

NO HAY DERECHO



DEBATE

EUGENIO R.

ZAFFARONI

REPLICA A NINO

ERNESTO

LACLAU

ENTREVISTA

GERMAN

BIDART

CAMPOS

JUEZ LUIS

CEVASCO

JUICIO POR JURADOS

TOMAS

ABRAHAM

EL LENGUAJE
LIBERTARIO

DOSSIER

COMO EL

ESTADO

DELEUZE, CLASTRES,
LA BOETIE

LA CORTE DE

MENEM 2^{1/2}

INFORME

MALATESTA Y LA
COCAINA / ALICIA
RUIZ / TEXTO LEGAL Y
FUNCION UTOPICA /
ALICIA OLIVEIRA Y
SOFIA TISCORNIA /
SIDA / URBANISMO Y
DERECHO / CONTRA
LOS CRIMINOLOGOS

emos el despacho diario.
omamos audiencia inda

INJUSTICIA Y DISCRIMINACION

EN EL PODER JUDICIAL LOS UNICOS PRIVILEGIADOS SON LOS JUECES

La Corte Suprema de Justicia de la Nación acaba de sancionar la acordada 32/91, por la cual luego de otorgar un aumento escalonado de Octubre a Marzo de 1992 establece un beneficio exclusivo a magistrados y algunos funcionarios, consistente en un plus no remunerativo que en el caso de los Ministros de la Corte supera largamente el 100% de su sueldo básico (28.000.000, más 37.000.000, más 15.000.000 como gastos de representación).

Esta misma acordada deroga el actual régimen de bonificación por antigüedad reduciéndolo del 2% anual al 1,5% para los primeros diez años y al 1% a partir del décimo primer año, generando de este modo una falta de valoración de la capacitación acumulada durante la carrera judicial.

A su vez el P.E.N. acaba de reconocer a 600 jueces y algunos que no lo son (asimilados) una indemnización que llegaría a 35.000 dólares para cada uno, beneficiando con ello, tanto a quienes hicieron el reclamo como a los que no lo hicieron.

Esta arbitraria discriminación desconoce la forma en que se realizan las tareas en la justicia que se asientan en la mutua colaboración entre empleados y magistrados a través de la delegación de funciones sin la cual se haría imposible la administración de justicia.

SABIA UD. QUE PARA QUE LA JUSTICIA FUNCIONE QUIENES EN ELLA TRABAJAMOS COMO EMPLEADOS:

- Hacemos el despacho diario.
- Tomamos audiencia indagatoria, de posiciones y de conciliación en muchos casos sin la presencia de los jueces.
- Redactamos interlocutorias, declaratorias de herederos, autos de prisión preventiva, de eximición de prisión, de excarcelación, de declaración de quiebra, etc.
- Realizamos acusaciones, defensas, sentencias definitivas de primera y segunda instancia (secretario, relatores, secretarios privados y otros).
- Efectuamos actas de constatación y muchos otros actos procesales que los códigos de forma y las leyes de fondo adjudican a los magistrados.
- Que quienes trabajamos como ordenanzas realizamos el traslado de expedientes, de documentos reservados y pruebas.
- Que quienes lo hacemos como personal de limpieza y mantenimiento tenemos acceso directo a expedientes y documentación de importancia y por consiguiente somos responsables de su seguridad.
- Que quienes trabajamos administrativamente realizamos muchas veces tareas de mayor responsabilidad al cargo que ejercemos.
- Que el personal electoral realiza tareas judiciales no remuneradas y que muchos de ellos no gozan siquiera de la efectividad laboral (adscriptos electorales).
- Que este personal electoral atento a su alta capacitación es el responsable directo de la realización de las elecciones en nuestro país.

Sin nuestra colaboración en estas tareas, la labor jurisdiccional se detendría y sería imposible que los sres. jueces pudieran impartir justicia.

No olvidemos que se conocen casos de juzgados que funcionan sin jueces pero nunca de juzgados que funcionen sin empleados.

Por consiguiente la política salarial de la Corte Suprema, al pretender desconocer esta realidad, introduce el privilegio y la discriminación entre los distintos estamentos que componen el Poder Judicial.

La no reparación de esta injusticia afectará indefectiblemente el normal desempeño del Poder Judicial, por lo cual, sepa la comunidad, los empleados no seremos responsables.

U.E.J.N.
Comisión Directiva

prisión preventiva, de

SUMARIO

- 2 **La corte de Menem. Parte 2^{1/2}.** Informe. Comentarios a recientes fallos de la Corte Suprema de Justicia: "Peralta", "Pupelis", "Municipalidad de Rosario", "Molinas".
- 5 **¿Vale la Pena?** Una réplica a Carlos S. Nino, de un agnóstico del derecho penal. *Eugenio Raúl Zaffaroni.*
- 9 **Ernesto Laclau. Entrevista.** Sus años 60. Las corrientes de pensamiento y las experiencias políticas. El Peronismo.
- 12 **Texto legal y función utópica.** Acerca de la posibilidad de leer las constituciones y los pactos de derechos humanos como textos utópicos. *Christian Courtis.*
- 14 **¿Un juicio sin jurados?** Sentencia: *Juez Cevalco.*
Opinan: *Germán J. Bidart Campos, Daniel R. Pastor.*
- 18 **Cómo el Estado. DOSSIER.** Sobre La Boétie, Clastres, Deleuze. *Alejandro Rúa.*
- 23 **Notas en torno a los fundamentos sociales del discurso democrático.** *Alicia E. C. Ruiz y Patricia O. Servato.*
- 27 **Cocaína.** Hacia una desregulación del narcotráfico. *Enrico Malatesta.*
- 28 **Facultad de derecho: ¿Qué está pasando?**
Escriben: *Hernán Charosky, Guillermo Jorge y Máximo Langer, Ernesto Cion Frini.*
- 30 **Tras la aldea penal.** Contra las teorías comunicativas de algunos criminólogos. *Martín Abregú.*
- 34 **Crónicas de la impunidad.** Los efectos del SIDA, de la burocracia y de la ley. *Sofía Tiscornia y Alicia Olivera.*
- 35 **EcoDesarrollo: ¿Utopía y realidad?**
Martín Moncayo von Hasse.
- 36 **La ciudad legal y la ciudad ilegal.** Sobre la inexistencia jurídica de algunos habitantes. *Jorgé E. Harday y David Satterthwaite.*
- 39 **El lenguaje libertario.** Comentario al libro compilado por Christian Ferrer. Presentación de *Tomás Abraham.*
- 40 **No Matarás. Ocio.** *Alberto Bovino*
Entresueños. Comentario de música.
- 41 **Etcétera.**
Bibliografía extraviada. Concurso Internacional de Ensayo.

AÑO 2 - NUMERO 5 - FINES DE 1991

STAFF

Víctor Ernesto Abramovich; Martín Abregú; Mary Ana Beloff; Alberto Bovino; Christian Courtis; Carlos Manuel Garrido; Martín Moncayo von Hasse; Darío Naón; Alejandro Rúa; Roberto Pablo Saba; Marcelo A. Sgro; DISEÑO GRAFICO: Sandra Monteagudo (701-9907); COMPOSICION GRAFICA: Gisela Wengiel y Darío Stukalsky (824-2197/961-7914). COLABORADORES: Tomás Abraham; Germán Bidart Campos; Hernán Charosky; Ernesto Cion Frini; Irene Gorini; Jorge Arday; Guillermo Jorge; Máximo Langer; Alicia Oliveira; Daniel Pastor; Alicia Ruiz; David Satterthwaite; Sofía Tiscornia; Eugenio Raúl Zaffaroni; EDITOR RESPONSABLE: Alejandro Rúa; Martín Clemente.

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 - 5º "A" - 1425 - Buenos Aires. T.E. 312-0164 y 83-4424. ISSN 0327-5248



Continuando nuestra serie de entregas sobre las andanzas de la nueva Corte, presentamos a continuación más ejemplos del claro rumbo adoptado. Sin embargo, queremos aclarar que, a medida que elegimos casos, la realidad nos desborda. Continuará...

LA CORTE DE MENEM

PARTE 2^{1/2}

LA CORTE DE MENEM

Intentamos acercarnos a los nuevos miembros de la Corte ampliada, o la Corte de Menem, como ambiguamente la llaman algunos. No sabemos exactamente a qué se refieren, pero sólo parecen haber las siguientes posibilidades: a) una simple relación temporal que une a los nuevos miembros y a su integración durante el gobierno de Menem; b) la Corte de Menem como la que dictará sus fallos de acuerdo con los intereses del gobierno, esto es, la que brindará la legitimación judicial de las medidas adoptadas por los otros dos poderes; y c) una última opción, metafórica ella, que aludiría a la corte que rodea y sirve al monarca. Obviamente, nosotros hacemos uso del término exclusivamente con relación al criterio temporal, es decir, a la primera de las opciones mencionadas.

Este acercamiento podría realizarse mediante enfoques diversos. Así, podríamos ocuparnos de criterios tan disímiles como la edad de los nuevos ministros, su calidad como jugadores de tenis, su aptitud para copiar códigos cordobeses, su pertenencia a puestos anteriores en el poder ejecutivo, etcétera, etcétera. Como vemos, los enfoques pueden ser tan variados como inútiles. Por ello, nos hemos decidido por un criterio que resultará útil para predecir los futuros pronunciamientos, ya que creemos que los nuevos miembros son personas de profundas convicciones que se ocuparán de salvaguardar la independencia del poder judicial. Nos referimos a sus obras publicadas (libros, artículos, ponencias). Elegido el criterio, tuvimos que imaginar un método para conocer dichas obras. Una alternativa posible hubiera sido solicitar una entrevista con cada uno de ellos o pedirles un currículum, pero quedó descartada por la pérdida de tiempo que implicaría. Desechada la idea anterior, consideramos que consultando la biblioteca de la propia Corte

podríamos obtener una buena muestra de la producción bibliográfica de nuestros ministros.

Comencemos con el presidente de la Corte: el Dr. Ricardo Levene. Autor de numerosas obras y promotor del juicio oral para todo el país, tal como lo indica uno de sus numerosos títulos: *Hacia la gran reforma procesal penal. El juicio oral en todo el país*. Pero intentemos descubrir qué clase de juicio desea. Si es cierto que un botón basta para muestra, veamos qué nos puede decir el artículo que se refiere a la nulidad de la sentencia de su proyecto, finalmente aprobado por el Congreso, y basado en el artículo 417 del código de Córdoba. En éste, Levene copia casi textualmente el artículo cordobés, olvidándose del inciso que se refiere a la prueba incorporada ilegalmente al proceso. Resulta llamativo que el prestigioso presidente de la Corte haya cometido un olvido que permita, entre otras cosas, incorporar prueba obtenida a través de medios ilícitos tales como confesión bajo torturas, allanamiento sin orden, detención y requisa sin motivos, etcétera, cuando hechos tales no son, desgraciadamente, nada inusuales en nuestra práctica policial.

Pero este olvido se le puede perdonar, dada su avanzada edad. Veamos entonces qué ideales sostenía cuando estaba en la plenitud de su edad. En un interesante opúsculo presentado en el II Congreso Latinoamericano de Criminología realizado en Chile, titulado *Notas previas al estudio de la esterilización de los delincuentes*, en colaboración con Raúl Marante Cardoso, después de transcribir opiniones como las del Reverendo Padre Carlos Brudehl, quien sostiene que "cuando la prosperidad de la sociedad esté disminuida por un aumento de deficientes mentales que no pueden ser combatidos por los medios ordinarios, la autoridad pública tiene el derecho de recurrir a la esterilización de los ineptos como medida de autodefensa", llega a la conclusión de que "no es posible proponer o rechazar concre-

tamente esa medida". ¿No es hora de preguntarse si como "medida de autodefensa", citando al reverendo, no sería posible proponer la esterilización de algunos juristas?

¿Qué podríamos decir del ministro Nazareno? Dados los parámetros de esta investigación, nada, pues en la biblioteca de la Corte ninguna ficha hace referencia a los trabajos de este ministro. Ello demuestra lo inútil del criterio elegido para predecir sus votos. Quizás en una disidencia o en un "por su voto" podamos desentrañar sus ideas acerca del derecho. El tiempo dirá. Y hablando de tiempo, éste parece haber transcurrido rápidamente desde que el ministro Moliné O'Connor escribió su última obra: *La carga de la prueba en la excepción de falsedad de letra de cambio o pagaré*, en JA, en agosto de 1968. Seguramente la falta de tiempo hizo que tal obra fuera suscita, sólo dos páginas. Pero a ello cabe agregarle otro artículo sobre cheques falsificados y responsabilidad bancaria, de unas nueve páginas, y un libro, en colaboración con Vergara del Carril, sobre letra de cambio, pagaré y acción cambiaria. El problema es que sus interpretaciones de derecho común no nos permiten arriesgar un pronóstico sobre sus futuros votos relacionados con los grandes temas del derecho constitucional, por lo que nuevamente nuestro criterio se ha demostrado infructuoso para poder predecir los votos de los nuevos ministros.

Ante nuestro dos sucesivos fracasos para aplicar el criterio tantas horas meditado, nos damos por vencidos, abandonamos aquí, en este preciso ministro, y hemos decidido que es preferible sentarse a esperar los pronunciamientos de la Corte de Menem antes que intentar predecirlos. Quizás el propio Menem, sentado, pueda predecirlos mejor que nosotros. Sólo resta esperar que fallen.

Alberto Boutrou

Y... PARA QUE ESTA EL CONGRESO?

A principios de agosto del corriente se celebró en Buenos Aires el Primer Encuentro de Cortes Supremas de Justicia del Cono Sur de América Latina. Comentando su desarrollo el ministro Barra realizó algunas afirmaciones que sin duda servirán para iluminar el comentario que se expresa a continuación. El ex-subsecretario del Ministerio del Interior y ex-secretario del de Obras y Servicios Públicos del actual gobierno, dijo que "fue común el énfasis puesto en orden a una efectiva vigencia de la independencia del Poder Judicial. Si bien ésta es ya un patrimonio político-cultural común en nuestras naciones (aunque a veces amenazada por una desbordante vocación de poder de los órganos políticos)" (Ambito Financiero, 8/10/91).

Sólo diez meses antes de estas declaraciones, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el fallo "Peralta" (CSJN 27/12/90) —cuyo voto mayoritario lleva la firma del ex-funcionario del Ejecutivo y actual Ministro de la Corte—, declaró constitucional el llamado decreto de necesidad y urgencia (36/90) por el que se limitó la devolución de los depósitos bancarios a la suma de 1.000.000 de australes, abonándose el excedente en Bonos Externos 1989.

Por esta sentencia se opera de hecho un traslado de facultades de dimensiones realmente importantes del Poder Legislativo al Poder Ejecutivo. El razonamiento que lleva a esta decisión busca justificaciones que merecen serias críticas.

En primer lugar se parte del reconocimiento de una situación de hecho: la emergencia económica.

En segundo lugar se sostiene que la Constitución fue elaborada para ser guía del progreso nacional y debe ser interpretada de manera de no hacer inoperante y sí preservar y hacer efectiva la voluntad soberana de la Nación.

En tercer lugar nos da lo que sería la frutilla en el poste institucional de cualquier Jefe de Gobierno con aspiraciones de monarca absoluto: el considerando 29. Vale la pena, por lo acabado de sus términos, transcribir algunas líneas: "Inmersos en la realidad no solo argentina sino universal, debe reconocerse que por la índole de los problemas y el tipo de solución que cabe para ellos, difícilmente pueden ser tratados y resueltos con eficacia y rapidez por cuerpos pluripersonales". Y agrega "la confrontación de intereses que dilatan —y normalmente con razón dentro del sistema— la toma de decisiones, las presiones sectoriales que gravitan sobre ellas, lo que es también normal, (...) coadyuvan a que el Presidente, cuyas funciones le imponen el aseguramiento de la paz y el orden social, seriamente amenazados en el caso, deba adoptar la decisión de elegir las medidas que indispensablemente aquella realidad reclama con urgencia impostergable".

En cuarto y último lugar, parece que las presiones de los vientos democráticos que circulan a contramano de ciertas aspiraciones obligan a la Corte a darle alguna participación a ese Congreso que declaró pocas líneas atrás como casi inoperante para ciertas decisiones. El Tribunal afirma entonces que el Congreso "podrá alterar o coincidir con lo resuelto, pero en tanto no lo haga (...) no cabe en la situación actual del asunto coartar la actuación del Presidente en cumplimiento de su deber inmediato".

En otras palabras, por una situación de emergencia el Poder Ejecutivo puede —según nuestro máximo Tribunal— legislar libremente y, mientras el Congreso calle, esas normas serán entendidas como ratificadas por el silencio del órgano deliberativo. Acto seguido se nos plantean dos cuestiones:

a) En primer término parece que la Corte entiende al Congreso como una especie de máquina de legislar donde lo que importa es la mera "producción" de leyes, por acción o por omisión, sin pensar

en el procedimiento que precede a la sanción de una ley, y que —pequeño detalle— es la razón por la cual se le dió esta facultad. No nos referimos a otra cosa que a la deliberación o discusión previa a la toma de una decisión. Lo importante no es la sanción de una norma sin importar como se llegó a ella, quién decidió su contenido o quiénes intervinieron en su formación, sino que ella sea el resultado de un debate donde se escucharon la mayor cantidad de puntos de vista posibles.

En realidad no debería sorprender tanto el hecho de esta confusión si se tiene en cuenta que en ese mismo voto mayoritario se dedica más de una decena de considerandos a justificar lo que repetidamente denomina "leyes de emergencia". Recurre para ello a jurisprudencia nacional y estadounidense olvidando que éstas no están refiriéndose a decretos del Poder Ejecutivo o ignorando que no es lo mismo una ley que un decreto.

b) Aun en el caso en que se pudiera coincidir en que un órgano compuesto por centenares de miembros no puede ser muy eficaz en la toma de algunas decisiones, no se entiende de dónde se deduce que la conclusión obvia sea darle esa facultad al Poder Ejecutivo, órgano que, por otra parte, es mucho más permeable a las presiones de las corporaciones que el Parlamento. Resulta extraño que en medio de un discurso oficial hiperalineado que alaba la "glasnost" soviética —transparencia— se busquen los caminos menos transparentes para tomar las decisiones.

Para terminar no podemos dejar de lado la mención del argumento holista al que ya nos tiene acostumbrado esta Corte (1) que privilegia la que denomina "la tarea permanente de 'constituir la unión nacional'" que "tiene por problema central hoy asegurar la supervivencia de la sociedad argentina". Este decreto —continúa— "debe verse como un capítulo actual de esta tarea". No importan los medios, ni los principios, ni los derechos. Sólo una "sociedad" y una "nación" que debe preservarse aun a costa de los individuos que la componen.

Resulta inevitable terminar con una frase ejemplar de positivismo normativo conservador que la Corte esboza con singular sentido poético: "Las más bellas creaciones, las más justas aspiraciones, las más perfectas instituciones no suplen la naturaleza de las cosas". La propuesta no requiere mayor interpretación: no busquemos aquello que nos parece bello, ni justo, ni perfecto. Sólo busquemos una "naturaleza de las cosas" que nuestros ministros parecen conocer y razón por la cual solicitamos tengan a bien comunicarnos sus números telefónicos a fin de mitigar nuestra ignorancia.

Roberto Pablo Saba

Nota:

(1) Ver el comentario que realizara este mismo autor en el número 4 de NO HAY DERECHO titulado "Montalvo o la vida por la patria".

EL ENEMIGO ÚTIL*

Si en otros tiempos fue interesante estudiar la inventiva de algunos de los entes ligados al mantenimiento del orden para ocultar las diferentes formas utilizadas para limitar las garantías individuales del sujeto de derecho, sin duda no existe hoy tal creatividad. Desde hace unos años a esta parte el burdo mecanismo de la "Guerra al Narcotráfico" es el único que se ha posado en las mentes de los jefes de nuestros servicios de seguridad. Sin embargo, el hecho de que cada vez seamos menos los que nos dejamos atrapar por este pretexto, no ha sido obstáculo para que en los más recientes fallos de nuestra Corte Suprema este artilugio aparezca con una inusitada vitalidad.

Es cierto que esta re-vitalidad se está dando en todos los discursos que nos circundan cotidianamente, pero provoca cierto rechazo que quien representa el más elevado escalón en la impartición de justicias se someta a los designios de un texto sin fundamentos. Si de algo se ha sentido orgulloso el Poder judicial, si algo se ha extendido con el beneplácito de la mayoría de los participantes de los juicios cotidianos, es del fortalecimiento de un discurso jurídico que determina la ignorancia de los "ajenos" (en el vocabulario fortalecido, los legos).

Pero no es este sacrilegio en sí lo más preocupante; lo que realmente causa perjuicios directos para todo aquél que deba habitar el suelo argentino, es la incorporación de este discurso con el fin de restringir las pocas libertades que por escasos años nos cedieron algunos alentadores fallos de esta misma Corte pero con su anterior composición.

Lo que la "Corte de los nueve" está haciendo es, con el argumento de la lucha contra la drogadependencia, destruir todo razonamiento jurídico que permita al individuo enfrentarse, aunque no sea más que en espacios muy circunscriptos, a la voluntad y los intereses del Estado. Los recientes fallos en materia de persecución del narcotráfico sientan terminantes principios que respaldan cualquier pre-ocupación respecto del futuro de nuestras garantías y derechos: los principios sentados en esta materia se expanden por todos los resquicios de los aparatos de justicia y ningún derecho queda resguardado de las nuevas interpretaciones "jurídicas". Si algunos kilos de cocaína son suficientes para desconocer los privilegios diplomáticos, si la tranquilidad de conciencia del vecino es suficiente para impedir que la privacidad no alcance a quien quiere drogarse por snobismo o suicidarse por desesperación, no parece razonable soñar con que el camino desandado en el respeto por el individuo se limite sólo a los drogadependientes.

Acorde con el contexto político, la regulación de los derechos que nos dejó el contrato social ha recobrado antiguos bríos. Con un discurso cercano al de los noticieros televisivos, la Corte Suprema ha optado por defender los intereses de quienes detentan el poder de reprimir. Tal vez este comportamiento sea el que esperábamos pero cuesta desterrar esa esperanza que no hace tanto supimos albergar.

Martín Abregú

* Este título ha sido literalmente robado del último libro de Nils Christie.

LOS MUNICIPIOS SON MINICIPIOS

En "Municipalidad de Rosario c/ Pcia. de Santa Fe" del 4 de junio de 1991 la mayoría de la Corte, integrada por los jueces Levene (h), Cavagna Martínez, Moliné O'Connor, Nazareno y Barra, contraría una tendencia que puede considerarse mundial —el fortalecimiento de la autonomía del gobierno municipal— y decide que no corresponde a la Corte pronunciarse sobre las normas provinciales que limitan la capacidad municipal de disponer libremente de sus recursos, ya que se trataría de una materia librada a las facultades del poder provincial.

Esta postura, que significa vaciar de contenido la autonomía municipal, modifica sin mencionarlo la posición adoptada por la anterior formación de la Corte en el fallo Rivademar, y retorna a la vetusta posición de la Corte plasmada en un fallo de 1911 ("Municipalidad de La Plata c/ Ferrocarril Sud").

Frente a la decisión mayoritaria se pronuncian en disidencia los jueces Fayt, Petracchi y Belluscio, quienes reafirman las conclusiones de Rivademar.

Christian Curtis

¡LA VIDA O EL AUTO!

Pupelis, María Cristina y otros s/ robo con armas (p. 199. XXIII Recurso de Hecho).

En este pronunciamiento, la "Nueva Corte" se aparta del criterio sentado por la mayoría estricta del mismo tribunal en su anterior composición según el cual el art. 38 del Decreto-Ley 6582/58, que agrava notoriamente la pena que prevé el código penal para el robo con armas (art. 166) cuando el objeto sustraído es un automotor, es violatorio de los arts. 28 y 33 de la Constitución Nacional (ver las causas: "Martínez, José Agustín s/ robo calificado" del 6 de junio de 1989, y "Gomez, Ricardo y Federico, Eduardo Alberto s/ robo agravado de automotor y mediante uso de arma de fuego", del 8 de junio de 1989).

En los considerandos de las sentencias de la "Corte Anterior" que (tal vez por decadencia mental) hoy se me antoja "garantizadora" de los derechos constitucionales, se puso de manifiesto la ostensible irracionalidad de la norma en cuestión porque establece una sanción penal que no sólo excede notoriamente a la correspondiente a igual delito perpetrado sobre todos los demás objetos muebles (que pueden poseer igual o mayor valor económico que los automotores —uno de los motivos de la agravación según la "exposición" que de ellos hace la disposición que se impugnaba—), sino que llega a ser más grave que la pena mínima establecida para el homicidio simple (art. 79 del código penal), desconociendo así la mayor jerarquía del bien jurídico protegido en este último caso, ya que la vida constituye —decía la Corte— una condición necesaria para el goce de los otros derechos garantizados por la Constitución y las leyes, todo lo cual llevó a concluir que aquella sanción resultaba desproporcionada a la gravedad del delito cuya comisión amenaza y a la lesión de bienes jurídicos que presupone.

El fallo que aquí comentamos tiene algunas similitudes evidentes con los que fueron objeto de comentario en el anterior número de nuestra revista y que se referían a la "privacidad" como derecho constitucional y al llamado "principio de reserva". Se trata de la remisión a los "motivos que llevaron" al legislador a hacer tal o cual cosa y del empleo del curioso mecanismo consistente en reconocer la vigencia de este o aquel principio, sin aplicarlo al caso que se somete a su decisión, sea por lo que fuere. En efecto, en "Pupelis, ..." se destaca que el "principio de legalidad" (art. 18 de la C.N.), al exigir que la conducta y la sanción se encuentren previstos con anterioridad al hecho por una ley en sentido estricto, pone en cabeza exclusiva del Poder Legislativo la determinación de cuáles son los intereses que deben ser protegidos mediante amenaza penal del ataque que representan determinadas acciones y en qué medida debe expresarse esa amenaza para garantizar una protección eficiente (y pese a ello se acepta la legitimidad de una norma que tuvo origen en el gobierno dictatorial que siguió al derrocamiento del General Perón en el año 1955 (1); admite que son inconstitucionales las penas crueles y las que expresan una falta de correspondencia tan inconciliable entre el bien jurídico lesionado por el delito y la intensidad o extensión de la privación de bienes jurídicos del delincuente como consecuencia de la comisión de aquél, que resulte repugnante a la protección de la dignidad de la persona humana, centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales de nuestro orden constitucional (y, al mismo tiempo, "no advierte" que la agravación de la pena para el robo con armas de automotores carezca de razonabilidad). Tampoco, desde luego, advierte que resulten violados los arts. 16 y 19 de la C.N., que garantizan la igualdad y permiten deducir el concepto de "bien jurídico" —a la protección de tales bienes apuntaría el derecho penal— y, sostiene que aun cuando el legislador hubiera omitido dar un amparo "mejor" a bienes que exigirían igual o mayor protección que los automotores, no es posible que el Tribunal intervenga, pues

no se trata de un caso de violación a la igualdad ante la ley, sino, a lo sumo, de un conflicto de normas de igual rango, respecto del cual a la Corte le está vedado inmiscuirse, bajo riesgo de arrogarse ilegítimamente la función legisferante. En suma: la Corte debe actuar con "sobriedad y prudencia", de lo contrario "se desequilibraría el sistema constitucional de los tres poderes" (2), reiterando que al controlar la constitucionalidad debe imponerse "la mayor mesura", y todo el arsenal de frases hechas que el más alto Tribunal de la Nación emplea cuando renuncia a su deber consuetudinal de amparar a los ciudadanos del capricho o la persecución de los órganos "políticos" del estado.

Si bien los argumentos empleados por las sentencias de la Corte anterior no habían sido suficientemente desarrollados en ellas, los del nuevo pronunciamiento no resisten el menor análisis.

Se advierte por una parte un razonamiento como el que transcribimos más arriba según el cual si robar un tomógrafo computado con armas se pena con 5 a 15 años de privación de la libertad y robar de igual modo un automóvil con una de 9 a 20 años (lo que se interpreta como si el legislador hubiera omitido dar un amparo mejor a bienes que exigirían un igual o mayor protección —antojadizamente desde luego, porque bien podría decirse que lo que ocurre es que ha brindado una desmedida protección a bienes menos valiosos socialmente—, no puede la Corte intervenir, "pues no se trata en tales casos de una violación de la igualdad ante la ley u otro principio constitucional, sino a lo sumo, de un conflicto de normas de igual rango, respecto del cual le está vedado inmiscuirse, bajo riesgo de arrogarse ilegítimamente la función legisferante..."; pero precisamente los casos de desigualdad ante la ley (que veda el art. 16 de la C.N.) son casos en que las leyes imputan consecuencias distintas a antecedentes equivalentes o equivalentes consecuentes a antecedentes no equivalentes! Otro argumento usado en el fallo criticado (si es que puede llamarse razonamiento) consiste en afirmar la validez de la disposición impugnada porque existen otros delitos del catálogo penal cuya pena mínima supera la del homicidio simple. Esto (más allá de que se mete en la misma bolsa un delito contra la propiedad como el que nos ocupa y otros como privaciones de la libertad calificadas o tormentos) significaría en todo caso que muchas irracionalidades hacen que una deje de serlo.

El voto concurrente de Ricardo Levene (h) propone, luego de hacer mayoría afirmando que la disposición cuestionada "solamente establece una distinción objetiva, referente a hechos y no a personas, que se deriva de facultades que competen al Congreso y que, además, está suficientemente fundada, lo que descarta la pretendida irrazonabilidad y la supuesta conculcación de la garantía constitucional invocada, resuelve que corresponde oficiar al Poder Legislativo a fin de que contemple la reforma de las escalas penales del art. 38 del D.L. 6582.58 con el fin de evitar que su severidad pueda derivar en condenas que exijan las necesidades de la política criminal, es decir, para que evite lo que la Corte pudo y debió constitucionalmente evitar en la causa y no hizo.

¡La vida o el auto! me han contado que escuchan gritar a los asaltantes de la Panamericana.

Marcelo Sgro

Notas:

(1) Sobre el carácter "de facto" de la disposición examinada y la falta de vigencia de las normas penales contenidas en los arts. 33 a 40 del Decreto Ley 6582/58 (por su derogación en virtud del Decreto Ley 17567/67 —ya que aquel sólo fue prorrogado en su vigencia por la Ley del Congreso 14467, y no pudo ser "resucitado" por la Ley del Congreso 20509, porque ésta, en su art. 1, al establecer que a partir de su vigencia perderían toda eficacia las disposiciones por las que se hayan creado o modificado delitos o penas de delitos ya existentes y que no hayan emanado del Congreso Nacional, aclarando que recuperaban su vigencia las normas en vigor al momento de dictarse las que perdían con su sanción eficacia, obviamente se refería sólo a las normas penales dictadas de conformidad con las exigencias constitucionales y no,

desde luego, a las normas originadas en un poder ilegítimo — como en el caso que nos ocupa, ya que nuestro famoso Decreto jamás fue ratificado por el Congreso, y eso más allá de que uno reputa o no válido el mecanismo de la ratificación desde el punto de vista constitucional—) puede verse el primer voto de la sentencia de la Cámara Criminal de San Isidro, Sala I, del 2 de diciembre de 1986, que declaró la inconstitucionalidad de la disposición que nos ocupa (Doctrina Penal, Nº 40 oct-dic. de 1987, p. 743 y ss).

