, ausencia de defensa y exclusión del contradictorio. Es, antes que eso, un método de investigación, una lógica, una teoría del conocimiento. El método consiste, precisamente, en la formulación y en la fundamentación autoreflexiva de las acusaciones o de las hipótesis historiográficas, que preceden —y no siguen— a la investigación, la orientan y son, ellas mismas, guía y clave de la lectura de los hechos. La forma lógica y argumentativa es aquella del razonamiento circular y de la petición de principios. El resultado es la infalseabilidad preordenada de las acusaciones. En fin, dada su base tautológica no disponible ni a la verificación ni a la refutación empírica, la inquisición se configura como un modelo investigativo marcado por un específico objeto procesal: no los delitos, sino el reo; no los hechos concretos, sino la personalidad misma —moral, intelectual— del imputado.

De esta base epistemológica, en la que coinciden la historiografía idealista-conspirativa y la lógica procesal inquisitiva, descende la tendencia a considerar como falsas, o inatendibles, o multisignificativas, todas las fuentes de prueba que contradigan las acusaciones, y a volver a buscar, entonces, los elementos que le resultan concordantes.

Luigi Ferrajoli, *Il caso '7 de aprile'*.

Lineamenti di un proceso inquisitorio.

I. Para poder comenzar

Una de las formas posibles de estudiar un modelo de procedimiento penal es a partir de su consideración como un método de construcción de la verdad. Para ello, analizaremos la estructura del procedimiento y, al mismo tiempo, los actores que en él participan, y las atribuciones y facultades de estos actores. Así, nuestras consideraciones no estarán referidas al articulado de un código determinado, o a la posible interpretación de alguna cláusula del nuevo —paradójicamente, casi a punto de cumplir dos siglos de antigüedad como modelo procesal— código procesal penal que fuera responsable de traer a Buenos Aires la costumbre de pronunciar las condenas penales a viva voz. Nos dedicaremos, en cambio, al análisis de dos modelos de procedimiento penal que, supuestamente, comparten un objetivo común, como instrumentos realizadores de la búsqueda de la verdad.

Los modelos elegidos para el análisis presentan profundas diferencias entre sí. Las razones de estas diferencias pueden ser halladas en la tradición jurídica propia de ambos sistemas, como

Procedimiento penal comparado



también en las diversas circunstancias históricas, políticas y sociales que les dieron origen y que actualmente conforman el sentido cultural de cada uno de ellos. Sin embargo, estas razones serán dejadas de lado, en parte, porque se trata de descubrir qué lectura podemos realizar hoy de ambos modelos de procedimiento.

La afirmación de que el sistema de enjuiciamiento penal adoptado por una comunidad jurídica determinada es el reflejo de los valores socio-políticos de esa comunidad es, en la actualidad, una proposición aceptada entre los juristas. Intentaremos llevar a cabo, entonces, un análisis del procedimiento penal como forma de construcción de la verdad a partir de dos modelos que, de acuerdo con la literatura procesal penal, son presentados como antagónicos.

El primero de ellos es el procedimiento estadounidense, representante acabado de un modelo acusatorio formal en el marco de la tradición jurídica anglo-sajona. El segundo, el procedimiento federal de nuestro país, es la muestra del sistema inquisitivo reformado propio de la tradición jurídica continental europea —que en adelante, denominaremos tradición continental—, especialmente de la primera reacción que esta tradición produjera para poner límites a los excesos cometidos por el modelo inquisitivo puro consolidado con los estados absolutos (1).

Antes de señalar las diferencias entre ambos modelos, es menester destacar sus similitudes. La literatura perteneciente a la tradición continental, de la que somos producto, repite, casi al unísono, que la averiguación de la verdad es el objetivo del procedimiento penal. Si bien la meta última del procedimiento consiste en la realización del derecho penal, esto es, en la aplicación del derecho penal sustantivo, esa meta sólo puede ser alcanzada si, a través del procedimiento, se determina la verdad del acontecimiento histórico —o verdad material— que funda la imputación de responsabilidad y, a la vez, torna necesaria la respuesta punitiva. En el contexto anglo-sajón y, más particularmente, en el ámbito estadounidense, también se consolida la misma afirmación: la búsqueda de la verdad es

Por Alberto Bovino

el objetivo del procedimiento (2), aun cuando esta afirmación puede resultar extraña por diversas razones (3).

Frente a estas similitudes, podríamos creer que la única diferencia entre ambos modelos es instrumental, esto es, que sólo existe en la medida en que a través de distintos métodos se persigue un objetivo común e, incluso más, en razón de que las diferencias pueden ser consideradas como cuestiones técnicas propias de los juristas. Sin embargo, a pesar de la similitud del objetivo declamado para el proceso penal, es posible indagar diferencias en el significado de los distintos presupuestos que fundan cada uno de los modelos de construcción de la verdad considerados. Pasemos, ahora, a esas diferencias.

II. American way

Lo primero que llama la atención para quienes convivimos en la tradición continental, al leer doctrina y jurisprudencia estadounidenses, reside en que el sistema de enjuiciamiento penal propio de los EE.UU. (4) es considerado como uno de los métodos posibles para averiguar la verdad, y no el único. Si tuviéramos que describir las particularidades del procedimiento estadounidense que más interesan en esta discusión, deberíamos destacar dos de ellas:

a) La estructura del procedimiento: todas las reglas del proceso están diseñadas para que un juzgador profesional inactivo —el juez— escuche cómo los abogados de ambas partes —fiscal y defensor— presentan su propia versión de los hechos discutidos de la mejor manera posible para el interés que representan. El tema a discutir es, claramente, aquel que las partes presentan ante el juzgador, es decir, aquel en el cual las partes no están de acuerdo, como sucede en un proceso civil.

b) El juzgador no profesional: las decisiones principales —el veredicto de culpabilidad en el juicio, la aplicación de la pena de muerte, la decisión inicial que permite al fiscal dar comienzo

formal a la persecución— son tomadas por personas que no sólo no son profesionales del derecho sino que, además, ni siquiera son jueces permanentes.

Si tuviéramos que describir el procedimiento a través de una figura geométrica, podríamos utilizar un triángulo que descansa sobre su base, en el cual el ángulo superior representa al juez, y los dos inferiores a las partes. La figura del triángulo, sin embargo, sólo puede resultar útil para describir las relaciones entre el acusador, el imputado y el tribunal, sin considerar al jurado.

En el derecho continental, en cambio, cada vez que se intenta justificar cierto tipo de facultades del tribunal que van más allá

de la actividad decisoria sobre las peticiones formuladas por las partes, se destaca que tales facultades son necesarias por ser, precisamente, la búsqueda de la verdad el objetivo del procedimiento penal (5). A través de este mecanismo justificatorio se autoriza que el tribunal desempeñe una actividad que excede el papel estrictamente decisorio que es, supuestamente, propio del poder judicial. Este mecanismo permite realizar dos inferencias. En primer lugar, se supone que al otorgarle a dos órganos diferentes la obligación de descubrir la verdad —ministerio público y tribunal—, el objetivo resulta alcanzable más fácilmente. En segundo lugar, se presume que el tribunal, por ocupar un lugar considerado "neutral", se encuentra en mejor posición que las partes para alcanzar la verdad. A esta consideración se agrega que —al menos en nuestro país— el tribunal está integrado, exclusivamente, por jueces permanentes y profesionales, estos, por personas que se ocupan profesionalmente de estos menesteres y que han sido entrenadas en un saber específico, el saber jurídico.

Así, mientras el primer modelo asume que hay diferentes maneras de presentar, apreciar, evaluar o considerar las circunstancias de hecho y los principios normativos aplicables a cada caso, reconoce, a la vez, que hay dos partes con intereses diferentes. En este marco procesal, las partes actúan como representantes de un interés y, en consecuencia, configuran una interpretación determinada de la situación sometida a decisión. En este sentido, el interés por la persecución penal es considerado un interés más, es decir, como la expresión de ciertos valores, y al mismo tiempo, es equiparado —puesto al mismo nivel— al interés individual que resiste la persecución estatal.

En la lucha por la construcción de la verdad que tiene lugar en el proceso penal estadounidense —como en todo proceso en el cual se discute un conflicto (6)—, cada parte ofrece la prueba como propia. Así, existen los testigos de la acusación y los testigos de la defensa. Queda claro, desde un comienzo, que hay aquí dos partes que, a través del procedimiento, luchan por la construcción de la verdad que servirá de fundamento a la decisión del caso. Puede sostenerse que no se trata sólo de una lucha cuyo fin se limita a buscar la mejor manera de establecer frente al juzgador la verdad jurídica posible, sino que, además, el mismo método a través del

cual esta lucha se desarrolla tiene como fundamento, en sus cimientos, un concepto de verdad básicamente comprensivo de los intereses que intentan configurarla.

Se podría sostener, sin embargo, que el procedimiento está formulado de este modo al solo efecto de dar entrada a otros valores de rango superior o similar a la necesidad de averiguar la verdad. En este sentido, el derecho de contrainterrogar a los testigos de la otra parte se podría considerar, al menos en el caso del defensor, una consecuencia del derecho de defensa, y no un problema conceptual sobre la verdad jurídica a alcanzar en el juicio (7).

Sin embargo, esto no explica que el derecho existe para ambas partes y no sólo para el defensor. Los estadounidenses consideran este derecho como una de las facultades básicas que deben tener los intervinientes para que el procedimiento pueda servir a su fin, esto es, a la averiguación de la verdad.

Por lo demás, si nos detenemos en el estudio pormenorizado de la jurisprudencia sobre las garantías que operan en el ámbito de la persecución penal, advertiremos que, en verdad, ellas aparecen como una manera de poner ciertos límites al interés que la actividad del fiscal y la policía representan en su misión de exposición y construcción de la verdad interesada en la persecución penal y obtención de condenas. Al reconocer que las dos partes se enfrentan en el procedimiento con una actividad expresiva de intereses concretos y opuestos en la solución del caso, y que este es el mejor modo de estructurar la participación de los actores necesarios para la búsqueda de la verdad que habrá de construirse en él, los límites impuestos por la aplicación de las garantías no representan tan sólo el reconocimiento de otros valores que deben ser considerados, sino que, también, son un presupuesto básico del sistema de construcción de la verdad a través de la actividad de las partes. La limitación, entonces, no existe para relativizar la necesidad de averiguar la verdad sino, además, para colocar y regular ciertos límites al modo necesario según el cual la actividad de las partes contribuye a la construcción de la verdad judicial.

Cuando el fiscal estadounidense, en el curso de la investigación preparatoria para el juicio, encuentra prueba que permite eliminar o atenuar la responsabilidad del imputado, no tiene la obligación de producir esta prueba en el juicio. Pero la jurisprudencia ha establecido que el fiscal debe notificar al defensor sobre la existencia de esta prueba si no desea correr el riesgo de que anulen la condena obtenida (8). La decisión jurisprudencial entiende, simplemente, que no puede existir una persecución "objetiva" por parte de quien es, precisamente, encargado de perseguir. En su lugar, se limita a enviar una señal clara a los fiscales: si en su actividad persecutoria ocultan prueba que puede servir a la defensa, la condena, si es obtenida, será revocada, porque el fiscal impidió que la otra parte presentara el caso del modo más conveniente para el interés de su cliente. La posible revocación de la decisión condenatoria y, como consecuencia, la realización de un nuevo juicio, operan como mecanismos preventivos para que el fiscal no oculte prueba que pueda beneficiar al imputado. Pero lo que la decisión expresa, también, es que no puede imponerse al fiscal una tarea imposible, esto es, no puede esperarse que quien

representa al interés persecutorio actúe objetivamente, de modo neutral, tratando de conciliar ese interés con el del imputado que resiste la imputación (9).

En estos términos, el procedimiento es considerado como un conjunto de disposiciones que regula la actividad de dos partes que, representando intereses contrapuestos, luchan por obtener una construcción de la verdad acorde con esos intereses. El tribunal y el jurado sólo escuchan a las partes y no participan en la actividad que pretende formular una interpretación determinada de la verdad jurídica aplicable al caso.

La participación del jurado, por otro lado, permite consideraciones adicionales. La tarea del jurado es determinar la culpabilidad o inocencia del acusado en el juicio. Para ello, el jurado escucha a ambos litigantes, presencia la producción de la prueba y recibe las instrucciones del juez respecto de los cargos y el derecho aplicable. La discusión del jurado es secreta y al pronunciar su veredicto no debe dar razones. Estructurado el sistema de este modo, resulta imposible controlar la decisión a la cual arriba. Quizá esta imposibilidad, unida al significado político referido a la participación de los ciudadanos en los casos penales, sea una explicación del poder del jurado de no aplicar la ley en el caso concreto —nullification—. Esta facultad permite que el jurado no aplique la ley en aquellos casos en los cuales la prueba, según criterios continentales tradicionales, indica de modo manifiesto la responsabilidad del acusado.

III. El procedimiento federal

Pasemos, ahora sí, al procedimiento vernáculo. Desde el comienzo del procedimiento, el sistema prevé que un integrante del poder judicial —el juez de instrucción— desarrolle una investigación, considerada imparcial y objetiva, sobre un hecho histórico hipotético que implica la realización de una figura delictiva. Este personaje, a través de un procedimiento por lo menos oscuro, lleva adelante la averiguación y decide sobre la imputación del hecho a ciertas personas que aparecen, en principio, como responsables.

El fiscal, luego de requerir el comienzo de la investigación formal del caso —requerimiento que se limita al hecho y no a los imputados—, habilita a este buen señor, paradigma de la aplicación imparcial de la ley, a perseguir a los habitantes que considere involucrados. Tras cumplir esta tarea requerida originaria —y en algunos casos sin ella (10)— el fiscal puede, si lo desea, gozar de inmerecidas vacaciones, puesto que el diseño federal lo convierte en el convidado de piedra, al conceder la suma de las facultades persecutorias al tribunal. Durante la etapa del juicio y, con anterioridad, en su preparación, nuevamente las posibilidades del tribunal y, especialmente, el papel que el código expresamente le otorga, convierte al fiscal, en el mejor de los casos, en un participante secundario del procedimiento. Además, el código establece tribunales integrados por jueces profesionales y permanentes que, según dicen algunos, no son los que nuestra Constitución establece para las causas penales.

El modelo federal, como otro modelo posible para instrumentar la averiguación de la verdad, adopta un esquema que construye la verdad de un modo diferente a la del ejemplo antes considerado.

En primer lugar, las decisiones estarán a car-

go de personas especialmente entrenadas en el campo del saber jurídico. Dentro de este esquema, sólo podrá determinar cuál fue exactamente la verdad sobre el hecho investigado quien cumpla ciertos requisitos formales. Para alcanzar la verdad jurídica que resuelve el caso, entonces, el prisma de la formación en el saber que se difunde en las facultades de derecho resultará imprescindible. La verdad a alcanzar en el proceso sólo puede ser vista, evaluada, alcanzada, por los iniciados.

El hecho de que en algunos países también pertenecientes a la tradición continental participen, como miembros del tribunal y junto a los jueces profesionales, algunos jueces legos no permanentes, no anula la afirmación anterior. En todo caso, la relativiza, pues resulta innegable que, en cierto sentido, la conformación del tribunal no expresa más que esta necesidad del prisma jurídico, único idóneo, según ese modelo, para la determinación de la verdad que se discute en el proceso.

La mera integración del órgano decisor indica, entonces, que la verdad se construye, entre nosotros, de un modo diferente. Pero esta decisión de nuestro modelo no es la única señal de cómo será la construcción de la verdad configurada en el procedimiento. La actividad de los intervinientes agrega motivos que establecen la diferencia con el modelo anterior.

La posición activa del tribunal, a cargo, supuestamente, de la representación de intereses contradictorios —persecutorios y defensoristas, con el triunfo inevitable de los primeros—, permite afirmar que las reglas del procedimiento están previstas para que quienes lo integran puedan alcanzar una verdad que sólo puede ser definida de una sola manera, en términos supuestamente neutrales. Así, el modelo parte de la base de la negación de los intereses que intervienen en el proceso de construcción de la verdad judicial.

Si el tribunal puede reemplazar al fiscal, o en otras ocasiones, colaborar con él, es, entre otros motivos, por el deber objetivo que pesa sobre el fiscal. Si presumimos, así, que el fiscal interesado en la persecución puede obrar objetivamente, con mucha más razón esta tarea resulta posible para el tribunal y, por ello, no parece irrazonable que este último ejerza funciones investigativas o requirentes. Y cuando argumentamos que quien dirige la investigación no puede ser imparcial para decidir situaciones tales como el *procesamiento*, no por una cuestión personal sino, antes bien, por la posición que ocupa en el diseño procesal, la afirmación es rechazada porque se trata de jueces, personas que, especialmente según la particular cultura jurídica porteña, han venido al mundo con el don de la imparcialidad.

Argumentaciones de este estilo resultan incomprendidas y consideradas como una especie de afrenta o agresión personal a quien o quienes integran el tribunal (11). Respecto a este tipo de cuestiones, el sistema de jurados clásico presenta la gran ventaja de que permite una discusión franca sobre las normas que regulan la producción de la prueba y, consecuentemente, de las situaciones en las cuales se discute la admisibilidad de cierto tipo de pruebas.

Consideremos, por ejemplo, la información sobre los antecedentes del imputado, que, como regla, no resulta admisible en un juicio estadounidense. La razón de esta regla consiste en que se presume que esta información puede desviar la atención del jurado a una cuestión que no tiene relación alguna con el hecho que se discute en el juicio. Por tratarse de legos, no

ofenderemos a ningún miembro del tribunal si argumentamos sobre el peligro que genera la inducción de estos datos (12). En el fondo, el significado de la objeción representa algo así como "su señoría, son legos, no podrán entender cómo pueden utilizar esta información". En realidad, se trata de que los miembros del jurado son humanos, y de que se debe evitar que supongan — como hacemos muchos de nosotros — que porque el imputado una vez cometió un delito, esta vez también lo ha hecho, cuando la condena, por un principio normativo, debe fundarse exclusivamente en la prueba producida en el juicio y referida al hecho objeto de la imputación.

Sin embargo, resulta difícil, sino imposible, que los adeptos a la cultura inquisitiva comprendan que, por jueces que sean, el conocimiento de los antecedentes del imputado o, para agregar otro ejemplo, del expediente resultado de la instrucción, proyecta su influencia sobre su percepción del caso. Un buen ejemplo de esta incompreensión son algunas resoluciones que rechazan una recusación no sólo para jueces que habrán de integrar el tribunal de juicio y conocen el expediente, sino que, además, han dictado resoluciones de mérito —confirmación como juez de cámara del auto de procesamiento— en etapas anteriores de la causa. Este tipo de planteo sólo provoca una reacción corporativa que manifiesta una fe irracional en la posibilidad de que un juez, que ya adoptó una hipótesis afirmativa expresa sobre la responsabilidad del imputado, ingrese al debate para tomar una decisión fundada sólo en la prueba allí producida.

Ahora bien, ¿cuáles son las implicancias del papel asignado al tribunal en términos del mecanismo de la construcción de la verdad que representa el juicio penal?

En primer lugar, el modelo descansa sobre una piedra basal: un concepto de verdad objetiva. Se asume que la determinación y evaluación de una compleja situación, que incluye la valoración sobre la realización de ciertos acontecimientos y, más insólito aún, sobre la interpretación de datos fácticos a la luz de principios normativos de los que resultan inescindibles, es una apreciación objetiva y posible de ser realizada de modo aséptico por quienes poseen cierto saber. Desde este punto de vista, se justifica la realización de una tarea imposible: *la construcción de la verdad desinteresada* construida judicialmente, en ejercicio de una actividad investigativa, requirente y decisoria que implica, mediante el remanido argumento de la objetividad, la representación de intereses contradictorios. Mientras todo el ordenamiento jurídico reconoce como uno de sus principios generales la imposibilidad de que un sujeto represente intereses que se encuentren en conflicto, el principio es supinamente ignorado para ciertos sujetos —los jueces penales— llamados a decidir sobre cuestiones relativas a la aplicación del castigo.

Todo el procedimiento federal es el reflejo acabado de esta creencia. El papel procesal del fiscal desde el comienzo del procedimiento hasta la etapa de impugnación de la sentencia y, más especialmente, las funciones del juez de instrucción y de los miembros del tribunal de juicio, no son más que la expresión clara y detallada de esta noción de que resulta posible, a través del procedimiento penal, que estos acto-

fiscal y tribunal
con los otros dos
ángulos
hacia arriba.

el imputado
sobre uno solo
de sus
ángulos

res construyan objetivamente la verdad condenatoria del acusado.

Si tuviéramos que explicar este procedimiento con una figura geométrica deberíamos, nuevamente, recurrir a un triángulo, sólo que esta vez invertido, es decir, descansando sobre uno solo de sus ángulos (el imputado), con los otros dos ángulos (fiscal y tribunal) hacia arriba.

El procedimiento inquisitivo histórico incluye esta particular concepción de cómo habrá de construirse la verdad judicial. Cuando el inquisidor negaba la defensa del imputado, no negaba un derecho, sino que utilizaba el único método que consideraba posible para averiguar la verdad. La actividad defensiva, una vez formulada la hipótesis sobre la responsabilidad de quien era perseguido, sólo podía actuar como impedimento de la verificación de la verdad de la hipótesis. Iniciada la persecución, la hipótesis originaria se alimentaba a sí misma y, al mismo tiempo, orientaba la actividad que estaba destinada a su confirmación.

Hoy la noción de delito, definida en términos de *infracción* de una norma estatal y no de *daño* a un tercero, ha reemplazado a la vieja idea de pecado. Sin embargo, así como antes el inquisidor era el único idóneo para descubrir y decidir sobre la verdad, hoy son los jueces los constructores exclusivos de la verdad judicial.

Por otro lado, la intervención del imputado en el procedimiento sigue reflejando la desconfianza hacia su versión de los hechos una vez que un juez decide que existen motivos suficientes para considerarlo responsable de un hecho punible. Disposiciones expresas del código sobre su intervención —o la interpretación que de ellas realizan los tribunales— reflejan esta concepción. Un buen ejemplo consiste en el caso en el cual el imputado concurre a prestar declaración indagatoria. En esta declaración, él no puede ver el expediente antes de su declaración, sólo tiene derecho a confiar en la versión del caso que le brinda el juez de instrucción, que es, precisamente, *quien lo está persiguiendo*. Otra expresión de esta concepción está representada por los artículos 378 y 379 del CPP Nación, que regulan la manera en la cual declara el imputado durante el debate: la idea es encontrar contradicciones en su declaración, sorprenderlo.

IV. Las palabras de la ley

El lenguaje del texto legal también ayuda a la comprensión de los presupuestos del modelo de construcción de la verdad que el proceso penal representa. Cuando el juez de instrucción cita a quien considera responsable, no lo escucha, lo "indaga". La carga de sospecha que trae aparejada esta palabra nos saca de dudas sobre la consideración que podrá concederse a la explicación exculpatoria de quien declara en esta ocasión. La construcción de la verdad condenatoria, en este marco, se realiza por etapas sucesivas que van agregando porciones de culpabilidad.

El término "imputado", a su vez, diluye a la figura del acusador y destaca la existencia de una imputación, es decir, de la atribución de un hecho. De este modo, la persecución se objeti-

viza al dirigirse a la discusión sobre un hecho, y la atención sobre quién realiza la persecución desaparece. Mientras que algunos se horrorizan ante la posibilidad de que la instrucción esté a cargo de un fiscal y no de un juez, entre otras razones por la posibilidad de que el fiscal realice ciertas actividades que pueden resultar perjudiciales para el imputado, tales como tomar declaración a un testigo, estas mismas personas consideran que no existe peligro alguno cuando quien realiza este tipo de actividad es un juez que, además, decide sobre el procesamiento, la detención preventiva y la elevación a juicio del caso. Si el testimonio fuera recibido por el acusador, al menos se tornaría transparente la desconfianza sobre su contenido y la necesidad de que los jueces que decidirán el caso lo escucharán en la audiencia.

En el ámbito estadounidense, las palabras también nos brindan señales significativas. El equivalente a nuestro "imputado" es el "defendant", es decir, quien se defiende. Una causa federal se llamará, por ejemplo, "United States versus Smith". La idea de enfrentamiento, de oposición de intereses, es inequívoca; también lo es la identificación de los enfrentados (13). Quien se defiende, lo hace porque está siendo agredido. Estas expresiones, además, no destacan la realización de un hecho sino, claramente, que alguien, al perseguir penalmente, está atacando a quien se defiende. Ambas expresiones, de este modo, relativizan el hecho y, consecuentemente, la posibilidad de su construcción objetiva a través de un procedimiento, destacando que este es un ámbito en el que se cruzan pretensiones que manifiestan intereses diferentes en un conflicto. En este contexto, por otro lado, el juzgador debe esperar, para tomar la decisión, el momento en el cual los dos oponentes terminan de producir toda su prueba y presentan todos sus argumentos, para formular alguna hipótesis sobre la cuestión que debe decidir. Cada interviniente tiene claro cuál es su función; la verdad condenatoria no se asume, debe ser construida a través de la actividad de las partes, y evaluada y decidida por quienes sólo entran en contacto con el caso cuando comienza el juicio.

Nuestro procedimiento puede ser descrito, en cambio, como una suma de pasos y etapas tendentes a confirmar la hipótesis persecutoria original. El modelo de construcción de la verdad que representa tiene como característica fundamental la orientación de la actividad que, de modo circular y tautológico —como señala Ferrajoli— conduce a la confirmación y autojustificación del proceso iniciado.

V. La confesión

Las reglas referidas a la declaración del imputado representan, en ambos sistemas, un buen indicio de sus presupuestos valorativos. Muchas personas pertenecientes a la tradición continental se asombran frente al hecho, que consideran negativo, de que el imputado, en el juicio estadounidense, declare bajo juramento. Veamos cómo funciona esta declaración, al menos en dos momentos del procedimiento.

Iniciada formalmente la persecución penal, el juez estadounidense explicará al imputado el hecho que motiva el proceso y le preguntará cómo se declara. La pregunta que le formula no implica el pedido de una explicación, sino que significa, aproximadamente, lo siguiente: "el fiscal ha decidido perseguirlo por el hecho tal, ¿cómo reacciona usted frente a esa imputación?".

Las únicas respuestas posibles son: a) me considero culpable, con lo cual no se realiza el juicio y se pasa a la etapa de determinación de la pena; o b) me considero no culpable, con lo cual el fiscal debe probar su imputación en el juicio.

Durante el juicio, por otra parte, el imputado puede decidir si declara o no lo hace. Pero cuando se inicia el juicio nadie le pregunta nada, ni le pide explicación alguna. El fiscal y el defensor abren el juicio explicando al jurado su interpretación de los hechos y cómo piensan probarla y, a continuación, el fiscal debe producir toda su prueba para demostrar la imputación realizada. Cuando el fiscal termina con su caso, recién interviene el defensor, que puede optar por producir su prueba o no hacerlo, si considera que el caso del fiscal es suficientemente débil y, por ello, provocará un veredicto absolutorio. Si decide producir prueba, el imputado, si lo desea, puede declarar, pero lo hará bajo juramento.

La primera pregunta del juez, en la etapa inicial del procedimiento es, claramente, una pregunta que no versa sobre el hecho y la responsabilidad, sino sobre la actitud del imputado en el procedimiento, tendente a obtener la respuesta de si el imputado va a resistir la imputación del fiscal o no va a hacerlo. La posibilidad de declararse no culpable y, a la vez, aceptar las consecuencias de la imputación (la pena) señala claramente el carácter y la función de este paso procesal. Ello resulta posible a través del *plea de nolo contendere* (14), por el cual el imputado acepta la imposición de la pena pero, al mismo tiempo, sostiene su inocencia.

