

**NO HAY  
DERECHO**

**MICHEL  
FOUCAULT**  
¿QUE ES LA ILUSTRACION

**CARLOS  
NINO**  
RESPONDE A ZAFFARONI

**ROBERTO  
BERGALLI**  
EL MITO DE LA  
INDEPENDENCIA JUDICIAL

**FRANCO  
BASAGLIA**  
DOSSIER  
COLABORA V. ZITO LEMA

**LA CORTE  
DE MENEM**  
INFORME

**LUIS  
WARAT**  
UTOPIAS ANESTESIADAS

**ALBERTO  
BINDER**  
DESPUES DE LA CRITICA

**DONALD  
BARTHELME**  
CUENTO

EDICTOS POLICIALES  
VIOLACION Y VOYEURISMO  
CARYL CHESSMAN  
LA IMPUNIDAD COMO PENA  
SOBRE LA PRACTICA JUDICIAL  
MUJER Y DERECHO

# STAFF

Victor Ernesto Abramovich; Martín Abregú; Mary Ana Beloff; Alberto Bovino; Christian Courtis; Carlos Manuel Garrido; Martín Moncayo von Hase; Darío Naón; Alejandro Rúa; Roberto Pablo Saba; Marcelo A. Sgró; **DISEÑO GRAFICO:** Sandra Monteagudo (701-9907); **COMPOSICION GRAFICA:** Gisela Wengiel y Darío Sulkalsky (824-2197/961-7914).

La revista no se hace responsable por las afirmaciones vertidas en los artículos firmados, cuya responsabilidad recae sobre los autores. Notas, réplicas y cartas, dirigirse a Anchorena 1775 - 5ª "A" - 1425 - Buenos Aires. T.E. 208-2050 y 83-4424. ISSN 0327-5248

**EDITOR RESPONSABLE:** Alejandro Rúa; Martín Clemente.

# SUMARIO

- 2** **La corte de Menem.** Informe. Una introducción a la nueva justicia política a través del análisis de los fallos "Müller", "Fiscal c/Fernandez", "Montalvo"
- 4** **La huida frente las penas.** A propósito del último libro de Eugenio R. Zaffaroni. *Carlos S. Nino.*
- 9** **Edictos policiales.** Sobre la eficacia del sistema contravencional. *Rafael Gentilli y Graciela Lorenzo.*
- 10** **El complejo de Rock Hudson.** Sobre el menosprecio teórico de la práctica judicial y su discurso. *Victor Abramovich.*
- 12** **Para la igualdad se necesitan dos.** Mujer y Derecho. *Lidia N. Otero.*
- 13** **¿Qué es la Ilustración?**  
*Michel Foucault.*
- 18** **FRANCO BASAGLIA. DOSSIER.**  
**El principio del fin del manicomio.** *Christian Courtis.*  
**La gran cloaca.** *Vicente Zito Lema.*  
**Hospicio = Perpetuación de lo siniestro.** *Gregorio Kazi.*
- 24** **Entre la realidad y el derecho.** Dimensiones de una ciencia penal crítica. *Alberto M. Binder.*
- 26** **La quiebra de los mitos.** Independencia judicial y selección de los jueces. *Roberto Bergalli.*
- 32** **La voz tutelada. Violación y voyeurismo.**  
Comentario al libro de Silvia Chejter.
- 33** **Viejo Caryl Chessman ¡Respira otra vez!**  
Penas de muerte. *Alejandro Rúa.*
- 35** **Utopías, conceptos y complicidades en la interpretación de la ley.** *Luis Alberto Warat.*
- 38** **La impunidad y el dolor son una pena.**  
*Mary Bellof y Gabriela Delamatta.*
- 39** **Marie, Marie, Agárrate fuerte.** Cuento.  
*Donald Barthelme.*
- 41** **Etcétera.**  
Congresos, Seminarios, Suscripciones.

# LA CORTE DE MENEM

La propia partida de nacimiento de la actual formación de la Corte Suprema de Justicia registra una fuente difícilmente compatible con la forma republicana de gobierno: la ampliación del número de sus miembros de cinco a nueve, obedeciendo a razones exclusivamente políticas.

Las consecuencias de la modificación comienzan a hacerse visibles. Por un lado, contrariando los motivos alegados, la lentitud en la resolución de las causas, lejos de paliarse se agravó aún más. Por otro lado, la jurisprudencia de la

"nueva" Corte sigue dos axiomas definidos: revertir las opiniones de la anterior formación del tribunal e imponer soluciones de inspiración autoritaria en las causas vinculadas con la persecución penal, la autonomía personal, la averiguación de nuestro pasado histórico reciente y el cuestionamiento de la política económica oficial.

El siguiente informe reseña algunos de los principales retrocesos del actual tribunal, y será ampliado en entregas posteriores.

## UNA HISTORIA DE SANGRE

En el fallo Müller del 13 de noviembre de 1990, la Corte decidió que la medida ordenada por un juez, consistente en la realización de una prueba hematólogica tendiente a comprobar la identidad de un menor adoptado y presuntamente hijo de desaparecidos, viola su derecho a la intimidad.

Los motivos de semejante despropósito pueden vislumbrarse desde que la decisión no menciona el hecho de que se sospechara que podía tratarse de un hijo de desaparecidos, circunstancia que habla significativamente desde la ausencia.

La mayoría esboza dos razones: la primera, puramente formal, es la inexistencia de relación entre la medida y el objeto del proceso, verbigracia, una causa penal por falsificación de documentos.

El voto en disidencia del juez Petracchi demuestra que la mayoría se escuda en ciertas formalidades pero olvida otras: el recurso ha sido concedido solamente en relación a la posible inconstitucionalidad de la norma que establece el examen de sangre, y por lo tanto el fundamento de la mayoría excede su posibilidad de decidir. Técnicamente, la mayoría se ha extralimitado, ya que ha aportado para decidir elementos que son ajenos al objeto del recurso.

La segunda razón, atinente al fondo, consiste en señalar que no puede obligarse a una persona a someterse a un examen hematólogico en contra de su voluntad, a riesgo de vulnerar el derecho a la intimidad. Ahora bien, resulta que en el caso la persona sobre la que se ordena la medida es un menor de edad. Y por lo tanto, quien reemplaza su voluntad es su representante legal, es decir, el adoptante. Quien se niega al examen es, entonces, el representante legal, que es el actor del recurso. No es necesario ser muy sagaz para darse cuenta de que el adoptante es parte interesada en los resultados del examen, ya que se está investigando justamente el abandono del menor, antes de ser colocado bajo el régimen de adopción. Resulta obvio que el interés del menor —representado por la averiguación de su identidad real— y el interés del representante —consistente en el bloqueo de toda investigación para mantener su status— son contradictorios. La solución razonable —adoptada en los votos en disidencia de los jueces Fayt y Petracchi— hubiera sido la de no aplicar en el caso la ficción legal de la representación, que en última instancia se establece en interés del menor y no en contra de éste, y confirmar la medida.

La mayoría de la Corte, hace lo contrario. Ni siquiera recuerda que pueda existir un derecho a la identidad.

Ch. C.

## UNIVERSIDAD ARGENTINA: DEPENDENCIA O... DEPENDENCIA

En un fallo del 18-6-91, la Corte Suprema rechazó por mayoría la impugnación formulada por la Universidad de Buenos Aires (UBA) al decreto 1111/89 del Poder Ejecutivo que dejó sin efecto una resolución de aquella que había declarado la improcedencia de la revisión de los actos de sus órganos superiores por parte del Ministerio de Educación. De esta manera, se reafirmó —también para el caso de la UBA— la posibilidad de toda parte interesada de interponer un "recurso de alzada" ante tal Ministerio por estar en desacuerdo con una medida que considera perjudicial.

Así, se equipara a la UBA a todo órgano que la dogmática administrativista denomina "autárquico", esto es, un ente que pertenece a la administración pero que se encuentra, para su mejor funcionamiento, "descentralizado", pudiendo actuar por sí de acuerdo a normas precedentemente establecidas.

Las consecuencias de tal decisión son alarmantes: que toda medida emanada de la Universidad —desde una compra de materiales hasta un concurso docente, pasando por una denegatoria de inscripción, o una sanción disciplinaria— pueda ser revisada por una dependencia del poder administrador (aún con la limitación legal de constatar sus aspectos formales y no de fondo) es una circunstancia que hace peligrar la independencia académica.

La mayoría de la Corte (significativamente formada por los miembros que arribaron al cargo durante este gobierno, tras el aumento del número de jueces del Tribunal) adoptó —otra vez— la postura más proclive a la ampliación —o confirmación, según se vea— de las facultades del Poder Ejecutivo.

Los argumentos expuestos para ello distan de ser convincentes, además de ser vertidos de una manera bastante cuestionable, ya que luego de expresarse sobre el fondo de la cuestión, señalando con todas las letras que el Ministerio de Educación tiene facultades para controlar la conducta de las autoridades universitarias (sic), resuelve rechazar el recurso interpuesto por la UBA por razones formales bastante cuestionables. (1)

Si bien es cierto que el Estado de Derecho se caracteriza por la existencia de controles recíprocos entre los órganos de poder (como medio de protección de los derechos asegurados por las constituciones democráticas) también lo es que en algunas oportunidades, tales controles son instrumentos útiles para la aparición de actitudes totalitarias.

Ello lleva a la imposición de criterios de unos órganos sobre otros, sin que el propósito inicial de defensa de facultades constitucionales de los habitantes sea más que una mera excusa que encubre un sojuzgamiento institucional de otro modo inaceptable.

Es una constante en la historia de la humanidad que los gobiernos autoritarios traen de hipercentralizar el proceso de toma de decisiones, para controlar todo resorte en el que pueda verificarse aunque más no sea una cuota de poder.

A esta altura de los acontecimientos, y aún en la Argentina, tales propósitos totalitarios no pueden (aunque cada vez se exponen con menos tapujos) declararse abiertamente.

Es por ello que suele recurrirse en ciertos casos a figuras dogmáticas para justificar tales intentos de supercontrol. Así, en el caso, la defensa del Poder Ejecutivo se basó en una distinción producida en una rama de derecho infraconstitucional (2) para sostener que, como la Universidad es considerada por las normas cuestionadas por la UBA como autárquica y no como autónoma, no puede cuestionar las decisiones del Poder Ejecutivo. Recalca, sin que fuera necesario para decidir la cuestión de la manera en que lo hizo (como dijimos, rechazo del recurso por cuestiones formales), las facultades del Ministerio de Educación para controlar la conducta (sic) de las autoridades universitarias.

Cabe destacar que aún con argumentos similares en el fondo, Petracchi y Belluscio votaron con la mayoría en un pronunciamiento con mayor andamiaje formal.

Fayt fue quien, a través de un voto en disidencia, presentó las cuestiones de una forma realista. Enfocó el tema afirmando que, más allá de las cuestiones terminológicas y clasificatorias, el problema encerraba una diferencia de postura política frente al status que le cabe a la universidad estatal en una democracia.

Autonomía no significa consagrar una "isla universitaria", sino alejar a las Casas de Estudio de la influencia de los poderes del estado en el cumplimiento de sus fines. Sin esa independencia de criterio, que sólo se asegura sin la amenaza de intervención del Poder Ejecutivo en los asuntos universitarios cotidianos, la enseñanza, la investigación científica, y el rol crítico de aquellas se ven seriamente comprometidos.

Esta es la situación actual, dada la, en teoría indirecta (en realidad directísima), convalidación de la norma (decr. 1111/89) cuestionada por la UBA en este caso.

A diferencia de otros pronunciamientos, este de la Corte no se apartó de una posición anterior sobre el tema, aunque sí cabe afirmar que con él se resuelve —en detrimento de la libertad de las instituciones universitarias nacionales— una cuestión que, hasta el momento del dictado del decreto mencionado, era "tolerada" en favor de la independencia universitaria, sin detrimento del derecho de defensa de los particulares afectados, ya que, obviamente, se encontraba abierta la vía judicial tras agotar la vía recursiva interna de la institución.

I. L.

### NOTAS:

(1) La mayoría señaló que se dio en el caso una cuestión de competencia atípica, introducida por la resolución del Consejo Superior de la UBA dejada sin efecto por el decreto N° 1111/89, que fue dictada —según la corte— en desmedro de las facultades constitucionales del ministro del ramo. El Poder Ejecutivo sólo aclaró la cuestión. De este modo, el decreto no puede ser cuestionado por la UBA ya que fue dictado por la Administración Central, cuyos actos no puede recurrir un ente autárquico. Por ende, al no poder cuestionarlo administrativamente, no puede hacerlo —a fortiori— ante el poder judicial, ya que no se encuentra agotada la vía administrativa.

En otras palabras, esto significa lisa y llana denegación de justicia. (2) El Derecho Administrativo.

## DROGA O VIDA

El 11 de diciembre de 1990 parece señalar el inicio de un recorrido jurisprudencial tan previsible en su objetivo político como imprevisible en sus consecuencias para el respeto de las garantías constitucionales. Ese día se pronunciaron con relación al tema de los estupefacientes los fallos Montalvo y Fiscal c/ Fernández. Los hechos del segundo son un buen ejemplo de los métodos que se juzgan imprescindibles para la persecución de las actividades del narcotráfico.

La Policía Federal, detuvo, en Mendoza, a un ciudadano boliviano secuestrándole 380 gramos de cocaína. Por sus dichos, pudo saberse que en una casa de la zona, que resultó luego ser sede de la oficina consular de Bolivia y, a la vez, morada de su amigo Rivas Graña (cónsul en ese momento), se guardaban otros 9 kilogramos.

Un policía de servicio, acompañando a Fernández en condición de detenido incomunicado, haciéndose presentar como amigo suyo ante Rivas Graña, consiguió ingresar al domicilio del cónsul. En presencia del policía encubierto, el funcionario boliviano entregó a Fernández una caja. En la sede policial se confeccionó un acta en la que se hizo constar que el paquete entregado por Rivas contenía varios kilogramos de cocaína.

Rivas Graña fue llamado a concurrir a un lugar público con un señuelo y fue detenido ya que los privilegios diplomáticos imposibilitaban su detención en la sede consular.

Dos son las principales garantías constitucionales en juego: la de inviolabilidad del domicilio y el aspecto del debido proceso legal. La Corte

Suprema admitió en varios casos que el consentimiento voluntariamente prestado por el titular del derecho de exclusión de un domicilio, eximía al funcionario de la necesidad de requerir la orden (orden que en el caso que nos ocupa, de todos modos no hubiera podido librarse teniendo en cuenta la calidad de sede consular del domicilio en cuestión) para acceder a él. Este discutido criterio sirvió a la nueva Corte para legitimar la visita de un funcionario policial en acto de servicio en el domicilio de Rivas Graña.

Lo novedoso de este pronunciamiento reside en la notable flexibilización de las condiciones necesarias para un consentimiento eficaz de parte del titular de la garantía. La doctrina sentada por el tribunal podría resumirse así: 1. No existe deber del funcionario policial en ejercicio de sus funciones de identificarse como tal al ingresar a un domicilio; 2. Quien permite el acceso de un extraño a su domicilio carga con la negligencia de la falta de identificación y sus eventuales consecuencias incriminantes; 3. El empleo de un agente encubierto no es contrario a las garantías constitucionales si: a) el agente del gobierno simplemente aprovecha las facilidades que otorga el sospechoso predispuesto a cometer el delito (a diferencia de los casos en que dicho agente instiga la actividad delictiva); b) en el caso del ingreso consentido a un domicilio, si el agente permanece como pasivo espectador del delito sin realizar de manera subrepticia pesquisas, inspecciones, o secuestros.

En cuanto a la legalidad de la obtención de la prueba de cargo, un párrafo del voto de la mayoría

murmurado en el último considerando constituye una clara advertencia. Dice el tribunal:

"De manera, pues, que el deber de dejar establecida la verdad jurídica objetiva, en materia de enjuiciamiento penal, sólo autoriza a prescindir, por ilícita, de una prueba cuando ella, en sí misma, haya sido obtenida a través de medios inconstitucionales o ilegales."

Históricamente se han sostenido tres opiniones respecto de la prueba ilegítimamente obtenida: 1. La prueba es válida para sostener una sentencia condenatoria 2. La prueba no es válida en sí misma aunque sí pueden emplearse en un proceso las probanzas que sean su consecuencia 3. No pueden hacerse valer en un proceso constitucional ni la prueba ilegítima en sí, ni las obtenidas directa o indirectamente partiendo de aquella.

En la última década la Corte había transitado un camino de reforzamiento de la garantía recepcionando, finalmente, la última de las reglas (doctrina más conocida como la "del fruto del árbol venenoso"). El reciente pronunciamiento en el caso del cónsul implica, por lo menos, un retroceso a la segunda opción.

La Corte, entonces, consciente del papel que debe interpretar en la estrategia oficial, opta por criterios restrictivos para las garantías constitucionales, sin detenerse en que está configurando un modelo represivo de persecución penal que ha de emplearse, no solo en casos con las peculiaridades de este, sino de modo indiscriminado.

M. S. y M. A.

## "MONTALVO" O "LA VIDA POR LA PATRIA"

Una concepción liberal de la sociedad, entendida en términos filosóficos kantianos y no en la forma en que lo hacen algunos políticos locales, se sustenta, fundamentalmente, en los principios de autonomía y de inviolabilidad de la persona.

El primero consiste, sintéticamente, en la posibilidad de que cada individuo elija su propio plan de vida e ideales de excelencia sin que nadie —persona, grupo o institución— le imponga pautas externas para el desarrollo del mismo. El segundo impide imponer sacrificios a una persona por el beneficio que ello pueda producir en otras, considerando al hombre como un fin en sí mismo, sin que pueda ser utilizado como medio para la consecución de fines considerados "superiores".

Frente a estos principios se presentan tres alternativas que producen algún impacto sobre ellos:

a) el paternalismo: este es, en primera instancia, compatible con el principio de autonomía, pues está constituido —convencionalmente— por aquellas medidas tendientes a facilitar al individuo el desarrollo del plan de vida que él, autónomamente, ha escogido.

b) el perfeccionismo: a diferencia del anterior, se encuentra diametralmente opuesto a la idea de autonomía. Según este, está perfectamente justificado imponer a un individuo concepciones del bien o modelos de excelencia humana.

c) el holismo colectivista: mientras el anterior atenta contra la posibilidad de elegir autónomamente un plan de vida, el holismo colectivista se opone a la idea de la de la persona como fin en sí misma. Según esta tendencia, el individuo —y por ende su plan de vida— puede ser sacrificado en pos de "algo superior" —vg. la nación, la raza, el género humano, etc.—. Lo que interesa, bajo esta óptica, es la posibilidad de utilizar al hombre como medio para otros fines.

La corte anterior a la ampliada en 1989 por razones "puramente prácticas y alejadas de segundas intenciones" (?), vio en el art. 19 de nuestra Constitución la expresión positiva del principio de autonomía. Muestra cabal de ello son las sentencias —entre otras— en los casos "Bazterrica" y "Portillo" donde se interpretaba, en un sentido compatible con la filosofía liberal aludida, la expresión constitucional del principio de autonomía.

La corte actual, en el contexto de una lamentable —desde mi punto de vista— "revolución jurisprudencial" que alcanzó a numerosos tópicos, ha interpretado el art. 19 en forma tal que lo vacía de contenido. Este ha sido entendido de modo que contraría los principios de autonomía e inviolabilidad de la persona, incurriendo en las variantes de perfeccionismo y holismo mencionadas y conduciendo así a posturas totalitarias opuestas a las únicas justificadas en una democracia liberal.

El caso "Montalvo", fallado el 11 de diciembre de 1990, entendió como constitucional la penalización de la tenencia de drogas para consumo personal. Los argumentos a los que echo mano constituyen la batería más pesada de principios antiliberales.

a) La incursión por el holismo colectivista: entre los fundamentos de su sentencia, la mayoría hizo uso de las razones que llevaron al legislador de la ley 20.771 a reprimir la tenencia de estupefacientes "aunque (...) estuviesen destinados a uso personal". Entre ellas "figura la necesidad de proteger a la comunidad ante uno de los más tenebrosos azotes que atenta contra la salud humana. En especial se adujo que no se trata de la represión del usuario que tiene la droga para uso personal y 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 (...)" (el énfasis es mío).

Para que no nos queden dudas al respecto, la Corte es rica en manifestaciones claras en el mismo sentido: "si bien se ha tratado de resguardar la salud pública en sentido material como objetivo inmediato, el amparo se extiende a un conjunto de bienes jurídicos de relevante jerarquía que trasciende con amplitud aquella finalidad, abarcando la protección de los valores morales, de la familia, de la sociedad, de la juventud, de la niñez y, en última instancia, la subsistencia misma de la Nación y hasta de la humanidad toda" (el énfasis es mío). Seguramente Montalvo se debe haber sorprendido muchísimo de la repercusión nacional e internacional, y por qué no cósmica, del plan de vida que decidió tomar.

Por último, dice la Corte, la ley en cuestión, "traduce la voluntad del legislador de reprimir todas

las actividades relacionadas con el narcotráfico por ser conductas atentatorias de la propia supervivencia del Estado y de sus instituciones" (el énfasis es mío). Realmente es necesario destacar que si una cualidad tiene nuestra Corte, ella es la de la claridad con la que expresa sus ideas. Ya no queda duda alguna que Montalvo será condenado para que con su padecimiento de una pena pueda sobrevivir el Estado, sus instituciones, la familia, la sociedad, la juventud, la niñez, la nación y —por qué no— la humanidad.

A estos fundamentos alcanza con oponer un párrafo de la disidencia de Petracchi: "el argumento, según el cual el castigo de la tenencia de estupefaciente para uso personal sería justificado como un medio indirecto para combatir el narcotráfico es violatorio de la escala de valores plasmada en nuestra Ley Fundamental —receptora, en este aspecto, de los aportes más esenciales de nuestra tradición cultural—, que prohíbe utilizar a las personas como meros instrumentos para alcanzar objetivos públicos que se reputan socialmente valiosos, desconociendo así que ellas constituyen fines en sí mismas".

b) El perfeccionismo implícito: es necesario reconocer que la línea que divide el paternalismo del perfeccionismo es más que difusa, pero la Corte —en un acto de inconsciente bondad— se puede decir que casi no nos puso delante de tan complicado problema. En toda la extensión del voto de la mayoría no surge explícitamente un sólo esfuerzo por explicar la constitucionalidad de la ley en cuestión a luz de una actitud paternalista de protección del adicto —para que éste pueda desarrollar su plan de vida en forma autónoma—. Esto, si bien discutible, es al menos un razonamiento *prima facie* válido en términos liberales.

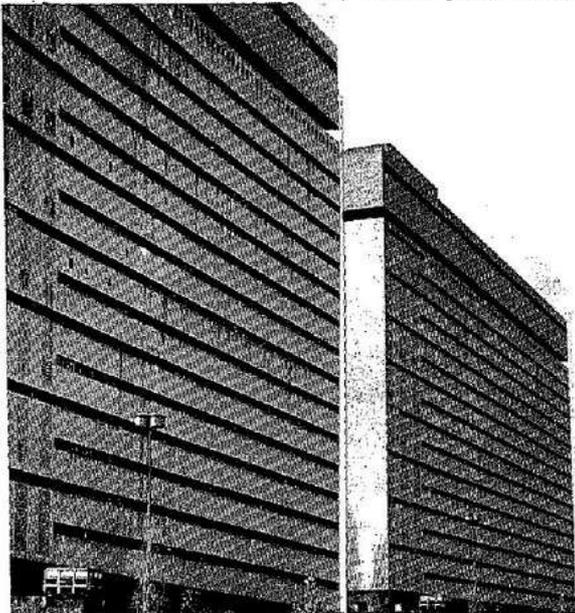
El perfeccionismo velado que se encuentra detrás de todos los argumentos holistas que la corte expone y reconoce explícitamente resulta bastante claro a pesar de todo. No es que la droga pueda perjudicar la autonomía para decidir libremente, sino que drogarse está mal porque atenta contra milenariamente santificadas instituciones. Lo primero puede ser objeto de debate, lo segundo significa otorgarles "a los poderes públicos facultades omnímodas para regular las conductas de las personas, instaurando así el más crudo totalitarismo" (del voto en disidencia del Dr. Petracchi).

Un artículo sumamente interesante publicado recientemente por Edgardo Donna (1), en el que objeta algunas de las conclusiones de la llamada *criminología crítica*, me llevó a leer el libro de Eugenio Zaffaroni *"En busca de las penas perdidas"* (2). A pesar de que disiento con la metodología y con muchas de las tesis de este libro, creo que la seriedad y el prestigio de su autor, como así también el carácter provocativo de las posiciones que defiende, merecen un debate teórico (cosa que no es fácil de motivar en el ámbito penal de nuestro país, como lo experimenté con mis propios trabajos en ese campo).

El profesor Zaffaroni expone la posición que llama "realismo jurídico-penal marginal", que parte de la *deslegitimación* del sistema penal vigente, sobre todo en los países subdesarrollados (que pertenecen a lo que él llama "margen"). La causa fundamental de la deslegitimación de tales sistemas estaría dada por el hecho de que ellos irremisiblemente provocan más violencia que la que previenen, principalmente a través de los abusos represivos, prisiones preventivas que se convierten en penas, accidentes de tránsito y abortos que el sistema no impide,

etcétera. Frente a ello el abolicionismo se presentaría como una alternativa atractiva; sin embargo ella resulta utópica dada la realidad actual de los países marginales. Según Zaffaroni más razonable sería optar por un principio de reacción penal mínima, que trate de minimizar a la violencia generada por el mismo sistema penal.

La posición de Eugenio Zaffaroni depende, en mi opinión, de premisas que corresponden a estas categorías: (I) una descripción del funcionamiento del sistema penal; (II) una valoración de los resultados de la descripción anterior de acuerdo a ciertos principios de moralidad social; (III) una explicación de por qué la valoración moral anterior no es generalmente reconocida; (IV) una postulación de cuál sería la situación óptima en la que se materializaría la valoración referida en II -, superada la falta de reconocimiento que se menciona en III.-; (V) una postulación de una situación ideal "segunda mejor" si la situación óptima mencionada en IV.- no es materializable; (VI) una prescripción de medios para alcanzar el estado de cosas referido en V.- como segundo mejor. Veamos sucesivamente estos pasos.



#### I.- La descripción del sistema penal.

La descripción del funcionamiento del sistema penal que hace el profesor Zaffaroni contiene algunos aspectos obviamente correctos, y en verdad constituye un notable mérito del autor enfatizar esos aspectos que son generalmente ignorados por la mayoría de jueces y juristas.

La violencia que genera el estado en algunos países como el nuestro a través de abusos de sus fuerzas de seguridad-muertes y lesiones en situaciones no claramente justificadas, apremios ilegales, detenciones arbitrarias, regímenes de arresto indignos, intimidaciones, etcétera-debe ser motivo de preocupación profunda para toda persona honestamente comprometida con la preservación de los derechos humanos. Lo mismo ocurre con aspectos aberrantes de nuestro procedimiento penal, como las prisiones preventivas que se convierten en verdaderas penas a presuntos inocentes, gracias a procedimientos de excarcelación extremadamente rígidos, un proceso judicial atrabiliario en cuanto a su

lentitud, burocratismo y opacidad, y un régimen de detención que pervierte gravemente los fines aseguradores de la prisión preventiva de los procesados. La calamitosa deficiencia de nuestros procedimientos penales -sobre todo en el orden nacional-generan considerable grado de riesgo de que las sanciones dispuestas como consecuencia de él recaigan sobre individuos inocentes. Esto se agrava por la inexistencia de un servicio realmente eficaz de defensa jurídica gratuita, lo que coloca en situaciones de gran vulnerabilidad a los individuos de pocos recursos. El procedimiento penal incluye un factor de considerable arbitrariedad al no permitir una política de persecución penal selectiva racionalmente justificada, a través del ejercicio del principio de oportunidad, y promoviendo que haya, en consecuencia, una selección de hecho, encubierta y, por lo tanto, discrecional. Esta discrecionalidad, como otras permitidas por un procedimiento penal formalista y sigiloso da lugar a sospechas de corrupción y parcialidad en el funcionamiento de la justicia penal. La legisla-

ción penal de fondo es también sumamente objetable en cuanto contiene normas que responden a una concepción perfeccionista -como las que reprimen el mero consumo de drogas o el adulterio- o incluyen penas absolutamente draconianas en relación a las necesidades de prevención. Por último, la situación carcelaria es verdaderamente dramática: dado el hacinamiento y otras carencias materiales, malos tratos, discriminaciones, corrupción sexual, abusos de drogas, etcétera, es obvio que las cárceles de la Argentina, y de muchos otros países de la región se han convertido en un factor de gran poder criminógeno.

Pero esta descripción sucinta de las aberraciones más obvias de nuestro sistema penal es gravemente insuficiente si no se la coloca en un contexto socio-económico. No hay que recurrir a sofisticadas hipótesis de índole sociológica o psicociológica para advertir que la abismal desigualdad de ingresos, y por lo tanto de oportunidades de educación, de trabajo satisfactorio, de condiciones de vida dignas, que caracteriza a nuestros países, y

que sin duda se han agravado en los últimos tiempos, hace que los sectores más pobres sean más proclives a la comisión de una variedad de delitos, los expone con más probabilidad a ser también objeto de sospechas por delitos no cometidos, los hace más vulnerables frente a la actuación arbitraria de las fuerzas de seguridad y más indefensos frente al funcionamiento del sistema penal -que es indudablemente más severo e inflexible con los delitos generalmente cometidos por ese sector social-, los convierte en las peores víctimas del régimen carcelario, etcétera. Si bien sería importante contar con datos estadísticos para corroborar esta vulnerabilidad de los sectores menos favorecidos socialmente al sistema penal, hay evidencias de sentido común de que ello es así (basta observar en los pasillos de los tribunales penales la fisonomía de quienes son llevados esposados: la mayoría son hombres jóvenes, de tez y cabello oscuros y pobremente vestidos).

En cambio, no parece tan claro por qué el profesor Zaffaroni incluye a

# ERENTE A LAS PENAS

Por Carlos Santiago Nino

las muertes provocadas por accidentes de tránsito (pág. 127) y a los abortos (pág. 128) entre la violencia generada por el sistema penal. Es obvio que estos no son daños que el sistema penal produce positivamente. Se podría decir que los produce por omisión, ya que no es suficientemente eficaz para impedirlos. Pero si Zaffaroni suscribiera esta tesis -como yo lo hago en el caso de los accidentes de tránsito, aunque no del aborto- él contradiría su presupuesto, que enseguida veremos, de que el sistema penal carece en forma inherente e insuperable de toda eficacia preventiva. En lo que hace al aborto es sorprendente que el Profesor Zaffaroni tome partido sin fundamentarlo aquí sobre una cuestión tan controvertible y compleja: muchos no aceptarán que los abortos son males

generados por el sistema penal, ya que asumen que los abortos no constituyen en sí mismos daños para ninguna persona moral. Yo mismo pienso que sólo en los casos en que el feto tiene un desarrollo considerable el aborto es un mal, pero aún así no siempre la madre tiene la obligación moral de abstenerse de producirlo, y aún cuando tenga tal obligación difícilmente pueda justificarse que el sistema penal procure hacerla efectiva (3).

Dejando de lado este aspecto poco claro de la descripción de Zaffaroni, creo que ella es, en general, correcta, aunque no esté apoyada en datos empíricos o en fuentes verificables. Me parece que no se puede exigir siempre corroboraciones minuciosas cuando se trata de hechos notorios, que sin embargo son ignorados, y

hasta la referencia a ellos considerada de mal tono, en la mayoría de los desarrollos teóricos para los que tales hechos son relevantes. En cambio, me parece menos útil el recurso que a veces hace el texto comentado a metáforas excesivas o al significado emotivo de ciertas expresiones, como cuando llama "jaulas" a las prisiones (pág. 139), "secuestros" a las penas privativas de la libertad (pág. 26), "prisioneros de la política" a los condenados a penas privativas de la libertad por la comisión de delitos (pág. 239), o hablar de que "es meridianamente claro que quien quiere hacerse el tonto es porque busca como ubicarse en los cien millones de procónsules o esbirros de los proyectos tecno-apocalípticos" (pág. 126). Toda analogía tiene alguna ventaja en términos de asocia-

ción de ideas y el empleo del lenguaje emotivo permite propagar los sentimientos (4), pero el exceso de expresiones pictóricas y emotivas resiente la posibilidad de hacer distinciones y precisiones; ello termina debilitando el poder explicatorio y predictivo del discurso teórico riguroso, de lo que en América Latina no podemos prescindir so pena de profundizar nuestra situación vulnerable.

Sin embargo, el problema principal que advierto respecto de este tramo del razonamiento del profesor Zaffaroni es que, cuando los males anteriores generados por nuestro sistema penal lo llevan a la conclusión a que éste es irredimible, se está suponiendo, primero, que tales males no pueden ser de ningún modo evitados o atenuados, y que, segundo, el sistema no tiene

una capacidad para prevenir otros males, de modo que, si los anteriores se atenuaran, esa capacidad podría legitimar al sistema. Este es un punto crucial porque no puede proponerse como punto ideal la abolición del sistema penal y como solución intermedia realista su minimización si no se hace un examen minucioso y aquí sí apoyado por amplias pruebas empíricas sobre la imposibilidad de sanear tal sistema y sobre su eficacia preventiva.

Ese examen y las corroboraciones correspondientes son necesarios porque en este caso las impresiones de sentido común parecen ir en dirección contraria a lo que el autor asume: creo que muchos de nosotros percibimos que la amenaza de pena es efectiva en muchos casos para prevenir la comisión de actos dañosos (sin ir más lejos, pensemos, por ejemplo, cómo se han limpiado últimamente las calles de Buenos Aires de autos mal estacionados ante la amenaza combinada de la grúa y el "cepo"). Me parece que muchos de nosotros no estaríamos muy tranquilos si se indultaran, por ejemplo, a todos quienes cometieran

homicidios, tormentos, secuestros, atentados, violaciones, y se anunciara que en el futuro no se aplicará por esos hechos ninguna medida coercitiva y se permitirá que sus autores sigan desarrollando su vida normal. Por cierto que puede discutirse qué clases de actos las penas pueden y deben prevenir, pero parece no haber dudas que algunos actos deben y pueden ser disuadidos mediante algún tipo de penas por actos similares. Por ejemplo, no creo que el profesor Zaffaroni se oponga a que los responsables del terrorismo de estado durante la última dictadura militar hayan sido objeto de sanciones penales. Dado que coincidimos en los argumentos en contra del retributivismo, supongo que si el autor avalara esa punición lo haría porque supone que ella tiene algún poder preventivo de situaciones similares que podrían producirse en el futuro. Una vez que se admite la eficacia del sistema penal para prevenir ciertos daños, debe entenderse la misma conclusión a casos similares. Y una vez que se acepta que hay algunos efectos socialmente beneficiosos de la existencia de

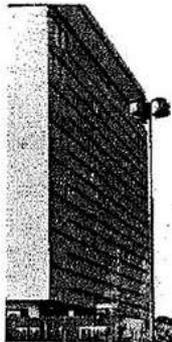
un sistema penal, debe demostrarse que esos efectos beneficiosos no permiten legitimar al sistema si es que sus consecuencias deletéreas fueran contenidas o atenuadas.

En especial, pareciera que habría que recurrir al sistema penal para prevenir muchos de los daños que Zaffaroni adscribe correctamente al mismo sistema penal: no se ve cómo podrían ser prevenidos los abusos policiales, los malos tratos en lugares de detención, la corrupción judicial, y por supuesto, los accidentes de tránsito (a los que Zaffaroni agregaría los abortos) sin algún recurso a medidas coactivas.

Por cierto que esto de ningún modo excluye la posibilidad de que las actuales penas, sobre todo las privativas de la libertad, puedan reemplazarse por otras, con igual o aun mayor eficacia preventiva y con menos efectos deletéreas, y que aun medidas no estrictamente punitivas, aunque probablemente con algún componente coercitivo, puedan sustituir a las sanciones penales. Todo ello debe ser objeto de un examen minucioso, con casos comparados, datos estadísticos,

hipótesis sociológicas y psicológicas en mano, para poder extraer conclusiones pertinentes. El movimiento llamado "abolicionista" ha hecho aportes sumamente valiosos al dirigir la reflexión crítica hacia esas posibilidades, aunque a veces su lenguaje parece ir más allá del contenido reformador de sus propuestas concretas (5).

En suma, el profesor Zaffaroni tiene razón cuando señala los gravísimos males que surgen del sistema penal vigente. Sin embargo, para llegar a las conclusiones normativas a las que llega -la abolición como ideal y la minimización como meta inmediata realizable del sistema penal- necesitaría además demostrar que los males del sistema penal no pueden ser evitados o contenidos y que ese sistema no produce ningún efecto beneficioso que deba ser tomado en cuenta antes de llegar a conclusiones normativas y adoptar cursos de acción. Sin esa demostración la propuesta que se nos hace es la de dar un salto al vacío, y ella simplemente resulta inocua por el hecho de que no hay muchos que estén dispuestos a darlo.



## II.- Presupuestos valorativos.

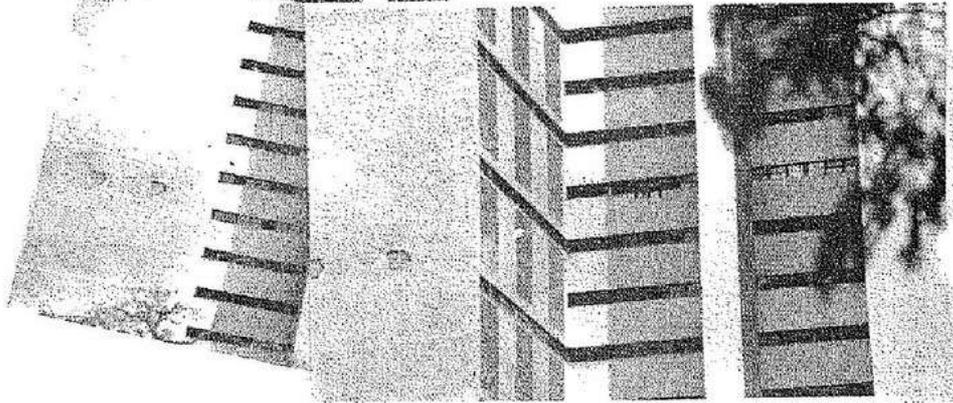
También me parecen *prima facie* plausibles las posiciones que adopta el profesor Zaffaroni en materia de principios de moralidad social justificatorios de instituciones y acciones. Comparto su sensibilidad por la desigualdad y la explotación y coincido con su visión crítica de los arreglos sociales, que exige que ellos sean justificables a la luz de algo más que las meras convenciones o tradiciones de una cierta comunidad.

Sin embargo, echo de menos en la obra que estoy comentando una articulación mayor de los principios de justicia que el autor asume y lo lleva a tomar las posiciones críticas que adopta. ¿Qué concepción de la igualdad presupone? ¿Una que esté más cerca de la idea de no explotación u otra cercana a la de parificación? ¿Cuál es la concepción de los intereses relevantes y de los titulares de tales intereses? En especial ¿cuál es la posición del autor respecto de la postulación de personas morales supraindividuales, como el proletariado, la sociedad, el pueblo, y de la adscripción de intereses a esas supuestas personas en contraste con los de los individuos de carne y hueso? En el tema específico de la pena ¿cree el profesor Zaffaroni que si ella tuviera una capacidad preventiva y se pudieran eliminar o atenuar sus efectos deletéreos estaría justificada, o que bajo ninguna circunstancia ella es legítima? Si la respuesta a la pregunta anterior fuera positiva ¿cómo resolvería este autor el problema de la distribución, o sea el hecho de que los individuos a los que la pena beneficiaría son diferentes de los que se ven perjudicados por ella, sin que se pueda acudir -en esto coincidimos- a la retribución para justificarlo?

Además de descalificar a mi posición, como enseguida veremos, como "neocontractualista", ¿cuáles son exactamente sus argumentos de fondo, más allá del que inmediatamente analizaremos, para no considerar relevante el consentimiento de los sujetos penados?