(2) Sobre el infundado temor al "gobierno de los jueces" véase también la sentencia mencionada en la nota anterior, que recuerda con acierto que en nuestro país —y en ningún otro del mundo, agregaría yo— no se ha dado jamás ninguna dictadura de los jueces y sí, en cambio, han coincidido en el tiempo el avasallamiento de los derechos constitucionales, individuales y políticos, con un cierto retroceso o excesivo recato del Poder Judicial para ejercer sus funciones ("recato" que se empeña, no sin ganas, en observar la Corte en su "actual composición", como a sí misma se llama).

MOLINAS, O "SI SE OPONE, MARCHE PRESO"

En el caso "Molinas, Ricardo c. Poder Ejecutivo", del 24 de septiembre de 1991, la mayoría de la Corte, integrada (...) por los jueces designados por el actual gobierno, revoca una decisión concordante de Primera y Segunda Instancia, y considera legítima la remoción del Fiscal General de Investigaciones Administrativas sin juicio político, sin sumario previo y sin causa válida.

Para ello, la mayoría de la corte debe hacer malabares, corrigiendo una abultada serie de desprolijidades cometidas por el Ejecutivo en el decreto de remoción y en su defensa en sede judicial:

- contrariando su doctrina y sin siquiera atreverse a expresarlo claramente, considera inconstitucional una norma sin que exista pedido de parte (se trata de la ley 21.383, que reenvía al régimen del Procurador General, estableciendo la necesidad de juicio político para la remoción del Fiscal).

- rehabilita un agravio que en Segunda Instancia fue considerado desierto por carencia de fundamentación, echando salvífica mano al argumento del "exceso ritual manifiesto".

- vulnera el principio de inocencia, considerando causa suficiente para la remoción la invocación de un auto de procesamiento contra el Fiscal sin que exista pronunciamiento definitivo.

- para convalidar la inexistencia de sumario, increíblemente afirma que el Ejecutivo tiene poder discrecional para elegir el procedimiento de remoción de un funcionario, excluyendo la aplicación analógica del Régimen de la Función Pública y avasallando el derecho de defensa del funcionario removido. Como si esto fuera poco, considera la ausencia de sumario previo una cuestión abstracta, ya que afirma que el imputado no niega los hechos que se invocan. Esto equivale a decir, por ejemplo, que la ausencia de instrucción en un proceso penal quedaría salvada con la confesión del imputado. Esta posición significa llanamente considerar que las garantías procesales, en este caso establecidas en favor del sumariado, son en realidad un requisito formal disponible por el Ejecutivo. Con esa perspectiva, la garantía constitucional de estabilidad del empleado público queda disuelta.

- para concluir, el fallo regala una perla de ironía: "esta Corte ha sostenido desde antiguo que la misión más delicada de los jueces es saber mantenerse dentro de su órbita, sin menoscabar las funciones que incumben a otros poderes del Estado de modo de preservar el prestigio y la eficacia del control judicial evitando así enfrentamientos estériles". (sic).

Salvan el honor las disidencias del Dr. Fayt, fundada en la ausencia de juicio político, y de los Dres. Petracchi y Belluscio, fundadas en la preservación del principio de inocencia, quienes consideran nulo el decreto de remoción.

Christian Courti

¿VALE LA PENA?

Por Eugenio Raúl Zaffaroni

En el número anterior publicamos un artículo de Carlos Santiago Nino: *La huida frente a las penas*, en el que comentaba críticamente el libro de Zaffaroni: *En busca de las penas perdidas*. Dicho artículo motivó la presente respuesta.

Los libros, una vez publicados, devienen hijos emancipados; siguen su curso autónomo de ediciones, traducciones y críticas. Esto sucedió también con *"En busca..."*. En dos años fue editado tres veces en castellano, traducido al portugués y criticado desde dispares ángulos y tonos. En cuanto a las críticas, me resulta imposible responder a todas, en parte por el tiempo que demandaría, pero también porque algunas —como la de Carlos Elbert en la Argentina— me plantean cuestiones sumamente serias, pero en las que no he profundizado, porque sé muy bien que no tengo capacidad ni entrenamiento para desarrollar una teoría de la sociedad ni una teoría del estado, por ejemplo. Confieso que otras han despertado mi curiosidad: son las que me hacen decir lo que no pienso. Supongo que porque a sus autores les agrada que lo pensase para imputarme lo que afirman que pienso, etiquetarme y recobrar la calma colocándome en su vitrina entomológica, rodeado convenientemente de antipollas.

Dejo a otros especialistas las curiosidades y también admito que me halagan otros planteamientos más abarcativos, pero la prudencia me indica que mis limitaciones me impiden alcanzar su ámbito, aunque reconozco su extrema importancia. Desde el nivel teórico mucho más modesto que me propuse, encuentro en Nino al crítico más ajustado al mismo, o sea, a la acotada área del sistema penal, aunque —como es lógico— no se considere a este ámbito aislado del mundo.

Existe otra razón por la que pienso que un diálogo con Nino —aunque nunca nos pongamos de acuerdo, lo que, por otra parte, es bueno— puede resultar fructífero: Nino es un liberal en el mejor sentido de las palabras, que procura un derecho penal garantizador y, aunque los caminos sean dispares y hasta incompatibles, en el fondo hay una mira común. En definitiva, *"En busca..."* no pretende más que salvar al derecho penal liberal del violento vendaval que lo azota por parte del pensamiento autoritario, de la debilidad que le brinda una fundamentación científicamente falsa y de la infección con que lo contaminan los que se llaman "penalistas liberales" porque comparten sólo sus errores de fundamentación. En esto percibo un interés por parte de Nino que nos enrola en una única empresa, aunque a veces creo que no se percata de algunas trampas que el autoritarismo tiende en el camino.

Me parece ver en las presuposiciones criminológicas de Nino algunas afirmaciones que ningún sociólogo contemporáneo podría compartir. En cuanto a la crítica al sistema penal en América Latina, estimo que es demasiado estrecho el criterio que se limita a explicarla por la vía de nuestro "subdesarrollo" y a confrontarlo con un sistema penal supuestamente no selectivo, no violento, no corrupto y no reproductor, que sería el modelo de los países centrales. Simplemente —y eso lo explico claramente en el libro— nuestros sistemas penales marginales, porque corresponden a sociedades más estratificadas, son más violentos, más selectivos, más corruptos, y más reproductores, pero estas características las tienen todos los ejercicios del poder punitivo. La criminología liberal, la de la reacción social e

incluso, dentro de ésta, la radical, señala esto, con argumentos de cuño funcionalista, interaccionista, fenomenológico, etnometodológico y hasta marxista (en diversas variables del marxismo teórico), y estos trabajos e investigaciones, practicados en los marcos teóricos más dispares, no vieron la luz aquí ni referidos a nuestros sistemas penales, sino que estudiaron estas características en los sistemas penales centrales, y sus autores son estadounidenses, ingleses, franceses, italianos, alemanes, etc.

No es sólo una cuestión de que nuestros pobres sean más proclives a la comisión de ciertos delitos y más vulnerables, como dice Nino. En cierto sentido esa sería una explicación de la criminología socialista de comienzos de siglo (W. Bonger, por ejemplo), sino también de que nuestros invulnerables son más proclives a la comisión de ciertos delitos y más invulnerables. Esto no hace más que resaltar la invulnerabilidad y los otros caracteres estructurales, pero no los crea. El "white collar crime" no fue teorizado aquí, sino allá y hace más de medio siglo, como que se erigió en el argumento más difícil de digerir por el funcionalismo sociológico estadounidense.

Con respecto al tránsito, tenemos estadísticas terribles, que no pueden ignorarse. Y algo parecido, aunque su investigación sea más difícil, sucede con el aborto. (En cuanto a este último, aparte de que la vida deba protegerse desde la concepción como regla de derecho positivo internacional, no creo que Nino ni nadie sostenga que su aumento y frecuencia masiva sea recomendable). En cuanto a la producción por el poder punitivo de ambos fenómenos, en algún momento creí, como Nino, que sólo se podía imputar omisivamente. Pero ahora creo —e insisto— en una contribución activa —causal— a la producción de esas muertes: el sistema penal crea la ilusión de una solución y, como generalmente sucede, la pacífica aceptación de que el problema se resuelve con el sistema penal (o la no menos tranquilizante de que si no se resuelve es por un defecto coyuntural del sistema penal), cancela el problema, normaliza la situación y, con ello, impide la búsqueda de soluciones efectivas: a nadie se le ocurre investigar cómo protegerse de la lluvia y menos invertir millones de dólares en esa investigación; si se está mojando porque tiene un paraguas agujereado, aunque se moje, sabe que es por el paraguas defectuoso. Pero el aborto no es lluvia.

En cuanto a lo que Nino llama "metáforas excesivas" o "significado emotivo", creo ser bastante sobrio y casi exclusivamente descriptivo, por no decir "costumbriista". Soy altamente conservador al llamar "jaulas" a las prisiones, y si alguien lo duda lo invito a acompañarme a visitarlas a lo largo de la región. En tal caso podría mostrarle datos de alguna capital, con el 3% de mortalidad anual en la población penal (dato oficial). La expresión "institución de secuestro" no me pertenece, pero es jurídicamente correctísima: una privación de libertad no legítima es un secuestro. Con respecto a la mala conciencia de algunas personas, es un fenómeno comprobable empíricamente, aunque no por ello pretendo generalizar ni inventar teorías conspirativas, tan falsas como pasadas de moda. No creo caer en el "exceso metafórico" sino remover expresiones tranquilizantes y dramatizantes. Convento que no es sencillo operar con las palabras para suprimir sedaciones y dramatizaciones, porque se "desnormaliza" una situación y por eso parece que se dramatiza lo que estaba sedado y se seda lo que estaba dramatizado. Esto es tan inevitable como molesto, pero admito que si provocho esa molestia, me alegro mucho, porque justamente es lo que me propuse: desnormalizar una situación para mover una reinterpretación más racional o razonable de la realidad, que permita comprenderla mejor y reducir sus niveles de violencia. Creo que el lenguaje "no emocional" que cree emplear Nino es tan intencional como el mío, sólo que se le pierde su intencionalidad en la normalización que llama "sentido común".

A renglón seguido me parece que Nino me plantea demasiados problemas juntos y con pocas distinciones: presupone que la pena tiene efecto preventivo general, me atribuye una posición anarquista que no comparto, identifica coacción con pena y parece invocar un difuso



"sentido común", no sin presuponer que los excesos del poder punitivo sólo pueden corregirse con poder punitivo y pretender argumentar en favor de la pena con ejemplos de conflictos tan dispares como la infracción de estacionamiento en lugar prohibido y el genocidio. Responder a todo esto requeriría escribir otro libro, pero intentaré ensayar al menos algunas líneas maestras.

En principio, no hay ninguna verificación del efecto preventivo general de la pena, ni positivo ni negativo. El ejemplo de Nino, con la grúa y el cepo en las calles es el mejor ejemplo de la ineficacia preventiva de la pena. En ningún momento sostengo la deslegitimación de la coacción en general, y aunque cargue con la defensa de otros, justo es decir que no la sostienen tampoco los abolicionistas. El derecho administrativo y el constitucional conocen una larguísima disputa sobre los límites de la coacción directa. No pretendo resolver aquí y ahora este problema, pero por lo menos quiero dejar en claro que, al menos, es bueno distinguir entre la coacción pública que detiene una lesión en curso o que aparta un peligro real e inminente, y una pena. Si un agente del estado detiene a quien me persigue con un puñal o le impide poner una bomba a un terrorista, eso es claro que no es una pena, de la misma manera que si detiene a un puma hambriento o a una cobra venenosa.

Pues bien: la grúa que se lleva el vehículo (o el cepo que obliga a retirarlo dentro de las tres horas) no son penas, sino coacción directa que remueve (u obliga a remover) un obstáculo que está perturbando el tránsito por estrechar los canales de circulación. Pena es la multa que impone luego el tribunal de faltas, porque el pago del acarreo o de la liberación del vehículo no es más que la retribución de un gasto que debe efectuar el estado para remover u obligar a remover el obstáculo. La pena existía y no previno nada. El efecto preventivo de que habla Nino es el de la coacción directa.

En ningún momento pretendo deslegitimar la coacción directa y menos aún la coacción jurídica, aunque, por supuesto, creo indispensable perfeccionar su control jurídico. Me parece que es un grave reduccionismo penalístico pretender que toda la coacción jurídica se identifica con la pena o la pretensión de que del destino de la pena depende el de toda la coacción jurídica.

En cuanto al genocidio, creo que nadie afirma seriamente que si Europa no sigue hoy a otro Führer es debido al efecto preventivo general de Nürnberg. Me parece que la cuestión es otra: cuando nos hallamos frente a conflictos tan aberrantes que por su magnitud y brutalidad no tienen solución ¿quién puede reprochar que se inflija un dolor a los pocos causantes que se ponen al alcance del reducido poder punitivo? En estos casos la punición no pasaría de ser una forma de lo que hoy se llamaría "uso alternativo del derecho", que siempre se ha practicado (porque no es un patrimonio del marxismo teórico).

Como hemos dicho, Nino parece pasar por alto toda la criminología sociológica, principalmente estadounidense, y con ello no repara en que cualquier sistema penal es selectivo, que siempre van a dar a la cárcel los protagonistas de conflictos burdos, que las cárceles no están llenas de asesinos y violadores psicópatas (que son la ínfima minoría que se usa para propaganda), sino de ladrones fracasados, que no hay ningún genocida, y que todo esto se observó y explicó al menos desde los tiempos de Sutherland, pero lo más curioso es que invocando el "sentido común" afirma que se siente tranquilo porque en todo el país hay unos pocos miles de ladrones fracasados presos. Yo no me siento nada tranquilo ni a salvo de la amenaza de homicidios, genocidios, robos, etc., al menos no por las razones que invoca Nino, aunque quizá sí por otras.

Aunque deba cargar nuevamente con la defensa ajena, me parece que Nino pasa por alto también la literatura abolicionista, porque no conozco a nadie que proponga que se suelten a todos los presos, se cierren los tribunales, se quemen los manuales de derecho penal y se premie a los homicidas. Lo que los abolicionistas proponen son modelos diferentes de solución de los conflictos (reparadores, terapéuticos, conciliadores, transaccionales, etc.). Tener presos a unos 15.000

ladrones pobres y fracasados, aunque sean ladrones —y lo son— y aunque "algo" haya que hacer —y hay que hacerlo— no pasa de eso mismo y nada más. No se resuelve ningún conflicto, no se repara a ninguna víctima, no se asegura a nadie contra lo que le podamos hacer los treinta millones que andamos más o menos libres, sino que, simplemente, se tiene encerrados a los 15.000 ladrones más torpes y rudimentarios de todo el país.

Pero me parece que hay una cuestión más general en las consideraciones de Nino; creo que cae en una trampa que nos tiende el pensamiento antiliberal. En efecto: Nino me reclama pruebas complejísticas que verifiquen empíricamente que el poder punitivo "no tiene ningún efecto beneficioso". Ante todo, es menester aclarar que en el plano social no hay nada que no tenga "ningún efecto beneficioso". No es necesario ser funcionalista para aceptar esto, porque la cuestión va mucho más allá: no existe el mal absoluto. Eso sería como construir un "anti-Dios" o algo parecido. Un fenómeno de poder tan extendido y complejo como es el poder punitivo, debe tener algún aspecto positivo, aunque no sea fácil identificarlo. Sin ir más lejos, me parece claro que la descripción que hace el preventivismo general positivo es bastante cercana a la realidad: tiene un efecto tranquilizante o sedativo (normalizador). El problema es otro: se trata de saber si el precio que se paga en vidas y dolor de los pocos fracasados que se ponen a su alcance y las limitaciones a la libertad que sufrimos todos con el pretexto de penar a esos torpes, están ética y políticamente justificados y si no hay disponibles otros mecanismos de solución de conflictos más eficaces (que incorporen a la víctima) y que, en definitiva, serían pacificadores y no meramente tranquilizantes, porque serían auténticos.

Creo que Nino cae en una celada que le tiende un pensamiento ajeno: frente a un ejercicio de poder público violentísimo, inevitablemente selectivo y probadamente ineficaz respecto de lo que dice ser y claramente impotente frente a cualquier conflicto más grave o sofisticado (que nunca pudo resolver), no me incumbe probar algo tan imposible y falso como que es un mal absoluto. Desde que el poder punitivo asumió su forma actual, el peor delito fue siempre dudar de su efectividad y utilidad: Kramer y Sprenger dedicaron muchas páginas al comienzo de su obra para "probar" que la peor de las herejías es no creer en las brujas y, aunque hasta hoy nadie pudo probar que las brujas no existen, no por eso seguimos usando el *Malleus* en los tribunales, pese a que seguimos su sistemática al escribir nuestros libros de derecho penal.

En cuanto a que me incumba el deber de demostrar que los males del sistema penal "no pueden ser evitados ni contenidos", es una cuestión que tampoco la veo bien planteada. Ante todo, no es lo mismo evitarlos que "contenerlos": creo que se los puede reducir, pero no creo que se los pueda evitar porque son estructurales. Debo reconocer que hay autores sumamente sagaces que creen en la posibilidad de evitarlos, pero en una sociedad futura y diferente. *Diritto e ragione*, de Luigi Ferrajoli, constituye la más acabada versión de esta tendencia, proyectando un poder punitivo reducido y al servicio del débil. Debo insistir en que **no soy abolicionista, sino agnóstico** respecto del sistema penal, porque no sé qué pasará en un modelo de sociedad diferente y futura que no puedo imaginar. No hay prueba histórica que me permita creer en un sistema penal que no sea selectivo ni violento, pero tampoco puedo negar la posibilidad de la utopía, sólo que se trata de una utopía y, en mi caso, mi interés preferente es mucho más inmediato. La pregunta de Nino no la puedo responder. La posibilidad de que la pena cumpla una función preventiva y de que se puedan eliminar sus "efectos deletéreos" es del campo de la utopía, en una sociedad futura y diferente que no puedo imaginar.

Pero Nino vuelve de la utopía y en esta realidad supone que coincidiríamos en la necesidad de algunas penas y ejemplifica con conflictos muy dispares. Es claro que podemos coincidir coyunturalmente y usar ese poder en forma táctica y nadie puede reprochármelo frente al genocidio (cuya impunidad no hace más que confirmar mi tesis de la extremísima selectividad, violencia, corrupción y reproducción),

LA PENNA?

pero en una visión macrosocial esto no es racional (y la planificación de la solución de los conflictos es una cuestión macrosocial): no me parece que se resuelva la tortura condenando a prisión a dos o tres policías de baja graduación y meros autores materiales; no creo que se resuelva la corrupción condenando a algún funcionario que perdió el poder y al que sus competidores —no menos corruptos— denuncian; no se resuelve el problema de la discriminación y el sometimiento de la mujer condenando a un par de violadores psicópatas que por ser tales se dejan sorprender. Por brutal que sea lo que hayan hecho, por justificada que esté nuestra indignación y hasta nuestra venganza, por inevitable que sea que se debe hacer "algo", lo que no podemos pasar por alto es que la estructura del poder punitivo, en cualquier sistema penal históricamente dado, desde el siglo XII hasta hoy, hace que ineludiblemente sus objetos sean siempre los más inhábiles, torpes y hasta tontos. Sin esa torpeza no caerían bajo ese poder, como lo prueban los muchos más que Nino y yo saludamos a diario por las calles. Esto es lo que Nino no parece comprender: los presos no están presos por lo que hicieron —aunque lo hayan hecho—, sino porque lo hicieron con notoria torpeza, sin perjuicio de que lo hayan hecho en unos poquísimos casos (bien explotados publicitariamente, por cierto) sea repugnante.

No veo cuál es la desesperación por justificar la pena sobre un 95% de ladrones pobres y torpes en base a un 5% o menos de infractores de otros rubros. Aunque coincidiera con Nino en la legitimidad del 5% (lo que no hago porque en ese porcentaje también es selectivo) el problema seguirá pasando por el 95%.

No puedo concebir ningún acuerdo o consentimiento en la pena. El funcionamiento selectivo y azaroso del sistema penal hace que el 95% de la población penal lo perciba como una ruleta y reflexione en la cárcel sobre la próxima oportunidad, que será la "buena". Ignora que esa ruleta está cargada y que para él no habrá "buena", porque no está entrenado para hacerlo "bien". El poder selectivo punitivo le despierta y fomenta la vocación de jugador y el ladrón que puebla las "jaulas" es el eterno perdedor al que, al igual que los "fulleros", alguna vez lo entusiasma con un "chance".

Dejando de lado la discusión acerca del contractualismo (creo que si el consentimiento implícito en la elección de la conducta legitimaría la pena, debe presuponerse un contrato previo, a nivel de metáfora, por supuesto, como en todo contractualismo), Nino no me prueba la "utilidad social" de la pena más que a través de un nebuloso "sentido común" —que se acerca bastante al "por algo será"— y, por mi parte, nunca he negado la elección y la libertad del hombre, sino la supuesta "utilidad social" que, en definitiva no es más que nuestra vieja conocida, la "defensa social", con finos afeites.

En cuanto a la vinculación con el sistema democrático, no entiendo bien la objeción. Es claro que prefiero que la criminalización primaria la lleve a cabo una agencia legislativa de elección popular y no la CAL, pero esto no significa que quien critique la criminalización primaria emergente del Congreso Nacional sea un "golpista", pues con ello se afirmaría que todo lo que emerge de un parlamento democráticamente electo sería legítimo, aunque fuese aberrante.

Pero además, me parece que en el fondo lo que prima es un grave error de percepción del poder: el poder punitivo no lo ejerce el legislador, porque éste no tiene forma de controlar la criminalización secundaria, salvo muy indirectamente (comisiones parlamentarias, por ejemplo). El poder punitivo lo ejercen las agencias ejecutivas y los únicos que pueden controlarla cercanamente son los jueces. Prueba de lo que afirmo es que la desvaloración "democrática" de los jueces que hace Nino sería calurosamente aplaudida por las agencias ejecutivas.

Al propugnar una ampliación del poder de los jueces no me decido en una opción "poder popular vs. poder judicial", sino en una pugna entre "empleados del poder ejecutivo" y "poder judicial". La criminalización primaria es un programa legislativo pero irrealizable: son los empleados del poder ejecutivo los que eligen a los poquísimos candidatos a la criminalización secundaria y los que, con el pretexto de

hacerlo, nos prohíben a Nino y a mí, transitar sin documento de identidad por nuestra ciudad y nos amenazan con penamos con prisión si no les gustan nuestras caras. No sería necesario que nos encontremos en el mismo calabozo para percatarnos de que allí no nos metieron los representantes del pueblo.

Creo que estas opciones formales ocultan datos de realidad del poder cuya ignorancia es muy peligrosa para la profundización y consolidación de los procesos democráticos. En el seno de todo estado de derecho hay un estado de policía y cuando se debilita el primero emerge el segundo. No hay estados de derecho puros, sino estados de derecho que tienen más controladas las pulsiones del estado de policía que contienen.

Coincido con Nino en cuanto al significado de la teoría del delito y es correcta su apreciación en cuanto a que el uso que hago de las *sachlogischen Strukturen* no alcanza la extensión etizante de Welzel. Welzel lo empleaba para un funcionalismo ético-social que no comparto (nunca lo compartí) y que en definitiva no es nada distinto del funcionalismo preventivista contemporáneo. Me parece que ese funcionalismo siempre es autoritario, sea en versión etizante o preventivista y, además, es inmoral, porque consagra como ética y expresa la teoría del chivo expiatorio (mediatiza al hombre). Lamentablemente parece que es el único que hoy parece nutrir la idea de "utilidad social" de la pena, o sea, el llamado "valor simbólico", que Melossi calificó recientemente como "teatral". Es claramente inmoral la legitimación de la pena sobre el más torpe y vulnerable como precio para tranquilizar al resto y darle una sensación de seguridad falsa, sedación que la etización de la posguerra llamó "fortalecimiento del mínimo ético" y que —como vimos— hoy se llama "normalización".

En el párrafo que Nino llama "utopías" me parece que con entera buena fe se aparta directamente de lo que digo. Además de insistir en un valor preventivo de la pena que no prueba, el atribuirme la deslegitimación de toda la coacción jurídica me hace aparecer como partidario de una utopía bucólica, en que todo se resuelve por "persuasión" o por "comunidad de sentimientos". Aunque creo descubrir una cierta dosis de etnocentrismo en su descripción de las sociedades "cerradas", que no dejan de ser conflictivas, nunca negué el peligro de las utopías bucólicas, o sea, de los sueños de "sociedades sin conflictos". No creo en las sociedades sin conflictos, ni comunistas ni idílicas, y hace muchos años que escribí eso refiriéndome al generoso pensamiento de Dorado Montero. En el propio libro que Nino comenta recuerdo el caso del malogrado Pasukanis. No por ello dejo de creer en la posibilidad de sociedades con menores niveles de conflictos, pero en lo que creo, sobre todo, es en sociedades con mayor capacidad de resolución de conflictos, lo que, por cierto, es una cosa bien diferente. En definitiva me parece que esa es la esperanza y el motor de todo jurista democrático.

En el caso que me plantea Nino creo que es legítima la coacción directa que detenga al fanático que pretende romper la vidriera porque hay un desnudo. En caso que ésta fracase, no dudo de la legitimidad de la coacción jurídica dirigida a que repare inmediatamente el daño material y moral. Si la coacción directa fuese eficaz o si la coacción jurídica reparadora se ejerciese en uno o dos días, creo que se alcanzaría un resultado bastante preventivo. Es claro que el fanático podría reiterar su conducta hasta parecer que estuviese dispuesto a agotar su patrimonio rompiendo esa vidriera. En tal caso me parece que ya sería prudente la intervención de algún psicólogo o psiquiatra. Aunque reconozca los peligros del autoritarismo psiquiatrizante, tampoco pretendo soñar con una sociedad sin locos.

¿Y qué haría Nino? O mejor: ¿qué haría este sistema penal? Llevaría al fanático a una comisaría, se consultaría telefónicamente al secretario del juez, se lo pondría en libertad para que se presente al tribunal al día siguiente o se lo llevaría al tribunal al día siguiente y se lo liberaría después de una declaración prestada ante un empleado. No me parece que esto explique la utilidad social de la pena, como no sea vendiéndome la ilusión de que con eso estamos a salvo de los fanáticos.

En cuanto a lo "segundo mejor", creo que hay una amplia respuesta en el mismo libro. Distingo nítidamente entre el poder punitivo y el derecho penal; dedico muchas páginas a esa distinción y trato de reconstruir el discurso jurídico-penal como discurso limitador. No me inclino por ninguna regla inflexible, sino por un **cálculo de violencias posibles que debe hacerse en cada caso** para decidir la táctica menos violenta. Hace años que me percaté del fenómeno que Nino destaca y me refiero a él con motivo de la descriminalización en un trabajo recopilado en *Política criminal latinoamericana* (1982). La clave está en no creer que el derecho penal regula al poder punitivo, que es la eterna ilusión en que nos han entrenado. El derecho penal liberal bien entendido no puede ser más que un discurso limitador y no tiene por qué ser legítimamente. Esto es lo que permite la aparente paradoja de que para limitar al poder punitivo haya que extender el derecho penal.

Lo que no puedo compartir en modo alguno e incluso me parece una cuña de extraña madera en el pensamiento de Nino, es que crea que acudiendo al poder punitivo resolverá los problemas de anomia de la sociedad argentina. Creo que este párrafo sólo se explica por la omisión de distinciones, que lo lleva a confundir poder punitivo y coacción jurídica y a identificarlos. No obstante, su formulación es suficientemente elocuente respecto del riesgo que implica esta confusión. Creo que Nino quiere decir algo diferente de lo que expresa literalmente y que, por cierto, no por obvio es menos verdadero: una sociedad anómica necesita normas y las normas requieren cierto grado de coacción. Esto es innegable, pero si se identifica coacción jurídica con poder punitivo, surgen dos riesgos gravísimos: a) el de alentar desmesuradamente al estado de policía, tras la ilusión de que el poder punitivo ejercido por empleados del ejecutivo, reduciendo arbitrariamente los espacios de disidencia y de crítica, puede revertir la anomia; b) el de debilitar al estado de derecho y potenciar la anomia, al poner en crisis la confianza en cualquier clase de coacción jurídica, como consecuencia del descrédito en que finalmente cae la arbitrariedad punitiva.

El párrafo referido a "medios" no me resulta claro: a Nino le parecen aceptables los que propongo, pero a condición de que en lugar de estar destinados a reducir el "poder punitivo", estuviesen dirigidos a hacer "más justo y eficiente el sistema penal". No acepta que la reducción del poder punitivo sea saludable, exigiéndome que lo demuestre. Aparte de que nuevamente pasa por alto toda la criminología contemporánea, especialmente la liberal, lo que me sorprende es que a renglón seguido propone una serie de medidas de reducción del poder punitivo que en sus líneas generales coinciden con las que vengo postulando y proyectando desde hace años.

Justamente todo el libro se propone pasar en limpio un debate e instrumentar soluciones de inmediato, pero no sólo en lo legislativo—de lo que no me ocupó casi en el libro—sino especialmente en lo doctrinario y judicial: quedarse esperando las reformas legales reductoras del poder punitivo es casi tan inútil como quedarse esperando la "revolu-

ción social". Hace muchos años que sé que la "revolución de salón" no molesta a nadie y que, en lugar, la concreta reducción del poder punitivo en todos los frentes, molesta a muchos, y mucho más cuando se propone una jurisprudencia reductora de dicho poder y ampliatoria del poder controlador de los jueces sobre los funcionarios ejecutivos. La crítica contra los alegatos "maximalistas" que formula Nino no me cuadra, por lo que no creo que la dirija contra mí.