En cuanto a la declaración en el juicio, cabe señalar dos cuestiones. La primera de ellas es que el imputado, en su propio juicio, es considerado otro testigo más y, como tal, sometido a las mismas reglas referidas al falso testimonio. Ello supone que el imputado puede declarar del mismo modo que un testigo de la parte contraria y que su testimonio, que contradice la prueba acusatoria, puede ser considerado en términos idénticos. En segundo lugar, nadie llama a declarar al imputado en ningún momento y el ejercicio de su derecho a no declarar no es manifestado expresamente frente al jurado y, por lo tanto, no se ve obligado a expresar que no declara en ejercicio de sus derechos constitucionales. Si bien es cierto que el hecho de que el imputado no declare es un hecho visible para el jurado, también es posible que sea considerado como una de las tantas decisiones sobre la prueba que el defensor realiza, especialmente si el caso indica que de todas las pruebas posibles las partes seleccionaron sólo algunas —aquellas que consideraron más relevantes—.

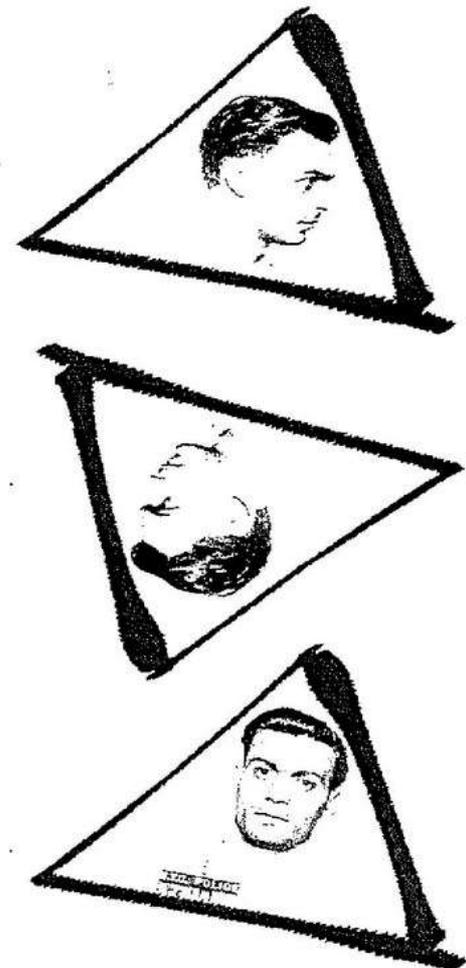
De este modo, el imputado no tiene que dar explicación alguna, y sólo decide si declarará una vez que el fiscal hizo su trabajo, es decir, si considera que hay razones para creer en la hipótesis que lo acusa, una vez que esta hipótesis ha sido demostrada en cierta medida, y no antes de esa ocasión.

En nuestro procedimiento, cada vez que se interroga al imputado, esta interrogación consiste en un pedido para que él brinde una explicación sobre la hipótesis que inicia la persecución. Pedirle explicaciones a alguien supone, necesariamente, partir de la base de que la imputación puede ser cierta o, también, que tiene algo de cierta. En el debate ello se aprecia claramente. Antes de que el fiscal haya demostrado nada, el juzgador pide explicaciones al imputado. La pregunta, previa a toda actividad probatoria, supone, de modo manifiesto, la responsabilidad del imputado. Si esta afirmación no convence, las reglas previstas para el caso de varios imputados

puedan, quizá, lograrlo. Sin presumir la culpabilidad de los imputados, no tiene sentido que quienes declaran últimos no estén presentes cuando declaran los primeros. Por otro lado, el orden de producción de la prueba —que es la prueba del proceso y no de las partes—, dispuesto por el tribunal, permite que se produzca prueba exculpatória antes de que la prueba condenatoria haya sido producida. Antes de la producción de prueba condenatoria que demuestre en cierta medida la responsabilidad del imputado no tiene sentido —a menos que asumamos que si hemos llegado a esta etapa es porque el imputado es, de algún modo, responsable por el hecho— producir prueba que lo desincrimina, y mucho menos aún cuando se supone, como suponemos, por principio, que la regla de inocencia anticipada deposita el *onus probandi* en la parte acusadora.

VI. Para poder acabar

A través de este enfoque, el tratamiento de la declaración del imputado en ambos sistemas contribuye a destacar los presupuestos sobre los cuales cada uno de ellos se funda para lograr el objetivo de averiguar la verdad. Mientras que en el modelo estadouni-



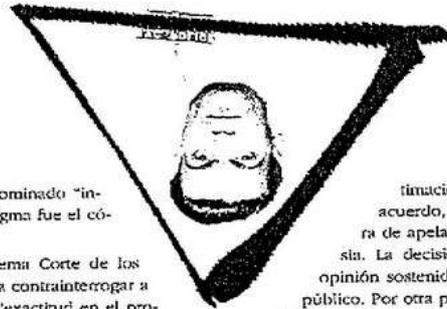
dense las facultades de los intervinientes —fiscal, imputado, tribunal y jurado— están claramente diferenciadas y limitadas, y existe una descentralización del poder decisorio, en nuestro modelo, el tribunal representa la máxima concentración de poder en el proceso de construcción de la verdad. Al mismo tiempo, en el primer modelo se presume que la persecución penal que se canaliza a través del proceso reconoce, de modo inequívoco, distintos y opuestos intereses en el marco del procedimiento y, además, que la persecución, como hipótesis interesada en la construcción de la verdad, debe ser diferenciada de la actividad de quienes realizan tareas decisorias. Por otra parte, la forma en que se decide en el modelo estadounidense reconoce que la decisión que resuelve el conflicto no sólo tendrá en cuenta los intereses en juego sino que, además, puede tener en cuenta y, al mismo tiempo, dejar de lado, aquellas consecuencias jurídicas consideradas injustas.

El modelo estadounidense, de este modo, reconoce al imputado como titular de derechos, y lo coloca, al enfrentarlo, en pie de igualdad con su acusador. Nuestro procedimiento, en cambio, coloca al perseguido en un triste y difícil lugar. Ello porque sus reglas presumen la verdad sobre la imputación en la misma medida en que el procedimiento avanza. En este camino, el imputado se enfrenta con dos acusadores: el tribunal y el fiscal. En estos términos, más que un titular de derechos —siempre limitados por la necesidad de averiguar la verdad— es un objeto del método de indagación elegido para la construcción de la verdad.

A pesar de estas consideraciones, no queremos aquí glorificar el procedimiento estadounidense o denostar el propio. Ello por dos razones. En primer lugar, porque el juicio estadounidense no es, actualmente, el principal método de atribución de responsabilidad penal en ese país, ya que este procedimiento se utiliza sólo en el 10 % de los casos penales (15). En segundo lugar, porque nuestro procedimiento y nuestra organización judicial, en aras de la obtención de la verdad material que supone alcanzar, establece un método y una distribución de esfuerzos altamente ineficiente para obtener pronunciamientos condenatorios.

En este sentido, puede afirmarse que nuestro modelo procesal actúa, al menos para quienes no son perseguidos por la misma incapacidad del sistema, como garantía. Así, resulta imposible con un procedimiento tan formalizado y burocrático, que exige la participación judicial en tareas persecutorias que no son propias, obtener un alto índice de individuos sometidos a persecución penal. A pesar de la voluntad inquisitiva de sus operadores, la ineficiencia del modelo de construcción de la verdad resulta, paradójicamente, un límite a la persecución necesaria de todos los hechos punibles que dispone el art. 71 de nuestro Código Penal.

Ello no significa que nuestros jueces sean ineficientes o que no estén de acuerdo con la posibilidad de aumentar la capacidad represiva del sistema. Significa, simplemente, que han sido llamados a cumplir una tarea que, debido al texto legal, resulta imposible de cumplir.



Notas

1. Nos referimos al modelo denominado "inquisitivo reformado" cuyo paradigma fue el código francés de 1808.
2. En *Dutton v. Evans*, la Suprema Corte de los EE.UU. sostuvo que el derecho a contrainterrogar a los testigos ayuda a asegurar la "exactitud en el proceso de obtención de la verdad". 400 US 74, 89 (1970).
3. Nos referimos a la ausencia del principio de legalidad procesal, o la posibilidad de respuestas no penales aun para los casos que ingresan a la justicia penal —*diversion*—, a la facultad del fiscal de negociar los cargos que constituirán, finalmente, la imputación formal. Sobre la ausencia del principio de legalidad procesal y facultades de negociación del fiscal (*plea bargaining*), ver Fabricio Guariglia, *Facultades discrecionales del ministerio público e investigación preparatoria: el principio de oportunidad*, en AA.VV., *El ministerio público en el proceso penal, Ad-Hoc*, Buenos Aires, 1993; Alberto Bovino, *Composición estatal, política criminal inquisitiva y art. 14 de la ley penal tributaria*, en AA.VV., *Delitos no convencionales*, Del Puerto, Buenos Aires, 1994. Sobre *diversion*, ver Esteban Marino, *La suspensión del procedimiento a prueba*, en AA.VV., *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico*, Del Puerto, Buenos Aires, 1993.
4. Para un análisis comparativo entre el procedimiento penal argentino y estadounidense, cf. Alejandro Carrió, *El enjuiciamiento penal en la Argentina y en los Estados Unidos*, Eudeba, Buenos Aires, 1990.
5. Así, por ejemplo, Claría Olmedo justifica este tipo de facultades del tribunal "por la indisponibilidad del objeto sustancial y la necesidad de una investigación integral". Cf. Jorge Claría Olmedo, *Derecho Procesal Penal*, Lerner, Córdoba, 1985, t. III, p. 176.
6. Cf. Victor Abramovich, *El complejo de Rock Hudson*, en "No Hay Derecho", Buenos Aires, 1991, Nº 4, p. 10.
7. Así, para el modelo continental, Julio B. J. Maier, *Derecho Procesal Penal*, Del Puerto, Buenos Aires.
8. Las principales decisiones de la Corte Suprema de los EE.UU. que impusieron este deber al fiscal de avisar al defensor sobre la existencia de prueba exculpatória son *Moonney v. Holaban*, 294 US 103 (1935); *Brady v. Maryland*, 373 US 83 (1963) y *United States v. Agurs*, 427 US 97 (1976).
9. Así, basta trasladar la información al representante del interés opuesto. Él se ocupará de valorar ese elemento y, de este modo, determinará si su incorporación al procedimiento es conveniente. Se trata, además, de una señal de respeto por el interés del imputado, que evita el ingreso autoritario al procedimiento de aquello que el estado, sin consulta, considera favorable para su interés.
10. Ver la decisión de la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal en el caso *Ávila, Blanca Noemí*, reproducida en el Boletín de Jurisprudencia Nº 1, del año 1993, en p. 22, en la que se decide que, en el supuesto en el cual el fiscal pide la des-

tinución y el juez de instrucción no está de acuerdo, este último eleva el caso a la cámara de apelaciones para que decida la controversia. La decisión, claramente, torna irrelevante la opinión sostenida por quienes integran el ministerio público. Por otra parte, la inexigencia de requerimiento fiscal en el caso de prevención policial, establecida en el código, limita aún más el papel referente del ministerio público.

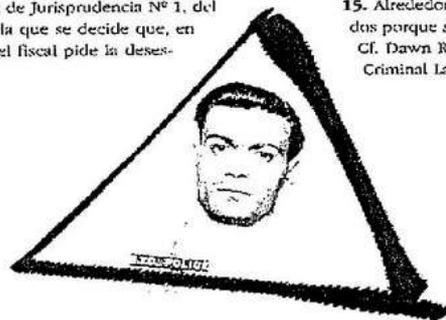
11. Para apreciar el problema de incomprensión cultural del principio de imparcialidad por parte de algunos miembros de la magistratura porteña, ver el incidente de recusación en la causa "Sosa, M. I. s/art. 302 del CP", radicada en el fuero penal económico, resuelta el 23/11/92 con los votos de Oyuela y Landaburu. El fiscal Gustavo Bruzzone solicitó la recusación de Cortezzzi, integrante del tribunal de juicio, porque este había confirmado, como juez de cámara, la prisión preventiva de quien resultaría juzgado en el caso. Si bien el planteo del fiscal se refería, correctamente, al problema de la imparcialidad, el tribunal dedicó varias páginas a explicar por qué, en el caso, no existía prejuzgamiento. La cantidad de páginas dedicadas al problema del prejuzgamiento puede ser considerada directamente proporcional a la incomprensión del tema por parte de los miembros del tribunal.

12. "Es un principio de larga trayectoria en nuestro derecho que la prueba sobre la comisión anterior de un delito es inadmisibile para probar la *disposición* para cometer delitos, de la cual el jurado pueda inferir que el acusado ha cometido el delito que se le imputa. Dado que esta probabilidad es alta, los tribunales presumen el perjuicio y excluyen las pruebas sobre otros delitos, a menos que ellas resulten admisibles para otros propósitos sustanciales y legítimos...". *Drew v. US*, 331 F.2d 85, 88 (D.C. Cir. 1988). En un caso en el cual se había admitido la confesión del coimputado, dando la instrucción al jurado para que sólo considere esa declaración contra quien confesó y no contra su compañero, la Corte Suprema estadounidense sostuvo que: "... en algunos contextos, el riesgo de que el jurado no siga, o no pueda seguir, las instrucciones es tan grande, y las consecuencias de ese riesgo tan vitales para el acusado, que las limitaciones prácticas y humanas del sistema de jurados no pueden ser ignoradas...". *Bruton v. US*, 391 US 123, 135 (1968).

13. Compárese con nuestra forma de mencionar las causas, por ejemplo: "Perez por estafa".

14. La manera usual de declararse culpable es a través de un *guilty plea*, que implica el reconocimiento de la culpabilidad. Sin embargo, existe la posibilidad de utilizar el *plea de nolo contendere*, que sólo implica la aceptación de la pena al mismo tiempo que niega la culpabilidad y la responsabilidad civil.

15. Alrededor del 90 % de los imputados resultan condenados porque se declaran culpables a través de un *guilty plea*. Cf. Dawn Ready, *Guilty Pleas and Practice*, en "American Criminal Law Review", vol. 30, 1993, p. 1117.



Para que sirve saber:

acerca de los modos de reconstrucción del horror

Por Hernán Charosky

introducción a la memoria

Los textos agrupados en esta sección se dirigen a la función y los modos de asunción de la memoria del horror en distintos países. El sentido que puede tener revisar las experiencias de investigación, de juicio o de reflexión sobre el horror encarnado en estado, seguramente no estará separado de la voluntad de pensar proyectos políticos.

El gobierno de Córdoba cayó por una decisión cuya última instancia es el Banco Mundial. Un gobierno elegido por decisión del pueblo, instancia de decisión política en una democracia, perdió legitimidad de un golpe de racionalidad: no pudo sostener su existencia por la falta del recurso esencial para la ejecución del programa estatal, el dinero del capital financiero.

Las probabilidades de realizar decisiones políticas, con su característica de determinar un sujeto en el mismo acto, nacional, popular, de clase, están acotadas por decisiones completamente racionalizadas, completamente determinadas por un *medioambiente* anterior, por ningún sujeto. Sin embargo, este estado de cosas dependió, en un principio, de una decisión política soberana: la opción del ajuste. En un momento, una decisión política clausuró la política y cambió el lenguaje, la racionalidad, las reglas y los sujetos por los de la lógica del capital financiero. Un sujeto político perdió su identidad con su última decisión. Un suicidio de la voluntad colectiva.

¿Qué significa la caída de dos gobiernos en una lógica absoluta y ajena? Quizá sea algo parecido a la crisis de la decisión política del señor feudal a

manos del dinero del primer capitalismo. Como mínimo, significa que la lógica de la decisión sobre el poder se instala en el equilibrio sistémico del capital financiero. Hablar las lenguas de la nacionalidad, de la clase, de las identidades políticas es decir sin sentidos. Mereceremos la risa y el ridículo. La lógica del capital va creando sus identidades posibles por su lado, sus modos de individuar a los individuos.

Los arrepentimientos individuales e institucionales del momento deben querer decirnos algo. Los individuales, por ejemplo, que hay una subjetividad ética que permitió que quien fue monstruo no disolviera ni la conciencia ni la memoria de eso. En un sentido, esto los vuelve locos sublimes, como el capitán Scilingo, una mezcla de Lautremont y Artaud en la historia argentina. Su conciencia le grita lo que es mejor callar, lo que sería racional no decir. Pero ahí están sus nervios, que lo traicionan. Es el loco de este sistema nuevo, leve, liviano, ligero, montado sobre los desaparecidos olvidados bajo el agua.

La lógica de la reconciliación no es otra que la de maximizar los beneficios del olvido, el recuerdo del horror es ajeno a este programa, es perjuicio puro. Pero el recuerdo del horror no es solamente la escena trágica que se mira igual que la AMIA destruida, las masacres tribales de Ruanda, el hambre en Etiopía, o la bomba de Oklahoma. Es, además de la sangre y de los cadáveres, del horror a la muerte, horror histórico, con un sentido y una función histórica y política. Y ese recuerdo activa algo sedimentado, ya no es el pasado horroroso por sí, como foto, sino como momento de institución de lo que es real ahora. Ojo, nos dice el gobierno, o nos dice Grondona: no mezclemos las cosas. Y se repudia con fiereza a Bonafini cuando dice que la lucha de las madres de plaza de mayo es la lucha de los hijos que las reunieron. La lucha de los hijos, hoy día, la de las madres, es mezclar las cosas.



Por Jürgen Habermas

Traducción de Andrés Reggiani

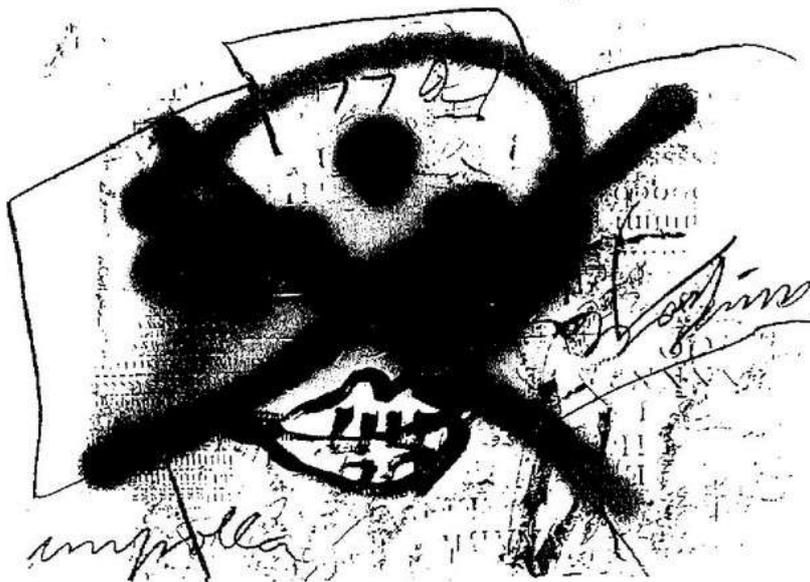
En mayo último Jürgen Habermas fue convocado por la Comisión Investigadora del Parlamento Alemán a una audiencia pública sobre la historia y las consecuencias de la dictadura del Partido de Unidad Socialista (SED) el partido comunista que gobernara la ex-República Democrática Alemana). Habermas utilizó esta oportunidad para presentar sus ideas sobre el “patriotismo constitucional”, los derechos civiles, y la necesidad de establecer un compromiso complejo y abierto con la historia alemana. Lo que sigue es la mayor parte de su intervención.

Las dos audiencias anteriores consideraron la interpretación de hechos. La discusión final trata una cuestión de índole diferente: ¿De qué manera podemos fomentar una cultura política que establezca el estado democrático constitucional?

Porque esta cuestión posee un carácter normativo, no voy a asumir el rol de un experto científico, sino que me colocaré en la posición de un intelectual que participa de una discusión pública. Con esta última audiencia, la comisión misma se ha integrado al proceso de “reconciliación con la historia de dos dictaduras alemanas” que se ha escogido como tema. Responderé en orden a cada una de las cuatro preguntas en que se ha dividido la cuestión de la importancia que este proceso tiene para la preservación de la democracia (la cuarta pregunta ha sido omitida).

¿Cuál es la importancia que esta reconciliación con el pasado tiene para la estabilidad del orden democrático y sus valores sociales?

La expresión “reconciliación con el pasado” deriva del título de un ensayo escrito en 1959 en el cual Theodor Adorno reclamaba un debate público sobre el período del nacional socialismo (1). Desde entonces, hemos sido testigos de una controversia sobre las ventajas y desventajas de una reflexión intelectual sobre este pasado, incluyendo sus aspectos más nefastos. Los que se oponen a ello temen los efectos desestabilizadores de una pedagogía histórica en la cual, se afirma, la discusión permanente del pasado debilita las tradiciones de las cuales se nutre la imagen política que una nación construye de sí misma. En lugar de evocar aquellos pasados que perturban nuestra conciencia, debemos recuperar los



momentos históricos positivos, aquellos que puedan ser afirmados. En 1989 la cuestión de si los archivos de la policía secreta de la República Democrática deberían ser abiertos o no al público desató una controversia similar. Creo que la oposición entre el ocultamiento de información y la moralización auto-destructiva no es sino una falsa polaridad, por las razones siguientes:

1. En primer lugar dudo que exista alguna opción entre el encubrimiento y la autocritica. El evitar las experiencias dolorosas no es una función de la voluntad o de la conciencia. Ciertamente se podría decretar una amnistía o la confidencialidad de documentos comprometedores, pero la supresión lisa y llana del pasado doloroso, aun cuando ello resultase funcional, no puede ser el resultado lógico de una acción racional. Las verdades amargas son difíciles de controlar; las mismas pueden en cualquier momento destruir el velo que recubre las imágenes ilusorias o distorsionadas que construimos. La historia de la República Federal ofrece un ejemplo de esto último. De entre las constelaciones favorables de los primeros años de la posguerra, de entre un pueblo ajeno a las crisis, emergió algo así como una “confianza en el sistema” con sólidas bases económicas y sociales. Pero fue recién con la instauración del debate normativo sobre el pasado nacional socialista durante la década de 1960 que esta confianza se transformó en una lealtad hacia el orden constitucional anclada en las convicciones de una cultura política liberal.

2. Es además errónea la noción de que el orden político de una comunidad organizada pueda descansar sobre un consenso de base sin tensiones y cuyo funcionamiento sobrevenga de una manera absolutamente natural. Lo que une a los ciudadanos de una sociedad modelada sobre el pluralismo social, cultural y filosófico son, antes que nada, los principios abstractos de un orden republicano artificial creado por medio de la ley. Estos principios constitucionales pue-

den echar raíces en el espíritu de los ciudadanos sólo luego de que éstos hayan tenido una experiencia positiva con las instituciones democráticas y se hayan acostumbrado a las condiciones de la libertad política. De esta forma, y dentro del contexto nacional prevaleciente, los ciudadanos llegan a comprender la república y su constitución como un verdadero logro propio. Sin una visión histórica de este tipo, los lazos patrióticos derivados de, y ligados a la constitución no se forjarán. Para nosotros esos lazos están vinculados, por ejemplo, al orgullo que sentimos por el movimiento de los derechos civiles, pero también a las fechas de 1848 y 1871, a la crueldad de dos guerras mundiales, a la amargura de dos dictaduras, y al horror de una catástrofe humana, es decir, a sacrificios sin precedentes de los que resulta imposible extraer sentido alguno salvo el de la necesidad de resistir a las demandas injustas del Estado.

3. Contrariamente a un malentendido bastante generalizado, debe recordarse que la necesidad de reconciliación con el pasado no implica de ninguna manera una confianza ciega en la dinámica de la conciencia. En realidad, sólo podemos sacar lecciones de la historia si miramos hacia el pasado de una manera crítica. La percepción de la Historia como una “maestra” es una vieja idea; pero en sus versiones afirmativas resulta engañosa. Esto es al menos lo que podemos concluir del frecuente mal uso de la historiografía. Con su visión antropológica de



la historia, los antiguos estaban interesados en aquello que permanecía inalterable dentro de un mundo en constante cambio. La historia era para ellos como una bóveda que albergaba un tesoro de eventos dignos de emulación. Conscientes de su naturaleza histórica y más interesados en lo particular y único, los modernos también buscaban deducir las enseñanzas positivas de la historia. Los filósofos de la historia buscaban la razón; los historicistas descubrían aquello que les era propio en el espejo del pasado; los practicantes de la hermenéutica rendían homenaje al carácter eterno de los clásicos. El hombre de hoy, sin embargo, se ha vuelto escéptico con respecto a la premisa subyacente en estas tres actitudes frente al pasado, a saber: que podemos aprender algo de la historia sólo si ésta tiene algo positivo para transmitirnos. La premisa es apenas convincente ya que, como en otros casos, es frecuente que aprendamos a partir de experiencias negativas. Esto se aplica en igual medida al destino colectivo de los pueblos y a las historias personales de los individuos.

2. ¿Cuál es el significado del legado de dos dictaduras para la cultura política alemana de hoy y para el futuro?

Desde el punto de vista del derecho internacional, la República Federal no sólo ha sido la sucesora del Reich alemán sino que también ha asumido la responsabilidad política por las consecuencias de este período. Si bien la unión de la República Democrática a la República Federal no ha significado cambio alguno en esta sucesión legal es evidente que sí se han producido cambios en las circunstancias político-históricas de este legado. Al peso del pasado nacional socialista se ha agregado el de la herencia de un breve período stalinista seguido de un más largo pasado autoritario postestalinista.

La sucesión de dos dictaduras puede servirnos para iluminar y hacer más claros los elementos comu-

nes de los totalitarismos y dirigir así nuestra atención a la cuestión de la desposesión estructural de ciudadanos sistemáticamente privados de su autonomía social y jurídica. Al examinar la lista de tópicos para los cuales la Comisión Investigadora ha requerido la opinión de expertos —la combinación de los aparatos partidista y estatal, la amplitud y organización de los sistemas judicial, penal y de seguridad nacional, la militarización de la sociedad, los métodos de colectivización forzosa, el papel de los partidos y las organizaciones de masas, la acción de los medios de comunicación como instrumentos de poder, la reorganización del sistema educativo, la represión psicológica cotidiana, etc.— emerge el cuadro de un estado panóptico, el cual no sólo subvirtió la vida pública sino que también destruyó los fundamentos mismos de ésta, es decir, la sociedad civil y el espacio privado. Si uno considera este cuadro como un negativo, surge entonces la contraimagen de un sistema jurídico garante de la libertad privada y pública de todos los ciudadanos que evita concentración de poderes y erige barreras contra la injusticia.

Es evidente que el penoso proceso de esclarecimiento de este segundo pasado no debe dar lugar a que la memoria del primero se desvanezca. El período del nacional socialismo está inconfundiblemente marcado por la exclusión, proclamada oficialmente y llevada a cabo burocráticamente, de un enemigo interno definido de acuerdo a características adscriptivas, y por la utilización de métodos industriales para su exterminio físico total. Este hecho horroroso nos hace conscientes de la esencia normativa del estado constitucional: promover relaciones simétricas de reconocimiento mutuo que garanticen igual respeto para todos. Este reconocimiento mutuo no debe limitarse a los miembros de un pueblo homogéneo que se defiende contra enemigos internos y externos, como lo postulara Carl Schmitt y como lo siguen haciendo sus seguidores contemporáneos. Tampoco nos estamos refiriendo a una comunidad de connacionales (Volksgenossen) unida por su origen étnico sino más bien a una nación de ciudadanos vinculados entre sí por el goce de los mismos derechos. Para los ciudadanos de la República Federal, en consecuencia, la enseñanza decisiva de los episodios ocurridos en 1989 y 1990 no es ni la restauración del Estado-nación ni el ingreso de sus compatriotas del Este en de una sociedad próspera regulada por las leyes sino la extensión de los derechos civiles y la eliminación del régimen totalitario.

3. ¿De qué forma puede la educación política impartir conocimientos sobre las dos dictaduras alemanas, y por qué medios puede mantenerse viva la conciencia acerca de los peligros que acechan a las democracias libres?