Cuando se hacen explícitos principios uno está obligado a aplicarlos coherentemente a situaciones que tal vez quisiera tratar intuitivamente en forma diferente. Vuelvo aquí a casos respecto de los que intuyo que coincidiríamos con el profesor Zaffaroni sobre la justicia y conveniencia de algunas penas -el terrorismo de estado (yo agregaría también el otro terrorismo), las torturas, los actos de corrupción de los funcionarios públicos, las grandes defraudaciones, las violaciones, los delitos de los que son víctimas la gente más desvalida (a veces por obra de otra gente desvalida), las muertes y lesiones provocadas por imprudencia en el tránsito, y me pregunto cómo distinguimos estos casos de otros que son análogos salvo por provocar reacciones emotivas diferentes, que no pueden ser fácilmente tenidas en cuenta en un sistema penal que respete los principios de legalidad y generalidad.

A veces la obra que comento descalifica diferentes concepciones de moralidad social con poco más que un encasillamiento bajo algún rótulo terminado en "ista". Por ejemplo, la posición de H. L. A. Hart sobre la pena y la que yo trato de exponer en *Los límites de la responsabilidad penal* (6) son descalificadas como "neocontractualistas" (pág. 85). No veo por qué la tesis de Hart de justificar la pena sobre la base de una maximización de la libertad



de elección debería ser considerada como contractualista (con o sin el "neo"), no siempre quien valore la libertad de elección (como creo que lo hace el mismo Zaffaroni y por eso le preocupa qué poco gozan de ellas ciertos sectores sociales) es automáticamente un contractualista. Yo podría ser un mejor candidato para ese rótulo, ya que intento justificar la pena que sea un medio eficaz de protección social sobre la base del consentimiento de la persona sobre quien recae la pena (lo que implica tomar en cuenta una dimensión distributiva totalmente ausente en el enfoque de Hart); sin embargo, yo no me aplicaría a mí ese mismo rótulo porque no fundamento la validez de los principios justificadores de la pena o de otras instituciones sociales sobre la base del consentimiento real o hipotético de los individuos concernidos, que es lo que distingue a una posición contractualista (como la de Rawls en la actualidad).

Contractualista o no, lo cierto es que me cabe el sayo de la crítica que Zaffaroni atribuye a Marat de que en una sociedad injusta la pena retributiva queda deslegitimada (pág. 86 y nota 14). Como yo no defiendo una pena retributiva, traduciría la crítica de esta forma: si no hay una relativa igualdad en las posibilidades de elección de los individuos, no se puede otorgar validez a su consentimiento de asumir una cierta responsabilidad penal, con el objeto de justificar que se le imponga a él una pena socialmente útil. He tratado largamente este problema en mi libro: *Ética y Derechos Humanos* (7) cuando defendí en contra del determinismo normativo el principio de dignidad de la persona, que permite tomar en cuenta las decisiones y actos voluntarios de los individuos como antecedentes válidos de consecuencias normativas, tales como obligaciones o penas. Sostuve, en efecto, que las excusas o vicios de la voluntad no suponen meramente que la voluntad de un individuo esté determinada por algún factor causal (ya que siempre lo está) sino por algún factor causal que afecte desigualmente a ciertos individuos y no a otros. Creo, por lo tanto, que si la decisión de un individuo de cometer un delito está determinada por graves apremios que no sufren otros individuos de la sociedad, no es posible acudir a su consentimiento para justificar la imposición de una pena, aunque esta sea socialmente útil. Pero aquí se necesita cautela, porque lo mismo se aplicaría al consentimiento del individuo prestado para celebrar un contrato o para contraer matrimonio o para participar de la elección de autoridades. El desconocimiento de la capacidad

para decidir y tomar decisiones de ciertos individuos, que debe extenderse coherentemente a los distintos ámbitos donde él pueda ser relevante, conduce a considerar el individuo en cuestión como un objeto de manipulación con fines benéficos, en todo caso, y no como una fuente de decisiones autónomas. La defensa de ámbitos estructurales en la sociedad que lleven a una distribución más equitativa de recursos, neutralizando así el impacto desigual que ciertos factores causales tienen sobre determinados individuos, no debe llevar, por lo tanto, a la descalificación automática de los actos de voluntad ejercidos en las condiciones sociales presentes; sólo en casos extremos de apremios debidos a una incidencia sumamente desigual de factores causales es plausible descalificar a individuos como generadores de decisiones vinculantes.

Otro aspecto valorativo que queda oscuro en la exposición de la obra que comento es la de la legitimidad del proceso democrático. Al fin y al cabo, los sistemas penales en la mayor parte de los países de "nuestro margen" están avalados por decisiones tomadas a través de procesos democráticos, por más que sean procesos que aún son considerablemente imperfectos. La "deslegitimación" del sistema penal parece presuponer la falta de legitimidad del proceso que ha generado las respectivas normas penales y la designación de los jueces y funcionarios encargados de aplicarlas. Si se presupusiera, en cambio, que ese proceso es moralmente legítimo, ello daría una razón para una aplicación leal de las normas en cuestión, tratando obviamente de minimizar sus violaciones, por más que se propusieran cambios normativos radicales a través del mismo proceso democrático. No está claro si el profesor Zaffaroni cree que las imperfecciones del sistema democrático sobrepasan el umbral antes del cual se puede sostener que éste es más legítimo que cualquier otro procedimiento alternativo de decisión, por lo que el perfeccionamiento del sistema debe hacerse a través del mismo sistema. Por cierto que esto es aplicable no solo a posible movimientos de intervención o agitación extraconstitucional, sino la misma actividad judicial, ya que el origen no directamente democrático de los jueces no los convierte en los canales más aptos para producir cambios en contra de lo dispuesto por las leyes de origen democrático, si este origen conserva las condiciones mínimas que le dan legitimidad.

### III.- Velos conceptuales.

Respecto del punto de los esquemas teóricos que impiden el reconocimiento de la situación fáctica y de los problemas valorativos mencionados en los dos puntos anteriores aquí también Zaffaroni tiene cosas interesantes para decir.

En este punto advierto un acercamiento a posiciones críticas sobre la dogmática jurídica, que he intentado promover desde hace tiempo (8). En efecto, siempre he sostenido que el ocultamiento que hace la dogmática de toma de posiciones valorativas bajo el ropaje de técnicas aparentemente neutras, como el análisis conceptual, la apelación al legislador racional, la inducción jurídica, las teorías generales del derecho, etc., impiden la deliberación crítica y el control democrático de las decisiones que se toman bajo la quifa de la dogmática, como ocurre a través de la administración de justicia.

En esto difiero del enfoque sobre la dogmática que adopta Donna en sus observaciones sobre la criminología crítica, a pesar de que, como se ve, comparto en buena medida tales observaciones: las garantías cuya preservación él propugna son las del derecho penal liberal, que trascienden a la dogmática por más que sean también avaladas por ella. En el mundo anglosajón no hay ningún desarrollo dogmático y sin embargo se es muy escrupuloso, en general, en la preser-

vación de las garantías que preocupan a Donna (9). Al contrario, creo que la dogmática pone en peligro el principio de legalidad, cuando hace aparecer como contenidas en la legislación y relevadas por el análisis conceptual, lo que es, en realidad, el resultado de postulaciones valorativas de los juristas que proponen tales soluciones, no controladas por la discusión abierta y democrática. Por otra parte, hace mucho que me he preocupado en resaltar (10) lo que comparte ahora el profesor Zaffaroni, que la progresiva subjetivización de lo injusto en la que está incurriendo la dogmática atenta gravemente contra el principio liberal de intersubjetividad del derecho penal.

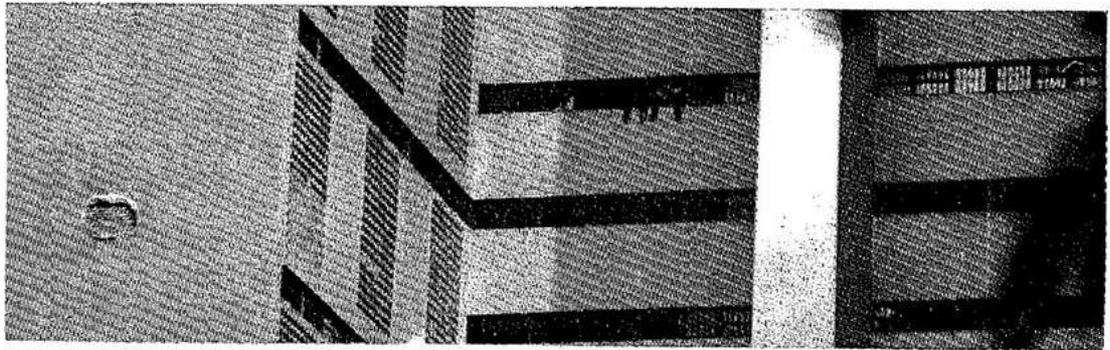
Sin embargo, creo que el profesor Zaffaroni no va lo suficientemente lejos en su crítica del aparato metodológico encubridor empleado por la dogmática jurídica. Esto se manifiesta especialmente en su continua adhesión (ver págs. 193 y ss.) a la postulación de Welzel y de otros autores alemanes de "estructuras lógico-objetivas" o estructuras ónticas que la dogmática tendría por misión descubrir. La postulación de una supuesta dimensión de la realidad que no es empírica -y por lo tanto no está sujeta al acceso igualitario a través de la experiencia sensible-, es una forma de hacer pasar opciones valorativas como si fueran percepciones de una realidad trascendente a la que solo

algunos pueden acceder, evitando de ese modo la discusión crítica a la que debe ser sometida toda postulación axiológica (11) "no hay nada más democrático que nuestros sentidos y nada más elitista que la apelación a una metafísica no empirista".

No obstante, Zaffaroni, toma una distancia significativa de la dogmática, al coincidir (pág. 253) con la posición que defendí en Los límites de la responsabilidad penal (12) en el sentido de que la llamada "definición de delito" no es una verdadera definición conceptual sino un conjunto de principios valorativos sobre las condiciones exigibles al legislador o a un juez para prescribir o aplicar penas. Esto le resta a la concepción de las estructuras lógico-objetivas su principal foco de aplicación, ya que excluye que los elementos del delito sean el resultado de una configuración estructural, u "óntica" de la realidad.

Fuera de su crítica algo tibia del discurso de la dogmática jurídica, la obra que comento adopta la descalificación general del discurso jurídico promovida por la llamada "escuela crítica del derecho", inspirada sobre todo en el pensamiento de Foucault acerca de la dependencia del saber respecto del poder. Aunque este no es el lugar para hacerle debida justicia a una escuela defendida por estudiosos sumamente serios, debo decir que siempre me impresionó el tono de sospecha y

revelación de cuestiones relativamente obvias que campea en algunos de éstos análisis: por cierto que el derecho es un discurso de poder y de dominación; lo que hay que discutir es bajo qué condiciones ese poder está justificado, y por lo tanto cuáles son los límites a ese poder (cosa que la filosofía política ha venido haciendo desde sus orígenes). Creo no equivocarme al sostener que esta escuela es insuficientemente crítica de los principios de moralidad social de los que debe partirse para enjuiciar las instituciones sociales -asumiéndolos como obvios-, centrando, en cambio, su atención en un permanente descubrimiento de supuestos aspectos ocultos de tales instituciones, asumiendo que basta sacarlos a la luz para que su intrínseca maldad en función de tales principios indiscutibles se ponga de manifiesto. Generalmente ocurre que lo que se presenta como una singular revelación es bastante evidente, y que, en cambio, lo es menos, cuáles son los principios generales que respaldan la condena de lo que se "revela", sin incurrir en otras consecuencias inaceptables. Por otra parte, este tipo de enfoque se hace pasible de las críticas corrientes que se dirigen a posiciones relativistas y deterministas, las que no pueden explicar cómo sus propios presupuestos valorativos están exentos de la relativización y la determinación con que descalifican a todos los demás.



### IV.- Utopías.

La obra que comentamos parte de la base de que el abolicionismo, o sea la desaparición lisa y llana del sistema penal, es el ideal al que se debe intentar llegar, por más que haya obstáculos considerables para su concreción inmediata (pág. 110 y ss.).

Frente a la objeción obvia sobre la indefensión en que se dejaría a la sociedad -e incluso más aún a sus sectores más débiles- sin ningún recurso a instrumentos coercitivos, objeción que reconoce la observación de sentido común que comentamos antes de que la pena tiene alguna eficacia preventiva, el profesor Zaffaroni apela a los cambios que deberían producirse en la misma sociedad (pág. 110). Aquí está obviamente presente la imagen que ha alimentado a tantas utopías de una comunidad fraternal de hombres y mujeres, movidos por impulsos altruistas, en la que o bien está ausente todo conflicto de intereses o ellos se resuelven por la mera persuasión o por la comunión de sentimientos. El problema de esta imagen no es que sea utópica, ya que toda concepción de filosofía política descansa en una cierta utopía, o sea, en una visión de una situación ideal que no puede ser plenamente materializada. El problema es que se trata de una utopía ilegítima, ya que no nos permite graduar a diferentes conformaciones sociales por su mayor o menor acercamiento al ideal -que es la función que una utopía válida debe cumplir-. En efecto, los grupos comunitarios que parecen acercarse más a este ideal, como las comunidades cerradas o tribales, se alejan en otros aspectos sumamente relevantes, como es el desconocimiento de lo que Rawls

llama "el hecho del pluralismo" y la falta de respeto por la autonomía personal, que conlleva la posibilidad de elección de ideales de vida divergentes y a veces conflictivos. Tan pronto se respeta ese pluralismo y esa autonomía, surge la posibilidad de conflictos profundos, que muchas veces sólo pueden resolverse por la intervención coactiva de alguien -sea de uno de los que están en conflictos o de una agencia pretendidamente independiente-.

Esto ocurre no sólo porque alguien puede valorar más su concepción del bien que el procedimiento colectivo de toma de decisiones que ha arrojado una que violenta esa concepción del bien, sino también porque alguien puede diferir con el resto acerca de cuál es el procedimiento preferible de toma de decisiones y no hay otro procedimiento superior de toma de decisiones para dirimir la controversia. Alguien que sea profundamente religioso puede considerar que la salvación de las almas de él mismo y todos los demás tiene una urgencia que supera el valor de la tolerancia de las decisiones de individuos que han tomado una senda que los lleva a la perdición y aún de la decisión democrática que por ejemplo ha decidido que cada uno cuide de su propia alma, pero no de la de los demás; esto lo puede llevar por ejemplo a romper una vidriera para destruir la foto de un desnudo femenino que se exhibe en ella (y que según nuestro amigo está corrompiendo las almas de sus semejantes). ¿Qué se haría con un individuo así en la utopía que entrevé el profesor Zaffaroni? ¿O es que tal individuo no existiría porque todos percibirían la "verdad"?

# LA HUIDA FRENTE A LAS PENAS

## V.- Lo segundo mejor.

El profesor Zaffaroni recomienda no tratar de alcanzar de inmediato la utopía abolicionista, no -como dice Ferrajoli- porque ello conllevaría el riesgo de venganzas privadas, sino porque acarrearía el riesgo de que se recurra a medios aún más violentos que la pena para "disciplinar" a la sociedad. Por lo tanto, el autor recomienda adoptar la táctica de la intervención penal mínima (págs. 180 y ss.), tratando de reducir la violencia del sistema penal.

Sin embargo, cuando debe optarse por una solución de "segundo mejor" no siempre es tal la que se aproxima más a la solución considerada óptima. La invalidez del "presupuesto de la aproximación" ha sido demostrada por la teoría económica de lo segundo mejor; como dicen Lipsey y Lancaster: "no es verdad que una situación en la que más, pero no todas, de las condiciones óptimas están satisfechas es necesariamente, o aún probablemente, mejor que una situación en que menos de esas condiciones se satisfacen ..." (13). Según Jon Elster (14) cuando los demás no realizan lo que sería deseable en la situación óptima puede ser totalmente contraproducente actuar como habría que hacerlo en esa situación si todos actuaran de igual modo. A sus ejemplos de que un poquito de socialismo o un poquito de racionalidad pueden ser peligrosos en un contexto capitalista o irracional, yo agregaría que un poquito de abolicionismo (aún suponiendo que éste sea bueno en un mundo ideal), en la forma de intervención penal mínima, puede ser sumamente riesgoso en un marco de considerable violencia.

La presentación que estamos considerando no parece hacer lugar para el hecho de que uno de los factores más relevantes que determinan la debilidad de una sociedad

como la argentina es una anomía generalizada que afecta a todos los sectores sociales, y que se manifiesta en los abusos y corrupciones de los gobiernos, la evasión impositiva, las defraudaciones de diferentes grupos económicos, la violencia política, el caos del tránsito urbano y carretero. Esa anomía genera obviamente gravísimos problemas de coordinación del comportamiento colectivo con resultados autofrustrantes para todos los intervinientes. Los problemas de coordinación del tipo del "dilema de los prisioneros" no se pueden resolver por iniciativa ni por buena voluntad individual sino que requieren a veces de una intervención externa aún coactiva. No es aventurado pensar que es la mayor capacidad para cooperar gracias a la coordinación del comportamiento colectiva obtenido a través de la observancia de normas sociales -observancia apoyada en un aparato coactivo aceptablemente justo y eficaz- lo que ha hecho menos vulnerables a otras sociedades frente a la rapacidad de agentes internos y externos.

## VI.- Medios.

En cuanto a los medios para actuar en condiciones no ideales, el profesor Zaffaroni formula una serie de principios (págs. 246 y ss.) que parecerían aceptables si estuvieran dirigidos a hacer más justo y eficiente el sistema penal en lugar de simplemente minimizarlo (tal vez se puede demostrar que la única manera de hacerlo más justo y eficiente es precisamente minimizándolo, pero esto debería ser motivo de una demostración y no de una mera postulación).

En lugar de una mínima intervención penal, parece conveniente propugnar la reforma de la legislación penal de fondo para que ella se dirija a reprimir sólo a aquellos actos que afectan grave e injustificadamente intereses de terceros; la adopción de otras alternativas penales menos cruentas que las penas de prisión; la urgente modificación del procedimiento penal para hacerlo más transparente, expeditivo y garantizador, incluyendo la introducción de jurados; la racionalización del ejercicio de

la acción penal; la revisión de la prisión preventiva y de sus condiciones de cumplimiento; la reforma de los mecanismos que deberían permitir un mayor control de las fuerzas de seguridad, incluyendo el recurso a sanciones penales efectivas; la revisión profunda del sistema carcelario, con un control democrático eficaz (por ejemplo, introduciendo un ombudsman carcelario que informe permanentemente al Parlamento sobre las condiciones de las prisiones). Claro está que todas estas medidas serán seguramente rechazadas por responder a un reformismo burgués que, junto con otras modificaciones de la estructura socio-económica, sólo hicieron que países que hasta hace poco tiempo eran generadores de masas de emigrantes se hayan transformado en centros de atracción de grandes caudales inmigratorios y están experimentando uno de los más amplios experimentos asociativos de la historia. Sin embargo, estas propuestas de reforma preocupan mucho más a los defensores del statu quo que los alegatos maximalistas que presuponen que si no se cambia la naturaleza humana los demás cambios no tengan valor alguno.

Desde el punto de vista de los principios para regular la responsabilidad penal el Profesor Zaffaroni acepta (págs. 257 y ss.) aquellos normalmente avalados por la dogmática penal -en lo que va menos lejos que mi propuesta de reformulación de esos principios, salvo en lo que hace a la subjetivización del injusto (pág. 257) y al principio de culpabilidad (pág. 265)-. Aquí parece coincidir parcialmente con la crítica que dirige en *Los límites de la responsabilidad penal* (15) a la incorporación de elementos subjetivos a la antijuridicidad y a las causas de justificación y a la teoría normativa que identifica culpabilidad con reprochabilidad, sobre la base de que lo primero implica directamente una posición perfeccionista al incluir manifestaciones del carácter de los individuos en las situaciones que el derecho procura prevenir y que lo segundo hace lo mismo indirectamente al recurrir a un juicio ético sobre la calidad del carácter moral del agente.

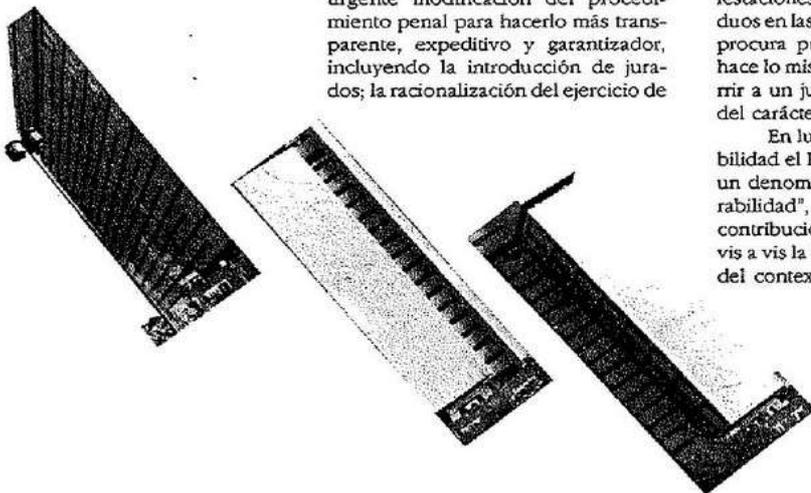
En lugar del principio de culpabilidad el Profesor Zaffaroni propone un denominado "principio de vulnerabilidad", que toma en cuenta la contribución que ha hecho el sujeto, vis a vis la influencia de otros factores del contexto, para colocarse en una

situación de riesgo de selección por parte del sistema penal. No creo que, una vez que despojamos el panorama de las descripciones pictóricas a las que se recurre para explicar este principio, él agregue mucho más a las viejas ideas de voluntariedad y libertad. En definitiva, como dije, creo que la cuestión depende de si la determinación de la que seguramente fue objeto el comportamiento del agente se debe a factores que están más o menos igualmente distribuidos en el medio social relevante.

Espero haber mostrado por qué me parecen discutibles los diversos tramos del razonamiento de la obra analizada: creo que el pensamiento crítico sobre el sistema penal requiere a la vez una revisión más audaz de los presupuestos teóricos y, en el plano práctico propuestas más prudentes (en el sentido original de la palabra que no es equivalente a "timoratas" sino que denota el uso de los instrumentos adecuados para los fines perseguidos) de reformas profundas de toda la legislación y la práctica punitiva. También espero que estas reflexiones críticas sobre la *En busca de las penas perdidas* sean demostrativas de mi opinión sobre la importancia de esta obra, que la hacen merecedora de un debate atento y reflexivo, y de mi respeto por las notables condiciones intelectuales y la gran vocación pública de su autor.

## NOTAS

- (1) "Derechos humanos, dogmática penal y criminología", en la Ley del 14 de mayo de 1991.
- (2) Bs. As., 1969.
- (3) Ver un desarrollo de este tema en mi "Fundamentos de la práctica constitucional", Bs. As., Asrea, en prensa.
- (4) Ver en el libro de Michel Foucault "Microfísica del poder", Madrid, 1980, p. 17, una interesante discusión sobre el uso de metáforas en el discurso "de guerra" y la posición de Althusser sobre el carácter poco riguroso de ese discurso.
- (5) Ver el análisis que hago del abolicionismo en "Los límites de la responsabilidad penal", Bs. As., 1980, pp. 211 y ss. Ver también, en el número 3 de esta misma revista, el interesante artículo de Alessandro Baratta "Resocialización o control social".
- (6) Bs. As., 1980.
- (7) Bs. As., 1989.
- (8) Ver Consideraciones sobre la dogmática jurídica. Con especial referencia al derecho penal, México, 1974; "Algunos modelos de ciencia jurídica", Carabobo, 1980; "Los límites de la responsabilidad penal", cit., Cap. I.
- (9) Ver este punto en "Los límites de la responsabilidad penal", cit., Cap. II.
- (10) Ver "Los límites...", cit., pp. 351 y ss.
- (11) Ver este punto en "Los límites...", cit., pp. 89 y ss.
- (12) Ver op. cit., pp. 76 y ss.
- (13) "The Economic Theory of the Second Best", Review of Economic Studies, 24, 1956-7.
- (14) "Foundations of Social Choice Theory", Cambridge, 1989, p. 119.
- (15) Ver pp. 49, 351 y pp. 92 y 298, respectivamente.
- (16) Ver el análisis de estas nociones que desarrollo en "Introducción a la filosofía de la acción humana", Bs. As., 1987.



# EDICTOS POLICIALES

Por Rafael A. Gentili y Graciela Lorenzo  
(de la agrupación "Desorden & Injusticia")

*Frente al sistema contravencional, la primera reacción, desde lo jurídico, consiste en decir, simplemente, "apliquemos la dogmática penal". No se refleja esta postura en las prácticas judiciales, donde el problema es considerado de tipo administrativo, menor, demasiado pequeño para molestar a los jueces. No muy distinta es la respuesta de la doctrina que considera a los edictos un tema secundario, que no es necesario analizar.*

*Por eso falta un discurso que evidencie el ejercicio de poder que implica el régimen contravencional. Por eso su mayor eficacia, porque es una red donde la distintas relaciones de poder no aparecen explicitadas, donde la arbitrariedad no presenta el aspecto salvaje del sistema carcelario.*

*Es difícil atrapar un gato en una habitación oscura, sobre todo cuando no está allí.*

(proverbio chino)

Libros y folletos, seminarios y charlas de café. Miles de horas y hojas dedicadas a analizar el sistema penal. El derecho como mecanismo de vigilancia, control y castigo. La manera de obtener del sistema un mínimo de garantías. Un límite racional a la pena.

Tercero excluido: el sistema contravencional.

## ESTRATEGIA

Los edictos policiales (y su dilecta colaboradora: la detención por averiguación de antecedentes) conforman también un mecanismo de control social. Sistema paralelo al del Derecho Penal, corren juntos por caminos separados. A través del régimen penal se confirma la marginación de ciertas personas del sistema, se estigmatiza a quien realiza determinado comportamiento.

- He aquí al culpable. Mire nuestro poder.

El sistema contravencional es más sutil. Funciona frente a hechos considerados disvaliosos, que por su "menor cuantía" o trascendencia, no son dignos de activar el mecanismo penal tradicional. De su desjerarquización nace su perversidad y también su eficacia como instrumento de vigilancia y control. Se trata de un procedimiento difuso, susceptible de abarcar a gran variedad y cantidad de individuos.

Mecanismo infame pero formalmente no infamante; afrenta, pero no estigmatiza al sujeto pasivo. - Yo te privo de 28 u 8 días, 8 horas, 8 minutos de tu libertad, porque sos homosexual, borracho, vago, joven, prostituta o sospechoso. Pero esto es de importancia secundaria, no es una marca indeleble. Se va con el agua.

Los edictos policiales se tratan de legitimar como actividad de prevención. En realidad funcionan como uno de los más eficaces instrumentos que posee el aparato estatal. De vigilancia (- Pórtese bien, el Gran Hermano Policía lo observa) y muchas veces de control (El dolor mata, amigo. La vida es dura. Pero no se emborrache y cuidese en canchas y recitales porque estamos nosotros... por las dudas).

## TACTICA

Hoy, julio de 1991, en la Argentina, y respondiendo a una tendencia cíclica, los edictos policiales son centro de debate. La discusión gira en torno a la detención por averiguación de antecedentes (¿24 horas o con 10 alcanza?) y a las facultades de detención y aplicación de penas. La gota que colmó el vaso y desató la ira: la muerte de un adolescente alcanzado "injustificadamente" por el mecanismo (consecuencia no querida, *of course*). Fecha tentativa de finalización del ciclo: agosto/septiembre (octubre como máximo, siempre y cuando nadie sea tan torpe como para morirse en época de elecciones). Actividades futuras: pasar a un cuarto intermedio para "analizar en profundidad" la compleja cuestión.

No tocar. No mirar. - La ley y el orden dependen de que podamos privarlo de su libertad con miras al interés social. No hay nada que temer... Si Ud. no hizo nada.

Mientras tanto, hojas y hojas en los diarios; furcio tras furcio en "x" diario. - Un, dos, tres muertos. - Cuatro, cinco, seis diputados pidiendo que la detención se haga, pero que dure un poco menos. Alguna denuncia por apremios ilegales. Un tipo que dormía la mona en una plaza, arrestado 28 días.

## URGENTE

Cambiar el marco legal y operativo del sistema contravencional. Rodearlo de medidas garantizadoras de los derechos de los ciudadanos a la vida, la libertad, la integridad personal (arts. 18, 14 y tantos más de la Constitución). Es indispensable limitar inmediatamente las facultades policiales, darles racionalidad.

## NECESARIO

Replantear los ejes de la discusión.

¿Es legítimo el sistema contravencional? Si lo es ¿puede estar en manos de la policía? ¿Puede un tribunal administrativo aplicar penas corporales?

Supongamos que creamos tribunales para las contravenciones, y esto es lo esencial, ¿puede el Estado controlar conductas amparadas por el principio de reserva, que forman parte del plan de vida personal y no afectan a terceros? ¿Puede pensarse el ser vago, merodeador, alcohólico? Si esto no es derecho penal de autor, ¿el derecho penal de autor dónde está?

La pregunta compleja: oh, Demóstenes ¿estamos o no en un Estado de Derecho?

La respuesta no querida: contempla las estrellas al mediodía, porque el rey dice que es de noche.

## EL CUADRO

Actualmente la policía puede detener sin orden escrita de juez alguno alegando el art. 5 Inc. 1 de la Carta Orgánica de la Policía Federal (Decreto/Ley 333/58), que se refiere a la detención por averiguación de antecedentes, o el Reglamento de Procedimientos Contravencionales de la Policía Federal Argentina (R.R.P.F.G.) que regula los famosos edictos.

Es difícil saber si la facultad de detener por averiguación de antecedentes va a existir al leerse esta nota, de igual forma a que lo hace mientras está siendo escrita. De cualquier forma, por lo que se sabe, la cosa poco cambia ya que la única diferencia fundamental está en las horas en las que te pueden tener detenido.

Aunque los legisladores insistan en afirmar que el proyecto aprobado por las dos Cámaras y luego vetado por el Poder Ejecutivo, suprime las "razzias" sería interesante saber cómo, ya que lo que las posibilita es justamente la existencia de esta facultad inconstitucional que tiene la policía de detener por averiguación de antecedentes, facultad que esta "nueva", "futura" o "frustrada" ley no hace más que convalidar. Los demás puntos que introduce la reforma son derechos que de alguna u otra manera se encuentran garantizados en nuestro ordenamiento jurídico, con la diferencia de que ahora, incluidos en esta ley, sirven para justificar, y si se quiere "blanquear", una aberración como es la detención para averiguación de antecedentes. A veces, lo que abunda daña.

Con respecto a los edictos, cabe decir que hoy por hoy tienen formalmente la categoría de ley, aunque su creador haya sido un jefe de policía. En el año 1958, por Ley 14.467, se ratificaron legislativamente todos los decretos de la "Libertadora" entre los que se encontraba el 17.189/56 que era el que les asignaba fuerza de ley.

Por todo esto, la crítica basada en que el Jefe de Policía tiene facultades legislativas, es incorrecta. Por otra parte, que éste asuma la ejecución de los edictos (o sea que detenga a los que se disfrazan en carnaval o que tiran "papelitos" o a los que "hacen escándalo en la vía pública", etc.) no es en sí demasiado grave ya que estaría dentro de sus funciones.

Sin embargo, es absolutamente inadmisibles, que asuma facultades judiciales al juzgar los hechos y aplicar las penas. Y he aquí uno de los problemas. Después queda por discutir si, más allá de quién lo juzgue, se puede detener a una persona por el solo hecho de estar borracho o de "perturbar el orden público" (léase gritar, saltar, cantar y/o bailar en una calle paqueta a la hora de la siesta).

# EL COMPLEJO DE ROCK HUDSON

Sobre el menosprecio de la práctica judicial  
y de su propio discurso en el estudio y la enseñanza del derecho

Por Victor E. Abramovich

I. En una vieja comedia de Hollywood en la que nuevamente seduce a Doris Day, *ROCK HUDSON* personifica a un profesor de pesca, cuyos libros son famosos en el país, quien invitado a participar en un torneo de su especialidad, confiesa ante la evidencia de los hechos, que todos sus conocimientos provienen de la lectura de manuales del arte, y que en toda su vida jamás se había arrimado a la orilla de un río.

A este especial dominio de un saber teórico logrado en base a la lectura de libros sobre libros, con total prescindencia de la realidad referida, lo llamaremos en su honor: *complejo de Rock Hudson*. No será difícil advertir su existencia en el ámbito jurídico manifestándose como una ruptura entre el discurso producido en una instancia teórica y las prácticas concretas de producción del derecho, en particular la práctica judicial.

Concebido el derecho como una práctica social específica en la que están expresados históricamente los conflictos, los acuerdos y las tensiones de los grupos que actúan en una formación social determinada; corresponde distinguir por un lado una instancia de conocimiento del derecho que produce su propio discurso teórico (doctrina, teoría general), y un nivel de producción del derecho por y ante los distintos órganos habilitados para ello en la institución social (ministerio, parlamento, tribunal); que produce asimismo un discurso jurídico práctico (ley, contrato, ordenanza, reglamento, sentencia). El complejo de R.H. se presenta en estos términos como la ignorancia o el menosprecio, a nivel de la instancia de producción teórica, de las características particulares de las prácticas de producción del derecho, en especial de la desarrollada por y ante los órganos jurisdiccionales, así como del discurso que allí se genera. Procuraremos mencionar brevemente algunas causas de esta exclusión teórica y ciertos efectos que estimamos disvaliosos en el estudio y la enseñanza del derecho.

II. Sin duda el prestigio cultural del derecho romano recibido en la Edad Media a través de la compilación justiniana, y su utilización política como instrumento de integración y dominación imperial, favoreció una actitud reverencial y acrítica de los juristas, quienes ante la prohibición interpretativa tan solo se animaron a glosar el texto, a la manera de los exégetas de los libros sagrados. Su aplicación provocó además un conflicto entre la realidad social y la programación normativa, que se resolvió en favor de esta última. Ya en el Renacimiento los juristas creyeron en la existencia de principios universales e invariables emanados de una razón intemporal y ubicua, idéntica e inmutable, condición *a priori* de toda experiencia posible, y fue la corriente del Derecho Natural Racionalista la que mejor expresó este proceso de "logificación de la realidad". Los valores de seguridad y respeto de los valores individuales, objetivo de los procesos revolucionarios, tuvieron en la codificación napoleónica su consagración y garantía, lo cual influyó en la legislación posterior, en las concepciones jusfilosóficas y principalmente en la actitud de los juristas frente a los textos normativos. Desde entonces la producción del discurso teórico resulta afectada por los principios del formalismo jurídico que pueden resumirse en tres tesis: 1) todo el derecho consiste en normas generales (leyes) que integran el ordenamiento jurídico, que es a su vez la concreción de los principios supremos de la Razón universal; 2) las normas generales contienen en potencia la solución de todos los casos particulares posibles; 3) el juez frente al caso concreto debe limitarse a aplicar el derecho establecido, reduciéndose su labor a encontrar la solución contenida en germen en la norma abstracta. (1). Silogismo judicial y concepción del acto jurisdiccional como una operación lógico-deductiva.

La obra de Savigny y Ihering concibe a la dogmática como exposición científica del derecho positivo pero su objeto procura describir y sistematizar conceptos y categorías (ej. propiedad, responsabilidad) articuladas a partir de tradiciones científicas continuadas, como "puntos de concentración" de procesos evolutivos (Ihering), y no normas propias de un derecho determinado. (2). Si bien propone al derecho positivo como

objeto, este se desplaza hacia las nociones y categorías científicas, ocultando aquel en su concretividad histórica. El paradigma dogmático se caracteriza entre otras cosas, por su reduccionismo normativista, su ideal de neutralidad y su falta de contenido histórico.

Respecto del acto jurisdiccional, si bien la posición kelseniana ha planteado su carácter creativo a partir de la opción axiológica que conlleva todo acto de interpretación de las normas, y las diversas corrientes realistas lo han vinculado a las circunstancias personales del juzgador y de su entorno social, aún se lo concibe como mera decisión individual que baja a tierra las previsiones normativas.

III. El referido proceso histórico y ciertas posiciones teóricas encuadrables en el paradigma positivista, contribuyen a la consagración del complejo de Rock Hudson a partir de estas y otras tantas ideas presupuestas en el pensar de los juristas: a) la sobrevaloración de los textos legales y de los conceptos dogmáticos en tanto se los considera expresión de principios racionales elevados y garantía de los valores fundamentales del sistema político; b) la admisión del mito de la autosuficiencia del discurso teórico, el cual contendría en potencia la *solución correcta* de todos los casos particulares posibles, que conlleva la adhesión al mito de que los casos judiciales pueden tener una solución correcta; c) la idea de que el discurso jurídico producido por la práctica judicial es la continuidad del discurso teórico en su aplicación a los hechos del caso; que existe entre ambos uniformidad semántica lo que permite a la teoría jurídica hablar de un sólo objeto jurídico, o campo semántico uniforme; y el consiguiente menosprecio de la práctica judicial en tanto se imputa todo desajuste entre discursos, a la inoperancia del aparato burocrático de administración de justicia.

IV. La idea de que el discurso jurídico judicial (como modalidad del discurso práctico) es una mera continuidad o aplicación a la situación concreta de las normas generales y de los conceptos dogmáticos, define al complejo de Rock Hudson por lo que excluye como objeto teórico: las características del funcionamiento de la práctica judicial y el proceso de producción y transformación de su propio discurso.

Si en cambio concebimos a la sentencia, no como el resultado de una operación lógico-deductiva (formalismo jurídico), ni como una decisión moral entre opciones normativas (Kelsen), ni como mero acto individual (realismo), sino como el resultado final de un proceso de lucha de argumentos y posturas jurídicas y extrajurídicas, en juego dentro y fuera del tribunal, movilizadas por la defensa estratégica de intereses particulares en el ámbito de un conflicto; la atención teórica se desplazará de arriba (las normas y los conceptos dogmáticos), hacia atrás (la práctica judicial).

"El discurso jurídico judicial tiene un proceso de formación, descomposición y recomposición en el cual intervienen otros discursos que, diferentes por su origen y función, se entrecruzan con él." "Este resultado no es una operación deductiva que descubre significados ya presentes en la norma como esencia. Tampoco es una creación judicial que puede ser interpretada como decisión individual. En todos los casos la decisión refleja la relación de fuerza de los discursos en pugna" (Marín) (3). Se trata de un discurso que surge, se modifica y transforma por batallas y a través de batallas. La producción del discurso judicial tiene un elemento caracterizador que es *el conflicto*. El proceso, como lo señala Carnevati, es un subrogado de la guerra: su domesticación. A tal punto es un combate que en ciertos tiempos se lo hace con las armas: el éxito del duelo indica el juicio de Dios. En el foro, tanto como en la arena del combate, en desmedro del mito de la solución correcta, la calificación de las posiciones de los litigantes se realiza retroactivamente luego y en virtud del resultado del conflicto. Quien vence, tiene razón y no al revés. El juicio de Dios se llamará en este marco "cosa juzgada". El discurso jurídico de los litigantes

opera manipulando con irreverencia el discurso teórico, como una fuente de argumentos, y como marco referencial de la réplica del adversario y la postura del juzgador. En este discurso los conceptos dogmáticos aparecen trastocados y segmentados, combinándose incluso conceptos teóricamente contradictorios dentro de la coherencia estratégica de defensa del interés en conflicto. Este discurso se entrecruza dentro y fuera del expediente con múltiples discursos científicos (pericias médicas, contables, psiquiátricas), políticos, morales, periodísticos y con otros discursos que expresan una visión no profesional de los hechos y de las normas (informes, declaraciones testimoniales) en un constante avance y retroceso. La realidad resulta acotada y permanentemente redefinida por su adecuación a las categorías legales y dogmáticas, y por las marchas y contramarchas de la actividad probatoria, en lo que constituye una lucha por los hechos, o la construcción de la verdad del caso a partir de las formas jurídicas previstas para ello. La sentencia como resultado final de la práctica judicial y las características particulares de esta práctica se constituyen así en objetos que requieren su propio y diferente abordaje teórico. El planteo exige además una forma alternativa de encarar el estudio de los casos judiciales, abandonando la mera consideración del fallo mutilado del proceso, y a veces descuartizado en sumarios jurisprudenciales. Este enfoque no hace más que convertir a la sentencia en pieza del discurso teórico y a partir de la consideración de una falsa uniformidad semántica la analiza con el mismo criterio que a los conceptos dogmáticos. Una mirada diferente procurará constituir a todo el caso en objeto de estudio, escrutará las demandas, los testimonios, las pericias, el marco político, moral, religioso, económico, periodístico, seguirá la forma en que el discurso se construye y transforma hasta su contenido final. (4)

Limitar el estudio de un caso judicial a su sentencia es como analizar una batalla a partir del número de muertos.