Por último, no es cierto que reemplace "culpabilidad" por "vulnerabilidad", sino que agrego a la culpabilidad (entendida en sentido tradicional y estricto de culpabilidad de acto) el correctivo reductor de la vulnerabilidad. Lamento que a Nino le molesten las descripciones "pictóricas" (aunque la expresión encierre una redundancia), pero la selectividad es una característica estructural de los sistemas penales que yo no he inventado ni descubierto: me remito nuevamente a los criminólogos de todas las corrientes y recomiendo una mirada al Atlas de Lombroso (no sería posible creer que los únicos autores de delitos de su tiempo fuesen los que tenían esas caras horribles). La selectividad punitiva es un inevitable dato de la realidad y nada se resuelve con ignorarla discursivamente—como hacen muchos autores—ni en considerarla un defecto anecdótico, como hacen otros, confiando en que milagrosamente habrá de surgir un poder punitivo utópico no selectivo, cuando esté en "manos del proletariado", cuando lo regulen los representantes del pueblo o cuando se recuperen las "reservas morales".

No me explico la conclusión de Nino. Creo que si en algo podría parecer exagerado sería en los presupuestos teóricos (quizá en cierto modo pueda tener razón Elbert en cuanto a que soy úmido en propuestas prácticas). El mismo Nino cree que soy conservador al no atacar a la dogmática y luego concluye en que mis propuestas no son prudentes y propone reformas legislativas que no mencionamos en el libro, porque básicamente es una obra sobre la dogmática—tal como lo señala el subtítulo—y no sobre la política penal legislativa, de la que nos hemos ocupado con un equipo importante en *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina* (1986).

En general, creo comprender el desconcierto de Nino, a partir del proceso que yo mismo he debido padecer para poder comprender e incorporar datos de las ciencias sociales y, particularmente, la selectividad estructural. Me produjo una gran angustia la amenaza de naufragio del discurso jurídico-penal de garantías o liberal y la sensación de esquizofrenia que apenas ahora puedo superar al comprender que la salvación del discurso reductor y garantista es posible a través de una teoría negativa de la pena. Todos somos producto de un entrenamiento que en buena medida nos condiciona, porque nos enseña a ver algo y, simultáneamente, a no ver muchas más cosas. A ello se debe que sea muy difícil responder con severa autocrítica la más ardua pregunta sobre la pena: **¿Vale la pena?**

San José, agosto de 1991

UNA CONVERSACION CON ERNESTO LACLAU

Por Hernán Charosky
e Irene Gorini

En el itinerario intelectual de Ernesto Laclau es posible seguir la emergencia y crítica de distintos debates y elaboraciones que se desarrollaron en el campo del pensamiento social de los últimos treinta años. Tanto en la Argentina como en el exterior fueron años de intensa creación y destrucción de marcos de reflexión filosófica y de acción política.

Uso público de la razón y crítica de nuestro tiempo histórico constituyen un registro doble en el que se puede inscribir el trabajo teórico de Laclau. Por un lado, porque su relación de de-strucción con el marxismo lo sitúa en el interior y en ruptura con una tradición, la que inaugura Marx, la de la crítica a la "naturalidad" con que se presentan las relaciones sociales en la sociedad burguesa. Esta de-strucción-acto filosófico que Heidegger destinó a la historia de la ontología-del marxismo es el campo del posmarxismo. Esto no significa la pura "operación negativa de rechazar una tradición, sino exactamente lo opuesto", es decir, "un cuestionamiento radical que está situado más allá de esta tradición-pero que sólo es posible en relación con ésta (...)"

Por otro lado, porque su concepción de las relaciones sociales y de la práctica política rechaza todo apriorismo y todo esencialismo. Así, se enfrenta tanto al "esencialismo de la totalidad" como al "esencialismo de los fragmentos", dejando de lado discusiones poco fecundas entre el universalismo y el particularismo. Por estas mismas razones, el carácter

discursivo de todo objeto social, el concepto de articulación, la reformulación del concepto gramsciano de hegemonía, etc., las categorías que Laclau aporta o reelabora, se caracterizan por permitir un análisis de las relaciones sociales en términos de objetos no naturales ni necesarios. Es decir, como productos de unas instituciones políticas que no provienen de ningún substrato metasocial, sino de prácticas hegemónicas.

El derecho puede ser pensado como dispositivo de relaciones, de posiciones de sujeto diferenciadas, como institución de un orden simbólico, tanto en la letra de la ley como en las prácticas jurisdiccionales, judiciales, penitenciarias, etc. Pensar lo social como producto de una institución no natural ni dictada por leyes de la historia, sino como resultado de prácticas hegemónicas, como propone Laclau, permite situarse en un nuevo punto de vista para estudiar aquellas relaciones institucionales.

Ernesto Laclau es argentino, actualmente radicado en Inglaterra, dirige un posgrado de Teoría Política en la Universidad de Essex. Algunos de sus trabajos son "Ideología y política en la teoría marxista", "Hegemonía y estrategia socialista" --en colaboración con Chantal Mouffe-- y "New collections on the revolution of our time".

DE LA TRADICION. SUS AÑOS '60

Entró a la facultad de Filosofía y Letras justo un año antes de la caída del peronismo. Fueron años de radicalización creciente del movimiento estudiantil. Fue parte de ese proceso siendo presidente del Centro de Estudiantes y representante reformista al Consejo Superior de la UBA.

"El momento de radicalización más importante es a principios de los años '60. Especialmente después de la revolución cubana. Yo era un miembro del Partido Socialista Argentino que en ese momento se dividió en una serie de fracciones y finalmente desapareció como fuerza política.

La influencia del peronismo en el movimiento estudiantil empieza después de la intervención a las universidades en el '66. Antes de eso la radicalización era dentro de los moldes de la, si se quiere llamar así, "izquierda liberal", incluso las formas más extremas de ultrazquierdismo seguían esta matriz. Hay un libro recientemente publicado de Oscar Terán, *Nuestros años '60*, que es una presentación adecuada de este proceso.

Las influencias ideológicas eran fundamentalmente francesas. Sartre era el de más relieve. Merleau Ponty también, pero desde el punto de vista

político la posición de Sartre era mejor conocida. Había un esfuerzo por seguir el debate intelectual europeo, especialmente los debates franceses, en segundo lugar los italianos, y el debate anglosajón eran menos conocido, pero estaba presente. A partir de los años 57 y 58 el gran impacto es la entrada de las ciencias sociales. Cuando se crean las carreras de Sociología y Psicología, toda la perspectiva empieza a cambiar.

En el caso de la psicología se empieza a dar progresivamente una hegemonía del psicoanálisis. A mediados de los '60 sobreviene el gran impacto del lacanismo y eso va a modificar totalmente el campo de lo psicológico. La Argentina y Francia son de los pocos países del mundo en que el lacanismo es influyente en la práctica clínica, en el mundo anglosajón es sobre todo una influencia entre filósofos, artistas, teóricos del cine...

Desde el punto de vista de la sociología la influencia originaria fue la sociología americana que introdujo Gino Germani y que cristalizó alrededor de las teorías de modernización y desarrollo. Pero entre los estudiantes de sociología hubo una tendencia cada vez más marcada hacia la izquierda...

Creo que no había una correlación estricta entre práctica política y formación teórica. Se actuaba en prácticas políticas, pero al mismo tiempo se tenía acceso a discursos teóricos bastante diversificados.

Después de los años '60 se da el impacto del peronismo en el movimiento estudiantil y todo empieza a modificarse. El nivel después del '66 baja en la universidad como resultado de la intervención. Posteriormente se da una ultrapolitización en los estudios universitarios que no había existido en los años anteriores. Si tuviera que hacer una periodización diría que hay un primer momento que va desde el '55 al '58/'60 en que el *establishment* liberal gana el control de la universidad; pero rápidamente es puesto en cuestión por una concepción más moderna, lo que se llamaba por aquellos años el 'cientificismo' ligado a las nuevas carreras. Desde el '61 al '65, se da la politización del movimiento estudiantil dentro del marco de la izquierda liberal, dicho esto en un sentido muy grueso por oposición a lo que se llamó 'izquierda nacional'. Esto desde la revolución cubana hasta la intervención y a partir de allí se da el gran crecimiento del peronismo en el movimiento estudiantil que va hasta el '73."

IV CONGRESO LATINOAMERICANO
2º NACIONAL UNIVERSITARIO

DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGIA

EL PODER PENAL Y EL DISCURSO DEL ENCIERRO

- I. El discurso de los medios masivos de comunicación
- II. El discurso del encierro
- III. El discurso de la ley penal
- IV. El discurso de la jurisprudencia
- V. El discurso pericial

PONENCIAS:

Estudiantes y profesionales con hasta 3 años de graduados.

Recepción hasta el 31 de marzo de 1992.

Informes, inscripciones y ponencias a:

Casilla de Correo 1508 - C.P. 11.000 - Montevideo

UNIVERSIDAD DE LA REPUBLICA
ORIENTAL DEL URUGUAY
FACULTAD DE DERECHO

6 al 9 de mayo de 1992

LAS CORRIENTES DE PENSAMIENTO Y LAS EXPERIENCIAS POLITICAS

"Mi caso fue un tanto atípico, porque yo leía a Gramsci desde una perspectiva de izquierda nacional. Pero el impacto del gramscismo dentro de la izquierda intelectual argentina no estaba ligado a lo que se llamaba el campo de lo nacional popular. Gramsci se transformará en una referencia intelectual muy importante en el grupo escisionista del Partido Comunista que nucleó la revista *Pasado y Presente*. Ellos fueron los que empezaron a crear un lenguaje gramsciano en la Argentina. En el caso mío, las dos referencias intelectuales importantes de mediados de los años '60 son Gramsci, por un lado y Althusser, por el otro; lo que yo trataba de hacer intelectualmente era construir una alternativa de "izquierda nacional", especialmente por el historicismo absoluto en Gramsci y la noción de contradicción sobredeterminada en Althusser. Pero ésta era una posición minoritaria.

Si se contara la historia intelectual del siglo XX creo que hay tres matrices históricas fundamentales, tres corrientes que empezaron con una ilusión de acceso a lo inmediato, lo inmediato concebido en una forma distinta. Estas tres ilusiones de inmediatez fueron: **el referente, el fenómeno y el signo**. Las

tres dieron lugar a las corrientes intelectuales probablemente más importantes del siglo, que fueron, **en el primer caso, la filosofía analítica; en el segundo caso, la fenomenología y en el tercer caso, el estructuralismo**. Estas tres corrientes intelectuales en cierto momento encuentran que la **postulación de una inmediatez, de un acceso a las cosas mismas de modo inmediato, que había constituido el punto de partida, era una ilusión**. Entonces empieza una elaboración intelectual en los tres casos que conduce a la formulación de corrientes que en cierto sentido son comparables y que son las más importantes que hay en el pensamiento contemporáneo. En el caso de la filosofía analítica, es toda la elaboración, la crítica a la noción de sentido, y se encuentra en la obra del segundo Wittgenstein, el de las *Investigaciones Filosóficas* y las corrientes que lo siguieron. En el caso de la fenomenología, toda la reelaboración heideggeriana y post-heideggeriana. En el caso del estructuralismo, lo que se ha llamado en sentido muy general el post-estructuralismo, que sobre todo está ligado a la deconstrucción y a la primacía de las diferencias.

En lo que se refiere a experiencias políticas, la fundamental ha sido una experiencia de la fragmen-

tación. No sólo el marxismo sino también el conjunto de la tradición sociológica clásica se fundaba en una concepción de la unidad y estabilidad de los grupos sociales. La experiencia de la fragmentación y el desarrollo de luchas puntuales en distintas partes del tejido social generó experiencias políticas que podrían ser leídas desde el punto de vista de las corrientes intelectuales que he mencionado. Por ejemplo, el desarrollo del feminismo, el desarrollo de los movimientos ecológicos, el de las luchas de las minorías sexuales y raciales, el desarrollo de las luchas antiinstitucionales; es decir, la unidad del sujeto como agente fue crecientemente puesta en cuestión. Se estaba frente a un sujeto descentrado cuya unidad sólo podía ser el resultado de recomposiciones pragmáticas. Este proceso de reconstituciones pragmáticas es exactamente lo que hemos llamado "hegemonía". Por eso la hegemonía, como práctica de la articulación, se liga a esta experiencia de la fragmentación que es la experiencia política fundamental del mundo actual. Estas corrientes intelectuales que antes mencionaba ayudan a dar un marco teórico para la constitución de un punto de vista desde el cual esos **fenómenos** colectivos resultan pensables."

EL CONCEPTO DE HEGEMONIA EN EL DEBATE. TERCER MUNDO Y POLITICA. EL PERONISMO

"La discusión entre las concepciones totalizantes y las individualistas de las ciencias sociales participan del mismo error fundamental, que es lo que hemos llamado esencialismo. Uno puede tener un esencialismo de la totalidad: la sociedad constituye un todo coherente y estructurado dominado por lógicas immanentes a esa totalidad. O bien puede ser concebido como la identidad de los fragmentos. Pero si la identidad de los fragmentos no está penetrada en sí misma por la diferencia, entonces esa identidad de los fragmentos es tan esencialista como las concepciones totalizantes. Es decir, hay un esencialismo de la totalidad y un esencialismo de los fragmentos. La noción de diferencia es que ninguna identidad, ya sea totalizante o fragmentaria, logra constituirse plenamente. La diferencia es inherente a la verdadera noción de identidad. No hay identidad pura, hay solamente identidades ambiguas. **La hegemonía, en ese sentido, es el intento de demostrar como este movimiento ambiguo de la articulación y la recomposición son lógicamente necesarios para la constitución de las identidades.**

Muchas veces se me ha dicho: en sociedades post-industriales o altamente desarrolladas, existe esta fragmentación, diversificación de los sujetos, y entonces la posibilidad de hablar de lucha de clases en el sentido clásico ya no se da allí, mientras que en sociedades del tercer mundo la lucha de clases en el sentido tradicional está plenamente vigente. Esta es una perspectiva completamente errónea: **en las sociedades del tercer mundo lo difícil es cómo constituir una clase cuando existen situaciones de extrema marginalización social**. Por ejemplo, Trotsky decía en los '30, cuando hablaba del desempleo estructural existente en los países que estaban pasando por la Gran Depresión, que con ese número de desempleados el obrero había dejado de

tener una posibilidad razonable de volver a encontrar trabajo. Entonces la categoría marxista de "ejército industrial de reserva" ya no era válida para pensar esa situación. Si se piensa en el tercer mundo esta cuestión es todavía más acentuada. **Lo más difícil en este tipo de sociedades es cómo constituir a una clase, cómo constituir un interés.**

Para Marx la unidad de clase se fundaba en la localización precisa que esa clase ocupaba en las relaciones de producción, pero cuando hay un vasto sector que está completamente fuera del sistema productivo, en realidad se asiste a formas de identidad y de recomposición que no pasan por la unidad de clase y la unidad de un interés. En el caso de la ideología peronista y de las identidades políticas que el peronismo creó, hay que hacer una división en etapas. **Si uno piensa en el peronismo de los años '70, había una tendencia a enraizarse en el revisionismo histórico, en la visión de una historia nacional alternativa. Esto no es así en el peronismo temprano, el de los años '40.** Allí la división pasa por ciertos temas pero no por una reconstrucción histórica global. Cuando nacionalizaron los ferrocarriles los nombres que se les dieron fueron: General Roca, General Mitre, General Belgrano. Es decir, no existía la visión de todo un pasado oligárquico que cumpliera la función de alternativa histórica. Por otro lado, hubo una retracción en el sujeto de peronismo. Todo movimiento populista radical trata de dicotomizar, de dividir la sociedad entre los de arriba y los de abajo. Eso se daba en el peronismo temprano, cuando luchaba por llegar al poder y cuando se instala, alrededor de la figura del descamisado, "el de abajo": había un monumento al descamisado, un día del descamisado, etc. Hacia los comienzos de los años '50, el descamisado desaparece totalmente del vocabulario peronista, y no vuelve a aparecer más, ni

siquiera en los '70. Esto es porque Perón sostenía el concepto de comunidad organizada, de comunidad orgánica, y en una comunidad orgánica no se puede presentar una escisión entre los de arriba y los de abajo. Perón una vez en una carta dijo algo que revelaba su pensamiento: que toda revolución pasa por tres etapas Primera, Lenin, la preparación ideológica. Segunda Trotsky, que es la toma del poder. Y tercera, Stalin, que es la institucionalización de la revolución. Este fue siempre un *leit motiv* en su pensamiento, desde comienzos de los '50 en adelante, el momento de la institucionalización.

En los años '70, al contrario, con una mayor radicalización de la situación, se hace un esfuerzo por presentar una historia alternativa. Es el momento en el que con figuras como Scalabrini Ortiz o Jauretche, con la obra teórica de Hernández Arregui, y Abelardo Ramos, temas del pasado empiezan a entrar en simbología del peronismo, incluso en sectores de la derecha peronista.

Hoy es muy difícil hablar de algo así. Hay una desintegración completa de estas matrices simbólicas, alrededor de las cuales el universo peronista estaba organizado. Actualmente el sistema político en la Argentina es sólido, es un sistema en el que no hay más *outsiders*. Uno de los problemas del período 46-83 fue que, o bien el peronismo estaba en el poder y los opositores no tenían la menor perspectiva de ganar una elección; o bien los opositores estaban en el poder, pero tenían que proscribir a más del 50% de la población del país. Ese no era un sistema político viable, era enormemente frágil. Hoy se ha dado un cambio importante: todo el mundo acepta la posibilidad de que Menem pierda las elecciones. Eso hubiera sido impensable en cualquiera de las etapas anteriores...

No hay que menospreciar lo que el régimen político posterior al '83 ha logrado. Hay una libertad de prensa y de expresión en el país, que no ha

existido desde 1930. Sin embargo el peligro es que hay cada vez más reivindicaciones fuera del sistema, que no encuentran superficie de apoyo e inscripción en el mismo. Esto no está generando una ideología de ruptura, de alternativa. Lo que está produciendo es una lenta erosión de la capacidad de absorción de los símbolos populares clásicos. El peronismo como universo simbólico se está desdibujando, y lo que hay es una completa falta de fe en los efectos del sistema político. **¿Cómo se reconstruyen esas identidades que están fuera del sistema sin posibilidad de articulación?** Para mí la situación ideal de funcionamiento de un sistema político para una verdadera democracia debería comprender por un

lado, que haya comunidades de base, que a nivel de la fragmentación social el grupo de personas afectadas por una serie de problemas construyan sus propias demandas, en lugar de que estas demandas sean sistemáticamente construidas de un modo burocrático por los canales partidarios. Por otro lado el sistema político debe estar presente, lo importante es que ambos niveles sean independientes, pero que haya un proceso de sensibilidad de uno respecto del otro, de modo que se dé cierta influencia.

Supongamos que estas demandas -las que definimos como exteriores- son construidas en un discurso mesiánico que dice que los problemas se van a solucionar si Dios lanza un rayo sobre la tierra

que va a aniquilar a sus enemigos. Ahí se esterilizan las reivindicaciones en un discurso que no da la posibilidad para ninguna política. Pero decir que sólo un derrocamiento violento del capitalismo es lo que los va a eliminar, es igualmente estéril, porque tampoco da lugar a ninguna política. Una de las formas más eficaces para neutralizar las demandas potencialmente más peligrosas para un sistema consiste en promover el extremismo de los discursos que las traducen en un lenguaje político. De esa manera ese lenguaje está ahí en una especie de enclave y no tiene ninguna posibilidad de expandirse más allá de ese lugar."

¿DE QUE SUJETO SE HABLA?

La obra de Laclau se inscribe en una "... crítica a una concepción del sujeto que hace de él un agente racional y transparente a sí mismo; la crítica a la supuesta unidad y homogeneidad entre el conjunto de sus posiciones, y la crítica a la concepción que ve en él el origen y fundamento de las relaciones sociales ..." (Hegemonía y estrategia socialista, E. Laclau-Ch. Mouffe).

"Existe una escisión entre 'sujeto' y 'posiciones de sujeto'. El sujeto sería el sujeto de la falta originaria. Un significante sin significado, y esta dimensión de falta acompaña todo proceso de identificación. Ya sea identificación imaginaria o simbólica. Desde este punto de vista, la noción de sujeto no puede ser simplemente un lugar dentro de la estructura. Las posiciones de sujeto, formas de identidad simbólica dentro de la estructura, son simplemente rasgos estructurales. Una cosa es el sujeto, otra distinta las posiciones de sujeto. Los

elementos de identidad serían las posiciones de sujeto, el sujeto sería la imposibilidad de reducir una experiencia a la forma en que esta experiencia aparece simbolizada. Es el exceso que ninguna identidad simbólica consigue enteramente absorber. Esto lleva a un segundo punto que me parece capital, que es que en *Hegemonía* ... podríamos haber dado la impresión de que el antagonismo es la forma misma de la dislocación. Ahora me preocuparía por enfatizar que dislocación y antagonismo tienen que diferenciarse. **Dislocación es el momento en que se quiebra un universo simbólico. El antagonismo significa interpretar a alguien como un enemigo.** Le otorga una posición precisa en el universo simbólico, o sea el antagonismo es ya un principio de lectura de la dislocación. La dislocación es el momento originario de la ruptura, aquello que requiere la inscripción. Tiene que haber inscripción porque hay

dislocación, pero la dislocación no dicta sus formas mismas de inscripción. La inscripción es el acto político, la toma de decisión. Si la inscripción es el acto político, la dislocación es aquello que puede requerir este acto, pero es previo al acto mismo...

Lo social es simplemente una porción de la realidad que es simbolizada sin dislocación, es decir, **lo social es la forma de las prácticas sedimentadas que no están puestas en cuestión por ninguna dislocación.** Cuando ésta ocurre, lo social es interrumpido y hay una necesidad de instituir políticamente lo social a través de decisiones parciales. Digo instituir políticamente lo social porque esto se da a través de prácticas antagonísticas, a través de represiones de otras alternativas. Diría que una sociedad en la cual hay una crisis orgánica es una sociedad que ve la retracción de lo social y que, por consiguiente, sólo puede reconstituir su unidad a través de la intervención política"

EL CARACTER DE LO DISCURSIVO

"En lo que se refiere a nuestra concepción de lo discursivo, nuestros debates fueron con las concepciones epistemológicas realistas y objetivistas. Se puede hacer una distinción en las ciencias sociales entre, por un lado, las tendencias hermenéuticas, y por el otro, las tendencias conductistas, *behavioristas*. Nuestra tendencia sería la antípoda de las posiciones behavioristas, porque para nosotros todo acto es acto de sentido. No porque todo acto tenga un sentido positivo detectable; sino simplemente porque inclusive actos que se construyen como no sentido, como falta de sentido, tienen que tener el sentido como uno de sus puntos de referencia. Para nosotros ha sido muy importante negar que exista una distinción entre lo discursivo y lo extra discursivo. Por ejemplo: si alguien construye una pared con otro albañil y en un primer momento le pide al albañil que le pase un ladrillo, éste es un hecho lingüístico. Después va y pone un ladrillo y este es un hecho extra lingüístico. Sin embargo, a pesar de que uno es lingüístico y otro extra lingüístico, los dos comparten el ser momentos estructuralmente dota-

dos de sentido en el proceso global de construir la pared. Si este momento global incluye elementos lingüísticos y extra lingüísticos, es anterior a la distinción entre ambos tipos de elementos. Este nivel de sentido anterior a la distinción es lo que nosotros llamamos 'discurso'. El discurso no es algo que se refiera a la escritura o a la palabra, discurso es cualquier práctica social en la medida en que está investida de un cierto sentido. Esto coincide con una tendencia en el pensamiento contemporáneo a ampliar los límites de lo que se llamaba lenguaje. Es un proceso dual. Porque por un lado, un análisis que originariamente estaba restringido a lo lingüístico en el sentido estrecho, ahora se amplía a todo el campo de la vida social. Pero por otro lado el lenguaje como objeto específico tiende a disolverse."



TEXTO LEGAL Y FUNCION UTOPICA

Acerca de la posibilidad de leer las constituciones y los pactos de derechos humanos como textos utópicos.

Por Christian Courtis

ISupongamos que se nos ocurre considerar a la ley como la cristalización de un deseo. El texto legal juega el papel de mapa, de cartografía del deseo; es la marca ambigua pero visible que nos permite reconstruir ese deseo y compararlo con el devenir real de lo deseado.

El deseo que expresa la ley es el de ordenar el mundo, el de determinar las condiciones de desenvolvimiento de la vida social, política y económica de la gente a la que se refiere. El texto legal puede ser entonces leído como obra de ficción: estableciendo un marco espacial y temporal, se ubican en escena personajes individuales y colectivos, se establece su régimen de convivencia, se proyecta la organización y el ejercicio del poder, se señala un sistema de distribución de bienes, se pautan las formas de solucionar conflictos. Como en toda obra de ficción, la trama se construye eligiendo ciertos elementos para caracterizar el mundo, y dejando de lado muchos otros. Considerar el texto legal como obra de ficción permite inmiscuirse en su contenido a través de técnicas de análisis literario, abriendo la posibilidad de entender desde nuevos ángulos ciertas facetas tradicionalmente poco exploradas.

El texto legal propone un plano ficcional propio, es decir, un mundo metareal, con sus propios actores, ámbitos de actuación, conflictos, regularidades. Como es obvio, el plano ficcional de la ley de algún modo se inspira en el mundo real, captando y recortando elementos, trasladando personajes, delimitando conflictos, retraduciendo formas de interacción, modificando temporalmente los sucesos. (1) En este procedimiento de alimentación del texto legal con material que proviene del mundo real se da una coincidencia general con el resto de las obras de ficción. Sin embargo, existe un segundo punto de contacto del texto legal con el mundo real: la ley tiene una función prescriptiva, es decir, se dirige a establecer cómo debe ser el mundo. Esta característica restringe las posibilidades de establecer paralelos a algunos ejemplos paradigmáticos: así, entre las obras de ficción, comparten ese rasgo las novelas "morales", el teatro brechtiano y fundamentalmente las utopías.

Sin perjuicio de explorar otras variantes, nos interesa aquí resaltar el paralelo del texto legal con el texto utópico. (2) En estos dos casos, el plano ficcional se utiliza como marco para estructurar un deseo de modo peculiar: se construye la trama a partir de una imagen del mundo en la que el deseo aparece ya plasmado. Prescripciones axiológicas, estéticas, morales, políticas, teológicas cobran vida en el desarrollo de la trama ficcional. Si nos detenemos en la construcción interna de esta trama, veremos que en el texto legal y en el de las utopías el mundo tal cual se desea se convierte en el mundo existente. El contenido del deseo es allí escenificado, vivificado, puesto en movimiento.

En ambos casos nos enfrentamos a procesos similares: absorción de datos del mundo, construcción de la trama parcializando, modificando o agregando caracteres, descarga sobre el mundo una vez estructurado el modelo. La misma utilización de tiempos y formas verbales que normalmente se emplean en el texto de la ley remiten a la formulación de un proyecto deseado: los tiempos futuros ("ningún habitante será obligado..."), "las cárceles serán sanas y limpias", el presente referido al tiempo ficcional ("todos los habitantes gozan..."), el "poder ser" como marca de posibilidad fáctica ("nadie puede ser obligado a..."). Del mismo modo, en el texto utópico se emplea normalmente el segundo de los recursos mencionados ("El utopiano, si bien testimonia un respetuoso entusiasmo frente a la naturaleza, no tiene el fetichismo de la ley", Utopía), dado que en muchos casos se adopta el punto de vista del narrador omnisciente y la trama se desarrolla en presente. Sin embargo, en los casos de empleo de narración dialógica se utilizan también las otras formas ("Nuestros ciudadanos participarán por consiguiente, en común de los intereses de cada particular", República, Libro V).

La tradicional insistencia keiseniana en distinguir deber ser de ser cobra desde esta perspectiva una dimensión insospechada. El propio término castellano, deber ser, delata la existencia de una motivación volitiva: el deber ser no es más que la formulación del deseo de cómo se pretende que algo sea. Lo que agrega esta perspectiva es la posibilidad de entender la génesis del deber ser: en la formulación de la ley, existe un marco de referencia real que

se intenta ordenar, pautar, determinar. El sentido del deber ser se nutre del ser en la construcción del marco ficcional (procedimiento de alimentación), y se proyecta al ser en la dirección que asume el deseo (función prescriptiva). De este modo, la barrera categorial se hace difusa, ya que: a) el deber ser se ha diseñado tomando como referencia al ser; el proyecto, el texto legal, absorbe, modifica, elimina y agrega datos al modelo ofrecido por el ser; b) detrás del deber ser, del proyecto, del texto legal, existe siempre la intención de instituir un ser posible, vigente.

El contenido del deber ser es el propio ser del plano metareal puesto en escena por la obra de ficción constituida por el texto legal; como ya hemos dicho, lo que en el plano real es prescripción, proyecto, en el plano ficcional es realidad.

La trama del proyecto, el texto de la ley, son importantes no sólo por su estructura, sino especialmente por su contenido. De modo idéntico al análisis de las utopías, la ley queda expuesta a la consideración de su función política, de su expresión de un orden deseado. Este paralelo nos permite hablar de una función utópica de la ley, es decir, de una dirección asumida por el texto legal que tiene como propósito formular un orden social determinado, a través de la selección de ciertos (y de la negación de otros) elementos narrativos, y del establecimiento de cierta escala axiológica. Por supuesto, el empleo del término utopía no significa de por sí la propuesta de un orden ideológicamente democrático o progresista: existen utopías y antiutopías fuertemente conservadoras, autoritarias y aún totalitarias. Como bien han señalado los autores de la teoría crítica del derecho, la selección de elementos reales y la estructuración de las ficciones no es en absoluto ingenua: detrás de cada recorte, cesura, enmascaramiento, se encuentran indicios de un mapa del poder. (3) Sin embargo, el estudio de esta función utópica puede poner de relieve la cristalización del texto legal a través de su explícita intención de estatuir un modelo social imaginario. Si el planteo crítico pone énfasis en lo que el texto legal oculta, este enfoque utópico puede complementarlo aportando elementos que muestren cuál es el contenido del deseo expresado en la ley, es decir, qué orden se construye imaginariamente.

I Los textos legales que encarnan con mayor evidencia la función utópica son las constitucionales, los códigos civiles y penales, y contemporáneamente, los pactos internacionales de derechos humanos. Esto se debe justamente a que se trata de aquellos textos que se caracterizan por abarcar del modo más amplio las pautas genéricas de convivencia social en su trama.

Así, las constituciones tienen la explícita intención de diseñar el desenvolvimiento de la vida social, política y económica de un país: basta leer el preámbulo de nuestra constitución para advertirlo.

En cuanto a los códigos, se ha estudiado profusamente la importancia de la codificación en el proceso de legitimación de la modernidad (4). Las formulaciones clásicas del derecho como "ciencia de la vida", y del código civil como pieza omnímoda que dirige al ser humano "desde el momento de la concepción hasta su muerte", dan cabal cuenta de este fenómeno. En sentido complementario, los códigos penales cumplen la función de utopía inversa: se trata de "catálogos de lo malo", en donde se conjuran idealmente todas las conductas no deseadas, es decir, se trata de la explicitación del deseo de que estas conductas no se ejecuten.