El doble pasado plantea problemas extremadamente complejos de resolver a nuestra percepción y habilidad para diferenciar, a partir de nuestra capacidad de juicio, entre tolerancia y autocritica. Permítaseme mencionar cuatro de estas dificultades.

1. La comparación de las dos dictaduras requiere de los historiadores que se nos informe acerca de las diferencias y similitudes entre aquellas, pero también nos exige a nosotros, ciudadanos, que estemos dispuestos a distanciarnos de nuestros propios prejuicios. Para los propósitos de su propia legitimación, ambos regímenes recurrieron a ideas cuyos orígenes deben buscarse en el siglo pasado y que siguen vigentes en el presente. El modelo de "izquierda" y "derecha", que convendría no descartar demasiado apresuradamente, hace sentir su peso de una manera inquietante cuando se comparan las dos dictaduras. Mientras que la derecha tiende a negar las diferencias (entre las dos dictaduras), la izquierda se esfuerza en resaltarlas. Esta última no debe cerrar los ojos a los aspectos comunes de los regímenes totalitarios y debe aplicar los mismos standars en ambos casos. La derecha, por su parte, no puede uniformizar o minimizar las diferencias. Al decir esto, estoy pensando no solamente en aquellas diferencias que resultan del contenido contradictorio de sus ideologías, de su totalmente distinta criminalidad política, de la duración diferente de cada uno de los regímenes y del correspondiente grado de normalización de las condiciones de vida impuestas en cada una de las sociedades. Pienso también en el hecho de que las generaciones futuras serán consideradas responsables de manera diferente por el nacional socialismo, producto originario de su propia nación y basado en un amplio consentimiento, y por el socialismo autoritario impuesto por la fuerza desde el exterior y apenas aceptado por la población. Hoy, por primera vez, emerge un consenso antitotalitario digno de ese nombre ya que no es selectivo. El mismo hace posible la diferenciación entre izquierda y derecha. Esto probablemente resultará más fácil para las generaciones jóvenes y futuras que para nosotros los mayores. Las convicciones liberales y democráticas podrán dejar de lado el anticomunismo y el antifascismo sólo si el proceso de socialización política logra desterrar la hostilidad patológica hacia el enemigo interior.

2. Una segunda dificultad se vincula al hecho de que la reconciliación con la historia de la República Democrática se superpone al antecedente de la desnazificación. Por un lado, las circunstancias completamente diferentes de 1945 y 1989 descartan una "destasificación" (*Stasi* era la policía secreta de Alemania Oriental) basada en el modelo de la desnazificación. Por el otro, los standars de la crítica han cambiado. Dado que el intento de confrontar el período del nacional socialismo sólo se llevó a cabo superficialmente en Alemania Oriental, y que en Occidente se realizó con una considerable demora, hoy existe una mayor predisposición para realizar lo que no se hizo desde 1945. El sentido de los crímenes masivos del nacional socialismo ha sido comprendido sólo en forma gradual. Y esto no se aplica sólo a nosotros. Una creciente sensibilidad popular hacia las víctimas ha estimulado (tardíamente) recuerdos perturbadores en otros países también —recuerdos de la destrucción de las culturas indoamericanas, de la sangrienta repre-

sión de la revuelta de la Vendée, del genocidio armenio, de la desposesión y destrucción de los kulaks, etc. Estamos frente a un dilema: si hoy, movidos por la loable intención de componer los errores de un problemático intento de "dominar el pasado", aplicáramos standars diferentes a aquellos de la época, estaríamos violando el principio de la igualdad de tratamiento. Esta paradoja de una injusticia que resulta en cierta forma comprensible puede verse sobre todo en los sufrimientos personales causados por el recambio de élites (por ejemplo, en las purgas de las universidades [de Alemania Oriental]). En principio, este recambio era deseable, pero fue llevado a cabo de una manera comparativamente más rigurosa después de 1989 que en 1945.

3. El tercer problema resulta de la distribución asimétrica de las cargas heredadas. Los alemanes del Este y del Oeste comparten sólo el primer pasado. Ambos participan en la historia de la Alemania Oriental de maneras diferentes: unos (los del Este) están atrapados en cuerpo y alma, a la vez como víctimas y como victimarios; los otros (los del Oeste) ejercieron una influencia sobre sus compatriotas sólo desde el exterior, ya fuese por medio de los contactos entre los dos países o a través de las relaciones entre las potencias. Naturalmente, las políticas de los diferentes gobiernos de la República Federal, la reacción de la población alemana occidental a la división de la nación y al destino de sus compatriotas orientales, los contactos y el aislamiento entre ambas, el papel de los medios de comunicación y los intelectuales, etc., son todos elementos importantes para la reconciliación con la historia de posguerra de ambas naciones. Sin embargo, estas historias distintas constituyeron a su vez diferentes contextos de experiencia. Una uniformización precipitada de estas diferencias sólo nos llevaría al error de mirar hacia atrás con el fin de buscar falsas continuidades en la tradición. Si no deseamos un retorno al viejo, viciado y opresivo clima político alemán, debemos asegurarnos de que el gradual proceso civilizador de la Alemania Occidental no se desdibuje en la imagen artificialmente construida de dos estados simétricos. Sólo si admitimos el hecho de las circunstancias desiguales de los legados históricos del Este y el Oeste evitaremos el haceremos ilusiones acerca de los verdaderos obstáculos que deben ser superados. La población de la República Democrática carece hoy de un espacio público propio que esté libre de la influencia de los medios de comunicación occidentales. Le es por ello imposible elaborar un discurso que le permita comprenderse a sí misma y comprender su segundo pasado sin interferencias del exterior. Esto exige de nosotros, occidentales, que sin mérito propio alguno hemos escapado al

socialismo de Estado, una capacidad de autolimitación muy especial.

4. Hasta ahora hemos discutido las diferencias entre ambas dictaduras, los dos procesos de reconciliación con el pasado y las dos historias de posguerra. Pero también debemos diferenciar los puntos de vista normativos desde los cuales se juzga el pasado. De un lado, un régimen dictatorial deja tras de sí la necesidad de satisfacción, de establecer la justicia política, en la medida que ello sea posible; del otro, genera el deseo de un cambio de mentalidad en la población que produzca y establezca a la vez las condiciones democráticas. El material reunido por la Comisión Investigadora sirve a ambos propósitos. Sin embargo, la transformación democrática de la conciencia debe ser nuestro objetivo prioritario. Aquellas cuestiones que solicitan tratamiento de la justicia pueden ser de naturaleza legal o moral. Se refieren a la reparación de las injusticias cometidas y a la capacidad de individualizar la culpabilidad. Los cargos legales y los reproches morales son formulados por una de las partes contra la otra. Son la expresión de la ruptura entre los victimarios y las víctimas. Los procedimientos así iniciados apuntan a la reconciliación: el reconocimiento intersubjetivo de los veredictos pronunciados a partir de normas aceptadas como válidas busca restaurar un orden que había sido subvertido. Esta función de la justicia política es esencialmente cumplida por medio del derecho civil y criminal. Sin embargo, ya que existen buenas razones para la aplicación restrictiva de la ley, muchos casos que implican una responsabilidad política y moral eluden su jurisdicción. La resolución de tales casos es entonces derivada a procesos políticos o discusiones públicas informales (como por ejemplo el conflicto entre los militantes por los derechos civiles y los escritores exiliados, y los representantes e informadores del antiguo régimen).

Los problemas discutidos públicamente por los miembros de una comunidad que aspira a lograr una comprensión ética y política de sí misma tienen un carácter diferente. Contrariamente a las cuestiones de justicia que son decididas por una tercera parte neutral, aquellas que afectan la identidad colectiva exigen respuestas que deben ser formuladas en la primera persona del plural. Esta perspectiva hace visible las patologías propias de una vida en común, las susceptibilidades formativas de una normalidad cotidiana subvertida —pero no aquellas acciones individuales que desde el punto de vista de la justicia política separan a los culpables de los inocentes. La reconciliación con un pasado políticamente culposo del que todos sus participantes, incluida la oposición, son responsables,

encuentra su foco principal en aquellos procesos de alteración de la conciencia que hacen posible la comprensión de uno mismo. Estos procesos pueden ser estimulados pero no producidos a través de medios formales.

La Comisión debería ahora contemplar el peligro que constituye para la cultura política de la República Federal las consecuencias impredecibles de un desafortunado proceso de unificación nacional. Mientras que (después de 1945) el movimiento de resistencia del 20 de julio fue incorporado, luego de una apropiación selectiva del pasado nazi, a la idea fundacional de la Alemania Occidental, hoy el logro histórico del movimiento por los derechos civiles (de la Alemania Oriental) está desapareciendo de la memoria (2). Este último debería haber gozado de una representación simbólica apropiada en la fundación de la nueva república. Debido a que la discusión misma sobre esta fundación ha sido evitada, el grito "nosotros somos el pueblo" no ha encontrado un eco perdurable. Esta es otra razón más por la cual nuestros compatriotas orientales, humillados por un proceso de unificación que ha sido en muchos aspectos degradante, vuelven sus miradas hacia el pasado. Se aferran a viejas identidades en lugar de fortalecer la confianza en sí mismos a partir de la contribución que ellos mismos han hecho a la nueva democracia....

Notas

1. El artículo titulado "¿Qué significa la reconciliación con el pasado?" estaba basado en una conferencia que Adorno ofreciera en 1959 en el Consejo de Coordinación de la Cooperación Judeo-Cristiana y fue originalmente publicado en *Bericht über die*.

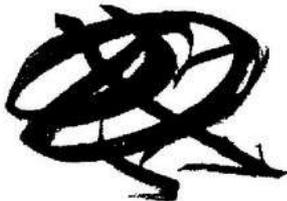
2. El Movimiento de Resistencia del 20 de Julio estaba integrado por sectores del ejército, la marina y la aristocracia y fue el responsable del fallido atentado contra Hitler que el coronel Von Stauffenberg llevara a cabo el 20 de julio de 1944. La referencia de Habermas a la apropiación selectiva de la memoria de la resistencia antifascista alude a la incorporación a la idea fundacional de la República Federal sólo de aquellos actos de oposición al régimen que hubiesen posible establecer una línea de continuidad histórica entre la república liberal de posguerra y el período anterior al nacional socialismo. De allí el conveniente olvido de la resistencia comunista (N.d.T.).

Erzieherkonferenz, Wiesbaden, noviembre 1959 (N.d.T.).



Por Charles Krauthammer

Traducción Carolina Fernández Blanco



Una forma de resolver los crímenes del pasado para quienes salen de una dictadura

En el día número cien de su presidencia, Nelson Mandela anunció que enviaría al Congreso un proyecto de ley estableciendo una "Comisión de Verdad y Reconciliación", para tratar las violaciones a los derechos humanos cometidas durante la época del apartheid. Mandela tiene que enfrentar la encrucijada de quienes velan por los derechos humanos en los noventa: cómo deben resolver los que salen de una dictadura los crímenes del pasado. Esta es la cuestión de nuestros días puesto que, desde Europa Oriental hasta América Latina y Sudáfrica, nunca tantos pueblos emergieron en forma tan abrupta de la tiranía.

Ahora todos estos pueblos deben enfrentar el mismo dilema: qué hacer con el pasado?

Se puede hablar acerca de tribunales contra crímenes de guerra, como lo hacen muchos militantes de derechos humanos en el contexto de Serbia o Haití. Pero este discurso es principalmente charlatanería (En el mejor de los casos, ellos atraparán unos pocos peces chicos). Mandela no es un charlatán. Esa es la razón por la cual el no habla de crímenes y tribunales sino de verdad y recon-

ciliación -tomando prestado precisamente el punto de vista de la nueva democracia más exitosa de la década, Chile-. En 1990, el gobierno democrático de Chile asumió el poder después de una dictadura militar que había llegado al poder por medio de un violento golpe de estado en 1973. Siguió varios años de represión asesina. Los militares finalmente le entregaron el poder a un gobierno elegido democráticamente. Pero mucho tiempo antes habían decretado una auto-amnistía. Que podían hacer entonces los nuevos gobernantes democráticos?

Ellos no podían esconder crímenes de esta envergadura bajo de alfombra. Pero tampoco podían buscar la condena penal porque derogar la amnistía hubiera provocado la desobediencia civil e invitado a otro golpe de estado y más sufrimiento. Por todo esto decidieron con una sabiduría principista admirada y emulada hasta Pretoria, que entre la absolución y la justicia yace la verdad. Decidieron establecer, por encima de todo, una completa e irrefutable averiguación sobre el pasado. Se conformó entonces, por nombramiento presidencial, la "Comisión Nacional sobre Verdad y Reconciliación". La lógica de esta forma de encarar el pasado es poderosamente explicada por el miembro de la comisión José Zalaquett en su introducción a la edición en inglés del informe de la comisión. El dilema, explica Zalaquett, es sencillo. Cuando uno vence a los violadores de derechos humanos en una guerra y los destruye hasta la rendición incondicional, no hay ningún problema. En ese caso uno "des-nazifica". Se establecen tribunales de guerra. Uno hace lo que quiere dentro de las reglas del derecho internacional.

Pero qué pasa cuando la rendición es sólo parcial? Qué pasa cuando el lado perdedor participa en la transición a la democracia y se mantiene como un sector con poder en la nueva sociedad?

En Chile, la vieja dictadura dio paso a la nueva democracia, pero aún controla las fuerzas armadas. En Sudáfrica, la minoría blanca es un octavo de la población, forman parte del gobierno, son económicamente dominantes y necesarios para reconstruir el país. Buscar una justicia completa en estas condiciones es imposible sin arriesgarse al caos y el derramamiento de sangre. Entonces, en cambio, uno busca lo posible y lo honorable: la verdad, el no comprometedor descubrimiento de todo lo que ocurrió.

La comisión chilena investigó con minucioso detalle cada una de las desapariciones, cada ejecución, cada asesinato, (incluidos aquellos cometidos por la guerrilla anti-gubernamental). Atravesó el país de arriba hacia abajo tomando declaración a miles de testigos. El resultado es un metódico catálogo de los horrores que ocupa la mayor parte de las 1.000 páginas del informe.

Sin embargo, la comisión no fue un tribunal. Nombró las víctimas pero no los victimarios. Mencionó las unidades policiales o militares que habían intervenido en la represión pero no juzgó para atribuir responsabilidad a individuos.

Por qué? Porque "nombrar culpables a quienes no han tenido la posibilidad de defenderse

y no fueron obligados a hacerlo, hubiera sido el equivalente moral de condenar a alguien sin seguir las normas del debido proceso", explica Zalaquett. "Eso hubiera estado en contradicción con el espíritu, cuando no la letra, del Estado de Derecho y los principios de derechos humanos".

La difusión de los resultados de la investigación de la comisión de la verdad -realizada por el Presidente de Chile Patricio Aylwin en un mensaje televisado a toda la nación- tuvo un efecto eléctrico en el país. A las víctimas, especialmente a los desaparecidos, les dio identidad, una resurrección con dignidad en la conciencia nacional. A los familiares de las víctimas, les dio la tranquilidad y el consuelo del conocimiento y el reposo que brinda el reconocimiento final. Pero tal vez aún más importante, dio al país una catarsis. Los resultados de la investigación fueron unánimemente aceptados por todos los partidos de todas las tendencias políticas. Sus mil páginas fueron firmadas por los ocho miembros, políticamente heterogéneos, de la comisión sin siquiera un párrafo de disidencia. No deja espacio para revisionistas. Estableció un hito de verdad reconocida en forma consensuada que es un legado para el futuro.

No es una victoria completa para la justicia -en esas circunstancias no puede haber tal victoria- pero es un triunfo suficiente. Y ejecutada con tanto juicio y escrúpulo que la nueva Sudáfrica, después de consultar a Zalaquett y a otros chilenos, optó por este modelo para tratar los crímenes de la era del apartheid.

Una elección acertada. Mandela ha tomado como modelo a gente que ha entendido los principios de los derechos humanos tan seriamente que inclusive los aplican a ellos mismos. Aquellos que saben -habiendo sufrido- los peligros del fanatismo. Aquellos que tienen como primer obligación después de la liberación no la venganza y la retribución sino la verdad y la paz social.

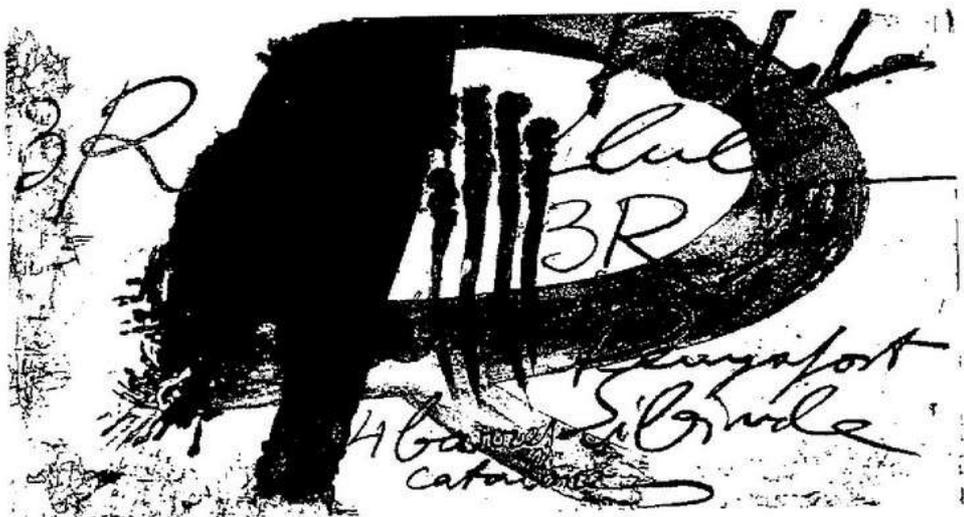
Por Juan E. Méndez

Un falso dilema

La experiencia chilena en la cuestión de la investigación y la responsabilidad desde el advenimiento de la democracia merece ser aplaudida, así como merece serlo Charles Krauthammer por estudiar la difícil tarea de resolver qué hacer con un pasado de violaciones atroces a los derechos humanos. Pero al aplaudir a la Comisión de la Verdad chilena y al expresar su esperanza en el éxito de una iniciativa similar en Sudáfrica, no hay necesidad de desmerecer otros esfuerzos por determinar responsabilidades que han intentado alcanzar no sólo la

Verdad sino también la Justicia. Los juicios a los miembros de la Junta en la Argentina, el llamativo- aunque finalmente infructuoso- desafío del movimiento de bases contra la impunidad en el Uruguay, los audaces esfuerzos de dos jóvenes jueces en Paraguay que han condenado a la totalidad de la cúpula de la policía política de Stroessner, merecen también aprobación. Presentar una falsa dicotomía entre Verdad y Justicia no es realismo político; ella impulsa sin quererlo a líderes sin la entidad moral de Patricio Aylwin o Nelson Mandela a sumarse a sustitutos y a la impunidad.





Krauthammer omite un elemento clave de la experiencia chilena: en su discurso a la nación cuando hizo público el informe de la Comisión de la Verdad, el Presidente Aylwin se opuso a extender una amnistía que encubriera las violaciones a los derechos humanos y sostuvo que su cargo no le había otorgado a él la autoridad moral para perdonar crímenes en nombre de las víctimas que tenían derecho a que se hiciera justicia. La reconciliación, entonces, no se le puede imponer por la fuerza a los familiares de los desaparecidos; sólo puede alcanzarse una vez que los culpables reparen sus crímenes. Es cierto que Chile está atrapado por una vergonzosa auto-amnistía que el General Augusto Pinochet - no el pueblo chileno - decretó en 1978 y que la mayor parte de los crímenes cometidos antes de ese año están fuera del alcance de los tribunales. Pero Krauthammer olvida mencionar que algunas terribles violaciones a los derechos humanos no alcanzadas por la amnistía, se están abriendo paso en los tribunales; los acusados no son peques chicos sino oficiales de alto rango en la maquinaria represiva de Pinochet. La ley de auto-amnistía es un límite objetivo a lo que Chile puede lograr en términos de justicia. Presentarla como un éxito es impulsar a otros dirigentes, como Alfredo Cristiani en El Salvador y Raúl Alfonsín y Carlos Menem en la Argentina de después de 1987, a levantar nuevas barreras que impidan la responsabilidad en vez de priorizar sus obligaciones para con las víctimas y la sociedad.

He escuchado y leído repetidas veces a Pepe Zalaquett cuando se refiere a los imperativos morales, legales y políticos que obligan a la investigación y el reconocimiento de responsabilidades. Krauthammer ignora la posición de Pepe, quien sostiene que, cuando nos hallamos ante un crimen contra la humanidad, el estado está obligado a investigar, procesar y castigar a los culpables. Esta obligación de hacer fue ratificada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su histórica sentencia de 1989 acerca de las desapariciones en Honduras. La responsabilidad de hacer justicia recae en primer término sobre el estado cuyos agentes han cometido estos crímenes, pero la comunidad internacional tiene el deber de respaldar estos esfuerzos y de proveer jurisdicción universal si el estado no actúa. Esta es la razón por la que las Naciones Unidas, luego de ciertos irritantes retrasos, está finalmente creando instituciones tales como el Tribunal para la ex-Yugoslavia - el cual debería

expandirse rápidamente hasta tener jurisdicción sobre el genocidio en Rwanda - y un Tribunal Penal Internacional permanente.

Hay mucho que aplaudir en la reciente decisión de Sudáfrica de crear una Comisión de la Verdad y de estructurarla a partir del modelo de la existosa experiencia chilena. Tuve el privilegio de participar en discusiones que precedieron a la decisión de Nelson Mandela; el aspecto más interesante de este caso es la seriedad de la propuesta, el pensamiento claro y la firmeza moral de aquellos que tendrán que cargar con esta difícilísima tarea. Sudáfrica también tiene que enfrentar limitaciones objetivas a la justicia, principalmente en la forma de leyes de "Indemnidad" que impiden el castigo para determinadas violaciones a los derechos humanos. Pero puede ser aún que alguna acción judicial tenga lugar por lo menos para las atrocidades más recientes. De ser así, los esfuerzos de las víctimas y sus familias para lograr que se haga justicia - siempre que las garantías del debido proceso sean cuidadosamente respetadas - no deben ser entendidas como venganza o revancha sino como una contribución a la vigencia del estado de derecho.

Dentro de los principios de investigación y responsabilidad que surgen de las experiencias de la última década (los que Pepe Zalaquett ha articulado con maestría en numerosos escritos), cada nación debe encontrar la combinación de acciones que mejor respondan a las justas demandas de las víctimas y que permitan las circunstancias. Erigir un "modelo chileno" y no presentarlo fielmente como tal es riesgoso porque desmerece el valor de otros logros, distorsiona las verdaderas intenciones de quienes insisten en la justicia, y ofrece a quienes respaldan la impunidad continua una posibilidad de eludir sus obligaciones con gestos vacíos.

Notas

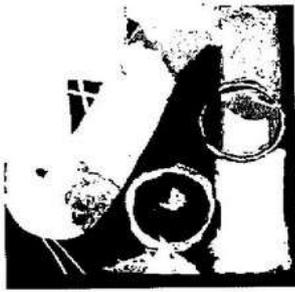
1. Este artículo apareció originariamente publicado en el diario The Washington Post del 9 de septiembre de 1994.

Lo que quedo de los juicios a los militares

por Jaime Malamud Goti

Traducción de
Máximo Langer
y Christian Courtis

En el contexto argentino, la decisión de responsabilizar a los militares por violaciones a los derechos humanos tuvo origen en sentimientos distintos de aquellos que normalmente nos llevan a convencer a los infractores de que han causado un daño, disuadiéndolos (tanto a ellos como a potenciales imitadores) de dañarnos nuevamente. El intento de convencerlos de que traicionaron nuestros valores está ligado a una concepción del reproche moral que supone tratar a los infractores como personas morales, como iguales que merecen que les demos razones de nuestra indignación. Al echarle la culpa a los desaparecidos y asesinados, como ocurrió entre 1975 y 1983, como clase diferente de la nuestra, el reproche se convierte en un mecanismo que sirve a los fines del autor del reproche. En la Argentina de los setenta, esta práctica social sirvió al propósito de acomodarse a los propios intereses de los autores del reproche. En una actitud destinada a disminuir nuestra angustia y frustración, el uso del reproche se convirtió en una forma implícita de circunscribir la violencia en un sector social definido. A través de una interpretación similar a la de culpar a los desaparecidos, en la etapa de los '80 la culpa recayó sobre una clase escindida de nuestra propia comunidad: la población halló en los militares el nuevo y único factor de explicación de nuestro sufrimiento. En los setenta, el reproche no fue una expresión de nuestra indignación moral, ni significó individualizar a aquellos que usaron la violencia contra nuestra vida y libertad. El hecho de echar culpas, por el contrario, fue el resultado de manipular nuestras arraigadas emociones retributivas para lograr tres resultados posibles. Primero, el reproche nos hizo sentir menos culpables por no socorrer a las víctimas directas de la violencia. Segundo, neutralizó la vergüenza causada por el abandono de nuestra peligrosa asociación con los políticamente indeseables, ya que fue su propia "indeseabilidad" la que "dejó de hacerlos merecedo-



res de tal relación": después de todo, el echarles la culpa nos llevó a creer que su sufrimiento fue consecuencia de su propia condición y conducta. Tercero, el hecho de condenarlos neutralizó nuestra angustia. Al considerar que el castigo se debía a algunas características o actos propios de las víctimas, ocultamos el terror que teníamos de ser los próximos en la lista de la represión. Éramos, después de todo, diferentes de aquellos que sufrieron. La condena sirvió como forma de obtener solidaridad social sólo en el sentido de ahogar la culpa, la vergüenza y la angustia —ampliamente compartida— sobre la noción común de que eran los propios desaparecidos a quienes debíamos censurar. Transformamos la condena en un atajo para aliviar nuestro miedo, recordamiento e impotencia.

La actual aceptación de la violencia policial y el éxito electoral de personalidades dictatoriales fortalece nuestra idea de que la búsqueda de castigo no está vinculada con la promoción de la dignidad de los individuos. Podría pensarse que las emociones retributivas que subyacen a las manifestaciones y a las protestas públicas estuvieron dirigidas a lograr un tipo de solidaridad que el país ya había experimentado durante el apogeo del régimen militar. En 1978, por ejemplo, las Madres de Plaza de Mayo fueron increpadas por dañar la "imagen" internacional del país durante el mundial de fútbol. Durante ese evento la escena de las marchas de las Madres denunciando la desaparición de sus hijos fue vista casi como una traición. Igualmente "odiosa" fue la intromisión de las organizaciones de derechos humanos, "husmeando" en los asuntos internos del país en 1979, hecho que condujo a una irridada población a demostrar su desaprobación adhiriendo en los autos calcomanías que expresaban "los Argentinos somos derechos y humanos". La campaña de los ochenta, destinada a castigar a los oficiales militares, debe ser vista bajo esa misma luz.

Aunque los sentimientos populares sobre los juicios no se originaron en el sentido de dignidad y responsabilidad individual de los ciudadanos, podría pensarse que llevar a cabo estos juicios era preferible a la

pasividad absoluta. Mientras que no hacer nada hubiera confirmado nuestra impotencia, la comunidad fue capaz de expresar su poder llevando a algunos oficiales militares a juicio. Parece razonable sostener que es más probable que los miembros de la comunidad aprendan sobre sus derechos reaccionando contra aquellos que los humillaron.