V. Por lo demás, en tanto el discurso teórico posee su propio modelo ideal de funcionamiento de la instancia práctica y su discurso, otra faceta del complejo de Rock Hudson es por un lado la producción de conceptos teóricos presuponiendo un marco errado de aplicación práctica de ellos, y por otro, la falta de un modelo teórico que dé cuenta del real funcionamiento del sistema de administración de justicia. En síntesis, se elaboran conceptos dogmáticos para una justicia que no existe; y nadie elabora un discurso alternativo para la justicia que realmente existe. (5). Como lo ha puesto en evidencia la epistemología (Althusser, Bachelard, Moulines) las teorías incluyen sus condiciones de aplicación en su aparato conceptual, por lo que la ignorancia o las falsas ideas acerca del funcionamiento de la práctica jurídica, afectan en su validez a toda la producción teórica. Los juristas sufren así una faceta avanzada del complejo original, que podríamos llamar complejo de *Rain Man* o *autismo erudito*, que ya detectara Feyerabend al manifestar que ellos nos brindan brillantes ejemplos de expertos que no saben de lo que hablan.

VI. Por último, resulta claro que el abogado, como técnico de este proceso de producción del discurso judicial, requiere ciertos conocimientos, adiestramiento y en particular una actitud frente a los textos teóricos que el complejo de Rock Hudson ha excluido de los lugares en los que se imparte la enseñanza del derecho. Desechar los viejos mitos, como el de la solución correcta de los casos judiciales, aprender a manejar con irreverencia las normas y la doctrina, argumentar en defensa de intereses, ocupando un determinado lugar en un conflicto, pensar en función de una réplica y de un contradictor, revalorizar los hechos, las técnicas procesales de producción de la verdad, estudiar procesos además de fallos, serán sin dudas pasos a seguir.

Empecemos por cuestionar a estos especialistas teóricos del arte de la pesca, que por preservar su modelo, no se animan jamás a la orilla del río.

#### Notas:

- (1) F. Laurent, *Principios de Derecho Civil Francés*, 1983, 5ta. edición.
- (2) Enrique Zuleta Puceiro, *Teoría del derecho. Una introducción crítica*, Ed. Depalma, y *La Dogmática como paradigma científico*, en Anuario de Fil. Jur. y Soc. 3 (1983).
- (3) Enrique Marí, *Moi, Pierre Rivière... y el mito de la uniformidad semántica en las ciencias jurídicas y sociales*, en *El Discurso Jurídico*, Ed. Hachette, pag. 55.
- (4) Ejemplo *El Patrón* de Elías Neuman; *El caso Timerman* de G. Carrió; *Griaco de Urtecho*, *Litigantes por Amor* de Fernando de Trazegnies.
- (5) Un ejemplo de construcción inversa deslegitimando el discurso teórico a partir de la práctica en Eugenio Raúl Zaffaroni: *En busca de las penas perdidas*, Ediar, 1989.

## BIDART CAMPOS

GERMAN

Principios de Derechos Humanos  
y Garantías.

*Derecho Constitucional. Tres volúmenes.*

## ZAFFARONI

EUGENIO R.

En busca de las penas perdidas.  
*Tratado de Derecho Penal. Cinco Tomos.*

## ABOLICIONISMO PENAL

Trabajos de N. Christie,  
L. Hulsman, M. Ciafardini

## DECRIMINALIZACION

Informe del Comité Europeo sobre  
problemas de la criminalidad

## NOVOA MONREAL

Para una crítica y  
desmitificación del derecho

## HERRENDORF

DANIEL E.

Las corrientes actuales de  
la filosofía del derecho

## GOZAINI

Introducción al nuevo Derecho Procesal  
Costas Procesales



Tucumán 927 6° piso  
Tel.: 322-6960/8590  
Buenos Aires

# "PARA LA IGUALDAD SE NECESITAN DOS"

Por Lidia Nélica Otero

Excluyentemente masculino, y reiterativamente patriarcal, el Derecho nos fue impartido, sin embargo, dando la sensación de haberse ocupado siempre de regular normativamente la conducta humana con abstracción del sexo.

Se nos ha dicho hasta el hartazgo que al referirse al "hombre" se estaba haciendo referencia a todos los seres humanos.

Aún hoy, cercanos al siglo XXI, se sigue escuchando esta presunción, más propia del siglo XIX que del actual.

En efecto, bastan dos ejemplos para hacer caer tan falaz pensamiento: uno, tomado del ordenamiento jurídico positivo, otro, de la Filosofía (misógina por siempre).

El primero: nuestra Constitución, como todas las Cartas Magnas de Occidente, nos indica que "todos los hombres son iguales ante la ley". Pero veamos: ¿Nos abarcó esto siempre a las mujeres? Durante años la sociedad fue inducida a pensar que así era. Mas, ¿tenían las mujeres derecho al voto y a ser elegidas? No, recién adquieren esta posibilidad con la ley del voto femenino de 1949.

¿Tenían derecho a la patria potestad de sus hijos al igual que los padres? No, esta es una adquisición reciente de la democracia (Ley 23.264/85).

¿Tenían iguales derechos en el matrimonio? No, esto se consagra recién con la ley 23.515/87.

Esto significa que en la sociedad decimonónica decir "hombre" era decir el único sujeto de derecho con capacidades plenas otorgadas en lo civil y en lo político.

El segundo caso: desde la Filosofía, ciencia madre de todas las ciencias, se nos ha enseñado el siguiente silogismo: "Todos los hombres son mortales. Sócrates es hombre, por tanto, Sócrates es mortal". Muy bien, pero basta introducir a una mujer en el silogismo para ver lo erróneo de su aplicación al género humano. "Todos los hombres son mortales. María (sic) es hombre? No, por tanto, o María es inmortal o el silogismo es falso."

Convertirlo en verdadero es sustituir el vocablo "hombre" por "ser humano", entonces sí, María también lo es, y, en consecuencia, es mortal.

¿Qué nos enseña este pequeño chascarrillo?

Que hasta en las conciencias más progresistas, los parámetros culturales predominantes hacen su entrada triunfal y se cuelan por los intersticios más inesperados.

Todos y todas debemos estar muy atentos a las trampas que nos cercan.

Se ha pretendido, por ejemplo, confundir las conciencias diciendo que la diferencia natural y cultural entre los sexos justificaba la desigualdad jurídica de los mismos.

Aviesamente, se ha hecho muchas veces hincapié en el primer concepto para mantener el segundo de los principios vigente.

Es que se trata, nada menos, que de compartir el Poder: el económico, el político, el social, etcétera.

La desigualdad no es producto de una coyuntura, ni patrimonio de un siglo determinado. Es un síndrome instalado en todas las sociedades, occidentales y orientales, capitalistas y socialistas, religiosas o laicas, que el paradigma de lo humano es el varón.

Por eso, creemos que este momento de la historia que nos toca vivir, es el del avance incontenible hacia la completa ecuación social: hombre-mujer o mujer-hombre, así, indistintamente.

La revolución del pensamiento que implica escuchar la palabra del Otro (en este caso, la Otra, con sus necesidades, con las propuestas propias de su género), es tal vez la más importante y transformadora que se haya conocido. Y nadie, absolutamente nadie, podrá quedar incólume ante este cambio, que se verá reflejado en el Derecho, lentamente al principio, arrolladoramente después.

Los poderes públicos deben asumir, entonces, una postura activa que influya en la corrección de las situaciones de desigualdad, y deben hacerlo en este orden:

En primer lugar, brindar el reconocimiento de la igualdad y depurar al orden jurídico de aquellos aspectos o preceptos que supongan discriminación.

En segundo lugar, el establecimiento de acciones positivas en cada aspecto social concreto de que se trate, para lo cual se tomarán "medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad *de facto*". Las mismas no se considerarán discriminatorias y cesarán cuando hayan cumplido los objetivos propuestos" (Convención de Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada en 1979, y de la que nuestro país es parte -ley 23.179 de 1985-).

En tercer lugar, deben tomarse medidas generales, no específicas, con el fin de posibilitar los cambios sociales necesarios que transformen tanto las estructuras familiares como los patrones socio-culturales sobre los roles sexuales.

Las primeras acciones mencionadas son las más fáciles de obtener. Las segundas, en cambio, apuntan claramente al empleo, la educación y la participación en la vida pública.

Este último caso es doblemente importante pues si las mujeres acceden a los centros de decisión se favorece, naturalmente, la toma de las demás medidas de carácter general.

Esto se viene propiciando en diversos lugares del mundo, pero especialmente en Europa, a partir del hecho de que la Comunidad Económica Europea tiene como uno de los puntos principales de la política social, la igualdad del hombre y de la mujer.

Se han llevado a cabo acciones específicas para el programa que se extendió entre 1986 y 1990, y se brindaron ayudas del Fondo Social Europeo para apoyarlas.

Asimismo, desde 1975, declarado Año Internacional de la Mujer, y hasta 1985, cierre del Decenio

para la Mujer, varios países modificaron sus constituciones para adaptarlas al reconocimiento expreso de la igualdad de sexos.

En Inglaterra, además se dictó en 1975 la Ley contra la Discriminación Sexual, que creó una Comisión Nacional con facultad de recurrir ante los tribunales.

En Noruega, país que ha alcanzado la máxima representación política de las mujeres, la ley de 1978 consagró la igualdad total. Y algunos partidos políticos, como el Socialdemócrata, impuso la cuota del 40% en cargos electivos. En Alemania, el partido homónimo aprobó en 1988 la llamada "Resolución de Münster" (que establece también un cupo del 40%). (...) De una manera u otra, lo mismo ha sucedido en España, Francia e Italia; en este último país se acaba de promulgar la primera Ley de acciones positivas para la igualdad de oportunidades en el empleo.

En América, Brasil ha consagrado el principio en su Constitución y Venezuela ha aprobado la ley de cuotas para las listas electorales.

¿Y en la Argentina? Sabemos que se ha dictado una ley antidiscriminatoria de corte general, pero esto no es suficiente. Algunas constituciones provinciales nuevas agregan expresamente a su cuerpo normativo la Convención antes citada.

El proyecto de ley de cupos para las listas electorales, que establece un porcentaje mínimo de mujeres del 30% fue aprobado por el Senado y espera su tratamiento por la Cámara de Diputados este año.

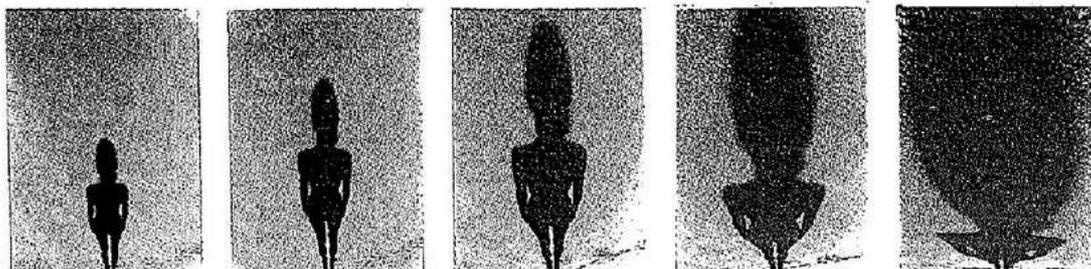
Aunque los ejemplos citados se quieran interpretar como reacciones circunstanciales, debemos dejar en claro que no lo son, que el verdadero cimbronazo que se da cuando del cuestionamiento crítico del *derecho* se pasa al cuestionamiento recreador, lo jurídico se convierte en una verdadera arma de transformación social, que en este caso encarna los justos ideales que propiciamos.

Hasta ahora, parecía que lo legal era sinónimo de lo legítimo. Hemos visto que no. Acercar los dos términos será, para aquellos juristas que lo adviertan a tiempo, trascender con luz propia y marcar uno de los hitos más relevantes de la historia del derecho.

Por eso, así como en Brasil, durante la campaña de la reforma constitucional, se decía "la Constitución no ha de valer sin palabra de mujer", seamos concientes de la capacidad de la otra mitad, la hasta ahora no escuchada.

En cada reforma jurídica busquemos la opinión de los Unos y las OTRAS, no aceptemos integrar comisiones donde la desigualdad sea flagrante.

Sólo así saldremos caminando hacia el futuro con la sensación de ser más plenos/as, de haber, finalmente, cerrado el círculo que la humanidad esperaba.



# ¿QUE ES LA ILUSTRACION?

## (Was ist Aufklärung?)\*

Por Michel Foucault  
Traducción de Gustavo Bruzzone

**I**n la actualidad cuando una publicación interroga a sus lectores, lo hace en orden a recoger opiniones sobre algún tema, acerca del que todos ya tienen opinión; no hay muchas posibilidades de aprender nada nuevo. En el siglo XVIII, los editores preferían interrogar a su público sobre problemas que todavía no tenían solución. No sé si esa práctica era o no más efectiva, pero era, indudablemente, más entretenida.

Para el caso, en relación con esta costumbre, en noviembre de 1784, una publicación alemana, *Berlinische Monatschrift*, publicó la respuesta a la pregunta: *Was ist Aufklärung?* Y el que contestó fue Kant.

Tal vez, un texto menor. Pero me parece, que marca la discreta introducción en la historia del pensamiento, de una pregunta que la moderna filosofía no ha sido capaz de contestar, pero que tampoco nunca se las ha arreglado para desprenderse de ella, y que ha sido repetida en varias formas durante dos siglos. Desde Hegel hasta Nietzsche o Max Weber a Horkheimer o Habermas, difícilmente alguna filosofía ha dejado de enfrentarse directa o indirectamente a esta pregunta. ¿Qué es entonces este acontecimiento llamado la *Aufklärung*? ¿De qué acontecimiento se trata que ha determinado, -por lo menos en parte-, lo que somos, lo que pensamos y lo que hacemos hoy en día? Imaginemos que el *Berlinische Monatschrift* todavía existe y que le hace a sus lectores la pregunta: ¿Qué es la filosofía moderna? Quizás podamos responder con cierto eco: *filosofía moderna es la filosofía que está inveniando responder a la pregunta formulada, tan imprudentemente, dos centurias atrás: Was ist Aufklärung?* Déjennos permanecer unos instantes sobre el texto de Kant. Merece nuestra atención por diversas razones.

1. A esa misma pregunta, también contestó Moses Mendelssohn, en el mismo periódico, exactamente dos meses antes. Pero Kant no vio el texto de Mendelssohn cuando escribió el suyo. Para ser más exactos debemos decir que el encuentro del movimiento filosófico alemán con el nuevo desarrollo de la cultura judía no data de ese preciso momento; Mendelssohn estuvo en la encrucijada de estos caminos alrededor de treinta años, en compañía de Lessing. Hasta ese punto, la cuestión había consistido en intentar hacer un lugar para la cultura judía en el pensamiento alemán -como Lessing intentó hacer en *Die Juden* o sino en identificar problemas comunes para el pensamiento judío y para la filosofía alemana; esto es lo que Mendelssohn hizo en su *Phädon; oder, über die Unsterblichkeit der Seele*. Con los dos textos publicados en el *Berlinische Monatschrift*, la *Aufklärung* alemana y la *Haskala* judía, reconocen que pertenecen a la misma historia; están buscando cómo identificar el proceso común del que proceden -y, tal vez, es una manera de enunciar la aceptación de un destino común-, hoy nosotros sabemos a qué drama eso iba a conducir.

2. Pero hay más. En sí mismo y dentro de la tradición cristiana, el texto de Kant plantea un nuevo problema. Ciertamente no era la primera vez que el pensamiento filosófico *buscó reflexionar sobre su presente*. Hablando esquemáticamente, podemos decir que esta reflexión adoptó, ante ellos, tres formas principales:

- *El presente puede ser representado como perteneciente a una cierta era del mundo*, distinta de otras, a través de características que le son inherentes, o separado de otras por algunos acontecimientos dramáticos. Así es como, en "El político" de Platón, el interlocutor reconoce que ellos pertenecen a una de esas revoluciones del mundo, en donde, el mundo va hacia atrás, con todas las consecuencias negativas que ello ocasiona.

- *El presente puede ser interrogado intentando descifrar en él los signos precursores de un acontecimiento verdadero*. Aquí tenemos el principio de una clase de hermenéutica histórica de la que San Agustín puede ser un ejemplo.

- *El presente también puede ser analizado como un punto de transición*, hacia el nacimiento de un nuevo mundo. Eso es lo que Vico describe en el último capítulo de *La Scienza Nuova*; lo que él ve "hoy" es "toda la humanidad ... esparcida por todas las naciones, para que un pequeño grupo de grandes monarcas gobiernen sobre este mundo de gentes"; es también "Europa ... radiante de esa humanidad que abunda en todas las cosas buenas que hacen por la felicidad de la vida humana" (1). La forma en que Kant se pregunta por la *Aufklärung* es enteramente diferente: no es ni la era del mundo a la que uno pertenece, ni tampoco un acontecimiento cuyos signos pueden ser percibidos, ni el nacimiento de una conclusión. Kant define la *Aufklärung* de una manera casi enteramente negativa, como *der Ausgang*, "exit", "way out". En sus otros textos históricos, Kant ocasionalmente formula preguntas sobre el origen, o define la teología interna de un proceso histórico. En el texto sobre la *Aufklärung*, él analiza solamente la pregunta sobre la realidad contemporánea. No está buscando, para entender el presente, la base de un todo o una realización futura. Está buscando una diferencia. ¿Qué diferencia introduce el presente con respecto al pasado?

3. No entraré en detalles concernientes a este texto, que no es siempre muy claro a pesar de su brevedad. Simplemente quisiera señalar tres o cuatro características que me parecen importantes, si queremos entender cómo Kant formula la pregunta filosófica por el momento presente.

Kant directamente señala la "salida" ("way out") que caracteriza a *la Ilustración es un proceso que nos libera de un estado de "inmadurez"*. Y por "inmadurez" entiende un cierto estado de nuestra voluntad que nos hace aceptar la autoridad de otro para guiarnos en aspectos llamados al uso de la razón. Kant da tres ejemplos: estamos en un estado de "inmadurez" cuando un libro toma el lugar de nuestro entendimiento; cuando un director espiritual toma el lugar de nuestra conciencia; cuando un doctor decide cuál debe ser nuestra dieta. (Permitásenos señalar, de paso, que el registro de estas tres críticas es fácil de reconocer, a pesar de que el texto no las hace explícitas). En todo caso, *la ilustración es definida como modificación de la relación preexistente que conecta deseo, autoridad y uso de razón*.

Debemos hacer notar que esta salida es presentada por Kant de una manera algo ambigua. La caracteriza como un fenómeno, un proceso continuo, pero también, lo presenta como una empresa y una obligación. Desde el primer párrafo, destaca que el hombre mismo es responsable de su estado de inmadurez. De esta forma, se debe suponer que será capaz de escapar de ella solo por un cambio que él mismo puede llevar a cabo. Significativamente, Kant señala que esta Ilustración tiene una *Wahlspruch*: entonces una *Wahlspruch* era una divisa heráldica, es decir, una característica distintiva por la que uno podía ser reconocido, y también una consigna, una instrucción que uno se da a sí mismo y que propone a los demás. ¿Qué es entonces, esta instrucción? *Aude sapere*: "atreve a saber", "ten el coraje, la audacia de saber". Por ello, *la ilustración debe ser considerada tanto un proceso en el que los hombres participan colectivamente como también un acto de coraje que debe realizarse personalmente*.

Los hombres son a la vez elementos y agentes de un proceso singular. Pueden ser actores en el proceso de acuerdo con el grado de compromiso que adquieran y el proceso se desarrolla según el alcance en que los hombres deciden ser sus actores voluntarios.

Una tercera dificultad aparece aquí en el texto de Kant en el uso de la palabra "humanidad" *Menschheit*. La importancia de esta palabra en la concepción kantiana de la historia es bien conocida. ¿Debemos interpretar que la totalidad de la raza humana se ha visto afectada por el proceso de la Ilustración? En ese caso, debemos imaginar la Ilustración como un cambio histórico que afecta a la existencia política y social de todas las gentes en la faz de la tierra. ¿O, en otro sentido, podemos interpretar que implica un cambio que incide en la constitución de la humanidad de los seres humanos? La pregunta se formula para saber qué es este cambio. Aquí nuevamente, la respuesta de Kant no deja de ser algo ambigua. En todo caso, bajo su apariencia de simplicidad es bastante complicado.

Kant define dos condiciones esenciales bajo las cuales la "humanidad" puede escapar de su inmadurez. Y estas dos condiciones son a la vez espirituales e institucionales, éticas y políticas.

La primera de estas condiciones es que el ámbito de obediencia y el ámbito del uso de la razón deben ser claramente diferenciados. Brevemente caracterizado el estado inmaduro, Kant apela a la expresión militar: "No piense, sólo siga órdenes"; así es, de acuerdo con él, la forma en que la disciplina militar, el poder político y la autoridad religiosa son usualmente ejercidas. La humanidad alcanzará su madurez cuando no sea más requerida para obedecer, pero a los hombres se les sigue diciendo: "Obedezcan y podrán razonar cuanto les plazca". Debemos destacar que la palabra alemana utilizada aquí es *räsonieren*; esta palabra que también es utilizada en las *Critiques*, no se refiere a ningún uso de la razón, sino a un uso de la razón en que la razón no tiene otro fin que ella misma: *räsonieren* es razonar por razonar. Kant da ejemplos, que son en apariencia perfectamente triviales. Será una característica de un estado maduro pagar nuestros impuestos, cuando somos capaces de argumentar todo lo que queramos sobre el sistema impositivo, o asumir la responsabilidad del servicio parroquial, si uno es sacerdote, mientras razonamos libremente sobre los dogmas religiosos.

Podemos pensar que no hay nada muy distinto en esto de lo que se estaba pensando, desde el siglo XVI, sobre libertad de conciencia: el derecho de pensar como a uno le parezca mientras uno haga lo que debe.

Es aquí donde Kant introduce en escena otra distinción y de una forma absolutamente sorprendente. La distinción que introduce es entre el uso privado y público de la razón. Pero le añade que la razón debe ser libre en su uso público y sumisa en su uso privado. La cual es, palabra por palabra, opuesto a lo que ordinariamente se llama libertad de conciencia.

Debemos ser algo más precisos. ¿Qué constituye para Kant el uso de la razón privada? ¿En qué área se ejerce? El hombre, dice Kant, hace un uso privado de la razón cuando es "una pieza de la máquina"; es decir, cuando tiene un papel que jugar y trabajos que realizar en la sociedad: ser un soldado, tener impuestos que pagar, estar a cargo de una parroquia, ser un funcionario, todo esto hace del hombre un segmento particular de la sociedad; de esta forma se encuentra así mismo, situado en una posición circunscrita, en la que debe utilizar reglas particulares y perseguir fines particulares. Kant no se pregunta si la gente practica una obediencia ciega y tonta, sino si adaptan el uso que hacen de su razón a estas determinadas circunstancias, y si debe estar sujeta a los fines particulares propuestos. Por ello no puede haber aquí uso libre de la razón.

En el otro sentido, cuando uno está razonando en orden a utilizar su razón, cuando uno está razonando como un ser razonable (y no como un engranaje de una máquina), cuando uno está razonando como miembro de una humanidad razonable, entonces, el uso de la razón debe ser libre y público. La Ilustración es, por ello, no solamente el proceso por el cual los individuos podrán ver garantizada su libertad de pensamiento, hay ilustración cuando el universal, libre, y público uso de la razón se superpone a otros.

Esto nos conduce a una cuarta pregunta, que debe plantearse al texto de Kant. Fácilmente podemos ver cómo el uso universal de la razón (más allá de cualquier fin privado) es la empresa del sujeto mismo como individuo. Fácilmente podemos ver, también, cómo la libertad de este uso estará asegurada en una pureza negativa operada por ausencia de oposición a ella: ¿pero cómo se asegura el uso público de esta razón? La Ilustración, como hemos visto, no debe ser concebida como un simple proceso general que afecta a toda la humanidad; no debe ser concebida solamente como una obligación prescrita a los individuos: el momento presente aparece como un problema político. La pregunta, en todo caso, es saber cómo el uso de la razón puede tomar la forma pública que requiere, cómo la

audacia de saber puede ser ejercida a plena luz del día, mientras los individuos obedecen lo más escrupulosamente que pueden. Kant, en definitiva, propone a Federico II, en poco velados términos, una suerte de contrato -que podemos llamar el contrato del despotismo racional con el libre razonar-: el uso público y libre de la autonomía de la razón será la mejor garantía de obediencia, con la condición, sin embargo, que el principio político que deberá ser obedecido tendrá que estar de acuerdo con la razón universal.

Dejemos el texto de Kant aquí. No intento de ninguna manera proponer que lo consideremos capaz de constituir una adecuada descripción de la Ilustración; que ningún historiador, creo, podría estar satisfecho con él a partir del análisis de las transformaciones sociales, políticas y culturales que ocurren a finales del siglo XVIII.

Con todo, y más allá de su naturaleza circunstancial, sin pretender otorgarle un lugar exagerado en la obra de Kant, creo que es necesario recalcar la conexión existente entre éste breve artículo y las tres *Critiques*. Kant, de hecho, describe la Ilustración como el momento en que la humanidad puso su propia razón en funcionamiento sin sujetarse a ninguna autoridad; es precisamente en ese momento cuando la crítica se hace necesaria, ya que su papel era defender las condiciones bajo las cuales el uso de la razón estaba legitimado en orden a determinar qué podíamos saber, qué podíamos hacer y qué podíamos creer. El uso ilegítimo de la razón es lo que determina el surgimiento del dogmatismo y la heteronomía; en otro sentido, es al definirse claramente el uso legítimo de sus principios cuando su autonomía puede ser asegurada. La crítica es, en un sentido, la guía de la razón que irrumpió en la época de la Ilustración; y, a la inversa, la Ilustración es la época de la crítica.

Es también necesario, creo, subrayar la relación entre este texto de Kant y los otros textos que le dedicó a la historia. Esto último, en gran parte, busca definir la teleología interna del tiempo y el punto hacia donde la historia se dirige. Ahora, el análisis de la Ilustración, definiendo esa época como el paso de la humanidad a un estado adulto, sitúa a la realidad contemporánea con respecto a la totalidad del movimiento y sus direcciones básicas. Pero al mismo tiempo, muestra, en ese preciso momento, que cada individuo es en cierta medida responsable de la totalidad del proceso.

La hipótesis que me gustaría proponer es que este pequeño texto esta situado, en cierto sentido, en la encrucijada de la reflexión crítica y la reflexión sobre la historia. Es una reflexión de Kant sobre el estado contemporáneo de su propio espíritu. Sin duda no es la primera vez que un filósofo expresa sus razones para emprender su trabajo en un momento determinado. Pero me parece que es la primera vez que un filósofo ha conectado en este sentido, muy cerca y desde el interior, la significación de su trabajo con respecto al conocimiento, una reflexión sobre la historia y un análisis particular del momento específico en que escribe y con motivo del cual escribe. La novedad de este texto aparece impulsada por una singular reflexión filosófica en torno al "momento presente", en su diferencia histórica.

Mirándolo en este sentido, me parece que podemos reconocer un punto de partida: la línea sobresaliente de lo que podemos llamar, *la actitud de la modernidad*.

## II

Sé que se alude frecuentemente a la modernidad como una época, o por lo menos como un conjunto de notas que caracterizan una época; situada en un calendario, estará seguida por una, mas o menos, ingenua y angustiante "post modernidad". Entonces nos encontramos preguntándonos, si la Modernidad constituye la continuación de la Ilustración y su desarrollo, o si debemos verla como una ruptura o una desviación, con respecto a los principios básicos del siglo XVIII.

Pensando nuevamente en el texto de Kant, me pregunto si no debemos concebir a *la modernidad, más como una actitud que como un período histórico*. Y por "actitud", entiendo una manera de relacionarse con la realidad contemporánea; una elección voluntaria realizada por algunas personas; en definitiva, una forma de pensar y de sentir; una forma también, de actuar y comportarse que al mismo tiempo marca una relación de preferencia y se presenta como una tarea. En parte, sin duda, lo que los griegos llamaban *ethos*. Y consecuentemente, más que buscar algo que distinga la "era moderna" de la "pre-moderna" o "post-moderna", entiendo que sería más útil tratar de averiguar la actitud de la modernidad, ya que desde su formación, se ha encontrado luchando con actitudes de "contra-modernidad".

Para caracterizar brevemente esta actitud de la modernidad tomaré un ejemplo casi indispensable, llamado Baudelaire; por su sentido de la modernidad es ampliamente reconocido como una de los más agudos del siglo XIX.

1. La Modernidad frecuentemente es caracterizada como *discontinuidad del tiempo*: un corte con la tradición, un sentimiento de novedad, de vértigo ante el momento pasajero. Y esto es efectivamente lo que Baudelaire parece estar diciendo cuando define a la modernidad como "lo efímero, lo fugaz, la contingente" (2). Pero, para él, ser moderno no descansa en reconocer y aceptar este movimiento perpetuo; al contrario, descansa en *adoptar una cierta actitud* con respecto a ese movimiento; y este meditar en una difícil actitud consistente en *recapturar algo eterno*, que no se encuentra bajo el momento presente, ni atrás de él, sino en él. La Modernidad se distingue de la moda que no hace más que entrar en la cuestión del curso del tiempo; la modernidad es la actitud que hace posible comprender el aspecto "heroico" del momento presente.

Me voy a ceñir a lo que dice Baudelaire de la pintura de sus contemporáneos. A Baudelaire le hacen gracia aquellos pintores, que encontrando excesivamente feos los vestidos del siglo XIX, gustan pintar sólo viejas togas. La modernidad en la pintura, no consiste, para Baudelaire, en introducir ropas negras en las lienzos. El pintor moderno es el que puede mostrar la oscura levita como "la necesaria costumbre de nuestra época", el que sabe cómo manifestar, en la moda de hoy, la esencial, permanente y obsesiva relación que nuestro tiempo tiene con la muerte. "El frac y la levita no sólo tienen su belleza política, que es una expresión de igualdad universal, sino también su belleza poética, que es una expresión del alma pública -un inmenso séquito de sepultureros mudos (mudos en amor, políticamente mudos, burgueses mudos) somos algunos de nosotros celebrando un funeral". (3). Para designar esta actitud de la modernidad Baudelaire a veces emplea una frase que es sumamente significativa, por que es presentada en la forma de un precepto: "No tienes derecho a despreciar el presente".\*

2. La heroificación es irónica, no hace falta decirlo. La actitud de la modernidad no es la de tratar al momento presente como sagrado para tratar de mantenerlo y perpetuarlo. Ciertamente no implica verlo como una fugaz e interesante curiosidad. Podría ser lo que Baudelaire llamaría *la actitud del espectador*. El *flâneur*, el holgazán, el espectador que pasa, está satisfecho con tener sus ojos abiertos, para prestar atención y construir un almacén de recuerdos. En oposición al *flâneur*, Baudelaire describe al hombre de la modernidad: "Allí va, apurado, investigando. Está muy seguro que este hombre -este solitario, dotado de una activa imaginación, que viaja sin cesar por el gran desierto humano- tiene un propósito más alto que un mero *flâneur*, un propósito más general, algo diferente que el fugitivo placer de las circunstancias. Esta buscando la cualidad que nos permitirá hablar de la modernidad... Construye su empresa extrayendo de la moda todo el elemento que puede haber de poético en la historia". Como un ejemplo de modernidad, Baudelaire cita al artista Constantin Guys. En apariencia un espectador, un recolector de curiosidades, ha sido "el último que permaneció allí donde pudo haber un brillo de luz, un eco de poesía, un palpitar de vida o un acorde musical donde quiera que una pasión se le podía posar enfrente; siempre un hombre natural y convencional que podía exhibirse en una extraña belleza, donde quiera que el sol iluminara los goces repentinos del animal depravado" (4).

Pero no cometamos errores. Constantin Guys no es un *flâneur*, lo que lo convierte en el pintor moderno *par excellence* a los ojos de Baudelaire es que, en el momento en que todo el mundo duerme, él comienza a trabajar y cambia el mundo. Su transfiguración no supone la anulación de la realidad, pero sí un difícil intercambio entre la verdad de lo que es real y el ejercicio de la libertad; cosas "naturales" se convierte en "más que naturales", cosas "bellas" se transforman en "más que bellas" y los objetos individuales aparecen "dotados con una vida impulsiva como el alma de su creador". Para la actitud de la modernidad, el alto valor del presente no se puede separar del impulso desesperado de representársela, de imaginársela de forma distinta a como es, y transformarla no destruyéndola sino buceando en lo que es. La modernidad de Baudelaire es un ejercicio en que la especial atención a lo real está confrontada con la práctica de una libertad que, simultáneamente, *respeto esa realidad y la viola*.

3. Sin embargo, la modernidad para Baudelaire no es simplemente una forma de relacionarse con el presente; es, también, un modo de relacionarse con uno mismo. La deliberada actitud

de la modernidad está atada a un ascetismo indispensable. Ser moderno, es no aceptarse como uno es el devenir del momento presente; es, tomarse uno como objeto de una compleja y difícil elaboración: lo que Baudelaire en el vocabulario de su tiempo, llama *dandysme*. Aquí no voy a recordar en detalle el conocido pasaje sobre: "vulgar, grosero, de naturaleza vil", en la indispensable revolución del hombre contra sí mismo; en la "doctrina de la elegancia" que impone, "sobre sus ambiciosos y humildes discípulos", una disciplina más despótica que la más temible religión; los folletos, sobre el ascetismo del dandy, que hacen de su cuerpo, su conducta, sus sentimientos y pasiones, toda su existencia, su obra de arte. *El hombre moderno*, para Baudelaire no es un hombre que va a descubrirse, descubriendo sus secretos o su verdad oculta; es *el hombre que trata de inventarse*. Esta modernidad no "libera al hombre de su propio ser", lo compele a realizar la tarea de producirse a sí mismo.

4. Permítanme agregar una última palabra. Esta heroificación irónica del presente; este juego de transferencia de la libertad con la realidad; esta elaboración ascética de uno mismo, Baudelaire no imagina que tiene lugar en la sociedad, o en el cuerpo político. Ella sólo se puede producir en otro lugar, en uno diferente, que Baudelaire llama ARTE.

No pretendo resumir en estas líneas, ni el complejo acontecimiento histórico que fue la Ilustración, al final del siglo XVIII, ni la actitud de la modernidad en las variadas formas que tomó durante los últimos 200 años.

He estado buscando, por un lado, subrayar el alcance de un tipo de interrogación filosófica que simultáneamente problematiza la relación del hombre con su presente, el modo histórico de ser del hombre y la constitución del ser como sujeto autónomo que está enraizada en la Ilustración. Por otro lado, he estado buscando recalcar que *el hilo que nos puede conectar con la Ilustración* no es una fidelidad a elementos doctrinales, sino más bien, *la permanente reactivación de una actitud de un ethos filosófico* que puede ser descripto como una crítica permanente de nuestro tiempo histórico. Me gustaría caracterizar este *ethos* brevemente.

#### A. Negativamente.

Este *ethos* implica, en primer lugar, negar lo que se ha dado en llamar "chantaje" de la Ilustración. Creo que la Ilustración, como un escenario de acontecimientos políticos, económicos, sociales, institucionales y culturales de los que en gran medida todavía dependemos -constituye un campo privilegiado de análisis. También pienso que se formula como interrogante filosófico, para nosotros, relevante en cuanto empresa que enlaza el progreso de la verdad y la historia de la libertad en un vínculo de relación directa. Pienso, finalmente, que he tratado de mostrar, en relación al texto de Kant, la forma en que define un cierto estilo de hacer filosofía.

Pero eso no quiere decir que no debe estar "a favor" o "en contra" de la Ilustración. Tal vez signifique, que uno deba rechazar todo aquello que pueda presentarse en la forma de una alternativa simplista y autoritaria: o uno acepta la Ilustración y se mantiene dentro de la tradición de su racionalismo (que es considerada una opción positiva por unos y usada por otros, al contrario, como un reproche) o si no, uno critica la Ilustración e intenta escapar a sus principios racionales (que será visto, nuevamente, como bueno o malo). Y no podemos libramos de este chantaje introduciendo matices "dialécticos" mientras busquemos determinar qué elementos, buenos o malos, hubo en la Ilustración.

Debemos tratar de insistir en el análisis de nosotros mismos como seres históricamente determinados, en cierta medida, por la Ilustración. Ese tipo de perspectiva implica una serie de preguntas históricas que deberán ser lo más precisas posibles; estas preguntas no deben orientarse retrospectivamente hacia el "núcleo esencial de la racionalidad" que se pueda encontrar en la Ilustración y que deba preservarse ante todo; deberán orientarse hacia el "límite contemporáneo de la necesidad", es decir, hacia lo que ya no es indispensable para nuestra constitución como sujetos autónomos.

2. Esta permanente crítica de nosotros mismos debe evitar la confusión común entre humanismo e Ilustración.

Nunca debemos olvidar que la Ilustración es un acontecimiento, o conjunto de acontecimientos y un proceso histórico complejo, que se sitúa en un cierto punto del desenvolvimiento de las sociedades europeas. De esa forma, incluye elementos de transformación social, tipos de instituciones políticas, formas de saber, proyectos de racionalización del saber y sus prácticas,

mutaciones tecnológicas, que son muy difíciles de resumir en una palabra; más aún, si muchos de estos fenómenos son importantes todavía hoy. Lo que señalé y me parece que se encuentra en la base de toda la reflexión filosófica, concierne solamente al modo de reflexionar en relación al presente.

El humanismo es algo enteramente distinto. Es una cuestión, o mejor dicho, un conjunto de cuestiones que han reaparecido en varias ocasiones, a lo largo del tiempo en las sociedades europeas. Estas cuestiones siempre atadas a juicios, han variado, obviamente, de forma significativa tanto en su contenido, como en los valores que han preservado. Más aún, han servido como un principio crítico de diferenciación. En el siglo XVII, había un humanismo que se presentaba como crítica del Cristianismo, o, en general, de la religión; había un humanismo cristiano opuesto a otro humanismo ascético y mucho más teocéntrico. En el siglo XIX había un humanismo sospechoso, hostil y crítico hacia la ciencia, y otro que, por el contrario, depositaba su esperanza en la propia ciencia. El marxismo fue un humanismo; también el existencialismo y el personalismo, hubo un tiempo en que las personas apoyaban los valores humanistas del Nacional Socialismo y a la vez los stalinistas se llamaban a sí mismos humanistas.

De aquí no podemos deducir que todo aquello que ha sido relacionado al humanismo debe ser descartado; sino que la temática humanista es demasiado flexible, demasiado diversa, demasiado inconsistente para servir de eje a la reflexión. Es un hecho, que al menos hasta el siglo XVII, lo que se llamaba humanismo estaba siempre obligado a seguir cierta concepción del hombre prestada de la religión, la ciencia o la política.

El humanismo sirve para colorear y para justificar las concepciones del hombre que después están todos obligados a seguir.

En este sentido, entiendo que esta temática, a la que tanto se recurre y que siempre se apoya en el humanismo, puede ser confrontada con el principio de la crítica y con una permanente creación de nosotros mismos en nuestra autonomía-principio que está en el corazón de la conciencia histórica que la Ilustración tiene en sí misma. Desde este punto de vista, estoy inclinado a ver a la Ilustración y al humanismo en un estado de tensión, más que de identidad.