Los pactos de derechos humanos reflejan uno de los rasgos fundamentales del derecho contemporáneo, consistente en el establecimiento de una concepción antropológica mínima que trascienda las barreras nacionales, raciales y culturales, y, como corolario, de las bases de protección de este núcleo irreductible de derechos y garantías a nivel supraestatal. La simple forma de redacción de estos pactos (enunciación de los derechos que la persona posee) dan una clara muestra de su fuerte contenido utópico.

El impulso movilizador de las utopías sociales se plasma en estos textos de modo decisivo. La función utópica de las constituciones adquiere una trascendencia fundamental, ya que su jerarquía obliga al resto del corpus legal a adaptarse a su contenido. También puede entenderse desde esa óptica el intento de dar a los pactos de derechos humanos una jerarquía privilegiada; como lo propugnan algunos doctrinarios y lo dispone, por ejemplo la constitución peruana.

Sin embargo, este impulso heurístico, esta proyectualidad utópica es percibida en muchos casos como un inconveniente para el pensamiento jurídico tradicional y conservador. El concreto desarrollo del sentido utópico de algunas prescripciones se convierte en un obstáculo para el mantenimiento del *status quo* social. Esta percepción sínta al derecho en uno de los ejes de discusión de la filosofía contemporánea: el del desarrollo inacabado del proyecto político de la modernidad. (5) En efecto, el movimiento constitucionalista representa uno de los reflejos directos del proyecto moderno en el campo del derecho. La contención del poder y el aseguramiento de los derechos del hombre informan de modo palmario este proceso, verificándose una extensión de éstos a medida que las etapas de profundización de la democracia fueron impulsadas por la incorporación de nuevos actores sociales.

Situando el tema en el terreno jurídico, también resulta obvio que la utopía constitucional representa en nuestros países un proyecto inacabado. Basta leer que "...las leyes... asegurarán al trabajador... participación en las ganancias de la empresa, con control de la producción y colaboración en la dirección", "el Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable", "la ley establecerá... el seguro social obligatorio... y el acceso a una vivienda digna", "la Nación Argentina no admite prerrogativas... de nacimiento", "todos sus habitantes son admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad", "nadie puede ser arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente", "las cárceles serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en

ellas", "el Congreso promoverá... el establecimiento del juicio por jurados", etc., etc. El sentido utópico original de estos preceptos se diluye en los hechos, y para justificar esa disolución se recurre a distintos procedimientos teóricos, que desmienten categóricamente la idea de que todos los valores constitucionales tienen la misma jerarquía. Algunos de estos procedimientos de justificación son los siguientes:

- la doctrina de las cláusulas "operativas" y "programáticas": se trata de la postulación de la existencia de ciertas cláusulas que compelen directamente a las autoridades políticas y judiciales, frente a otras cláusulas que, estableciendo meras directrices para el legislador y los jueces, dejarían librada su aplicación a la evaluación de conveniencia de estas autoridades. Es obvio que en la determinación de qué cláusulas son programáticas y qué cláusulas son operativas se transluce la opinión política del que juzga, acerca de la conveniencia o inconveniencia de que cierta prescripción utópica sea llevada a la práctica.

- la noción de "seguridad jurídica": en este caso, se apela a un valor que se supone implícito para bloquear o impedir la aplicación de disposiciones expresas. Aunque las cárceles no sean sanas y limpias, y este hecho contraría un mandato constitucional, convirtiendo a las penas en detenciones ilegítimas, la invocación de este argumento se contestará aludiendo a razones de seguridad jurídica, que se colocan por encima del texto constitucional. Por cierto la noción de seguridad jurídica cumple funciones simbólicas notoriamente conservadoras, ya que eleva a categoría de argumento la referencia a una situación de hecho.

- la cristalización de reglamentaciones: una de las características distintivas de las utopías y de los

textos legales que operan utópicamente es la de su textura abierta, es decir, la indeterminación y flexibilidad del modelo que proponen, ya que diseñan amplios espacios de la vida social a través del establecimiento de algunos rasgos definitorios. La forma en que se desarrolla la vida de la sociedad a partir de estos rasgos fundantes no es ni puede ser agotada en esos textos, de modo que muchos aspectos de la utopía quedan abiertos, inconclusos, necesitados de posterior desenvolvimiento. En el caso de las constituciones, este desenvolvimiento viene dado por la reglamentación de las disposiciones constitucionales. Sin embargo, las reglamentaciones significan normalmente un primer momento de desmovilización del impulso utópico de estos textos, ya que las distintas posibilidades que otorgaba la textura abierta quedan cerradas por la elección de una sola de esas posibilidades. Si bien la reglamentación puede considerarse necesaria, se corre el riesgo de eliminar la función utópica original conformándose con la reglamentación; este fenómeno se observa frecuentemente con la veneración de la armonía de los códigos en detrimento de la necesidad de modificación que impone su acelerada actualización. La función utópica original queda bloqueada por la reglamentación: ya no se agude al proyecto utópico del constituyente sino que se eterniza mecánicamente la solución reglamentaria. Fallos como el que se publica en este número, o como "Sejean" (6), en el que la Corte decide que la ley de matrimonio civil que prohibía a los divorciados casarse nuevamente ha devenido inconstitucional por su inadecuación a los actuales parámetros de la vida social, pueden ser interpretados como intentos de recuperar el sentido utópico original de las cláusulas constitucionales frente al carácter retardatorio de las reglamentaciones.

III

La intención de estas líneas es la de demostrar que la proposición o el impulso de modificaciones en la estructura social no es en absoluto incompatible con el empleo de los textos legales vigentes, con la condición de recuperar y desarrollar el proyecto utópico que estos contienen. La interpretación de dichos textos en el sentido de potenciar esta función utópica ni siquiera constituye una propuesta que pueda calificarse

como vinculada al uso alternativo del derecho, sino que atiende más bien a la reformulación del deseo expresado en el texto legal, y a la jerarquización de los proyectos que paradójicamente están situados en la cima de la escala normativa, como las constituciones y los pactos de derechos humanos. Si bien la propuesta está limitada por el marco del proyecto moderno, no es menos cierto que la no consecución de las aspiraciones de la modernidad constituye un punto de partida posible para redefinir los términos que dieron impulso a aquella utopía. Y en este campo, el derecho tiene aún mucho por decir.

Notas

1) Marí, Enrique, "La teoría de las ficciones en Jeremy Bentham", en A.A.V.V., "Derecho y Psicoanálisis", Buenos Aires, 1987, pp. 17-31.

2) V., p. c. j., Bloch, Ernst, "El principio esperanza", t. II, Madrid, 1979, pp. 99-113 y su clásico "Derecho Natural y Dignidad Humana", Madrid, 1980.

3) Ruiz, Alicia, "Aspectos ideológicos del discurso jurídico", pp. 189-202 y Entelman, Ricardo, "Discurso normativo y

organización del poder", pp. 297-307, en A.A.V.V., "Materiales para una teoría crítica del derecho", Bs. As., 1991.

4) V. Zuleta Puceiro, E., "Paradigma dogmático y ciencia del derecho", Madrid, 1981 y abundante bibliografía citada.

5) Habermas, Jürgen, "Teoría de la acción comunicativa", t. I, Madrid, 1988; en el ámbito del derecho, Zuleta Puceiro, E., op. cit., y Faría, José E., "Justicia e conflicto", San Pablo, 1991, Caps. 1, 2 y 3.

6) C.S.J.N., "Sejean, J. B. c/ Zaks de Sejean, A. M.", Fallos 308:2268.

¿Un juicio sin jurados?

Poder Judicial de la Nación

///nos Aires, 3 de septiembre de 1991

AUTOS Y VISTOS:

Para resolver en el presente incidente de la causa n° 1456 del registro de la Secretaría n° 34, en relación a la excepción de falta de jurisdicción y nulidad de actuaciones planteadas por la defensa de Antonio Rilo.-

Y CONSIDERANDO:

I.-

Con fundamento en lo establecido en los arts. 24, 67 inc. 11 y 102 de la Constitución Nacional y conforme la doctrina mencionada en el escrito de fs. 1/5 de este incidente, los Dres. Jorge Leopoldo Zelaschi y G. Javier Osvaldo Natansohn, interpusieron la excepción de falta de jurisdicción contemplada en el art. 443 inc. 1° del Código de Procedimientos en Materia Penal.-

Reclamaron de tal modo para su cliente el juzgamiento por jurados, la nulidad de las acusaciones fiscal y particular, con la declaración de inconstitucionalidad del art. 25 del Código de Procedimientos en Materia Penal; que se remita oficio a las autoridades del Poder Legislativo para que se dé cumplimiento al mandato constitucional de implementar el juicio por jurados y en tanto, se archiven las actuaciones.-

II.-

El señor Fiscal, al contestar el traslado conferido sobre el planteamiento precedente (fs. 7) pidió su rechazo.-

Calificó de dilatorio el mismo señalando que la Constitución Nacional dejó librada al Congreso la oportunidad y la forma de cumplimiento del mandato de establecer el juicio por jurados y por ende, no correspondía extraer el proceso del tribunal actuante en favor de otro inexistente.-

Sostuvo también que de hacerse lugar a lo pedido por la defensa, debería hacerse lo propio y de oficio con todos los procesos en trámite en la jurisdicción ordinaria de la Capital Federal, generándose un caos trascendente y peligroso para la sociedad, por la consecuente inactividad de la justicia en lo criminal y ello vulneraría otros principios constitucionales.-

III.-

La querrela no contestó el traslado que se le corriera y en consecuencia, se declaró la cuestión como de puro derecho, llamándose autos para resolver (fs. 10), providencia que se encuentra firme.-

IV.-

Ingresando entonces en el tema propuesto por la defensa, comenzaré por señalar que es adecuada la vía elegida para intentarlo, porque la excepción contemplada en el art. 443 inc. 1° del Código de Procedimientos en Materia Penal se refiere en mi criterio a la falta de potestad del tribunal para resolver un determinado conflicto y no a cuestiones de competencia como cierta doctrina ha entendido.-

Esto porque los planteamientos relativos a la competencia de los tribunales, están específicamente contemplados en el Libro Primero, Título 3 del citado código y con remisión expresa al modo de substanciación de las excepciones de previo pronunciamiento (art. 67).-

Las cuestiones propias de la jurisdicción en su acepción específica, son entonces aquellas a las que se refiere el mencionado art. 443 inc. 1° y el tema que ahora nos ocupa es, precisamente, si éste tribunal a mi cargo tiene o no potestad para entender en el presente proceso.-

V.- C

Como consecuencia directa de la forma republicana de gobierno, el Poder Judicial es el órgano encargado de custodiar la vigencia plena de la Constitución Nacional, en mérito al sistema de prelación previsto en su art. 31, y ello fue reglamentado expresamente por el art. 3 de la ley 27, al disponer que uno de los objetos de la justicia nacional

es sostener su observancia, prescindiendo al decidir las causas, de toda disposición de cualquiera de los otros poderes nacionales, que esté en oposición con ella.-

Con lo dicho, entiendo que no es preciso explayarme más sobre las facultades del suscripto para resolver la incidencia planteada por la defensa.-

VI.-

Las disposiciones constitucionales que hacen al funcionamiento de las instituciones republicanas, como aquellas que se refieren a la vigencia de los derechos individuales, no pueden ser llanamente descalificadas a los efectos de su aplicación y vigencia, con la diferenciación no emergente del texto de la carta fundamental y meramente doctrinaria, entre normas "programáticas" y normas "operativas".-

Tal distinción importa una mera justificación para explicar la omisión de los órganos pertinentes en cumplir el mandato de los constituyentes y en el caso que nos ocupa, ello es evidente como en pocos otros.-

El art. 24 de la Constitución Nacional es terminante en cuanto en forma imperativa señala que el Congreso promoverá la reforma de la legislación en todos sus ramos y el establecimiento del juicio por jurados.-

No dejó librado a tal órgano del Estado en ninguna manera el poder de decidir la oportunidad, sino que concretamente dispuso que debía hacerlo y los arts. 67 inc. 11 y 102, dan por sentado que ello se haría, con lo que no puede sostenerse válidamente —en mi criterio— que se trata de una cuestión de momento evaluable por el Poder Legislativo.-

Ello, porque la institución en cuestión en el capítulo relativo a las declaraciones, derechos y garantías no es caprichosa, como ninguna cláusula constitucional, sino que obedece a la inteligencia de que tal sistema de juzgamiento es esencial por dos circunstancias: a) Importa una garantía para los ciudadanos que se integra con el debido proceso legal adjetivo y consiste en el derecho al juzgamiento por los pares, que serán los habilitados para permitir la aplicación de la potestad represiva del Estado; y b) Es la institución que permite cerrar el sistema de frenos y contrapesos propio de la república, desde que con la reiteración de fallos en base a la interpretación de los hechos que el pueblo haga, se podrá percibir qué sentido reclama para la comprensión de la ley y su aplicación. Es decir que de la soberanía popular deviene el control final sobre los actos de los representantes que integran los poderes estatales (arts. 22 y 33 de la Constitución Nacional).

Frente a ello, la omisión en el establecimiento del juicio con jurados y más que ello, el dictado de sistemas procesales diametralmente opuestos a la previsión constitucional, deriva en una deformación del sistema contemplado en la Carta Magna, en detrimento de específicas garantías de los ciudadanos y del funcionamiento institucional.-

Tales razones me llevan a discrepar con los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, mencionados por la defensa y que rescatara el Fiscal (208; 225; 208; 2122; in re: Ministerio Fiscal C/ Director del Diario La Frontera por desacato, del 25 de julio de 1932), pues tras ciento treinta y ocho años de promulgada nuestra Constitución, no hay justificativo válido para la omisión que he resaltado.-

No se trata entonces de una cuestión disponible y fuere cual fuere la opinión en los ámbitos jurídicos sobre la idoneidad del sistema de jurados para resolver los conflictos, este debate no puede alcanzar el ámbito institucional mientras no sea modificada la Carta Fundamental y la experiencia en nuestro país, de continuas interrupciones del orden constitucional por falta de respeto a sus estructuras, me indica que es imprescindible sostener en plenitud su vigencia.-

En mérito a lo expuesto, no me caben dudas que es contrario al espíritu y la letra de la Constitución Nacional, el sistema de juzgamiento plenario contemplado en el Libro Tercero del Código de Procedimientos en Materia Penal y en ello asiste en consecuencia, razón a la defensa.-

VI.-

Coincidiendo entonces con Germán J. Bidart Campos ("La Justicia Constitucional y la Inconstitucionalidad por Omisión", E. D., T. 78-1978, pág. 785 y subsiguientes) los órganos de justicia constitucionales deben remediar la omisión de los otros dos poderes, cuando se trata de preservar derechos de los individuos en materia jurisdiccional.-

Por ello, no comparto los argumentos de la fiscalía, dado que en primer lugar no es necesario extender la cuestión a los otros procesos en forma oficiosa y, conforme lo ya expuesto, debe darse la solución que ampare el reclamo del procesado.-

El primero de tales aspectos, entiendo que no tiene el alcance que preocupara al Ministerio Público, porque como antes señalara se trata de una garantía, relativa a los derechos individuales —al mismo tiempo que una disposición institucional— y el reclamo de su vigencia se agota en el peticionante.-

En cuanto al otro punto, esto es el modo de dar solución al pedido, coincido también con la defensa en que corresponde reclamar al Congreso de la Nación el cumplimiento del mandato constitucional y archivar en tanto las actuaciones, sin perjuicio de proveer de oficio la instauración de un tribunal que asegure la participación popular reclamada por la Constitución Nacional, en caso de no darse cumplimiento a tal obligación por el Poder mencionado en el término del próximo período legislativo.-

De esta manera, entiendo que se conjugan el derecho de la defensa a la obtención del juicio por jurados y el de la querrela y el representante de la sociedad, a obtener una sentencia en tiempo oportuno.-

Tal reclamo al Congreso Nacional, tiene además sustento en que históricamente han existido distintas iniciativas, con parcial tratamiento parlamentario, para cumplir con el mandato constitucional.-

Es más, existe una ley, la n° 483 del 30 de septiembre de 1870 que concretamente señaló que a partir del 1° de enero de 1872 ningún delito del fuero civil, federal o provincial, podía ser penado sin previo juicio por jurados, delegando al Poder Ejecutivo la designación de una comisión para redactar el proyecto pertinente.-

El mismo fue redactado por Victorino de la Plaza y Florentino González, presentado al gobierno el 23 de abril de 1873 y se complementó con el Proyecto de Código de Procedimientos en los Negocios Criminales de los que pueden conocer los Jueces y Tribunales Nacionales.-

También existieron el de José Domínguez (1873) sin tratamiento legislativo; otro de Eduardo Wilde de 1886, con sanción emanada de la H. Cámara de Senadores, pero no se convirtió en ley; otro de Carlos Rodríguez Larreta, Rafael Herrera Vegas, Federico Ibarguren y Carlos Octavio Bunge, de 1888; otro de Julian Aguirre de 1910; de Tomás Jofré en 1919 para la Pcia. de Buenos Aires; del Senador Enrique del Valle Iberlucea de 1920, que no fue tratado a su presentación en ese año ni en su reiteración en 1932 y el proyecto con inclusión de escabinos, de Julio B. Maier de 1988 ("Justicia y Participación. El Juicio por Jurados en Materia Penal", Caballero-Hendler, Ed. Universidad - 1988).-

No estando entonces debidamente justificada la omisión de marras y antes de dar solución pretoriana a la misma, según el reclamo de Bidart Campos en el trabajo mencionado, entiendo procedente reclamar el cumplimiento del mandato constitucional por parte de la institución adecuada al efecto.-

VII.-

Como consecuencia de lo expuesto, asiste también razón a la defensa en que, siendo ajeno al sistema de la Constitución Nacional el sistema de juicio plenario contemplado en el Libro Tercero del Código de Procedimientos en Materia Penal, debe declararse la invalidez de lo actuado por vía de tal normativa, esto es el traslado para que se expidieran sobre el mérito del sumario, corrido al fiscal y a la querrela.-

Por todo ello, en mérito a las normas citadas y oídas queron las partes,

RESUELVO:

I.- Declarar inaplicable al caso, por violatorio de los arts. 24, 87 inc. 11, 102 y ccs. de la Constitución Nacional, el Libro Tercero del Código de Procedimientos en Materia Penal (art. 3 de la ley 27).-

II.- Hacer lugar a la excepción de falta de jurisdicción interpuesta por la defensa y en consecuencia, librar oficios a los señores Presidentes de las Honorables Cámaras de Senadores y Diputados de la Nación solicitando se implemente en el próximo período legislativo el sistema de juicio por jurados contemplado en la Constitución Nacional, sin costas.

III.- Declarar la nulidad de la vista sobre el mérito del sumario ordenada a fs. del principal y todo lo actuado en consecuencia.-

IV.- Archivar las actuaciones hasta que venza el plazo referido en el punto dispositivo segundo o se de cumplimiento al requerimiento por parte del H. Congreso de la Nación.-

Notifíquese y oportunamente, cúmplase.

Luis Cevalco
Juez de Sentencia

¿Hay omisión inconstitucional en la ausencia de juicio por jurados?

Por Germán J. Bidart Campos

1 Es bueno que la gente tome conciencia de algo que venimos diciendo hace tiempo, y que se comprende fácilmente con sentido común. La constitución prohíbe muchas cosas, y si se hacen, la constitución sufre violación. Pero también manda hacer muchas cosas, y si no se hacen, también queda violada. Paremos aquí. No es habitual que todo eso que la constitución manda hacer sea visto como una obligación. Pero que hay obligaciones "constitucionales", las hay. En 1987, escribimos precisamente un breve ensayo sobre el tema de "Las obligaciones en el derecho constitucional" (Ed. Ediar, Bs. As.). ¿Qué ocurre cuando una obligación es incumplida? La noción elemental de la gente se da cuenta de que la cosa no debe quedar así no más, porque tiene que existir alguna manera de hacer exigible el cumplimiento de la obligación omitida. Con el doctor Néstor Pedro Sagüés hemos ensayado una categoría de inconstitucionalidad violatoria de la constitución, a la que el derecho comparado conoce, y también, el derecho público provincial argentino, como por ejemplo, la constitución novísima de Río Negro. Es la **inconstitucionalidad por omisión**, u omisión inconstitucional, que se configura en cada caso en que se "omite" hacer o dar algo que la constitución manda hacer o dar.

2 Incluso el derecho judicial de la Corte Suprema ha acogido esta hipótesis. ¿Cuándo? Cuando desde 1985 ha venido accediendo a las demandas de los jueces federales al comprobar que sus remuneraciones no habían sido actualizadas en su valor real y que, por esa omisión de reajuste y por envejecimiento de la moneda, se había producido una real disminución salarial. ¿Qué era esto? Pues, omisión inconstitucional. ¿Y por qué? Porque el art. 96 prohíbe disminuir la retribución de los jueces, y cuando se "omite" actualizar su valor real cada vez que la suma nominal pierde ese valor real o económico, se está rebajando en ese mismo valor el salario irreducible. Pero dejemos esta hipótesis, que nos tocó resolver por vez primera como conjez de la Corte con otros cuatro disinguidos conjez en el citado año de 1985, el 15 de noviembre, en el caso "Bonorino Perú".

3 Vamos a otra cosa. Si pasáramos revista a la serie de obligaciones constitucionales que la constitución impone a los poderes del Estado, podríamos verificar que muchas no se cumplen. A veces deliberadamente, otras veces por inadvertencia, otras por inercia, otras por negligencia, otras por olvido. En fin, a los gobernados el Estado nada nos perdona y se nos viene encima inexorablemente cada vez que incumplimos un deber —sobre todo si es fiscal—; pero el propio Estado no tiene igual cuidado en cumplir los suyos. ¿Se los podemos demandar y exigir?

4 En materia de derechos sociales y económicos —cuyo plexo troncal aparece en el art. 14 bis— nos topamos con una carga de frustraciones, bloqueos, ineficiencias y violaciones que, más o menos directamente, derivan de omisiones del Estado en cumplir obligaciones constitucionales. ¿Hay participación en los beneficios de las empresas? ¿Hay salario mínimo, vital y móvil? ¿La movilidad de jubilaciones y pensiones mantiene con el haber de actividad la necesaria relación proporcional que desde hace mucho viene pautando la Corte Suprema? ¿Está realmente disponible el acceso a una vivienda digna? La respuesta promedio da un rotundo NO. Pero el art. 14 bis, cuando se dirige al legislador o al Estado, usa verbos imperativos: el trabajo gozará de la protección de las leyes... las que asegurarán... El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social... la ley establecerá... ¿Qué nos dice este vocabulario? Que ese futuro de los verbos impone con rapidez razonable hacer todo lo que el art. 14 bis manda hacer, sin dilaciones ni esperas. No es optativo ni discrecional: hay que hacerlo. Si agregamos que, como con buen criterio lo ha señalado la Corte, estas obligaciones primariamente dirigidas al legislador también comprometen e incumben a los otros dos poderes —el ejecutivo y el judicial— podemos concluir afirmando que todos los órganos del Estado se ven envueltos en la necesidad de darles

cumplimiento, cada cual a su modo y dentro de sus competencias.

Todo esto es bastante viejo. Viene de 1957. Unos cuantos años, ¿verdad? Los suficientes para que no haya disculpas al ocio ni a la mora.

En fin, cosas veredes Sancho...

5 Entre tanto, es muy cierto que la libertad de prensa es institucionalmente de capital importancia. Pero quienes a diario la defienden ponen parecida vehemencia y ardor en destacar que la democracia no empieza ni termina en la libertad de prensa, porque también la democracia exige que las gentes coman, se eduquen, tengan trabajo, puedan vivir en un habitat decoroso, encuentren cómo atender su salud, etc., etc.? Primero vivir, después filosofar. ¿Y? ¿Se vive sin comer, sin trabajar, sin tener acceso a las prestaciones de salud, o habitando en tugurios? ¿Cumple el Estado su obligación de promover todas esas condiciones de acceso al efectivo disfrute de la libertad y los derechos?

6 Bueno, pero se dirá qué tiene que ver esto con el juicio por jurados.

Nos pareció necesario hacer una somera introducción para que el lector desprevenido capte con cuánto énfasis estamos como el tábano reclamando que las obligaciones constitucionales se cumplan, y pregonando que cuando no se cumplen hay omisión violatoria de la constitución (inconstitucionalidad por omisión) a la que tenemos con esfuerzo que encontrarle la forma de remediarla.

Este fallo toma el toro por las astas, y hasta tiene la gentileza de aludir a ideas similares a las que acabamos de exponer, citando un viejo artículo nuestro del año 1978. En el núcleo de los fundamentos y del decisorio, se da por cierto que hay omisión inconstitucional en la ausencia de jurados para sustanciar el enjuiciamiento penal.

La sentencia es muy interesante. Pero ¿tiene razón?

El margen de opinabilidad es holgado. Del fallo nos gusta su audacia, y el empujón que por oficio le da al congreso para que implemente la legislación procesal penal que considera debida a fin de cumplir un deber constitucional: el de establecer el juicio por jurados.

Fuera de eso, nuestro punto de vista sobre el tema es otro, es discrepante. Lo hemos dicho ya muchas veces, y hemos de resumirlo. (1)

7 Es verdad que los arts. 24 y 67 inc. 11 le imponen al congreso el deber de dictar las leyes que establezcan el juicio por jurados. Hay, entonces, dos insistencias normativas en la constitución. Si no hubiera una tercera, seguramente coincidiríamos con el fallo. Pero hay una tercera norma: el art. 102. Señalar esto parecería anticipar que si al constituyente no le bastó la dupla de los arts. 24 y 67 inc. 11, sino que todavía volvió a machacar sobre lo mismo en el 102, queda clarísimo que quiso recalcar triplemente lo que tenía que hacer el congreso.

No obstante, cuando recalamos en la tercera norma de insistencia —el art. 102— descubrimos que, en vez de tener un carácter de imperatividad y de urgencia, el broche de oro del 102 ablanda el rigor de la obligación aludida en los arts. 24 y 67 inc. 11.

8 Veamos.

El art. 102 reza así: "Todos los juicios criminales ordinarios... se terminarán por jurados, luego que se establezca en la república esta institución..."

Comparemos este texto con el del art. 14 bis. Ahora comprendemos por qué fue útil comenzar con una recorrida en torno de obligaciones constitucionales. Notamos una diferencia. Y no se diga que es solamente cuestión de vocabulario, o apego formalista a una interpretación duramente literal que no circula más que por las palabras. No. Hay algo muy distinto entre el 14 bis y el 102. ¿Qué?

Los verbos que con imperatividad empleaba el 14 bis nos hacían aseverar que el constituyente estaba imponiendo obligaciones impostergables. Fijémonos —texto constitucional en mano y a la vista— que en el art. 14 bis no se dice para nada que los derechos en él pautados se gozarán "luego que el congreso dicte las leyes respectivas". ¡NO! Se dice: la ley asegurará... el Estado otorgará... la ley establecerá... Nada de darle tiempo ni tregua discrecionales al congreso. Al revés, hay un tono de razonable rapidez.

9 Ahora retomemos al art. 102. Los juicios criminales se terminarán por jurados después que el jurado sea establecido. ¿Por quién? Por el congreso mediante ley. ¿Y cuándo? Acá viene el problema. ¿Ya? ¿De inmediato o con urgencia?

La frase del 102, que no encuentra ninguna similar en el 14 bis, nos parece que para algo fue puesta por el constituyente. ¿Para

qué? Para dar a entender que el funcionamiento del jurado quedaba supeditado a la ley que el congreso debía dictar. ¿Cuándo? Y bueno... si para algo el constituyente puso lo que puso en el art. 102, decimos: "cuando" el congreso lo estime oportuno.

No con la imperatividad que descubriríamos en el 14 bis.

El constituyente le dio tiempo, le dejó discrecionalidad para fijar el tiempo, le dijo algo como esto: tiene el deber de establecer el jurado, pero hágalo cuando Ud. —congreso— lo considere oportuno?

10 ¿Qué nos parece si le damos otra redacción imaginaria a esta parte del 102? Ensayemos. Mientras el 14 bis no está diciéndole a cada uno de los trabajadores y de las personas que gozarán y tendrán asegurados tales y cuales derechos "después" que el congreso dicte las leyes necesarias, el 102 creemos que al procesado penalmente le está diciendo: Ud. dispone de la garantía de enjuiciamiento mediante jurado, pero una vez que la ley haya establecido el jurado; antes no; entre tanto, no tiene ese derecho.

Personalmente, pensamos que éste es el sentido y el alcance del art. 102, y por eso dijimos que en él se ablanda y se modera el rigor obligacional que, de no existir la concesión temporal que se añade en la tercera norma, inferiríamos de la dupla de los arts. 24 y 67 inc. 11.

Con lo que sumar una tercera norma vino a suavizar la obligación de implantar el jurado. No la cancela, no la suprime, pero la somete al prudente criterio temporal del congreso.

¿Podemos decir, entonces, que aunque ha pasado más de un siglo desde la constitución, no hay omisión inconstitucional, porque la obligación a cumplir dispone del plazo que el congreso quiera darle?

11 No trepidamos en contestar que sí, que podemos decir eso. El fallo ha dicho otra cosa. Y bueno... así es la interpretación. No es dogmática, no se tiene que endurecer. Cada cual piensa y razona con sus argumentos propios. Hemos usado y propuesto el nuestro. Hay que compararlo con el de la sentencia. Es un bueno ejercicio, ¿no? Da para pensar, da para discrepar, da para tomar partido en un sentido o en otro.

¿Y cuál es el saldo? Entrenamos en la reflexión. ¿Para qué? Para tratar de acertar, acostumbrándonos a no tomar la constitución a la ligera; quien lea el fallo, cualquiera sea la conclusión personal que saque de él, tendrá seguramente que coincidir en algo que dejamos como punto final: que es bueno que los jueces den agilidad a su activismo, que se hagan cargo de las obligaciones constitucionales y de las omisiones inconstitucionales, que no se aletarguen, que no se escapen por la tangente con facilismo, que tengan audacia para sacudir el sopor de los otros órganos de poder. Claro, sin caer en el otro extremo de las demasías, porque los jueces no son suplentes del congreso ni del ejecutivo. Son —como lo demuestra este fallo— operadores en la interpretación y aplicación de la constitución. Nada más que eso. Pero eso es mucho, muchísimo: es administrar justicia, hacer justicia, dar concreción en cada caso al valor justicia mediante la constitución. Eso requiere controlar la constitucionalidad, también cuando tal control haya de recaer en omisiones, frente a las cuales el juez dirá, por boca de la justicia, que dejar de hacer lo que la constitución obliga a hacer, es violatorio de la constitución. Y en ese caso, hay que reparar la omisión.