Si bien no tengo objeciones contra este razonamiento, todavía parece haber considerables inconvenientes en la estrategia de llevar a cabo los juicios: al apuntar casi exclusivamente sobre un número relativamente pequeño y definido de violadores de derechos humanos, los juicios amenazaron con convertirse en el instrumento formal para frustrar la lógica básica sobre la cual se construye la importante noción de responsabilidad. Como consecuencia directa de los juicios, el reproche formal absolvió a muchos civiles que habían apoyado la dictadura militar, haciéndoles creer que ellos no estaban entre los culpables sino entre los acusadores. Por estar basados en la lógica bipolar de la justicia penal —"culpable" o "inocente"— los juicios contribuyeron a la convicción ampliamente compartida de que aquellos no acusados eran "inocentes". En consecuencia, el lado negativo de los juicios consistió en la imposibilidad de presentar cargos contra los miles de instigadores y cómplices civiles y militares de la guerra sucia. Estos antiguos aliados de los militares acusados quedaron en libertad de convertirse en acusadores. En efecto, aquellos que apoyaron al régimen militar hasta la debacle económica de 1979 y el fiasco de Malvinas de 1982 se sintieron con derecho a convertirse en acusadores. La percepción de esta traición de sus antiguos aliados confirmó la teoría conspirativa de los militares, que se vieron entonces amenazados por un número aún mayor de conspiradores —parte de los cuales se habían comportado como sus aliados hasta que se volvió ventajoso pasar a estar en contra de las fuerzas armadas. Los militares sintieron que, habiendo sido alentados por la ciudadanía a restaurar el orden, se habían convertido ahora en los depositarios de toda la violencia del país desde los setenta. Esta fue quizás la situación que el ex-general Videla tuvo en mente cuando, en 1993, repitió la permanente convicción de que él era un chivo expiatorio.

Con unas pocas excepciones como las Madres de Plaza de Mayo —quienes insistieron en que muchos civiles debían también ser juzgados— la mayoría de la gente señaló exclusivamente a los militares y a la policía controlada por los militares como los responsables de todo el sufrimiento del país. En este contexto, los asesinos de la Triple A y los matones de la UOM, entre otros grupos de derecha, fueron completamente olvidados. También fueron dejados de lado episodios sangrientos como la masacre de Ezeiza de junio de 1973. La matanza de jóvenes peronistas que competían por controlar el movimiento peronista jamás fue mencionada y mucho menos investigada. Había todavía cierto consenso en que estas víctimas merecían la muerte por simular ser peronistas como pantalla de sus convicciones de izquierda. La autoritaria explicación mono-causal de la sociedad sobre los orígenes de su desgracia ya no consistió en culpar a las víctimas: la única causa eran ahora los militares.

A pesar de las instrucciones del presidente Alfonsín de llevar a juicio a algunos de los responsables de Montoneros y del ERP, muchos de los cuales ya habían huido del país o desaparecido, hubo una atmósfera general de olvido acerca de los civiles de derecha y de izquierda envueltos di-

recta o indirectamente en la violencia.

La persistencia de explicaciones mono-causales sugiere, como indican los recientes casos de Patti y del ingeniero Santos, que el pueblo apoyaría nuevamente una intervención militar si se deterioraran las condiciones coyunturales. La atracción electoral del General Bussi sugiere también que el deseo de una mano dura para restaurar el orden social es tan fuerte ahora como lo fue antes, en los setenta. El hecho de que se apoye la reacción de Santos indica que muchos ciudadanos armados están dispuestos a proteger sus autostereos a cualquier precio. La interpretación mono-causal de la realidad invita a una analogía entre los "subversivos" de los setenta y quienes amenazan la propiedad en los noventa. Los casos en los que jóvenes y niños son ultimados por plantear amenazas insignificantes a la propiedad privada, y las reacciones de la policía y del Poder Judicial frente a estos episodios, sólo puede ser explicada con la ayuda de una lógica bipolar. Esta lógica está basada en la todavía reinante interpretación de la realidad de "si no estás con nosotros, estás en contra nuestra" y su corolario, la interpretación monocausal de eventos socialmente complejos.

Hubo al menos dos razones para esta extrema simplificación y distorsión mono-causal de la historia. La primera fue el oportunismo político, cuando el activismo de los derechos humanos había llegado a su apogeo. A mediados de los ochenta, una estrategia del gobierno que llevara a juicio a militantes peronistas bien podría haber sido interpretada como una revancha política contra los miembros del partido tradicionalmente mayoritario. Es también probable que, de ser acusados, los sindicalistas de derecha se hubieran visto tentados a fraguar una nueva alianza con grupos militares. Tal esquema no hubiera hecho más que reproducir la coalición cívico-militar que aterrorizó al pueblo en la época previa al golpe militar, representando una gran amenaza contra la experiencia democrática.

La segunda razón es menos obvia. Descansa en la deseada creencia, popularmente compartida, de que los males de la sociedad se acabaron con el régimen militar. Como escribió James Neilson, "durante los primeros años de democracia, políticos, sindicalistas, empresarios, y otros ciudadanos buscaron convencerse a sí mismos de que la dictadura militar y todo lo que tenía que ver con ella había sido un fenómeno aislado del país real; algo comparable a la ocupación del territorio nacional por fuerzas extranjeras. Obviamente, ello no fue así. La dictadura nació de las entrañas de la sociedad argentina. Fue la culminación de una tradición nacional establecida durante mucho tiempo, y una gran porción de la clase civil gobernante actuó como cómplice de la dictadura militar, antes de darle la espalda cuando sus horas estaban contadas. Más tarde, ellos mismos condenaron a los militares" (Neilson, James, "Parque Jurásico", revista Noticias, 18/VII/1993, nota 32 del artículo).

Esta esperanza se sostenía en dos posibles —y distorsionadas prácticas. La primera era que, de todos los grupos de derecha del país, sólo los militares acudieron y podrían acudir a la violencia. La segunda, que el gran sufrimiento de los setenta enseñó a las facciones civiles de izquierda y de derecha que cualquier estilo político es preferible a la violencia. Como una creencia familiar ampliamente compartida, culpar exclusivamente a los militares bien podría haber servido para el propio alivio de los que en forma fatalista contemplan a la historia como un camino inevitable. La obtención de una sociedad imaginaria, pacífica y mágica, se fundaría en el deseo

colectivo de castigar a los militares por la violencia. Todo lo que requería la construcción de esa pacífica sociedad era tan simple como sacar del medio a algunos oficiales por sus crímenes, disuadiendo en consecuencia a sus camaradas de deponer nuevamente a un gobierno civil. Sin embargo, las cosas no parecen funcionar de ese modo.

La actual tolerancia a la violencia indica que el impulso colectivo por castigar a los militares violadores de derechos humanos no promovió suficientemente el respeto a las personas como componente indispensable de una democracia fundada en los derechos de los ciudadanos. Situar la culpa en un único sector de la sociedad tiene varias "ventajas" perceptibles. No aceptando el doloroso hecho de que el terror se había originado en las propias entrañas de la comunidad, el mecanismo de explicación monocausal permitió al pueblo ahogar su culpa y su vergüenza por su pasividad frente al sufrimiento. Parece obvio señalar que considerar que el dolor es el resultado de las actividades de un sector bien definido significa reescribir la historia reciente de Argentina. En cierto sentido, la culpa de muchos oficiales militares por el terror que causaron desplaza el sentido de sus razones cuando alegan haber sido usados como chivos expiatorios. Además de los actos vergonzosos de muchos oficiales están las no menos vergonzosas acciones de muchos civiles.

Poner en tela de juicio la interpretación del pasado reciente del país exponiendo la naturaleza de la causa de la violencia lleva a examinar los verdaderos motivos del apoyo masivo a los juicios de derechos humanos. Parece claro que, más allá de su fuerza, el prestigio de los tribunales no descansó sobre las perspectivas de una decisión imparcial sobre la responsabilidad criminal de los oficiales militares. La actual ausencia de respeto por los fallos de los tribunales tiene su origen en la creencia general de que no hay espacio para una justicia independiente. Es difícil de imaginar la reacción popular si los ex-generales Videla y Camps hubiesen sido absueltos como consecuencia de la evidencia de que, por ejemplo, ignoraban lo que estaba pasando ante sus narices. Parece que la autoridad de los tribunales no residió en el respeto popular por sus decisiones sino, más bien, en su habilidad para formalizar, en el mejor estilo legal posible, la decisión política previa de sacar del medio a algunos oficiales.

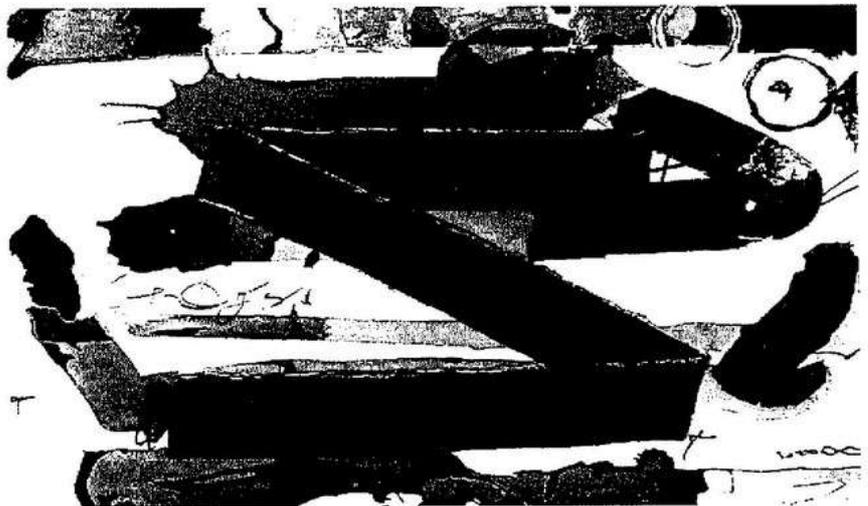
La genuina autoridad de los tribunales presupone la creencia general de que sus decisiones establecen convincentemente los hechos y evalúan correctamente su relevancia normativa. El principal elemento que contribuye al respeto por los tribunales se origina en la demanda de imparcialidad. La imparcialidad sólo es posible cuando esperamos que los tribunales sean ajenos a las lealtades personales, intereses partidarios y pasiones que rodean a los casos penales de trascendencia. Sin embargo, la efectiva imparcialidad depende de ciertas condiciones. Los juicios imparciales parecen posibles en la medida en que estén suficientemente aislados de los sucesos políticos y sociales que encienden nuestras más intensas emociones. Al juzgar un caso de tortura de un prisionero político, por ejemplo, la imparcialidad de los tribunales sólo es posible en la medida en que los jueces eviten atribuir valor a los ideales y valores políticos. Hacer caso omiso de la regla que ordena a los tribunales limitarse a considerar sólo aquellos actos que causan el daño descrito por la ley penal, hace imposible el compromiso imparcial. Para lograr la credibilidad de los tribunales es

necesario algo más que la simple distancia del prejuicio y las pasiones corrientes. Si un juez desapasionado y libre de prejuicios pudiera evaluar la cualidad intrínseca de los objetivos finales de los torturadores, como, por ejemplo, el intento sincero de frustrar la amenaza contra las costumbres occidentales y cristianas de la Argentina, su imparcialidad se vería fácilmente frustrada. Parece inevitable que la consideración por parte del juez de los propósitos últimos de los acusados, por ejemplo, juegue un rol esencial en la decisión del caso. La imparcialidad de los tribunales no significa neutralidad frente a todos los valores: significa que creemos en su neutralidad frente a todos los valores y reglas extra-legales. De modo que la imparcialidad se vería a menudo menoscabada si las circunstancias que rodean al caso se volviesen relevantes para la decisión. Si esto sucediera, la condena se fundaría no tanto en lo que el acusado hizo, sino más bien en quién y qué es. La autoridad distintiva de los tribunales resulta del ejercicio satisfactorio de la libertad que tienen para evaluar la evidencia relativa a un muy limitado orden de hechos. La personalización de la responsabilidad a través del prisma de "culpable" e "inocente" perdería conceptualmente su sentido si los tribunales tuviesen que considerar el amplio orden de factores circundantes presentes en nuestra vida diaria. Para ser convincente, el lenguaje de "culpable" e "inocente" debe estar basado en hechos y normas establecidos. "Culpable" e "inocente" simplemente carecen de sentido si los hechos y valores relevantes son tan amplios como el complejo universo con el que tratan antropólogos, sociólogos e historiadores.

Los juicios penales se parecen a los juegos en que para ambos, la "verdad" presupone correlacionar hechos limitados con un sistema de reglas, cuya autoridad es asumida como dada. No importan las condiciones externas al propio juego. A diferencia de la de la policía, la autoridad de los tribunales emana de su habilidad para ejercer un buen juicio. A diferencia de los historiadores, los antropólogos y los sociólogos, los tribunales basan sus decisiones en un cierto número de reglas consideradas tanto válidas como justas. Parece trivial señalar que las condiciones externas a las reglas que definen el juego son irrelevantes para los puntos que las partes ganan o pierden. De modo análogo a la indiferencia de los juegos por las condiciones externas, "culpable" e "inocente" presuponen que aunque

algunas facetas de los juicios penales puedan prestarse a debate, este debate se limita normalmente a discrepancias concernientes a la interpretación de normas y hechos. Para alcanzar un veredicto "V", los tribunales determinan si el acto "A" encuadra en la definición legal "L". Los tribunales —a diferencia de la policía— no sólo velan por el cumplimiento de ciertas reglas sino que también deciden (imparcialmente) el caso, evaluando una acción específica a la luz de un conjunto de reglas. Aunque se asume que la autoridad de los jueces supone el ejercicio de la prudencia, esta prudencia consiste principalmente en la disposición del público para considerar sus conclusiones revocables por el "mejor criterio" del tribunal. La discreción de los tribunales, como la de los *empres* de tenis, es el resultado de mantener sus decisiones apartadas de las circunstancias políticas y sociales que las rodean. En efecto, los tribunales sólo pueden considerar un limitado número de circunstancias legalmente aceptadas para condenar a un acusado o para, una vez condenado, determinar la pena aplicable. La tortura es punible incluso si fue realizada para salvar a la Cristiandad de su destrucción, o para asegurar que la Patria adopte la senda correcta. La autoridad de los tribunales reposa básicamente en la convicción de que los jueces están en una mejor posición para discernir las reglas apropiadas y establecer los hechos como consecuencia de la aplicación de los procedimientos correctos. Que los tribunales den importancia a circunstancias externas basadas en consideraciones sociales y políticas implica debilitar su autoridad, y convertir los juicios en "juicios políticos".

Lo que sucedió es que una sociedad fragmentada no consideró —y sigue sin considerar— a los juicios como un modo de instalar el sentido de la responsabilidad personal,



esencial para una democracia fundada en el respeto de los derechos. Los militares nunca consideraron las acusaciones contra sus camaradas y sus condenas como un castigo genuino. Como el castigo depende de cierto grado de autoridad, los militares entendieron que las decisiones de los tribunales eran una demostración del control del gobierno sobre los jueces.

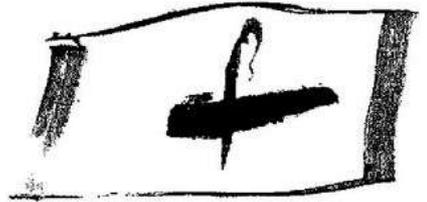
Las Madres de Plaza de Mayo y sus seguidores también consideraron que las decisiones de los tribunales fueron políticas. Para ellas, lo que dejaron los juicios es la constatación de que sólo razones políticas pudieron haber conducido a los tribunales a absolver a algunos de los generales y almirantes de las tres primeras juntas, y a sentenciar con extrema suavidad a algunos de los acusados. Los jueces, de acuerdo con las Madres, sirvieron al supuesto propósito del gobierno de hacer las paces con las fuerzas armadas.

Los juicios significaron que el intento de terminar la disputa entre dos concepciones políticamente opuestas tuvo que limitarse a la muy reducida construcción del tribunal de justicia. Entender la historia reciente de la Argentina a través del estricto prisma de la justicia tiene dos posibles resultados. El primero es la *judicialización de la política*, que transforma los sucesos sociales más dramáticos en hechos a discutir, evaluar y establecer por los tribunales. De manera que, si los tribunales tuvieran suficiente autoridad para reunir consenso, el proceso sería el de *judicialización de la política*.

En el segundo caso, si los tribunales probaran no tener suficiente autoridad para hacer sus fallos popularmente creíbles, el resultado sería el contrario. En la Argentina, la concepción de la persona promedio sobre los hechos ocurridos se basó en las decisiones de los tribunales que llevaron a cabo los juicios. Lo que ocurrió realmente fue la *politicización judicial*. Al perseguir sólo a un sector de la sociedad, importantes aspectos de la realidad del país fueron dejados de lado en favor de las muy limitadas opciones legales de "culpable" e "inocente", envueltas en un extremado formalismo procedimental. Este formalismo contribuyó, además, a una falta de desarrollo del sentido de responsabilidad individual de los ciudadanos. En consecuencia, no es difícil vislumbrar que la carencia en la Argentina de autoridad política y la falta de poder de determinación esté dando, nuevamente, espacio al terror.

Conociendo la verdad en El Salvador

por Patricia Tappatá de Valdéz



1. Introducción

¿Es posible conocer la verdad sobre los crímenes cometidos por gobiernos dictatoriales, por regímenes que gobernaron al margen del estado de derecho, o por aquellos que anunciando el respeto a la reglas de juego de la democracia, persiguieron y castigaron a los opositores? ¿Es posible investigar el pasado y señalar públicamente a quienes cometieron crímenes atroces valiéndose de la estructura del Estado o ejerciendo la violencia desde grupos que lo resistían, en países que atravesaron conflictos armados internos?

Conocida la verdad, ¿puede vencerse la impunidad que protege a sus autores cuando se inicia en los países una nueva etapa de democratización y de respeto al estado de derecho?

Cuando en la Argentina el Presidente Alfonsín creó una comisión de notables que tenía por misión investigar las desapariciones (CONADEP) y se abrieron luego las puertas para el juzgamiento a las Juntas Militares, estaba iniciando un camino que apenas había sido esbozado en los juicios de Núremberg y que se convertiría en paradigma para otros países que saliendo de gobiernos autoritarios, decidieron encarar un pasado de violaciones masivas a los derechos humanos.

Uruguay, Chile, El Salvador, países de Europa del Este, y próximamente Guatemala y Sudáfrica, enfrentaron el desafío de afrontar el pasado caracterizado por la violación sistemática de derechos a grandes grupos de la población, como paso importante al iniciar la transición a la democracia. Gobiernos y sociedades se debatían entre la adopción de medidas orientadas a "dar vuelta la página" poniendo el pasado a un lado con la mayor rapidez, o el estudio de alternativas de solución que no tengan sólo un efecto transitorio, sino que permitan a la sociedad entera asumir lo ocurrido como parte sustancial de la historia y del destino que habrán de construir como país.

Los gobiernos de transición han adoptado algunos o todos los siguientes pasos para afrontar el pasado: conocimiento de la verdad, reconocimiento por parte del gobierno y de la sociedad de que lo relatado es lo que realmente sucedió, señalamiento de quienes participaron de los hechos con distintos niveles de responsabilidad, reconocimiento público de la dignidad de las víctimas y medidas de reparación por el daño sufrido, enjuiciamiento y sanción de quienes fueron hallados culpables luego de un proceso legal que respete las garantías. La diversidad de historias particulares y las alternativas buscadas por cada país, muestran que difícilmente un modelo puede repetirse. Y que cuando se adoptan medidas similares, los efectos producidos no

son los mismos.

El debate que se producirá en la sociedad, involucra a víctimas y familiares, a organizaciones de derechos humanos, académicos, líderes políticos y responsables de gobiernos. Se discutirá si la verdad mostrada a la población es la verdad parcial o total; si se describe genéricamente el proceso de violencia que vivió el país o se informa la "verdad específica" sobre cada uno de los casos que se presentaron ante la entidad investigadora. Se debatirá también si deben reportarse sólo las violaciones cometidas desde el Estado o si corresponde y se decide investigar los atropellos cometidos por los grupos insurgentes. Una vez investigados los hechos, deberá definirse si se mencionan responsabilidades no sólo institucionales, sino también individuales y, en este caso, si se identifica públicamente a quienes fueron hallados autores directos de las transgresiones y a todas aquellas personas que participaron en diverso grado.

Constituye además una decisión clave la de derivar los casos investigados a la justicia ordinaria, optar por fueros especiales o impulsar medidas de perdón. En caso de que la vía judicial no esté expresamente bloqueada, será también materia de debate y decisión si el Estado impulsa activamente el desarrollo de estos procesos, o deja librada a la voluntad de las víctimas o sus deudos, el inicio y seguimiento de las causas.

Por nuestra parte y habiendo participado del debate, afirmamos lo siguiente:

a) El conocimiento de la verdad es un paso primero y sustantivo que debe producirse. Exceptuando decisiones políticas que decidan una reducción de los hallazgos realizados, probablemente la "verdad" que dé a conocer el organismo encargado de investigar los hechos, no será nunca total. Será aquella verdad a la que pudo accederse en un plazo determinado, con los recursos materiales y humanos que se tuvieron al alcance y en las particulares circunstancias de la transición política, en la que la investigación tuvo lugar.

b) Es necesaria una verdad específica

Habitualmente las sociedades donde se han producido graves violaciones a los derechos humanos se han provisto de algún tipo de explicación sobre las causas de la violencia desatada en su país e identifican globalmente a los responsables de los hechos. Lo novedoso de una Comisión que investiga el pasado radica no tanto en la descripción del proceso de violencia o en el señalamiento de las causas que lo provocaron, sino en dar a conocer **quién, cuándo, dónde y por qué razones privó de la libertad, torturó, secuestró y/o asesinó a cada una de las personas que fueron afectadas.**

c) Dar a conocer la "verdad específica" tiene un valor pedagógico importante

Una de las características de las violaciones a los derechos humanos bajo regímenes autoritarios es el encubrimiento y la consiguiente impunidad para sus autores. La sociedad tiene su propia idea sobre la identidad de los victimarios, pero también tiene razones fundadas para considerar que difícilmente se llegue jamás a identificarlos. Uno de los aportes sustantivos que puede realizar un organismo encargado de investigar el pasado es demostrar con su actuación que es posible conocer la identidad de los autores de los crímenes, cuando existe voluntad política de investigar y se disponen los medios adecuados para hacerlo.

d) La identidad de quienes son hallados responsables de la comisión de violaciones a los derechos humanos, debe ser pública

Las Comisiones que se constituyen para investigar el pasado, no tienen jurisdicción. Sin embargo, si en el curso de sus investigaciones logran precisar además de responsabilidades institucionales, los nombres de quienes participaron de los hechos que son materia de investigación, deben darlos a conocer. Porque esos hallazgos forman parte de la verdad que se le encomendó develar y porque al publicarlos, colabora con la ulterior y potencial investigación judicial que debe llevarse a cabo. Adicionalmente, el señalamiento público de responsabilidades puede operar como sanción moral hacia los autores, más aún cuando se prevee el surgimiento de obstáculos políticos o de funcionamiento de la institución judicial, que acotarán las posibilidades de juzgamiento y sanción.

e) La actuación judicial sobre los hechos del pasado, no sólo es el canal para procesar y sancionar a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos, sino que constituye el medio más adecuado para enfatizar la diferencia entre la impunidad anterior y la vigencia de las nuevas reglas del juego democrático en un nuevo régimen que se pretende respetuoso de las normas del estado de derecho.

f) Las distintas medidas de amnistía o indulgencia ensayadas por los gobiernos que afrontaron transiciones de regímenes autoritarios a regímenes democráticos no cumplieron con las condiciones generalmente reconocidas para que la medida de perdón esté orientada a una verdadera reconciliación: reconocimiento del mal causado por parte de los autores de violación a los derechos humanos, arrepentimiento y reconocimiento de la dignidad de las víctimas, garantías de que no serán cometidos en el futuro.

En las páginas siguientes, describiremos el trabajo de la Comisión de la Verdad para El Salvador para investigar los crímenes cometidos durante doce años de violencia.

2. EL SALVADOR: Un camino consensuado hacia la paz

El proceso para alcanzar la paz en El Salvador se inició con el Acuerdo de Esquipulas II (1) firmado el 7 de agosto de 1987, que planteaba una solución global a los problemas del área centroamericana, basada en la búsqueda de la democracia promoviendo el diálogo nacional, la amnistía general, el cese del fuego, la celebración de elecciones libres y limpias, el repudio a los grupos insurgentes y a las fuerzas irregulares, con el compromiso de impedir el uso del territorio de cada país para desestabilizar a otros países de la región.

En diciembre de 1989, en forma separada, el Gobierno de El Salvador y el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN) pidieron al Secretario General de las Naciones Uni-

das que les asistiera en la búsqueda de la paz. El marco que orientaría el diálogo y la negociación quedó establecido en el Acuerdo de Ginebra (2) que señaló los cuatro objetivos del proceso: a) Terminar el conflicto armado por la vía política; b) Impulsar la democratización del país; c) Garantizar el irrestricto respeto a los derechos humanos; y d) Reunificar a la sociedad salvadoreña.

El 26 de julio de 1990 se firmó el primer acuerdo en el proceso de negociación y se refirió al respeto irrestricto a los derechos humanos (3). Acompañados por los llamados "países amigos" (Colombia, España, Méjico y Venezuela) y bajo el auspicio del Secretario General de las Naciones Unidas, las partes suscribieron desde entonces acuerdos sucesivos para lograr la paz. El Salvador tuvo una nueva Constitución, se realizaron reformas en el sistema judicial, en el sistema electoral, se programaron medidas para la transferencia de la tierra, se creó una comisión especial para depurar a la fuerza armada y se realizaron cambios en los organismos de seguridad, creando una policía nacional civil. El texto de los acuerdos expresa los consensos alcanzados y establece formas y plazos de realización para cada una de las medidas acordadas.

Llegado el momento de acordar la reforma a las fuerzas armadas y al abordar el problema de la impunidad, las partes decidieron crear una Comisión que estudiara los casos más graves de violación a los derechos humanos. Cuando esos acuerdos fueron redactados, aún no se había producido el cese del fuego.

3. El Mandato de la Comisión de la Verdad para El Salvador

Es en el acuerdo firmado el 27 de abril de 1991, en la ciudad de Méjico, cuando se crea la "Comisión de la Verdad" para investigar los graves hechos de violencia ocurridos desde 1980.

La Comisión se formó con tres miembros, nombrados por el Secretario General de las Naciones Unidas en consulta con las partes: el ex presidente de Colombia, Belisario Betancur, Reynaldo Figueredo (ex-canciller de Venezuela durante el gobierno del Presidente. Carlos Andrés Pérez) y Thomas Buergenthal, profesor de Derecho y ex-jefe de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Secretaría General de Naciones Unidas nombró a su vez, una directora ejecutiva que tuvo a su cargo la conformación del staff de profesionales (4). Los Comisionados

y el personal profesional eran extranjeros, criterio aplicado bajo la consideración de que la elevada polarización de la sociedad salvadoreña impedía una mirada neutral sobre los hechos a investigar.

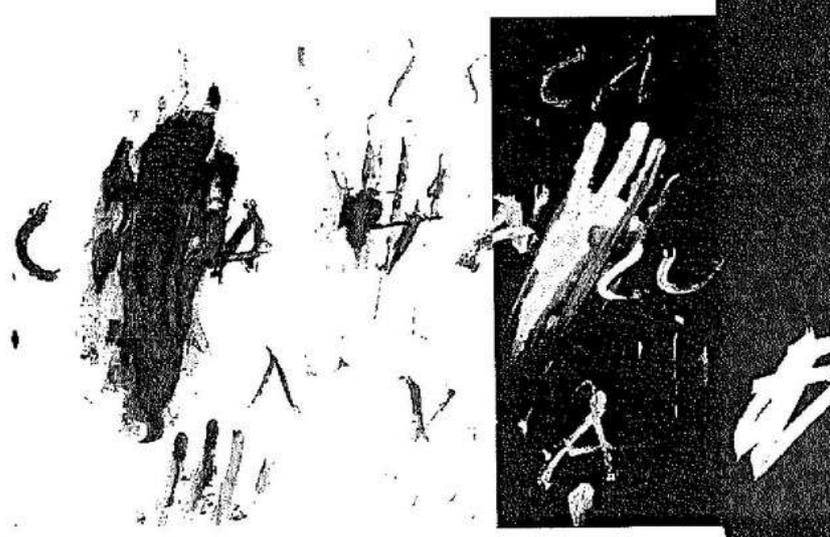
Los acuerdos establecieron un período de seis meses para la realización de los trabajos (5). En marzo de 1993, la Comisión de la Verdad entregó el reporte final al Secretario General y a las partes, en ceremonia pública realizada en la sede de las Naciones Unidas en Nueva York. El informe titulado "De la locura a la esperanza: la guerra de 12 años en El Salvador", se hizo público de inmediato.