En todo caso, me parece peligroso confundirlos, y más aún, me parece que es históricamente inexacto. Es bastante extraño que la Ilustración se considerase a sí misma humanista, si la pregunta acerca del hombre, de las especies humanas, del humanismo fue todavía fundamental a lo largo del siglo XVIII.

Es valioso, también recalcar que a lo largo del siglo XIX, la historiografía del siglo XVI, tan importante para gente como Saint Beuve o Burckhardt, siempre era diferenciada, y muchas veces enfrentada, a la Ilustración y al siglo XVIII. El siglo XIX tuvo la tendencia a oponerlos, a tal punto que llegó a confundirlos.

En todo caso, pienso, que así como debemos liberarnos del chantaje intelectual de "estar a favor o en contra de la Ilustración", debemos escapar de la confusión histórica y moral que mezcla el tema del humanismo con la cuestión de la Ilustración. Un análisis de sus complejas relaciones a lo largo de los últimos siglos puede ser un proyecto valioso e importante, si deseamos arrojar alguna claridad en la conciencia que tenemos de nosotros y de nuestro pasado.

## B. Positivamente

No obstante tener en cuenta estas precauciones, obviamente debemos dar un contenido más positivo a lo que puede ser un *ethos* filosófico consistente en una crítica de lo que decimos, pensamos y hacemos, a través de nuestra historia ontológica.

1. Este hecho filosófico puede ser caracterizado como una "actitud-límite". No estamos hablando de una demostración de rechazo. Debemos removernos más allá de la alternativa, dentro o fuera. Debemos situarnos en las fronteras. Evidentemente la crítica consiste en analizar y reflexionar sobre límites.

Pero si la cuestión kantiana fue saber a que límites debe renunciar el saber, me parece que la pregunta crítica de hoy debe ser formulada en forma positiva: en aquello que se nos ofrece como universal, necesario, obligatorio ¿qué lugar ocupa todo aquello que es singular, contingente y producto de fuerzas arbitrarias? La cuestión, en resumen, es transformar la crítica dirigida en forma de limitación necesaria en una crítica práctica que adquiere la forma de una transgresión posible.

Esto conlleva una consecuencia obvia: que la crítica no será utilizada por mucho tiempo en la búsqueda de estructuras formales con validez universal, sino como una investigación histórica en torno a los acontecimientos que nos han constituido e inducido a reconocernos como sujetos de lo que estamos haciendo, pensando y diciendo. Es ese sentido, este criticismo no es trascendental, y su meta no es otra que hacer posible la metafísica: está genealógicamente en su destino y arqueológicamente en su método. Arqueológicamente y no trascendentalmente ya que no querría buscar la identidad de las estructuras universales de todo el saber o de toda acción moral posible, sino que intentará buscar las instancias del discurso que articulan lo que pensamos, decimos o hacemos sobre muchos acontecimientos históricos. Esta crítica será genealógica ya que no intentará deducir de la manera que somos qué es imposible para nosotros hacer o saber, sino que intentará deslindar, de la contingencia que ha formado lo que somos, la posibilidad de dejar de ser, hacer o pensar lo que somos, hacemos o pensamos. No está buscando hacer posible una metafísica que finalmente se convierta en ciencia; está buscando *dar nuevo ímpetu*, lo más lejos y amplio posible, *al indefinido trabajo de la libertad*.

2. Pero si nos conformamos ante la afirmación o el vacío sueño de libertad, me parece que la actitud histórica crítica debe ser igualmente experimentada. Quiero decir, que esta tarea realizada a partir de nuestros límites, debe, por un lado, abrir un campo de cuestionamiento histórico y, en otro sentido, situarse en el cuestionamiento de la realidad contemporánea, también comprender los puntos donde el cambio es posible y deseable, y determinar la forma precisa que este cambio debe tomar. Esto quiere decir que nuestra historia ontológica debe *alejarse de los proyectos que claman por ser globales y radicales*. De hecho sabemos que aquellos que claman por escapar del sistema de la realidad contemporánea con el objeto de llevar adelante los programas de otra sociedad, de otra forma de pensar, otra cultura, otra visión del mundo, sólo han retomado las más peligrosas tradiciones.

Prefiero las concretas transformaciones que han probado su posibilidad, en los últimos veinte años, en un cierto número de áreas relacionadas con nuestra forma de ser y pensar, relaciones con la autoridad, entre los sexos, la forma en que percibimos la locura y la enfermedad; ya prefiero todavía estas transformaciones parciales que se han producido en la correlación de un análisis histórico y la actitud práctica, a los programas por un hombre nuevo que los peores sistemas políticos han repetido a lo largo del siglo XX.

En consecuencia, caracterizaría el *ethos* filosófico apropiado a la crítica ontológica de nosotros como un análisis práctico-histórico de los límites a sobrepasar, y en consecuencia, como una tarea que debemos realizar nosotros mismos sobre nosotros como seres libres.

Pero todavía, la siguiente objeción no sería enteramente legítima: si nos limitamos a este tipo de interrogante o pregunta siempre parcial y local, ¿no corremos el riesgo de dejarnos determinar por estructuras más generales de las que no somos muy conscientes y sobre las que no tenemos ningún tipo de control?

Para esto, dos respuestas. Es verdad que debemos descartar la esperanza de arribar al punto de vista que nos permita acceder a un conocimiento completo y definitivo de aquello que constituye nuestros límites históricos. De este punto de vista la experiencia teórica y práctica que tenemos de nuestros límites y la posibilidad de desbordarlos está siempre limitada y determinada; de esa forma estamos en la posición inicial nuevamente.

Pero eso, no quiere decir que no se pueda realizar ningún trabajo si no es desordenada y contingentemente. La tarea en cuestión tiene su generalidad, su sistemática, su homogeneidad y sus riesgos.

## SUS RIESGOS

Están indicados por lo que podemos llamar "la paradoja de las relaciones entre capacidad y poder". Sabemos que la gran promesa o la gran esperanza del siglo XVIII- o de alguna parte del siglo XVIII- recayó en el crecimiento simultáneo y proporcional de los individuos con respecto a los otros. Y, todavía más, podemos verla a lo largo de toda la historia de las sociedades occidentales (tal vez sea aquí donde se encuentra la raíz de su destino histórico singular: un destino tan peculiar, tan diferente de otros en su trayectoria y tan universal, tan dominante con

respecto a otros). La adquisición de capacidades y la lucha de la libertad han constituido sus elementos permanentes. Hoy las relaciones entre el crecimiento de las capacidades y el crecimiento de la autonomía no son tan simples como deben haber supuesto en el siglo XVIII. Tenemos la oportunidad de ver cómo formas de relación de poder fueron traspasadas por varias tecnologías (nos referimos a producción con ayudas económicas, o instituciones cuya meta es la regulación social o de técnicas de comunicación): disciplinas tanto colectivas como individuales, procedimientos de normalización ejercidos en nombre del poder estatal, demandas de la sociedad o de grupos de la población, son algunos ejemplos. ¿Cuál es el riesgo entonces de esto? ¿Cómo puede el crecimiento de las capacidades estar desconectado del crecimiento de la *intensificación del poder* de las relaciones?

## B. HOMOGENEIDAD

Esto nos conduce al estudio de lo que podemos llamar "sistemas prácticos". Aquí lo estamos tomando como un dominio homogéneo de referencia. No consideramos las representaciones que los hombres efectúan de sí mismos, ni las condiciones que los determinan sin su conocimiento, lo que analizamos, es lo que hacen y porqué lo hacen. Esto es las formas racionales que organizan la manera de hacer las cosas (esto podría llamarse el aspecto tecnológico) y la libertad con la que actúan en estos *sistemas prácticos*, reaccionando a lo que hacen otros y cambiando las reglas de juego hasta un cierto punto (esto puede llamarse "el lado estratégico de estas prácticas"). Esta homogeneidad del análisis histórico-crítico está así asegurado por este campo de prácticas con su lado tecnológico y su lado estratégico.

## C. SISTEMÁTICA

Estos sistemas prácticos provienen de tres grandes áreas: relaciones de control *sobre cosas*, relaciones de acción *sobre otros*, y relaciones *con uno mismo*. Esto no significa que cada área es extraña a la otra. Es bien sabido que el control sobre las cosas se lleva a cabo por relaciones con otros; y las relaciones con otros, a su vez, siempre entrañan relaciones con uno mismo y viceversa. Pero tenemos tres ejes cuya especificidad y cuyas interconexiones deben ser analizadas: el eje del *saber*, el eje del *poder*, y el eje de la *ética*. En otras palabras, nuestra historia ontológica tiene que responder a un número abierto de interrogantes; debe realizar un indefinido número de preguntas que se pueden multiplicar y especificar cuando queramos, pero todas serán preguntas sistemáticas tratadas de la siguiente manera: ¿Cómo estamos constituidos como sujetos de nuestro propio saber? ¿Cómo estamos constituidos como sujetos que ejercen o se someten a relaciones de poder? ¿Cómo estamos constituidos como sujetos morales de nuestras propias acciones?

## D. GENERALIDAD

Finalmente estas investigaciones histórico-críticas son bastante específicas en el sentido que siempre se apoyan sobre un material, una época, un cuerpo de determinadas prácticas y discursos. Todavía, al menos en el nivel de las sociedades occidentales, de las que provenimos, tienen su generalidad, en el sentido de que tiene que producirse nuevamente en nuestros días, por ejemplo: el problema de la relación entre cordura y locura, o enfermedad y salud, o crimen y ley; el problema del papel de las relaciones sexuales, y así sucesivamente.

Pero, evocando esta generalidad, no pretendo sugerir que debe retrasarse en su continuidad metahistórica el tiempo, ni que estas variaciones deben ser seguidas. Lo que se debe buscar es profundizar lo que sobre ello sabemos, las formas de poder que se ejercitan y la experiencia que en él tenemos de nosotros, constituidos, nada más, como figuras históricas determinadas a través de una cierta forma de problematización que define los objetos, las reglas de acción, los modos de relación con uno mismo. El estudio de los modos de problematización, es decir, lo que no es ni una constante antropológica ni una variación cronológica, es esa la forma de analizar cuestiones de general importancia en su singular manifestación histórica.

Un breve sumario, para concluir y regresar a Kant.

No sé si alguna vez llegaremos a ser adultos. Muchas cosas en nuestra experiencia nos convencen de que el acontecimiento histórico de la Ilustración no nos convirtió en adultos, y todavía

no hemos llegado a ese estado. No obstante, me parece que algún significado puede ser atribuido al interrogante crítico en torno al presente y a nosotros que Kant formuló al reflexionar sobre la Ilustración.

Me parece que la reflexión de Kant es también una manera de filosofar que no ha dejado de ser importante o efectiva en los últimos doscientos años. Nuestra crítica ontológica debe ser considerada ciertamente no como una teoría, una doctrina, ni tampoco como un cuerpo permanente de sabiduría que ha sido acumulada; debe ser concebida como una actitud, un *ethos*, una vida filosófica en que la crítica de lo que somos es al tiempo el análisis histórico de los límites que nos son impuestos y un experimento que nos permite ir más allá de ellos.

Esta actitud filosófica debe ser convertida en una tarea con diversas preguntas. Estas preguntas tienen su coherencia metodológica en el estudio arqueológico y genealógico de prácticas concebidas simultáneamente como un tipo tecnológico de racionalidad y como juegos estratégicos de libertad; tienen su coherencia teórica en la definición de las formas históricas únicas, en donde la generalidad de nuestras relaciones con las cosas, con los otros, y con nosotros fueron problematizadas. Tienen su coherencia práctica en la preocupación por aportar al proceso el poner la reflexión histórico-crítica en confrontación con prácticas concretas. No sé si se debe decir hoy en día que la labor crítica todavía se vincula a la fe en la Ilustración; yo seguiré pensando que esta labor requiere trabajar sobre nuestros límites, esto es, *una paciente tarea dando forma a nuestra impaciencia de libertad*.

\* Foucault impartió un curso en el *Collège de France* con este título. La versión que se conoce en Francia y España sobre su contenido procede de la publicación realizada en *Magazine Littéraire* N° 207, mayo de 1984. El texto que aquí se publica está tomado de otra versión, la publicada en inglés en *The Foucault Reader*. Paul Rabinow, Editor, N.Y., Pantheon Books, 1984, pp. 32 a 50, radicalmente distinta y donde se expone una propuesta práctica o *ethos* filosófico inexistente en aquella versión (Nota del traductor).

## NOTAS

- (1) Giambattista Vico, *The New Science of Giambattista Vico*, 3ª ed. (1744), traducción compendada por T.G. Bergin y M. H. Fisch (Ithaca/London: Cornell University Press, 1970) pp. 370, 372.
- (2) Charles Baudelaire, *The painter of Modern Life and Other Essays*, traducida por Jonathan Mayne (London: Phaidon, 1964), p.13.
- (3) Charles Baudelaire, *On the Heroism of Modern Life en The Minor of Art: Critical Studies by Charles Baudelaire*, traducida por Jonathan Mayne (London: Phaidon, 1955), p. 127.
- (4) Baudelaire, *Painter*, pp. 12, 11.
- (5) *Ibid.* p. 12.

# FRANCO BASAGLIA

Por Christian Courtis

A Ramon López, muerto en Oliveros.  
A las 35 víctimas del Moyano.

*"Y cuando consideramos lo que es profundamente artificial de las reterritorializaciones psicóticas hospitalarias, o bien neuróticas familiares, exclamamos: aún más perversión! aún más artificio! hasta que la tierra se vuelve tan artificial que el movimiento de desterritorialización crea necesariamente por sí mismo una nueva tierra".*

Gilles Deleuze-Felix Guattari, *El Anti-Edipo*.

## EL PRINCIPIO DEL FIN DEL MANICOMIO

Una mañana de abril de 1967 las puertas del Pabellón A del Hospital Psiquiátrico de Govizia se abren. Las implicaciones de este hecho en apariencia banal, están destinadas a marcar para siempre la trama incólume y estrecha del discurso del secuestro manicomial.

Formado dentro del discurso psiquiátrico, la trayectoria de franco Basaglia dibuja un trazado coherente y paradójico: a medida que avanza en su camino de destumefacción de la condición humana del paciente, se va desnudando del ropaje teórico de la psiquiatría tradicional y va generando un saber momentáneo. un discurso-práxis provisorio que asume muchas veces formas de pregunta. hipótesis vencible, desafío abierto, acicate deliberado. Es un viaje hacia el desconocimiento del conocimiento, que encuentra más de una vez nudos frente a los que la única posibilidad de respuesta es cerrar los ojos y seguir probando.

Basaglia dedica su vida a demostrar que las bases teórico-institucionales de la disciplina psiquiátrica constituyen un hecho de violencia. Esta posición se encarrila en múltiples vías paralelas y complementarias: la práctica institucional-antiinstitucional, la práctica política, la enseñanza universitaria, la coordinación de grupos de acción interdisciplinarios, la organización y sustento teórico a frentes que integran a los distintos actores del drama psiquiátrico: profesionales, trabajadores de la salud, pacientes, practicantes. Sin embargo, o mejor dicho ante todo, Basaglia es psiquiatra: se ha formado en Padua, especializándose nada menos que en neurología. La cristalización de su cosmovisión marxista se producirá entonces en el campo de la psiquiatría. Este paso conduce a resultados demolidores y a la vez paradójicos: el sujeto sometido a crítica en su discurso es, justamente, el psiquiatra, es decir un "nosotros" que lo involucra plenamente. El abanico de su dispositivo crítico está poblado de auto-citas ejemplificadoras del mecanismo de opresión de la psiquiatría institucional. La experiencia del Basaglia-psiquiatra, del joven Basaglia por así decirlo, es a la vez la guía fundamental de su dialéctica de negación: Basaglia construye sobre la destrucción de su práctica anterior.

No obstante, en esta práctica anterior está el germen del sentido que va a tomar su crítica: el trabajo manicomial es la fuente de la intuición que obliga a Basaglia a quebrar el rumbo. La realidad del hospital no admite dudas: no existe relación alguna entre la pretendida finalidad terapéutica del encierro y el cuadro brutal de privaciones y castigo a que se somete al interno en un hospital psiquiátrico. La propia percepción de la violencia se enfrenta al estatuto teórico de la disciplina psiquiátrica: la encrucijada obliga a dar crédito a la propia percepción, y en consecuencia a reordenar el esquema conceptual con el que se enfrenta la realidad manicomial, o bien, por el contrario, a mantener la fe en la coherencia y sistematicidad de la teoría, abandonando las dudas provocadas por la realidad. Basaglia elige obviamente el primer camino.

Esta dirección asumida por la crítica, exhibe una de las facetas más ricas que presentan sus escritos: la tensión constante producida por la recurrente utilización del andamiaje conceptual del marxismo, tanto en el enfoque macro como en el microsociológico, sobre los fundamentos de la teoría y práctica psiquiátrica institucional, de la que su propia vida profesional es ejemplo en tanto psiquiatra que desarrolla su labor en hospicios públicos, genera la idea de que la profundización de su trabajo es una incesante trayectoria hacia el destierro último de su propia condición profesional. Basaglia dirige su vida, exasperando la autocrítica, a desaprender todo aquél bagaje teórico que constituye la base de su especificidad como profesional. Y ello significa apoyarse indudablemente en su percepción de los efectos de esa teoría, es decir de la aplicación institucional de la psiquiatría.

## La gran cloaca

por Vicente Zito Lema  
a Aldo Pellegrini

I

¿Quiénes son esos hombres que deambulan harapientos por los grandes patios bajo la sospecha de un bárbaro crimen?

Peones de campo.

Obreros de muy abajo.

Desclasados.

Conocedores de todo vicio, ruindad y pobreza.

Vienen del mal trabajo, de la mala paga, del mal alimento, del mal alcohol, de la mala salud y de los malos sueños.

De la represión sexual, de la mente obligada a paralizar sus giros, del descalabro de la familia, de una educación tan hipócrita que ni sirve para limpiarse el culo.

Se cuecen como ratas por los desagües, perseguidos a pedradas.

Sin entender la quiebra de la antigua unidad, angustiados por un secreto enorme, por una revelación mágica.

Con la mirada torva, idiota, ciega o infinita.

Desgarrados en cuerpo y alma.

No cumplen el sagrado ciclo productivo.

De eso se trata: no rinden buena plusvalía. He aquí sin vueltas ni tapujos

la línea que separa los terrenos

de la razón y sin razón en nuestras puercas sociedades.

**II** La obra de Basaglia, teoría-praxis inescindible, refleja vívidamente la emergencia de una problemática incrustada en el núcleo de la psiquiatría.

Contradicción básica entre asistencia y manipulación, la práctica psiquiátrica tradicional muerde sus entrañas descargando violencia sobre su objeto de estudio-acción, aislándolo entre paredes y definiéndole una normalidad. La serie definición-aislamiento-cura deviene entonces diferenciación-institucionalización-violencia. La psiquiatría se ha caracterizado históricamente por definir su objeto a través del estudio de las personas que infortunadamente son capturadas en su red. La negación de la acción definidora del acto de violencia, el desprecio por el dato de la interacción de psiquiatra y paciente, de encerrador y encerrado, constituyen el axioma epistemológico del positivismo psiquiátrico. La ilusión de asepsia, el actuar "como si" la directa intervención sobre la vida y la salud del interno no existiera, desplazan las modificaciones en las conductas del encerrado a su mente, su espíritu, su alma.

El objeto real de lo que denominamos psiquiatría institucional ha sido la serie de efectos producidos por la manipulación coactiva del psiquiatra sobre las personas encerradas en su nombre.

En el marco de esta visión se inscribe la obra de Basaglia, que puebla su crítica de negaciones: negación de la normalidad de la anomalía, negación de la negación en tanto instituyente, negación del rol de psiquiatra en tanto operador de la institucionalización. Como lo hemos apuntado, su propio papel, su propia condición viene negada por el sentido de la crítica. El modelo teórico utilizado por Basaglia se sustenta en su lectura personal de la dialéctica marxiana, aplicada tanto a las relaciones intra hospitalarias, como a las determinantes económico sociales de la exclusión psiquiátrica.

Sin embargo, ¿cómo encarnar en la práctica esa negación? ¿Cómo superar la fase crítica sin estancarse en un juego tan sofisticado como inocuo? La encrucijada final de la dialéctica de Basaglia lleva a acelerar la negación demostrando los mecanismos de cosificación que definen la institución. Proceso abierto que comienza por eliminar los rasgos distintivos de la enunciada serie diferenciación-institucionalización-violencia: se pone fin al encierro en los pabellones, la palabra del interno cobra valor en asambleas en las que se debate la problemática institucional, el cuestionamiento al poder del psiquiatra adquiere un poder central.

La negación genera nuevas contradicciones, que sucesivamente desnudarán los momentos de manipulación de la institución, transformándola. "Así hemos llegado a un estado que significa poner en crisis una situación: la realidad de los manicomios -con todas sus implicancias prácticas y científicas- ha sido sobrepasada y se ignora cual podrá ser el paso siguiente". La continua dialección de esas contradicciones desenmascara la supuesta "especificidad" de la problemática psiquiátrica, materializándose en consecuencia el salto entre lo institucional y lo social. La institucionalización responde a la objetivación de las contradicciones sociales y de las relaciones opresivas del mapa social en un campo particular.

Como es obvio, la institución manicomial no ha desaparecido ni mucho menos. Este contundente hecho no logra siquiera empañar la obra de Basaglia. Si algo sorprende, si algo se mantiene intacto y admirable, es su persistente, empeinado trabajo sobre aquel núcleo significativo único: la respuesta final al problema psiquiátrico no existe en tanto dilema planteado específicamente. El manicomio es un campo de batalla más en el cual se reproduce la tensión excluyente-excluido, opresor-oprimido. "Las únicas opciones posibles consisten en encerrarse en el marco institucional con la inevitable involución de un movimiento dinámico que se fija y cristaliza, o en intentar extender nuestra acción hasta la discriminación y exclusión que la sociedad ha impuesto al enfermo mental".

En lugar de respuesta institucional, nos ofrece una metodología teórico-práctica de negación constante: "o bien exaltamos nuestro método de trabajo que -a través de una primera fase destructiva- nos ha permitido crear una nueva realidad institucional, y la proponemos como solución-modelo al problema de las instituciones psiquiátricas, o bien nos proponemos la negación como única modalidad actualmente viable en el interior de un sistema político-económico que absorbe cualquier nueva afirmación y que la utiliza como nuevo instrumento de su propia consolidación". Basaglia es entonces un militante político-social que, mediante una praxis de negación sistemática, logra rastrear los orígenes de la exclusión fuera del campo en el que el psiquiatra se sentía único dueño de los destinos de sus presas teóricas. El psiquiatra es, de acuerdo a su concepción, un técnico de la opresión, con una autonomía teórica mucho más modesta de la que se cree llamado a representar. Es agente de la reproducción de la violencia de ideas en un ámbito particular, pero este hecho no le asigna un campo teórico propio; por el contrario, su pretendido saber no es más que una de las segmentaciones ideológicas destinadas a esconder y legitimar el orden económico social vigente. Basaglia llega a citar a Artaud, en su Carta a los directores de hospicios, para ilustrar esta perspectiva.

Esta posición teórico-práctica coloca a Basaglia en un lugar inexplorado en cuanto a las posibilidades de releer el trabajo alternativo de otras corrientes. Fiel lector e introductor en Italia de los planteos de psiquiatría dinámica inglesa, encabezados por Maxwell Jones, y de trabajo de campo y conceptualización teórica de Erving Goffman, Basaglia rescata el sentido en el que se encaminan estos investigadores, al mismo tiempo denuncia y critica el asumido corto alcance de sus posturas, recalando la necesidad de superar abstracciones injustificadas y puntos de partida idealistas, que no harían más que oscurecer las determinaciones reales de la exclusión médica. Aun en este lugar -por ejemplo, como prologador de las obras de los citados autores- se percibe esa apuntada tensión consistente en reconocer, y hasta utilizar como fuente, propuestas diagnosticadas para un campo puntual, y reivindicar la necesidad de asumir un marco teórico global, capaz de dar cuenta de todas las exclusiones sociales.

**III** Centrar este texto sobre Basaglia es necesariamente parcial. Franco Basaglia es la cabeza visible, institucional y teóricamente responsable de un movimiento surgido del seno de la práctica psiquiátrica que se digna a creer en la percepción brutal y obvia de los efectos de su propia disciplina en los hospitales públicos, más que en el espejismo de la herencia de un discurso teórico autista, impermeable, perverso.

Hablar de la experiencia de la psiquiatría alternativa italiana significa entonces comprender el apoyo que otorgan a Basaglia y a su grupo de colegas (Antonio Slavich, Franca Basaglia Ongaro, Letizia Giovanni Jervis, Lucio Schittar, Agostino Pirella) los sindicatos de trabajadores de salud mental, victimarios y víctimas a su vez de la tenaz del orden psiquiátrico. Carcelero y encarcelado, operador directo del encierro y por ello receptor primero del desgastante impacto de la deshumanización, el trabajador asalariado del manicomio, el enfermero el auxiliar, está inmerso en el mismo proyecto de secuestro y sufre como el paciente la vacuidad de su status ambiguo.

No puede extrañar entonces que la práctica negatoria de Basaglia dé respuesta también al reclamo de los sindicatos, y visto a la inversa, no puede imaginarse un planteo negatorio suficientemente comprensivo del funcionamiento de la institución que no incluya al trabajador empleado en el hospicio.

La mutua necesidad nuclea a los distintos eslabones de la estructura manicomial, y acerca a Basaglia al polo de la práctica concreta, en desmedro del polo del cual proviene, es decir, el del saber médico legítimo. Basaglia comprende y reafirma las necesidades de dicha práctica: la constitución de un frente antimanicomial efectivo no puede partir de exclusiones, a riesgo de socavar sus propias bases críticas. Es por ello que en las asambleas y en la formulación de los proyectos legales participan todos los actores que voluntariamente se incluyen en el proyecto alternativo, aunque esta inclusión pueda retardar o entorpecer la celeridad de la puesta en marcha de modificaciones estructurales concretas. Se vislumbra en Basaglia una disyunción entre la mala praxis, la praxis decidida inconsultamente por un grupo de poder, que aun cuando afirme ideas progresistas reproduce abiertamente los criterios de diferenciación, imposición y exclusión que caracterizan a la sociedad, y su propuesta de praxis integradora generadora de su propia teoría y proyecto estratégico desde la actuación de los participantes concretos de la experiencia. Podríamos subrayar el particular significado que asigna esta visión a la práctica democrática. El empleo del propio término "democracia" era objeto de expresión y reivindicación de Basaglia, que no en vano denominó "Psiquiatría Democrática" al movimiento al que dedicó gran parte de su vida.

**IV** La constitución teórica del discurso antiinstitucional que surge y vertebró la práctica del grupo de Basaglia está poblada de paradojas.

Como lo hemos apuntado, se trata de un discurso de abandono de otro discurso que ha demostrado ser perverso, y de alumbramiento de posiciones simultáneamente ensayadas y negadas. De un punto de partida aparentemente coherente pero en la práctica monstruoso, se transita hacia formas de praxis nunca experimentadas y por lo tanto teóricamente vírgenes, pero imbuídas de un sentido único, irreversible. Parafraseando a Pavarini, no sólo es importante lo que Basaglia logra sino también el hecho de que intente elaborar algo distinto de lo que existe, una respuesta distinta a la que se repleta en universidades y tratados y se traduce en la destrucción del paciente manicomial. Basaglia no solamente es un abolicionista, característica con la cual se lo vincula casi automáticamente, sino el creador de un sistema alternativo que tuvo cristalizaciones concretas en el plano legal e institucional. Este sistema debe ser repensado, dada la insuficiencia de alguna de las respuestas de Basaglia ante la evidencia histórica. Sabemos qué no debemos hacer, y en este plano el aporte de Basaglia es decisivo y contundente. Pero la tarea de formulación de un proyecto que transforme cabalmente las distintas facetas de la marginalización psiquiátrica está aún inacabada. En este aspecto debemos aprender de aciertos y errores cometidos por Basaglia en su propuesta político-institucional.

Por otro lado, la no siempre clara conexión de una estructura teórica marxista y una práctica contestataria destinada a recuperar la

## II

Se afirma y hasta algunos se lo creen a pies  
juntillas  
que el hospicio es un triunfo del espíritu humano  
del progreso humano  
de la bondad humana.  
(El hospicio: la gran cloaca social ¡loado sea!)  
La base de este nefasto pensamiento  
su infecta raíz  
es que el loco ya no está enjaulado junto al  
criminal:  
ahora es propiedad de la ciencia médica.  
Es cierto que ya no son leña de hoguera  
ni se los dinamita  
ni se los arroja desde un avión  
al medio del río. (Ese tratamiento está reservado  
al revolucionario).  
En cuanto a lo demás  
la suerte del loco se distingue en muy poco: su  
categoría de enfermo  
es puro cloqueo. Nadie sabe todavía  
—mejor dicho: nadie quiere saber—  
a qué responden esas terribles tormentas en el alma  
que los agitan y devoran. (¡Se devoran de ira! ¡Se devoran  
de pura conciencia!)  
Lo concreto es que el criminal y el revolucionario  
y el loco  
apestan por igual a podrido.  
Provocan la misma repulsión. El mismo miedo.  
Los sanos de espíritu, de moral y de ideología  
se tapan las narices. Los ojos.  
Del trabajo de orden y limpieza  
de esconder la basura o destruirla  
se encargan las patotas militares  
policiales  
los psiquiatras bien pensantes  
las santas monjas y los buenos enfermeros.  
Y al llegar la noche un solo manto de abandono  
y de terror  
cubre las cuadras donde duermen las bestias  
apartadas.  
Más todavía: prisiones y manicmios responden  
a una misma idea  
provocan iguales marcas se alimentan con igual gente  
Ello obedece a la conciencia represiva de una  
clase social  
que identifica la violación de una forma de  
producción  
de una forma de conducta  
de una forma de pensar  
con la violación de una ley inmutable  
en la inteligencia de que es su orden  
su sistema de representaciones  
lo que se protege  
y que aún a dentelladas ha sido puesto en cuestión.  
Por encima del mea culpa y fáciles habladurías  
nadie busca compartir el dolor ajeno  
ni acepta la menor responsabilidad en ese dolor.  
Es más barato y eficaz la separación y reemplazo  
de la pieza que no sirve.  
Que se sepulte todo pensamiento corrosivo. ¡A la  
mierda con el deseo!  
Que no se vea ni se oiga ni se toque a los ángeles  
malditos  
bastardos de un cielo que se derrumba.

## III

Una sociedad que se consume a sí misma y con gran  
parte de su gente condenada al hambre.  
Una sociedad que tiene por meta: ¡Que todo sea  
fácilmente perecedero!  
Y también: ¡Que de todo se saque provecho!  
Es normal que arrebate al hombre sometido  
al engranaje manicomial  
hasta su último valor de residuo.  
Ya sea utilizándolo como conejo de experimentación.  
O en el trabajo más sucio y sin sentido.  
Algo así como limpiar las letrinas y sujetar a  
otro más desgraciado en el momento del electroshock.  
Y junto a ello una estructura rígida.  
Un sistema.  
Cuyo núcleo o sol está muy lejos de esas criaturas  
miserables.  
Terrestres y cotidianas que reclaman frazadas o  
azúcar.

individualidad del sujeto que sufre el secuestro provoca algunas perplejidades. Algunas soluciones parciales parecen no resistir la confrontación entre presupuestos que implican la minimización de la individualidad en favor de la denuncia de elementos económicos estructurales, y la exacerbación de la individualidad del paciente como respuesta a la homogeneización provocada por el encierro manicomial. Se asumen a veces posiciones eclécticas o vagas, superadas o contrariadas por momentos posteriores. La experiencia altamente individual de la locura queda absorbida muchas veces por la utilización de categorías económico-políticas que, de acuerdo a presupuestos teóricos macrosociológicos, menoscaban la individualidad.

Un tercer señalamiento puede referirse al carácter dinámico del discurso teórico que va creando Basaglia. El discurso se va constituyendo de modo simultáneo a la práctica, a veces como programa de acción, a veces como relato de la experiencia que se enfrenta, a veces como problematización de las posibilidades que ofrece una situación alcanzada. Discurso y praxis se determinan, se realimentan, se proyectan mutuamente.

La sensación provocada por este proceso es la de una extraordinaria transitoriedad del discurso, siempre amenazado por la superación del mismo a medida que la práctica se profundiza. El discurso se hace entonces inasible, y se encadena en forma específica a la práctica que lo determina. Esto hace difícil de escribir una teorización que pueda desprenderse de la trayectoria histórica concreta de las experiencias de Gorizia o Trieste. En algunas ocasiones, esta metodología provoca caídas en un particularismo o casuismo que, más allá de la anécdota, genera innecesarias confusiones y entrecruzamientos de planos.

Otra de las posibles fuentes de cuestionamiento de la experiencia Basaglia reside paradójicamente en la ley. La lucha antimanicomial adoptó, como hemos dicho, múltiples frentes de ataque: hospicios, sindicatos, universidades, medios de comunicación. La cristalización máxima, el triunfo institucional más importante de Basaglia frente al establishment es la aprobación legislativa de la ley 180, que reduce de modo sustancial las posibilidades de encierro manicomial. Sin embargo, es justamente —oh— la seducción de la ley, la magnitud del triunfo ante el templo propio de la forma que arroja simbólicamente la dominación social, lo que congela y desmoviliza el impulso transformador de Basaglia. El infinito avance logrado con la ley no significó de ningún modo la culminación del problema de la "salud mental", y aunque esta perspectiva estaba implícita en el enfoque teórico práctico que apuntáramos párrafos antes, la experiencia Basaglia moderó su impulso negador y descuidó el momento del después, la evaluación de las contradicciones surgentes a posteriori de la sanción y aplicación de su ley. Así, la obvia reproducción de algunas de las contradicciones antes producidas puertas adentro se proyectó, recontextuada, al afuera. Muchos de los efectos provocados por la emergencia de un problema antes escondido (suicidios, mendicidad, desórdenes públicos explotados por los medios de comunicación masiva amarillentos) fueron bastardamente interpretados como síntomas de un error de diagnóstico y en consecuencia, se produjo un parcial retroceso en el debate, dado que volvieron a escucharse voces reclamando el "saludable" regreso al estado anterior.

Por último, otra de las paradojas que presenta la obra de Basaglia reside en el alcance e interpretación que se le ha dado, hecho por el que obviamente no podemos responsabilizarlo. La experiencia Basaglia constituye quizás el ataque que, reflejando el espíritu de la época en que se desarrolla, haya conquistado más victorias en la sociedad capitalista occidental. Inmerso en la utopía total, y aún pese a la intención manifiesta, es el ejemplo de Basaglia el que indudablemente enraizado en la mística revolucionaria de los sesentas y setentas, aborda un combate localizado y posible frente a un orden teórico e institucional perversamente retroalimentado. A pesar del propio Basaglia, se ha leído a Basaglia-psiquiatra, a Basaglia-militante, como una respuesta a la psiquiatría del secuestro, como un antídoto pensado hacia el poder psiquiátrico. Y es paradójicamente esta lectura oblicua, desenfocada la que otorga a la obra basagliana largo aliento: la operación a pequeña escala cobra un lugar estratégico fundamental en las concepciones del poder reinantes en los ochentas y noventas. Basaglia no hizo la revolución, y desde el utopismo revolucionario su experiencia debe medirse como un intento trunco; Basaglia sí transformó sustancialmente la estructura del poder manicomial en Italia, y desde el foquismo posmoderno su experiencia debe medirse como un triunfo parcial aunque indudable.

V Más allá del cuestionamiento teórico, más allá de la conflictiva amalgama de psiquiatría, humanismo, marxismo, crítica sociológica y práctica institucional, debemos a Basaglia —y nos debemos— el acto prístino y salvaje de atreverse, de desgarrar la inmovilidad y el miedo, de enfrentar el qué vendrá con la entereza que concede el convencimiento ético de lo aberrante del secuestro manicomial. El dejarse-de-joder con las dudas y los "no es el momento oportuno", con la esquizofrenia del pensar y del hacer, con la insatisfacción siempre endilgada a la institución, y esencialmente, el profundo acto de libertad que significa abrir las puertas a las víctimas del encierro para que de algún modo —todavía confuso, incipiente, dubitativo— ellas mismas —personas, que de eso hablamos— comiencen a decidir sobre su destino.

"Analícemos el mundo del terror, el mundo de la violencia, el mundo de la exclusión. Si no reconocemos que este mundo somos nosotros —nosotros, que somos las instituciones, las reglas, los principios, las normas, las ordenanzas y las organizaciones—, si no reconocemos que formamos parte integrante del mundo de la amenaza y de la prevaricación por el cual el enfermo se siente aplastado, no comprenderemos nunca que la crisis del enfermo es nuestra propia crisis".

# HOSPICIO= PERPETUACION DE LO SINIESTRO

Por Gregorio Kazi

Acaso sea difícil el abordar la problemática de la psiquiatrización institucionalizada sin aceptar el desafío de develar la compleja red de determinaciones sociales, políticas, económicas, ideológicas e históricas que la atraviesan. Red de relaciones determinadas y determinantes que sostienen, legitiman, la funcionalidad de la <norma> que organiza el sistema de relaciones sociales y las fuerzas sociales de producción. Patrón de conductas estandarizadas que miden el grado de adecuación del sujeto a la realidad recortada por la "racionalidad" positiva del par producción-consumo. Desadaptación supuesta desde la arbitrariedad que se construye en el campo difuso de lo "normal" y lo "patológico", del que emerge, con toda la fuerza de la inmutabilidad (anhelo de ), el hospicio; ciénaga en la que ahogar a aquellos "incapaces-peligrosos": los locos.

¿El manicomio no es acaso la cristalización más clara y degradante de la lógica de un sistema? ¿No se despedaza allí a cualquier sujeto que interroga la certeza que se condensa en el modelo de hombre trazado en el sueño de la ilusión posmoderna? ¿Cuál cosmovisión impera en la institución de este "afuera" de "Progreso-Nuevo orden mundial" y de aquel "adentro" aterrador en cuyas entrañas está inscripto el anatema que condena a la locura?

¿No sería un acto de ingenuidad inmensa o de irresponsabilidad extremada el suponer que el manicomio se encuentra en un "Más allá" desarticulado de la misma cotidianeidad del "Más acá" de nuestro aquí y ahora?

El intento de perpetuar la institución asilar y a los sujetos allí reclusos en el campo inhóspito de lo ajeno a lo cotidiano del día-a-día, es correlativo, a la afirmación mesiánica de un sistema de producción y cultura perverso, que manicomializan lo social, al tiempo que se amarra lo humano a la enajenación que animaliza, que "naturaliza" la relación de lo subjetivo, de los grupos e instituciones con la realidad.

El sujeto sujetado a la letra muerta del manicomio es tal en la medida en que en lo histórico social, en el imaginario colectivo, los mandatos que descienden desde las estructuras de poder continúan siendo insemantizables. "El silencio es salud". Abolición de la ley que se materializa en la supresión de las diferencias (desaparición) o en la exacerbación de las mismas (el "sano", el "loco").

La institución psiquiátrica, su feudalización, la densidad casi impenetrable de su capilaridad, la reducción de toda la problemática psicopatológica al paradigma organicista no es más que el intento execrable de ocultar que tras los fines "terapéuticos" instituidos en lo manifiesto se teje un dispositivo de vigilancia y castigo para garantizar así el control y la reproducción social.