12- El fallo ha sido prudente: oficia al congreso, y espera. De mantenerse la omisión que se reputa inconstitucional, dice que proveerá la instauración de un tribunal adecuado al mandato constitucional sobre el juicio por jurados. ¿Atrevimiento? ¿Puede un tribunal emplazar con término a otro órgano de poder para que haga lo omitido inconstitucionalmente?

¿Cuesta responder? El rigor de una respuesta afirmativa encuentra eco en los "mandamus" anglosajones, que nosotros también conocemos como mandamientos de ejecución y prohibición. Muchas constituciones provinciales los tienen previstos. ¿Y el amparo no funciona a veces y acaso con ese alcance? A todo decimos que SI.

El fallo es un remezón. No viene mal. Aunque hayamos dado nuestra personal interpretación diferente, nos complace que los jueces estiren bien los ojos de la justicia —para nada ciega, como se la representa en algunas imágenes— para detectar no sólo las inconstitucionalidades que se consuman cuando se hace algo que la constitución prohíbe, sino también cuando se deja de hacer lo que ella manda. La plenitud del control judicial de constitucionalidad no puede escandalizarse. Y lo testimonia la constitución rionegrina que citábamos al principio.

Nota:

(1) Ver, por ejemplo, El Derecho, T. 130, p. 602, y T. 136, p. 520. También nuestro libro citado en el texto: "Las obligaciones en el derecho constitucional", p. 52.

Acierto e hipocresía en una sentencia trascendente (¿Juicio por jurados ya?)

Por Daniel R. Pastor

1. Introducción.

Esta nota es la presentación de la sentencia de un tribunal penal que decide no someter a juicio un caso, a pedido de la defensa, por cuanto el procedimiento vigente no establece el juzgamiento por jurados, obligatorio para los juicios penales según la Constitución Nacional (CN).

En lo que sigue expondré una alabanza y otra crítica de los argumentos fundamentales de la sentencia presentada, sin perder de vista, en ningún momento, de que se trata de una decisión judicial trascendente, aunque, seguramente, de efímera gloria.

2. Acierto.

Obviamente, el acierto principal de la sentencia reside en no llevar adelante un juicio penal sin jurados por ser contrario a reglas expresas de la CN. En este sentido la decisión recoge el clamor del constituyente para que los casos penales los juzgue directamente el pueblo (clamor expresado por tres categóricas veces en el texto constitucional: arts. 24, 87, inc. 11, y 102).

Para llegar a esta decisión el tribunal debió, primero, recordar que los jueces son los encargados del control de constitucionalidad de las leyes en un Estado de Derecho republicano y democrático, para después poder afirmar que la inconstitucionalidad, en el caso, se daba por la omisión del legislador, mantenida durante ya ciento treinta y ocho años, en reglamentar el juicio penal por jurados, aspecto éste de la sentencia que también debe ser destacado como acertado (ver, aparte, comentario de Germán Bidart Campos).

Desde el punto de vista procesal, el acierto de la sentencia radica en la admisión de la excepción de falta de jurisdicción (CPC, 443, 1) — tradicionalmente admitida sólo para cuestiones de competencia — para oponerse a un juicio penal que no se realice ante jurados.

Pero el acierto más importante del caso es, tal vez, la negación de la distinción entre cláusulas constitucionales operativas y meramente programáticas. Y este es, en verdad, el grito de batalla de la sentencia comentada. Ello es así porque, realmente, habría que ser muy necio para sostener que la CN no dispone el juicio por jurados en materia penal. (Por lo demás, la bibliografía al respecto, inabarcable por su magnitud, es unánime en reconocer que eso es lo que está escrito en el texto constitucional). Ningún enemigo del jurado se ha atrevido a tanta negación. En verdad, más argumentos siempre fueron periféricos (inclusive, en alguna conferencia, llegué a oír a esos enemigos hablar de una suerte de "derogación por desuetudo" de las cláusulas constitucionales que imponen el jurado). Y en este sentido, la distinción descartada en la sentencia era la salida más elegante para justificar un juicio penal sin participación ciudadana y sin tirar al cesto de los papeles la Constitución. El razonamiento se vuelve, entonces, cristalino. Es un principio democrático el respeto por las leyes vigentes, en especial por la CN. Frente a sus reglas expresas no existe, en el universo jurídico, cortapisa alguna que justifique un juicio penal sin jurados (ni cláusula programática, ni desuetudo, ni nada). La CN es la ley fundamental y, conforme a ella, el juicio penal es por jurados, y el que no esté de acuerdo tendrá que lograr la reforma de la CN para evitarlo.

Este es el aspecto trascendente de la sentencia que, aunque seguramente será modificada, habrá significado, de todos modos, un paso más, incluso histórico, en la lucha del pueblo por instaurar un sistema de enjuiciamiento penal conforme a nuestra cultura política, republicana, participativa y democrática.

3. Crítica.

A pesar del acierto general de la sentencia comentada, debo detenerme a señalar ciertos resabios de hipocresía judicial que la empañan y que se hallan más en la forma de resolver el caso que en la decisión adoptada, obviamente.

Se trata, en primer lugar, del infortunio de "declarar inaplicable al caso..." (con fundamento en una regla vaga de una ley vieja), y no inconstitucional (según nuestra tradición en materia de control judicial de constitucionalidad) al reglamento procesal que determina un juicio penal sin jurados. Esto permite leer cierto temor en el tribunal a llamar a las cosas por su nombre, temor que lo lleva a suavizar los términos para provocar menos espanto, o disimular el estruendo que realmente debiera causar el criterio adoptado.

En segundo lugar, el tribunal resuelve solicitar al Poder Legislativo la implementación del juicio penal por jurados. Indudablemente, este reclamo nada tiene que ver con las facultades de los jueces. El juez debe decidir el caso planteado según la ley vigente (garantía de vinculación a la ley y al caso), es decir, condenando o absolviendo al imputado. Si el reglamento procesal para ese juzgamiento es contrario a la CN, el juez debe disponer uno que la respete, esto es, cumplir él con la CN, reglamentar él la CN, que es la ley concreta aplicable al caso. De hecho, así actúan los tribunales en muchísimos casos en los que deben resolver cuestiones cuya solución no está regulada expresamente. Lo que no pueden hacer es suspender o supeditar la decisión del caso a la actividad de otro de los poderes que, como ya lo demuestra la historia, parece, por temor al gobierno del pueblo, largamente reticente.

La solución del problema es, entonces, la convocatoria inmediata de un jurado para llevar a juicio el caso. El tribunal puede "armar" el jurado mediante el sencillo expediente, p. ej., de convocar a aquellas veinte personas (doce titulares y seis suplentes) del padrón electoral de la jurisdicción, cuyas últimas cinco cifras del documento de identidad coincidan con los números ubicados en los premios 1 a 20 de la lotería nacional del sábado próximo. El procedimiento aplicable, indudablemente, tendrá que ser oral, público, contradictorio y continuo, dado que sería ridículo pensar en juicio por jurados escrito, aunque algún trasnochado alguna vez lo haya sugerido. En lo práctico, ese procedimiento, absolutamente regulado por el juez (como, p. ej., el trámite de la acción civil que aplican los tribunales penales, procedimiento íntegramente pretoriano porque el código procesal penal vigente no contempla, para el reclamo civil de los daños causados con el delito, procedimiento alguno), debiera ser el del debate del recientemente aprobado y tal vez nunca puesto en vigencia Código Procesal Penal de la Nación (ley 23.984, arts. 354 a 404), y no porque sea bueno (que no lo es y que, además, no incorpora los jurados) sino porque lo ha aprobado el pueblo a través del Congreso. Otra posibilidad, alternativa, sería aplicar las reglas de juicio establecidas para el juzgamiento de los delitos contra los poderes públicos y el orden constitucional (ley 23.077, arts. 15 a 87).

4. Conclusión.

La sentencia comentada constituye un hito trascendente en el movimiento en favor del jurado, pero, en virtud de que la primera figura defensora del jurado es la CN, el fallo comentado es un hito, también, en la lucha por el derecho, por la vigencia irrestricta de la Constitución y de la ley, nos guste o no nos guste lo que la ley, democráticamente sancionada, establezca.

Por último, en la sentencia se puede leer el terror del fiscal a que una resolución como ésta provoque un caos judicial. La sentencia, temerosa como ya se dijo, sostiene que a ella no le sobrevendrá caos alguno. Sin embargo, el fiscal tiene razón: esta sentencia, y otra igual, y otra más, y cien de ellas, provocarán, indudablemente, el caos judicial, pero ello no nos debe alarmar, nos debe alegrar! porque ese caos y sólo él provocará la inmediata reacción del Congreso y la reforma del procedimiento vigente para regular uno con jurados. Porque, mientras no se vea el caos, aunque exista, todo seguirá como si nada sucediera: los jueces seguirán "haciendo" que son jueces, a pesar de que, en realidad, a veces ni le han visto la cara a las personas que someten a juicio y condena (aunque el expediente registre un sinnúmero de actas en las que se dice que el imputado declaró ante el juez y el secretario). Entonces, si los jueces, en lugar de delegar funciones, cerraran o suspendieran los procesos porque les resulta imposible cumplir con la garantía constitucional del juez natural estando a la vez en las cinco, diez o quince declaraciones de imputados que se toman simultáneamente en su tribunal, seguramente provocarían un escándalo capaz de generar la reforma del vetusto ordenamiento procesal vigente (y cuidado que este problema subsistirá, al menos durante la investigación preliminar, con el código recientemente sancionado). Empero, si en lugar de ello, los jueces siguen delegando funciones, llevando adelante procesos penales sin jurados y actuando como si nada sucediera, como si con la Constitución se cumpliera, entonces, sin el caos a la vista, la reforma aparecerá, si no como innecesaria, al menos como postergable.

Por suerte, la sentencia comentada, aunque ella diga lo contrario, siembra ese caos reformista y creativo, consistente, fundamentalmente, en el reclamo del cumplimiento de nuestra vieja Constitución ¡Vaya paradoja!

Una introducción a la noche de Frankenstein

Finalmente, preguntando por la Justificación del Castigo, he debido acercarme a los Dominios del Gran Señor. Leviathan, el Estado, como división de la sociedad en una parte Superior y otra inferior, como desventurada desigualdad entre los Detentadores de Poder y los sujetos a él—o a ellos—, o, en fin, como realización efectiva de una relación de poder, surge, terminante y fatal, como El Fundamento más puro del Castigo.

Finalmente, preguntando por la Justificación del Castigo, he debido decir que el Poder del Castigo, como Negador de la diferencia, como Depredador de la multiplicidad, como Reductor de la alteridad, pertenece a la esencia misma del Estado. Toda Organización Estatal es de Castigo. **El Poder de Castigo es el modo normal de existencia del Estado.**

Finalmente, preguntando por la Justificación del Castigo, he debido acercarme a los Dominios del Gran Señor, preguntándome: ¿De dónde surge el Fundamento?. O mejor:

COMO EL ESTADO

Por Alejandro Rúa

El presente texto es una versión de la ponencia que fuera presentada por el autor en el IV Congreso Nacional Universitario de Derecho Penal y Criminología, llevado a cabo en la Ciudad de Santa Fe, los días 19, 20 y 21 de setiembre de 1991.

Los sueños, los ángeles, escribió alguien con certeza un día, demuestran que volar es una de las ansiedades elementales del hombre. Ese alguien, bien hubiera podido encontrar en ángeles y sueños, como en la física felicidad de un viaje en globo, cabal demostración de otra ardiente ansiedad.

Bien hubiera podido decir, seguidamente, como lo demuestran, los ángeles, como lo demuestran los sueños, que la libertad, tanto como volar, es una de las ansiedades más profundas del hombre. Quizá, Borges, con reconocida certeza, prefirió evitar tal redundancia.

Lo cierto es que, amen de ángeles y sueños, algunos hombres, como angelicales soñadores, demuestran con sus vidas, que el ansia de libertad es tan elemental como infinita.

En tiempos terribles, como todos los del mundo del hombre, siempre aparece quien, más o menos inspirado, más o menos certero, emprende, hacia la muerte, su loca y desenfrenada lucha por la libertad.

Y este hombre, infatigable guerrero, ansiedad elemental, aún cuando la libertad se pierda irremediablemente, la imagina, la siente en el espíritu, la goza, y sigue andando.

De este hombre, o mejor en plural, de estas elementales ansiedades, se hablará en páginas que siguen.

Etienne de La Boétie

Embrujado por el nombre de Uno

En el iluminado Siglo XVI, época por la cual los hombres solían ser brillantes, más precisamente en 1548 (siguiendo a quienes quieren ser precisos), es redactado el "Contra Uno", que también es llamado, como lo es, "El Discurso de la Servidumbre Voluntaria". Su autor, Etienne de La Boétie, no tiene por entonces más de 18 años, edad en la cual los hombres solían ser brillantes, por esa época, el iluminado Siglo XVI.

La Naturaleza, Ministro de Dios.

Suele decirse, y con razón, que Occidente asiste en ésta época a un doble nacimiento. De estos mellizos famosos, Nu y Eve de la Historia, uno de ellos, sabio y ciego, nacerá irremediamente viejo. Ya antiguo, sólo renacerá. La resurrección de la cultura de la antigüedad griega y romana, poblará el espacio de aladas diosas y héroes musculosos, a la vez que retornará la memoria del tiempo hacia Roma o Atenas. El otro, inocente y radiante, niño que llega de París, hijo también es de algún viaje: el descubrimiento y conquista del Nuevo Mundo. Irrupción de lo que hasta entonces no existía: América.

Podrá quizá también decirse que estos tours a América o Grecia no han sido gratuitos. Otra invasión ha acontecido. Como respuesta América y Atenas invaden los sueños europeos. América, vegetal y exhuberante, desconocida y animal, salvaje, natural. Grecia, lógica y filosófica, ética y ciudadana, política, estatal. Y el sueño más hermoso, el más iluminado que los Dueños del Mundo hayan podido soñar, gusta tomar de Grecia lo estatal, gusta de América lo natural. Sueño europeo e invadido, Estado & Naturaleza, así nace de simple. Simple Estado de Naturaleza, nuevo hermano de Nu y Eve, Trillizo de Oro. El más iluminado.

"Pero si hay algo claro y evidente para todos, si hay algo que nadie podría negar, es que la naturaleza, Ministro de Dios, bienhechora de la humanidad, nos ha conformado a todos por igual y nos ha sacado de un mismo molde para que nos reconozcamos como compañeros, o, mejor dicho, como hermanos... ¿cómo podríamos dudar de que somos todos naturalmente libres, puesto que somos todos compañeros? ¿podría haber en la mente de nadie que, al darnos a todos la misma compañía, la naturaleza haya querido que algunos sean esclavos?"

La libertad, clara y evidente, sueño iluminado de un hombre en la época de los hombres brillantes. La naturaleza, auténtica y bienhechora, sueño ilustrado de un hombre en la edad de los hombres brillantes. "Queda, pues, por decir, que la libertad es natural y que en mi opinión, no sólo nacemos con nuestra libertad, sino también con la voluntad de defenderla".

Un único hombrecillo y ese monstruoso vicio

"... sino también con la voluntad de defenderla". El Discurso de la Servidumbre Voluntaria, no fue escrito, desgraciadamente, sólo para soñar con el estado de naturaleza. Este Estado Natural, contrapartida necesaria, es el sueño que mueve los sueños del joven Etienne, y es el sueño que le hace soñar que no hay nada de eterno o de agradable en los dominios del Gran Señor.

"¿Esto es vivir feliz? ¿Puede llamarse a esto vivir?". Etienne de La Boétie, un único hombrecillo en la tierra de Uno. "¿Habrás otra manera de vivir más mísera, más carente de todo, cuando podría gozar del libre albedrío, de la libertad, de su cuerpo

y de la vida?". Asombrado, La Boétie se interroga. Sorprendido, quiere sólo entender cómo pueden los hombres, aquellos naturales, soportar esta forma de vida. Cómo aceptan, obligados cuando no fascinados, la autoridad de uno. Cómo se puede vivir, embrujado por el nombre de Uno. "¿Acaso no es una desgracia extrema la de estar sometido a un amo del que jamás podrá asegurarse que es bueno porque dispone del poder de ser malo cuando quiere?". Asombrado, La Boétie se interroga. ¿Puede llamarse a esto vivir? Cómo ha llegado el hombre a transformarse en eso que ni siquiera los animales son. Cómo ha llegado a perder sus derechos naturales. "¿Acaso no es vergonzoso ver a tantas y tantas personas no sólo obedecer, sino arrastrarse?" Qué desgracia ha acontecido.

"¿Qué desventurado vicio pudo desnaturalizar al hombre, único ser nacido realmente para vivir libre, hasta el punto de hacerle perder el recuerdo de su estado original y el deseo de volver a él?" Algo ha sucedido, que sigue sucediendo. El estado de naturaleza perdido para siempre. Asombrado, La Boétie se interroga. Sorprendido, no encuentra respuesta. Pero sin duda, algo ha sucedido. Necesariamente. Necesidad de un Estado Natural, paraíso perdido. Sueño iluminado.

Asombrado, La Boétie se interroga. Sorprendido, no encuentra respuesta. No encuentra palabras. Ese algo, que necesariamente ha sucedido, no se puede nombrar. "¿Qué es ese monstruoso vicio, que no merece siquiera el nombre de cobardía, que carece de toda expresión hablada o escrita, del que reniega la naturaleza y que la lengua se niega a nombrar?" Pecado original, monstruoso vicio. Pecado original, del que reniega la naturaleza. Pecado original, que la lengua se niega a nombrar. "¿Cómo llamar a ese vicio?" Innombrable. Algo ha sucedido, que sigue sucediendo.

Quien haya visto en su casa a los venecianos

Que sigue sucediendo, nos dice La Boétie. Acaso siga sucediendo siempre. La servidumbre voluntaria puede no tener fin. Pero sin duda, necesariamente, ha tenido un comienzo. Necesariamente ha tenido un principio, que pudo no empezar. El Estado de Naturaleza pudo no tener fin. Pero algo ha sucedido, que sigue sucediendo.

El paraíso perdido, perdido fue en algún momento. La servidumbre voluntaria no es eterna. La Boétie, guerrero infatigable, no cede en el combate. Esto que ha sucedido, azaroso, pudo no suceder. Azaroso, no era necesario. La Boétie, ansiedad elemental necesita que lo sucedido no haya sido necesario. Para escapar de su presente más que nada necesita del pasado. Aún de ese pasado mítico, a priori lógico, que un día se perdió. Pero que pudo no haberse perdido.

Para escapar de su presente, iluminado, sueña el sueño de su época. La Boétie sueña el Estado de Naturaleza, porque necesita contraponerlo al Estado de Servidumbre. Sueña el estado de naturaleza, que un desventurado día, fatal y brutalmente se ha perdido. Pero que está ahí, en la cabeza de este único hombrecillo, iluminado, que lo necesita.

Porque la servidumbre no era necesaria. Porque la desventura pudo haberse evitado. Porque el hombre, natural, es otro. La Boétie, este único hombrecillo, iluminado, sueña el estado de naturaleza, para escapar de su triste presente. Sueña el Estado de Naturaleza, porque lo necesita. Más que nada en el mundo.



Pierre Clastres

Sin fe, sin ley, sin rey

Antropólogo en los tiempos de los antropólogos, heredero libertario de Claude Lévi-Strauss, discípulo de Lucien Sébag, diez años antes de mayo de 1968, Pierre Clastres, que de él se trata, concibe al etnólogo, no ya como el clásico compilador de primitivas riquezas culturales, sino, por sobre todo, como el activo pensador político.

Ansiedad elemental, infatigable guerrero, lanzado a averiguar la cuestión del poder, no puede menos que encontrarse con Etienne de La Boétie. Como él, suele preguntarse: Qué formidable acontecimiento, qué revolución dejó surgir la figura del déspota, del que manda a los que obedecen. Cuándo el poder de la sociedad se aleja en manos de un jefe o un grupo de liderazgo. Por qué los hombres renuncian a la libertad.

Ansiedad elemental, infatigable guerrero, el viernes 29 de julio de 1977, a los cuarenta y tres años de su edad, no encuentra más respuestas a esas preguntas, que un triste accidente automovilístico en las rutas de Ardèche, que pone fin a su vida, y puntos suspensivos a una investigación apasionada.

Un Rimbaud del pensamiento

Así con estas palabras, describe Clastres a La Boétie. "Es difícil encontrar un pensamiento más libre que el de Etienne de La Boétie". Audacia y gravedad, heroico y libre, para Clastres, el joven La Boétie trasciende la historia conocida. Su discurso es transhistórico. Su descubrimiento "es que la sociedad en que el pueblo quiere servir al tirano es histórica, que no es eterna y no ha existido siempre, que tiene una fecha de nacimiento y que algo ha debido pasar necesariamente...".

Pensamiento solitario, pues, el del Discurso. Pensamiento riguroso, no se nutre más que de su propio movimiento, su propia lógica; si el hombre ha nacido para ser libre, entonces, el modo primario de existencia de la sociedad humana ha debido desplegarse en la no división. Antes de la desgraciada aparición de la división social había, necesariamente, en conformidad con la naturaleza del hombre, una sociedad sin opresión ni sumisión.

Influencia del siglo, hay en el *Contra Uno* una especie de deducción a priori, sueño iluminado, de la sociedad sin estado, del estado de naturaleza. A diferencia de Jean Jacques Rousseau, el joven La Boétie no acepta que el estado de naturaleza, probablemente no haya existido nunca. Por el contrario, aún cuando los hombres no lo recuerden, aún cuando no haya la menor ilusión de un posible retorno, aún así, desesperadamente, el autor del Discurso sabe con certeza que ese estado era el modo de existencia de la sociedad, antes de que algo sucediera.

Sueños de época, lo que para La Boétie no puede ser más que a priori lógico y necesario, para Clastres es otra cosa. Epocas que cambian con los sueños. "Nosotros podemos adquirir un saber empírico, surgido no ya de una deducción lógica sino de la observación directa de aquello que La Boétie desconocía". Sueños que cambian con las épocas. Nuevo sueño de la nueva época, **el sueño del Etnólogo.**

Frágiles especímenes del pasado

"La etnología inscribe su labor en la partición reconocida por La Boétie, quiere conocer en primer lugar todo aquello que concierne a las sociedades anteriores a la desventura. Salvajes anteriores a la civilización, pueblos anteriores a la escritura, sociedades anteriores a la Historia: estas son las bien llamadas sociedades primitivas, las primeras en desarrollarse en la ignorancia de la división, las primeras en existir antes de la fatal desventura". Los sueños se hacen realidad. Aquel estado de naturaleza tan iluminadamente soñado en la Ilustración, como un regalo del pasado, se presenta ante el presente de la ciencia. Ahí están, **los que son como nosotros fumos.**

"El objeto privilegiado sino exclusivo de la etnología, es el estudio de las sociedades sin Estado". Estos salvajes, que, cual viejas momias, se deshacen en manos de los observadores, al mínimo contacto, ayudan a poblar el nuevo sueño del etnólogo de instituciones de parentesco y totems, economías y tabúes, mitos y estructuras, incestos y funciones. La curiosidad de los sabios y el imperialismo del sueño contribuyen a diezmar a estos frágiles especímenes del pasado. A medida que las interpretaciones aumentan, los salvajes disminuyen. Aún disminuidos, todavía se los escucha. "¡Ojalá el joven La Boétie pudiera oír lo que dicen en sus cantos más sagrados los actuales indios guaraníes, descendientes algo envejecidos pero intratables de aquellos 'pueblos completamente nuevos' de antaño!"

Sur la piste de Pierre Clastres.

Después de largas jornadas en América, entre las tribus indígenas de Paraguay, del Brasil central, y de Venezuela, Clastres publica en Francia, en un lapso de tres años, sendas obras: "Cronique des indiens guayaquies", fruto de su convivencia con este pueblo; "Le grand parler. Mythes et chants sacrés des indiens guaranis", traducción de himnos y poemas sagrados de los tupi-guaraní; y "La société contre l'état", ensayo teórico donde, haciendo un balance de las conclusiones a las que arribó según sus trabajos de campo, sus reflexiones y sus investigaciones, traza los mapas del territorio descubierto.

Con estas inquietudes, en estas obras y en innumerables y desperdigados artículos, Clastres remonta el viejo *Contra Uno*, y agrega, a sus preguntas una, "que el autor del *Discurso* no podía

plantearse pero que la etnología contemporánea nos permite formular: ¿cómo funcionan las sociedades primitivas para impedir la desigualdad, la división, la relación de poder? ¿cómo logran conjurar la desventura? ¿cómo hacen para que ese proceso no se ponga en movimiento?

Así, la pregunta sobre el Estado debe precisarse de esta manera: ¿En qué condiciones una sociedad deja de ser primitiva? ¿Por qué las condiciones que conjuran el Estado fallan en tal o cual momento de la Historia?

Para un Bestiario del nuevo etnólogo

Con el transcurso del tiempo, el sueño del etnólogo ha mantenido un desarrollo brillante gracias al cual las sociedades primitivas han ido escapando del exilio al que las condena, en el pensamiento y la imaginación de Occidente, una antigua tradición de exotismo. No han podido, eso sí, escapar de su destino de extinción, pudiéndose afirmar, por el contrario que el nuevo etnólogo las ha ido acelerando en su derrumbe.

Pero, ¿qué sueña el sueño del etnólogo cuando habla de sociedad primitiva: "Las sociedades primitivas son las sociedades sin Estado, las sociedades cuyo cuerpo no posee un órgano de poder político separado. La presencia o ausencia del Estado sirve de base para una primera clasificación de las sociedades que, una vez contemplada, permite ordenarlas en dos grupos: las sociedades sin Estado y las sociedades con Estado, las sociedades primitivas y las otras".

La sociedad primitiva es, entonces, la sociedad sin Estado. Pero, cómo diferenciar esta posición con aquella clásica concepción tradicional de la antropología para la cual estas sociedades son la infancia de la humanidad, la primer edad de su evolución. Cómo desterrar la idea de la sociedad salvaje como incompleta, inacabada, destinada a crecer, a convertirse en adulta, a marcar su completud con la aparición del Estado. Cómo vencer el pensamiento evolucionista y su neo-teología de la Historia. Cómo lo intenta Pierre Clastres:

"¿Por qué las sociedades primitivas son sociedades sin Estado? Como sociedades completas, acabadas, adultas y no ya como embriones infrapolíticos, las sociedades primitivas carecen de Estado porque se niegan a ello, porque rechazan la división del cuerpo social en dominadores y dominados. La política de los salvajes se opone constantemente a la aparición de un órgano de poder separado, impide el encuentro siempre fatal entre la institución de la jefatura y el ejercicio de poder. En la sociedad primitiva no hay órganos de poder separado porque el poder no está separado de la sociedad, porque es ella quien lo detenta como totalidad, con vistas a mantener su ser indiviso, de conjurar la aparición en su seno de la desigualdad entre señores y sujetos, entre el jefe y la tribu...". **Rechazo del poder separado:** una preocupación constante en todas las sociedades primitivas.

Así, el nuevo etnólogo en su sueño, observó que la ausencia de tiranía no es el resultado de una carencia, de un retraso, consecuencia de un estado arcaico de sociedades que todavía no han sido capaces de darse un Estado.

Será considerada como primitiva toda maquinaria social que funcione con ausencia de relación de poder. Por consiguiente, será llamada "**de Estado**", toda sociedad cuyo funcionamiento implique, por mínimo que pueda parecer, el ejercicio del poder. En términos de La Boétie, sociedades previas o posteriores a la desventura.

"El Estado no es sino la extensión de una relación de poder, la incesante profundización de la desigualdad entre los que mandan y los que obedecen... el Estado, como división de la sociedad en una parte superior y otra inferior, es la realización efectiva de la relación de poder". La división social, la emergencia del Estado, es la muerte de la sociedad primitiva. La disolución de lo múltiple en lo Uno es, esencialmente, la puesta en juego de una fuerza

centrípeta que tiende, si así lo exigen las circunstancias, a aplastar las fuerzas centrífugas inversas. "El Estado se pretende y se autoproclama centro de la sociedad, el todo del cuerpo social, el señor absoluto de los diversos órganos de ese cuerpo. Se descubre así, en el corazón mismo de la sustancia del Estado, la potencia actuante de lo Uno, la vocación de negación de lo múltiple, el horror a la diferencia".

Así, como fuerza aplastante, el etnocidio es el modo normal de la existencia del Estado. Por el contrario, la sociedad primitiva, la contra Estado, es una multiplicidad de comunidades indivisas que obedecen a una misma lógica de lo centrífugo. Cuál es la nueva bestia que en el sueño del etnólogo, expresa y garantiza a la vez la permanencia de esa lógica. Espejo hobbesiano, la sociedad primitiva es el lugar del **estado de guerra permanente.**

"Es la guerra, como verdad de las relaciones entre las comunidades, como principal medio sociológico de promover la fuerza centrífuga de dispersión contra la fuerza centrípeta de unificación. La máquina de guerra es el motor de la máquina social, el ser primitivo se funda íntegramente en la guerra, la sociedad primitiva no puede subsistir sin ella. Cuanto mayor es la envergadura de la guerra, menor es la unificación. Y el mejor enemigo del Estado es la guerra. La sociedad primitiva es una sociedad contra el Estado, en tanto es sociedad para la guerra".

La guerra, la revolución y una aparición misteriosa

Qué dice el sueño del etnólogo. Qué dice la sociedad primitiva, la sociedad para la guerra: "Repítese pero invirtiéndolo el discurso de Hobbes, proclama que la máquina de dispersión funciona contra la máquina de unificación, nos dice que la guerra está contra el Estado".

Así, Pierre Clastres también puede blandir el sueño de un estado natural. Invirtiendo la idea principal—que el Estado existe contra la guerra— en el nuevo sueño, la guerra existe contra el Estado. Y lo hace imposible. Ese sería su escondido objeto: Conjurar la formación de un aparato de Estado. Hacer imposible su formación.

Sin embargo, algo ha sucedido que sigue sucediendo. En algún momento de la noche de la Historia. "La verdadera revolución en la protohistoria de la humanidad no es la neolítica, ya que pudo muy bien dejar intacta la antigua organización social, sino la revolución política, esta aparición misteriosa, irreversible, mortal para las sociedades primitivas, que conocemos con el nombre de Estado".

Algo ha sucedido. A pesar de las guerras, o cualquier otro posible conjuro. Misterioso, irreversible y mortal **¿por qué ha triunfado el Estado?** Pierre Clastres, guerrero infatigable, nunca dejó de preguntárselo. "¿Por qué las codificaciones que conjuran el Estado fallan en tal o cual momento de la historia? Es indudable que sólo la interrogación atenta al funcionamiento de las sociedades primitivas permitirá esclarecer el problema de los orígenes. Y quizá la solución del misterio sobre el momento del nacimiento del Estado permita esclarecer también las condiciones de posibilidad (realizables o no) de su muerte".