Los países miembros de las Naciones Unidas realizaron contribuciones voluntarias para dotar a la Comisión de los recursos económicos necesarios para su funcionamiento.

3.1. Los casos estudiados por la Comisión

Las partes encontraron dificultades al momento de establecer cuáles eran los hechos del pasado que debían ser investigados por la Comisión. Entendemos que esto sucedió, no porque fuera difícil identificar a la luz del conocimiento de las normas internacionales de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario- cuáles actos estaban claramente reñidos con lo que las normas establecen. Sino porque ambas partes pretendían que la definición del objeto de investigación, garantizara de antemano algún tipo de equilibrio en la selección de los hechos cuya autoría se les atribuiría.

El mandato de la Comisión reflejó esta dificultad. Los firmantes encomendaron a la Comisión la investigación de "graves hechos de violencia ocurridos desde 1980, cuya huella sobre la sociedad reclama con mayor urgencia el conocimiento público de la verdad. La Comisión tendrá en cuenta: a) la singular trascendencia que pueda atribuirse



a los hechos a ser investigados, sus características y repercusión, así como la conmoción social que originaron; y b) la necesidad de crear confianza en los cambios positivos que el proceso de paz impulsa y de estimular el tránsito hacia la reconciliación nacional" (6). Como se ve, se habla de "graves hechos de violencia" y no de violaciones a los derechos humanos, concepto que está sólo presente en la referencia que hace el Acuerdo de Chapultepec a la necesidad de "esclarecer y superar todo señalamiento de impunidad de oficiales de la Fuerza Armada, especialmente en casos donde esté comprometido el respeto a los derechos humanos. A tal fin, las partes remiten la consideración y resolución de este punto a la Comisión de la Verdad" (7).

Con el mismo grado de importancia que el mandato atribuye a la investigación de los hechos graves de violencia, se le encomienda también a la Comisión la formulación de recomendaciones de orden legal, político o administrativo que puedan colegirse de los resultados de la investigación. Se agrega que dichas recomendaciones podrán incluir medidas destinadas a prevenir la repetición de tales hechos, así como iniciativas orientadas hacia la reconciliación nacional.

El mandato señaló que las actuaciones de la Comisión no serían jurisdiccionales y le otorgó amplias facultades para organizar sus trabajos y su funcionamiento. Sus actuaciones se realizarían de manera reservada. Las partes asimismo, se comprometían a prestar toda la cooperación que la Comisión les requiriera para acceder a las fuentes de información a su alcance. Los Acuerdos de Paz tienen dos referencias claras señalando que la actuación de la Comisión de la Verdad no impide la acción de los tribunales de justicia nacionales para sancionar de manera ejemplar todos aquellos hechos contrarios a la ley y aplicar sanciones a quienes se identifiquen como responsables.

La Comisión tuvo en sus manos la identificación de cuáles hechos de violencia habría de investigar y la definición del marco de su actuación. Constituía sin duda un enorme desafío encontrar el modo de conocer lo sucedido, con cifras nunca confirmadas, pero repetidas por organismos de derechos humanos nacionales e internacionales durante años: la guerra en El Salvador había producido entre 60 y 75.000 muertos. Resultaba relativamente obvio que una Comisión a la que se le otorgaba un plazo de seis meses para realizar su trabajo y que no contaba con recursos económicos ilimitados, no podría investigar y dar respuesta satisfactoria a cada uno de los casos que se sometieran a su veredicto. Pero a la vez, los miembros de la Comisión estaban persuadidos

de que la **verdad** tiene un destinatario concreto: la sociedad salvadoreña y en particular las víctimas y/o sus familiares. Por eso consideró que su actuación sólo sería creíble en tanto tuviera sus puertas abiertas para escuchar a cada uno de los ciudadanos e instituciones salvadoreñas que quisieran testimoniar ante ella.

La Comisión comprendió dentro de la categoría de "graves hechos de violencia" aquellos actos que vulneran normas universalmente aceptadas de protección a la persona, atentando contra la vida, la integridad personal y la libertad. Para hacerlo, tuvo en cuenta la existencia de derechos que -por su especial naturaleza- no pueden ser suspendidos bajo ninguna circunstancia, ni aún en caso de guerra, peligro público o grave emergencia para una nación. Dentro de esta serie de derechos, la Comisión consideró en primer lugar, los derechos a la vida y a la integridad personal. Igualmente seleccionó a aquellos hechos que habían transgredido las consideraciones elementales de humanidad estipuladas por el derecho internacional humanitario (en particular por el art. 3 común a los cuatro convenios de Ginebra de 1949 y por el Protocolo Adicional II de 1977) cuando señala los derechos y garantías de las personas que -aún en situación de conflicto armado no internacional- no pueden ser desconocidos o conculcados por el Estado o los rebeldes. Y finalmente la Comisión tomó particular cuidado en poner de relieve el *modus operandi* de las violaciones que investigó: características de las víctimas, medios empleados, conducta del Estado y de los rebeldes, así como la recurrencia de tales transgresiones. Este último peldaño del análisis permitió evidenciar la existencia de "prácticas sistemáticas" en la violación a los derechos humanos, que constituyen en sí mismas, un grave hecho de violencia (8).

Sobre la base de los criterios enunciados por el Mandato y teniendo en cuenta el derecho que consideró aplicable, la Comisión investigó dos tipos de casos:

a) los casos o hechos individuales que, por sus características singulares conmovieron a la sociedad salvadoreña y/o a la sociedad internacional;

b) una serie de casos individuales de características similares que revelan un patrón sistemático de violencia o maltrato y que, vistos en su conjunto, conmovieron en igual medida a la sociedad salvadoreña, sobre todo por cuanto su objetivo fue impactar por medio de la intimidación a ciertos sectores de esa sociedad.

Debe tenerse en cuenta asimismo, que la Comisión debía investigar hechos graves de violencia cometidos por ambas partes del conflicto salvadoreño y que a la vez, los textos de los Acuerdos ponían especial énfasis en la "impunidad de oficiales de las Fuerzas Armadas especialmente donde esté comprometido el respeto a los Derechos Humanos".

La combinación de los criterios que enumeramos llevó a la Comisión a fijarse los siguientes objetivos al momento de seleccionar 34 casos para su estudio (9), entre las más de 22.000 denuncias que recibió: a) revelar la verdad de lo ocurrido en cada uno de los casos bajo estudio, describiendo lo sucedido o avanzando sobre lo que ya estaba investigado por parte de grupos nacionales o internacionales para mostrar la metodología, el grado de compromiso o participación individual y/o institucional y otros detalles importantes sobre la existencia de asociaciones para cometer hechos graves contra los derechos

humanos; b) hacer de conocimiento público quién fue el victimario y la víctima en los casos en que ésto fuera posible; c) describir los elementos que muestren la existencia de un cuadro persistente o un patrón sistemático de graves violaciones a los derechos humanos y a las libertades fundamentales.

3.2. La relación de la Comisión con la sociedad salvadoreña

Por la modalidad adoptada por la violencia insurgente y la represión desarrollada desde 1980, existía en El Salvador un conocimiento relativamente extendido y general sobre las violaciones a los derechos humanos.

Los crímenes que habían generado mayor impacto internacional habían sido ya relatados por organizaciones de derechos humanos en El Salvador, por las organizaciones internacionales que habían monitoreado la situación durante el período que abarcó la guerra, y por los informes del Relator Especial ante la Comisión de Derechos Humanos.

Por primera vez en su historia, las Naciones Unidas, como garantes y acompañantes de todo el proceso de paz firmado por el Gobierno de El Salvador y el FMLN, se involucraban activamente en la investigación de crímenes del pasado, auspiciando la Comisión de la Verdad. Si bien la Comisión tenía tras de sí el enorme peso político y la credibilidad otorgados por las Naciones Unidas, gozaba de autonomía y dependía para su actuación, de la cooperación de las partes.

No puede afirmarse sin embargo que la investigación del pasado y el señalamiento de la impunidad fueran aspiraciones sentidas por el Gobierno de El Salvador y por las Fuerzas Armadas, actores sin duda fundamentales en el proceso que condujo a los acuerdos. Ellos se preocuparon de señalar una y otra vez que el objetivo central de la Comisión era la reconciliación de la sociedad salvadoreña y no el señalamiento de hechos que llevaran a hurgar en heridas que ya formaban parte del pasado. La presunción de parcialidad, la desconfianza y por momentos una actitud francamente hostil se hicieron evidentes en las declaraciones de la Fuerza Armada. Sectores civiles conservadores desataron por su parte, una amplia campaña de prensa que incluyó la publicación de anuncios pagados en los principales medios de difusión del país. Este despliegue en los medios de comunicación recibió y acompañó a la Comisión durante su estada en El Salvador, intentando descalificar e intimidar a sus miembros y generar desconfianza hacia su trabajo.

El FMLN, sintiéndose resguardado de antemano por la desproporción existente entre el



número de hechos de violencia que podían atribuirse a sus filas y los que se endosarían a las Fuerzas Armadas, actuó más preocupado por resolver las urgentes cuestiones que se derivaban del cumplimiento de los acuerdos (desmovilización y desarme, tránsito hacia la constitución de un partido político, etc.), y por mantener la coherencia entre sus -por momentos- desconcertadas filas, que por contribuir al esclarecimiento amplio y definitivo de su actuación durante los años de guerra.

Por otro lado, y aunque casi todas ellas habían reclamado la conformación de alguna instancia que estudiara y diera a conocer lo sucedido en el pasado, fueron escasas las instituciones de derechos humanos nacionales e internacionales que no expresaron su escepticismo sobre las posibilidades que tenía la Comisión de la Verdad para llegar a resultados que no se sumaran al capítulo de las frustraciones de los salvadoreños. Su escepticismo se basaba en la consideración de que resultaba imposible investigar doce años de conflicto en tan breve plazo y que, los protagonistas principales del mismo, estaban preparados para eludir de algún modo, la responsabilidad que les cabía.

Visto este panorama, puede decirse que la presencia de la Comisión generó algún nivel de expectativas en los familiares directos de las víctimas y en aquellos que, habiendo sobrevivido al horror, esperaban poder reivindicar su nombre. A ellos se sumaron -tímidamente en un primer momento- algunas instituciones de derechos humanos y grupos políticos que brindaron el beneficio de la duda en relación a las intenciones de la Comisión y a los probables resultados de su trabajo.

Intentando situarse del mejor modo posible en este contexto, la Comisión adoptó una serie de decisiones que consideró claves para el éxito de la misión:

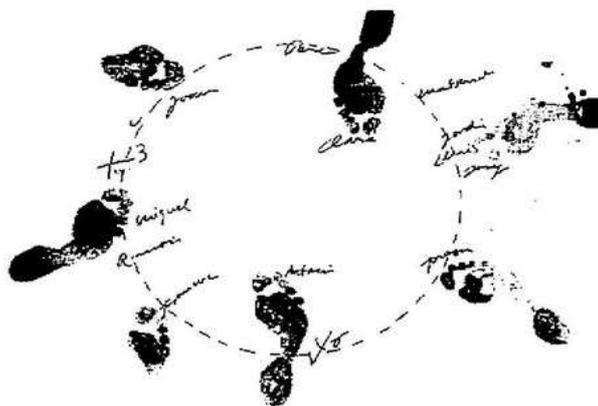
1/ La Comisión declaró cuantas veces le fue posible, que no llegaba al país con una lista de casos preestablecida.

2/ Anunció que abriría sus puertas para recibir todas las denuncias que ciudadanos, instituciones privadas o gubernamentales quisieran poner a su consideración. Para lograrlo, estableció un período de 82 días para recibir denuncias y abrió tres oficinas regionales (San Miguel, Chalatenango, Santa Ana) además de la sede permanente de San Salvador.

3/ Estableció desde su llegada a El Salvador, canales de comunicación con las Partes, el Poder Judicial y Legislativo, los partidos políticos, las organizaciones no gubernamentales y gubernamentales de Derechos Humanos, dándoles a conocer la metodología que usaría para su trabajo e instándoles a enviar la información que consideraban relevante a efectos de la investigación.

4/ La Comisión consideró diversos tipos de fuentes. Llamó fuente primaria a aquellos testimonios recibidos directamente por la Comisión; fuente secundaria a aquellas denuncias que alcanzaran por escrito instituciones de diverso tipo (organizaciones gubernamentales y privadas de Derechos Humanos, de la Fuerza Armada, grupos sindicales, organizaciones de familiares de víctimas, partidos políticos, autoridades nacionales, organizaciones internacionales, gobiernos extranjeros, etc.) y fuente terciaria a todas las publicaciones nacionales e internacionales preexistentes que relataban hechos del conflicto salvadoreño.

5/ La Comisión realizó numerosas visitas a lugares donde se habían producido hechos sig-



nificativos de violencia durante el período a investigar.

6/ Impulsó la exhumación de restos óseos que constituirían evidencia sustancial en la investigación de masacres.

3.3. Los desafíos a los que se enfrentó la Comisión

La Comisión había sido dotada de amplias facultades para actuar. Se trataba de hacer uso de ellas en el marco de un país en el que simultáneamente a la actuación de la Comisión, se desmovilizaban efectivos de la guerrilla e intentaban reinsertarse en la vida civil, se suprimían los cuerpos de elite de las Fuerzas Armadas (10) que habían tenido actuación protagónica en la represión a la guerrilla, funcionaba la comisión *Ad Hoc* (encargada de depurar a las fuerzas armadas) y se cumplía dificultosamente el calendario que convertía en realidad lo establecido por los acuerdos de paz (11).

Este proceso de paz en plena etapa de construcción, con mecanismos no sólo poco consolidados sino con múltiples instituciones que mantenían aún los mismos rostros que habían sido parte activa en el conflicto, y con una sociedad con poco ejercicio del diálogo y el consenso, no parecían un terreno propicio para el juicio equilibrado y la confianza en una instancia creada para ser depositaria de los horrores del pasado.

A ello se sumó un Poder Judicial globalmente inoperante, sospechado de parcialidad por la mayor parte de la población y que desplegó una labor obstruccionista en relación a la tarea de la Comisión.

La voluntad decidida de las Naciones Unidas para apoyar el camino hacia la paz en El Salvador, y la firmeza de quienes participamos en esta empresa para no dejarnos doblegar ante la hostilidad, la indiferencia o la obstrucción de la tarea, permitieron desarrollar el trabajo haciendo uso de los elementos más variados de búsqueda, investigación y puesta a prueba de los hallazgos para cumplir la misión encomendada.

La Comisión desplegó una campaña publicitaria por medio de periódicos, televisión y sobre todo utilizando el radio, para que la población conociera sus objetivos y se acercara a presentar sus testimonios.

Para la investigación y resolución de los casos, la Comisión revisó documentos existentes en El Salvador y en otros países; realizó numerosas entrevistas a participantes, testigos, vícti-

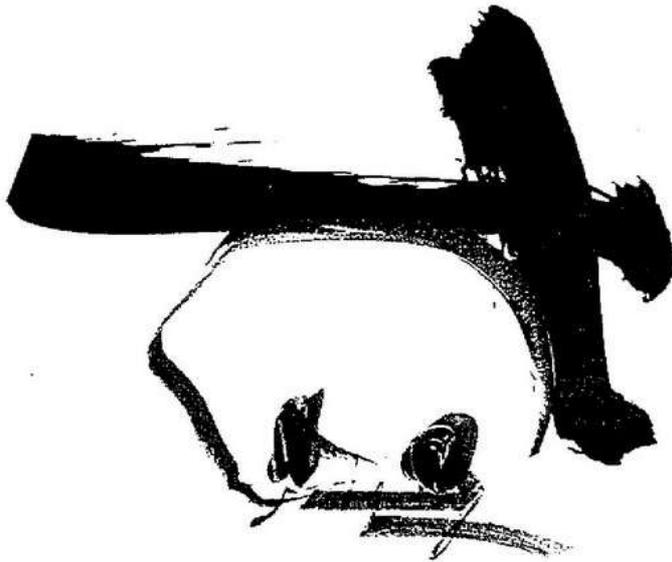
mas y familiares; solicitó información a entidades gubernamentales; consultó expedientes judiciales; realizó visitas a los lugares en que se habían producido los hechos y solicitó copias de instrucciones y órdenes impartidas.

Se remitieron solicitudes de información precisa sobre diversos casos a ministros y autoridades de dependencias gubernamentales y a la comandancia del FMLN.

Para las solicitudes de informes que no fueron respondidas y que en algunos casos se referían a acontecimientos ocurridos antes de 1984, el Ministerio de Defensa dijo a la Comisión que "...no se cuentan con registros debido a que en aquel año fue completamente reestructurado el Estado Mayor". Por su parte, la Oficina de Relaciones Públicas del Ministerio de Defensa -COPRETA- informó a la Comisión que no mantenían información desde enero de 1980, por lo que únicamente contaban con Archivo de Boletines desde 1988.

Las respuestas denegatorias o aquellas que pretendían desviar o retrasar los procedimientos necesarios para la investigación, así como las dificultades esgrimidas por el Ministro de la Defensa para ubicar a muchos de los oficiales que necesitaban ser entrevistados para la Comisión, fueron solucionadas por la Comisión recurriendo a variadas fuentes de información y a procedimientos contemplados por su mandato que permitieron alcanzar los objetivos buscados: la Comisión entrevistó a más de 100 oficiales en actividad y en retiro, a miembros de los cuerpos policiales, a soldados y a autoridades civiles que habían sido protagonistas directos o indirectos de los hechos materia de investigación.

Las respuestas a las solicitudes formuladas al FMLN fueron también -en algunos casos- parciales. La ex Comandancia atribuyó al carácter irregular de la guerra y a la conse-



cuenta ausencia de archivos, la imposibilidad de brindar información precisa a la Comisión. Debe decirse sin embargo, que sus principales dirigentes comparecieron ante la Comisión y que la dificultad para encontrar a algunos de quienes habían sido protagonistas directos de los hechos, se atribuyó a que la totalidad de sus cuadros actuaban con seudónimos.

3.4. Los resultados de la investigación

La Comisión de la Verdad registró más de 22.000 denuncias de graves hechos de violencia ocurridos en El Salvador durante el período de enero de 1980 a julio de 1991. Estas denuncias no constituyen el total de aquellas que recibió, sino que es la suma de las denuncias que reunían los requisitos de información establecidos para ser considerados "casos". La Comisión acordó considerar seis tipos de hechos graves de violencia: homicidio, desaparición forzada, tortura y malos tratos, lesiones graves, secuestro extorsivo y violación sexual. 8.651 hechos graves de violencia que afectaron a 7.312 víctimas, fueron tipificados a partir del testimonio de más de 2.000 personas que acudieron a dar su testimonio en las oficinas de la Comisión. 13.569 casos que corresponden a su vez a 13.562 víctimas fueron documentados por fuente indirecta (12).

Más de un 60% de las denuncias corresponden a ejecuciones extrajudiciales; más del 25% a desapariciones forzadas y más del 20% incluyen denuncias de tortura.

Los testimonios atribuyeron casi el 85% de los casos a los agentes del Estado, a grupos paramilitares aliados de éstos y a los escuadrones de la muerte.

Los efectivos de la Fuerza Armada fueron acusados en casi el 60% de las denuncias; los miembros de los cuerpos de seguridad en aproxi-

madamente el 25%; los miembros de las escuadras militares y de la defensa civil en aproximadamente el 20%; y los integrantes de los escuadrones de la muerte en más del 10% de los casos. Las denuncias registradas responsabilizaron aproximadamente en el 5% de los casos al FMLN.

Los Escuadrones de la Muerte, ligados a estructuras estatales por participación activa o por tolerancia, alcanzaron un control de tal naturaleza que sobrepasó los niveles de fenómeno aislado para convertirse en instrumento de terror y de práctica sistemática de eliminación física de opositores políticos. Muchas de las autoridades civiles y militares que actuaron durante los años ochenta, participaron, promovieron y toleraron la actuación de estos grupos. Considerando que sus estructuras están aun latentes en El Salvador, la Comisión recomendó al estado salvadoreño asumir una actitud alerta y resuelta para prevenir el resurgimiento del fenómeno y solicitar la cooperación internacional para lograr su erradicación total (13).

3.5. Las recomendaciones

En el texto del mandato que creó la Comisión de la Verdad, los firmantes se comprometieron a cumplir las recomendaciones que ésta formulara. La Comisión agrupó las recomendaciones que formuló en cuatro grupos, de acuerdo a la naturaleza y al objetivo de las mismas. Propuso medidas específicas para cada grupo de recomendaciones, tal como señalamos a continuación:

1/ Recomendaciones que se derivan directamente del resultado de las investigaciones: separación de miembros de la Fuerza Armada; separación de funcionarios civiles de la administración pública y de la judicatura; inhabilitaciones públicas; reforma judicial; condiciones para la permanencia de los jueces en sus cargos; sanción a los responsables de hechos graves de violencia.

2/ Recomendaciones para la erradicación de causas estructurales directamente vinculadas con los hechos examinados: reformas en la Fuerza Armada; reformas en materia de seguridad pública; investigación de grupos ilegales.

3/ Recomendaciones sobre reformas institucionales para prevenir la repetición de hechos semejantes: administración de justicia; protección de los derechos humanos; policía nacional civil.

4/ Recomendaciones sobre medidas tendientes a la reconciliación nacional: reparación material a las víctimas; reparación moral; foro de la verdad y la reconciliación; seguimiento internacional.

4. Conclusiones

Es importante señalar de antemano que -a diferencia de la casi totalidad de los procesos hasta ahora existentes- el proceso de El Salvador tuvo características propias. La paz se logró por un acuerdo entre las partes en conflicto, que bajo el auspicio de las Naciones Unidas, llevaron adelante un proceso complejo y gradual de reorganización institucional, social y política del país.

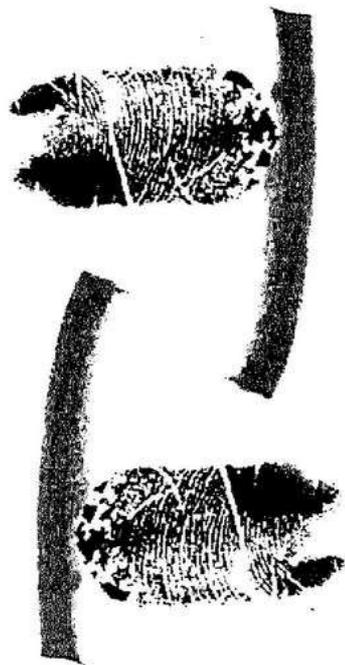
El proceso que iniciaron en 1987 el Gobierno de El Salvador y el FMLN para lograr la paz, acaba de cerrar en el mes de mayo de este año una primera etapa con la celebración de elecciones libres y el traspaso del mando a un nuevo gobierno.

Resulta para muchos por lo menos paradójico que el candidato triunfante en las recientes elecciones sea Armando Calderón Sol, representante de la derecha salvadoreña encarnada en el partido ARENA (Alianza Republicana Nacionalista) que fuera fundada por el ex-Mayor Roberto D'Aubuisson, señalado por la Comisión de la Verdad como el fundador de los Escuadrones de la Muerte más importantes que operaron en El Salvador y quien planificó el asesinato de Monseñor Oscar A. Romero en 1980.

A la vez, el Instituto de Opinión Pública de la Universidad Centroamericana José Simón Cañas, señaló pocos meses después de conocido el Informe (en junio de 1993), que el 45% de los salvadoreños estaba satisfecho con el Informe presentado por la Comisión de la Verdad, un 27% estaba insatisfecho y otro porcentaje igual prefirió no opinar (14). La encuesta realizada en todo el país, reveló que fueron los salvadoreños de los sectores populares de la sociedad quienes se expresaron más favorablemente a la comisión que los sectores altos y medios-altos. De forma global, buena parte de la población salvadoreña vio con buenos ojos el informe de la Comisión de la Verdad, al mismo tiempo que desaprobó la amnistía y expresó que aún existe impunidad.

América Latina dedicó muchos años y esfuerzos de notables científicos sociales a estudiar el modo en que se forma y funciona la conciencia popular. Pocas veces esta producción sirvió para explicar la respuesta de los ciudadanos ante procesos electorales cuyos resultados resultaban desconcertantes. En todo caso para El Salvador, quizás haya que recordar que -como en todo conflicto interno armado- es la población civil quien sufre las consecuencias de manera más trágica y directa. Y que luego de doce años de guerra, fue bajo el gobierno del Presidente Cristiani (del partido ARENA) que el FMLN y el gobierno salvadoreño lograron un acuerdo ejemplar para el cese del fuego y el establecimiento de la paz.

Los procesos de transición a la democracia se han confrontado con la necesidad de encarar el pasado. El conocimiento de los crímenes cometidos y el señalamiento de responsabilidades no han sido siempre acompañados por procesos judiciales y penas para los autores de los crímenes. Algunos países respetaron las leyes de amnistía (más propiamente llamadas de auto-amnistía) que habían sido dictadas antes de los cambios de gobierno. Otros las promulgaron simultáneamente a la creación de Comisiones encargadas de investigar los hechos del pasado (15). Muy pocos transitaron por el camino de la



celebración de juicios. Pero ante la inquietud que estos generaron en las Fuerzas Armadas, consideraron que ponían en riesgo la gobernabilidad. Decidieron primero limitarlos y luego indultar a quienes habían resultado encarcelados como resultado de juicios ejemplares.

La comunidad internacional ha impulsado iniciativas tendientes a disminuir la impunidad que acompaña a los autores de crímenes atroces. Sin embargo, los instrumentos legales internacionales, la jurisprudencia y las mejores intenciones de las Comisiones de Investigación del pasado, los Relatores Especiales, los Grupos de Trabajo de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos internacionales y nacionales, chocan con el temor a la desestabilización de los gobernantes que tienen que adoptar las decisiones. A ello se suma la "comprensión benevolente" de otros países que les ayudan a justificar las decisiones adoptadas, señalándolas como las únicas posibles. Unos y otros dejan a un lado que el mejor modo de prevenir la repetición de los hechos es responder a la necesidad de justicia.

La comunidad internacional tiene la responsabilidad de desarrollar más aún, mecanismos que eleven la obligación de los estados de respetar el derecho de las víctimas a la verdad y a la justicia y generar instrumentos que aseguren su cumplimiento. Y esto tiene un doble objetivo: señalar a los autores de crímenes que sus acciones tienen consecuencias graves (sea como acciones individuales o como política) y remarcar que la reconciliación y el perdón -necesarios luego de un proceso de enfrentamiento y violencia- no se construyen sobre el olvido del pasado y el perdón sin condiciones.

El objetivo de los regímenes que persiguieron y eliminaron a miles de personas fue silenciar a los opositores. La impunidad hacia los autores de los crímenes es una forma renovada de silencio y secreto dirigida a los sobrevivientes, a los familiares de las víctimas y a la memoria de los que murieron.

1. El Acuerdo de Esquipulas II -diseñado por el Pdte. de Costa Rica, Oscar Arias- tuvo como antecedente el pedido de los cinco presidentes centroamericanos para que el Secretario General de las Naciones Unidas interpusiera sus buenos oficios con el fin de lograr la pacificación en la región. Este pedido fue ratificado por la resolución 637 (1989) del 27/7/89, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

2. Firmado el 4 de abril de 1990. Luego de este Acuerdo, las partes diseñaron una Agenda General y un Calendario del proceso de negociación (firmado en Caracas el 21/05/90) que establecieron dos fases del proceso: acuerdos políticos en varios campos que permitieran el cese del enfrentamiento armado y luego el establecimiento de garantías y condiciones necesarias para la reincorporación del FMLN dentro de un marco de plena legalidad a la vida civil, institucional y política del país. Conseguidas dichas garantías, se procedería a la discusión de otros acuerdos políticos que hubieran quedado pendientes.