Como bien lo señalara Pinel, padre de la psiquiatría moderna, de la arquitectura manicomial, el hospicio es una institución de secuestro. El secuestrado será allí despojado de su historia, su nombre, su identidad, sus vínculos sociales-familiares, su inserción laboral. Caerá en el vórtice abismal del no-tiempo y no-espacio manicomial, quedará atrapado en la violencia horrorosa que hace de él un hereje que ha blasfemado contra la Razón y Conciencia que posee siempre el otro. Otro absoluto que representa y garantiza la condena y la segregación: el técnico, quien aun sin siempre saberlo, es cómplice de la estrangulación del sujeto oprimido. La "desviación" del enfermo mental (hipótesis mentalista mediante) será rectificadora a partir de la intervención psiquiatrizante, que otrora utilizara para los fines didácticos de la reeducación "las herramientas prácticas y científicamente validadas" de la lobotomía, el electroshock, los choques insulínicos, duchas de agua fría, celdas de castigo, chalecos de fuerza, etc.

Pasado muy próximo que se intenta alejar con la pseudo "humanización democrática" de los hospitales psiquiátricos. Hoy en el anhelo morboso de fijar a la norma al excluido (retorno a la productividad-eficacia-eficiencia) se cuenta con otros instrumentos que garantizarían la dirección de la cura: el chaleco químico, la humillación tácita permanente, custodia policial dentro del hospital. Modificación sutil de los "métodos terapéuticos" anteriores, pero lo destacable es, que para efectivizarlos, aún se mantienen incólumnes los muros tras los cuales y con total impunidad se anudan tales discursos, saberes y prácticas, que se resignifican así permanentemente en el radicalmente asimétrico técnico-paciente.

¿No es acaso llamativo que se intente readaptar al internado a la norma "científica" que emerge del sistema de producción (legitimándose recíprocamente), en un momento en que la "Revolución Productiva" destruye toda fuente de inserción de la clase obrera? ¿Quiénes están internados en el Borda, en el Moyano, en el Tobar García?

Con los sueldos de hambre, con el indulto como intento de perpetuar el terror colectivo, con la desnutrición-mortalidad infantil elevadísima, con la privatización de lo social, el analfabetismo creciente, con las estructuras de representación-participación vaciadas, con el acto bufonesco de enviar las naves al Golfo como sello de un pacto de esclavización, con la destrucción de toda fuente de trabajo, con la omnipresencia del discurso económico sobre lo político como un no-cualificable, ¿no se ha manicomializado la sociedad? Como ya lo dijera A. Artaud y E. Pichon Riviere, es el mundo (sistema) el que se ha vuelto loco; lo morbigeno es la sociedad. A esa misma sociedad se quiere rehabilitar y reinsertar al internado. El sostener la paradoja hecha luz sobre un punto revelador: así como el criminal ha quedado atrapado en los surcos abiertos en el sistema jurídico penal (alto grado de reincidencia) el paciente es cronificado por la institución (alto grado de reinternación). Insisto,

## DOSSIER

Después: ocio—bajo las náuseas de la cloaca— y coitos contra natura ¡Gran rey! agudizando la herida hasta volverla crónica mortal.

## IV

Ese hombre condenado a no ser más que la basura de sí mismo.

O peor aún: una cosa. Atrofiados sus músculos envidiado su cerebro por una realidad semejante a un tumor maligno.

Ese hombre sin cara debe sepultar su sueño y su secreto. Debe callar. O hablar despacio muy despacio... (Que nadie grite en el depósito blanco!)

Ese hombre que escribe en la pared del baño del loquero:

Aquí desauado no me pegan soy el espacio

Se defiende.

Ese hombre que pinta con una brocha sobre un muro que se destruye

un gran gato que tiene una estrella en la cabeza y pajaritos piando

en el lomo

se defiende.

Ese hombre que le da un cigarrillo a otro o le

recuerda la letra de una canción o se levanta

en la noche para poner un paño de agua fría

en la frente del que agoniza.

Y llora por el otro. Y golpea la pared por

el otro hasta sangrar sus manos.

Ese hombre está vivo y arde por los cuatro

costados.

## V

Una conducta alterada.

Una mente perturbada y confusa.

Es lo que se dice cuando un hombre es asaltado por un sufrimiento tan alto que lo excede. Por una realidad tan cruel que lo excede

y convierte su pensamiento en un campo donde se escucha el pataleo de los caballos y el gruñido de los cerdos

junto a un montón de cuerpos despedazados.

Su pensamiento es la pieza de un cuartel donde

la turba de asesinos quema con cigarrillos los

pechos de una mujer para sacarle sus palabras.

Su pensamiento es esa pieza y esa turba y esa

mujer a la que le introducen una rata en la vagina

para destruirle la memoria.

Su pensamiento son seres humanos a los que cortan

con una sierra los brazos y las piernas

para transformarlos en vacas que mugen

cagan

y sangran hasta morir.

El pensamiento de ese hombre.

Es ese hombre la conciencia viva del terror social.

El terror que impone un estado que se nutre en el

terror social.

Un terror que hace de la gente el testigo ciego y

sordo del terror (¡Aquí no ha pasado nada!)

Un terror que reacomoda el alma para soportar

el terror

para vivir en el terror sin vomitar hasta las

visceras.

Un terror sin límites: siniestro

hipócrita y obsceno. (¡Algo habrá hecho!)

Semejante terror nos pudre para siempre.

Y ese hombre que siente tanto asco

impotencia y desesperación ante el terror

construye una muralla.

Ese hombre sube por la noche a lo alto de la

muralla

y se arroja al espacio.

Ese hombre está en el espacio. Ese hombre vuela,

nada, reptá pero continúa. Tiembla, suda, se orina,

se despelleja, su carne y sus huesos quedan desnudos.

Es una masa informe y sanguinolenta. Es un animal

miserable y nauseabundo, acorralado por Dios,

despreciado por los otros hombres. Pero no se

detiene. No regresa. No pacta.

acaso para consistir, ¿qué sector social está sometido al "como si" de las instituciones totales? ¿Cuál es la concepción de la cura y rehabilitación?

El texto de aniquilación del sujeto, inscripto en cada ladrillo, en cada gesto de marginalización y tortura psiquiátrica se significa en el con-texto en el que todos estamos inmersos; nos atraviesa medularmente por cuanto en cada internación se reafirma la sanción tanática ante la cual la inamovilidad se impone como única respuesta del resto de la sociedad. Esta realidad nos revela (rebela) ya no como "profesionales de la salud" sino como operadores prácticos de posible desmarginación. Trabajadores que no están dispuestos a acuar el papel de recubrir en nuestra transparencia la pupila del gran panóptico, mirada que regula cada acción, cada pensamiento, cada sentimiento. Ajenación que se traduce en los técnicos al aceptar el "modo de operar", incorporado en instituciones de formación (de-formación), dentro y fuera de los hospicios: el dolor es dolor de un sujeto a-histórico, su angustia poco o nada tiene que ver con el Malestar de la cultura, sus traumas deben elaborarse en la remisión a su estricta singularidad de sujeto desante y a las vicisitudes de su atravesamiento por el complejo de Edipo estructural (institución psicoanalítica) o bien entender cabalmente que nos encontramos, por ejemplo frente a un psicótico, por ser éste el portador de una lesión orgánico-cerebral (nunca probada) que ciertamente explica como absoluto su patología.

Es cierto, mi última afirmación puede parecer reduccionista, pero convengamos que tales son las concepciones que prevalecen en el "añuera" y son ellas las que, con certeza, se enquistan en las entrañas hedorientas del hospicio.

¿Hay alternativas frente a tal situación?

Reseñaré y me remitiré brevemente al modelo pro-puesto por Franco Basaglia que, aun con sus límites, funciona con frecuencia como posible modelo alternativo a la internación psiquiátrica y sus atravesamientos. Lo riesgoso, es que aquí en la Argentina, se lo intenta aplicar mecánicamente, sin tomar en cuenta las dificultades e imposibilidades que trae tal extrapolación transcultural.

El antipsiquiatra italiano impulsa, ante todo, una negación práctica del sistema manicomial, cuyos puntos más acabados fueron las experiencias de Trieste, Gorizia y la sanción de la ley 180. En el comienzo de esta reforma, de lo que luego sería la Psiquiatría Democrática, se ubica un primer momento que Basaglia caracteriza como pragmático: Introducción de la Comunidad Terapéutica en el seno del hospital. Tal dispositivo revela que la enfermedad es ante todo social, del mismo modo que lo es el asilo como respuesta ante la misma. El marco que ofrece esta experiencia práctica, es positivo (en su negatividad respecto al Imperio de la Razón) en tanto el técnico y el paciente concientizan las contradicciones veladas institucionalmente. Se descubren en un campo situacional en el que ambos están inmersos y en el que se puede expresar, con asombro, la disposición a horizontalizar las relaciones como contrapartida de lo que definía la anterioridad institucional: opresores/ oprimidos. La Comunidad Terapéutica no se debe cristalizar, no debe ser un fin en sí mismo, pues de ser así no sería más que un sustituto de formas de formas de dominación más descarnadas, una nueva forma de ocultar el conflicto social que se reproduce en el manicomio. Es decir, es un modelo no acabado que requerirá de una superación transformadora.

Un segundo momento podríamos delimitarlo como aquel en el que el técnico se niega a ser guardián de la "homeostasis social", deja de objetivar-cosificar-estigmatizar al internado, ya no es quien establece los límites entre saber y no saber, tener-no tener, ser y no ser más que un des-hecho. El internado, a su vez, en la horizontalidad de los vínculos así habitables y que también el forja activamente, manifestará su agresividad, se rebelará contra la injusticia a la que ha sido sometido. Será co-gestor de esta grupalidad-subjetividad que resiste la condena desde y en una "subversión emocional": no ocuparán los lugares asignados desde el oráculo psiquiátrico, cuyas pitonisas son portavoces de los mandatos de las estructuras de poder esclerotizados en el desgarrar de las diferencias que cuestionen LA VERDAD (dominada de la continua autoreferencia delirante del discurso de co-acción-poder).

Los pacientes y los técnicos son sujetos histórico-sociales con capacidad de transformación.

Un tercer momento es la abertura del hospicio a la comunidad, ya no está "fuera de", sino que se lo instala donde siempre estuvo: "dentro y funcional a tal sistema". El "loco" comienza a circular en la comunidad a la vez que se trabaja operativamente sobre los miedos, rumores y pre-juicios de la comunidad que entretanto comienza a integrar (integrándose) a los "desaparecidos" en sus acontecimientos. Se esclarece un eje fundamental: los pacientes son, ante todo, marginados sociales. Aquí es cuando Basaglia imprime el viraje, los pacientes en tanto excluidos (doble estigma superpuesto: obrero-loco) deben pasar a ser responsabilidad del gobierno provincial: "Es un problema de asistencia pública que no puede seguir pasando como problema psiquiátrico".

En este movimiento de "salir añuera" del internado y ese "entrar adentro" por parte de distintos sectores de la población se genera conciencia, se explicitan los alcances aterradores de la institución manicomial, su irracionalidad y sus objetivos encubiertos. La población y los internados derrumban los muros que simbolizan la represión. Si bien Basaglia se da una estrategia y una táctica política para generar un dispositivo alternativo (intervención de la C.G.T., P.C.I., izquierda no parlamentaria, movimiento estudiantil) que

garantice el cierre de los manicomios, la sanción de la ley 180, el generar un polo de contrapoder en el que sostener la experiencia, marca los límites del proyecto: reforma parcial de una problemática sectorial. Recurriré, nuevamente, a las palabras de Franco Basaglia: "Cuando el actor de la transformación en el problema de la salud sea el trabajador que pretenda un servicio que responda a sus exigencias y que pueda controlar directamente ...".

Podemos concluir, poniéndonos de acuerdo con los desarrollos efectuados por O. Bonano, que esta situación anhelada por Basaglia, en cuanto a su materialización concreta no es posible en una sociedad dividida en compartimientos estancos, en clases sociales en las que una amplia mayoría es sojuzgada por una minoría privilegiada cercana a la deidad.

Es cierto, el Proyecto consigue la extenuación del paciente psiquiatrizado, pero el sistema de producción-competencia-libre mercado, que entre otras cosas lo enfermó y sancionó, continúa vigente. Permanece señalando y determinando el valor de la vida humana como también la posibilidad de sostener un proyecto existencial que pretendiera un otro orden de relaciones sociales, tal como lo hacen muchos pacientes, acaso no con palabras o acciones organizadas sino en el devastador silencio de su enfermedad. El silenciamiento denegatorio, el amordazamiento de cualquier voz (vos) que desnude a los sacerdotes de las tautologías "occidentales y cristianas", mantiene plena vigencia.

La actualidad de la manicomialización en la Argentina fue en algunas ocasiones, en movimientos ubicables entre la década del '60 hasta mediados del '70, puesta en cuestión, pero es dable señalar que siempre han producido efectos de reforma parcial en el sub-sector "Salud Mental". Uno de los precursores, injusto sería no señalarlo en tanto jamás se lo recuerda como tal salvo en extrañas ocasiones, fue Enrique Pichon Riviere. Fue él quien, luego de un arduo trabajo solitario, señaló que la oligofrenia (causa orgánica-dolencia irreversible) que tenían diagnosticada el setenta por ciento de los pacientes internados no era tal, sino que se trataba de oligoimias (perturbación evolutiva determinada por disturbios emocionales). También fue él quien, intentando generar vínculos de orden diverso al dado, organizó grupos operativos y de reflexión con enfermos, pacientes y psiquiatras. Creó un servicio específico para la atención de adolescentes cuya problemática se hallaba fusionada a la del adulto. Recordemos que por esta apuesta dinamizante fue expulsado de la institución en una escena no exenta de un alto grado de violencia.

Mauricio Goldemberg, a su vez, orientó su labor hacia la incorporación de servicios de psicopatología en hospitales generales, lo cual evitaría la internación manicomial, por su valor preventivo, y cuestionaría la división radicalizada entre salud mental y salud en general. Si bien la dirección que le dió a su proyecto fue multidimensional, lo que implicaba trabajar sobre todas las inserciones del sujeto, tales unidades nunca dejaron de ser asistencialistas siempre atravesadas por un criterio de necesidad: debía aparecer la demanda efectivamente realizada.

Es también destacable el trabajo de Alfredo Moffatt, fundador de la Peña Carlos Gardel, del trabajo psicodramático en el Hospital Estevez, años más tarde promotor del bancadero, del bancapibe, de la Cooperativa Esperanza en el Borda. No obstante introduce innovaciones sustanciales y genera nuevas modalidades de intervención contrainstitucional, no ha podido, a mi criterio, ligar estas experiencias puntuales entre sí, para lo cual es una necesidad ineluctable la articulación de lo diverso más allá de la inmediatez de la experiencia y su posible conceptualización.

Son fundamentales las experiencias realizadas a principios de los setenta por los grupos Plataforma y Documento, proyectados hacia la teorización y práctica concreta en el campo manicomial y carcelario y en villas miserias. Estos movimientos, que tuvieron como protagonistas, entre otros, a Armando Bauleo y Eduardo Pavlovski, fue sofocado de modo terminal por la institución del terror de la dictadura.

Otra de las perspectivas la introduce Vicente Zito Lema al señalar que las experiencias realizadas en los psiquiátricos, con el arte como mediador, no eran más que una "laborterapia" enmascarada. La acción curativa del "loco" le permitía al técnico diferenciar taxativamente entre el "arte normal" y el "arte patológico", a partir del cual se establecía nuevamente esa abismal diferencia entre el psiquiatra sano y el internado-artista loco. Tal crítica aparece sostenida por Zito Lema en "El pensamiento de Jacobo Fijman o el viaje hacia la otra realidad", libro que Cooper señala como aquel en el que se sintetiza el posible proyecto antipsiquiátrico en la Argentina. Luego de realizar y sostener junto a los pacientes espacios disparadores del proceso creador, en los que la producción era aprehendida como un nuevo acto creativo, Zito Lema plantea los límites de su trabajo: los cimientos del hospicio continúan arraigados a la gran "cloca social". Es cuando abandonará junto a otros intelectuales su lugar de inserción contrainstitucional para luchar, no ya en espacios recortados, sino desde el deseo de construir una sociedad nueva en la que la cultura y el arte sean la expresión del hombre libre, sujeto no alienado a los "deber ser" extrínsecos a su potencial de transfigurar lo siniestro en maravilloso. Tal movimiento, abortado por el terrorismo de Estado, debe comprenderse, tal como lo dijera Vicente Zito Lema, en el marco de un gran sueño colectivo que los impulsaba a generar actos y pensamientos que viabilicen la transformación estructural de la sociedad. ¿Existe hoy, luego de la destrucción de gran parte de la trama social, la posibilidad Alternativa al hospital psiquiátrico? Trataré de exponer mi parecer, acaso influido por la fértil experiencia llevada adelante en Río Negro por H. Cohen y un equipo de trabajadores de la salud:

## VI

• Comprender la problemática del hospicio situacionalmente, lo que implica, como ya lo señalé, la realización de una lectura no literal de lo instituido sino la apertura de sus múltiples determinaciones.

• Efectuar cotidianamente un trabajo contrainstitucional co-operando junto a los internados. Es una tarea que se despliega en el seno mismo de la institución en la que no se niega la problemática psicopatológica sino que se rechaza la concepción ideológico-política, científica y económica que lacera al sujeto allí recluido. Esto implica asumir en el campo de la experiencia concreta-alternaiva la real dimensión de las contradicciones que atraviesan a nuestra propia práctica y tener la capacidad operativa grupal (plasticidad como contramodelo de la estereotipia) de superarlas en su dinamización develadora, apertura de la circulación de un nuevo lenguaje-acción transformador. En la constitución fundante de la grupalidad, lo desdibujado se espirala: el paciente ya no es objeto de tal o cual servicio (decir cotidiano: "Soy -le pertenezco- del servicio x) sino él es un sujeto que comienza a recuperar su condición de deseante, sujeto histórico, social, con un cuerpo y un nombre. En la pertinencia-pertenencia al grupo que co-gestó y constituyó horizontalmente hay lugar y espacio para el dialecto de su propia historia siendo que correlativamente se irá construyendo un lenguaje compartido. Se profundiza en la realidad de cada miembro en su articulación a la tarea que se asigna el grupo, se dilucida la existencia del padecimiento psíquico pero ante todo se vislumbra que se ha depositado, sobre cada uno y de modo masivo, todo lo inaceptable por la sociedad. Está allí cumpliendo el castigo de provenir invariablemente de la clase trabajadora y por no adecuarse a la homegeneización vigente.

• El grupo-sujeto sale al "afuera" con su producción, por ejemplo una revista, en la que denuncia, señala, tal como lo dijera un paciente, que el hospital psiquiátrico "es un campo de concentración", renuncia a ser el cuerpo en el que el guardián hunde sus fetiches y re-enuncia en su acción-palabra en tanto lucha por recuperar un lugar digno en lo social.

Este nivel de reflexión-práctica concreta, moviliza a la institución, al cuerpo social y a los sujetos de la experiencia.

• Efectuar trabajos consistentemente en los diversos niveles de la comunidad: sindicatos, sociedades de fomento, clubes barriales, facultades, promoviendo espacios de interrogación respecto a la existencia del hospicio. Comenzar a anudar tales instancias en las que la población se apropie de una problemática que no está inscripta como tal y pueda realizar propuestas y salidas alternaivas a lo que se presenta como "dado e inmodificable".

• Articulación de otros sectores que luchan por una alternativa específica, pero que de todos modos es muy posible deban afrontar dificultades similares a las intrínsecas de la manicomialización. La problemática de la exclusión no se reduce a la realidad del paciente psiquiatizado. Comenzar a generar red(es) alternativa(s).

• A partir de la realidad, la necesidad de cambio que emerge en el establecimiento de estos vínculos, del trabajo de abolición del manicomio desde dentro, intentar colectivamente construir espacios de des-alienación que correlativamente se ofrezcan como primer eslabón de la reinserción del sujeto internado y operen preventivamente en lo social.

• Trabajar en tal dispositivo desde este "nuevo saber" y la transdisciplina, en la que cada trabajador de la salud asuma una posición crítica respecto del "opresor legitimado" que lo reenvía a un lugar en que la norma no hace otra cosa que preservarlo del compromiso con lo inédito.

• Tan solo después, aquí marco la sucesión de un tiempo cronológico siendo que los puntos anteriores se van constituyendo en la coexistencia y en los tiempos lógicos que van emergiendo de la situación, y sólo luego de que la propia comunidad lo exija, impulsar una ley antimanicomial en la que se refuerce lo conquistado desde y en la conciencia colectiva. De otro modo nos encontraríamos nuevamente frente a la ley del Otro, de cuyas silabas se destila la ponzoñosa restitución de aquello que fue imposibilidad en lo social.

• Apropiarnos de una posición alternativa no ya frente a lo sectorial sino ante la estructura que lo produce siendo a la vez producida por él.

(\*) Franco Basaglia (Venecia, 1924 - Venecia, 1980), médico especializado en neurología en la Universidad de Padua, dedicó su vida profesional a la docencia y a la transformación de los hospicios públicos, sus experiencias en los Hospitales Psiquiátricos de Gorizia (1961-1969), Parma (1969-1971), Trieste (1971-1977) y Lazio (1977-1980) provocaron un profundo cambio en la concepción europea acerca del encierro manicomial.

Miembro activo de los movimientos "Psiquiatría Democrática" y "Crítica de las Instituciones", su labor antiinstitucional generó la reforma legislativa que llevó a la abolición de los manicomios en Italia (Ley 180 del 1º de mayo de 1976 y 833 del 15 de diciembre de 1978).

## Bibliografía:

- Che cos'è la psichiatria?, Amm. T. Parma, Parma, 1967/ Einaudi, Torino, 1973. Versión en español: ¿Qué es la psiquiatría?, Guadarrama, Madrid, 1976.
- Morire di classe, Einaudi, Torino, 1969.
- La maggioranza deviante, Einaudi, Torino, 1971. Versión en español: La mayoría desviada, Laia, Barcelona, 1973.
- L'istituzione negata. Rapporto da un ospedale psichiatrico. , Einaudi, Torino, 1972. Versión en español: La institución negada. Informe de un hospital psiquiátrico, Barral, Barcelona, 1972./ Corregidor, Buenos Aires, 1976.
- La institución en la picota, Encuadre, Buenos Aires, 1975. (Recopilación de textos, artículos y comentarios de libros hechos por Franco Basaglia y Franca Basaglia Ongaro).
- Crimini di pace. Ricerche sugli intellettuali e sui tecnici come adetti all'oppressione, Einaudi, Torino, 1975. versión en español: Los crímenes de la paz. Investigación sobre los intelectuales y los técnicos como servidores de la opresión, Siglo XXI, México, 1977.

¿Pero hay en la memoria del hombre un sólo dolor que sea nuevo original?

¿Qué ha sido su historia más que la historia de la desdicha que lo persigue y de la humillación que lo acosa sin treguas bajo las sagradas vestiduras de la razón?

Y si un hombre sano una conducta legítima permitida

es adaptarse satisfactoriamente al orden social a la seguridad nacional

sin pensar en la justicia de su estructura

ni en la perversión y criminalidad

de su funcionamiento,

cómo negarle al hombre que se niega

a participar de una falsedad esencial

a revolcarse en la hipocresía y en la sumisión,

que rechaza lo que su conciencia denuncia

y su alma aborrece,

el derecho de clausurar su cabeza.

Y no pronunciar palabras

ni cometer actos

ajenos a la severa vía crucis de la rebeldía

o a la terrible cloaca de la demencia.



# ENTRE LA REALIDAD Y EL DERECHO:

## DIMENSIONES DE UNA CIENCIA PENAL CRITICA

Por Alberto M. Binder

### INTRODUCCION

Esta nota sólo tiene sentido para los que estén dispuestos a sostener las siguientes proposiciones:

1. El sistema penal es un instrumento de control social que recae preferentemente -si no de modo exclusivo- sobre los sectores de menores recursos de la sociedad;
2. de ese modo, consolida un "orden" injusto y violento, que margina a esos mismos sectores de las condiciones elementales de una vida digna;
3. el sistema penal "real" -es decir el que "funciona" efectivamente-, poco tiene que ver con las pretensiones normativas del Derecho Penal;
4. por el contrario, es un sistema brutal, altamente militarizado, escasamente garantizador y profundamente inhumano;
5. una ciencia penal que no incorpora estos datos y no plantea todos sus problemas teniendo en cuenta esta función selectiva, o es una ciencia superficial -en definitiva, mala ciencia-, o es cómplice de ese mismo orden, que reviste con ropajes científicos.

No pretendo discutir estas afirmaciones, por otra parte tan comunes en la literatura penal y criminológica de los últimos tiempos. No sólo las considero muy ciertas, sino que las ciencias penales han acumulado tanta información y discusión sobre ellas, como para plantearmos un paso subsiguiente, que las incorpore, pero no las tenga como eje central de la discusión.

La pregunta que creo interesante resaltar es la siguiente: una vez que hemos comprendido el funcionamiento real del sistema penal, ¿qué hacemos con esa comprensión? O dicho de otra manera: una vez que hemos llegado a la convicción de que el sistema penal cumple las funciones que hemos descrito, ¿qué hacemos con esa convicción? ¿Para qué nos sirve? O mejor aún ¿para qué le sirve a los sectores castigados por el sistema penal que finalmente hayamos comprendido cómo funciona?

Cuando estas preguntas se incorporan a la batería de preguntas de la ciencia penal creo que recién allí se puede decir que esa ciencia ha adquirido un carácter crítico. Por el contrario, si la ciencia penal se limita a ser una mera observadora del fenómeno, bien podemos decir que ha cambiado de paradigma, pero no de posición social. Y alguien podría preguntarse cuáles serán las nuevas formas de de complicidad que traerá consigo el nuevo modelo de explicación.

### II. GRANDEZA Y LIMITES DE LA DENUNCIA

El hecho de que quiera realizar una reflexión que vaya más allá de la descripción de funcionamiento real del sistema penal no invalida, de ningún modo, la necesidad de profundizar la actitud de denuncia. Muchos sectores de nuestro país y de Latinoamérica viven todavía en un "sopor dogmático" -que no es lo mismo que hacer buena dogmática penal, lo que es altamente necesario- que los lleva a una visión "ingenua", "tecnicista" o puramente descomprometida del derecho penal.

El problema no es sólo de los científicos. Porque si fuera sólo de ellos no habría gran problema. El problema es que muchos sectores políticos y gran parte de la sociedad está impregnada de una visión descomprometida del derecho penal. ¿Cuántas veces hemos oído hablar a políticos, legisladores o simples ciudadanos de problemas de política educativa, de política económica, etc? Muchos de esos temas son, incluso, de igual o mayor contenido técnico que los problemas del derecho penal o de la política criminal. Sin embargo, los políticos y los simples ciudadanos hablan y opinan sobre ellos. ¿Por qué no existen opiniones sobre la política criminal, en sentido amplio, o cuando existen tienen un nivel primario, cercano a la petición de venganza? No se puede decir que es porque el sistema penal no es una realidad cotidiana, porque no es así; al contrario, lamentablemente el sistema penal se hace cada día más cercano, de la mano de la mayor represividad de la sociedad.

Creo que tras este fenómeno de alejamiento hay una larga política de ocultamiento. Los problemas de la política penal han quedado reservados a unos pocos focos de "productores de política criminal", ayudados por "cenáculos" de técnicos supuestamente "asépticos". Por lo tanto misión de denuncia será tanto develar el funcionamiento del sistema penal, descubrir a los centros productores de política criminal y democratizar la discusión, llevarla al seno mismo de la sociedad y de los grupos organizados. En definitiva, la política criminal no es única sino que tiene un carácter transaccional -como toda la política-: ella se nutre de pactos, acuerdos, lucha por la hegemonía e imposiciones. Del resultado de esa dinámica saldrá, en definitiva, la política criminal de un Estado. Cada grupo social debe tener sus propuestas de política criminal y por eso, misión del científico del derecho penal será contribuir al esclarecimiento. Los sindicatos, los movimientos de base, las organizaciones barriales y populares, las minorías, en fin: democratizar la política criminal implica que todos estos grupos participen en la producción de ella.

Esto nos marca un defecto tradicional de la denuncia: muchas veces ella se ha quedado encerrada en la vida académica o en los congresos universitarios. De este modo, o se convierte en un diálogo entre sordos, o se convierte en una ratificación colectiva de lo que todos y cada uno ya conoce, pero sus efectos sociales son ínfimos.

La denuncia, la actividad crítica penal se debe nutrir de las investigaciones universitarias -por cierto aquí hay otro problema, que es el escaso desarrollo de las investigaciones empíricas, de modo que muchas veces pretendemos hablar científicamente de la realidad sin tener los datos y el análisis de esos datos más adecuado-, pero debe trascender la vida universitaria y los círculos intelectuales. De modo contrario la denuncia se convierte en un ejercicio intelectual interesante pero inútil, o, lo que es peor, se convierte en una moda, en la aberrante utilización del sufrimiento ajeno.

#### CURSOS 1991

##### SEGUNDO CUATRIMESTRE

- Deleuze: Interferencias  
Edgardo Chibán
- Semiología de Peirce  
Alejandro Rússovich
- ¿Qué es la Pasión Política?  
Horacio González
- Cuatro versiones filosóficas sobre la libertad  
Cristian Ferrer
- Imagen y verdad en el cine y la T.V.  
Ricardo Parodi

#### CICLO DE CONFERENCIAS

##### ¿QUIEN ES?

- |       |   |
|-------|---|
| 26/9  | ¿Quién es Maurice Blanchot?<br>Alberto Giordano |
| 3/10  | ¿Quién es Chretien de Troyes?<br>Ricardo Miró   |
| 10/10 | ¿Quién es Herodoto?<br>Alberto Laseca           |
| 17/10 | ¿Quién es Michel Foucault?<br>Tomás Abraham     |
| 24/10 | ¿Quién es San Pablo?<br>Enrique Mareque         |
| 31/10 | ¿Quién es Anthony Burgess?<br>Edgardo Chibán    |

COLEGIO ARGENTINO  
DE FILOSOFIA

Paraná 774 1º B (1017)  
T.E. 812-2838 - 16 a 20 hs.

**III. UNA POLITICA CRIMINAL ALTERNATIVA**

Pero nuevamente nos enfrentamos al mismo problema. Ya hemos denunciado y provocado discusión social y ¿hora qué hacemos?

Nos hallamos, pues, ante la necesidad de encarar otra dimensión: el diseño de una política criminal alternativa. Esta actividad es quizá más importante que la denuncia misma, porque sin ella caemos en la inoperancia y además la denuncia misma se torna superficial porque sin modelos de referencia tampoco se comprende el funcionamiento del sistema penal real. Toda crítica se nutre de datos y de utopías.

El diseño de una política criminal alternativa es quizás la actividad científica esencial de nuestro entorno latinoamericano. ¿No queremos un derecho penal que castigue a los pobres? Debemos tener una propuesta concreta diferente. ¿No queremos un juicio escrito, burocrático e inquisitivo? Debemos tener una propuesta alternativa. ¿No queremos cárceles inhumanas? Propongamos algo distinto.

La construcción de un modelo alternativo de política criminal no es la construcción de una utopía. No alcanza con decir "queremos un derecho penal mínimo, donde existan soluciones distintas a la imposición de una pena, donde la víctima y el victimario puedan llegar a un arreglo satisfactorio, donde se humanicen las cárceles y no se impongan ideologías, etc ...". Mucho menos alcanza aún con decir "No queremos ningún derecho penal, porque él es intrínsecamente perverso, violento y brutal".

Entiéndase bien, no quiero decir que no haya que construir algún modelo de utopía; al contrario, ella es imprescindible, como ya dije. Lo que no creo es que la función del científico quede satisfecha porque ha construido o difundido una determinada utopía penal. Una actitud así poco sirve a los sectores castigados por el derecho penal y puede convertirse en una simple pose intelectual. De lo que se trata es de construir "modelos de política criminal alternativa" concretos, abarcadores, imaginativos, realizables en el corto plazo, que puedan presentarse como conquistas sociales, aunque no cumplan con todas las exigencias de la utopía. Precisamente esa relación nunca acabada entre la utopía y el modelo alternativo es lo que nutre y da sentido a la dinámica continua de la lucha por una sociedad más digna, en el ámbito específico del derecho penal.

**V. CONCLUSION**

En síntesis, el trabajo del científico penal está tensionado por una triple exigencia:

- a) denunciar el funcionamiento del sistema penal, descubrir a los centros tradicionales de producción de la política criminal y democratizar esa discusión;
- b) construir modelos alternativos de política criminal, concretos, abarcadores, imaginativos, referenciados a utopías penales;
- c) contribuir a que esos modelos de política criminal formen parte de las luchas políticas concretas, es decir, aspirar a poder concretarlos. Esto no quiere decir que todo el mundo deba hacer lo mismo sino que cada dimensión debe estar integrada a las demás, en un trabajo

**IV. EL SISTEMA PENAL COMO "ESPACIO" DE LUCHA POLITICA**

Pero nuevamente nos encontramos con un límite: ¿qué hacemos nosotros, y en especial, que hacen los sectores castigados por el sistema penal con el modelo alternativo? Un modelo alternativo, real, tiene que tener vocación de ser efectivo, vocación de poder. Es allí donde nos encontramos con la tercer dimensión. Se trata de incorporar el modelo alternativo de política criminal a la lucha política concreta.

El sistema penal no ha sido tradicionalmente un espacio de lucha política: se ha defendido transformándose en un casullo cerrado, protegido por las murallas del tecnicismo y de la apoliticidad.

Romper esas barreras y planear políticas concretas para ocupar ese espacio: debemos tomar conciencia que los sectores conservadores han tenido políticas más claras para ocupar ese espacio que los sectores progresistas de la sociedad. Un modelo alternativo que no se integra en las luchas políticas concretas no es en realidad un modelo alternativo.

colectivo: no existe espacio para el individualismo científico, quien no esté dispuesto a formar equipos de trabajo, es porque no asume la necesidad de integrar las tres dimensiones necesarias para hacer una verdadera ciencia penal crítica.

Creo que este es el desafío que debemos afrontar. No es nada nuevo, las ideas penales que han triunfado es porque han transitado estas tres dimensiones. Y de lo que se trata aquí, es de transformar el sistema penal (lo que es mucho más importante que explicarlo), no quedarse en simples profetas de la desgracia que, además, generalmente es la desgracia ajena, de los que no tienen aliento para esperar que nos demos cuenta de cómo funcionan las cosas, cuando el sufrimiento ya es antiguo.

**EL ESPACIO INSTITUCIONAL**

La Dimensión Institucional de las Prácticas Sociales

**GRUPOS TEMATICOS**

- |                    |                      |              |
|--------------------|----------------------|--------------|
| La institución de: | la familia           | la salud     |
| la historia        | psicoanálisis        | la educación |
| marginación        | los derechos humanos | el derecho   |
| el trabajo         | la autogestión       | el feminismo |

- la subjetividad
- el poder
- la violencia
- la filosofía

**INVITADOS**

- René Lourau
- Robert Castel
- Gerard Mandel

**PARTICIPANTES**

- Evo Giberti, Gilou G. Reinoso,
- León Rozitchner, Hugo Vezzani,
- Mario Testa, Hugo Spinelli,
- Tomás Abraham, entre otros

Coordinador del grupo temático derecho:  
Horacio Gárgano Tel.: 790-4624 / 804-7924

**BS. AS.**

**21 AL 24  
DE NOVIEMBRE  
1991**

**INFORMES E  
INSCRIPCION**

Alfio  
**Teodoro García 2574**  
Tel. 553-3800/0683

**1er. ENCUENTRO**

INTRODUCCION

La rama jurisdiccional es seguramente el flanco más débil de los Estados latinoamericanos. Diferentes aspectos vinculados a la denominada cuestión judicial hacen que la legitimación de las administraciones de justicia se haya hecho cada vez más difícil dentro de la forma que ha ido asumiendo en América Latina.

Mientras el derecho y los discursos jurídicos se han mantenido dentro del marco de concepciones iusnaturalistas-tomistas o iuspositivistas, la idea de una administración de justicia que aplica meramente el ordenamiento jurídico ha impedido que surgieran interrogantes o que se cuestionara el papel que la jurisdicción cumple frente a regímenes de injusticia social.

En efecto, la cultura jurídica latinoamericana, con pocas fisuras se ha mantenido unida o dependiendo de las tradiciones francesas o germanas que, hasta mediados del siglo XX, han continuado en Europa la función legítima de los ordenamientos jurídicos cumplida por la disciplina que los estudia. Esta ha sido una función que, de modo más o menos cambiante se ha llevado a cabo a través de sus propias conceptualizaciones, es decir, mediante las operaciones que ella ha realizado sobre las normas y para justificar la inserción de las innovaciones legislativas en relación con todo el ordenamiento jurídico (ver, para todos estos aspectos De Georgi, 1979).

Más a fin de la década de 1970 se vuelve a poner en primer plano en Europa, como objeto privilegiado de reflexión, la antigua ambigüedad que siempre ha caracterizado el papel del jurista a partir de la experiencia del derecho moderno. Ambigüedad esta en el sentido que el jurista se había colocado, por una parte, en la sociedad y en el equilibrio de los poderes institucionales como custodio de la legalidad positiva, o sea de la positividad del derecho y, por tanto, como portador de un conocimiento técnico en condiciones de garantizar que la solución de los problemas particulares -del caso judicial concreto- pudiera ocurrir siempre sobre la base del procedimiento de subsunción del hecho concreto a la norma jurídica existente.

He aquí, por tanto, una mayor ambigüedad pues el jurista aparecía también como garante de la legitimación del entero ordenamiento jurídico, o sea de la correspondencia de las normas y de los preceptos jurídicos particulares con la racionalidad jurídica. Científico del derecho era entonces, en ese sentido legitimador, aquel portador de un conocimiento capaz de mediar entre la positividad de la norma y la racionalidad jurídica intrínseca o immanente a la misma estructura lógica de la noción de norma, tarea para la cual se le preparaba específicamente (acerca de este orientado proceso de formación del jurista en las facultades de derecho hasta esa época, cfr. Wietthöler, 1968).

Es así entonces como se puede comprobar que la ambigüedad del jurista es la misma ambigüedad de la relación entre positividad y legitimidad que atraviesa toda la historia del pensamiento jurídico moderno y que está en la base de la tradicional distinción entre aquellos que se ocupan del problema de la justicia (¿qué cosa es el derecho?) y de los que se ocupan de la aplicación o de la comprensión por el legislador (cfr. Barcelona, 1984, 9).

Si desde los comienzos del presente siglo el tema en discusión giraba en torno a la interpretación del derecho, el cual confrontaba a quienes sostenían la cerrazón del sistema -y por tanto la deducción sobre líneas internas de los cánones hermenéuticos- con aquellos que, en cambio, sostenían la validez del recurso a la tipología social o a los datos extrajurídicos obtenibles en el análisis de la realidad social, en la actualidad el debate encara directamente en la teoría de las fuentes, o sea el tema mismo de las normas, de la noción de norma y de normatividad (una síntesis de este debate puede encontrarse en Baratta, 1983). En consecuencia, hoy no es tanto la técnica de determinación de los contenidos de las leyes y de las posibles referencias a datos extralegislativos lo que preocupa, sino es la idea misma de derecho lo que se pone como *quid* para la cultura jurídica europea de las dos últimas décadas.

Este fenómeno ha sido particularmente evidente en algunos casos y especialmente en aquellos en que los propios juristas han teorizado explícitamente sobre la función del juez como representante y garante de los intereses excluidos, de los intereses débiles, de aquella parte de la sociedad que de algún modo sufre procesos de marginalización y respecto de la cual la jurisdicción puede y debe cumplir una labor. Semejante labor ha tenido una relevancia especial en aquellos ámbitos culturales en los cuales, por vigencia de explícitos principios constitucionales ciertas corrientes de la magistratura judicial, movidos por una sensibilidad democrática, han decidido profundizar tales principios y hacerlos eficaces mediante la actividad jurisdiccional aun

contrariando los propios ordenamientos jurídicos que por variadas razones permanecen todavía enclaustrados en conceptos autoritarios sobre la sociedad civil, cuando no inmersos en una ideología fascista.