Una perspectiva apasionada podría aventurar que la muerte lo privó de respuestas ese viernes de julio en Ardeche. Otra, no menos fraternal podría asegurar que, a fuerza de profundizar la cuestión, el nuevo etnólogo se privaba, a sí mismo, de los medios para resolverla. Lo cierto, que por lo pronto no opone a lo anterior, es que Pierre Clastres, pudiendo o no dar respuestas, encontrando o no soluciones al problema del origen del Estado, deseaba firmemente aportar a su muerte.

Su palabra, vulnerable, expuesta, en busca de sí misma, resulta lo contrario de una palabra de poder. Al decir de Marcel Gaucher: "Una palabra que no se contentaba con charlar sobre el rechazo del poder, sino que nos tornaba sensible, por su manera misma, lo que quería decir **rechazar el poder**".

Gilles Deleuze

El carro del Arqueólogo

Filósofo francés en la Fiesta de París. Técnico y poeta de los días de mayo. Arqueólogo desde el Tiempo de la Libertad, Gilles Deleuze, subido a un carro nómada, se pasea también, altivo y libertario, por el espacio que domina el Gran Señor.

Topologías

Gilles Deleuze, ansiedad elemental, infatigable guerrero, también emprende el viaje de la Libertad, subido a un carro nómada. Máquina de guerra en un espacio liso, sin puntos, trayectos ni territorios, como quien transita por el Siglo V, antes de Jesucristo.

Subido a un carro nómada, como quien transita por el Siglo V, antes de Jesucristo, **Gilles Deleuze** también tropieza con problemas. El primero, en su **Tratado de Nomadología** (1227), fundamental, no podía ser ajeno al Fundamento. Hombres distribuidos en un espacio cerrado, estriado. Polis. Policía de Estado. Donde termina el viaje de la Libertad sobre el espacio liso, donde comienza el espacio estriado y sedentario, su carro nómada, totalmente de madera, se enfrenta contra el problema del Estado. Donde comienza. Entonces, ¿existe algún medio de conjurar la formación de un aparato de Estado?

Homenaje a la memoria

El nuevo arqueólogo, surca con su carro, inevitablemente, el sueño del etnólogo. Con pasión semejante a la que Pierre Clastres demuestra tener al arremeter sobre el **Contra Uno**, Gilles Deleuze, máquina de guerra, guerrero infatigable, con su carro nómada, atraviesa, brillante, el sueño del etnólogo. "Pierre Clastres había intentado romper el marco evolucionista, en función de dos tesis: 1) Las llamadas sociedades primitivas no eran sociedades sin Estado, en el sentido en que no habrían alcanzado un cierto estadio, sino sociedades contra-Estado, que organizaban mecanismos que conjuraban las forma-Estado, que hacían imposible su cristalización; 2) cuando surge el Estado, lo hace bajo la forma de un corte irreductible, puesto que no es la consecuencia de un desarrollo progresivo de sus fuerzas productivas".

Brusca mutación, el Estado, en la noche de la Historia, surge de pronto, imperial, sin remitir a factores progresivos, golpe maestro de una vez. Todo sucede en la noche de un día. Por otro lado, antes de esa noche y de ese día, la sociedad primitiva funciona alrededor de sutiles mecanismos colectivos de inhibición, máquinas de guerra contra-Estado. "Clastres considera que en las sociedades primitivas la guerra es el mecanismo más seguro para impedir la formación del Estado: la guerra mantiene la dispersión y la segmentaridad de los grupos...".

El sueño del arqueólogo, como el nuevo etnólogo, contra la idea de desarrollo progresivo. El nuevo arqueólogo, como el sueño del etnólogo, contra la idea de la insuficiencia primitiva. Pero, el sueño del nuevo arqueólogo, ofendido, arrasa con su carro la tierra del etnólogo: "... no puede dejar de sorprendernos la curiosa indiferencia que la etnología sigue manifestando por la arqueología". Por la indiferencia, por el evolucionismo, Gilles Deleuze arrasa el sueño del etnólogo.

Urstaat incondicionado

Por la indiferencia. Por no soñar el sueño del arqueólogo. "De ahí que Clastres establezca el corte: entre sociedades contra-Estado, llamadas primitivas

y sociedades con-Estado llamadas monstruosas, en las que es imposible saber cómo han podido formarse".

Por el evolucionismo. Por no soñar el sueño del arqueólogo. "No se rompe con el evolucionismo trazando un corte por sí solo: Clastres, en la última fase de su trabajo, mantenía la preexistencia y la autarquía de las sociedades contra-Estado, y atribuía su mecanismo a un presentimiento demasiado misterioso de lo que conjuraban y todavía no existía".

Por el evolucionismo. Aquello que el etnólogo, por su indiferencia, no pudo resolver. Por la indiferencia. Aquello que el etnólogo, por no atender a los descubrimientos de los nuevos arqueólogos, no pudo resolver. "Pues bien, no se podrá romper con esta hipótesis evolutiva estableciendo el corte entre los dos términos, es decir, dando una autosuficiencia a las bandas, y un surgimiento tanto más milagroso o monstruoso al Estado".

"Hay que decir que el Estado siempre ha existido, y muy perfecto, muy formado. Cuantos más descubrimientos realizan los arqueólogos, más imperios descubren. La hipótesis del Urstaat parece verificada, 'el Estado como tal se remonta ya a los tiempos más remotos de la humanidad'. Casi no podemos imaginarnos sociedades primitivas que no hayan estado en contacto con Estados imperiales, en la periferia o en zonas mal controladas". Contra el evolucionismo, el Estado no surge de condiciones previas, de una falla de la sociedad primitiva. El Estado siempre ha existido. **Siempre ha habido Estado.**

Precisamente. Porque siempre ha habido Estado, el carro del arqueólogo arrasa los sueños del etnólogo. "La autosuficiencia, la autarquía, la independencia, la preexistencia de las comunidades primitivas es un sueño de etnólogo". No hay un corte. No hay evolución porque no hay corte. El sueño del arqueólogo junta los mapas del etnólogo. Confronta las tierras de la sociedad primitiva con el Territorio del Estado.

Sociedad primitiva y Estado, máquina de guerra y Aparato de Estado, no son dos lugares del **Tiempo**. Máquina de guerra y Aparato de Estado, sociedad primitiva y Estado, son dos momentos del Espacio. "El Estado siempre ha existido en relación con un afuera, y no se puede concebir independientemente de esa relación". La preexistencia de las comunidades primitivas es un sueño de etnólogo. Siempre han existido. Pero no han preexistido. Han mantenido, desde el nacimiento de la Historia, relaciones de exterioridad, cercanas o en la lejanía, no sólo con otras comunidades primitivas, sino con Estados imperiales, a los que se oponían.

No es un asunto del Tiempo. No es que en un primer estadio de la Historia sólo había sociedades primitivas. "La ley del Estado no es la del Todo o Nada...". No es que en algún posterior estadio de la Historia sólo hay Estado. "... sino la de lo interior y lo exterior". No es un lugar del Tiempo. **El sueño del arqueólogo es un momento del Espacio.**



"La exterioridad y la interioridad, las máquinas de guerra metamórficas y los aparatos de identidad de Estado, las bandas y los reinos, las megamáquinas y los imperios, no deben entenderse en términos de independencia, sino en términos de coexistencia y competencia, en un campo de constante interacción". El sueño del arqueólogo junta los mapas. La tierra y el territorio en un mismo campo. "Un mismo campo circunscribe su interioridad en Estados, pero describe su exterioridad en lo que escapa a los estados o se erige contra ellos". El sueño del arqueólogo en un momento del Espacio. En un mismo campo, aquí sociedades primitivas, allá Estados, más allá máquinas de guerra. **No hay sucesión en el sueño del arqueólogo.**

Las tesis sobre el origen del Estado siempre son tautológicas. Siempre nos vemos obligados a referirnos a un Estado que nace adulto y que surge de golpe. **Urstaat incondicionado.**

Todos somos indígenas en extinción.

Así como el Estado, los primitivos siempre han existido. Siempre en estado de supervivencia. Siempre al límite de la desaparición.

Al bueno de La Boétie le fueron desapareciendo los buenos salvajes ideales, a medida que el planeta empezaba a descubrirse y los salvajes comenzaban a mostrarse en cuerpo y alma. Con el tiempo, al primitivo Clastres le comenzaron a faltar primitivos salvajes empíricos, a medida que el planeta terminaba de descubrirse y los salvajes terminaban de mostrarse en cuerpo y alma. Pasado el tiempo del antropólogo, agotado el sueño del etnólogo, el **Nuevo Arqueólogo** no le quedan ya salvajes para seguir soñando. Ni a priori, ni empíricos. Ante esto, el arqueólogo, por demás brillante, saca quizás su última carta: **todos somos ya salvajes en extinción.** Bandas salvajes.

Fratrías, sociedades secretas, grupos de afinidad, bandas rocanroleras, lobos adolescentes, sectores de prestigio, barras futboleras, tribus de mi calle. "Las manadas, las bandas, son grupos de tipo rizoma, por oposición al tipo arborescente que se concreta en órganos de poder. Por eso las bandas en general, incluso las de bandidaje, o las de mundanidad, son metamorfosis de una máquina de guerra, que difiere formalmente de cualquier Aparato de Estado, o algo equivalente, que, por el contrario, estructura las sociedades centralizadas".

El sueño del arqueólogo, **la manada humana como Nuevo Estado de Naturaleza.** La banda de mi calle como nuevo tipo de sociedad libertaria, proliferando contagiosamente.

Desde todos los puntos de vista, la máquina de guerra es de otro Estado, de otra Naturaleza, de otro origen que el Aparato de Estado. Frente a la Mesura esgrime un furor, frente a la Gravedad una celeridad, frente a lo Público un secreto, frente a la Soberanía una potencia, frente al Aparato una máquina.

De otro Estado, de otra Naturaleza. De otro origen, "la máquina de guerra responde a otras reglas, que nosotros no decimos que sean mejores, pero que animan una indisciplina fundamental del guerrero, una puesta en juego de la jerarquía, un perpetuo chantaje al abandono y a la traición, un sentido del honor muy susceptible, y que impide, una vez más la formación del Estado". **¡Vamos las bandas!**, se escucha gritar, desde el carro nómada, que surca los territorios epidémicamente contaminados de libertad, en el Siglo V, antes de Jesucristo, como en cualquier otro siglo del Hombre.

Captura mágica

Además de las manadas humanas, nuevo estado de naturaleza, en el campo del Espacio, en la **topología del nuevo sueño**, también está el Estado, Aparato de Captura. Este combate, dualidad de presencias, contra-evolucionista, no implica un corte.

No basta con decir que el Aparato de Estado, una vez que aparece, actúa sobre el mundo circundante de las bandas primitivas. Ya actúa antes de aparecer, como el límite actual que esas sociedades conjuran por su cuenta, o como el punto hacia el cual convergen, pero que no podrían alcanzar sin destruirse. "El mecanismo de captura ya forma parte de la constitución del conjunto en el que se efectúa la captura". En las sociedades primitivas conviven vectores que van en dirección del Estado y mecanismos que lo conjuran. El punto de convergencia es expulsado, rechazado a medida que uno se aproxima a él.

Conjurar es también anticipar.

"Todo coexiste en este aparato mágico de captura. En él la sucesión sólo es lógica: la captura en sí misma surge entre B y C, pero también existe entre A y B, entre C y A; impregna todo el Aparato, actúa como conexión no localizable del sistema". Una vez que aparece, el Estado actúa sobre la banda primitiva imponiéndole una división, bajo la forma de una onda centrífuga o divergente. Pero, antes de aparecer, el estado ya actúa bajo la forma de la onda centrípeta o convergente de la banda, onda que se anula precisamente en el punto de convergencia que seña-

laría la inversión de los signos o la aparición del Estado.

Los primitivos siempre han existido. Siempre en estado de supervivencia. Sobre ellos siempre actúa la onda reversible que los arrastra. "Desde ese punto de vista, es necesario pensar la contemporaneidad o la coexistencia de los dos movimientos inversos, de las dos direcciones del tiempo —de los primitivos 'anteriores' al Estado y del Estado 'posterior' a los primitivos— como si las dos ondas que aparentemente se excluyen, o se suceden, se desarrollasen simultáneamente en un campo molecular, micropolítico, 'arqueológico'".

En el campo arqueológico del sueño del arqueólogo procede la escena de la captura. En un único lugar del Tiempo. En un único momento del Espacio. Micropolítico, existen mecanismos colectivos de inhibición, guerra permanente, que conjuran y anticipan a la vez la formación de un poder central, el surgimiento de un Aparato de Estado. Este aparece, pues, en función de un **umbral** o de un grado, de tal forma que lo que es anticipado adquiere o no consistencia, lo que es conjurado deja de serlo y surge. Y ese umbral de consistencia, o de coerción, no es evolutivo, coexiste con lo que es anterior a él. "Si llamamos 'captura' a esta esencia interna o a esta unidad del Estado, debemos decir que las palabras 'captura mágica' describen perfectamente la situación, puesto que siempre aparece como ya hecha y presuponiéndose...".

"Por eso las tesis sobre el origen del Estado son siempre tautológicas... Siempre nos vemos obliga-

dos a referirnos a un Estado que nace adulto y que surge de golpe. Urstaat incondicionado".

Máquinas de suicidio a dúo. Para un hombre y una mujer solitarios.

El Estado, como Aparato de Captura, goza de una terminante potencia de apropiación. Captura todo lo que puede, apropiándose de la máquina de guerra, así como de los mecanismos de anticipación-conjuración. Desgraciada y afortunadamente, las máquinas de guerra, cuentan también con una notable potencia de metamorfosis, gracias a la cual, evidente y desgraciadamente, una noche fatal, son capturadas, pero gracias a la cual, libertaria y afortunadamente, también resisten a esa captura y renacen bajo otras formas y con otros objetos.

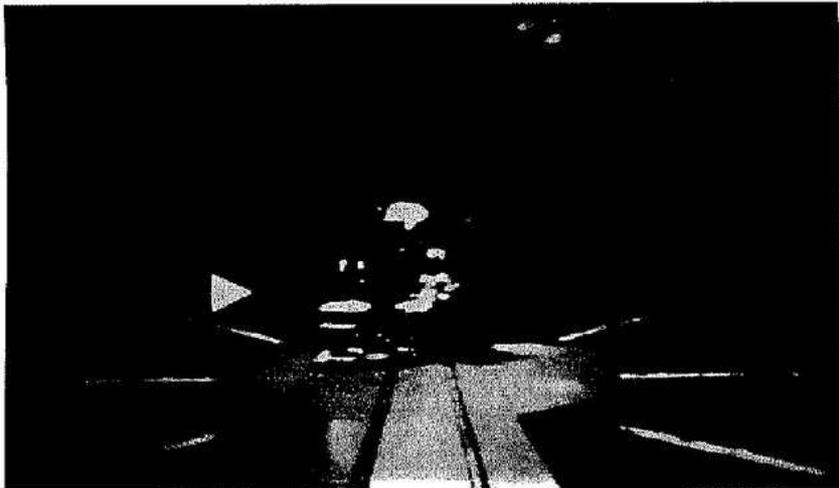
"¿Es posible que en el momento en que la máquina de guerra ya no existe, vencida por el Estado, presente su máxima irreducibilidad, se disperse en máquinas de pensar, de amar, de crear, que disponen de fuerzas vivas o revolucionarias susceptibles de volver a poner en tela de juicio el Estado triunfante?"

Misterioso, irreversible y mortal, "cuando triunfa el Estado, el destino de esa máquina de guerra es caer en la alternativa: o bien no ser más que el órgano militar y disciplinado del Aparato de Estado, o bien volverse contra sí misma, y devenir una máquina de suicidio a dúo, para un hombre y una mujer solitarios"

¿Es un mismo movimiento el que hace que la máquina de guerra sea superada, condenada,

apropiada y, a la vez, adquiera nuevas formas, se metamorfosee, afirme su irreducibilidad y su exterioridad? ¿Cuándo es que se invierte el sentido de los signos? ¿Cuándo comienza, depredador, a funcionar el Aparato de Captura? ¿Cómo es que se pasa, irreversible, ese maldito umbral.

Gilles Deleuze, ansiedad elemental, guerrero infatigable, sueña el Sueño del Nuevo Arqueólogo, porque algo necesita soñar contra el Estado. Gilles Deleuze, sueña el Sueño del Nuevo Arqueólogo contra el Estado. Contra la Muerte. Por la libertad. Gilles Deleuze, máquina de suicidio, por la Libertad.



Una conclusión a la noche de Frankenstein

Algo ha sucedido. Que sigue sucediendo. Misterioso, reversible y mortal. En algún momento del Espacio. En algún lugar del Tiempo. Pero, ¿qué ha sucedido? En qué lugar y en qué Momento. "¿Cómo describir lo que sentí ante este acontecimiento? ¿Cómo puedo bosquejar al monstruo que con tanto afán e infinito cuidado había formado?"

"En una espantosa noche de noviembre concluí mi labor. Con una ansiedad semejante a la agonía, reuní a mi alrededor los instrumentos dadores de vida para infundir el soplo de la existencia en la cosa inanimada que yacía a mis pies. Ya había sonado la una de la madrugada; la lluvia golpeaba lúgubremente contra los vidrios; la vela estaba a punto de apagarse cuando, al resplendor de la luz vacilante, vi que se abrió el opaco ojo amarillento; respiró con esfuerzo y un movimiento convulsivo agitó sus miembros".

Algo ha sucedido, en una espantosa noche de noviembre. Algo ha sucedido. **Que no se sabe.** Quizá nunca se sepa qué ha sucedido, cuando ya había sonado la una de la madrugada de esa espantosa noche de noviembre. Mary Shelley no lo dice. Como no lo dicen La Boétie, Clastres o Deleuze.

Cómo nace la criatura. De dónde surge el Estado.

Se trata de una pregunta necesaria y legítima, pero, quizá de respuesta imposible. Imposible, como querer abolir la desventura. ¿De dónde surge el Estado? **¿Cómo el Estado?** Es como querer abolir la desventura. Como querer remitir el azar a la necesidad. **Como preguntar por la razón de lo irracional.**

El más frío de los monstruos fríos

Imposible respuesta a una pregunta necesaria. Porque se necesita saber cómo nació. Porque se necesita saber cómo morirá. **Porque se tiene que morir.** En algún día. O en alguna noche. "¿Cuándo llegará el momento en que el espíritu que me guía me conduzca al encuentro del demonio, y me permita así disfrutar del reposo que tanto deseo?" Porque se tiene que morir. Por la libertad. "¿O acaso yo debo morir y él seguir vivo?"

La Criatura, el Estado, el más frío de los monstruos fríos, al sentir de Nietzsche, es perseguido hasta las heladas masas polares. "Walton, júreme que si yo muero él no escapará, que usted lo buscará y

le dará muerte para cumplir mi venganza... júreme que no lo dejaré vivir: jure que él no me sobrevivirá para aumentar la lista de sus siniestros crímenes".

Porque se necesita saber cómo nació. Porque se necesita saber cómo habrá de morir. La Boétie, Clastres, Deleuze, necesitan saber cómo nació. Pero más necesitan saber cómo habrá de morir. Porque se tiene que morir. "Su alma es tan infernal como su forma, destila una perversidad inhumana. No lo escuche; pronuncie los nombres de William, Justine, Clerval, Elizabeth, el de mi padre y el del desdichado Victor, y clávele la espada en el corazón. Yo estaré junto a usted para dirigir el acero".

Una espada en el corazón del Estado. Para terminar con el Poder de Castigo. Pronunciando los nombres de La Boétie, Clastres y Deleuze. Porque se tiene que morir. Aún sin saber cómo nació.

Porque el Castigo, más que un Fundamento, necesita un Final. Una espada en el corazón de la Criatura. Para terminar con el Poder de Castigo. Para extinguir la vida del Estado. Porque el Castigo necesita un Final.

Y concluir así con la noche de Frankenstein.

NOTAS EN TORNO A LOS FUNDAMENTOS SOCIALES DEL DISCURSO DEMOCRATICO

Por Alicia Ruiz y Patricia Olga Servato

1. INTRODUCCION

En una obra reciente dedicada a analizar el pensamiento de Michel Foucault, se plantean una serie de cuestiones problemáticas de máximo interés para la formulación de una teoría de la democracia que supere lo meramente formal, y se preocupe por dar cuenta de la reconstrucción de las condiciones de existencia y reproducción de lo social, que se expresan históricamente de la mejor manera posible en el discurso democrático y en sus valores de libertad e igualdad. (1)

En ese libro Richard Rorty reflexiona en torno al doble carácter, que a su entender, presentaba la figura de Michel Foucault, y que en cierta forma la volvían contradictoria. Por un lado, como un "Caballero de la autonomía", preocupado esencialmente por el desarrollo más allá de todos los límites de la facultad humana de crear y autocrearse, muy cercano a posturas de tipo anarquista, aspecto que representa la parte de su obra más admirada por el público francés; por otra, era también lo que Kierkegaard llamó un "Caballero de la fe", que en los actos públicos, tiene la apariencia y la actitud de un empleado de banco, y en lo tocante a las necesidades de la acción pública, puede actuar como ese buen burgués liberal por todos conocido, constituyendo este carácter la parte de su obra que es más interesante para el público norteamericano.

Rorty dice que hubiera deseado que Foucault se inclinara más a diferenciar esos dos papeles, a distinguir su identidad moral de ciudadano y su búsqueda de autonomía individual, lo que le hubiera evitado caer en el mismo error que atribuye a Nietzsche y Heidegger, esto es en la tentación de buscar en la propia esfera privada una contraparte pública y política. (2)

Lo que Rorty deja fuera de su trabajo es, en alguna medida, recogido por Pierre Macherey y Alessandro Pizzorno, quienes indagan de dónde proviene el interés por el otro, cuáles son las causas de la preocupación por las necesidades públicas, como asimismo se interesan en el modo en que funcionan estas necesidades comunes en relación con la capacidad de creación y autocreación de los sujetos.

Esto implica preguntarse por cuál es la teoría social que está en la base de una teoría sobre la democracia que intente de modo consecuente justificarla como el mejor régimen de organización social posible en las actuales condiciones histórico sociales, por su capacidad de realización de los valores de libertad e igualdad, para lo cual es indispensable caracterizar a estos valores desde sus condiciones concretas de emergencia, desde sus complejas relaciones de compatibilidad, en fin, desde las formas históricas que han ido asumiendo. (3)

Compartimos la tesis de Antonio Negri, quien sostuvo en una reciente entrevista que libertad e igualdad, del modo en que la teoría liberal las ha definido son efectivamente irrealizables al mismo tiempo, más allá de los intentos formales de autores como Rawls. Es por ello, que estos valores deberían ser sustituidos por los de solidaridad y creatividad,

que tienen un referente social e individual explícito y pueden ser cada vez mejor compatibilizados en una praxis histórica que tiende a su progresiva correalización.

2. INDIVIDUO Y SOCIEDAD. LA CONSTITUCION DE LO SOCIAL.

Una teoría que intente explicar los fundamentos de la organización social y el modo en el que la relación individuo/sociedad se plasma y adquiere sus formas históricas ha de asumir que sociedad e individuo son realidades materiales, que se nos presentan como existentes. El reconocimiento de este nivel no implica la negación de otro nivel, el del intercambio simbólico, con el que interactúa para constituir las formas históricas concretas de la individualidad y lo social.

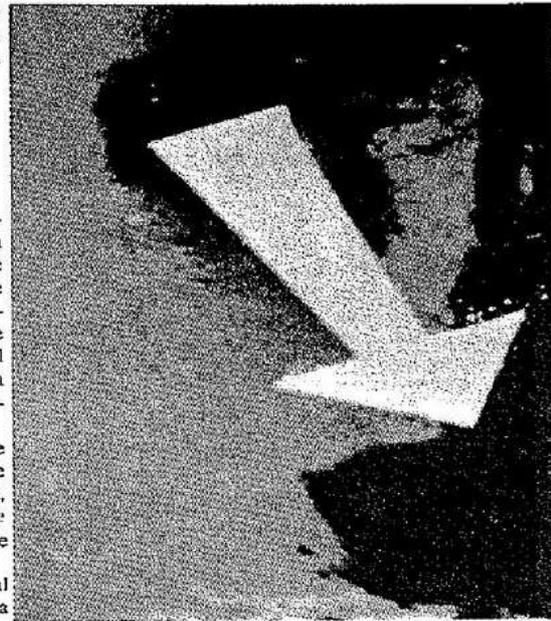
Una teoría materialista de la sociedad no se opone a la perspectiva de la construcción social de la realidad porque esa realidad social es objetiva, material, a la vez que socialmente producida, porque no existe con independencia de una efectividad de acciones humanas.

Es que siempre hay un marco social en el cual cada individuo se inserta pero a un tiempo esa inserción es constitutiva de cada individuo como sujeto, y constituyente de la sociedad a la que se pertenece.

Cuando una teoría social intenta ser macroexplicativa, termina por presentar siempre el carácter de un relato acerca de los orígenes, y como tal es, hasta cierto punto, ficcional. Carácter este que comparte con las macroexplicaciones en casi todas las ciencias: basta pensar en los relatos que construyó la física en torno al origen del cosmos. Pero lo que distingue a una macroteoría social de tipo materialista, de otras posibles de idéntico carácter novelado, es que intenta encontrar fuertes anclajes objetivos para el relato que construye acerca de lo social.

Las teorías sociales que han intentado explicar los fundamentos de la sociedad, han transitado principalmente dos vertientes. Las que otorgan privilegio ontológico a lo social, con lo cual los sujetos o lo individual se toman meras ficciones, funciones de lo social, sin capacidad de diferenciación ni de actuación voluntaria, permanentemente disciplinados por la organización que integran, o aquellas que han otorgado un status ontológico preeminente al individuo como lo único real, cuya racionalidad y su capacidad creativa son ilimitadas. Así la sociedad es el producto de una voluntad que actúa para satisfacer determinados fines individuales. Estas tesis, llamadas organicistas e individualistas, no agotan por su unilateralidad una explicación de la constitución de lo social, y de las relaciones individuo-sociedad.

La modalidad de constitución de la organización social, dice Macherey, puede ser vista como perteneciente a ese orden que Spinoza, contra Kant, llamó natural. No es un orden humano sino un orden de la naturaleza, un orden necesario de las cosas. La relación de pertenencia de los individuos a la socie-



dad no estaría determinada por leyes en el sentido jurídico, por actos de coerción, sino por leyes físicas, a la manera positiva o causal.

La noción de pertenencia o de unión, no se definiría así en el orden de lo simbólico, sino en el orden de lo real. Ser sujeto es, según Spinoza, presentarse, afirmarse, reconocerse como alguien sometido a la necesidad global de un todo, la naturaleza misma, de la cual cada experiencia del sujeto es una muestra más o menos desarrollada. Aquí es negada toda distinción esencial entre naturaleza y cultura; la cultura actuaría reelaborando de manera evolutiva unas reglas que dicta la naturaleza.

Pero también contra Hobbes, Spinoza se niega a aceptar cualquier tipo de ruptura entre Estado de Naturaleza y Estado de Sociedad. La sociedad continúa siendo naturaleza, que obra aplicando las mismas leyes y pasiones, las mismas que hacen luchar a las arañas y hacen que el pez grande se coma al pequeño, sin que quepa reversibilidad alguna al sentido de estas leyes.

Así, vivir en sociedad según normas no es sustituir por un derecho racional el de la naturaleza, sino es manejar las mismas relaciones de fuerza de la naturaleza que determinan el juego de las relaciones interindividuales. Las premisas de una teoría política y de una teoría social de este tipo se encuentran en la socialización espontánea de los afectos, que no tiene necesidad más que de las leyes de la naturaleza para realizarse.

La cuestión del poder se ventila en los conflictos pasionales que genera la evolución. Todos los afectos y pasiones y en particular los de los hombres están inmersos en la naturaleza cuyas leyes siguen y de los cuales ellos mismos no son más que expresiones diversas.

La norma es pues necesaria y natural. Según Macherey, esto es lo que Foucault quería decir cuando hablaba de la positividad de la norma, de su productividad o de su inmanencia; el lugar donde se revela el carácter natural y necesario de ese poder que se forma en su misma acción, que se produce al producir sus efectos, sin reservas y sin límites. Es por ello que Foucault podía sostener que necesariamente estamos atrapados: lo estamos en tanto la ley por su naturaleza es causa que se anticipa siempre a sus posibles efectos. El individuo no es aquí un postulado, sino sólo un producto histórico de las técnicas sociales de poder. (4)

Si esta modalidad de explicación de lo social se refiere a un orden, ese orden no es orden humano sino de la naturaleza, no es orden prescriptivo de los hombres sino orden necesario de las cosas, que se expresa desde el punto de vista de una naturaleza frente a la cual ningún hombre podría presentarse como poder dentro de un poder.

La otra manera de entender la organización social suele llamarse explicación individualista, y es típica del liberalismo. Las bases ontológicas de la concepción liberal hacen del individuo una premisa. Es la única realidad observable a la que puede hacerse referencia al hablar de lo social; finalmente es lo único real, la sociedad es una mera función de los individuos, residuo que producen los acuerdos que estos celebran.

Los individuos están siempre presentes, como un continuo a lo largo del tiempo, con su voluntad y decisiones propias. El poder social puede emplearse para coaccionar sus decisiones, pero cuando éste no es empleado, ellos son libres de actuar del modo en que prefieran. En esta concepción son además responsables por sus acciones y pueden por ellas ser castigados o recompensados. Se los considera sujetos responsables, capaces de deberes y derechos.

El individuo constituye entonces un continuo en el tiempo, una unidad que posee una identidad, unidad en que las acciones pasadas y futuras se ligan, acciones que sólo adquieren sentido al ser atribuidas lógicamente y también legalmente a un individuo particular.

En una concepción tal del individuo la única explicación posible de la sociedad es considerarla una creación de libres actos de voluntad de los individuos que la integran. Es el producto de un acuerdo entre individuos que tienen en mira un determinado fin.

Sin embargo apelar a este acuerdo, al contrato, fue siempre apelar a una ficción, a lo ilusorio, a lo mítico. Desde Kant se hizo explícito el carácter ficcional del origen y los límites de lo social, ficción determinada por el contexto ideológico en que fuera producido.

Ahora bien, si este contrato no existe salvo como mito fundacional, de dónde provienen los lazos sociales, los deseos de realización conjunta con otros, los intereses solidarios. Un individualista liberal consecuente podría decir que estos intereses comunes no son más que aquello que Rousseau llamaba la voluntad de todos por contraposición a la voluntad general, una conjunción y sumatoria de intereses particulares que eran arbitrariamente coincidentes.