3. Fue suscrito en San José y lleva su nombre. El Acuerdo de San José fue la pieza central para crear la Misión de Observadores de las Naciones Unidas en El Salvador (ONUSAL) por resolución 693 (1991) del Consejo de Seguridad, que la estableció como una misión integrada para supervisar los acuerdos políticos celebrados entre el FMLN y el GOES. En la primera vez que Naciones Unidas estableció una misión con un triple componente: División de Derechos Humanos, División Militar y División de Observadores Policiales para verificar los acuerdos políticos a que llegaron dos partes en un conflicto interno, en una negociación para la obtención de la paz bajo los auspicios del Secretario General.

4. El personal de la Comisión de la Verdad se conformó del modo siguiente: 15 profesionales (abogados, trabajadores sociales, expertos en relaciones internacionales, sociólogos, antropólogos). Dos secretarías. Un administrador. Dos choferes. Seis oficiales de seguridad provistos por las Naciones Unidas.

5. La Comisión desarrolló su tarea entre los meses de julio de 1992 y enero de 1993 y solicitó luego dos meses adicionales para culminar la tarea de reducción.

6. Texto del Mandato de la Comisión de la Verdad. "Acuerdos de El Salvador: en el camino de la paz". Naciones Unidas, 1992.

7. Acuerdos de Chapultepec. "Acuerdos de El Salvador: en el camino de la paz", op. cit.

8. Tal como lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Velásquez Rodríguez y la resolución del ECOSOC.

9. Estos 34 casos seleccionados son ilustrativos de los patrones de violencia hallados por la Comisión. Esto quiere decir que cada uno de los casos constituye una práctica sistemática sustentada por miles de denunciantes.

10. En El Salvador existían al menos ocho Batallones de Reacción Inmediata, que habían llevado el rol protagónico en la estrategia de contrainsurgencia a la guerrilla.

11. La Comisión Ad Hoc, integrada por tres personas de nacionalidad salvadoreña tuvo a su cargo la depuración de los oficiales de la Fuerza Armada. La Comisión entrevistó a más de 100 oficiales y juzgó su actuación en base a su desempeño profesional, el respeto a los derechos humanos y su grado de coincidencia con los objetivos de los Acuerdos de Paz. Las recomendaciones formuladas por la Comisión debían ser puestas en práctica por el Presidente de la República. La implementación de estas recomendaciones constituyeron el nudo gordiano de la etapa final de la negociación de paz.

12. La fuente indirecta comprende los casos que llegaron a la Comisión a través de organismos e instituciones y, por lo tanto, no fueron ratificados por una comparecencia personal. Igualmente, la Comisión recibió testimonios enviados por víctimas o sus familiares. El hecho de que un caso provenga de fuente indirecta no prejuzga sobre la calidad o validez del mismo, ya que todo caso de este tipo de fuente llenó los requisitos de la Comisión para registrarlo.

13. La Comisión de la Verdad recibió amplia información de testimonios de testigos, incluyendo miembros de la Fuerza Armada y miembros civiles de los escuadrones de la muerte que admitieron y detallaron su participación en los más altos niveles de su organización, operación y financiamiento. La Comisión obtuvo numerosos testimonios de que algunos de los más ricos terratenientes y empresarios del país y en el extranjero prestaron sus fincas, sus casas, sus vehículos y sus guardespaldas para ayudar a los Escuadrones de la Muerte y financiaron la organización y el mantenimiento de algunos escuadrones, en particular los comandados por

el ex-Mayor Roberto D'Aubuisson. Por esta razón, consideró que sólo una acción resuelta del gobierno y la colaboración de organismos de investigación de otros países, podían llevar una investigación minuciosa a buen término.

14. Un 58% de las personas satisfechas con el informe afirmó que éste presentó a los responsables y divulgó lo que no se sabía, un 14% piensa simplemente que fue bueno y un 9.3 opinan que le faltó investigar y mencionar otros crímenes. En cambio, las no satisfechas con el informe piensan que éste no mencionó algunos crímenes (39.7%), que fue superficial (15.7%) y que estuvo "más de un lado que de otro" (9.4%). Cerca de la mitad de los encuestados (46.5%) piensa que el contenido del informe es lo que realmente pasó. Más de la mitad de los salvadoreños, un 55.5%, está en contra de la ley de amnistía, frente a un 30% que se pronuncia a favor de ella. La necesidad de que haya justicia y de que los culpables sean castigados aparece como la razón principal (76.6%) entre los que se manifiestan contrarios a la ley de amnistía. Por el contrario, la importancia del perdón y el olvido para la reconciliación del país (38.5%) y la opinión de que toda persona tiene derecho a otra oportunidad (22.1%) son las razones más citadas entre los que están de acuerdo con la amnistía. De nuevo, los sectores altos de la sociedad salvadoreña se muestran más dispuestos a aprobar la ley de amnistía que el resto de los estratos sociales. Finalmente, tres de cuatro salvadoreños se muestran a favor de relevar de sus cargos a los funcionarios que han violado los Derechos Humanos. (Instituto Universitario de Opinión Pública, Universidad Centroamericana José Simón Cañas. Boletín de Prensa. San Salvador, El Salvador, junio 1993).

15. La Asamblea Legislativa de El Salvador dictó dos leyes de amnistía en el transcurso de las negociaciones para alcanzar la paz. La primera en enero de 1992 y la segunda en marzo de 1993, pocas horas después de haberse dado a conocer el informe de la Comisión de la Verdad. Por otro lado, el Gobierno de Guatemala y la URNG (Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca) acaban de firmar (20/06/94) en Oslo, Noruega, el "Acuerdo sobre el establecimiento de la Comisión para el esclarecimiento histórico de las violaciones a los derechos humanos y los hechos de violencia que han causado sufrimiento a la población guatemalteca". Pero al mismo tiempo, el gobierno guatemalteco se apresta a lograr la aprobación de una ley de caducidad de la expiación punitiva del Estado para impedir el juzgamiento de los violadores a derechos humanos.



Norberto Bobbio

Turín, junio de 1989

d e r e c h o

Alberca

El libro *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (Editorial Trotta, Madrid, 1994), del PROFESOR LUIGI FERRAJOLI, ha sido considerado como una de las obras más importantes del Derecho penal de los últimos años. Poco difundido aún en nuestro medio, es un trabajo que revisa profundamente las raíces del autoritarismo penal. Este artículo es el prólogo de Norberto Bobbio a la versión original de la obra, que NO HAY DERECHO publica como avance editorial.

Derecho y razón es la conclusión de una extensísima y minuciosa exploración llevada a cabo durante años en las más diversas disciplinas jurídicas, especialmente en el derecho penal, y de una larga y apasionada reflexión nutrida de estudios filosóficos e históricos sobre los ideales morales que inspiran o deberían inspirar el derecho de las naciones civilizadas. Luigi Ferrajoli se había preparado desde hace tiempo para esta obra con estudios de filosofía, epistemología, ética, lógica, teoría y ciencia del derecho, de historia de las doctrinas y de las jurídicas, enriquecidos por la experiencia intensa y seriamente vivida del ejercicio de su pasada actividad de magistrado.

Todo este amplio discurso se desenvuelve de forma compacta entre la crítica de los fundamentos gnoseológicos y éticos del derecho penal, en un extremo, y la crítica de la praxis judicial de nuestro país, en el otro, huyendo de los dos vicios opuestos de la teoría sin controles empíricos y de la práctica sin principios, y sin perder nunca de vista, no obstante la multiplicidad de los problemas afrontados y la riqueza de la información, la coherencia de las partes con el todo, la unidad del sistema, la síntesis final. Las distintas partes se despliegan según un orden preestablecido y siempre rigurosamente respetado. El principio anticipa la conclusión, el fin retorna, después del trayecto largo y lineal, al principio.

La apuesta es alta: la elaboración de un sistema general del garantismo o, si se quiere, la construcción de las paredes maestras del estado de derecho que tienen por fundamento y fin la tutela de las libertades del individuo frente a las variadas formas de ejercicio arbitrario del poder, particularmente odioso en el derecho penal. Pero es un juego que tiene sus reglas: el autor, después de haberlas establecido, las observa con esmero y así permite al lector encontrar el camino sin demasiado esfuerzo. La coherencia del conjunto se hace posible por la previa declaración de los presupuestos metodológicos y teóricos, por el proceder a través de conceptos bien definidos y de sus relativas síntesis, por la concatenación de las diversas partes y por la progresión razonada desde cada una a las otras.

La obra, no obstante la complejidad del planteamiento y la gran cantidad de problemas afrontados, es de admirable claridad. Se puede estar de acuerdo o disentir. Pero no hace falta devanarse los sesos para entender lo que el autor ha querido decir. El lector puede transitar de una etapa a otra del largo camino sin que sea necesario despejar a cada momento el paso de los escombros de complejidades inútiles. Ferrajoli es un amante de las ideas claras y precisas, que procede a través de un conocimiento seguro de los hechos de los que habla y, al exponerlos ordenadamente, se aprovecha de su preparación en lógica (no será inútil recordar que una de sus primeras pruebas de estudiante fue una *Teoria assiomaticizzata del diritto*). Lo que no quiere decir de las ideas simples, o, peor aún, simplificadas. Antes bien, la claridad que deriva de la eliminación de confusiones lingüísticas y conceptuales tiene como consecuencia, y no podría ser de otro modo, la multiplicación de las distinciones y subdistinciones, la disolución de unidades aparentes, el ver de cerca todos los aspectos de una figura que de lejos, en la niebla del pensamiento confuso, parecía uniforme.

No obstante este proceder a través de la desarticulación de lo inarticulado y de la concreción de lo vago y lo genérico, es importante para la plena comprensión del conjunto que no se pierda de vista la idea inspiradora de la obra: la

idea ilustrada y liberal, ilustrada en filosofía y liberal en política, según la cual, frente a la gran antítesis entre libertad y poder que domina toda la historia humana—por la que en las relaciones entre individuos y entre grupos cuanto mayor es la libertad tanto menor es el poder y viceversa—, es buena y por consiguiente deseable y defendible la solución que amplía la esfera de la libertad y restringe la del poder, o, con otras palabras, aquella para la cual el poder debe ser limitado a fin de permitir a cada uno gozar de la máxima libertad compatible con la igual libertad de todos los demás.

La obra se desarrolla por antítesis o grandes dicotomías, concatenadas entre sí, de manera que en una línea están las tesis positivas y en otra las negativas. De la antítesis libertad-poder nacen todas las restantes. Comenzando, en la esfera específica del derecho penal, por la que se da entre modelo garantista y modelo autoritario, entre garantismo y decisionismo, y continuando con todas las que tienen conexión con ella: gobierno de las leyes—por lo que se entiende gobierno tanto *sub lege* como *per leges*, con la ulterior distinción, fundamental, entre mera legalidad y estricta legalidad— y gobierno de los hombres, estado de derecho frente a estado absoluto o despótico, formalismo frente a sustancialismo, paso a paso hacia aquellas a través de las cuales el autor expone su orientación en la política penalista, derecho penal mínimo frente a derecho penal máximo, el derecho del más débil frente al derecho del más fuerte, en última instancia, certeza frente a arbitrio.

La defensa de las propias tesis va acompañada de la crítica de las doctrinas opuestas que han constituido gran parte de la historia de la filosofía del derecho penal y no dejan de volver a la escena, unas veces agresivamente y otras de manera encubierta. La batalla en defensa del garantismo es, pues, siempre, a pesar de las solemnes declaraciones de principio no siempre confortadas por los hechos, una batalla de minorías. Precisamente por ello, tanto más difícil, y que ha de librarse con armas templadas y afiladas. A veces sucede que el adversario ofrece dos caras, y entonces la tesis propuesta se convierte inevitablemente en un *tertium quid* entre dos extremos. La legalidad se opone al arbitrio, pero la oposición es doble cuando el arbitrio puede derivar tanto de una concepción objetivista del delito, y en general del mal, de origen metafísico, cuanto de una igualmente indebida objetivación como la derivada de la criminología positivista, a la que el autor no reconoce carácter científico y para la que no ahorra dardos envenenados. A su vez, la tesis del derecho penal mínimo abre su frente principal contra las teorías del derecho penal máximo (que culminan en la defensa de la pena de muerte), pero no puede pasar por alto las



doctrinas abolicionistas o substitutivistas según las cuales la pena, por el contrario, estaría destinada a desaparecer. A veces los extremos se tocan: la libertad regulada debe oponerse tanto a la antilibertad, es decir, a cualquier forma de abuso del derecho a castigar, como a la carencia de reglas, o sea, a la libertad salvaje. El principio de legalidad es contrario al arbitrio pero también al legalismo obtuso, mecánico, que no reconoce la exigencia de la equidad, al que con expresión tomada de la lógica de conceptos el autor llama poder de «connotación», y la presencia de espacios en los que habitualmente se ejerce el poder del juez. En el positivismo jurídico el problema de la justicia está separado del de la legitimación interna del ordenamiento o de la validez: una posición como ésta se encuentra a caballo tanto de la reducción del segundo al primero, lo que es propio del iusnaturalismo clásico, como de la reducción del primero al segundo, que caracteriza al legalismo ético.

El garantismo es un modelo ideal al que la realidad se puede acercar más o menos. Como modelo representa una meta que permanece tal aunque no se alcance y no pueda ser nunca alcanzada del todo. Pero para constituir una meta el modelo debe ser definido en todos los aspectos. Solamente si está bien definido puede servir de criterio de valoración y de corrección del derecho existente.

A la descripción del modelo está dedicada esencialmente la primera parte, toda ella centrada sobre la neta contraposición entre el momento de la legislación y el de la jurisdicción: el primero encuentra su elemento constitutivo en el convencionalismo, es decir, en la teoría conforme a la cual es delito lo que la ley establece como tal, en contraste con las doctrinas objetivistas del delito para las que hay acciones malas en sí mismas, y el segundo con su elemento constitutivo en la doctrina contraria del cognoscitivism, según la cual incumbe al juez verificar o refutar la hipótesis acusatoria a través de procedimientos que hagan posible el conocimiento de los hechos. Con una feliz antítesis, feliz por su carácter sintético, que se centra en los dos conceptos generales del «poder» y del «saber», la contraposición entre legislación y jurisdicción según el abstracto modelo garantista se expresa con estas dos máximas: respecto a la legislación, *Auctoritas, non veritas facit legem*; respecto a la jurisdicción, *Veritas, non auctoritas facit iudicium*.

La segunda y la tercera parte analizan a la luz del modelo los problemas fundamentales que constituyen la materia tradicional del derecho y del proceso penal —la pena, el delito, el proceso— respondiendo con calculada simetría, en cada uno de los tres temas, a las cuatro preguntas si, por qué, cuándo y cómo «castigar»; si, por qué, cuándo y cómo «prohibir»; si, por qué, cuándo y cómo «juzgar». El modelo, una vez presentado en todas sus partes, sirve de criterio de valoración de la situación actual del derecho y del proceso penal en Italia: tal juicio, al que está dedicada la cuarta parte, es muy severo y trata de mostrar hasta qué punto la realidad del sistema penal vigente está lejos del modelo, por la presencia de tres subsistemas desviados, el del derecho penal ordinario, todavía caracterizado por la supervivencia del código fascista y de algunas deficiencias o lagunas de la misma Constitución; el de las diversas medidas de policía que flanquean y se superponen al derecho penal ordinario; y en fin, el introducido por las leyes excepcionales ante la llamada emergencia. Mientras las tres primeras partes se caracterizan por su rigor argumental y por la complejidad de la construcción sistemática, la cuarta se distingue

por la amplitud de la documentación, que hace de ella un verdadero y propio repertorio de las partes enfermas de un sistema, del que tanto el abogado como el juez, el político o el funcionario como el periodista, pueden obtener provecho. Llamo la atención también sobre la extensión de las notas bibliográficas e históricas, en las que el lector encontrará interesantísimas noticias relativas a la historia de cada uno de los problemas.

La última parte, en fin, es un intento de extraer de los resultados obtenidos en la descripción del modelo garantista penal las grandes líneas de un modelo general del garantismo: antes que nada, elevándolo a modelo ideal del estado de derecho, entendido no sólo como estado liberal protector de los derechos de libertad, sino como estado social llamado a proteger también los derechos sociales; en segundo lugar, presentándolo como una teoría del derecho que propone un iuspositivismo crítico contrapuesto al iuspositivismo dogmático; y, por último, interpretándolo como una filosofía política que funda el estado sobre los derechos fundamentales de los ciudadanos y que precisamente del reconocimiento y de la efectiva protección (¡no basta el reconocimiento!) de estos derechos extrae su legitimidad y también la capacidad de renovarse sin recurrir a la violencia subversiva.

No tengo, por cierto, la pretensión de haber dado, con esta presentación sumaria, una idea suficiente de una obra destinada a suscitar un debate que no se agotará con su primera aparición. Menos aún presumo de poder avanzar un juicio. Puedo decir en general que *Derecho y razón* es una obra en la que se encuentran entretejidos continuamente problemas de teoría del derecho y problemas de política del derecho y que deberá ser comprendida y juzgada desde ambos puntos de vista. Naturalmente, aunque ambos aspectos se encuentran estrechamente ligados, pueden enjuiciarse por separado. Una teoría puede tener resultados prescriptivos diversos, así como un programa de reformas legislativas puede tener distintos fundamentos teóricos.

Como teórico general del derecho, FERRAJOLI pertenece a la familia de los positivistas en la tradición de Kelsen, Hart y el positivismo italiano de este último cuarto de siglo. Pero es un positivista particularmente atento a distinguir la validez formal, o vigencia, de las normas de su validez sustancial y a subrayar que en un ordenamiento que haya recibido los derechos fundamentales de libertad la validez no puede ser solamente formal, y por tanto existe en él un problema de justicia interna de las leyes, y no solamente externa: un positivista bien consciente de que, una vez producida en la mayor parte de las constituciones modernas la constitucionalización de los derechos naturales, el tradicional conflic-

to entre derecho positivo y derecho natural, y entre positivismo jurídico e iusnaturalismo, ha perdido gran parte de su significado, con la consecuencia de que la divergencia entre lo que el derecho es y lo que el derecho debe ser, expresada tradicionalmente bajo la forma de contraste entre la ley positiva y la ley natural, se ha ido transformando en la divergencia entre lo que el derecho es y lo que el derecho debe ser en el interior de un mismo ordenamiento jurídico, o, con las palabras usadas repetidamente por el autor, entre «efectividad» y «normatividad». Este contraste está por lo demás en la base de la tarea específica del jurista, varias veces puesta de relieve, que es la crítica del derecho vigente: una tarea que contrasta con uno de los ejes de la ciencia jurídica según el positivismo de estricta observancia, que es el de la avaloratividad de la ciencia del derecho. La recurrente constatación de este contraste, en especial por lo que se refiere al derecho penal italiano, constituye uno de los motivos de interés del libro en el que la frialdad y la sequedad, diría que la aridez, del razonamiento no llegan nunca a sofocar el fuego de la pasión civil.

Si con respecto a las tradicionales escuelas de teoría del derecho la orientación teórica de FERRAJOLI pertenece al positivismo jurídico, aun cuando corregido y menos intransigente pero de hecho más consecuente, en cuanto al método, o simplemente respecto al modo de proceder en la argumentación, FERRAJOLI puede ser incluido entre los filósofos analíticos: positivismo jurídico y filosofía analítica han hecho, al menos en Italia, quizá en Italia más que en otra parte, mucho camino juntos. La adhesión a la filosofía analítica está declarada explícitamente en varios lugares. Esta pertenencia se revela en la atención continuamente prestada a las «cuestiones de palabras», en el rigor del razonamiento nunca separado de la prueba de los hechos, en la tendencia al *distingue frequenter*, en la aversión hacia toda forma de esencialismo.

Desde el punto de vista de la política del derecho, el teórico del garantismo no puede dejar de injertarse en la gran tradición del pensamiento ilustrado y liberal que en el campo del derecho penal va de Brocartera a Francesco Carrara: aunque propone una revisión de los fundamentos epistemológicos de esta tradición, ingenuamente formalistas y realistas, mediante la distinción entre «significado» y «criterios» de verdad en el proceso, el análisis de los márgenes insuprimibles de opinabilidad de la verdad jurídica y del carácter no más que probable de la verdad fáctica y el nexo establecido entre el grado de verificabilidad y de verificación y el grado de satisfacción de las garantías penales y procesales. La noción de «grado» más o menos alto de garantismo (no sólo en el campo penal) es por lo de-

r a z ó n
RAZÓN

más central en todo el trabajo, en el que se excluye repetidamente la idea de que un ordenamiento, incluso el más perfeccionado, pueda nunca aspirar a una plena realización de los valores que forman precisamente sus fuentes positivas de legitimación. Y representa, junto a la tesis del carácter siempre relativo e imperfecto de la legitimidad jurídica no menos que de la legitimidad política que de ello se sigue, la base de la función crítica y reformadora asignada tanto a la ciencia como a la política del derecho, entendido éste como «artificio» o construcción humana confiada a la responsabilidad de los juristas y de los operadores jurídicos.

En el conjunto, todo cuadra: positivismo jurídico, que no debe confundirse con el legalismo ético, como se ha dicho, separación del derecho de la moral, en todas sus dimensiones, método analítico y liberalismo político, entendido como doctrina de los límites y de los vínculos del poder del estado, forman un conjunto coherente y contribuyen, al converger, a la composición del sistema general del garantismo. Las propuestas de reforma avanzadas, particularmente innovadoras las relativas a la pena, son una consecuencia directa de la teoría liberal de las relaciones entre individuo y estado, conforme a la cual primero viene el individuo y después viene el estado, y el estado ya no es un fin en sí mismo porque es, debe ser, solamente un medio que tiene como fin la tutela de la persona humana, de sus derechos fundamentales de libertad y de seguridad colectiva. La contraposición entre la concepción técnica y la concepción ética del estado y de todas las instituciones políticas recorre toda la obra de la primera a la última página. Uno de los enemigos mortales del defensor convencido del garantismo es el estado ético de Hegel y, más en general, toda concepción organicista de la sociedad. La crítica del estado ético es uno de los muchos aspectos que asume la crítica tantas veces retomada de la confusión entre moral y derecho, a través de los que pasa la salvaguarda del principio de estricta legalidad, en definitiva, el valor de la certeza, valor fundamental en la defensa del ciudadano frente a los poderes arbitrarios que encuentran su espacio natural en la definición no taxativa de los delitos, en la flexibilidad de las penas, en el poder dispositivo, no cognoscitivo, del juez.

Las páginas dedicadas a la demolición de las doctrinas que por diverso título y en distinta medida podríamos llamar por antítesis oscurantistas y de las instituciones que contravienen los principios de un derecho penal garantista —entre ellas, contestadas con particular insistencia, las medidas de seguridad, la prisión preventiva, toda suerte de pactos entre el juez y el imputado— no son menos incisivas que las dedicadas a la construcción del edificio. La obra no es un cuerpo inanimado. Dentro de ella sopla el espíritu vivificador que mana de una ética de la libertad sinceramente vivida. El que haya seguido la tenaz batalla del autor, librada casi día tras día a través de debates públicos y artículos de prensa en defensa del respeto de la legalidad duran-

d e r e c h o

derecho

te los años en que una imprevista e imprevisible explosión de violencia política en nuestro país provocó la legislación de emergencia, no puede tener dudas sobre la ocasión que le ha inducido a intentar la gran empresa, que con estas dimensiones y tan completa carece de precedentes, de establecer los fundamentos teóricos y los principios axiológicos de un sistema global del garantismo. Toda la obra está dominada por la convicción de que únicamente a través de una visión omnilateral del problema es posible al jurista, que no debe ser solamente un frío y distante comentarista de las leyes vigentes, detectar y en consecuencia denunciar no sólo las deformaciones del sistema jurídico positivo, comprendido el desarrollo hipertrofico del derecho penal o la ilusión panpenalista, sino también, como se ve en la parte final, poner al desnudo todas aquellas situaciones en las que permanecen poderes extrajurídicos, sobre las que el estado de derecho no ha extendido aún su regla y que en cuanto tales perpetúan relaciones de desigualdad, a las que se da el nombre sugestivo de «poderes salvajes».

La parte crítica, repito, no es menos importante que la constructiva: una y otra se apoyan y se justifican mutuamente. No es casual que en las páginas finales Ferrajoli cite con honor el «precioso librito» de Jhering *La lucha por el derecho*, en el que la lucha por el derecho se presenta como un deber hacia nosotros mismos y hacia los demás. No es casual que en la misma página se recupere con honor el principio de la «garantía social», enunciado en el art. 23 de la Constitución francesa de 1793, definida como la «acción de todos para asegurar a cada uno el goce y la conservación de sus derechos». Paradójicamente, para concluir, incluso el más perfecto sistema del garantismo no puede encontrar en sí mismo su propia garantía y exige la intervención activa por parte de los individuos y de los grupos en la defensa de los derechos que aun cuando se encuentren normativamente declarados no siempre están efectivamente protegidos.

Editorial Trotta

Derecho penal del trabajo
Baylos A. y Terradillos J.

El derecho de asilo
López Garrido, D.

Instituciones de Derecho procesal laboral
Baylos, A.; Cruz, J. y Fernández, M. F.

Derecho del Trabajo: modelo para armar
Baylos, A.

El delito ecológico
Terradillos, J.

Despido y derechos fundamentales
Pedrajas, A.

Seguridad ciudadana
Fernández, J.; Portilla, G. y Barcelona, J.

La negociación colectiva en América Latina
Ojeda, A. y Ermida, O.

Derecho internacional público
Mariño, F. M.

Grupos de empresas y Derecho del trabajo
Baylos, A. y Collado, L.

Introducción al Derecho y Derecho constitucional
Ruiz, R.; Hernández, A. R. y Fernández, J.

Administración de justicia y obstruccionismo judicial
Cantarero, R.

Derecho y razón. Teoría del garantismo penal
Ferrajoli, L.

razón

Transformaciones del derecho entre el trabajo y el consumo

Introducción

La intención de este artículo es la de proponer algunas claves de análisis de la historia contemporánea del derecho, a partir de sus relaciones con la economía. Para ello postulamos la existencia de sucesivos modelos o paradigmas jurídicos, surgidos de la juridización de una actividad central y del conjunto de relaciones que la definen, a la que denominamos espacio simbólico de pertenencia social. Este espacio, cuyos elementos definitorios sugerimos a lo largo del texto, presenta características contrastantes:

- por un lado, determina la incorporación efectiva al conjunto social, y por ende, instituye un eje de atribución de derechos;
- por otro lado, constituye un territorio de conflicto social, y por ello, se establece como ámbito generador de conflictos jurídicos.

La idea que pretendemos sugerir es que, dado cierto grado de evolución de este espacio de pertenencia social, el derecho va generando estructuras que lo codifican, estableciendo mecanismos que permiten ajustar las formas jurídicas a los principales ámbitos conflictivos de integración social. Otra de nuestras intenciones es la de señalar la actual ocurrencia de un cambio de este espacio simbólico de pertenencia, desplazado del trabajo al consumo, hecho que nos permite hipotetizar acerca de la constitución de este nuevo espacio, y de las modificaciones jurídicas que podrían sucederle.

Para aclarar la abstracción de estos términos, proponemos una breve ejemplificación histórica de nuestra tesis. La brevedad del artículo y nuestra sumaria intención de presentar algunas de estas ideas hace que utilicemos un punto de vista de gran generalidad histórica y geográfica, sin mayores precisiones puntuales. Sin embargo, gran parte de estos procesos pueden seguirse en cada situación nacional particular. Partimos de la génesis del derecho moderno, representada paradigmáticamente por el proceso de Codificación.