Más allá de la argumentación jurídica que para propiciar la solución del caso individual debe tender de cualquier manera a apoyarse sobre el dato normativo, aquello que más llama la atención de este tipo de reflexión es el tema explícito de la referencia a la representación social que se asume como base de la intervención jurisdiccional en el caso y haciendo empleo de forma amplia de aquellos principios constitucionales, orientada a obtener resultados de justicia respecto de franjas de la sociedad que sufren profundas desigualdades o que viven al margen de los grandes poderes u organizaciones de intereses. El problema de la suplencia que han debido afrontar aquellas corrientes de la legislación ha connotado particularmente la actividad jurisdiccional de la última década en países donde los poderes políticos han abandonado la protección de los grupos sociales más desaventajados. El caso italiano, particularmente el de Magistratura Democrática (MD) y, últimamente, el español con Jueces para la Democracia, aunque con menor incidencia social, han demostrado que, cuando los jueces se proponen una reformulación entre derecho y política, a través de un análisis de la praxis jurídica entendida como descubrimiento de la politización de la magistratura, del papel del jurista y de los mismo contenidos normativos no sólo es posible hacer un "uso alternativo del derecho" sino que también puede influirse hasta en la propia epistemología (1).

Lo dicho hasta ahora, prueba sencillamente las posibilidades de una actividad jurisdiccional liberada de los compromisos a los que la constriñe el papel legitimador del ordenamiento jurídico atribuido al juez como técnico u operador dedicado estrictamente a la aplicación de normas.

I

Más tales posibilidades dependen casi naturalmente de dos aspectos fundamentales que configuran lo que con propiedad se denomina cuestión judicial. Tales aspectos están íntimamente relacionados a su vez entre sí. Uno, es el que atraviesa verticalmente toda esa cuestión judicial y es el fenómeno de la independencia judicial y otro es el que alimenta esencialmente al primero, por lo que parece tener una naturaleza mucho más técnica, vinculado a lo propia organización interna de la estructura jurisdiccional pero, como todos los demás aspectos, es de esencia exquisitamente política. Aludo aquí al problema de la selección de los jueces y magistrados que componen los distintos niveles de la jurisdicción y que comparativamente está resuelto en las organizaciones judiciales según los modelos sobre los que éstas están tradicionalmente diseñadas (Pizzorusso 1987).

Modelos de organización como el anglosajón o el italiano (en consecuencia de éste, también el español) tienen resueltos estos problemas de modo diferente. Mientras en el primero las técnicas de selección están más condicionadas por el poder político que en el segundo, en aquél la independencia se garantiza por la conciencia difundida en la sociedad del alto valor que se les reconoce a los jueces y no por las garantías jurídicas del tipo de las que han sido introducidas, con una eficaz aplicación en Italia (y también en España). En cambio, los modelos francés y soviético, que parecen ser mucho más dependientes de los poderes políticos en sus organizaciones judiciales, exhiben mecánicas de selección diferentes aunque en la práctica ninguna de ellas garantiza la eficiencia de jueces y magistrados; en el primero, por la injerencia que tienen las elevadas jerarquías judiciales en la preselección de los jueces (Picard 1987) y, en el segundo, por las directivas que aquéllas dan a los órganos judiciales inferiores sobre la forma en que deben ejercer sus funciones (Smirnov 1978).

Los dos aspectos a que he hecho mención van luego a unirse en un tema que, sobre todo en los dos modelos continentales europeos a los cuales he aludido -el francés y el italiano-, constituye un asunto central para el análisis de las organizaciones judiciales contemporáneas. Me refiero al tan debatido gobierno de la administración de justicia y a sus explicitadas formas de auto o cogobierno.

I. I.

En América Latina el debate sobre la cuestión judicial es hasta ahora de escasa relevancia, habiendo quedado generalmente relegado al marco de relaciones entre el llamado Poder Judicial y los demás poderes del Estado y, en especial, el Ejecutivo. Esto quiere decir que el tratamiento de semejante cuestión ha sido tradicionalmente emprendido por los especia-

LA Q  
DE LO

Realidades  
judici  
de los ju

Por Ro



# EBRA MITOS

## la independencia de la selección en Latinoamérica

Bergalli

listas en derecho constitucional. Con permanente referencia a Montesquieu, ellos han analizado los dos aspectos antes citados (independencia judicial y selección de los jueces) mediante interpretaciones de la teoría de los tres poderes del Estado, sin haber descendido a la consideración de todos los otros elementos que han venido configurando la sociología de la justicia (cfr. Bergalli 1983; 1990), como aquel campo en el que una multiplicidad de disciplinas sociales y de la conducta humana suministran sus aportes. Es evidente que para que esto ocurriera, ocultando o desviando la atención sobre fenómenos tan específicos que hacen a la organización interna de las estructuras judiciales o a las ideologías y los comportamientos de los jueces y magistrados que las componen, han primado obstáculos de carácter cultural, en particular de cultura política y jurídica. Por lo demás, en el ámbito de esa cultura política pocos especialistas se han caracterizado estudiando la función cumplida por el derecho en Latinoamérica, en la configuración de la forma-Estado; viceversa, tampoco los juristas -salvo contadas excepciones (como más adelante se verá)- han considerado las falencias que genera la consideración singular de sus discursos y de las instancias de aplicación del derecho, apegados meramente al estudio interno de los ordenamientos jurídicos. El uso y las prácticas alternativas del derecho que están surgiendo en América latina no provienen de quienes reflexionan sobre él en la forma tradicional, sino de aquellos juristas (abogados) que han comprendido los reclamos de los movimientos sociales en la búsqueda de justicia social, por lo que dejan de acudir para la solución de sus conflictos al derecho y a los tribunales del Estado (2).

Ahora bien, será muy difícil hacer aquí un análisis pomerosizado acerca de cómo el fenómeno de la independencia judicial se manifiesta en todos los Estados latinoamericanos. Por otra parte, si dicho fenómeno se manifiesta esencialmente con los mecanismos que se emplean para la selección de los jueces, la tarea sería aún más compleja pues estaría obligado a entrar en cada uno de los sistemas nacionales activos en los respectivos países y destinados a configurar sus diferentes cuerpos judiciales. Pero éstos no son los objetivos del presente trabajo. El análisis que aquí se pretende exponer más bien se orienta a rescatar las características generales que emergen de aquellos aspectos centrales de la cuestión judicial latinoamericana, para luego extraer de ellas algunas conclusiones que permitan poner al descubierto las ideologías que guían las administraciones de justicia en el continente.

Por consiguiente, en una visión panorámica, conviene tomar los sistemas de los tres países de los extremos y el centro continentales para recoger aquellas características que luego se verán esparcidas, con matizaciones, por las demás organizaciones judiciales de la región. Argentina, México y Brasil constituyen ejemplos típicos de organización piramidal de sus administraciones de justicia, teniendo en cuenta que sus respectivas jurisdicciones de provincias o Estados confederados se configuran del mismo modo que las federales y éstas, a su vez, reproducen el modelo anglo-americano con una Corte Suprema en la cúspide de la pirámide a la cual se le requiere que en parte cumpla un papel que, por ejemplo en el modelo francés, se le atribuye al Ministerio de Justicia.

La organización judicial se basa entonces sobre las Cortes Supremas y los constitucionalistas han pensado siempre que la independencia de la magistratura depende esencialmente de la de los jueces (ministros) que integran esos altos tribunales. El sistema norteamericano de designación política con un cierto control (nombramiento del Ejecutivo con acuerdo del Senado) está en vigor en los tres grandes países. Pero otro numeroso grupo de Estados ha preferido evitar cualquier intervención del Ejecutivo y confía al Parlamento la elección de los jueces de la Corte Suprema, en la creencia que de este modo se alejan las interferencias de factores políticos. Si la República Dominicana, Bolivia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Uruguay y Venezuela han seguido ese tipo de sistema, tampoco han asegurado mejor que los otros la independencia judicial pues la inestabilidad institucional y la frecuencia de las interrupciones a la legalidad constitucional como rasgo principal de todo el continente -salvo muy contadas excepciones- han burlado la salvaguardia de toda independencia judicial. Por lo demás, si la cláusula de inamovilidad de los jueces es ciertamente la más importante de las garantías que se adoptan en su selección y nombramiento, el hecho ya comprobado por Lambert en 1963 de que entonces en catorce países regían sistemas de nombramiento temporal de los jueces de la Corte Suprema y en algunos el mandato era por cierto breve (a veces menor que el del Presidente de la República), revela que la independencia judicial en el cuadro de la teoría de la separación de los poderes es más un mito que una realidad en Latinoamérica. Pero, de todos modos y como además

ese fenómeno no sólo se constata en el nivel de las Cortes Supremas, sino asimismo con los demás jueces federales y nacionales, conviene analizar algún caso concreto para hacer patente la carga ideológica con la que se sostiene ese mito en Latinoamérica. El caso de la República Argentina es sin duda el más útil a tal fin, sin perjuicio de atender a otros también.

2.

La elección del caso argentino para poder analizar la realidad de los dos aspectos centrales a la cuestión judicial latinoamericana, como lo son los de la independencia judicial y el de la selección de los jueces no obedece a un capricho. Existen motivos para escogerlo; entre ellos aparecen no sólo las vicisitudes que han particularmente rodeado la estructura y la vida de la organización judicial argentina en relación con los avatares a que se han visto sometidas las instituciones políticas, sino que también deben destacarse algunos fenómenos como el protagonismo asumido por los jueces y fiscales en tiempos recientes a raíz de sucesos de raíz política. Por último, existe el más sencillo motivo personal de un mejor conocimiento de la cuestión sobre la cual me he exployado reiteradamente.

2.1.

La Constitución Nacional argentina (CN) y la llamada ley de "Organización de la Justicia Nacional" (dec./ley 1285/58, ratif. por ley 14.467 y posteriores modificaciones), prevén un sistema bastante sencillo, por una parte, y eminentemente político; por la otra, para la selección (o elección) -reclutamiento, nombramiento, promoción y remoción- de los jueces federales y nacionales que, en diversas composiciones, integran los juzgados de 1ª instancia, los tribunales o Cámaras colegiados de 2ª instancia y hasta la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Cuando digo sencillo aludo obviamente a las condiciones requeridas para ser juez de la Corte Suprema y de los llamados "tribunales inferiores" (art. 97 CN y arts. 4, 5, 6 y 7 de la ley de Organización de la Justicia Nacional, OJN); mientras, cuando digo político, estoy únicamente recordando por ahora su origen, en tanto es el Poder Ejecutivo (PE) y complementariamente el Legislativo, los que permiten el nombramiento (art. 86, inc. 5 CN) y proceden a la remoción (arts. 45 y 51 CN) de los jueces que configuran el denominado Poder Judicial de la Nación.

Es obvio que este sistema de elección de jueces federales y nacionales argentinos responde a un todo -al igual que en México y Brasil- a la primacía de los poderes políticos que constituyen el Estado argentino. Se ha pretendido, ciertamente, que la falta de legitimidad para ese Poder Judicial quedará en parte subsanada por esa privilegiada intervención del Ejecutivo y del Legislativo en el nombramiento y remoción de los jueces pues ellos sí, como lo prevé la CN, resultan elegidos -aunque en forma indirecta el Presidente y el vice-Presidente de la Nación (arts. 81 y 85 CN)- por el voto popular (arts. 37 y 46 CN, para diputados y senadores). Pero, también es obvio que este sistema ha generado graves problemas de dependencia o de débil independencia de la jurisdicción, como trataré de demostrarlo.

2.2.

Existe en la Argentina una larga tradición que ha procurado dar rango de auténtico Poder del Estado al Judicial, intenta ubicarlo en el mismo nivel de autonomía de la que gozan el Ejecutivo y el Legislativo. Aquí no haré ni siquiera una síntesis de tal tradición pues, por otra parte, ya la ha hecho en otras partes (cfr. Bergalli 1984a; 1984b; 1984c; 1984d). Y si bien mi resistencia a reconocerle al Judicial esa naturaleza arraiga en una de las dos grandes ópticas actuales que los teóricos del estado contemporáneo han construido para interpretar la antigua tesis del Poder tripartito expuesta por Montesquieu, quizá ella pueda entenderse como un *ex abrupto*. Pero ocurre que dicha tesis, seguida por los teóricos del Estado liberal, también necesitó y ha sido interpretada desde dos grandes ópticas: la que, al tiempo que verifica la superación de los límites impuestos por la teoría de la división de poderes, a raíz de la presencia de nuevas dinámicas sociales, piensa que ya son necesarias nuevas articulaciones institucionales; y la que, a raíz de la pérdida de vigor de la separación de los poderes encuentra un nuevo sostén para el Estado en la llamada "soberanía popular", concepto éste que suministra una lógica unificadora para todas las expresiones de los poderes estatales, incluido el judicial (cfr., por todos, Pizzorusso 1982, 58 y ss.).

Desde este último punto de vista se alega una substancial recomposición posible en la hipótesis de la unidad del comando popular y esta óptica es quizá la que permite interpretar muchas de las transformaciones por las que están pasando los cuerpos judiciales de los países post-industriales. No obstante, es muy

importante resaltar aquí que, pese a toda esta dinámica que ha sacudido las rígidas concepciones en torno a la ubicación de la administración de justicia en el esquema institucional; que ha alterado la vieja imagen de los jueces por sobre la sociedad y que ha otorgado a éstos una nueva representación social en el cuadro de los aparatos estatales, haciéndolos portadores de valores emergentes, la actividad judicial sigue encontrando sus mejores puntos de apoyo en el marco del Estado de derecho.

No obstante lo dicho, sigo pensando que mi resistencia a reconocerle verdadera naturaleza de Poder a la rama jurisdiccional del Estado argentino y fuera del plano teórico, se apoya sobre unos hechos (y aquí se constata la necesidad de observarlos según los instrumentos de esa parte de la sociología jurídica que se conoce como sociología de la justicia) que creo haberlos ilustrados ampliamente en trabajos anteriormente citados y que son suficientemente veraces como para confirmarla a través de la práctica real de la jurisdicción en Argentina y en otros países latinoamericanos.

### 2.3.

Aludo, por otra parte, a decisiones de la Corte Suprema de Justicia, pronunciadas en críticas oportunidades, mediante las cuales se prestó un legitimación a regímenes *de facto* instaurados a través del empleo de la fuerza militar. Por otra parte, recuerdo decisiones del poder político que directamente avanzaron sobre el máximo tribunal argentino para obtener su adhesión. Y, por último, menciono verdaderas intervenciones de fuerza para "deshacerse" de jueces incómodos, como ocurrió en Colombia en noviembre de 1985, en el Palacio de Justicia de Bogotá.

#### 2.3.1.

Así puede afirmarse que la jurisdicción confirmó la intervención golpista en la República Argentina y no fue nada casual, en consecuencia, que luego de semejantes actitudes de la Corte Suprema de Justicia la propia forma-Estado de derecho quedará más tarde como una mera expresión de deseos.

El máximo tribunal argentino había seguido una tradición de la jurisprudencia norteamericana, conocida como doctrina de las *Political Questions* por la cual, según el clásico principio de la división de poderes -que se presenta como eje central del diseño constitucional norteamericano-, "las cuestiones políticas no están sujetas al conocimiento judicial". La naturaleza de semejantes cuestiones fue detenidamente examinada por los constitucionalistas nacionales y yo mismo me ocupé de ellas hace unos años (cfr. Bergalli 1984a cit. 64-74).

Lo que aquí importa destacar es la abstracción que semejante doctrina imponía a los tribunales de justicia para intervenir en situaciones de índole política. De tal modo, esto traducía -particularmente para la Justicia federal y la Corte Suprema, dado la estructura constitucional y la organización judicial argentinas- una total prescindencia en las alternativas que eventualmente pudieran rodear el juego de los poderes políticos. No obstante, el 10 de septiembre de 1930 y el 5 de julio de 1943 - ante los golpes de Estado producidos por los movimientos de días anteriores a esas fechas-, la Corte Suprema -con diferentes composiciones- adoptó sendas decisiones (expresadas mediante las respectivas "acordadas") con las cuales atribuyó, por lo tanto en forma espontánea y sin requerimiento institucional alguno, una legitimidad a los gobiernos militares impuestos por aquellas asonadas castrenses que así habían destituido los que hasta entonces tenían toda la legalidad democrática a su favor (presididos por Hipólito Yrigoyen y Ramón S. Castillo, respectivamente), aun cuando pudiera imputárseles defectos en el ejercicio de sus funciones.

Tales decisiones, más allá de su significado como cambio histórico de la posición de la Corte Suprema -cuya valoración se descuenta pero excede los límites de este análisis-, lo que hicieron fue desplazar a los magistrados de ámbito federal y nacional de su naturaleza *de iure* a otra *de facto*, pues al dejarse de lado la Constitución que exige otro tipo de legitimación para el Ejecutivo, ellos perdieron su legitimidad institucional (v. Pérez Ghilhou 1983, con bibliografía ilustrativa). Esto que ocurrió de la forma descrita en aquellas ocasiones, volvió a repetirse posteriormente, aunque con diferencias de hecho e institucionales, en las siguientes interrupciones de la legalidad constitucional de los años 1955, 1966 y 1976. Así fue que el reiterado reconocimiento posterior a los "golpes" de la "nueva" legalidad hecho por los jueces, sus nombramientos y promociones al margen del sistema previsto por la Constitución (art. 86, inc. 5 CN) y el desconocimiento total o parcial de ésta por los poderes Ejecutivos provisionales, en muchos de sus aspectos pero especialmente en el de las garantías individuales pusieron a la

administración de justicia argentina en las mismas condiciones *de facto* que todos los demás aparatos del Estado.

### Afectuosamente, un gobierno de facto

El 27 de diciembre de 1990, la Suprema Corte de Justicia de la Nación modificó, a manera de regalo de fin de año, la jurisprudencia vigente -sentada por la Corte en su anterior composición- sobre el status jurídico de las normas emanadas de gobiernos *de facto*. Los argumentos utilizados fueron básicamente dos:

1) **La efectividad:** El Alto Tribunal cuyos miembros aumentaron en cantidad "por razones puramente pragmáticas" (?), se refirió a dichas normas como "actos que subsisten en los períodos constitucionales siguientes con autoridad y efectividad equivalentes a las que tienen los de los gobernantes *de iure* y ello porque son válidos desde su origen o bien porque su "real-efectividad" los legitima."

2) **La seguridad jurídica:** El segundo argumento utilizado se sostiene en que "el problema en cuestión no tiene contenido ideológico ni debe hacerse depender de valores afectivos, como la adhesión o repudio al gobierno *de facto* que se trate. Al contrario, corresponde atenderlo teniendo en vista, por encima de toda otra consideración, las primarias exigencias de la seguridad jurídica..."

Tan falaces razonamientos merecen aunque más no sea dos breves comentarios:

a) No se puede justificar el deber ser en razones de hecho. Se incurre en la llamada falacia "naturalista" si intentamos deducir que una norma debe ser cumplida porque se da el "hecho" de su efectividad. La efectividad no es el dato a tener en cuenta para decir si lo que ella ordena "se debe hacer". Con el mismo criterio, alcanzaría con que la mafia lograra hacer efectivas sus normas para que nuestra Corte las aplicara a los casos que lleguen a sus manos y se apliquen aquellas "efectivamente". Cualquier estudiante de filosofía del derecho percibiría la incursión en este acto por los caminos del positivismo ideológico, demostradamente falaz y casi sin seguidores por esta razón.

b) Por otro lado, la "seguridad jurídica" no constituye un valor en sí mismo y a cualquier precio. Debe siempre estar acompañada de principios moralmente justificados. La alusión incondicionada a la "seguridad" y el "orden" para justificar decisiones de gobierno son altamente peligrosas por la posibilidad de sacrificar los principios liberales de autonomía e inviolabilidad de la persona.

Una situación como la descrita por la que reiteradamente ha pasado la clase judicial argentina en diferentes etapas, no fue esporádica ni casual. Comenzó en 1930 y se ha prolongado, con algunas breves intermitencias, por lo menos hasta 1983. Es verdad entonces que los vaivenes característicos del régimen político-institucional a lo largo de cincuenta y tres años en los cuales una plena legalidad rigió en cortos períodos colocaron a la clase judicial en situación de inestabilidad casi permanente. Con ello, la necesaria independencia para que la jurisdicción funcione como verdadero Poder del Estado argentino se vio aún más debilitada de lo que siempre lo fue en razón del propio esquema previsto para ella por la Constitución y por virtud de la primacía que los poderes políticos poseen en el proceso de selección, nombramiento, promoción y remoción de los jueces.

#### 2.3.2.

Por lo demás, mi resistencia a aceptar la tradición que otorga naturaleza de auténtico Poder del Estado a la rama jurisdiccional se apoya en los propios comportamientos que los magistrados han brindado, a veces corporativamente. En efecto, las muestras de sometimiento que ha dado el cuerpo judicial -dejando aquí obviamente a salvo el caso de muchos jueces que, individualmente, dieron pruebas de autonomía de criterio en repetidas oportunidades, actuando con competencia e integridad frente al autoritarismo- sobre todo en períodos *de facto* agravados en el último tiempo de irracionalidad y barbarie entre 1975 y 1983, han revelado la escasa independencia con que la jurisdicción actuaba en el país lo que, por su parte, generó un gran descreimiento ciudadano y su deslegitimación institucional.

El reiterado ejemplo de los *babeas corpus*, presentados por millares y rechazados sin alguna o escasa investigación, durante



los ocho años de agudo terrorismo estatal, constituye la prueba terminante de aquel sometimiento. Así lo enfatizó el propio informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP), cuando puntualizó:

"Así fue que, el mismo día del golpe de estado, se cambió la composición del Poder Judicial a nivel de la Corte Suprema, del Procurador General de la Nación y de los Tribunales Superiores de Provincia, al propio tiempo que se puso 'en comisión' la totalidad de sus otros miembros. Todo juez, para ser designado o confirmado, debió previamente jurar fidelidad a las Actas y Objetivos del 'Proceso' liderado por la Junta Militar. A partir de allí la actividad judicial adoptó un perfil harto singular señalado por la Corte Suprema de la Nación como amparo de los habitantes contra los desbordamientos autoritarios, coonestó la usurpación del poder y posibilitó que un cúmulo de aberraciones jurídicas adquirieran visos de legalidad. Salvo excepciones, homologó la aplicación discrecional de las facultades de arresto que dimanaban del estado de sitio, admitiendo la validez de informes secretos provenientes de los organismos de seguridad para justificar la detención de ciudadanos por tiempo indefinido. E, igualmente, le imprimió un trámite meramente formal al recurso de *habeas corpus* tornándolo totalmente ineficaz en orden a desalentar la política de desaparición forzada de personas. El Poder Judicial, que debía erigirse en freno del absolutismo imperante, devino en los hechos en un simulacro de la función jurisdiccional para cobertura de su imagen externa. (...) Hubo, sin embargo, jueces que, dentro de las tremendas presiones sufridas por la situación reinante cumplieron su función con la dignidad y el decoro que se esperaba de ellos. Pero también es real que hubo quienes, teniendo el deber jurídico de proteger a las personas y a sus bienes, dejaron de hacerlo; quienes pudiendo limitar el abuso de las detenciones arbitrarias avalaron la aplicación de verdaderas penas sin juicio; y quienes, por fin, con su indiferencia, exhibieron una conducta cómplice con los secuestros y las desapariciones. La población llegó a presentar que era inútil recurrir al amparo judicial para preservar sus derechos esenciales. La situación creada alcanzó tal notoriedad y difusión en la comunidad internacional, que un tribunal suizo negó la extradición de cinco argentinos, a pesar de cumplirse todos los demás requisitos del respectivo tratado fundando su decisión en razones de inseguridad para la vida de los delinquentes que debían extraditarse" (v. CONADEP, 1984, p. 391-2).

Por todo ello, dejan perplejo las afirmaciones emitidas por magistrados que, en tiempos de democracia, olvidando sin duda su participación anterior en administraciones de justicia *de facto* aunque cumpliendo de forma relevante su función en el Estado de derecho, pueden ser interpretadas como coberturas de las tareas desempeñadas por ellos mismos durante la dictadura. En efecto, se les preguntó:

(Periodistas) "Hay declaraciones tuyas que me han llamado la atención. Usted dijo una vez que había empezado a conocer la realidad de la Argentina de los últimos años al encargarse del juicio. Y, ¿qué pasó con los *habeas corpus* en favor de los desaparecidos, que jamás prosperaron durante esos años?"

(Entrevistado) "Por aquel entonces, al menos en los primeros años del régimen fui juez. Los *habeas corpus* se presentaban y las autoridades negaron la existencia de detenidos y secuestrados. ¿Qué podíamos hacer nosotros? ¿Qué podía hacer un juez? ¿Allanar la Escuela de Mecánica de la Armada? ¿Decir 'entregueme al detenido'? Todo esto suena a fantasía." (v. Strassera, 1986).

Para entender mejor las respuestas del entrevistado, que se acaban de transcribir, conviene hacer presente que el Doctor Julio C. Strassera, Fiscal ante la Cámara Federal en lo Criminal y Correccional de la Capital, entonces, dictaminó luego sobre la llamada ley de obediencia debida opinando que la misma no era inconstitucional (v. Duhalde, 1987). Ciertamente, al abandonar ese cargo judicial, fue nombrado por el gobierno del Doctor Raúl Alfonsín como Embajador ante los Organismos de Derechos Humanos en Ginebra, puesto en el que fue confirmado por el Presidente Carlos S. Menem; recientemente, abrumado por los indultos dictados respecto de los mismos ex-Comandantes Militares cuyas condenas él mismo había solicitado ante aquel Tribunal Federal, acaba de dimitir como representante diplomático argentino.

Sin embargo, tantas o más perplejidades que las declaraciones antes transcritas provocan las decisiones de la jurisdicción y, en este sentido, me remito a la ya famosa sentencia del 9 de diciembre de 1985, emitida respecto de los nueve Comandantes, integrantes de las tres primeras Juntas Militares que

ocuparon por la fuerza el Estado argentino desde el 24 de marzo de 1976. La Cámara Federal en lo Criminal y Correccional que emitió tal sentencia estuvo integrada por algunos conspicuos funcionarios judiciales que durante el régimen militar anterior ocuparon ya puestos relevantes, bien en la justicia ordinaria, bien en la federal, bien en la Procuración de la Nación (órgano máximo del Ministerio Público en Argentina) y hasta en la propia Corte Suprema de Justicia (secretario de ésta en la dictadura fue el Presidente de esa Cámara Federal, Dr. Andrés D'Alessio). por ante todas estas instancias jurisdiccionales se tramitaron los *habeas corpus* de que se habla y los integrantes de aquéllas habían obviamente prestado juramento a sus cargos por la "nueva" legalidad (según lo establecía entonces la "ley" 21.258, impuesta desde el Ejecutivo por sus ocupantes *de facto*), muy diferente al que prescribe la Constitución argentina (art. 98). No obstante, el gobierno democrático del Dr. Alfonsín promovió a todos esos funcionarios para integrar la Cámara Federal aludida de la que emanó la sentencia de marras. Esta, por cierto lenitiva y ambigua (cfr. Bergalli, 1985), fue la que preparó -a partir de su punto 30º- la hipótesis de obediencia debida como causa de inculpabilidad o justificación, paulatinamente luego instrumentalizada hasta llegarse a las tesis exculpatorias de casi toda la jerarquía castrense y de seguridad mediante la aplicación de la respectiva ley que sancionara el Congreso el 30 de mayo de 1987 y que fuera promulgada con el Nº 23.521.

### 2.3.3.

Si se pudiera hacer un análisis estadístico de los nombramientos judiciales realizados en los períodos *de facto* de la historia institucional argentina, seguramente podría comprobarse el mayor número de ellos en relación a los efectuados en épocas en que la Constitución rigió de pleno. De tal modo, quedarán en evidencia las facilidades que el sistema de elección de jueces que rige en Argentina ha dado para que los Ejecutivos provisionales intervinieran -entonces ya sí, sin la mínima participación del Senado (por las clausuras del Congreso en esas épocas) y, por ende, sin ningún control popular- en la supuesta independencia que se atribuye al denominado Poder Judicial. Ello así, pues la facultad con que el art. 86 inc. 22 CN inviste al Presidente de la Nación para llenar las vacantes de los empleos que requieran el acuerdo del Senado y que ocurren durante su receso, por medio de nombramientos "en comisión" que expirarán al fin de la próxima Legislatura (la Constitución alude naturalmente a los recesos ordinarios y no a los impuestos por los regímenes *de facto* (3), de la cual, como he dicho, los Ejecutivos provisionales han hecho largo uso, no ha hecho más que ampliar la interinidad del juez que queda a la espera que se produzca la recuperación del Estado de derecho para alcanzar la convalidación que llegará por medio de una nueva propuesta del Ejecutivo constitucional y el acuerdo senatorial. Pero, también y antes, esos nombramientos "en comisión" lo que han hecho es favorecer el necesario "amiguismo" o imprescindible confianza con los personeros del régimen *de facto* para que durante la vigencia de éste el eventual candidato pudiera ser nombrado.

La historia judicial argentina, particularmente la de los últimos sesenta años, está cargada de las tensiones y de los apremios corridos por quienes se consideraron aspirantes a jueces. Producidos los golpes de Estado, el juez debe buscar el "contacto" con la Secretaría de Justicia para alcanzar finalmente la promoción en la jerarquía jurisdiccional o para lograr no ser desplazado por un sustituto también nombrado *de facto*. Recuperada la vigencia de la Constitución, intenta hallar el amigo político del partido con peso que le asegure la propuesta del Ejecutivo y el posterior acuerdo del Senado a fin de mantener la estabilidad en el cargo o le procure el ansiado nombramiento. Semejantes ajeteos han dejado a la clase judicial argentina, en todo este tiempo, verdaderamente expuesta por una parte a las presiones que pudieran venir del campo político y, por otra, obligada a formar algunas de las distintas "familias" o aristocracias judiciales con influyentes conexiones sobre aquellos estamentos; pero, de una u otra forma, en condiciones muy precarias para que la jurisdicción pudiera mantener una cierta independencia.

### 2.3.4.

En materia de decisiones del poder político que han revelado un avance sobre la administración de justicia, al punto de dejar vulnerado el principio de la independencia judicial, se recuerda siempre en Argentina la iniciativa del Ejecutivo encabezado por el Gral. Juan D. Perón de promover el juicio político (arts. 45 y 51 CN) a los integrantes de la Corte Suprema, después de haber asumido el gobierno mediante el triunfo en las

elecciones de 1946. La integración de ese alto tribunal provenía de la composición de sus cinco miembros llevada a cabo en períodos políticos anteriores, lo cual podía hacer presumir que las decisiones que fuera a adoptar podrían ser contrarias al espíritu de los cambios que se proponía realizar el gobierno peronista. Pero, según se afirma, entre Perón y la Corte Suprema había ciertas "cuentas pendientes" pues la última había anulado algunos decretos del gobierno *de facto*, anterior a las elecciones, que también había integrado Perón, poniendo en tela la constitucionalidad de la Secretaría de Trabajo y Previsión que había estado a cargo de aquél.

Como ha escrito Félix Luna (1972, 45) "El alto tribunal, compuesto por juristas de mentalidad liberal, no podía convivir con el nuevo régimen y era previsible que de algún modo sus integrantes quedarían desplazados. Pero la forma en que se los removió fue torpe e hipócrita. En octubre de 1946 se inició el juicio político contra cuatro de los cinco miembros de la Corte, con pretextos que no convencieron a nadie. Destituídos después del juicio constitucional de rigor, sus vacantes fueron cubiertas con magistrados que desde ese momento pusieron al alto tribunal al servicio de los propósitos del gobierno, no tanto en sus decisiones jurisprudenciales como en actos formales de servilismo que pronto los desconectaron ante la opinión pública". Por lo demás, el hecho mismo del juicio político a los jueces de la Corte Suprema ha sido inscripto por otros autores dentro del marco de una estrategia que incluía, asimismo, la disolución de otros centros o instituciones en los que se nucleaban grupos de opinión contraria a los designios de Perón. Así ocurrió con la intervención en la autonomía de la Universidad Nacional, con la disolución de nucleamientos de empresarios y la creación de la Confederación General de Empresarios, etc. (v. Laiño 1985, 87).

Pero, indudablemente, el ejemplo más reciente que muestra actitudes políticas contrarias al principio de la independencia judicial estuvo constituido por la modificación del número de integrantes de la Corte Suprema de Justicia. El aumento de los componentes de este tribunal ha sido desde mucho un asunto que ha recibido diversas consideraciones; bajo otros gobiernos constitucionales se llevaron a cabo iniciativas en tal sentido, casi siempre fundadas en razones de mejor distribución de la tarea para lo cual siempre se pensaba en la división del tribunal en Salas con lo que, necesariamente, debía elevarse el número de jueces. Incluso durante el gobierno del Dr. Alfonsín se propició una reforma con tal fin.

Sin embargo, ha sido a comienzos del mandato del Dr. Carlos S. Menem que una iniciativa semejante tuvo fuerte impulso. Habría que detallar numerosas alternativas que precedieron la propuesta oficialista de la ley pertinente para proceder a tal reforma, mas quizá sea suficiente destacar que ante el proceso de privatización de variadas actividades económicas a cargo del Estado argentino y, sobre todo, ante la política de indultos para los responsables militares por las violaciones de derechos humanos que se había anunciado y se inició, era previsible que la Corte Suprema hubiera sido llamada a decidir en asuntos tan trascendentes. De hecho, en el período previo a la sanción de la ley que aumentaría el número de jueces de la Corte de cinco a nueve, se produjo un sinnúmero de cuestionamientos públicos al comportamiento de algunos de los integrantes del tribunal, mientras el juez Jorge Bacqué, que tan respetables votos había formulado en fallos donde se convalidaba la obediencia debida como causa de inculparidad, optó por renunciar a su cargo.

Aprobada la ley e integrada la Corte Suprema con aquellos jueces que completaban el número de nueve, rápidamente el tribunal dió muestras de complacencia frente a asuntos en los que el gobierno nacional necesitaba una convalidación jurisprudencial. Fue así que, con la nueva composición, la Corte Suprema adoptó una doctrina hasta el momento jamás asumida y que contraría no sólo una tradición por demás asentada, sino que además va contra la propia instauración del recurso extraordinario (ley 48) mediante el cual es únicamente posible abrir la vía hacia el conocimiento del alto tribunal, en un caso concreto. El denominado *per saltum*, aplicado por primera vez en la decisión acerca de las contrataciones por la venta de la compañía aérea estatal Aerolíneas Argentinas, marca el comienzo de una jurisprudencia que algunos ya tacharon de "adicta" por anticipado, durante la discusión del proyecto de ley de reforma de la Corte Suprema (v. discurso del senador Solari Yrigoyen en Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores, 29.IX.1989), pues ella permite el avocamiento del tribunal a ciertos asuntos que él considera necesarios de su conocimiento directo.

### 2.3.5.

El caso extremo que aquí puede exponerse como demostración de los avances que el poder político ha realizado sobre la independencia judicial en Latinoamérica, creo que es el producido en Colombia con motivo de la ocupación del Palacio de Justicia, en Bogotá, por un grupo armado perteneciente a las que entonces eran fuerzas guerrilleras del Movimiento 19 de Julio (M 19). El proceso de desnaturalización de la administración de justicia que viene padeciendo Colombia, arraiga su origen en la instauración de un régimen político que ha sido considerado como uno de los factores decisivos de la prolongación de la violencia que ha vivido la sociedad colombiana, por lo menos desde la muerte de Jorge Eliécer Gaitán el 9 de abril de 1948. Posteriormente se han ido agregando otros factores extraños al mencionado pero que añadidos, en su conjunto, han producido el cuadro tan deteriorado de convivencia civil que hoy se observa.

No obstante, muy serios estudios sobre la extracción sociológica de los miembros de la clase judicial colombiana, de sus procesos de formación, de la imagen que la sociedad se ha configurado de ellos, del uso y abuso de la excepcionalidad penal y el estado de sitio como modos de degradación del Estado de derecho, etc., han demostrado la inferioridad en que la jurisdicción se encontraba cuando la Corte Suprema -presidida por el insigne jurista Alfonso Reyes Echandía- decidió emprender investigaciones acerca de las violaciones de derechos humanos atribuibles a las fuerzas militares (cfr. Bergalli 1986). Cuando el alto tribunal se encontraba estudiando estos graves asuntos, se produjo el asalto al Palacio de Justicia. La tremenda reacción desatada por las Fuerzas Armadas que prácticamente calcinó a un número nunca determinado de ocupantes del edificio, también terminó con la vida de veintidos jueces encabezados por el propio Reyes Echandía aunque éste hubiera reclamado al mismo presidente de la república, Belisario Betancur, que diera orden de interrumpir el ataque militar; las palabras de aquél quedarán grabadas para la historia de las responsabilidades compartidas por el poder militar y el poder político en Latinoamérica, respecto de una mancillada independencia judicial.

### 2.4.

Lo que ha venido exponiendo hasta ahora se relaciona con la llamada independencia exterior a la propia estructura judicial y, en consecuencia, asimismo, con un sistema de elección de los jueces que la integran que se instaura y actúa desde fuera de ella. Es decir que, desde instancias, instituciones y momentos ajenos al aparato judicial se producen los impulsos que tienden a su configuración. Pero es también en ellos donde anidan los elementos que a la postre generan su dependencia de otros ámbitos institucionales del Estado o de poderes fácticos y ajenos a los legitimados constitucionalmente.

Sin embargo, existen unos aspectos internos a la organización judicial que merecen una consideración pues son los que, asimismo, provocan obstáculos para que el fenómeno de la independencia también tenga una cara interior. Ellos se vinculan con la particular estructura piramidal que en general exhiben las administraciones de justicia latinoamericanas, pero que en la Argentina tiene caracteres propios.

Dentro del aparato judicial, los niveles de vigilancia sobre el comportamiento de sus integrantes y la adhesión de sus decisiones a la ideología jurídica dominante están aseguradas por el reparto de competencias sancionadoras otorgadas a las instancias superiores. Estas aparecen investidas de la necesaria capacidad sancionadora para aplicar correcciones a los jueces "inferiores". La conservación de la disciplina está siempre en los tribunales de alzada que llegan a dictar incluso sus propios reglamentos, los cuales deben ser observados en el trámite de aplicación de sanciones.

Pero, la forma más eficiente de controlar el comportamiento de los jueces y mantener la adhesión ideológica se manifiesta en la fuerza que los tribunales superiores ejercen para revisar las sentencias que no reflejan tal adhesión. En Argentina esto se complementa con el empleo de los llamados fallos "plenarios", adoptados por los tribunales colegiados con el fin de uniformar la jurisprudencia.

En la realidad, esta situación se ha convertido en una verdadera pérdida de la independencia de cada juez que, al imponerse una manera de decidir, se encuentra limitado por esas instancias cuando percibe que su criterio se aparta del "superior". De esta forma, el verdadero Poder Judicial que debería estar distribuido en la cabeza de cada miembro de la jurisdicción, se ha cristalizado en los diferentes tribunales de rango más elevado o, finalmente, en la Corte Suprema de Justicia



a su vez aprisionada, como ya se ha visto, por los vaivenes de los regímenes de gobierno.

En consecuencia, quiero destacar aquí el valor y el peso que tienen las llamadas sentencias "plenarias" o simplemente "plenarios" emitidos por las Cámaras de Apelaciones; sobre todo, como están prescriptas cuando, como se dijo, se dirigen a unificar la jurisprudencia de las distintas Salas que componen el tribunal o para evitar sentencias contradictorias de los Juzgados de 1ª Instancia como, asimismo, para fijar la interpretación de la ley aplicable a cada caso, siempre que la Cámara, o a iniciativa de cualquiera de sus Salas, entendiera que es conveniente. De la lectura de la propia norma que impone reglas de interpretación a los jueces y les somete a una decisión ajena a la fundamentación de sus criterios de decisión, puede extraerse la conclusión de hasta qué punto está internamente limitada la independencia judicial en Argentina. En efecto, la mencionada OJN, en su art. 27, entiende que:

"La interpretación de la ley aceptada en una sentencia plenaria, es de aplicación obligatoria para la misma Cámara y para los jueces de primera instancia respecto de los cuales la Cámara que la pronuncie sea tribunal de alzada, sin perjuicio de que los jueces de primera instancia o de Cámara dejen a salvo su opinión personal".