Pero esto se revela insuficiente a los fines de explicar las ocasiones en que los individuos actúan solidariamente contra sus intereses particulares, ya sean éstos de clase, cultura, religión, etc. Cómo puede esto ser explicado si la sociedad no es más que un agregado de hombres que se mueven en virtud de sus intereses particulares y se agrupan según ellos.

Como bien lo ha señalado Nozick, el liberalismo consecuentemente desarrollado y la anarquía terminan por ser la misma cosa. Y allí parecen disolverse las presuntas antinomias que presenta Foucault para Rorty: si es liberal y es anarquista, es a veces un poco más y a veces un poco menos de la misma cosa.

Las bases ontológicas y de teoría social del liberalismo sólo alcanzan a explicar el interés personal, pero jamás el interés solidario. Esto, por fuera de

la filosofía, ha sido bien percibido por la política práctica y la propaganda neoconservadoras que apuntan a la salvación individual, considerando que el bienestar social se conseguirá por la coexistencia de individuos que han alcanzado su bienestar personal.

Una concepción realista acerca de la constitución de lo social que supere los unilateralismos anteriores, debe tener en cuenta una serie de aportes que provienen de distintas disciplinas, en las que se ha ido modelando una explicación reconstructiva de la organización social.

Por ejemplo, los modernos aportes de la sociobiología. Sus representantes sostienen que la vida comunitaria tiene raíces instintuales y que la supervivencia del grupo y del individuo está ligada a una mayor capacidad adaptativa: así, el estudio de las formas de organización animal constituye un dato relevante para la comprensión de las formas de organización de las sociedades humanas. (5)

Tanto en unas como en otras parecen cumplirse premisas: a) El cambio a largo plazo: las sociedades humanas al igual que las especies biológicas no son estáticas, a largo plazo cambian; b) Las formas más nuevas que éstas asumen descienden de las más antiguas; c) El mecanismo que posibilita el cambio es la selección natural; ello implica que existen algunos elementos genéticos básicos, que estos pueden variar dentro de ciertos límites y que algunas de estas variaciones son mejores que otras y tienen mayor tendencia adaptativa. Es por ello una teoría que podríamos llamar dentro de la perspectiva de la ilustración "del progreso".

Sin embargo especifican que las sociedades humanas tienen una adaptación al medio ambiente más compleja que las animales, ya que puede haber algunas sociedades que provean el soporte adaptativo a otras. Que las sociedades humanas, a diferencia de las animales, presentan una mayor tendencia a la homogeneización, ya que dados los intercambios entre éstas, a largo plazo terminan por parecerse. Por ello no es necesario que las menos exitosas desaparezcan; pueden hacer intentos de asimilación a las más exitosas. Un ejemplo de teoría que acepta estas premisas, son las actuales investigaciones de raíz marxista en torno al "World system". (6)

La sola consideración de estos supuestos trabajaría apoyando una explicación tal como la spinoziana, que postulara la unidad del mundo del hombre y el de la naturaleza. Este modo explicativo que se suele llamar monista, fue sumamente empleado en la antigüedad clásica, quedó luego descalificado con la llegada del cristianismo —recordemos a Santo Tomás y a su separación entre lo superior y lo inferior— y aún el materialismo marxista fue sumamente crítico con ella —basta recordar al Marx del Capital—. Todos ellos consideraron al hombre la clave que permitía comprender a los animales, al hombre civilizado al que permitía la comprensión de salvaje y a las sociedades más desarrolladas las que permitían comprender las menos desarrolladas. A pesar de ello existieron fuertes intentos en orden a este tipo de análisis en los siglos XVII y XVIII, durante los cuales los materialistas eran monistas; podemos citar la obra de Mandeville, y luego, al imponerse el darwinismo, se produjo en el seno del marxismo una obra marginal como la de Karl Kautsky.

Posiblemente esto puede atribuirse a la insuficiencia del material que en la época se disponía, tanto en forma de datos, como de teorías explicativas. Debí volverse más sofisticada la biología y desarrollarse la antropología para que ciertos análisis fueran posibles. La fuerte relación que existe entre las conductas humana y animal y entre las organizaciones humanas y animales, debe ser tenida en cuenta a la hora de pretender una explicación de lo social, pero además deben ser considerados otros factores que intervienen en la constitución de la relación hombre-sociedad.

Todas las investigaciones que provienen de la sociología de Durkheim, sostienen que existe una solidaridad precontractual, anterior al intercambio y a la división del trabajo social. Ello apoyaría algún



tipo de explicación instintual de la solidaridad. Se debe recordar que Durkheim consideraba que naturaleza y cultura constituían un continuo, y participaban de la misma esencia. Para él, existía una necesidad funcional de solidaridad precoercitiva. La existencia de normas sociales era indispensable pero estas normas no eran otra cosa que la manera en que la solidaridad se mostraba. Proveyó una explicación materialista de lo social en la que las formas que asumía la interacción entre cuerpos humanos determinaban las creencias morales y los símbolos. Sosu-vo, muy cerca de Foucault, que el castigo de una violación ritual es en sí mismo un ritual. El crimen actúa en orden a mantener unida la sociedad porque provee la ocasión de rituales de castigo que reaseguran al grupo y refuerzan la solidaridad.

Mas allá de cualquier explicación teórica, es una descripción objetiva del desarrollo de las sociedades de personas, que en el transcurso de la historia ha ocurrido un asentamiento de los pueblos en lugares específicos, y que éste ha ido creando en su interior lazos defensivos de solidaridad. Sedentarismo que al mismo tiempo determinó una división del trabajo social que se fue haciendo cada vez más sofisticada, y cuya consecuencia fue la constitución de comunidades de intereses entre grupos de individuos opuestos a los intereses comunes de otros grupos, todo lo cual volvió exigibles formas cada vez más refinadas de organización y control social.

Así, el proceso de socialización humana se produce en el seno de un colectivo, y la estructura psíquica de base, la personalidad, se construye en un campo social. Todos los individuos se encuentran insertos en una red homogénea y continua, lo que Foucault llamaría un dispositivo normativo, que los reproduce y transforma en sujetos. Este dispositivo es la sociedad, a la cual naturalmente los individuos se incorporan en la sucesión de las generaciones. (7)

Por otra parte existen las formas históricas de la acción colectiva organizada, que van desde las más simples hasta las más sofisticadas, tales como las complejas mediaciones y articulaciones entre conductas individuales y colectivas, que se dan en el moderno estado democrático. Estas formas en que la acción colectiva se efectiviza informan a la sociedad, haciéndole asumir sus formas históricas, y es por ello que podemos hablar de una codeterminación entre los individuos y la sociedad.

No existe en los seres humanos nada anterior a lo social, pero tampoco en lo social nada anterior a lo humano individual. Las formas en que la sociedad nombra a los individuos, es decir cómo los designa como sujetos y les asigna normas de acción, son históricamente mutables, y esta mutabilidad no puede ser entendida sin otorgarle valor a lo subjetivo individual, como lugar de una potencialidad transformadora de lo existente. De no aceptar esto caeríamos en una mala metafísica, que consideraría a la sociedad una especie de espíritu absoluto al modo hegeliano, que se piensa a sí misma, se habla, se autorreestructura y se protege; finalmente, una especie de Dios terrenal.

Esta potencialidad transformadora de lo existente se desarrolla en la brecha que separa la reproducción al infinito de las características actuales de un colectivo y el horizonte de sus expectativas. Los ideales del grupo no son su realidad actual sino una proyección de sus posibilidades de cambio. Las imágenes que una sociedad se forma de sí misma en tanto producción conflictiva-colectiva de un orden condicionan y hacen posible a cada individuo la asunción de sentimientos y actitudes que distancianse de las conductas más repetidas y familiares expresan los alcances y límites de la innovación social.

Entonces, ser sujeto es pertenecer, es intervenir como elemento pero a la vez como actor de un proceso global, cuyo desarrollo va definiendo el campo histórico de las experiencias posibles. Aún el rechazo absoluto de los valores de una sociedad, la máxima capacidad de transgresión de sus ordenaciones, provienen del conocimiento e integración de las mismas en la personalidad de los actores.

Por otra parte cada ser humano por sus concretas "situaciones de vida" infinitas y distintas constituye un ser individual y único, distinto de cualquier otro que integra el colectivo social; pero distinto sólo hasta el punto en que dos hombres pueden serlo entre sí, no como un delfín respecto de una margarita.

Sin aceptar esta diferencia y este parecido, sería imposible la comprensión de lo social, no se podrían explicar ni encontrar un sentido a la capacidad y la necesidad de comunicar, de acordar, confrontar, etc. De allí que la relación entre sociedad e individuo sólo pueda ser considerada estructural: una sociedad es de una determinada manera según los individuos que la integran, y estos son de un determinado modo según la sociedad a la que están integrados. Esta estructura social es una estructura real, efectivizada psíquicamente por hombres y por ello, finalmente, una forma abierta por la que circula la historia. (8)

Una relación estructural tal, ha sido aceptada desde Marx hasta Parsons, por todos aquellos que se ocuparon de la realidad social, de allí que la teoría individualista contradiga cualquier discurso antropológico, sociológico y psicológico moderno, en cuanto agota la definición del individuo en sus instancias "concientes" y "racionales". Por otra parte una determinación de lo social en lo individual, en la que el sujeto no sea capaz de voluntad ni acción propia, salvo aquella predeterminada por el dispositivo social en que se inserta, haría imposible cualquier explicación realista y causal de la evolución de las formas sociales.

3. SOLIDARIDAD Y CREATIVIDAD COMO CONDICION DE EXISTENCIA Y REPRODUCCION DE LO SOCIAL.

Hacer referencia a los valores que informan la democracia, esto es, libertad e igualdad, permite reflexionar acerca de la misma no sólo como regla técnica de formación de la voluntad colectiva, que lleva insertos estos valores, sino también como praxis histórico social que los realiza. (9)

No estamos haciendo referencia a posturas de tipo formalista tales como las que vienen de Apel, Habermas, Rawls, etc., que descubren en estos valores y en la praxis democrática que los sustenta una validez que les viene de su semejanza con algún

tipo de situación comunicativa ideal, ni a las del viejo contractualismo que sostenía que eran aquellos valores que podían ser descubiertos por la razón humana; la que en ambas posturas se considera en cierto modo como algo dado, universal y eterno.

Creemos, en cambio, que la solidaridad y la creatividad son condiciones de la existencia y reproducción de las sociedades de personas. Estas condiciones asumen distintas formas históricas, y la libertad e igualdad democráticas constituyen el modo en el que la sociedad actual elaboró en forma de valores estos supuestos de su subsistencia.

Así podrían leerse intentos como el de Hermann Heller, que sostiene, sin mayores fundamentos, que estos valores tienen una cierta legalidad autónoma, ya que a veces a lo largo de la historia parecen haberse desprendido de la situación de intereses existente en sociedades concretas, u otros como el de Agnes Heller, de vincular valores ya no con intereses, sino con necesidades humanas.

Desde nuestra perspectiva, solidaridad y creatividad no estarían sólo vinculadas con necesidades humanas o intereses sociales concretos, individuales o grupales, sino con la subsistencia tanto de los individuos como de las sociedades, en cuya evolución esos valores habrían ido adquiriendo formas más complejas y sofisticadas.

En las sociedades animales y a su semejanza en las sociedades humanas, los individuos se unen por impulsos de diverso tipo, que los llevan a conductas sociales solidarias, y al mismo tiempo los que sobreviven y pueden evolucionar son los más flexibles, los que más rápido perciben los cambios en su medio ambiente, los que mejor se adaptan a estos cambios, esto es, los menos conservadores y más creativos.

Sin embargo, esta solidaridad que hace posible la subsistencia no sólo de la sociedad, sino también de los individuos concretos que la componen, impone ciertos límites estructurales a la creatividad de los individuos, lo que genera una cierta tensión entre ambos términos que es asumida y reformulada como manera de resolver el conflicto.

Los individuos han sido constituidos como tales en relación con otros, inmersos en el cuerpo social, y su capacidad de creatividad y las tendencias de esta creatividad, que son variables para cada uno, dependen al mismo tiempo para todos ellos del tipo de solidaridad que sostiene al cuerpo social; por otra parte, la creatividad de los individuos que componen la sociedad construye las formas históricas que va asumiendo esta solidaridad social, que para cada individuo concreto opera hasta cierto punto desde fuera, imponiéndole límites a su creatividad.

Así la sociedad actúa respecto de los individuos, de algún modo desde fuera, por vía de su intervención en su constitución como tales y como condición de su subsistencia, fijando límites y un cierto orden a sus deseos y acciones. Estos límites son histórico sociales, y las acciones persistentes de los individuos contribuyen permanentemente a modificarlos. Esta carga general de lo social sobre los individuos, debe distinguirse de los mecanismos sociales específicos y particulares, que hacen que en un cierto momento se diga o se haga alguna cosa determinada.

La limitación que la solidaridad impone a la creatividad en las sociedades democráticas, funciona no sólo como límite implícito a las conductas individuales impuesto por lo social. En la democracia la solidaridad es asumida valorativamente y expresada en la igualdad que se proclama. Al mismo tiempo la creatividad se potencia en la democracia, ya que a su valor implícito para la reproducción de lo social, se agrega el valor explícito que se le otorga como valor libertad.

El control que ejerce lo social, solidaridad, sobre lo individual, creatividad, no es desdeñable, pero al mismo tiempo lo individual creativo no es generado por lo social ni su consecuencia rigurosa. (10)

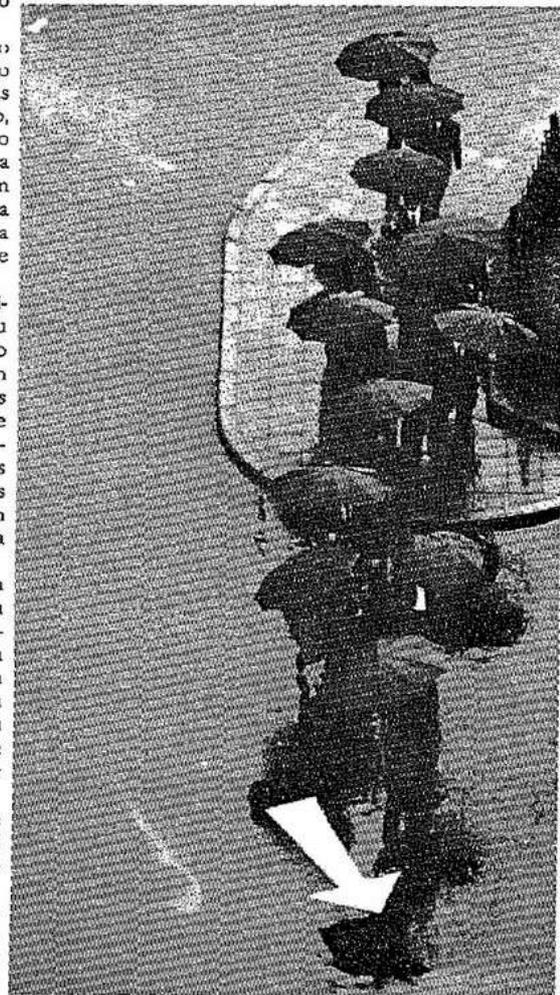
Lo social solidario puede de hecho ser contradictorio. Este es el caso del que se coloca fuera de la sociedad, el *outsider*, el que lleva su desprecio de ésta más allá de los límites sociales aceptables, pero

esto no implica de modo alguno que desconozca las limitaciones que le impone lo social, o que no haya sido socializado en el seno de alguna sociedad.

Esta transgresión de lo social solidario puede depender de causas extrasociales que intervienen en la conducta humana, de ese plus de voluntad único y personal donde se muestran los límites de la determinación de lo social y el poder de la creatividad.

Los seres humanos, a diferencia de los animales, han desarrollado en el transcurso de su evolución una capacidad específica, que la actual etología encuentra embrionariamente en algunas especies animales superiores: se trata de la capacidad de actuación conciente en prosecución de fines. Los seres humanos, a diferencia de los animales, parecen mejor preparados desde el punto de vista del equipamiento biológico para la efectivización de estas actuaciones. Esta capacidad ha permitido también que los humanos, a diferencia de los animales, ya no dependan para su evolución sólo de ciertas adaptaciones naturales, o del azar genético, sino que de alguna manera puedan evolucionar voluntariamente. Ello no implica desdeñar la carga de lo social, en orden a la posibilidad de plantearse las estrategias y los fines de la acción humana, pero sí posibilita que a pesar de todo el disciplinamiento y la autodisciplina que produce lo social, exista siempre un plus de voluntad no determinado.

Sin embargo, la posibilidad de transgresión, de traspasar los límites que la solidaridad social impone a la creatividad individual, puede ser reprimida, disciplinando al transgresor y sometiéndolo a las reglas existentes, o bien puede suceder que la frecuencia, reiteración o trascendencia que, aún a nivel de lo simbólico, puedan asumir ciertas conductas transgresoras, determinen un cambio en las formas de la solidaridad social.



4. LIBERTAD E IGUALDAD DEMOCRATICAS COMO FORMA HISTORICA DE REALIZACION DE LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA DE LO SOCIAL Y GARANTIA DE SU REPRODUCCION.

Si los valores de libertad e igualdad que informan el sistema democrático, constituyen la forma histórico social que han asumido la solidaridad y la creatividad necesarias para la existencia y la reproducción de lo social, parece fácil comprender que los regímenes democráticos modernos no hubieran sido posibles sin una tarea de disciplinamiento y autodisciplina previas, tal como la que mentaba Foucault.

Cuando Marx sostenía que la libre y plena realización de cada uno era condición de la libre y plena realización del todo social, estaba acentuando su interés en la creatividad. Esta constituiría la más alta conquista del socialismo que liberaría al hombre del trabajo no indispensable para su reproducción en tanto hombre, dotándolo del máximo tiempo ocioso para dedicarlo a su autorrealización. Pero esta autorrealización, contrariamente a la que propone el liberalismo, debía ser solidaria, para todos, ya que esa solidaridad era condición de subsistencia del cuerpo social.

Tal como ha dicho Franco Fortini, a cambio del dicho liberal que sostiene, "mi libertad termina donde comienza la libertad del otro", una concepción de la libertad que permita hablar de una evolución positiva del género humano debería sostener, "mi libertad comienza donde comienza la libertad del otro".

Ello no significa otra cosa que "libertad solidaria", "libertad para todos", que es de lo que se habla cuando se habla "buenamente" de igualdad. Posibilidad y garantía para todos los individuos de desarrollar su creatividad, en la medida de sus intereses y placer y hasta los límites de la subsistencia del cuerpo social. Así Kelsen dice que la transformación del concepto de libertad, su paso desde ser representativa de la no sujeción de un individuo a la autoridad del Estado, hasta ser concebida como una cooperación del individuo en ésta, refleja claramente el tránsito del liberalismo a la democracia. Y agrega que la democracia no puede ser comprendida partiendo de la sola idea de libertad, ya que ésta por sí misma no sirve para fundar un orden social, cuyo sentido esencial es la vinculación. El sentido más profundo del principio democrático radica en que el sujeto no reclama libertad sólo para sí, sino también para los demás, porque ve en ellos a sus iguales. Por ello para que pueda originarse la noción de una forma social democrática, la idea de igualdad ha de agregarse a la de libertad, estableciéndole límites.

De ahí que consideremos a la democracia la forma histórica en la cual la solidaridad y creatividad han sido plasmados como libertad e igualdad. Forma superior a las anteriores, evolutiva en un sentido positivo, en tanto al elevar estas condiciones de existencia de lo social a valores jurídicamente reconocidos, ha operado de modo tal de otorgarles certeza.

La democracia proclama la incertidumbre en cuanto el contenido de la voluntad popular está indeterminado, pero consagra la certidumbre de que para que ella exista, como hemos dicho anteriormente, para que funcione como regla de formación de esa voluntad popular, libertad e igualdad deben estar garantizadas.

Esta certeza ha sido la realización histórica de la organización social democrática a partir de sus conquistas: el estado de derecho, las garantías individuales, la técnica de formación de la soberanía popular y finalmente el derecho al disenso y a la desobediencia.

De aceptarse este orden del discurso, se puede sostener con fundamento que en los actuales límites de nuestra formación histórico social, no existe un modelo de realización de los supuestos necesarios

nación radical. Por una parte no hay sociedad concebible sin referencia al orden del poder, de la ley, del saber y sin una singular ordenación de sus divisiones, pero por la otra, la revolución democrática produce la disolución de los indicadores de la certeza y una mutación en el orden de lo simbólico.

La democracia da legitimidad a lo provisorio, a lo cambiante, a lo imprevisible. Somete permanentemente la autoridad al juicio de todos. Exhibe la precariedad y los límites que la caracterizan como a toda obra humana y, al mismo tiempo, consagra y declara un plexo de valores absolutos, de garantías y libertades inviolables, articulando un mundo de ilusiones que hacen posible asumir la incerteza y la angustia que produce la carencia de un referente.

El discurso del derecho provee la garantía de ese orden, seguridad y previsibilidad en un contexto que se organiza en torno a la incerteza y a la indeterminación y, por eso, lo hace "ilusoriamente".

Como dice Norbert Lechner, si la democracia nace de la incertidumbre de una historia sin sujeto ni fines, ella misma constituye un intento de buscar certidumbre. (11)

En la democracia ya no basta la solidaridad necesaria para la existencia y la reproducción de lo social, que, para realizar su tarea de disciplinamiento, ahoga la creatividad, o apenas posibilita su ejercicio selectivo: sólo para algunos. Recordemos las sociedades animales donde únicamente tiene poder el jefe de la manada, o las sociedades humanas primitivas en las cuales la decisión competía exclusivamente al líder de la horda.

En adelante, el desarrollo democrático de la sociedad humana ha de depender del desarrollo de la capacidad humana distintiva, la actuación conciente en prosecución de fines determinados, que construyó nuevos modos de organización social, formas históricas a las que podríamos llamar civilizadas, y no simplemente de las contingencias del azar.

Este perfeccionamiento de la sociedad fue producto y a la vez produjo una ampliación del permiso de creatividad — entendido no sólo como capacidad de adaptación sino también como poder de innovación— a poblaciones cada vez más grandes, al introducir la autodisciplina como nuevo modo de otorgar fuerza a los vínculos sociales.

La democracia instaura un tipo de sociedad humana que se autoproclama garante de la expansión limitada de la creatividad. Expansión en un doble sentido: cada vez más creatividad, para más individuos, lo que exige redefinir permanentemente el marco de la solidaridad.

Claro que esta afirmación se sitúa en el horizonte de los ideales democráticos, en la utopía, esto es, en la imagen que la democracia tiene de sí misma, y su efectiva realización requiere el compromiso, la participación y la capacidad creativa de cada uno de nosotros.



para la subsistencia y reproducción de lo social superior al democrático.

Una nota esencial de la democracia, reside en el cuestionamiento ilimitado a su organización y a sus valores que nunca alcanzan un estatuto definitivo. Es allí donde reside la extrema e insalvable vulnerabilidad del sistema democrático y, desde allí se explica el indisoluble vínculo entre derecho y democracia.

La democracia coloca a los hombres y a sus instituciones ante lo que Lefort llama una indetermi-

Citas:

- 1) Balbier, E. et alii, "Michel Foucault. Filósofo", Gedisa, Barcelona, 1990.
- 2) Rorty, Richard, "Identidad moral y ciudadanía privada", en (1).
- 3) Macherey, Pierre, "Sobre una historia natural de las normas" y Pizzomo, Alessandro, "Foucault y la concepción liberal del individuo", en (1).
- 4) Macherey, P., op. cit.
- 5) Ardrey, Robert, "The territorial imperative. A personal

inquiry into the animal origins of property and nations", Fontana, London/Glasgow, 1966.

La sociobiología se apoya en una teoría de la selección natural, que compara a la sociedad con especies enteras de poblaciones de organismos vivientes. Por ello se diferencia claramente de la perspectiva organicista, que compara el funcionamiento de la sociedad con el de un organismo viviente singular.

6) Wallerstein, Immanuel, "The modern world system", Academic Press, Nueva York, 1980.

7) Lewin, Kurt, "La teoría del campo en la ciencia social", Paidón, Bs. As., 1978.

8) Freyer, Hans, "Soziologie als Wirklichkeitswissenschaft", cit. en (7).

9) Bonetto, María Susana y Servato, Patricia, "El problema de la legitimidad en el estado democrático", Cuadernos de la Univ. Nac. de Córdoba, Córdoba, 1988.

10) Wright, E. O. "Clase, crisis y estado", Siglo XXI, Madrid, 1983; Offe, Claus, "Structural problems of the capitalist state. Class rule and the political system. On the selectiveness of the political institutions", en "German political studies, Vol. I."

11) Lechner, Norbert, "Los patios interiores de la democracia", F.C.E., Santiago, 1990.

COCAINA

Este artículo apareció publicado por primera vez en el periódico anarquista Umanità Nova en el número del 30 de agosto de 1922.

Enrico Malatesta.

(Traducción Emilio García Wiedemann)

En Francia existen leyes severas contra quien usa y quien expende cocaína. Y, como es habitual, el azote se extiende y se intensifica a pesar de las leyes y quizá a causa de las leyes. Igualmente en el resto de Europa y en América.

El doctor Courtois, de la Academia de Medicina francesa, que ya el año pasado había lanzado un grito de alarma contra el peligro de la cocaína comprobado el fracaso de la legislación penal, pide... nuevas y más severas leyes.

Es el viejo error de los legisladores, a pesar de que la experiencia haya siempre, invariablemente, demostrado que nunca la ley, por bárbara que sea ha servido para suprimir un vicio, o para desanimar el delito.

Cuando más severas sean las penas impuestas a los consumidores y a los negociantes de cocaína, más aumentará en los consumidores la atracción por el fruto prohibido y la fascinación por el peligro afrontado, y en los especuladores la avidez de ganancia, que es ya ingente y crecerá con el crecer de la ley. Es inútil esperar en la ley.

Nosotros proponemos otro remedio.

Declarar libre el uso y comercio de la cocaína, y abrir las expendurias en las que la cocaína fuese vendida a precio de costo, o incluso bajo costo. Y después hacer una gran propaganda para explicar al público y poner al alcance de la mano los daños de la cocaína; nadie haría propaganda contraria porque nadie podría ganar con el mal de los cocainómanos.

Ciertamente con esto no desaparecería completamente el uso dañino de la cocaína, porque persistirían las causas sociales que causan los desgraciados y los empujan al uso de estupefacientes.

Pero de cualquier modo el mal disminuiría, porque nadie podría ganar con la venta de la droga, y nadie podría especular con la caza de los especuladores. Y por eso nuestra propuesta no será tomada en consideración, o será tratada de quimérica y loca.

COCAINA

¿ORIGINAL O FOTOCOPIA? ESTUDIANTES Y POLÍTICA

Por *Hernán Charosky,*
Guillermo Jorge y Máximo Langer

¿No es esquizofrénica una facultad que tiende a formar sujetos orientados hacia la actividad privada, cuando por definición debiera formarlos como actores activos de la esfera de lo público? Porque de hecho, cotidianamente, estudiamos producciones del espacio público: constituciones, leyes, decretos, etc.; e históricamente el abogado ha tenido una importante responsabilidad en mantenerlo vivo, ya que la posibilidad de profundización de una democracia está ligada a una permanente evolución del derecho, sea en nuevas legislaciones, en nuevas formas de pensar la administración de justicia o en una ampliación del debate académico. Sin embargo, en la facultad pareciera existir la ficción de que se trata más de aprender una técnica, que un rol preponderantemente público, es decir, que proporciona un conocimiento meramente instrumental para el beneficio individual.

Pero este fenómeno no es exclusivo de nuestra facultad. Hace ya un tiempo, que la Constitución Nacional es pasada por alto, que se intenta desprestigiar la función del Congreso, que la opinión de la ciudadanía es tenida en cuenta cada vez menos y que el poder económico avanza sobre el poder de decisión del Estado. El mundo de lo privado

se hace cargo de lo que debería ser dominio de ese lugar donde los ciudadanos son iguales entre sí, donde se expresan la diversidad y libertad de opiniones, donde se ejerce el poder que la democracia deposita en cada uno: el espacio público.

Por otra parte, en tanto la formación en nuestra facultad apunte a la constitución de sujetos privados orientados hacia el beneficio individual, se hace imposible pensar en espacios de identificación y acción colectivas. Históricamente, el rol del estudiante estuvo asociado, algunas veces, a un requerimiento de profesionales para un determinado modelo de país (desarrollismo, década del 60'), otras, a la participación en un proyecto político (años 70'); lo que contribuía a la existencia de un espacio de identificación colectiva. Actualmente, los únicos rasgos comunes son referencias generacionales al pasado, algunos códigos y contraseñas propios, la televisión, el escepticismo y la incertidumbre sobre el futuro. Todo esto reafirma la idea de una desintegración de la identidad estudiantil. Para confirmar esto, basta con fijarse en el modo de vida universitaria en nuestra facultad: entrar, cursar, salir. El movimiento estudiantil pierde entonces su calidad de tal, en tanto lo estudiantil deja

de ser una referencia colectiva.

Para comenzar a pensar en revertir este fenómeno, podrían tomarse dos temas como ejes centrales para la conformación de un itinerario transformador: política estudiantil y política académica. El primero en cuanto reunión y acción organizada de los estudiantes como tales, el segundo en tanto definición de metodologías y contenidos determinantes de nuestra formación y futuro como actores de una ampliación de la democracia.

Un renovado punto de vista para tratar la política académica debiera implicar un debate participativo que incluyera no sólo cuestiones pedagógicas, contenidos de programas y materias, sino también temas relacionados con las discusiones políticas y jurídicas actuales (ej: reforma de la Constitución, reforma del Código Procesal Penal, per saltum, indulto, régimen carcelario, etc.). Este debate participativo no es simplemente una enunciación abstracta. Se trata de una práctica no sólo posible sino necesaria de implementar. Se trata de la democratización real de la política estudiantil. Talleres y grupos de estudio sobre las mencionadas problemáticas académicas y otras; comisiones asesoras abiertas para, por ejemplo, la discusión de

programas; publicaciones; actividades extracurriculares pensadas en nuevos términos, etc.; que sean a la vez flexibles y permanentes, que den cabida a la diversidad de opiniones sin cristalizarlas en una confrontación tribal.

Una condición de posibilidad para la realización de estas ideas es una autocrítica seria por parte de las agrupaciones de su accionar en los últimos años. Sin embargo, respecto a esto cabe aclarar que en realidad estamos frente a dos fenómenos. Por un lado, el paulatino retraimiento de los estudiantes respecto de las cuestiones políticas, dejando vacante un espacio de poder que, en democracia, originalmente, les pertenece; por el otro y paralelamente, las agrupaciones se han ido haciendo cargo de este espacio, transformando la política estudiantil en una competencia de mejores administradores en lugar de un debate permanente de ideas y proyectos que tengan como base la diversidad de valores éticos-políticos. La diversidad propia de la política es suplantada por elecciones una vez al año, fotocopiadoras y máquinas de Coca.