La soberanía del sujeto y los principios de derecho civil

El espacio de pertenencia social que se juridiza a través de la codificación del derecho civil es la actividad de libre intercambio de mercancías entre ciudadanos autónomos. Los corolarios jurídicos que se destacan tradicionalmente a partir de esta constatación tienen que ver generalmente con el respeto absoluto del derecho de propiedad. Sin embargo, no es éste el punto que nos interesa abordar. Desde el punto de vista de la estructura del derecho, y particularmente en lo que hace a los actores que el derecho acepta y a las consecuencias jurídicas de sus actos, los caracteres fundamentales de la juridización de aquella actividad son las siguientes: a) autonomía de la voluntad; b) responsabilidad personal del actor por sus propios actos; c) garantía de la responsabilidad con el patrimonio del actor; y d) inoponibilidad ante terceros de los actos jurídicos celebrados entre partes (*res inter alios acta*). Estos elementos presuponen además el carácter individual de los actores jurídicos (que incluso impone la construcción de la noción de persona de existencia ideal a partir de la noción de persona de existencia visible), y la igualdad de condiciones entre los sujetos de la relación jurídica. Haciéndose eco del modelo diseñado por la economía política clásica, la formulación originaria del derecho civil establecía las pautas que permitieran al ciudadano burgués comprar y vender libremente en el mercado, haciéndolo plena y personalmente responsable de las consecuencias de sus transacciones. Los elementos que el derecho civil califica como atributos abstractos de la personalidad (nombre, estado civil, capacidad, domicilio, patrimonio) están en realidad inspirados en la descripción de los sujetos que efectivamente reúnen estos atributos en la vida social. No es antojadizo que el mismo goce de derechos civiles y políticos estuviera prácticamente subordinado a la calidad de propietario burgués. En consecuencia, el derecho asigna al sujeto (al sujeto-propietario) las condiciones necesarias para desenvolver la actividad que reproduce su pertenencia social privilegiada. Del mismo modo, sin embargo, lo somete personalmente a los riesgos que derivan de sus transacciones.

Para el modelo de la libre transacción del mercado, el intercambio de mercancías no sólo constituye la forma de triunfar, sino también la



por Víctor Abramovich
y Christian Courtis

Los Anillos De La Serpiente

forma de morir. En este sentido, se trata del territorio de conflicto social que caracteriza la consolidación legal del capitalismo del siglo XIX, desde la propia descripción que hacen sus protagonistas. Participando del intercambio de mercancías se es parte de la sociedad, y al mismo tiempo, se corre el riesgo de dejar de serlo.

La exactitud de la descripción de esta forma de pertenencia social funciona solamente durante un período temporal limitado. La creciente industrialización, la constitución de actores económicos colectivos, la importancia cada vez mayor de las sociedades comerciales, van minando el presupuesto del sujeto indivi-

dual, y con él, los caracteres de la juridización de los que hablábamos antes. La autonomía de la voluntad comienza a sufrir excepciones, al igual que la responsabilidad personal y subjetiva. El propio derecho privado va incorporando estas modificaciones a través de dos vías. Por un lado, se adoptan formas de responsabilidad antes desconocidas, consistentes en mecanismos de socialización de los riesgos de la explotación industrial (responsabilidad objetiva, responsabilidad por la creación de riesgo) y de figuras tendientes a revisar el alcance de los acuerdos voluntariamente concertados (desarrollo de la lesión subjetiva, abuso del derecho). También cambia el vínculo entre obligaciones individuales y patrimonio: a través del nacimiento de las sociedades comerciales, el patrimonio se desvincula de los sujetos particulares, limitando su responsabilidad y facilitando la circulación y acumulación de capitales de titularidad anónima. Por otro lado, se independizan ámbitos de regulación a los que se confiere un estatuto propio, como el derecho comercial, el derecho de las locaciones, o el derecho de daños por la cosa (1). Más allá de estas diversas excepciones que va incorporando el derecho privado, nos detendremos a continuación en un cambio cualitativo que define un nuevo paradigma en el tipo de codificación que hace el derecho de las relaciones sociales: el nacimiento del derecho laboral.

El nacimiento del derecho laboral: nuevos actores, distintas responsabilidades

La primera superación del paradigma clásico del derecho civil surge con el nacimiento de una nueva rama del derecho, que viene a codificar de modo específico las relaciones de empleo que se verifican en el marco de la definitiva consolidación de la producción industrial en masa. Lo que en el marco del derecho civil constituía simplemente una relación contractual más (el contrato de locación de servicios), regulada a través de los principios generales del contrato, que a su vez derivan de los presupuestos y caracteres que enumeráramos antes, pasa a dar sustento a un nuevo tipo de estructura jurídica, que viene a negar explícitamente la subsistencia de algunos de esos presupuestos y caracteres. La base de esta modificación parte de reconocer la existencia de un nuevo tipo de relación, funcional al modelo de explotación industrial, entre el patrón o empresario y el trabajador asalariado. Este reconocimiento implica dejar de lado, al menos en varios aspectos sustanciales, los presupuestos de la relación jurídica que caracterizaban al derecho civil clásico, es decir, el carácter individual de los sujetos de la relación y la igualdad de condiciones entre las partes. En el modelo del derecho laboral se hace visible, de modo hasta entonces inédito, la existencia de sujetos colectivos, la patronal y la representación obrera (sindicatos, federaciones), y el reconocimiento jurídico de la denominada "autonomía colectiva", entendida como facultad de los sujetos colectivos de imponer reglas generales de contratación para ámbitos determinados de la actividad industrial.

Este reemplazo tiene consecuencias sobre el resto de los caracteres del modelo. En el caso de la autonomía de la voluntad, si bien no se disuelve absolutamente como principio, queda sujeta a redefinición, en particular por modificarse el carácter de los actores de la relación jurídica. Ya no se trata solamente de la voluntad declarada de una persona individual, sino también de la voluntad de organizaciones colectivas. Surge entonces el problema de la expresión de la voluntad de los sujetos colectivos, y en especial de los mecanismos de representación del grupo y de sus efectos. En este campo, las relacio-



nes laborales, que proceden de un contexto de relaciones entre sujetos privados, van adquiriendo un carácter público ostensible, tomando prestadas categorías que provienen del derecho político. Confrontando esta tendencia, aparece un nuevo rol del estado en relaciones que en el modelo del derecho civil se consideraban situadas en el ámbito privado. El estado va a participar como tercer actor en la relación jurídica entre capital y trabajo, y esto desde dos perspectivas. Por un lado, los convenios colectivos y el contrato individual de trabajo adquieren una forma rígida, determinada legislativamente. Se trata de convenios y contratos regulados, donde rigen normas imperativas cuyo incumplimiento determina o bien la invalidez de los acuerdos entre los contratantes, o bien su reconducción automática hacia figuras legalmente establecidas. Esto constituye un fuerte recorte al principio de autonomía de la voluntad de las partes. Por otro lado, el estado participa como mediador en conflictos de trabajo, y su voz es fundamental para determinar la validez o invalidez de acuerdos bilaterales (por ejemplo, en el caso de la homologación de convenios colectivos de trabajo) o de acciones unilaterales (por ejemplo, en la declaración de legalidad o ilegalidad de una huelga) de los sujetos de la relación colectiva de trabajo. Sin embargo, es necesario destacar que el reemplazo de sujetos individuales por sujetos colectivos no es absoluto. Por una parte, como lo hemos mencionado, el reemplazo se verifica en el ámbito de establecimiento de condiciones generales de contratación laboral (derecho colectivo del trabajo). Pero por otra parte, subsiste la relación individual de trabajo entre cada asalariado y su empleador (derecho individual del trabajo). Si bien se reconoce la función reglamentaria de los sujetos colectivos, generalmente se los mantiene al margen de los conflictos individuales de trabajo, lográndose así una mutilación y atomización del conflicto entre capital y trabajo. En segundo término, al menos para una de las partes, la responsabilidad subjetiva e individual del actor desaparece, siendo reemplazada por criterios objetivos de atribución de responsabilidad del empleador por los daños que el trabajador pudiera sufrir en ocasión de la prestación de trabajo. En tercer lugar, también se debilita la inoponibilidad frente a terceros de los convenios celebrados entre partes: la celebración de convenios colectivos de trabajo que en algunas legislaciones tienen efectos tanto sobre los trabajadores afiliados al sindicato como sobre los no afiliados, las políticas concertadas de *closed-shop* (prohibición para la patronal de emplear trabajadores no sindicalizados), las posibilidades de discusión colectiva como consecuencia de situaciones laborales particulares son muestras de esta tendencia.

Si, de acuerdo con nuestra hipótesis, esta nueva modalidad de juridización de las relaciones laborales constituye un paradigma jurídico novedoso, debería responder a una modificación del espacio simbólico de pertenencia social. En este sentido, no es aventurado afirmar que, con la definitiva consolidación de la producción industrial en masa, el libre intercambio de mercaderías pierde importancia en favor del trabajo. El trabajo (y, en esta etapa de desarrollo histórico de la producción capitalista, especialmente el trabajo industrial) constitu-

ye, por un lado, un nuevo espacio de integración social, política y jurídica. El trabajador goza ahora no sólo de derechos específicamente laborales, sino que, en el marco del estado de bienestar, accede a beneficios sociales y crediticios, aumenta su posibilidad de consumo, y acrecienta su participación política. Pero por otro lado, el trabajo constituye el espacio primordial de conflicto y reivindicación obrera. En consecuencia, el derecho laboral representa la formalización jurídica de los temas y mecanismos habilitados para la negociación de intereses en el marco de las relaciones de trabajo. El marco histórico de desenvolvimiento del nuevo paradigma jurídico representado por el derecho del trabajo es justamente aquel consistente en la consolidación de la producción industrial en masa, de acuerdo a su clásica formulación taylorista-fordista (2). De este modo, el ámbito crecientemente juridizado por el derecho del trabajo es el del trabajo industrial llevado a cabo en el espacio de la fábrica. Para confirmarlo basta observar el tipo de regulación que caracteriza al derecho laboral clásico: estrictas disposiciones sobre el régimen de la jornada de trabajo (horarios, licencias), descripción del lugar de trabajo y de las tareas a desarrollar, jerarquías, poderes de dirección y control del empleador, mecanismos de determinación y protección de la remuneración

(principio de intangibilidad de la remuneración), deberes de seguridad del empleador, cobertura de la indemnización por despido, solidaridad de los intermediarios y subcontratistas del empleador, etc.

Suele presentarse al derecho laboral como el resultado de conquistas obreras, como una concesión que la lucha obrera arranca a los propietarios de los medios de producción. De acuerdo al modelo que pretendemos sugerir, el derecho del trabajo no hace más que constituir un espacio jurídico para circunscribir el ámbito del conflicto laboral y dirimir de acuerdo a reglas previsibles las controversias planteadas dentro de ese ámbito. Por supuesto, ha generado mayores derechos para el trabajador, en especial si se compara su situación con el estatuto que lo regía durante la adscripción del contrato de locación de servicios al modelo contractual del derecho civil. Y en este sentido, ha significado avances relativos de la posición del trabajador. Sin embargo, el derecho laboral también se impone como exigencia horizontal de los propios propietarios industriales. La constitución de reglas de juego comunes entre empleadores, y la posibilidad general y homogénea de prever el alcance y el contenido de las controversias con los trabajadores no hacen más que establecer condiciones más transparentes del mercado de producción industrial, y en este sentido representan también un avance para los empleadores, ya que su situación mejora sensiblemente con respecto a la incertidumbre causada por la constante eventualidad de conflictos obreros en fábricas. "La razón de ser del Derecho del trabajo como instrumento de mediación e institucionalización del conflicto entre trabajador asalariado y capital y que le reviste de un carácter ambivalente o contradictorio no [es] otra que el equilibrio estructural entre los intereses de los antagonistas en juego (poder de dirección del empresario/estatuto protector de los derechos del trabajador). Al propio tiempo que instrumento de protección de las relaciones sociales capitalistas, cuya dominación legaliza y reproduce, el Derecho del trabajo limita la explotación de la fuerza de trabajo y garantiza importantes medios de defensa y lucha a la clase trabajadora" (3).

La minimización del derecho laboral. La decadencia del trabajo industrial

Si, como lo hemos adelantado, el modelo de relaciones del derecho laboral codifica básicamente las relaciones industriales características del período de expansión de la producción industrial en masa, los cambios económicos y políticos sobre la producción industrial tendrán impacto a su vez sobre la operatividad real del derecho laboral. En efecto, asistimos desde mediados de la década del setenta a una sustancial modificación de la actividad industrial, que ha tenido dramáticos efectos tanto sobre la incidencia del derecho laboral en las relaciones sociales, como sobre la propia estructura del derecho laboral. La reconversión que afecta a la industria, el creciente desplazamiento de mano de obra hacia el sector servicios, la automatización que caracteriza a la producción industrial contemporánea, plantean dudas sobre las posibilidades de subsistencia del derecho laboral de acuerdo al modelo que caracterizó su período de auge. "La lógica clá-

sica del Derecho del trabajo presupone ciertamente la expansión económica o, al menos, la estabilidad del sistema económico. El Derecho del trabajo aparece entonces como un Derecho de la redistribución de los recursos y en su seno se desenvuelve una negociación colectiva de mejora y una acción obrera de contestación" (4).

Puestas en duda estas esperanzas de expansión, la subsistencia intacta del derecho del trabajo (al menos en los términos de su formulación clásica) entra en crisis. Algunos de los factores que podemos señalar como prueba de esta crisis son los siguientes:

- pérdida de incidencia del derecho laboral: es cada vez menor la cantidad de gente que recibe la protección del derecho laboral. Amén del creciente problema estructural del desempleo, en la población ocupada las tasas de sindicalización están en continua baja. El sindicalismo atraviesa por un período de crisis de representatividad nunca antes experimentado.

- pérdida de eficacia de las armas de presión de los trabajadores: el derecho de huelga, tradicional mecanismo de presión y de aseguramiento de los derechos laborales, se hace inviable cuando el reemplazo de trabajadores es cada vez más fácil por la escasez del trabajo y por la pérdida de calificaciones debida a la creciente automatización.

- cambios en la estructura ocupacional: el sector servicios, caracterizado por una dinámica radicalmente distinta de aquella propia de la producción industrial, se convierte cada vez más en el segmento productivo que reúne la mayor cantidad de trabajadores. Las características propias del sector servicios (mayor flexibilidad operativa, distintos tiempos, distinta medida de productividad) obligan a establecer excepciones a los principios generales del derecho laboral, establecidos sobre el molde de las relaciones industriales. Por otro lado, el desarrollo de un sector informal, al margen de la regulación del derecho laboral, o bien establecido en forma de complemento a las relaciones del derecho laboral, como modo de abaratar costos, también da cuenta de este fenómeno.

- automatización, nuevas formas de organización del trabajo: los cambios en la estructura productiva se verifican también en el interior de la empresa industrial. A la incorporación de nuevas tecnologías de producción, expulsivas de mano de obra, se suman nuevas formas de organización del trabajo, caracterizadas por la polyvalencia, la nueva estructuración de la producción en grupos autónomos, el cambio en las funciones de la calificación laboral. A la concepción industrial fordista, que planteaba la autosuficiencia absoluta de la empresa, se oponen formas de producción denominadas toyotistas, que subdividen las etapas de producción en unidades industriales más pequeñas, separando así las responsabilidades de cada unidad. La producción industrial se comprime y se orienta a la oferta, más que a la generación de demanda. El almacenamiento de productos (stockeo) tiende a reducirse al mínimo; el control de calidad se transfiere al mismo equipo de producción. Los efectos jurídicos de estos cambios son designados a través del rótulo de flexibilización laboral: este proceso complejo incluye cambios en el tipo de contratación que realizan las empresas industriales, y cambios en la propia legislación laboral, que intenta recuperar parte de las relaciones de trabajo desplazadas hacia otras áreas, adaptándose a las nuevas modalidades de producción.

Resurgen múltiples excepciones al régimen relativamente estable del contrato de trabajo: contratos a término, subcontrataciones, trabajo domiciliario a destajo, nuevas formas de remuneración. El régimen de representación sindical clásico pierde vigencia y queda parcialmente disuelto por la organización del trabajo industrial en grupos relativamente autónomos. Las reivindicaciones tradicionales vinculadas al reconocimiento salarial de la calificación laboral también son afectadas por este tipo de cambios. El intento de adaptar las instituciones tradicionales a la nueva organización de la producción debilita las tradicionales "conquistas" del trabajador. En el marco de las relaciones individuales del trabajo, se reducen o directamente se eliminan las indemnizaciones derivadas de la extinción de la relación laboral; se aumenta el poder de determinación del empleador en materia de horario de trabajo, descansos y licencias; se expande la facultad empresarial de modificación de las condiciones de trabajo y tareas asignadas (*ius variandi*); se limita la responsabilidad patronal en materia de accidentes de trabajo e incluso se tiende a desplazar el accidente de trabajo hacia el ámbito de la seguridad social; se reemplaza el sistema de protección tradicional de remuneración, abandonando el principio de intangibilidad de las remuneraciones y sustituyéndolo por acuerdos colectivos o individuales que consagran rebajas remuneratorias,

por el otorgamiento de asignaciones no remuneratorias, o bien por la tendencia a vincular las modificaciones salariales con aumentos de productividad o con la participación en las ganancias de la empresa. Se registra además una fragmentación de la responsabilidad del grupo empresarial en supuestos de segmentación de la organización de la producción, y una profundización del reconocimiento de la situación de "emergencia" empresarial, dejándose de lado los principios irrestrictos de responsabilidad empresarial por el riesgo de su actividad. En el ámbito de las relaciones colectivas de trabajo, se induce a los trabajadores a la negociación por empresa, en lugar de la tradicional negociación por rama; se relativiza el concepto de personería gremial, central para el modelo sindical por ramas de actividad; se establecen nuevos ámbitos de diálogo e intercambio de información (grupos autónomos, consejos de calidad) entre empleador y asalariados, que debilitan el rol negociador del sindicato; se modifica radicalmente la estructura jerárquica y los principios de calificación del asalariado.

La flexibilización designa entonces dos tipos de procesos:

- a) la reconversión de la empresa industrial, orientada ahora a producir en series flexibles, de acuerdo a las exigencias múltiples de la demanda. Esta reconversión se ha realizado a través de la conjugación de dos factores, una incorporación creciente de tecnología (electrónica, robótica, telemática, etc.) que modifica la concepción tradicional de la línea de montaje, y un nuevo tipo de organización del trabajo, que pretende superar las rigideces del fordismo.

- b) la modificación de la estructura y el contenido del derecho laboral, que pretende adaptarse a la flexibilización productiva y reducir los costos empresariales provenientes de las cargas sociales que pesan sobre el empresario (5).

La suma de estos factores determina un fenómeno que denominaremos "minimización del derecho laboral", consistente en la pérdida de incidencia del derecho laboral sobre la vida de gran parte de la población económicamente activa. El número de personas amparadas por el derecho laboral es menor, y el amparo que reciben los trabajadores beneficiarios de la legislación laboral sufre también modificaciones que lo hacen más relativo. La antigua protección plena del derecho laboral no desaparece totalmente, sino que tiende a quedar reducida a los sectores productivos de mayor calificación, ligados a las tareas esenciales para el funcionamiento de la empresa. El resto de los trabajadores industriales, y el resto de los trabajadores en general, quedan sometidos a nuevos regímenes jurídicos, caracterizados por su inestabilidad y alto grado de rotación, y por aumentar el grado de discrecionalidad por parte del empleador y disminuir el poder de negociación por parte del trabajador. En palabras de André Gorz: "La sociedad de la desocupación es la que progresivamente se sitúa ante nuestros ojos: por un lado una masa creciente de desempleados permanentes, por otro una aristocracia de trabajadores protegidos, y entre ellas un proletariado de trabajadores en una situación precaria realizando las tareas menos calificadas y más ingratas" (6).

¿Un nuevo espacio de pertenencia?

Los cambios experimentados por el papel de la producción industrial en la estructura económica y social de las sociedades contemporáneas han llevado a muchos autores a postular la vigencia de una nueva etapa histórica, a la que se denomina sociedad post-industrial, post-capitalista, post-escasez y en ocasiones post-moderna. Paralelamente, se ha señalado una modificación en el tipo de control social predominante, consistente en el abandono del modelo de las sociedades disciplinarias y su reemplazo por sociedades denominadas de control. Más allá del rótulo utilizado, es indudable el impacto del cuadro que presentáramos en el párrafo anterior sobre el lugar del trabajo como espacio de pertenencia social. El trabajo industrial, que caracterizaba las expectativas obreras de integración, está en crisis y tiende a retraerse (7). El trabajo en el sector servicios asume formas jurídicas eventuales, de baja remuneración y alta rotación de tareas. Daniel Bell describe la situación del siguiente modo: "[D]urante más de cien años, la "cuestión obrera" dominó a la sociedad occidental. El conflicto entre trabajadores y patronos oscurecía todos los demás conflictos sociales fundamentales... El hecho crucial es que la "cuestión laboral" en cuanto tal ya no es central, ni tiene la fuerza sociológica y cultural suficiente para polarizar todas las demás cuestiones en torno a su eje" (8). Es difícil establecer con claridad cuál sería entonces la actividad que reemplazaría al trabajo como espacio de pertenencia social, dada la ausencia de distancia histórica que nos separe del pro-



blema que nos ocupa. De acuerdo a algunos de los autores citados, el espacio que se perfila como sucedáneo del trabajo es el del conocimiento. Más allá de reconocer la importancia del conocimiento (o bien de la información) como nuevo eje de la dinámica social, no creemos que estos elementos ocupen un lugar similar al que venimos describiendo como espacio de pertenencia social (9). Lo que pretendemos sugerir en este artículo es que el espacio que caracteriza la pertenencia social, así como el territorio de conflictos sociales actualmente vigente, se ha desplazado del trabajo al consumo. Si bien esta suposición está lejos de ser definitiva, nos permite al menos postular algunas explicaciones plausibles, por ejemplo, a la idea que se nos presenta diariamente desde el discurso político y los medios de comunicación masivos: la recuperación económica no pasa por la reindustrialización, sino por la reactivación del consumo. Los índices de empleo pierden en este contexto significado como indicadores de la integración del tejido social; el creciente desempleo es irrelevante para esta nueva lógica. El signo de pertenencia social más tangible pasa a ser el consumo de productos cada vez más sofisticados, y no la producción industrial. Más que a través de la celebración del trabajo fabril, el avance que supera la modernidad se presenta a través de imágenes sobre el shopping center. De acuerdo a este modelo, poco importa la pérdida de puestos de trabajo, mientras sea posible generar más consumo.

Paradójicamente, este nuevo protagonismo del consumo ha sido explicado como efecto de las transformaciones en la producción industrial. Cuando la incorporación de tecnología y la progresiva reformulación de técnicas de organización del trabajo habilitan a la industria, en los años setenta, a revertir la escasez y a producir una oferta mayor que la potencialmente consumible, el efecto de saturación del mercado produce una gran fragmentación de la demanda. De modo que a la tradicional producción fordista de productos idénticos en serie, se opone un nuevo tipo de producción, forzada ahora por la demanda, de una serie paralela de productos similares, con variaciones poco significativas, pero sensibles a la masiva diversificación del consumo.

De ello resulta la necesidad de líneas flexibles de producción capaces de fabricar masivamente productos distintos sin una mayor reorganización y con una reducida demora de ajuste. Como dijimos, este cambio en el interior de las unidades productivas tiene estrecha vinculación con las profundas transformaciones en el mercado de bienes de consumo. A partir de los setenta, tanto en los sectores de productos terminados (automóviles, electrodomésticos) como en los de bienes intermedios (siderurgia, petroquímica, vidrio) los mercados pasan de ser globalmente solicitantes (situación en la que las empresas tenían mercados garantizados, pues la demanda era potencialmente superior a la oferta) a ser globalmente oferentes: con frecuencia las capacidades instaladas se han vuelto superiores a las demandas solventes. La demanda cautiva y sumisa se volvió imprevisible y exigente.

En estas condiciones de producción, se inviste al consumidor de un espacio decisivo de soberanía: es él quien decidirá finalmente cómo se configura el tipo y volumen de la producción y de los servicios ofrecidos (10). Mientras que, por las razones recordadas en párrafos anteriores, el espacio representado por el trabajo entra en crisis, el consumo abre un nuevo territorio de participación en la estructura productiva. La colocación de los excedentes requiere sofisticar la estrategia de la empresa en cuanto a la organización de servicios de venta, y torna indispensable alimentar los mercados internos y conquistar nuevos mercados, captando círculos de consumidores especificados cuyas demandas estén determinadas. El mercado de bienes de consumo y servicios se caracteriza entonces por presentar a un tiempo un proceso de concentración e internacionalización del capital que sostiene la oferta, frente a una demanda fuertemente atomizada y estratificada en función de los intereses de los oferentes.

Ahora bien, ¿qué consecuencias jurídicas trae este tipo de desplazamiento? De acuerdo a nuestra tesis, a cada cambio del espacio de pertenencia social corresponde un cambio en la estructura del derecho, dada por un tipo de juridización de situaciones anteriormente desconocida que constituye un nuevo paradigma jurídico. Pues bien, este nuevo ámbito jurídico está representado por el denominado derecho del consumo. El derecho se transforma para incorporar y a un tiempo controlar el nuevo conflicto, rompiendo nuevamente con los principios del derecho civil clásico y gestando, de esa manera, un nuevo paradigma.

Los cambios profundos en la forma y alcances de las transacciones económicas condicionan la aparición de nuevos tipos de relaciones

jurídicas alterando la estructura tradicional de los contratos. El contrato, que en palabras de Max Weber es el medio de comunicación del mercado, resulta el instituto de más rápida adaptación al nuevo tipo de transacciones económicas. De tal manera, el interés en fomentar la velocidad de las contrataciones y la estrategia de dirigir la oferta de bienes y servicios a consumidores estratificados, facilita la aparición de los denominados "contratos de adhesión a cláusulas predispuestas" o "contratos en masa", en los cuales el contenido del sinalagma es determinado de antemano por la empresa vendedora de bienes o servicios, mediante formularios prototípicos destinados a un estrato de consumidores donde la voluntad del contratante se transforma en mero asentimiento. La evidente debilidad del consumidor individual se refleja en la falta de proporcionalidad de las prestaciones que caracterizan este tipo de acuerdos. Esta circunstancia determina el inmediato interés del Estado en intervenir en su regulación con el objeto de proteger los "mecanismos naturales del mercado" evitando distorsiones a la libre competencia entre los oferentes, ya afectada por la creciente concentración de capitales.

Las nuevas formas de contratación que se dan los propios agentes y la regulación estatal que tiende a fijar las reglas del incipiente conflicto con el fin de proteger las "leyes del mercado" conforman un nuevo paradigma jurídico denominado derecho del consumidor o del consumo.

El derecho del consumidor presupone un nuevo modelo de relación: la empresa (o el grupo de empresas que dominan un sector del mercado) que, tras una cadena de circulación que parte del fabricante, impone a un consumidor individual la adquisición de un producto o servicio exigiendo su adhesión a condiciones que ha predispuesto en función de un sujeto ideal al que ha dirigido la oferta. De tal modo, la ausencia de negociación, la desigualdad entre las partes, la posible desproporción de las obligaciones, la posibilidad de abusos o explotación de las necesidades de la parte más débil, la probable intención de la empresa de evadir los compromisos asumidos mediante cláusulas ambiguas u ocultas (Jetra chica), constituyen el nuevo marco referencial de operación jurídica. Corresponde señalar que la situación ideal que sirve de base a la nueva normativa contiene casi todos los elementos que el derecho civil clásico consideraba irregulares o excepcionales en relación a la situación ideal que presupone. No resulta difícil, por lo tanto, imaginar por qué el nuevo tipo de conflictos característicos del mercado contemporáneo no pudo ser retenido por el tipo de relaciones jurídicas imaginadas por el paradigma tradicional.