Una concepción tan severa e inflexible de la interpretación del derecho -como se esbozó al comienzo de este trabajo- contrasta visiblemente con todas las propuestas modernas y democráticas formuladas que pretenden concebir al derecho y la jurisprudencia como instrumento revulsivos con el fin de afianzar una práctica jurídico-política específica la cual, en función de nuevos criterios, más apegados a la realidad, tienda a la solución emancipadora de tensiones y contradicciones en aquellas formaciones sociales que pasan por un período de profunda crisis. La celosa uniformización de las decisiones de los tribunales que prescribe esta concepción de la interpretación judicial del derecho -la cual, por cierto, proviene de la filosofía iuspositivista- ha impedido en Latinoamérica, pero como hemos visto especialmente en Argentina, que los jueces y en general los tribunales de justicia asumieran la necesaria conciencia acerca de la función política del derecho, de su interdependencia con las relaciones sociales, económicas y de su verdadera idoneidad como factor de cambio social (cfr. Novoa Monreal 1983, esp. 39-44).

### 3.

A esta altura de la exposición debería parecer evidente que una tentativa de solución a los numerosos obstáculos que se oponen para que el principio de la independencia judicial en Latinoamérica deje de ser un mito, ha de pasar principalmente por dos reformas. Una, que evidentemente atañe a las formas de la organización judicial, a su reubicación en la estructura de los aparatos del Estado, a la desburocratización y democratización interna de la propia pirámide jerárquica; y, otra, que se debe manifestar en la misma cultura de los jueces, en la cual debe comenzar a cambiar la propia auto-imagen que ellos generan de sí, al mismo tiempo que su inserción real en los problemas y conflictos que llegan a sus conocimientos les lleven a concebir el derecho que aplican como un instrumento de transformación social.

La experiencia europea muestra que esas reformas fueron posible o por lo menos se han podido intentar, a partir de la configuración de un sistema que ha dado en llamarse como de gobierno de la administración de justicia. Sobre tal tipo de sistema hay múltiples estudios y yo mismo los he descrito al mismo tiempo de emitir una valoración crítica sobre él, en la perspectiva de una eventual aplicación a las organizaciones judiciales latinoamericanas (respecto de la experiencia de los gobiernos de la administración de justicia de Europa occidental, cfr. por todos, Zanchetta 1987; respecto a América latina y en particular a Argentina, cfr. Bergalli 1984a, 102-110; 1991).

Empero, para llegar a hacer realidad formas de auto o cogobierno de la justicia es imprescindible contar con que los propios integrantes de los cuerpos judiciales tienen que llegar a realizar una toma de conciencia del papel que ellos mismos pueden cumplir en semejante transformación. La adopción de una identidad que los identifique con el ciudadano desprotegido que reclama su intervención para la solución del conflicto que lo aflige, sólo puede alcanzarse si su compromiso llega a empeñarlo colectivamente con los demás compañeros que tienen una sensibilidad semejante. El nacimiento de un asociacionismo judicial que pretenda incidir como para participar en el logro de aquellas formas nuevas de la administración de justicia, únicamente se legitima si está desprovisto de todo afán corporativo, pues en la medida que una reestructuración de los aparatos se adecue a las demandas que la sociedad le for-

mula es cuando más se justifica el compromiso de sus integrantes.

Esa clase de asociacionismo judicial y las corrientes democráticas que han orientado en Europa el movimiento colectivo de jueces y magistrados para librar batallas en el campo de las libertades civiles, constituyen un ejemplo en el cual deben observarse los colegas latinoamericanos. Es sabido que en muchos ámbitos ellos están más preocupados hasta por la propia salvaguardia; el riesgo físico y la misma pérdida de la vida son los peligros a los que se ven expuestos muchos jueces latinoamericanos cuando se confrontan con la corrupción de los políticos, el desmedido lucro de los empresarios, la criminalidad organizada o el despiadado autoritarismo militar. Pero, también otros se preocupan por no perder protagonismo y, con desprecio de los intereses sociales que les corresponde proteger, coquetean con el poder allí donde éste se manifieste. El cambio de imagen que esto supone va en desmedro de la representación social que los jueces deben asumir, sobre todo en aquellas sociedades en las cuales las creencias populares sobre el derecho y la justicia están muy deterioradas por los usos privilegiantes que de ambos se ha hecho o demasiado mediatisadas por los discursos demagógicos.

La lucha por unas sociedades más justas, donde todos los derechos humanos estén protegidos, comenzando por el derecho a la vida, y el logro de formas de gobierno auténticamente democráticas, son aspiraciones con las cuales los jueces deben colaborar. Pero sólo pueden hacerlo si el instrumento jurídico que van a emplear se aplica desde una organización abierta al conocimiento de los ciudadanos. Una forma de alcanzar esta meta es que en los órganos de gobierno para la administración de justicia que deben crearse en Latinoamérica, debe contemplarse no sólo una adecuada representación de los propios jueces y magistrados, junto a la del Poder Legislativo, sino que asimismo deberá tenerse en cuenta la necesidad que otras fuerzas sociales -como las universidades, los sindicatos de trabajadores y empresarios- puedan hacer oír su voz aunque sea desde fuera de la composición institucional de tales órganos. De aquí salen los conceptos de auto o cogobierno que, por ahora, han tenido una incipiente aparición, con vida muy efímera o tan solo como propuestas a legislar (así fueron los casos que en Venezuela primero y luego en Colombia no llegaron a alcanzar el nivel de funcionamiento, cfr. Chiassone 1980 y Nemoga Soto 1987, respectivamente).

Por último, las reflexiones y propuestas que se acaban de emitir únicamente pueden discutirse si se aceptan los precedentes que han dado origen a todas ellas. Tales precedentes se encuentran insertos en el desarrollo histórico de una cuestión judicial latinoamericana la cual, por sus especificidades propias o formaciones sociales dependientes en lo económico ha hecho del derecho, de los discursos jurídicos y de las organizaciones judiciales instrumentos idóneos para profundizar la dominación y la hegemonía política (cfr. Bergalli 1990). Es hora, entonces, de que los jueces latinoamericanos asuman la carga de la transformación reclamada y dejen de ser transmisores de unas ideologías jurídicas y judiciales que la impiden.

### NOTAS

(1) Hay una vasta literatura producida en Italia por la corriente *Magistratura Democrática* y en España, aunque en menor medida, por la *Asociación "Jueces para la Democracia"* junto a la *Asociación Progresista de Fiscales*. Ver, en todo caso, Ani del Congreso de Rimini, *Crisi istituzionale e rinnovamento democratico della giustizia*, Feltrinelli, Milán, 1975 o Ani del sexto Congreso nazionale, *Potenti e Giurisdizione*, Jovene editore, Nápoles, 1985; pero sobre todo, la colección de la revista *Questione Giustizia*, Franco Agnelli, Milán, para poder conocer el nivel de compromiso y de debate a que ha llegado en Italia la cultura democrática de los jueces italianos. En España aunque obviamente con un menor desarrollo pero con un gran empeño, los jueces democráticos llevan adelante una lucha semejante desde las páginas de *Jueces para la Democracia* (Información y Debate), Edisa, Madrid.

(2) Tal uso y prácticas alternativas del derecho tienen un interesante reflejo en la actividad de grupos de juristas orientados en tales fines. Un marco de expresión de tales manifestaciones se encuentra en el Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, con sede en Bogotá y en sus diversas publicaciones, siendo la más difundida *El otro Derecho*, editorial Temis, Bogotá.

(3) Muy recientemente se ha podido constatar en Argentina el empleo de este sistema para cubrir unas vacantes en la justicia federal y nacional, aunque ese procedimiento fue abiertamente repudiado por un buen sector de la propia clase judicial al haber dado el Poder Ejecutivo un uso instrumental y desprolijo a la facultad que le otorga la CN para designar a magistrados durante los recesos legislativos ordinarios. En el caso del que se habla, que se conoce como el "decretazo", pese a la resistencia de algunos tribunales colegiados que debían recibir el juramento de los 14 jueces propuestos mediante decreto del ejecutivo encabezado por el Doctor Carlos S. Menem, la Corte Suprema avaló ese procedimiento no obstante que las vacantes databan de fechas anteriores a la finalización del período ordinario de sesiones del Legislativo (v. "Los camaristas rechazaron a jueces nacidos del 'decretazo'" y "La Corte y el decretazo" en *Página 12* del 17 y 20/11/90, respectivamente, Buenos Aires).

# LA VOZ TUTELADA.

## Violación y voyeurismo.

Desde las sinuosas aguas de la sociología se ha escrito un libro sobre Derecho. O sobre un derecho: el de no ser violada o abusada. Se trata del libro *La voz Tutelada. Violación y voyeurismo*, escrito por la socióloga *Silvia Chejter* y la editorial es *Nordan - Comunidad*

Para introducirnos en los comentarios, podemos decir que la principal arma que ha utilizado la autora para someter a la justicia es una minuciosa investigación que descubre cómo el sistema penal vuelva a maltratar a las víctimas. 212 Páginas.

El libro de Silvia Chejter llama la atención en un sentido determinado: la mirada de un no-jurista, adiestrada habitualmente para percibir una imagen ideal de la justicia, se va internando a través de una brecha -la respuesta del aparato burocrático judicial frente a las violaciones- y va descubriendo el andamiaje de los procesos de constitución de "verdades jurídicas" al tiempo que (notamos que) su indignación crece. Lo curioso es que las conclusiones que la autora apunta como específicas del caso de violación, son en realidad pautas genéricas de establecimiento de este tipo de verdades, de acuerdo con el mecanismo de encadenamiento de ficciones, presunciones, dogmas, negaciones y oclusiones, en un texto final presentado como "perfecto" u "objetivo". El relevamiento de la existencia de prejuicios que hacen edosión en el caso de violación -machismo, patriarcalismo- inserta un plano de lectura atractivo, pero ello no debe inducirnos a interpretar en otros casos que la inexistencia de esos mismos prejuicios implique la constitución transparente de la verdad judicial, ya que este procedimiento tortuoso se corresponde íntimamente con la propia raíz del sistema jurídico como instrumento mediador de conflictos sociales.

Aunque existen algunos puntos discutibles -por ejemplo, la pretensión de debatir las decisiones desde el proceso judicial, como una parte más- y algunas asumidas contradicciones -la tensión que supone denunciar la falta de condenas y ser consciente de las consecuencias estigmatizadoras y autoritarias de acrecentar el poder punitivo estatal-, el libro propone una perspectiva interesante, utilizando segmentos discursivos complementarios -sociología, psicología, feminismo- para enjuiciar a la institución judicial.

Christian Courtis

Poner de manifiesto la selectividad del sistema penal es siempre una tarea que coloca al científico social en el andén de los que toman partido. En alguna medida, es inconcebible aquel que no lo tome. Pero no por inconcebible algo no existe. De esto, de cualquier forma, no queremos ocuparnos esta vez. Sigamos adelante.

Poner de manifiesto la selectividad de una administración de justicia respecto de las mujeres víctimas de determinada clase de delitos constituye una actividad que, como parte de la primera, comparte las mismas características elogiadas.

Sin embargo, la analista que enfrenta estos problemas se encuentra de repente consigo misma en el andén de los que vuelven, horrorizada por la forma minuciosa en la que algunos magistrados (¿todos?) se preocupan por las garantías de los imputados en esta clase de delitos.

Yo no sé qué respondería una feminista abolicionista a la pregunta respecto de qué hacer con violadores y otros violentos. A lo mejor propondría soluciones como la de aquél cirujano ruso al que le violan su hija, traído por Enrique Medina en alguno de esos viernes en los que da escalofríos leer la contratapa de Página 12.

Pero de lo que estoy segura es de que no creería una forma legítima y eficaz de resolver esta clase de conflictos sumar otras violaciones a la ya acaecida, como ocurriría en el caso de ignorar las garantías en los procesos seguidos a estos sujetos.

Estoy diciendo: "fuera de la ley todo, dentro de la ley nada" que es lo mismo que decir: "dentro de la ley todo, fuera de la ley nada".

Estas consideraciones no presuponen que la autora de *La voz tutelada* haya adherido a alguno de los extremos aquí burdamente planteados. Sólo aparecen como problemas no resueltos que este libro pone en el tapete.

En este último sentido creo que esta investigación constituye una herramienta útil para abrir el juego. Un juego oscuro, casi prohibido a las mujeres, en el que la autora se ha metido sin fichas en el medio de la partida.

A lo mejor la jugada decisiva sea ésta, que prende la luz sin patear el tablero.

Descubierto el voyeur, desaparece. Su accionar ya no tiene sentido.

La voz tutelada, en ese caso, empieza a reclamar a su tutor hasta vaciarlo, su real y absoluta capacidad. La voz.

Mary Beloff

El libro de Silvia Chejter tiene dos actitudes como punto de partida. Una es la indignación, con algunas gotas de asco, que el delito (¿la institución?) de violación y otros adyacentes le provocan. La misma indignación le provoca la forma en que el Poder Judicial trata estos casos. El otro punto de partida es la bienvenida irreverencia, plagada de desconfianza, que la autora despliega contra los aparatos de Justicia. De la actitud primera surgirán algunas de las consideraciones-conclusiones que se hace difícil respaldar. Del lado de la intromisión sacrílega se agrupan las virtudes.

Dos párrafos dedicados al libro y, después, dos "estiramientos" de algunos de los puntos de llegada que sería posible realizar.

1. La búsqueda de condena para quienes imponen sus deseos sexuales por la fuerza hace que el libro deambule peligrosamente entre un discurso que exige una mayor represión con límites inciertos y otro que se acercaría a algunas propuestas alternativas al consabido castigo penal. De cualquier forma las garantías constitucionales que debe poseer cualquier sospechoso no salen ileídas de esta tensión. Corresponde insistir, entonces, en que sería bueno revisar algunas de las exigencias cotidianas de mayor persecución, no por el solo hecho de que la Constitución u otras normas lo digan, sino por los riesgos que implica otorgar más potestades al Estado para la regulación del sujeto.

2. Lo anterior puede ser consecuencia de que Silvia Chejter es "sapo de otro pozo", sin embargo esta calidad de extranjera será esencial para despojar al libro de algunos vicios jurídicos: la correcta manipulación de los términos de las leyes, la crítica formal, el peso de los antecedentes, el tecnicismo sin sentido común. Además, esta injerencia está respaldada por una "poderosa" investigación cínicamente graciosa, de la que mucho tienen que aprender algunos estudiosos de la jurisprudencia: aporte, sin duda, valiosísimo para los descorazonados estudios jurídicos.

El primer estiramiento corresponde al límite sexual del "estado de dominación". Sin que sea dicho explícitamente, la insistencia en la sumisión de la mujer como consecuencia de la justicia estatal parecería indicar que sólo a ella alcanza la arbitrariedad judicial. Sin desconocer que el libro alza algunas de las banderas del movimiento feminista -lo que obviamente va a limitar su análisis a ese marco de referencia- y que el derecho moderno se halla peligrosamente decidido por una sociedad de "varones", la dominación de las mujeres merece dos objeciones. La primera: si bien la autora se preocupa por distanciarse de algunas visiones simplistas, a lo largo del libro se cuelan descripciones del derecho como mero "instrumento de dominación", al margen de otras objeciones que puedan hacerse, de acuerdo al contexto que determina el libro, parece necesario decir que, si bien el derecho sirve malignamente para perseguir conductas que no conforman al soberano, también es cierto que sigue siendo uno de los pocos elementos con los que contamos para enfrentar la voluntad del Estado. Y volvemos, entonces a las garantías y derechos individuales, tanto de mujeres como de hombres. La otra objeción ya ha quedado expuesta: ¿por qué entender que sólo las mujeres se hallan expuestas al riesgo del Estado de Derecho?

Otra proyección: el libro es terminante en lo que se refiere a la ineficiencia del sistema penal para la persecución de los delitos contra la honestidad. Siguiendo este ejemplo sería positivo, a través del estudio de delitos concretos -en este caso la violación-, plantear la ineficacia del derecho penal (¿tal como está estructurado?) para resolver la mayor parte de los conflictos que le corresponde decidir. Esto no requiere necesariamente la abolición del sistema penal (algunos lo han propuesto en páginas de esta misma revista) pero sí exige un elemental sinceramiento para una impartición de castigos menos hipócrita.

Martin Abregú



## VIEJO CARYL CHESSMAN ¡Respira otra vez!

*Dejemos aquí, a un lado, la cuestión de culpabilidad o inocencia. Lo que me impele a escribir esta carta es que creo honradamente que hay algo más envuelto en este asunto que la muerte de un hombre. Escribo por cuanto he escuchado la voz de la humanidad que se ha levantado en mi favor y a causa de haber visto demasiado sobre la muerte infligida al hombre.*

Por Alejandro Rúa.

### DETECTIVES Y LADRONES

*Jugamos un juego: tú, la sociedad, y yo. Jugamos uno contra el otro. Y la apuesta es muy sencilla: yo hago lo que se me da la gana, y tú lo que puedes para impedírmelo.*

Aquella madrugada californiana. Al Gossen y Colin Forbes, detectives de la Policía de Los Angeles, tras vertiginosa persecución, alcanzan y detienen un Ford gris, en el que dos individuos intentaban huir después de haber robado en un comercio. El hombre que conduce el automóvil,

"bravucón, rudo, despectivo y vanidoso", tal como lo describirían con posterioridad sus captores, cuenta en esos días, además de unos incontables 27 años, con una extensa historia policial, en la que, a lo largo de una década, se suceden atracos, robos, detenciones y fugas.

**El Bandido de la Luz Roja.** Por aquel tiempo había hecho fama en parques y carreteras de Los Angeles, un hombre que, haciéndose pasar por policía, asaltaba parejas cuando estas, en esa clásica situación que se muestra en películas, estacionaban sus automóviles en parajes desolados. La prensa se ocupó de este personaje, calificándolo de pecador, violador o maldito. O solo lo llamó "bandido de la luz roja", aludiendo a la luz, similar a la usada por coches policiales, que adornaba el Ford gris con que acostumbraba recorrer las carreteras.

Caryl Chessman. El mismo día en que cesaron las aventuras del bandido de la luz roja, de un Ford gris, es sacado a los empujones, para ser brutalmente golpeado y detenido, Caryl Chessman. En aquella madrugada californiana.

Le preguntaron entonces, qué haría si se le concediera la libertad condicional. La respuesta asentada en el acta del interrogatorio policial dice así: "iría a otra parte y haría lo mismo. Pero sería mucho más listo y no me dejaría atrapar".

### PEQUEÑA PEQUEÑA LEY

*Ustedes leen la prensa de Los Angeles, los editoriales, y pueden saber por sí mismos que todavía tengo espumarajos en la boca, hasta si se fijan bien, cobrillos y cuernos.*

**Galería de degeneración.**

Entre los crímenes de que se lo acusa, dos son ofensas sexuales contra mujeres. Otros tienen que ver con atracos a mano armada, secuestro, rapto y violencia física contra sus víctimas. Es un vengador, un pecador, un maldito, que sueña con el arte. Otra figura para la galería de "Degeneración" de Max Nordau, o para completar la serie de los tantos degenerados por el arte, que Lombroso y Ferri encerraron en las celdas de sus estudios criminológicos.

21 de Mayo de 1948. California, de la mano de un jurado integrado por once

mujeres y un hombre, le aplica la llamada "Pequeña Ley Lindbergh", tomada de una ley federal contra el secuestro, que aprobara el Congreso de los Estados Unidos, después del rapto y asesinato del hijo del famoso aviador Charles Lindbergh. Bajo el imperio de la pequeña pequeña ley, el delito de secuestro seguido de lesiones, le vale a Caryl Chessman, el 21 de mayo de 1948, la condena a pena de muerte.

**He sido muy agresivo en mi empeño por sobrevivir. Al principio no intenté justificarme. Simplemente decía: "Al demonio, si me han de matar que les cueste trabajo".**

### CELDA 2455

#### PABELLON DE LA MUERTE.

*Doce años en la celda de los condenados a muerte han logrado insensibilizar mi pensamiento en relación con la muerte. No pienso en ella. Todo mi tiempo lo dedico a salvar mi vida.*

No es tan fácil matar a Caryl. La circunstancia de que su ejecución atravesase previamente por las más intrincadas alternativas, se debe, principalmente, a la tenaz lucha del propio condenado, que aprovecha cualquier detalle inusitado para fundamentar una extensa serie de apelaciones.

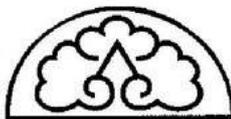
**Policías & Taquígrafos.** Durante el proceso, ventilado en Los Angeles, deja de existir el funcionario encargado de la versión taquígrfica de las actuaciones, sin haber completado la

transcripción de sus notas, que es encomendada a otro taquígrafo. Chessman alega una y otra vez, ante un Tribunal tras otro, que las constancias adolecen de errores, y que no respetan fielmente el verdadero curso de lo actuado en el juicio. El argumento va pasando de un magistrado a otro, hasta que por fin la Suprema Corte de la Nación dispone que el Tribunal Superior de Los Angeles ventile el asunto. Esta última Corte rechaza el alegato de Chessman. El condenado apela entonces a otros recursos. A lo largo de todo su proceso presenta 45 apelaciones ante el tribunal local, el Tribunal de Apelación de California, la Corte Suprema de California y la de los Estados Unidos. Los argumentos van, desde las acusaciones al brutal maltrato con el que lo detuviera la policía, y con el que lo contuvieron durante el juicio en 1948, hasta la afirmación de que se le ha privado de sus derechos fundamentales, ya que el prolongado confinamiento en la antecámara de la muerte, significa para el condenado el sometimiento a un castigo cruel e inusitado, vedado por la Constitución de los Estados Unidos.

**La viuda de Roosevelt y el Dr. Soler.** Estas reiteradas apelaciones le permiten obtener ocho aplazamientos de la ejecución a lo largo de 12 años, transformando el proceso en una verdadera batalla legal que despierta la atención de la opinión pública internacional. Desde el *Osservatore Romano* de Ciudad de Vaticano hasta el periódico filocomunista *Liberación* de París;

10 DE MARZO DE 1991 - 10 DE MARZO DE 1992

El Plan de Paz de 5 Puntos presentado por Su Santidad el Dalai Lama, Premio Nobel de la Paz 1989, para la restauración de la paz y derechos humanos en Tibet prevee la transformación de ese país en una Zona de Ahimsa (no-violencia): "La Meseta del Tibet debería convertirse en un refugio libre donde la humanidad y la naturaleza puedan vivir en paz y equilibrio armonioso. Sería un lugar donde gentes del mundo entero irían a buscar el verdadero significado de la paz dentro de ellos mismos, lejos de las tensiones y presiones de mucho del resto del mundo. Tibet podría transformarse en un centro creativo de promoción y desarrollo de la Paz.



EL AÑO DEL TIBET

Comisión Argentina  
Organizadora de la Visita  
de el Dalai Lama.  
Casilla de correo 1315  
(1448) Suc. 48  
Buenos Aires



concede una audiencia de clemencia al condenado. Chessman se abstiene de concurrir, estimando que hacerlo sería una admisión de culpabilidad.

- ¿Qué haría usted si fuese puesto en libertad?

- "Iría a vivir al Brasil".

desde los Quaqueros o la Liga de Instituciones Civiles hasta la viuda de Roosevelt; desde Shirley MacLaine o Marlon Brando hasta el Dr. Soler, pasando por las decenas de cartas diarias que el condenado recibe en su celebre celda 2455.

**La Escritura contra la Muerte.** En esa celda de la prisión de San Quintín, en la que, reglamentariamente los condenados a muerte deben pasar 21 horas diarias, Caryl Chessman pasa 12 años. En esa celda y en ese tiempo, inversos en medida, el condenado, además de estudiar y pensar sus desesperados argumentos de defensa, escribe cuatro libros autobiográficos: "Celda 2455. Pabellón de la Muerte", "A través de mis rejas", "Frente a la Justicia" e "Hijo del Odio", en donde cuenta sus reflexiones y recuerdos. El primero de ellos hace tremendo impacto en la opinión pública. Es llevado incluso al cine. Los cuatro, representan para el condenado mas de 100.000 dólares en concepto de derechos de autor. Los gasta en abogados.

**Clemente.** El último aplazamiento fija como fecha de ejecución la mañana del 2 de mayo de 1960. El Gobernador de California, Edmund G. Brown,

penales de los Estados Unidos. Está ubicado frente a la bahía de San Francisco. En el cuarto piso del edificio principal están los condenados a muerte. La cámara de gas del presidio, es una cabina octogonal, y ocupa el centro de un recinto pintado de repulsivo color verde. Dentro de la cabina hay una silla metálica.

**Camisa y pantalón.** Por fin, el siniestro rito se cumple. Caryl Chessman tiene ya 38 años. Viste camisa y pantalón, pero está descalzo. Todas las provisiones para evitar que el condenado adelante el plazo están tomadas. Ni cordones en los zapatos, ni zapatos, ni cinturón. Come frugalmente, saluda a los reclusos que ocupan celdas vecinas y penetra en el "cuartito verde", como le apodan los penados. Momentos antes había reiterado al alcalde Fred Dickson que el no fue el bandido de la luz roja que obligó a dos mujeres a salir de sendos automóviles estacionados en senderos solitarios en Los Angeles en 1948, y las hizo objeto de actos de perversión. En todos los sentidos posibles eso es cierto: después de doce años en la antesala de la muerte ... Caryl Chessman, que está por ser ejecutado ¿es el mismo que condenó la justicia el 21 de mayo de 1948? El castigo impuesto al

bandido de la luz roja va a tener como víctima a otro hombre.

Ahora, escucha la última frase que le dedica este mundo: "Aspire profundamente".

*Uno de los guardianes hace girar el volante que cierra herméticamente la puerta. Los testigos oficiales miran a través de los ventanucos de vidrio espeso. Máscara sin expresión, un hombre hace una señal al verdugo que maneja las palancas. En la cámara el condenado escucha el "plof, plof, plof" de los huevos de cianuro, sobre el caldero de ácido, al costado de la silla a la cual está amarrado. La reacción química es inmediata. El hombre husmea con desconfianza ese olor asqueroso de las flores del mal. Traga una bocanada de aire emponzoñado; el vértigo invade sus sentidos; sus ojos se tornan vidriosos; su cabeza cae hacia adelante en forma grotesca. Dos o tres sacudimientos. Durante diez minutos el corazón late alocadamente, y martilla, después, lentamente, muy lentamente, se debilita ... , se detiene.*

**ESE OLOR ASQUEANTE DE LAS FLORES DEL MAL**

- Puesto que la Corte Suprema ha rechazado su demanda de libertad. ¿Aceptaría ahora la clemencia?

- "No lo sé, replicó el preso, ... si se me dijera: tienes que decidirlo ahora mismo ... si admites tu culpabilidad, confiesas que hiciste esas cosas y luego me dices que imploras clemencia ... te conmutaré la pena. No creo que sería capaz de hacer nada. Posiblemente iría la cuarto oscuro, tuviera o no razón".

2 de Mayo de 1960. Visto de lejos, San Quintín parece un convento. Fundado en 1862, es, en 1960, el segundo en tamaño de los establecimientos

**MUERTE**

*Se hace tarde, y afuera es el crepúsculo. Pronto llegará la noche. La noche sin fin, quizá, para mí. ¿Pero esto significa algo? ¿Todos los Chessman del mundo significan algo?*

*Si aún Humpty Dumpty merece ser escuchado; si las palabras todavía pueden conducirse; acaso esta Memoria pueda ser dirigida a todos aquellos que lucharon por su vida. Y a todos, los que estamos siendo cotidianamente asesinados.*

**C.E.S.A.B.**

SEDE:  
Av. Córdoba 652 8º F  
Capital Federal  
Tel. 322-3880

Comunica la inauguración de su sede en Buenos Aires, donde se desarrollarán programas de investigación, cursos, seminarios, Workshops, grupos de reflexión y formación sobre: ecología, democracia, derechos humanos, ciudadanía, análisis de los procesos institucionales, etc.

Director: Luis Alberto Warat

SEDE CENTRAL:  
Rua Mal. Deodoro,  
1579 Curitiba, Parana  
Fone: 264-8851

Centro de Estudios Sociales  
Argentino - Brasileiro

# Utopías, conceptos y complicidades en la interpretación de la ley

Por Luis Alberto Warat  
Traducción de Christian Courtis

**I** Existe un cierto consenso en las reflexiones en torno a las prácticas interpretativas del Derecho. Pocas osadías y muchas fantasías perfectas recubren las teorías sobre la interpretación de la ley. Métodos ilusorios, ennoblecidas creencias, desapercibidos silencios envuelven las prácticas interpretativas de los juristas de oficio. Teorías y prácticas encargadas de garantizar la institucionalización de la producción judicial de la normatividad y sus efectos de poder en la comunidad. Prácticas, mitos y teorías refinadas que se ligan estrechamente a los procesos de producción heterónoma del orden simbólico de la sociedad. Usos complacientes de la ley, que guardan, como en cofres de siete llaves, los principios de control de la producción de los discursos jurídicos. Una discursividad engañosamente cristalina que escamotea, en nombre de la verdad, de la seguridad y de la justicia. La presencia subterránea de una "tecnología de la opresión" y de una microfísica conflictiva de ocultamientos que van configurando las relaciones de poder inscritas en el discurso de la ley.

Más que ambiguo o impreciso, el discurso de la ley es enigmático. Juega estratégicamente con los ocultamientos para justificar decisiones, disfrazar el reparto de poder social y propagar, disimuladamente, padrones culpabilizantes. Conceptos ideológicamente condicionados encubren prácticas de terror racionalmente banalizadas. Utopías perfectas explican, con razones, la producción institucional de un sujeto de derechos sin derecho a la transformación autónoma de la sociedad. En fin, una enorme carga ideológica atraviesa todo el proceso de interpretación de la ley.

**III** Los discursos jurídicos contienen sentidos que ocultan sus razones y la dirección de sus efectos. Como el champagne, la discursividad de la ley, en sus diversas manifestaciones, desenvuelve significaciones posteriores a su primera enunciación. El escalonamiento de los efectos del champagne conduce de la excitación al entorpecimiento; y este mismo principio devastador es el que regula el contrapunto de sentidos, los encabalgamientos, las ficciones y los niveles implícitos del juego discursivo del medio jurídico, que conoce destinos y destinatarios sucesivos.

En los campos sancionados por la producción institucional de los sentidos surge inscrito el poder como emblema, como disciplina de los cuerpos y como palabra culpabilizante. Haré notar que los sentidos normativos están inscritos en un horizonte discursivo que envuelve, como un manto protector de las opacidades establecidas, las relaciones entre la sociedad, el Estado y el Derecho, determinando, al mismo tiempo, un "dato" que constituye institucionalmente a los sujetos del oficio jurídico y al individuo como presumido "sujeto de derecho". Las prácticas interpretativas de la ley constituyen y dependen de varios saberes comunes, que operan socialmente para reforzar la opacidad de la dominación político-jurídica y trabar cualquier gesto de desciframiento del misterio de la ley y su obediencia.

Los sujetos del oficio jurídico viven inmersos en una temperatura interpretativa que sublima, en una discursividad teológica, variadas prácticas de exclusión social. (Los ecos solemnes de la palabra legal siempre hablan de una falta, hablan de lo que el Derecho no puede dar: secretos que se enuncian con aparente transparencia, que en el fondo adorna posiciones conservadoras). Una galante discursividad que se aprovecha de los efectos performativos de las palabras para disimular las perversiones de una forma social opresiva.

La aplicación de la ley queda garantizada por un "clima" de sentidos que afirman, en el discurso, lo que las prácticas del Derecho niegan a la sociedad. Como en el discurso amoroso, los juristas hablan de lo que no tienen, para sustentar muchos "deseos" (reivindicaciones de nuevos derechos) en su pérdida: se trata de una representación implementada para disolver, en un espejismo

**II** Frente a los discursos de la ley, los juristas desenvuelven prácticas interpretativas que fuerzan el silencio sobre sus condiciones políticas, facilitando respuestas gravemente patológicas (esquizofrenia y otros síntomas) y escandalosos deseos instituidos de alienar, excluir y omitir. Una intención de mostrar un estado de certeza, sin posibilidades de duda o cuestionamiento. Mecanismos de idealización, que recaen sobre una "fuerza alienante", y que hacen de los intérpretes de los discursos jurídicos simples productores alienados que reivindican para sí el deseo de alienar a los otros en nombre de creencias y principios considerados como una "buena causa".

La alienación muchas veces es una vivencia impensable para quien la sufre y encuentra en la alienación de los otros la realización de un deseo de matar el pensamiento que está presente como estado de dependencia, exclusión, mutilación también en quien inadvertidamente aliena: un modo de anular la resistencia y la transgresión de las dimensiones jurídicas de una forma social opresiva.

Es preciso reconocer que las prácticas interpretativas del Derecho casi nunca se sitúan como respuestas superadoras de la opresión instituida. Producen ciertos efectos sísmicos en la superficie de la discursividad jurídica, pero no se anulan, ni se desmantelan las opciones totalitarias que hacen de la previsibilidad y de la seguridad legal, una negación de la inscripción y de la producción de nuevos sujetos de derecho. Cimbronazos que se refuerzan, que reproducen, que forman parte del imaginario alienante.

simbólico, carencias insostenibles, faltas que precisan ser dichas para que se las pueda imaginar obturadas.

Es conocido el modo de operar de la concepción juricista (de las creencias que sostienen la ideología del "Estado de Derecho") disolviendo todas las dimensiones del poder del Estado en la ley, mostrando las prácticas del Derecho como un dique de contención del arbitrio, proclamando a la ley como un instrumento de la razón que preserva tanto la libertad como la igualdad.

Constrúyense así saberes externos a la sociedad que niegan todas sus insuficiencias y pérdidas, mostrándolas realizadas por las palabras.

El discurso jurídico invierte los despojos y las exclusiones sociales presentándolos como derechos del hombre.

Se habla del Estado de Derecho como garantía para el hombre, de modo de permitir que una sociedad pueda soñar con lo que no tiene, y pueda hablar de la democracia, viviendo en una forma social cada vez más totalitaria.

Es sabido que la ley pretende justificarse por su función de garantía contra las violencias ilegítimas resaltando la imagen de un reinado abstracto, neutro y universal. De esta manera los saberes comunes del Derecho (el sentido común teórico de los juristas) dislocan hacia el territorio de las abstracciones perfectas las necesidades negadas por las relaciones de dominación.

Desde mi punto de vista, las creencias sobre el "Estado de Derecho" configuran una utopía perfecta que tiene para el pueblo y, principalmente, para los juristas de oficio, una alta carga de magnetismo. Con todo, se trata de un sueño frustrante que destruye, en muchas situaciones conflictivas, los espacios de instauración de una forma social autónoma (democrática).

Resulta poco plausible el uso del Derecho como formador del sentido democrático de una sociedad, si el mismo no admite el valor positivo del conflicto, si escamotea, en nombre de una igualdad formal y perfecta, las desigualdades económicas y culturales, si olvida que la ley es siempre expresión de intereses y de prácticas de poder.

El sistema de representaciones expresado por la idea del Estado de Derecho, visto como una utopía perfecta, se torna ineficiente en la medida en que cierra las

prácticas hechas en su nombre a todo desenvolvimiento productivo de los antagonismos sociales. Así, fracasa como expresión jurídica de la democracia, negándose a reconocer que los sentidos de la ley no existen como formas perfectas de una escritura sino como momentos dialécticos de múltiples campos de lucha.

Por otro lado, el sentido democrático de una forma social se puede perder si las dimensiones simbólicas organizadas por su ley tienen aversión a todo cuanto es nuevo, y rechazan el deber (siempre incierto y conflictivo) de las prácticas sociales.

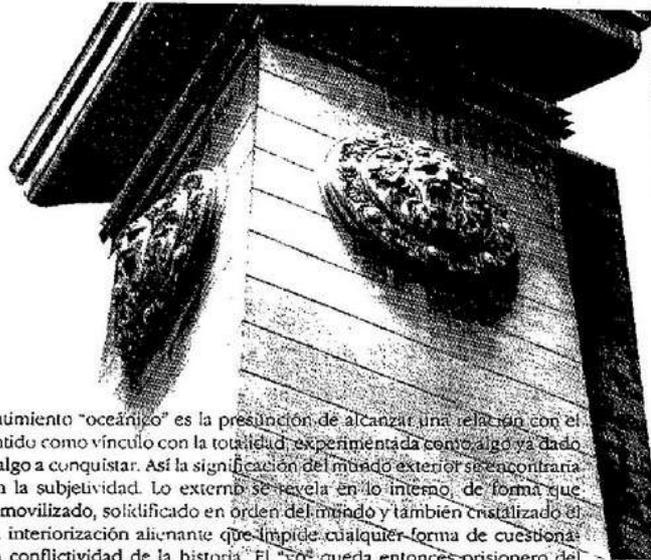
Una forma social que aspire a la autonomía precisa de utopías eficientes, que no se frustren en las esperanzas que simulan realizar. Utopías eficientes, en la medida en que convocan esperanzas, esfuerzos de transformación; en la medida en que estimulan a los que fueron socialmente excluidos de la vida para reivindicar, por ellos mismos, los caminos de la autonomía. Eficientes porque suelen servir para que los que fueron socialmente excluidos puedan descubrir lo que en ellos fue silenciado por las represiones máximas de la cultura. Una utopía eficiente permite que los hombres adquieran una conciencia de sí mismos y de las condiciones de la explotación social que operaría como medida de lo posible sin ser, siquiera, medida de lo real. Su eficacia política reposaría en la posibilidad de acelerar los espacios de crisis y de conflictos por contener la medida de lo posible.

Considero que los hombres tienen que intentar construir sueños sobre el mundo lo suficientemente fértiles para permitir que los espacios políticos en que viven se apoyen en sus creencias y transformen la historia.

De esta manera, los saberes y las instituciones de la cultura serían despojados de sus significaciones como productores de una subjetividad alienada, para adquirir el valor político de un instrumento de transformación.

Entonces las creencias utópicas podrán perder el embalaje de su represión y provocarnos para asumir la naturaleza conflictiva de la historia. Lo que permitirá, a su tiempo, medir el coraje de una utopía. Ella será medrosa, impotente, frustrante, si queda clausurada en una compulsión de perfectibilidad.

Por eso, es importante infiltrar en toda utopía un principio de eficiencia que las preserve al margen de sus propios "delirios" tranquilizadores. Una utopía pierde toda eficiencia si funciona como "calmante" para los desengaños y frustraciones que impone la vida. De esta forma, las utopías únicamente provocan efectos como particulares técnicas para escamotear ("huir") de la realidad en un proceso de transformación "delirante", un delirio de masas provocado por un sentimiento, diría Freud, "oceánico".



El sentimiento "oceánico" es la presunción de alcanzar una relación con el mundo, sentido como vínculo con la totalidad, experimentada como algo ya dado y no como algo a conquistar. Así la significación del mundo exterior se encuentra presente en la subjetividad. Lo externo se revela en lo interno, de forma que quedaría inmovilizado, solidificado en orden del mundo y también cristalizado el sujeto. Una interiorización alienante que impide cualquier forma de cuestionamiento a la conflictividad de la historia. El "yo" queda entonces prisionero del mundo circundante por un juego de creencias que modelan la manera como el hombre se piensa a sí mismo y a la sociedad.

Las utopías perdidas en un sentimiento oceánico cumplen el papel de un "objeto evocativo" que fascina e impide la reflexión.

Siempre creí que las creencias y los puntos de vista que conforman la discursividad del "Estado de Derecho" encuentran en el "sentido oceánico" su fundamento ideológico y su base de sustentación fáctica.

Con eso no quiero sustraer ningún valor de la ley y de sus dimensiones simbólicas como elemento constitutivo del sentido democrático de una sociedad. Tampoco estoy negando el valor de la ley como expresión autónoma del poder y del saber instituido.