Otro elemento caracterizador de la nueva normativa contractual es la facultad amplia del Estado de intervenir en el contrato, tanto preventivamente (y aun en la oferta pública anterior al mismo) mediante el establecimiento de normas mínimas de protección que tienen carácter imperativo ("orden público económico de protección"), cuanto con propósitos reparadores, instituyendo la posibilidad de decretar nulidades parciales o bien a través de la regla de interpretación en contra del predisponente, lográndose una verdadera recomposición del contenido original del negocio (11).

Otro espacio de tensión entre el paradigma emergente y el derecho civil tradicional es el concepto y alcance de la responsabilidad originada en daños causados por los productos elaborados. Hemos ya referido cómo en los orígenes de la revolución industrial y del maquinismo, el concepto de culpa en tanto fundamento excluyente del deber de reparar el daño fue paulatinamente desplazado por la idea de riesgo profesional con la incorporación del nuevo paradigma del derecho del trabajo. Esta noción se insertó luego en el derecho civil, a partir de la teoría del riesgo creado.

El nuevo fenómeno de la responsabilidad por los productos elaborados, que acompaña el desarrollo de la producción y el comercio en masa, debió encontrar sus propias reglas para adjudicar el resarcimiento, forzando a veces las nociones tradicionales de culpa o riesgo (12).

Otro elemento diferenciador del sistema es la aparición de organizaciones colectivas que, representando intereses difusos de los consumidores, pueden intervenir en las relaciones obligacionales concretas entre éstos y los fabricantes.

Desde el punto de vista político, los sujetos colectivos de consumidores bien podrían representar en el futuro un nuevo contrapoder, alterando las modalidades del conflicto. Sin embargo, a diferencia de los sindicatos en los orígenes del conflicto obrero, la enorme estratificación de los consumidores, alentada desde una oferta que procura diferenciar múltiples sectores con preferencias diversas de consumo,



Los Anillos De La Serpiente

parece ser el principal escollo para la conformación de vínculos de solidaridad y comunidad de intereses, que cualquier representación social y política presupone.

Así como el derecho del trabajo se presentó como el resultado de largas luchas obreras que veían cristalizadas sus conquistas, el derecho del consumidor se justifica moralmente como instrumento útil para contrarrestar la desprotección de los sujetos en el mercado y simultáneamente evitar distorsiones en sus "leyes naturales". Sin embargo, más allá de esta explicación, la nueva reglamentación del problema del consumo significa en otro sentido, del mismo modo señalado en el caso del derecho del trabajo, una vía para igualar la situación de las empresas (igualación de sus costos, su poder negociador, su responsabilidad, sus reglas de contratación) frente al incipiente conflicto social del consumo. Como dijimos, el capital ve de a poco trasladarse el espacio de resistencia desde la fábrica al mercado. Si bien el nuevo espacio de tensión tiene su origen en los factores económicos ya mencionados, éste recibe el impulso del Estado que, como señala Norbert Reich, mantiene una doble política. Por un lado incentiva el contrapoder de los consumidores para nivelar en lo posible demanda y oferta y tornar más previsible el proceso de formación de precios. En sentido inverso, desincentiva la formación de un contrapoder que pueda inflexibilizar la demanda y descontrolar el mercado. Del mismo modo, si bien por un lado aumenta el costo del mercado al extender la responsabilidad de la empresa, y controlar la falta de proporcionalidad de las prestaciones en los contratos, por otro, iguala el poder de las empresas para afrontar el nuevo espacio de conflicto equiparando sus posiciones a través de la unificación de las reglas de su concurrencia al mercado (13). En este último sentido, no es extraño que muchos juristas consideren antecedentes del actual derecho del consumo las leyes que desde los años cuarenta combaten las formaciones monopolísticas y la competencia desleal.

Como puede verse, la noción de derecho del consumo desarrolla alguna de las excepciones que también el derecho laboral planteaba a los principios del derecho privado clásico. François Ewald plantea esta continuidad a través de la noción de derecho social. El derecho social se caracterizaría por:

- ser de un derecho de grupos y no de individuos. El individuo goza de sus beneficios sólo en la medida de su pertenencia a un grupo; se trata de un derecho del individuo situado o calificado
- ser un derecho de desigualdades, que pretende constituirse en instrumento que las compense. Se trata de un derecho que tiende a concebir la relación jurídica como estructuralmente desigualitaria, rechazando la concepción del contrato en término de equilibrio de las prestaciones, autonomía de la voluntad o protección del consentimiento
- hallarse ligado fundamentalmente a una sociología, cuya tarea es la de señalar cuáles son las relaciones sociales pertinentes, qué relaciones ligan a las clases, cuáles son sus necesidades y aspiraciones, desplazando así a la filosofía o a la moral, que se presentaban como fundamento del derecho civil clásico (14).

De acuerdo con Ewald, el derecho del trabajo (y de la seguridad social) es sólo la primera expresión histórica del derecho social, pero también revestirían ese carácter el derecho del consumo, el derecho de los accidentes, el derecho ambiental y el derecho al desarrollo.

Más allá de la posibilidad cierta de involucrar al derecho laboral y al derecho del consumo dentro de una matriz común, creemos que es útil señalar las tendencias en las que el derecho del consumo se aleja del derecho del trabajo, ajustándose de modo distinto al espacio de pertenencia social que le da origen. El primer punto que nos interesa señalar es el siguiente: si bien el derecho del trabajo es un derecho cuyos actores son al menos parcialmente grupales, el tipo de relación diseñada por el derecho laboral sigue correspondiendo al modo de relación cara a cara entre individuos pensada por el derecho privado. El sustrato de la relación jurídica entre la patronal y la parte obrera está dada por una interacción diaria y estrecha: la prestación de trabajo. El nexo que los vincula es prácticamente personal, tanto en la relación de trabajo individual como en la colectiva. El derecho del consumo rompe totalmente con este modelo de relaciones cara a cara. Las relaciones entre productor y consumidor son absolutamente imper-

sonales: la única interacción entre ambos actores de la relación jurídica es el fugaz momento del consumo.

En segundo término, la forma de constitución histórica de los sujetos colectivos de ambos modelos muestra diferencias. El surgimiento de sindicatos preexistió a su reconocimiento jurídico, vinculándose su creación con la práctica política fundamentada en proyectos de orden revolucionario. Distinto es el caso de las ligas o asociaciones de consumidores, que en principio se nuclean a los fines de lograr el respeto de derechos y reglamentaciones vigentes, logrando paulatinamente la extensión de su estatuto de derechos, especialmente en lo que se refiere a su legitimación procesal. Es difícil registrar en este tipo de asociaciones reivindicaciones utópicas o revolucionarias (15). Este perfil distinto entre sujetos colectivos refleja una diferencia profunda entre el tipo de relaciones sociales generado por el trabajo y el tipo de relaciones sociales generado por el consumo.

Un tercer nivel de diferencias, vinculado con el anterior, consiste en la ausencia de espacio de cristalización jurídica del resultado de negociaciones entre ambos polos del conflicto en el ámbito del consumo. No hay equivalente "consumista" a los convenios colectivos de trabajo. La atribución para pactar a priori las condiciones de producción, circulación o publicidad de los bienes o servicios ofrecidos queda reservada a la reglamentación estatal. En este sentido, el rol que asignaba el derecho laboral al sindicato era mucho más amplio que el asignado por el derecho del consumo a los sujetos colectivos que lo caracterizan.

Estas diferencias son sólo algunos ejemplos del distinto carácter cualitativo del modo de integración social determinado por el trabajo y por el consumo, y de las correlativas diferencias en su juridización. El tema ha recibido poca atención, especialmente desde el punto de vista del derecho, y ofrece un rico y vasto campo de investigación.

Algunas precisiones finales

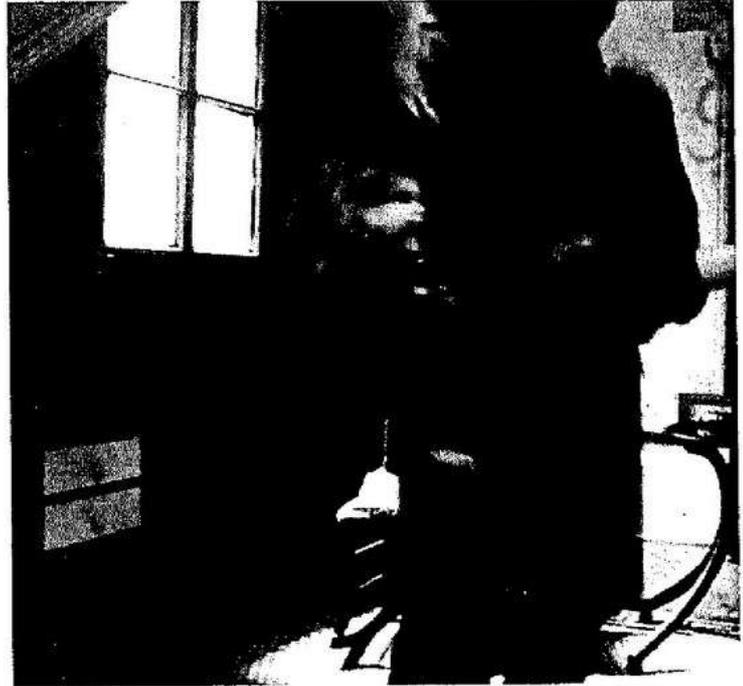
Finalmente, queremos volver sobre algunos aspectos que hacen a la definición de lo que denominamos espacio simbólico de pertenencia social. En principio, es importante aclarar que el hecho de que planteemos cierto reemplazo sucesivo de distintos espacios de pertenencia social, y en consecuencia de distintos modelos de estructuración jurídica, no implica postular la desaparición total del espacio y modelo jurídico anterior, sino sólo un desplazamiento de importancia simbólica, y en definitiva una mayor incidencia económica en la estructura de ocupación y producción de una formación social determinada. No estamos planteando que el libre intercambio de mercancías, el trabajo o el consumo constituyan el único espacio que determine la integración al conjunto social, sino solamente señalando tendencias que sugieren su creciente importancia en los respectivos períodos históricos. El desplazamiento del modelo individual de relaciones propio del derecho civil por el esquema de relaciones colectivas del derecho laboral no implica la desaparición del primero, sino únicamente una mayor importancia relativa, calificada por el número de personas abarcadas por este nuevo modelo de relaciones y por el ma-



por peso económico que genera la actividad regulada por el derecho laboral (es decir, el trabajo industrial). Del mismo modo, no estamos planteando que en nuestros días se esté produciendo una desaparición total del esquema del derecho laboral a favor de nuevas formas de relación jurídica del estilo del derecho del consumo, sino una minimización, o pérdida relativa de importancia de las relaciones laborales, frente a un desplazamiento simbólico hacia áreas ligadas al consumo como espacio de inserción social. Este gradual cambio de paradigmas puede explicarse mejor como un proceso de complejización del derecho, antes que como un proceso de eliminación de un tipo de estructura jurídica por otro más novedoso.

Emplear el molde de la teoría de los paradigmas supone también aceptar las consecuencias de normalización del nuevo paradigma constituido sobre el ámbito del saber particular que adquiere vigencia. En el campo del derecho esto significa la constitución de un nuevo sistema de ideas, descrito en general como principios o instituciones del derecho en cuestión, y el desarrollo de una dogmática jurídica que da forma y ordena el contenido de la nueva codificación de acuerdo a aquellos principios. Se ha caracterizado tradicionalmente este proceso como de "autonomización" de una rama del derecho. En general el proceso consiste en la creación de un espacio de interpretación teórica y práctica propio, verificado en lo académico con la creación de cátedras en las universidades, o bien con el desarrollo de una nueva bibliografía propia de la materia, y concretado en la práctica jurídica con la creación de un fuero propio (como, por ejemplo, los tribunales del trabajo), y con el desarrollo de la legislación pertinente. Es interesante señalar además algunas de las consecuencias del desarrollo de la dogmática en ámbitos particulares del derecho: la dogmática cumple al mismo tiempo una función progresiva, extendiendo el campo particular del saber en cuestión, y una función conservadora, manteniendo una ostensible tensión entre la normalización del saber jurídico y las modificaciones producidas en el ámbito del conflicto social regulado. El problema del cambio de paradigmas jurídicos debe atravesar y quebrar esta tensión: durante un período determinado, la dogmática desarrollada por un paradigma intenta dar cuenta e interpretar los cambios sociales a través de modificaciones ad hoc de sus propios principios. Denominaremos a este fenómeno "plasticidad" de los paradigmas jurídicos. Cuando el tipo de modificación de la realidad social sea tan importante que resulte imposible extender aún más esta plasticidad (por ejemplo, con la modificación de lo que denominamos espacio simbólico de pertenencia social), se produce la constitución de nuevos paradigmas. Por supuesto, es difícil determinar el momento preciso en que se produce este cambio, que más que un reemplazo abrupto constituye un proceso de paulatina imposición de un nuevo paradigma en ascenso. Pero una buena guía para estudiar los momentos de modificación de paradigmas estará dada cuando las estructuras de un paradigma vigente no sean ya aptas para retener jurídicamente el conflicto social emergente. La suma de presiones destinadas al cambio es ejercida desde todos los márgenes del conflicto, ya que se trata de instalar normativamente las respectivas posiciones de fuerza en el conflicto, estabilizándolas, de manera que el derecho actúa al mismo tiempo como un espacio para garantizar la perdurabilidad de ciertos intereses y como una vía para detener su extensión ilimitada. Ya hemos visto cómo el derecho laboral extiende el estatuto de derechos del trabajador asalariado, mientras que limita la extensión del conflicto e iguala a los empleadores, asegurando condiciones de competencia similares en el mercado. El derecho del consumo consolida numerosos derechos en favor de los consumidores, pero también funciona como válvula que controla la extensión de esos derechos e iguala las cargas de los empresarios frente a los conflictos motivados por el consumo masivo consagrando el postulado de la libre competencia.

Si bien los nuevos paradigmas jurídicos reflejan cambios de la estructura económica, también actúan directamente sobre el conflicto social fijando sus causas y sus límites. Exportado al ámbito del derecho, el conflicto social adquiere una nueva definición: los términos, intereses, reivindicaciones, sujetos y espacios físicos que conformaban el conflicto original son reemplazados por nuevos conceptos, sujetos, derechos, ámbitos y mecanismos de discusión (16). Esta redefinición de conflictos sociales en términos jurídicos y su procesamiento en el propio ámbito del derecho es útil para entender la existencia de desajustes entre la evolución de los conflictos sociales y la velocidad con la que el derecho puede dar cuenta de esta evolución.



NOTAS

1. Bustamante Alsina, J., *Teoría de la responsabilidad civil*, Buenos Aires (1972); de Trazegnies, F., *El derecho civil ante la post-modernidad*, en JA del 11/IV/1990; Goldemberg, L., *Indemnización por daños y perjuicios*, Bs.As. (1993); Wleackner, F., *Historia do Direito Privado Atualerno*, Lisboa (1990).
2. El término "taylorista-fordista" constituye una simplificación que designa dos conjuntos de postulados de racionalización del proceso de trabajo y de establecimiento de pautas de economía de tiempo que no necesariamente coincidieron históricamente. Cfr. Nefin, J.C., *El proceso de trabajo y la economía de tiempo*, Buenos Aires (1990), pp. 337-339. Por razones de brevedad, lo utilizamos en un sentido poco riguroso, para describir la racionalización del proceso de trabajo industrial que caracterizó el establecimiento de la producción en masa.
3. Palomeque López, M., *Derecho del trabajo e ideología*, 4ª ed., Madrid, 1989, p. 27; cf. AA.VV., *Le droit capitaliste du travail*, Grenoble (1980); Jermmeud, A., *La democratización de la sociedad a merced de las ambigüedades del estado de derecho*, en *Crítica Jurídica* Nº 8 (1988).
4. Palomeque López, M., *op. cit.*, p. 21.
5. Cf. Castillo, J. J. (ed.), *La automatización y el futuro del trabajo*, Madrid (1983); Moreno, O. (ed.), *Desafíos para el sindicalismo en la Argentina*, Buenos Aires (1993).
6. Gorz, A., *Adiós al proletariado*, Buenos Aires (1989), p. 11; cf. también Coriat, B., *El taller y el robot*, México (1992), pp. 231 y ss.
7. Cf. Bell, D., *El advenimiento de la sociedad post-industrial*, Madrid (1976); Dahrendorf, R., *Clase y conflicto en la sociedad industrial*, Madrid (1981); Touraine, A., *La sociedad post-industrial*, Barcelona, (1969). Con respecto a la modificación del control social, cf. Deleuze, G., *El devenir revolucionario y las creaciones políticas. Entrevista con Tullio Negri*,

- en No Hay Derecho Nº 6 (1992), y *Las sociedades de control*, en Ajo Blanco Nº 51 (1993).
8. Bell, D., *op. cit.*, pp. 194-195.
9. El conocimiento o la información vendrían más bien a ocupar el lugar que el capital cubrió en la etapa moderna pre-industrial, y el capital más la tecnología cubrieron en la etapa industrial. Podríamos describir este lugar como "motor de la dinámica social".
10. Cf. Coriat, B., *El taller y el robot*, cit.; Lancaster, K., *Modern Consumer Theory*, Brookfield (1990).
11. Ver art. 37 de la ley nº 24.240; cf. Mosset Iturraspe, J. y Lorenzetti, R., *Defensa del consumidor*, Santa Fe (1993); Stiglitz G. y otros, *Defensa de los consumidores de productos y servicios*, Buenos Aires (1994); Stiglitz, G. y R., *Derecho y defensa de los consumidores*, Buenos Aires (1994).
12. Bustamante Alsina, *op. cit.*; Goldemberg, *op. cit.*; Kelly, J. A., *Responsabilidad del fabricante*, Buenos Aires (1987).
13. Reich, N., *Mercado y derecho*, Barcelona (1985), cap IV.
14. Ewald, F., *Le droit du travail: une légalité sans droit*, en *Droit Social* Nº 11 (1985), pp. 723-728, y *A concept of social law*, en Teubner, G. (ed.), *Dilemmas of law in the welfare state*, Berlin (1986), pp. 40-75.
15. Es muy interesante consultar al respecto los trabajos de Louis Pinto acerca de la constitución de asociaciones de consumidores en Francia. V. Pinto, L., *Le consommateur, agent économique et acteur politique*, en *Revue Française de Sociologie* Nº 31 (1990), pp. 179-200, y *La gestion de un label politique: la consommation*, en *Actes de la Recherche en Sciences Sociales* Nº 91-2 (1992), pp. 3-19. Cf. también Wieviorka, M., *L'écart, le patronat et les consommateurs*, Paris (1977).
16. Cf. Faria, J.E., *Dogmática jurídica y conflicto social*, en *Crítica Jurídica* Nº 9 (1988), pp. 37-45.

Los Anillos De la serpiente

T E N I A S A G I N A T A

Christian Ferrer

El problema para los que actualmente imaginan mundos perfectos no reside en que su plan urbano no sea trazable, sino en los ineludibles defectos de confección: la perspectiva torcida, la cloaca mal instalada, la "falla" de la tierra bajo los cimientos. Incluso en el paraíso había una serpiente y aún el mejor de los forjadores no puede garantizar una armadura inexpugnable. Piénsese el mundo feliz que la euforia publicitaria y la imaginación calenturienta extraen del útero de las nuevas tecnologías de la información. En la pirueta simiesca que va de Adán al Cyborg, el prototipo originario ahora se anuncia superado y el nuevo maniquí se reclama pollen electrónico del futuro. Pero nuevas palabras viejas denuncian el peso con que el pasado sigue presionando sobre nosotros. En efecto, los recurrentes latinárgos que adornan las sentencias judiciales y que tanto fastidian al público ignaro de hoy en día son, bien leídos, la testificación del linaje noble de picapleitos y jueces de raya: el latín concede a la retórica de las cortes tanto el aura melancólica de los oficios lingüísticos en vías de extinción como un léxico más propio de secta secreta que de tenderos sopeando gramajes en platillos. A veces, la lengua muerta revive en el habla popular. Basta que una palabra antigua encuentre una novedosa práctica social: así ocurrió en los 80 con el latín *virus*, "veneno", esta vez en frasquito informático. Pero el uso novedoso de una lengua muerta para casuística que por ahora se encuentra dispersa y deficientemente tipificada ya está anunciando un salto cualitativo en la evolución de la historia del derecho, es decir, del castigo. La policía ya ha dado ese salto al usar las redes informáticas con el honesto fin de hacer circular velozmente información incriminatoria; y la criminología lo había dado en el siglo pasado con la invención de la huella dactilar. Pero ahora Lombroso escruta la fisionomía en nuestros teclados. Eléctrica compañía: nuevas formas de control transforman al castigado en un "efecto de información", de modo que quien es escarnecido en la cárcel también pueda penar en privado. Ya hay reos de delitos leves que cumplen sentencias en sus hogares y a quienes se les permite una variedad judicial de la bigamia: una esposa en la muñeca con chip *ad hoc* informa a la comisaria próxima si el reo pretende huir de la dulce celda. El nuevo modelo de vigilancia afecta de lo micro a la máximo: también el hijo del Príncipe de Gales tiene un chip que informa a los custodios su derrotero por el exclusivo colegio de Eton.

La emergencia de la cultura informática condujo tanto a la renovación del parque electrodoméstico como a la contaminación electrónica. La ley instala la trampa. Una tecla puede ser presionada por un escolar, una secretaria o un nihilista. Pero el robo no equivale al daño: donde el virus pasa no vuelven a ordenarse los datos. Escombros numéricos, caos informacional, destrucción de archivos privados. El uso de saberes informáticos con objetivos no-productivos o inmorales picotea tanto sobre la confiabilidad del capital informacional como sobre la confidencialidad de los datos íntimos. De esos raros delitos nuevos los virus se manifiestan como el rival más incógnito y temible. La persecución judicial de estos delitos pretende resguardar bie-

nes, pero soterradamente impone codificaciones sobre lo normal y lo patológico: máquina "contaminada", datos "limpios", programa "infectado"; el matrimonio entre la informática y la moral biologicista procrea bastardías viciosas o inmunodependientes. ¿Pero en cuál catálogo de venenos incluirlos? Esta ponzoña recorre las redes informáticas como el asesino serial la ciudad, el saboteador las instalaciones fabriles, el rumor insidioso al vecindario, el delincuente a los movimientos migratorios y el mosquito al sueño. Aquí no cabe hablar, como supone la mentalidad tecnodarwiniana, de un Estadio Mayor Nihilista que ya habría aventado tres "generaciones de virus" en los vacíos interelectrónicos. Se trata, antes, de una práctica social colectiva y anónima, efecto de la popularización de los saberes informáticos y que ya cuenta en el haber con 6000 virus de probeta. Antecedentes policiales existen: desde la carta de amenaza a los nobles ingleses que condujo en el siglo XVIII a la creación del "delito de anonimato" a las pintadas callejeras contra los ordenes políticos de las dos últimas décadas. La humorada, rasgo típico de las marcas registradas de los virus, es otro de los dones populares a tener en cuenta. Nombres tremebundos (*Armageddon*), avisos corteses de la subsiguiente destrucción, modos de proceder enervantes (*la pelotita*), vindicaciones irónicas del arte (*Michellangelo*), referencias paródicas a la cultura de masas (*Xuxa, Freud*), autorreferencia subversiva (*Maten a Bill Gates*). También la antipolítica suscitó este tipo de contrapesos entre nosotros: ("Desorden e Injusticia", "Curly presidente", "Vote a Nudie"). La intencionalidad de sus diseñadores recorre el abanico de los usos "problemáticos" del lenguaje popular: *del sarcasmo a la blasfemia*. Formulas del lenguaje que buscan hacer la noche en uno de los ojos de la górgona del futuro. La capacidad demostrada por el lenguaje para contradecir el mundo podría ser una astucia de la memoria histórica para desbaratar las ilusiones infundadas de una actualidad prepotente que nos anticipa su maqueta del futuro.

Quizás el cuerpo individualizado, corregido y domesticado de la sociedad panóptica esté siendo reemplazado aceleradamente por el *cuerpo colectivo* (o "colectivizado") de la sociedad informacional. En buena parte de las culturas tribales el cuerpo opera, no como una singularidad aislable sino como un mediador de la totalidad cósmica. Se trata de un cuerpo comunitario, en un sentido distinto al nuestro. El trance, el baile, la fiesta y el sacrificio son otras tantas actividades que permiten la religación de cuerpo y cosmos. Pero en nuestra época las funciones vitales de un cuerpo no se sostienen tanto en la anatomía autárquica cuanto en sus extensiones mediáticas. El cómitre que actualmente impone el ritmo no necesita de cuerpos presentes sino de cuerpos interconectados. Aquí los *interruptores* de la conexión colectiva ya no son la "conciencia de sí" o el zaguán de la casa sino los separadores publicitarios, y los *virus informáticos*. Quién sabe si en los barrios "vigilados" de nuestras clases medias el "miedo físico" -mal de la urbe moderna transitada- no es suscitado ahora por las pantallas: las películas "gore", los policiales eróticos grandguñolescos, la publicidad victimizadora de sidóticos y dragadictos, el "media

coverage" de matanzas públicas o privadas bien pueden haber sembrado el terror en el cuerpo del usuario de PCs de modo que se le frunza el corazón cuando el virus llama en la pantalla. Y el remedio no es mejor que la enfermedad: impotentes ante los desconocidos sembradores de venenos, las fiscalías están llevando a juicio a diseñadores de virus. Ya sucedió en la flemática Albión. Más brutos, algunos científicos pretenden extirpar el "Cromosoma Y adicional", supuesto responsable genético del delito. Con ese criterio también podrían remontar el árbol genealógico del criminal y agarrárselas con el abuelito, si el semental originario aún estuviera vivo. ¿Pero por qué se diseñan virus?: de la vanidad del programador a la ira del ácrata, el abanico se abre en 360°.

El virus amenaza potencialmente la PC, pero indirectamente asuela toda la ciudad. Los cimientos de tecnópolis son aéreos: entre cielo y tierra hay menos hollín que cables. El virus es a la ciudad teleinformática lo que el agente secreto al territorio enemigo, el torpedo a la flota descuidada, el polizón al transatlántico, el pirata aéreo al pasaje del avión, el yuyo al jardín: ¡Qué familia de víboras! Pero los entusiastas de los "unabombers informacionales" deberían hacer carne lo que todo servicio secreto estatal sabe: que la "estrategia de los alfilerazos" es ineffectiva en última instancia. El sabotaje no es la política del fuerte, sino actividad esporádica de las retaguardias. Y a los saboteadores informáticos les ocurre lo que a los espías en tiempos de guerra: al nudo de la horca corresponden largas reclusiones en presidio. Por una coincidencia ferrea, el hombre más rico de América, Bill Gates, de *Microsoft*, y el más informado, Robert Gates, de la *CIA*, compartían algo más que la onomastía: la confianza en el dólar, cantante y sonante en un caso y digital en el otro. Por su parte, los eufóricos de siempre quieren creer que los virus son un efecto fastidioso aunque inevitable del periodo heroico del salto tecnológico, tanto como la ley tuvo que tolerar a pistoleros y linchamientos antes de hacerse fuerte en el *Far West*. Suponen que la evolución de la robótica, la hogarótica, la burótica y demás inteligencias artificiales controlaran la epidemia, pero hasta el momento las únicas inteligencias perfectas de las que se puede dar fé son los misiles trazadores y las cabezas sobre las que caen; y aún, a una corresponde el fuego antiáereo y a la otra el acto fallido. Y de todos modos, la ponzoña informática quizás provenga de antes, de tan lejos como queramos imaginar su origen. La mitad, al menos, del árbol del conocimiento -*huego* de la expulsión del paraíso- quedó contenido en la lengua de la serpiente.