Acompañando las reflexiones de Leonel Severo Rocha diría que lo importante es percibir el valor de la ley como instancia simbólica de lo político, esto es, de una concepción de lo real que encuentra su sentido en las incertezas y en los conflictos y no en las instancias de un saber tenido como abstracto y objetivo, en tanto universal y absoluto. No se trata de negar el valor del Derecho como instancia simbólica y espacio de interpretaciones políticas. El problema pasa por no aceptar el sentido común legalista-positivista de los juristas que articulan su saber con los poderes de la dominación instituida, abriéndolo, así, hacia un sentido totalitario de lo social.

La democracia precisa de la redefinición de los espacios simbólicos del Derecho y no de su supresión. Esta última posibilidad se torna mucho más totalitaria en relación a las expectativas de una forma social. En esta dirección van mis prevenciones contra los efectos simbólicos que predominan a partir de la idea de un "Estado de Derecho". Y esto porque la cuestión de lo jurídico no pasa por la necesidad de simular un Estado absolutamente controlado por la ley (gracias a la previsión de una razón con suficiente fuerza para garantizar el carácter ético del Estado), y sí por la comprensión de que el hombre tiene derecho a tener derechos como resultado de sus luchas y antagonismos.

**IV** Apoyados en una utopía cargada de magnetismo los juristas quedan sin condiciones para perturbar la legalidad del poder del Estado y atenuar su propio papel de policía de las perfecciones. Concretamente, la "discursividad magnética" del Derecho sirve, sin muchos inconvenientes, para la estabilización y consolidación de sentidos que perturban las posibilidades de una forma social democrática. El discurso jurídico, en sus múltiples manifestaciones, tiene aversión a todo lo que es nuevo. El peso de este rechazo proviene no sólo del imperativo de preservar —por apología de lo establecido— ciertos efectos de la represión simbólica que el Estado desempeña a través de las representaciones abstractas formales e inamovibles del Derecho. Los "sujetos de Derecho" precisan ser construídos como "sujetos reprimidos" para asegurar el control unívoco del tiempo y del espacio social. Un discurso de seguridades máximas construído para garantizar la fiscalización interior de los individuos, es decir, el panóptico dentro del hombre. Consecuencia directa del orden simbólico del juridicismo (Estado de Derecho) que desvuelve lugares comunes, procesos imagi-

narios y fundamentaciones fuera de la historia para recuperar nuestros deseos en una mística alienante.

Así, la producción institucional de una subjetividad alienada pasa, principalmente, por la matriz simbólica del Derecho y sus técnicas lingüísticas de normalización y padronización. Las vías de la alienación social se estructuran en torno de la ley y su orden simbólico, de modo más estrecho de lo que normalmente se supone.

Los saberes comunes del derecho provocan una dependencia generalizada y manipulatoria. Ella está principalmente basada en el carácter culpabilizador de la ideología. Voces morales de la ley jurídica que reprimen y padronizan los deseos condicionándolos al margen de las amenazas de la coerción organizada y sus efectos psicológicos.

Los individuos se adecuan psicológicamente a las relaciones de dominación mucho más por los efectos culpabilizadores de la ideología jurídica que por temor a las sanciones legales. Es decir que estamos delante del Derecho cumpliendo las funciones del "superyo".

En esa dirección el discurso jurídico simula una

cierta inamovilidad y perfección significativa para garantizar el sentimiento de culpabilidad y preservar el control anticipado del tiempo y del espacio social. Para esto, lo nuevo aparece siempre como amenaza al "superyo jurídico" y a las relaciones instituidas de poder.

En el discurso jurídico lo nuevo aparece como redefinición de las palabras de la ley en los sucesivos y diferentes actos de su interpretación. Es preciso notar que en los actos de interpretación de la ley se redefinen los contenidos, nunca las estructuras del superyo. Se pueden alterar los sentidos de la ley, tomar decisiones, controlar las aplicaciones de la ley, sin que las funciones de la represión simbólica y los sentimientos culpabilizadores sean alterados. Las alteraciones de los contenidos significativos de la ley son siempre producidos dentro de un determinado sistema instituído de relaciones sociales y de relaciones de producción. Esto nos lleva a afirmar que lo nuevo en el Derecho aparece siempre dentro y sometido al mismo poder de control. Una metamorfosis de textos legales hechos dentro de una misma estructura de poder.

Quando se habla de objetividad, se están exaltando las posibilidades de un a priori del Derecho y de la sociedad que niega el valor articulario de la historia, en la medida en que toda objetividad presupone un componente reiterativo que anula el sentido de lo nuevo y de sus articulaciones. Así, la objetividad niega el carácter histórico, político y conflictivo de lo nuevo.

Quando se habla de objetividad, a partir del paradigma dominante en las ciencias sociales, no se toma en consideración que la noción de objetividad es simbólica, efecto de una discursividad que contiene siempre una articulación de antagonismos que determinan un estado de contingencias (de imprevisibilidades) que la relativizan radicalmente. La realidad de lo social y de lo jurídico es precisamente esta articulación de incertezas contingentes y no la objetividad producida contingentemente por el saber. El saber instituido escamotea los procesos de comprensión que los antagonismos de lo real despiertan siempre. Una ilusión de clausura perfecta. Una seguridad simulada, una seguridad que se cierra frente a las contingencias de lo nuevo en el espejismo de sus predeterminaciones.

De esta forma, el saber instituido del Derecho sirve para la formación de un imaginario puesto al servicio de la producción de las subjetividades alienadas.

Estas observaciones hablan respecto a un fuerte lazo que se fue tejiendo entre el juridicismo que sustenta las creencias sobre el Estado de Derecho y las formas de un saber que, en nombre de la Ciencia, postula la objetividad para impedir la formación de nuevas identidades colectivas. Un juego de conexiones ambiguas que va generando un cierto "clima", un horizonte que hace posible el conjunto de las interpretaciones de la ley, disfrazando el carácter político de las mismas estrategias míticas que disimulan el hecho de que todo proceso interpretativo es siempre la manifestación de un poder: el ejercicio del poder de producir los sentidos de la ley. En el caso, un poder que, por otro lado, no consigue, en la perspectiva juridicista, transgredir la estructura de dominación que le otorgó tal facultad.

Parece, todavía, que la finalidad de la articulación del juridicismo como el conocimiento que pretende ser objetivo es también el de favorecer una despolitización creciente de la sociedad.

Lo político precisa de espacios indefinidos abiertos al devenir de los sentidos. Lo político (la democracia) como dimensión simbólica tiene que ver con la producción de los sentidos de una forma social, sentidos que son siempre una resultante de los antagonismos, nunca de una determinación neutra y distante, como pretenden las versiones científicas del mundo que funcionan como dominantes en el sentido común teórico de los juristas.

El Derecho es una instancia simbólica de lo político. Esto nunca puede ser negado si nuestros deseos se dirigen hacia la producción de una forma social democrática. No se pueden materializar los sentidos de una forma social democrática sin una referencia forzosa al Derecho. Negando el papel simbólico del Derecho se produce un estado de despolitización generalizada. Una situación de máxima anarquía de lo social que podrá llevar al totalitarismo (Tocqueville).

Ahora bien, el Derecho cumple su función de condición de sentido si funciona como un mecanismo simbólico que se niega a ser simultáneamente legalista y científicista, en la medida en que, alejándose de los presupuestos que predominan en su doxa instituida como ciencia, pasa a constituir una opción para la producción política de los significados, hacia un proceso de autonomía, entendido como vínculo creativo con el otro.

V El sentido común teórico de los juristas, en nombre de la claridad paradigmática y de la consistencia lógica, facilitó la ignorancia de la especificidad histórica de los fenómenos que teoriza. Se afirma la existencia de un tratamiento específico de las cuestiones jurídicas procurando fundamentos conceptuales que no toman en consideración el hecho de que lo jurídico aparece siempre articulado en totalidades más amplias. Los juristas persisten en tomar dominante una tendencia totalizadora y excluyente de los fenómenos jurídicos.

Estamos, así, delante de una memoria tomada colectiva para los juristas de oficio, que empobrece las posibilidades de un uso transformador del Derecho. Conceptos que funcionan como complicidades para radicalizar una estrategia que aleja al Derecho de la lucha política y de los movimientos de autonomía.

Predomina un pensamiento jurídico nada pensoso a la aceptación del Derecho como un instrumento apto para crear el terreno histórico y político de la transformación social. Por el contrario, el Derecho y sus creencias secularmente consagradas están hoy favoreciendo la desintegración del tejido social y las identidades fragmentadas.

Estoy hablando de creencias que se sustentan en una reivindicación de objetivismo como posibilidad de comprensión de lo social y de su ley. Vale decir, en una perspectiva que parte del supuesto de que el Derecho puede ser entendido como conjunto objetivo y coherente aprehendido conceptualmente. Una racionalidad sin exterior que deja de lado el hecho de que el Derecho y el orden social (que regula y condiciona) no consiguen nunca constituirse enteramente como un orden objetivo. Siempre existe —como señala Laclau— una negatividad constitutiva, esto es, un antagonismo que muestra la imposibilidad, en última instancia, de la objetividad de lo jurídico y de las relaciones sociales. Razon por la cual resulta ideológica la constitución de un saber fundado en la reivindicación excluyente de una racionalidad objetiva de lo real. Conuerdo con Laclau cuando afirma que la noción de antagonismo no tiene cabida en una historia vista como proceso objetivo y que, por otro lado, sin antagonismos, sin impulsos de negatividad, no existe teoría (yo diría discursividad) ni acción revolucionaria.

Tomando como referencia lo que termino de afirmar, pienso que la discursividad y las prácticas jurídicas, así como los actos interpretativos de la ley servirán a los procesos de transformación de la sociedad si consiguen alejarse del objetivismo que las domina. Fundamentalmente si consiguen trabajar el carácter primario y constitutivo de la articulación de los antagonismos.

La vida práctica del Derecho, el conflicto de interpretaciones introduce espacios de duda y ambigüedades que tornan imposible la caracterización de lo jurídico como un orden objetivo. Se trata de interpretaciones que resultan de un conjunto de fuerzas dispares que no responden a ninguna lógica unificadora. Ellas responden al resultado de una lucha que no se encuentra garantizada por ninguna determinación a priori.

## EDICIONES

# Depalma

BUENOS AIRES  
De nuestro sello editorial

BARBERO SANTOS, MARINO

Penal de muerte  
*el ocaso de un mito*

BERISTAIN, ANTONIO  
NEUMAN, ELIAS

Criminología y dignidad humana  
*(diálogos)*

GARCIA RAMIREZ, SERGIO  
Criminología, marginalidad y derecho penal

GONZALEZ DEL SOLAR, JOSE H.

Delincuencia y derecho de menores  
*aporte para una legislación integral*

LAVIÑA, FELIX  
Sistemas internacionales de protección  
de los derechos humanos

HEPP, OSVALDO T.  
La internación de menores  
y sus problemas sociales  
*sistemas institucionales de tratamiento*

NEUMAN, ELIAS  
IRURZUN, VICTOR J.  
La sociedad carcelaria  
*aspectos penológicos y sociológicos. 3ª edición.*

REINALDI, VICTOR F.  
El delito de tortura

ZAFFARONI, EUGENIO R.  
Sistemas penales y derechos humanos  
en América Latina  
*Instituto Interamericano de Derechos Humanos.  
Documentos y cuestionarios elaborados para el  
seminario de San José, Costa Rica. Informe final  
del programa de investigación.*

"... porque soy inocente y no quiero pagar por cosas que la infamia ha puesto sobre mis hombros.

Y es precisamente por los actos repugnantes de los métodos viles y criminales de los carabinieri que el país vive un conflicto silencioso y terrorista. Y tratan de poner en mi cuenta todos los crímenes.

(...)

O acaso es que creen que me voy a convertir en oveja a fuerza de ver tanta injusticia, dejando de ser el criminal que no soy.

La prueba de que no soy un asesino está en que si lo fuese, viendo lo que me han hecho tendría que matar por lo menos diez policías cada día, o quizás algunos de esa ridícula jauría que Scolba ha mandado a estas tierras necesitadas de mejoras agrícolas, de técnica y de tractores, y no de policías, curas y espías. Y si no es mi destino el de morir, nunca me cogerían, aunque sean diez mil los que me anden buscando.

(...)

Mi solo deseo consiste en ver suprimidos el confinamiento, las primas de captura de la policía, el paro y la explotación de los trabajadores y en ver a nuestro martirizado país vivir una vida de paz serena y de progreso civil."

(Carta de Pasquale Tanteddu, Bandolero, a F. Cagnetta, en 1954, en Hobsbawn, Eric, *Rebeldes Primitivos*, Barcelona, Ariel, 1983).

Bucear, aunque más no sea superficialmente, en una teoría crítica de la pena, provoca dos reflexiones inmediatas a la sola lectura de su nombre: se criticará la categoría "pena" y ella por lo tanto, sobrevivirá a la crítica, o no; o se criticará la entidad "pena" (dolor, padecimiento), con las mismas posibles y divergentes consecuencias.

En el primer sentido la categoría "pena" existe tanto como existen el delito y el usufructo, como existen la usucapción y las sucesiones. Todas estas nociones se refieren estrictamente al campo normativo y existen en la medida en que existen las normas. La única crítica posible a este enfoque es verlo desde diferentes imperativos, admitida que sea la relatividad del deber ser. En última instancia, intrasistémicamente, se trata de un problema de voluntad (¿qué es lo que el "soberano" quiere que deba ser?), que no da cuenta de la realidad (¿qué es lo que es?).

En el segundo sentido, partimos de afirmar que la pena ha dejado de cumplir aquellas funciones útiles -reales o simbólicas- que le fueran asignadas por sus doctrinas de justificación, esto es la de actuar sobre el individuo con motivaciones positivas para su conducta posterior (teoría de la prevención especial positiva), la de integrarlo al valor de la norma (teoría de la prevención general positiva), la de actuar sobre el individuo para evitar que cometa el delito, neutralizándolo (teoría de la prevención especial negativa), por fin, la de disuadirlo a través de la amenaza penal (teoría de la prevención general negativa).

Dando por sentado el criterio precedentemente expuesto, cabe preguntarse entonces: ¿qué función cumple la pena en nuestros tiempos?, o mejor aún, la pena, ¿cumple actualmente alguna función?

En principio, puede considerarse la siguiente presunción: que la insistencia de los poderes no formales que ejercen algún tipo de control social, respecto de la vigencia, legitimidad, eficacia, y necesidad de los formales, es altamente sospechosa; probablemente esta insistencia, este continuo desviar la atención hacia el terreno sistémico, permita alejarla del suyo propio, eliminando todo debate, al suponerlo no existente.

Podemos detectar un mecanismo que funciona de la siguiente manera: a pesar del conocimiento por parte de los "constructores de penas" -y por qué no de aquellos a los que van dirigidas- de la ineficacia del sistema penal -respecto de las funciones que le habían sido atribuidas-, la pena es continuamente resucitada de su propia muerte, cada vez con un nuevo disfraz. Creando la ficción de la amenaza se refuerza la función toda del sistema penal, se pide más de lo que se sabe no puede justificarse y, paradójicamente, en su dimensión real no hace más que ampliar, aunque más no sea mantener, la permisividad. No es la pena la que disuade al individuo, no es la amenaza de la pena la que disuade al individuo, sino la ficción de su aplicabilidad la que

viene a socializar el principio de su necesidad y de su eficacia -en el sentido de medio actuante y adecuado para "encerrar al desviado"-.

## LA IMPUNIDAD Y EL DOLOR SON UNA PENA

Por Mary Beloff  
Gabriela Delamata

Sin embargo, la impunidad no es oculta, ni la invención más grande es lo suficientemente "real" como para convertir la fábula en verdad. Es imposible negar el nivel de descreimiento generalizado y creciente respecto del funcionamiento del sistema represivo. Con todo, ante las críticas desde abajo acerca de su intervención deficiente, respecto de su selectividad, y frente al discurso de los *mass media*, la oferta de maximización de las penalidades desde el poder institucionalizado no es más que otra vuelta de rosca que retroalimenta el mecanismo ya descrito.

Ahora bien, volviendo a la pregunta, ¿qué nos queda de la pena cuando es efectivamente aplicada?

Como resultado de un discurso que intenta sostener la utilidad de lo inútil a través de una invención, el dolor se convierte en la única medicina privada o pública demandada para que algo o alguien retribuya el mal sufrido, que pague quien lo hizo se convierte así en la regla primera; la intervención del sistema penal deja de erigirse en la vía excluyente y adecuada, para convertirse en una alternativa respecto de la cual es preferible pero no indispensable su intervención.

Obviamente, nunca nadie reconocerá sin ambigües que por ojo deba ser ojo y por diente deba ser diente. La "falta de seguridad en las calles", como argumento que gastan tanto el sentido común de la gente como el político de los gobernantes, como del contribuyente de los medios, traduce la inseguridad real, aquella que experimenta los pauperizados, y los que sin serlo, viven un progresivo empobrecimiento relativo.

Muerto el discurso, sólo quedan en la cárcel contenidos miserablemente siniestros: frío, hambre, violencia, marginación. Para sus ocupantes en general no hay mayor diferencia adentro y afuera. Si por algún error o por alguna pugna de poder mal resuelta algún privilegiado entra, seguirá en esa condición detrás de los muros. Pero esta hipótesis es la excepción que confirma la irremediable regla de que la sociedad por medio del sistema criminaliza a sus "otros". La cárcel implica a su interior, fundamentalmente, custodia, un tipo de control que se agota en mantener los cuidados indispensables para que el criminalizado no se escape. A falta de rendimiento económico, el prisionero se convierte exclusivamente en un costo; que se le tienda a deprimir -deliberada o involuntariamente- intensifica, como contrapartida, cada vez más el dolor que debe cobrarsele.

Por su lado, aquellos pocos prisioneros que escapan a toda mediación de rendimiento económico y que son objeto de otro tipo de aprovechamiento -político-, constituyen la variable de ajuste que permite al sistema criminal autolegitimar su ideología de ley igual.

A esta altura de la reflexión creemos que debemos dejar de llamar "pena" exclusivamente a la institucionalización del dolor; o mejor aún abandonar la denominación "pena" y reemplazarla por dolor, ya que siempre pena implica siempre algún -aunque sea mínimo- contenido de "institucionalizado". Por otra parte al usar dolor, desnudo, descalificamos todo tipo de justificación, carga que inevitablemente siempre tiene encima la palabra "pena", en la medida que por más separación metodológica que se haga (como al comienzo) siempre "pena" remite a la idea de infracción a alguna norma, sea ésta jurídica, social, moral, laboral, etc.

Por otra parte, este tipo de desinstitucionalización nos permite, a su vez, avistar su otra cara, a saber: la impunidad. Ambos momentos, dolor e impunidad, constituyen los lados políticos de una misma bisagra de poder. Más se extiende el ángulo de la impunidad, menor es la posibilidad de su aplicación efectiva de penas -aunque las pocas que se efectivizan, aumenten realmente su intensidad-; a mayor aplicación extensiva de penas -por medios judiciales-, se vuelve más agudo el ángulo que representa a la impunidad, resueltas que fueron las pugnas de poder entre actores potencialmente impunes, a favor de unos u otros interesados.

La imposición de la pena-dolor está estructuralmente ligada al sistema criminal. La pena-impunidad deviene útil en tanto se erigen maquiavélicos imperativos políticos. El problema que surge ahora es cómo justificar el dolor y, otro anterior, si existen dolores justificables.

A estas preguntas finales pareciera que Oscar Wilde tiene algunas posibles respuestas:

"Yo no se si las leyes tienen razón o si están equivocadas.

Todo lo que sabemos nosotros los presos es que el muro es sólido

y que cada día es como un año, un año cuyos días son largos.

Pero lo que se es que toda ley hecha por los hombres para el hombre

desde que un hombre por primera vez quitó la vida a su hermano

empezando el mundo de la aflicción,

toda ley dispersa el grano bueno y retiene la peor de las cribas.

Y también sé, y qué bueno sería que todos lo supieran igualmente que cada prisión que edifican los hombres está construida con los ladrillos de la infamia y cerrada con barrotes por temor a que Cristo vea cómo mutilan los hombres a sus hermanos. Con barrotes desfiguran la luna grácil y ciegan el buen sol

y hacen bien en esconder su infierno porque suceden cosas en él que ni el Hijo de Dios ni el hijo del hombre deberían nunca ver"



Henry Mackie, Edward Asher y Howard Etle desafiaron una tormenta para manifestar en contra de la condición humana el miércoles 26 de abril (y Marie, deberías haber usado pintura impermeable; los carteles eran un desastre a la media hora). Empezaron en San Juan el Precursor, en la calle 69 a la una y media de la tarde, llevando carteles con los slogans ¡EL HOMBRE SE MUERE! / ¡EL CUERPO ES UN ASCO! / ¡COGITO ERGO NADA! / ¡OLVIDENSE DEL AMOR! y repartiendo volantes de la conferencia de Henry Mackie en la plaza Playmor el día siguiente a la tarde. Había mucho interés entre la gente que estaba alrededor de la iglesia. Un hombre que dijo llamarse William Rochester se acercó a alentarnos: "¡Así se hace!", nos dijo. Alrededor de las dos menos diez un ministro gordo y lujosamente vestido salió de la iglesia a discutir el derecho a manifestar. Tenía una papada que temblaba desagradablemente y, lamento decirlo, no tenía pinta de buen tipo.

"Bueno", dijo, "ahora muévase, tienen que moverse de acá, no pueden manifestar en contra nuestra". Dijo que nunca se había manifestado en contra de la iglesia, que no se lo podían hacer sin su permiso, que era dueña de la vereda, y que iba a llamar a la policía. Henry Mackie, Edward Asher y Howard Etle ya habían conseguido permiso para la manifestación, gracias a un afortunado golpe de intuición; y lo confirmamos mostrándole nuestro papel, que habíamos obtenido en la Comisaría. El ministro se irió profundamente y se volvió

hecho una furia a la iglesia para contarle a uno de más arriba. Henry Mackie dijo, "Bueno, prepárense para los truenos", y Edward Asher y Howard Etle se rieron.

El interés en la manifestación entre la gente que pasaba aumentó y bastantes personas aceptaron nuestro panfleto y empezaron a preguntar a los manifestantes cosas como "¿Qué quieren decir?" y "Ustedes, jóvenes, ¿se criaron en la iglesia?". Los manifestantes respondían a estas preguntas serena pero firmemente, y con todo el detalle requerido por el interés que era esperable tuvieran los que pasan casualmente. Alguno de los peatones hacía observaciones cáusticas -me acuerdo de "Cogito ergo un carajo"-, pero el espíritu de los manifestantes fue en todo momento ejemplar, aún después, cuando las cosas empezaron a ponerse, como dijo Henry Mackie, "un poquito duras". La gente a la que le interesan los derechos de los manifestantes debería darse cuenta de que estos derechos no son amenazados la mayoría de las veces por la policía, que generalmente no te molesta si pasas por los procedimientos burocráticos apropiados, pero sí por individuos que se te acercan y tratan de sacarte el cartel de las manos, y hasta a veces de escupirte. El tipo que hizo esto estaba, oh casualidad, muy bien

vestido. ¿Qué puede estar pasándole a un individuo como ese por la cabeza? Ni siquiera se dignó a preguntar sobre la naturaleza o propósito de la manifestación, lo único que hizo fue escupir y seguir de largo. No dijo una palabra. Nos intrigó bastante. A eso de las dos de la tarde un funcionario muy encumbrado vestido con una sotana negra salió de la iglesia y nos preguntó si alguna vez habíamos escuchado hablar de Kierkegaard. Le estaba lloviendo tanto como a los manifestantes, pero parecía no importarle. "Esta manifestación exhibe un espíritu kierkegardiano que puedo comprender", dijo, y después nos solicitó que transfiriéramos nuestras operaciones a algún otro lugar. Henry Mackie tuvo una conversación muy interesante de unos diez minutos de duración con este funcionario durante la cual el New York Post, Neesweek y CBS Televisión, a quienes Henry Mackie les había avisado antes de la manifestación, sacaron fotografías. Los fotógrafos pusieron al religioso un poco nervioso, pero hay que reconocerle que mantuvo su actitud carente de amable interés casi hasta el final. Dijo algunas cosas bastante trilladas como "la condición humana es lo dado, lo que importa es lo que nosotros hacemos con ella" y "el cuerpo es simplemente el templo donde habita el alma", a lo que Henry Mackie retrucó con su famosa pregunta "¿Por qué tiene que ser así?", que ha dejado mudos a tantos religiosos y pensadores ortodoxos, y con la cual en principio nos ganó (al resto de los manifestantes) para su causa, por sobre todo.

"¿Por qué?", exclamó el religioso. Estaba claro que había sido radicalmente sorprendido. "Porque es así.

Hay que vérselas con lo que es. Con la realidad."

"Pero ¿por qué tiene que ser así?", repitió Henry Mackie, fiel al mecanismo de la pregunta, que usada de este modo es incontestable. Un brote de furia y frustración asaltó por un instante la cara del religioso (probablemente no haya salido en la pantalla de tu televisor, Marie, pero yo estaba ahí, y lo vi -y fue bárbaro).

"La condición humana es un dato fundamental", dejó sentado el clérigo. "Es inmutable, fijo e inmodificable. Decir otra cosa ..."

"Precisamente por eso", dijo Henry Mackie, "debe ser desafiado".

"Pero es", dijo el clérigo, "la voluntad de Dios".

"Sí", dijo Henry Mackie, significativamente.

El religioso se retiró entonces a su iglesia, murmurando y sacudiendo la cabeza. La lluvia había estropeado bastante nuestros carteles, pero los slogans todavía eran legibles y de todos modos teníamos carteles de repuesto escondidos en el auto de Edward Asher. Un grupo de infelices cruzó la línea de la manifestación para ir a misa, entre ellos bastantes que tenían pinta de ser del FBI. Los manifestantes se habían dado cuenta al idear sus planes del peligro de ser tomados por comunistas. Esta eventualidad fue cubierta por los panfletos mimeografiados que explicaban cuidadosamente que los manifestantes no eran comunistas, y hacían referen-

# Marie, Marie, agarrate fuerte

Por Donald Barthelme  
Traducción de Cecilia A. Rossi y Christian Courtis

cia al servicio y a las condecoraciones militares de Edwar Asher y Howard Etle. "Nosotros, como ustedes, somos ciudadanos americanos que acatamos la ley, defendemos la constitución y pagamos los impuestos", decía el panfleto. "Simplemente nos oponemos al cruel modo en que la condición humana ha sido impuesta sobre organismos que no han hecho nada para merecerla y que no tienen posibilidades de escapar de ella. ¿Por qué tiene que ser así?". El panfleto seguía refiriendo en lenguaje simple los varios e infortunados aspectos de la condición humana incluyendo la muerte, indecorosas y degradantes funciones corporales, limitaciones al entendimiento humano, y la quimera del amor. El panfleto concluía con la sección titulada "¿Qué Debe Hacerse?", que según Henry Mackie es un famoso anzueto revolucionario que sintetiza, en lenguaje claro y simple, el programa de Henry Mackie para la reificación de la condición humana empezando de cero.

Una señora negra se acercó, agarró uno de los panfletos, lo leyó cuidadosamente y después dijo: "A mí me parecen comunistas!". Edward Asher dijo que no importa lo claro que le expliques las cosas a la gente, la gente siempre quiere creer que sos un comunista. Dijo que una vez que marchó en Miami en contra de la vivisección de animales desprotegidos fue acusado de ser un nazi comunista, lo que es, según explicó, una *contradictio in terminis*. Dijo que las mujeres eran generalmente las peores.

Para ese entonces la gran multitud que se había juntado cuando llegaron los de la televisión se había dispersado. Los manifestantes

trasladaron en consecuencia la manifestación a la Plaza Rockefeller, en el Rockefeller Center, vía el auto de Edwar Asher. Ahí había mucha gente vagueando, digiriendo el almuerzo, etc. y usamos los carteles de repuesto que tenían nuevos mensajes como:

¿POR QUE ESTAS PARADO  
DONDE ESTAS PARADO?

¡EL ALMA NO ES!

NO MAS  
ARTE  
CULTURA  
AMOR

¡ACORDATE DE QUE SOS POLVO!

Había dejado de llover y las flores olían maravillosamente bien. Los manifestantes tomaron posiciones cerca de un restaurant (hubiera querido que estuvieras ahí, Marie, porque me hizo acordar de algo, algo que dijiste esa noche que fuimos a Bloomingdale's y compramos tu nuevo traje de baño colorado: "Es el color de un recién nacido", dijiste, y las flores eran tal cual, algunas, bah). Gente con máquinas colgando de sus cuellos nos sacaba fotos como si nunca antes hubiese visto una manifestación. Los manifestantes comentaban entre ellos que era gracioso pensar en los turistas con fotos de nosotros manifestando en sus álbumes en California, Iowa, Michigan, gente que ni conocíamos, y que ni nos conocía, ni le importaba nada de la manifestación, ni, de última, de la condición humana misma, en la cual estaban tan metidos que ni podían salirse y mirarla y darse cuenta de lo que es.

"Es una situación paradigmática", dijo Henri Mackie, "ejemplificando la distancia entre los potenciales concedores que sostienen una visión ordinaria del mundo y lo que debe ser conocido, que se les escapa en tanto persisten en sus existencias mundanas".

A esa hora (tres menos cuarto de la tarde) se les acercó a los manifestantes un grupo de jóvenes que tendrían

según creo entre 16 y 21 años. Tenían puesto camperas de cuero, remeras, pantalones ajustados, etc. y muy obviamente eran delincuentes de los barrios bajos y de hogares destrozados donde no habían recibido ningún cariño. Rodearon a los manifestantes de modo amenazador. Eran como siete. El líder (y, Marie, no se trataba del mayor, era más joven que algunos de ellos, alto, con una cara extraña, que no decía nada pero al mismo tiempo parecía inteligente) dio unas vueltas mirando nuestros carteles con exagerada curiosidad "¿Qué son ustedes, loco?", dijo finalmente "¿qué clase de mamaracho?"

Henry Mackie contestó serenamente que los manifestantes eran ciudadanos americanos ejerciendo su derecho a manifestar pacíficamente bajo la Constitución.

El líder miró a Henry Mackie: "¡Ah, son vivos ustedes, eh!", dijo. Después le sacó un manojo de panfletos de las manos a Edward Asher, y cuando Edward Asher intentó recuperarlos se le escurrió mientras otros dos se le ponían en el camino. "¿Qué carajo se piensan que están haciendo?" dijo. "¿Qué es toda esta payasada?"

"Ustedes no tienen ningún derecho..." comenzó a decir Henry Mackie, pero entonces el líder de los jóvenes se le puso muy cerca.

"¿Qué quieren decir, qué ustedes no creen en Dios?", dijo. Los otros también se acercaron.

"Esa no es la cuestión", dijo Henry Mackie. "El tema no pasa por creer o no creer. La situación permanece idéntica creas o no creas. La condición humana es..."

"Escuchame", dijo el líder, "piénsese que todos ustedes buenos chicos iban a la iglesia todos los días. Y ahora me cuentan que los señoritos no creen en Dios. ¿Ustedes me están jodiendo?"

Henry Mackie repitió que el hecho de creer no tenía nada que ver, y

dijo que se trataba, más bien, del tema del hombre inerme, envuelto en una definición de sí mismo que él no ha establecido, que no puede ser alterada por acción humana alguna, y que se encuentra en conflicto fundamental con toda noción humana de lo que debería obtenerse. Los manifestantes estaban simplemente sometiendo este estado de cosas a un cuestionamiento radical, dijo.

"Me están jodiendo", dijo el joven, e intentó darle una patada en la ingle a Henri Mackie, pero Mackie se dio vuelta justo a tiempo. De todos modos los otros jóvenes saltaron hacia los carteles, en el centro mismo del Rockefeller Center. A Henry Mackie lo tiraron al suelo y lo patearon repetidamente en la cabeza, al saco de Edward Asher le arrancaron la espalda y él tuvo que aguantar muchos golpes en los riñones y en otros sitios, y a Howard Etle le dejó una costilla rota un joven llamado "Cutter", que lo arrastró contra una pared y lo golpeó con severia aun cuando algunas personas que estaban ahí paradas trataron de interferir (en realidad, muy pocas). Todo esto pasó en muy corto lapso de tiempo. Los carteles de los manifestantes fueron despedazados y destrozados, y sus panfletos desparados por todos lados. Un policía convocado por alguno de los que estaban ahí trató de agarrar a los jóvenes, pero ellos se escaparon a través del lobby del edificio de la Associated Press, y el policía volvió con las manos vacías. Se requirió asistencia médica para los manifestantes. Se sacaron fotos.

"Violencia sin sentido", dijo Edward Asher más tarde. "No entendieron que..."

"Al contrario", dijo Henry Mackie, "ellos entienden todo mejor que cualquiera".

La tarde siguiente, a las ocho, Henry Mackie dio su conferencia en el salón de reuniones del piso superior en Plaza Playmor, tal como había sido anunciado en el panfleto. El auditorio era escaso aunque atento e interesado. Henry Mackie tenía la cabeza vendada con vendas blancas. Dió su conferencia titulada "¿Qué Debe Hacerse?" con buena dicción y enunciación y con voz fuerte. Fue muy elocuente. Y la elocuencia, dice Henry Mackie, es realmente lo único a lo que podemos aspirar.

# ETC...

## OBRAS RECIBIDAS

- Revista Desbordar, Nº 2, Buenos Aires, 1991.  
Cuadernos del CELS, Nº: 1, 2, 3, 4.  
Lavagno, Victor, Crónicas de barro. Historias y miserias del Gran Buenos Aires, Puntosur, Buenos Aires, 1989.  
Revista Medio Ambiente y Urbanización, Nº: 32/35, Grupo Editor Latinoamericano, IIED, Buenos Aires, 1990/1991.  
Hardoy, Jorge E. y Satterthwaite, David, La ciudad legal y la ciudad ilegal, Grupo Editor Latinoamericano, IIED, Buenos Aires, 1987.  
Revista La Biblio, Nº 9, Venado Tuerto, 1991.  
Revista Brasileira de Ciências Sociais, ANPOCS, Nº 10, vol. 4, Río de Janeiro, 1989.  
Cadernos do ICHF, Universidade Federal Fluminense, Nº: 15 y 41, Niteroi, 1990.  
Herrendorf, Daniel E., El poder de policía en un sistema de Derechos Humanos, Cuadernos INACIPE, México, 1990.  
Rouquié, Alain, La tentación autoritaria, Hachette, Buenos Aires, 1991.  
Weil, E., Strauss, L. y Poulat, E., Religión y política, Hachette, Buenos Aires, 1987.  
Lefort, Claude, ¿Permanece lo tecnológico-político?, Hachette, Buenos Aires, 1988.  
Kozicki, E., Mari, E., Entelman, R., Legendre, P. y otros, El discurso jurídico. Perspectivas psicoanalíticas y otros abordajes epistemológicos, Hachette, Buenos Aires, 1982.  
Mari, Enrique, La problemática del castigo, Hachette, Buenos Aires, 1985.  
Dotti, Jorge E., Dialéctica y Derecho. El proyecto ético-político hegeliano, Hachette, Buenos Aires, 1984.  
Mari, E., Kelsen, H., Kozicki, E., y otros, Derecho y Psicoanálisis. Teoría de las ficciones y función dogmática, Hachette, Buenos Aires, 1987.  
Deleuze, G., Castoriadis, C., Boockbin, M., Christie, N., Hulsman, L., Savater, F., y otros, Lenguaje libertario, T.I, Pensamiento anarquista contemporáneo, T II, Filosofía de la protesta humana.  
Nordan/Altamira, Montevideo/Buenos Aires, 1990/1991.  
Kraut, A., Responsabilidad profesional de los psiquiatras, La Rocca, Buenos Aires, 1991.

## SUSCRIPCIONES

No Hay Derecho ofrece, a partir de este número, a sus lectores la posibilidad de suscribirse por tres números. El valor de dicha suscripción es de US\$ 12 (o su valor equivalente en Australes) que deberán ser abonados en mano.

La entrega del ejemplar corre por cuenta de la revista en la ciudad de Buenos Aires.

### Interior del país:

Aquellos suscriptores del interior del país deben sumar al valor de la suscripción el costo del envío postal correspondiente a los tres números. En este caso el pago puede efectuarse a través de giro postal a nombre de Alberto Bovino y/o Martín Abregú. En algunas ciudades hay representantes de la revista que pueden facilitar los trámites y/o disminuir el costo del envío. Para más información remitir, rogamos comunicarse por carta o teléfono a la sede de la revista.

### Extranjero:

A quienes deseen suscribirse desde otros países rogamos comunicarse para determinar la cuantía del costo y la forma de pago que sea más beneficiosa para el interesado.

En todos los casos la correspondencia debe dirigirse a:

Anchorena 1775, 5ª "A", (1425), Capital Federal, Argentina.

## CONGRESOS Y SEMINARIOS

• La teoría jurídica frente al fin de siglo. No Hay Derecho y el C.E.S.A.B., en homenaje a los 10 años de la revista brasileña CONTRADOGMATICAS, organizan un seminario que se desarrollará los días 24, 25 y 26 de octubre. Luis A. Warat, Eduardo Russo, Enrique Zuleta Puceiro y algunos prestigiosos juristas brasileños han comprometido su presencia y probablemente se agreguen otros nombres importantes. Se abordarán los siguientes tópicos: Balance y perspectiva de la teoría jurídica para el Siglo XXI; Ciudadanía; Derechos Humanos; Ecología y Democracia en tiempos de crisis; y Psicoanálisis y Derecho.

Para mayor información comunicarse con la sede de esta revista o con el C.E.S.A.B. (ver publicidad en pag. ).

• No Hay Derecho ha sido invitada a participar en el área temática Derecho del 1º Encuentro El espacio institucional. Algunos de los temas que hemos propuesto son derecho y marginalidad, la problemática de la cárcel, análisis de la institución judicial, derecho y ecología, la perspectiva psicoanalítica del discurso jurídico, control penal de menores, coerción jurídica y autonomía personal, derecho y represión psiquiátrica, sistema penal y T.V.

• No Hay Derecho reitera su ofrecimiento de ayuda bibliográfica o de cualquier otro tipo a quienes quieran presentar ponencias para el IV Congreso Nacional Universitario de Derecho Penal y Criminología. Comunicarse con la revista.

# IV CONGRESO NACIONAL UNIVERSITARIO DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGIA

## TEMAS

- 1) Justificación del castigo y teorías de la pena.
- 2) Derecho penal de mínima intervención y alternativas a la pena privativa de la libertad.
- 3) Garantías constitucionales.  
subtema: a) Prueba obtenida por medios ilícitos.  
subtema: b) Facultades policiales.
- 4) Deslegitimación del reproche jurídico-penal.  
Hacia una nueva configuración de la culpabilidad.
- 5) Criminología.  
subtema: a) Medios de comunicación y estereotipos criminales.  
subtema: b) Teorías criminológicas en los pronunciamientos judiciales.

## LUGAR

Facultad de Derecho  
Universidad Nacional del Litoral  
Santa Fe

## FECHA

19, 20 Y 21  
Septiembre  
1991.

## INFORMES

Tel. (042) 30-979  
Centro de Estudiantes

Pueden presentar ponencias sobre cualquiera de los cinco temas estudiantes y graduados jóvenes (no más de tres años de obtenido el título).

# **NO HAY DERECHO**

**Reincide en los  
grupos de lectura**

**DERECHO Y LOCURA  
EL ROL DEL DERECHO  
EN EL CONTROL SOCIAL**

Informes: 771-0294

**DESVENTURA, CONJUROS, URSTAAT  
¿COMO ES EL ESTADO?  
LA BOETIE, CLASTRES,  
DELEUZE**

Informes: 208-2050

**EL CONTROL SOCIO PENAL  
DE LOS MENORES**

Informes: 242-4617

**APROXIMACION A UNA TEORIA CRITICA  
DE LA DOGMATICA  
JURIDICO-PENAL**

Informes: 782-7902

**CRIMINOLOGIA CRITICA Y  
ABOLICIONISMO PENAL**

Informes: 312-0164

**LA CUESTION PENAL EN LA OBRA  
DE FEDOR DOSTOIEVSKI**

Informes: 683-4071/6992