Intentar dar respuestas acabadadas a estos problemas es algo que excede los aportes individuales o sectoriales. En realidad, se trata de iniciar un debate que incluya a quienes deben ser protagonistas de una transformación de la facultad: dirigentes estudiantiles, docentes, estudiantes, a través tanto de las agrupaciones políticas como de los ya mencionados ámbitos participativos.

Estos ámbitos podrían ser el instrumento mediante el cual todo el mundo sintiese, tal como decía Jefferson refiriéndose a la construcción de una república, "que es participe en el gobierno de los asuntos, no simplemente a través de una elección celebrada una vez al año sino todos los días; cuando no haya nadie en el Estado que no sea miembro de alguno de estos concejos, grandes o pequeños, preferirá que se le arranque el corazón antes que le sea arrebatado su poder por un César o un Bonaparte" (*Thomas Jefferson, carta a Joseph C. Cabell, 2 de febrero de 1816.*)



Fragmentos de la carta enviada por el nuevo director de publicaciones a los profesores, adjuntando un ejemplar del último número de la revista (realizado por los miembros anteriores).

SOBRE LECCIONES Y ENSAYOS

Estimados lectores:

Mucho ha sucedido en los últimos tiempos en nuestra Facultad. Quienes formamos parte de esta alta casa de Estudios gozamos de una libertad indispensable para la creatividad y el desarrollo intelectual. Pero quienes buscaron siempre un canal para desarrollar sus inquietudes académicas vieron alguna vez frustradas sus expectativas al encontrar en esta publicación barreras ideológicas limitativas incompatibles con el pluralismo como lo debe entender una comunidad madura.

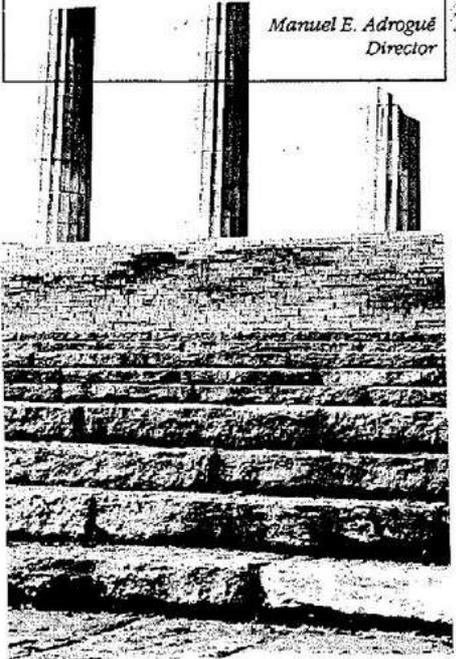
Lamentablemente, poco a poco se fue desvirtuando la idea rectora de la revista, como la concibiera Winizky —su fundador— en su génesis: una revista jurídica en manos de todos los alumnos. Unos por acción, al limitar el acceso de los interesados; otros, por omisión, al no asumir carga moral de participar en cuestiones que competen al estudiantado in totum.

Al esfuerzo de remontar esta publicación —que gozara de elevado prestigio tanto en nuestro país como más allá de sus fronteras— hemos sido convocados...

Aspiramos a que esta invitación también tenga acogida, y para ello nuestro objetivo será una mayor comunicación. Pretendemos encontrar a los estudiantes en el bar de la Facultad hablando acerca de Lecciones & Ensayos, el honor que importa integrarla, el desafío de investigar, el trato con docentes de prestigio, y la referencia frecuente de los profesores hacia ésta en las aulas. Ello no está lejos, si Uds. se acerca a nosotros. Como dijera Nuestro Señor Jesucristo, "por sus frutos los conoceréis".

Desde ya agradecidos, respetuosamente

Manuel E. Adrogué
Director



NECEDADES

Por Ernesto Gion Frini

Es muy común ver entre la bibliografía consultada por quienes "escriben sobre derecho" (que al mismo tiempo "escriben el derecho") revistas jurídicas de universidades extranjeras, formadas y dirigidas por sus propios estudiantes. Publican allí artículos de profesores y alumnos, sobre temas que si bien suelen ser polémicos, presentan problemas jurídicos con un alto grado de tecnicismo y de seriedad académica. La importancia de estas revistas está dada por ser ámbitos creados por alumnos para investigar y divulgar problemas jurídicos.

En nuestro muy folklórico "mundillo académico del derecho" de la UBA este espacio pretende ser cubierto por la Revista Jurídica "Lecciones y Ensayos", que desde hace más de 30 años trata de sobrevivir sin publicar fotos eróticas ni comentar los nuevos romances de los profesores, que aumentarían las ventas. Pero como quizá ha ocurrido siempre en nuestra historia, las escuelas y universidades son vistas como un instrumento de poder, manejable y controlable por quien tenga la manija en el momento, de forma que quien disienta un poco deba ser excluido. Lo más grotesco de estos casos surge cuando sin conocer, se presume que se piensa distinto, o se encasilla en alguna tradicional categoría política, entremezclando dogmas, esencias y prejuicios maquinados durante algún duro insomnio.

Desde que en 1989 las autoridades de la Facultad de Derecho asumieron los principales cargos directivos, la Revista Lecciones y Ensayos viene soportando los embates propios de esa tradición que pretende dirigir cualquier elemento académico

hacia un ideal político: con el pretexto de reestructurar los espacios de la Facultad, desalojó a Lecciones y Ensayos de la oficina que tenía en el Departamento de Publicaciones, sin que tuviera otra oficina, mas que la mesa de un bar; luego del vencimiento del contrato con la editorial, el Sr. Decano, quien es el habilitado para renegociarlo, no hizo nada para procurar que se renegociara y que la revista pudiera seguir saliendo a la venta; dicho contrato establecía por otra parte la entrega gratuita a la Facultad de 1000 ejemplares, de los cuales la editorial envió sólo 250.

Tampoco parece muy "atunado", en una Facultad donde se enseña que no debe existir la censura previa, y menos aún un "control previo", pedir todos los artículos antes de su publicación "a fin de realizar una evaluación previa". Lecciones y Ensayos, a pesar de ser una revista institucional de la Facultad, está compuesta por estudiantes que tienen un promedio superior a ocho, y dirigida exclusivamente por ellos; y las únicas "recomendaciones" que puede recibir, y a pedido de sus miembros, son de un Consejo Asesor de cinco profesores, que una vez nombrados se han desentendido completamente de la revista, y quizá ya no recuerden que alguna vez fueron designados.

Los miembros de la revista, que ingresan tradicionalmente a ella y luego son nombrados por el Sr. Decano por el plazo de dos años o hasta que culminan los estudios, han ejercido las funciones prácticamente de facto, ya que el Dr. Pigretti se ha negado en cuatro oportunidades a nombrar a los alumnos propuestos; en un acto totalmente arbitrario

ha designado en los principales cargos directivos de "Lecciones y Ensayos" a cuatro alumnos muy allegados a él (¿con qué criterio?), que jamás habían asistido a una reunión. Esto suena como la designación que había hecho el Dr. Alfonsín de un ex-intendente de la ciudad de Olavarría (Prov. de Bs. As.) en Tierra del Fuego, o ahora el Presidente Menem de la Sra. Matilde Menéndez. Es muy claro que a la ciudadanía de Tierra del Fuego no le agrada demasiado que les encajen un gobernador que ni siquiera había llegado antes a la isla como turista...

Luego de estas "pequeñas anécdotas", los grupos de investigación que tenía la revista (en Derecho Público —Administrativo e Internacional Público—, en Derecho Privado, en Derecho Penal y Criminología y en Filosofía del Derecho) ya no funcionan ni siquiera en el poco aseado bar de la Facultad, y los seminarios que habitualmente organizaba han sido reemplazados por reuniones muy peleadas donde debe discutirse qué hacer para poder sobrevivir.

Como puede verse, la Facultad no es una isla, y la política entra como siempre lo ha hecho: por la ventana rota y para asegurarse que la ciencia siga a su servicio. Quizás en las Universidades del añorado Primer Mundo estas necedades, que demuestran el ya averiado prestigio de la UBA, harían enojecer a muchos; y preferían reemplazarse por un respeto y una tolerancia que acá no aprenden a copiar. En este caso, la necesidad mayor consiste en que ni siquiera se sabe cómo piensa el supuesto enemigo, y el diálogo se interrumpe con un sarcástico monólogo.

TRAS LA ALDEA PENAL*

Por Martín Abregú



"Eranse una vez los mass-media. Eran malos, como se sabe, y érase un culpable. Y estaban las voces virtuosas que les acusaban de sus crímenes. Y el arte (¡ah, por fortuna!) que ofrecía alternativas a quienes no eran prisioneros de los media."(1)

Pero los años pasan y las modas cambian, y exigencias comerciales acompañadas por una imposibilidad de seguir ignorando el gozo televisivo, han obligado a muchos teóricos a remendar sus tesis. Los media eran pero ya no son. ¿Por que no asumir el placer que provocan diez horas seguidas frente a una pantalla de televisión? ¿Es acaso una premisa ética la impugnación del placer ficticio? ¿Es una obligación política la recepción "concienciosa", papel y lápiz en mano y ojos avispados?

Todo lo contrario. A la endeblez teórica que desde sus orígenes caracterizó a los apocalípticos, se le agrega ahora la recuperación del hedonismo como esquema de vida. Ya no se trata solamente de que la crítica a los efectos de los media fuera sustancialmente declamatoria sino que además la angustia provocada por el vaciamiento estético de la propuesta política provocó la huida de las generaciones que todo lo perciben a través de explosiones de imágenes.

Como dice Savater y he comprobado con mi propia experiencia aún en este mismo tema, "la denigración suele estar más fundada"(2), vale entonces aclarar que no intento persuadir a aquellos que se mantienen incólumes en su crítica sino solamente resaltar mi ingenua alegría por la existencia de un cine y miles de televisores.

El vínculo con el viejo McLuhan es directo. Sin compartir la mayor parte de sus afirmaciones, me importa rescatar su actitud optimista, tan ingenua y a la vez política como sea imaginable. Edgar Morin ha dicho de él que su paradigma era pobre y su sintagma rico(3), sin poder copiarlo en todo, únicamente imitaré su argumentación plagada de aforismos para compensar mi mala fundamentación que confirma la tesis "savateriana". Marshall McLuhan fue un precursor en lo que se refiere a la exaltación de los media por sus consecuencias agradables en el plano de los sentidos. A diferencia de otros "integrados" (de acuerdo a la ya clásica diferenciación de Eco: apocalípticos/integrados(4)) su optimismo no se vincula fundamentalmente con los progresos políticos que las distintas formas de comunicación social traerían aparejadas sino que radica en la riqueza perceptiva que los medios "cool" provocan. Para Baudrillard, McLuhan postula una vuelta "al mundo sintético y táctil de la implosión, del equilibrio y del éxtasis"(5). ¿Como puede uno dejar de "zambullirse" irresponsablemente en las aguas de esta desprejuiciada teoría? Pero éste es un congreso de Derecho Penal y mis confusas sensaciones sobre el mundo macluhamiano deberán quedar para mejor oportunidad. Mi defensa a los media debe tener en este ámbito algún pretexto y éste es la vinculación del sistema penal con quienes difunden, motivan, respaldan o critican su actuar. Mi apología, entonces, deberá limitarse a **Robocop**.

La estrecha ligazón que une a los crímenes con su publicidad no es tan reciente como mi obsesión.

En un promisorio comienzo que hará luego desilusionar doblemente al lector amante de Starsky y Hutch, Schneider situa hace varios siglos a los orígenes de la difusión pública de los delitos y describe la fascinación con la que en la Edad Media el pueblo escuchaba a los trovadores narrar escabrosos crímenes(6). No nos encontramos frente a un problema nuevo: por los siglos de los siglos muchas personas se han preocupado por estar informadas de los últimos sucesos delictivos y otros muchos se han regocijado con el relato de tragedias ajenas. Ni siquiera la preocupación es reciente. Como recuerda Murdock, algunos de los estudios actuales desde la criminología, pueden asociarse a los planteamientos del siglo XVIII sobre los efectos de la literatura y el teatro popular sobre el nuevo proletariado urbano. En ese entonces, con una estrategia distinta pero producto de un análisis similar, la burguesía debatía los riesgos de la existencia de una relación simple y directa entre la exposición a un conjunto de imágenes desviantes y el accionar sucesivo(7).

Este escrito ha perdido, entonces, el último bastión de originalidad que poseía. Asumido como fue el plagio estilístico y reconocida la antigüedad del problema, la aceptación de la existencia de progenitores en el modo de plantear el tema termina de demostrar que no será posible apelar a ningún elemento novedoso. Sin embargo, determinada postura teórica que parece predominar en los acercamientos de los criminólogos a los mass-media abre la puerta al enfrentamiento como único medio de provocar la atención de mis desprevencidos "escuchas".

Una cierta simplificación domina el tratamiento criminológico de los medios de comunicación social. Abrumados por la presencia de los media en todos los intersticios de nuestra cotidianidad, muchos estudiosos de las ciencias sociales alejados de las ciencias de la comunicación no han podido sino asustarse ante la irrupción irreverente de una imagen desintegrada en miles de pantallas. Al igual que en el caso de los pioneros en la comunicación de masas, los primeros análisis críticos desde la criminología se caracterizan por su marcado pesimismo. Cuando la escuela de Adorno y Horkheimer suplicaba atención a las trágicas consecuencias que provocaría la comunicación para las masas, el derecho penal los ignoraba. Ahora, que se dejan de lado las visiones totalizadoras del poder de los media, algunos criminólogos se refugian en los clásicos aun contrariando sus propios paradigmas.

Mi condición de abogado me obliga a que intente, al menos, demostrar esta última acusación.

Muchos de los estudiosos de la relación existente entre los media y el sistema penal poseen una imagen que podría caracterizarse por la indefensión del ejercicio del poder punitivo frente a las exigencias públicas, al mismo tiempo que la cobertura periodística es esencial para el mantenimiento del status quo penal(8). Los media son encubridores de la violencia policial y provocadores de la callejera, son los creadores de los estereotipos y los formadores de opinión, provocan un sentimiento de falta de seguridad y tienen a la violencia como el único modo

NOTAS

* Este artículo fue escrito para ser leído como ponencia en el IV Congreso Nacional Universitario y III Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología. Este hecho fue determinante del estilo con el que fue redactado; sin embargo he preferido que permaneciera inmutable ya que cualquier adaptación hubiera sido parcial.

(1) U. Eco, *La multiplicación de los media*, en *La estrategia de la ilusión*, Editorial Lumen/Ediciones de la Flor, Bs. As., 1987, p. 199.

(2) F. Savater, *Cultura y gozo*, en *La piedad apasionada*, p. 79.

(3) E. Morin, *Para comprender a McLuhan*, en *Análisis de Marshall McLuhan*, Ediciones Buenos Aires, serie crítica analítica, Barcelona, 1982.

(4) U. Eco, *Apocalípticos e integrados ante la cultura de masas*, Lumen, Barcelona, 1968.

(5) J. Baudrillard, "Understanding Media", en *Análisis ...*, op. cit., p. 29.

(6) H. J. Schneider, *La criminalidad en los medios de comunicación de masas*, en *Doctrina Penal*, 1989.

(7) G. Murdock, *Abbandonare il behaviourismo: due decenni di ricerca sui mass-media e la devianza in Gran Bretagna*, en *I segni di Caino. L'immagine della devianza nella comunicazione di massa*, a cargo de R. Grandi, M. Pavarini y M. Simondi, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1985.

posible de solución de conflictos. Estas son sólo algunas de las nefastas consecuencias que provocaría esa plaga llamada medios de comunicación social. Sin que sea necesario continuar con la enumeración, una rápida lectura de los peligros confirma que nos hallamos ante el mismo marco teórico que respaldó otras visiones apocalípticas. Por un lado, unos medios de comunicación con un admirable capacidad para determinar conductas en los receptores y al mismo tiempo la creencia de que es posible y hasta sencillo medir los efectos.

Esto nos obliga a inmiscuirnos en el estudio de las teorías comunicativas, a no poder eludir la exigencia de saber qué es un mensaje, un canal o un código. Si deseamos creer que los media determinan a quien se vincula con ellos, debemos asumir que estamos relegando a una completa pasividad al receptor, y antes que ello, que confiamos ciegamente en una perfecta circulación y decodificación del mensaje, y antes que ello, que creemos que es posible distinguir el receptor del emisor. Todos estos son puntos de partida por demás debatidos. Stuart Hall sintetiza algunos de los cambios que se han producido en los estudios sobre los mass-media. En primer término, se dejó de lado el modelo de la influencia directa por uno posterior en el que eran definidos como una importante fuerza cultural e ideológica, situada en una posición dominante con respecto al modo en que las relaciones sociales y los problemas políticos eran definidos. Posteriormente, se puso en duda la noción de los textos mediatos como portadores transparentes de un significado y se prestó una mucha mayor atención al análisis de la estructuración lingüística e ideológica. En el paso siguiente, se rompió con las concepciones pasivas e indiferenciadas de la audiencia tal como aparecía en las concepciones clásicas(9).

Todos estos cambios hicieron de los más recientes estudios de los media un producto diverso a su antecedente más inmediato. Esta es la desorientación que describe Umberto Eco en forma menos teórica que irónica: "... todos éramos víctimas de un modelo de los mass-media que recalca aquello de las relaciones de poder: un emisor centralizado, con planes políticos y pedagógicos precisos, controlado por el Poder (económico o político), unos mensajes emitidos a través de canales tecnológicamente reconocibles (ondas, cadenas, hilos, aparatos individuales como una pantalla, cinematográfica o televisiva, una radio, una página de retrograbado) y unos destinatarios víctimas del adoctrinamiento ideológico. (...) Hoy sabemos lo que son la radio y la televisión. Una pluralidad incontrolable de mensajes que cada cual usa arrojándose a su cuenta con el telemando." Eco habla a partir de su experiencia personal. Sin haber formado nunca parte de la cuadrilla que concebía a los media como objetos de imposible control, sí creía en buenos y malos, en "enseñar a los destinatarios a leer"(10).

Desde el mismo punto de vista y reubicando al receptor, se ha criticado duramente el famoso logo de McLuhan "el medio es el mensaje". Se ha dicho que "El medio no es el mensaje; el mensaje se convierte en aquello que el receptor lo convierta adaptándolo a sus propios códigos de recepción, que no son los del emisor ni los estudiosos de la comunicación"(11). A lo que Baudrillard ha agregado que "si se admite con Friedman, que el mensaje termina siempre por poner frente a frente a un hombre con otro hombre, es preciso admitir también que nunca hay dictadura cultural del mensaje (o del medio) como tal, y que más allá de la determinación fundamental que ejerce, un análisis concreto deberá

considerar la relación que a través de él mantienen los hombres o los grupos entre sí (análisis sociológico), y por otra parte el modo de producción de los medios, y cuáles son las estructuras de poder sobre las que se estructura esta producción (análisis histórico y político)." (12)

¿Cuál de nuestro criminólogos estaría dispuesto a fundamentar su preocupación en marcos teóricos como éstos? Por suerte y para que no se crea que se trata de un ensañamiento personal contra una de las profesiones que dan lugar a este congreso, puedo decir que hay algún estudioso del crimen que reconoce la complejidad de cualquier proceso comunicativo. Es el caso de Pavarini, quien en un trabajo conjunto con Grandi y Simondi, critica el predominio en la prospectiva criminológica del paradigma de la *communication research* que limita el estudio de los media a sus efectos(13). Sin conformarse con la mera enunciación de la crítica, plantea la necesidad de un estudio de los distintos niveles del texto desestimando la "aproximación unidimensional al significado centralizado en la denotación". Abriendo el juego para dar lugar a un estudio del nivel de la connotación (de acuerdo a la clasificación de Barthes), estos autores plantean la necesidad de abandonar aquella focalización de los episodios de violencia que los aíslan de la estructura narrativa, del género y del estilo de presentación que los contienen(14). Esto no es otra cosa que recalcar cuan necesario es ir más allá del significado lato de cualquier discurso para interpretarlo de acuerdo a sus contextos de producción y recepción. Pero esta obviedad exige de una teoría que parta de la base de la ambigüedad de todo mensaje, punto de partida no aceptado por las teorías de la manipulación.

Si bien sería soberbio, ingenuo y probablemente errado suponer que estas teorías de la comunicación sean la verdad revelada, la última palabra o cualquier otro sustituto que dictamine el fin de las ideologías comunicativas, no pueden dejar de ser consideradas con relativa seriedad a la hora de enumerar los "efectos" de los media en la criminalidad. Por eso resulta absurdo que Schneider al considerarlas como "objeciones al modelo expuesto" (por supuesto se trata de su modelo funcionalista y mecanicista) diga que "sorprende que los medios de comunicación de masas nieguen sus efectos a pesar de ser financiados, en su mayor parte, por la publicidad"(15). El argumento es que nadie desembolsaría grandes sumas para publicitarse en medios que no producen efecto alguno. Lo que este autor parece confundir es la complejidad del proceso comunicativo con la cualidad de público o no de una cosa. La publicidad no es sino difusión pública. Por supuesto que teñida de objetivos comerciales, pero que un sujeto se identifique con una determinada bebida no implica que su mentalidad alienada lo haya arrastrado al consumo.

Este prejuicio respecto a cualquier actividad humana vinculada a los mass-media se conecta con otro gran descuido del análisis criminológico mayoritario de la cuestión de las comunicaciones sociales. Muchas de las prácticas que acarrearán la deslegitimación del sistema penal y que se explican por la intervención de los medios de comunicación, son comportamientos que llevan ya algunos siglos de antigüedad sin que previamente a la década del '70 fuera imprescindible apelar a la manipulación de las masas para explicarlos. Es el caso de la conformación de estereotipos. Lombroso no necesitó de **Canal 9 Libertad** para desarrollar su teoría del *uomo delinquente*. Para la elección del modelo de delincuente que pueble las cárceles en cada momento histórico

(6) Pienso por ejemplo en las referencias al tema de A. Baraza, *Criminología crítica y crítica al derecho penal*, Siglo veintiuno editores, México, 1986, esp. p. 218; H. J. Schneider, *La criminalidad ...*, op. cit.; R. Sparks, *Dramatic power: television, images of crime and law enforcement*, en *Censure, politics and criminal justice*, editado por Colin Sumner, Open University Press, Buckingham, U.K., 1990 (su inclusión en esta nota es parcialmente injusta puesto que su interpretación tiene importantes diferencias con el resto de los autores aquí enumerados); E. R. Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas*, Ediar, Bs. As., 1989, esp. pp. 131/6.

(9) S. Hall, *Introduction to the Media Studies at the Centre*, en *Culture, Media, Language*, Centre for Contemporary Cultural Studies, University of Birmingham, 1980. Un estudio exhaustivo del este mismo autor sobre los procesos de codificación y decodificación y sus múltiples elementos que sirve para abandonar el esquema clásico emisor-mensaje-receptor en el mismo libro: *Encoding/decoding*. Dentro del mismo esquema, esto es en una postura crítica respecto a la visión tradicional del proceso comunicativo, puede leerse a Pecheux o a Martín Barbero.

(10) U. Eco, *La multiplicación ...*, op. cit., p. 196. Confrontar para comparar el pensamiento en épocas anteriores del mismo autor con *Para una guerrilla semiológica*, en el mismo libro.

(11) U. Eco, *El cogito interruptus*, en *La estrategia ...*, op. cit., p. 332.

(12) J. Baudrillard, "Understanding Media", op. cit., p. 34.

(13) La diferencia entre una teoría de los efectos y una teoría funcionalista está dada en este contexto por el carácter totalizador de la segunda mientras que la primera se detiene en cada caso particular para determinar qué acción puntual produce una comunicación sobre un receptor.

(14) En el análisis del plano denotativo y connotativo de distintos autores me he guiado por M. Camargo Heck, *The ideological dimension of media messages*, en *Culture*, ... op. cit.

(15) H. J. Schneider, *La criminalidad ...*, op. cit., p. 94.

(16) Para una descripción de los distintos estereotipos de criminales con los que se maneja nuestro sistema penal desde su conformación como tal hace más de un siglo puede verse: A. Oliveira/S. Tiscornia, *La construcción social de las imágenes de guerra*, Cuadernos del CELS, Nº 1, Bs. As., Octubre 1990.

(17) M. Maffesoli, *Lo spettacolo della violenza*, en *I segni ...*, op. cit.

(18) Citado por R. Sparks, op. cit.

(19) A. Baratta, op. cit.

(20) I. Connel, *Television news and the Social Contract*, en *Culture ...*, op. cit., p. 139.

(21) H. J. Schneider, op. cit. p. 86.

(22) U. Eco, *El cogito ...*, op. cit., p. 332.

(23) R. Grandi/M. Pavarini/ M. Simondi, op. cit. p. 17 y 18.

(24) R. Girard, *El chivo expiatorio*, Anagrama, Barcelona.

solo fue necesaria la decisión política correspondiente(16). El asumir la anterioridad a la explosión comunicativa de ciertas prácticas del aparato de justicia penal es un buen punto de partida para no descargar sobre los media muchas culpas que le son ajenas. ¿Cómo se introyectaba desde la temprana edad el derecho penal como pretendido esquema que diferenciaba la virtud del pecado antes de la existencia de los dibujitos animados? ¿Qué otro modelo de solución del conflicto distinto a la supresión del malo caracterizaba a las viejas historias sobre crímenes transmitidas de boca en boca? ¿Se preocupaba la alta literatura de la Ilustración por devolver el conflicto a las partes?

Semanas atrás, en una emisión del programa de "Chiquita" Legrand, una psicóloga dijo que la violencia proyectada en las pantallas de televisión favorecía a los púberes porque la agresividad ayuda a canalizar ciertas ansiedades. ¿Qué me hace preferir a esta simplificación aquella que dice que **División Miami** me obliga a torturar a mi detenido? Expresada la misma objeción en términos más adecuados, Maffesoli concluye que la puesta en escena del desorden, el crimen y la catástrofe, que existen en muchas formas, son más soportables cuando han sido pasadas por el tamiz del "espectáculo". Los medios de comunicación de masas modernos vendrían de esta forma a asumir la misma función de los rituales en las sociedades tradicionales. ¿Por qué no considerar a la televisión en este contexto como una práctica homeopática?(17) ¿Dónde queda, entonces, el entretenimiento policial como elemento perjudicial que desgarrar a la comunidad? Auden ve en la historia de detectives un sustituto para los patrones religiosos de certeza que se ven troncados con las categorías de virtud y maldad características de los relatos de crímenes(18).

Ni siquiera cuando los media asumen el papel de meros informantes es posible hallar interpretaciones congruentes. A la gran credibilidad que les atribuye Baratta(19), se le contraponen la categórica afirmación de Connel de que "la imparcialidad de las noticias televisivas está hoy vastamente considerada un mito"(20).

Me detendré en este punto presuponiendo el cansancio de quienes me están escuchando pero creo necesario aclarar que esta contraposición podría ser aún más tediosa. Como clausura de esta enumeración de las distintas formas en las que puede entenderse la vinculación entre el sistema penal y los mass-media quiero destacar que mientras un criminólogo sostiene sin explicación alguna que "no se puede argumentar que la imagen falsa que el público recibe del delito mediante la presentación realizada por los medios de comunicación masiva sea fácilmente corregible con la experiencia cotidiana que del delito adquieren los hombres"(21), Eco prefiere decir que "puede ocurrir que lo que afirma(n) ... los apocalípticos sea verdad, pero, en tal caso, se trata de una verdad muy perjudicial; y puesto que la cultura tiene la posibilidad de construir descaradamente otras verdades, vale la pena proponer una que sea más productiva"(22).

Però sin duda lo que más llama la atención de quien ha estudiado la evolución de la criminología, es la contradicción en la que se incurre cuando a la par de postular el nuevo paradigma de los estudiosos de la cuestión criminal, se ve a los media como un factor criminógeno. Como dicen Grandi, Pavarini y Simondi, "si la criminalidad es esencialmente realidad normativa, es decir, producto de una definición, se torna teóricamente inconsistente pensar 'leerla' en sus relaciones con el universo de las cosas,

sean éstos los niveles de desocupación, de analfabetismo o la intensidad o la frecuencia con que la violencia criminal es representada en las comunicaciones de masa". De este modo concluyen que "para poder sostener de modo convincente que los mass-media producen alarma social ... transmitiendo imágenes distorsionadas de desviación, es en primer lugar necesario demostrar cómo estas imágenes estructuran las definiciones y los estereotipos de la opinión pública. Si bien es posible reconstruir la imagen de la desviación que viene vehiculizada en los media, bien distinta cuestión y de bien otra dificultad es conocer como ésta vendrá mediatizada del público. En ausencia, por lo tanto, de indicios capaces de esclarecer cuál será la percepción pública de la desviación y a través de qué procesos el público -en sus múltiples clases de cultura y de opciones ideológicas- reelabora, reinvierte o resiste a la imagen transmitida, los estudios sobre la amplificación y el etiquetamiento tienden a reproducir una interpretación mecanicista de la realidad donde el poder de la imagen transmitida se torna aún más determinante en la producción de la desviación que la que ya no será en la visión positivista"(23).

En última instancia, este extraño proceder de algunos criminólogos parece estar relacionado con ciertas proyecciones (en el sentido psicoanalítico del término) que este grupo realiza sobre los mass-media. La propia incompetencia del sector determina que las respuestas que ya no pueden darse como consecuencia de la superación del paradigma etiológico, desemboquen en mecanicistas aproximaciones a los medios de comunicación. Los mass-media se convierten así en el "chivo expiatorio" de las prácticas viciadas del aparato de justicia penal. Tratando de reproducir el esquema de Rene Girard sobre la naturaleza de este personaje bíblico(24), creo acertado entender a los mass-media como aquel extranjero o desconocido que debe cargar con la culpa de la desgracia que azota la comunidad. Ante el progresivo aumento de la criminalidad en las naciones altamente tecnologizadas, fue necesario dar una explicación a este fenómeno sin precedente. Fueron los medios de comunicación quienes se erigieron entonces como la imagen del culpable al reunir los requisitos de exterioridad -no formaban parte de la sociedad hasta el momento de su arribo- y deformidad -nada anterior puede compararseles. También coincide con la descripción de Girard el extraño origen de su culpa. No hay explicación convincente alguna respecto de su responsabilidad, su culpabilidad posee las características de lo mágico siendo suficiente la declamación de la certeza para que ésta quede realizada. Su culpa no reconoce una fecha de origen, nadie sabe cuando ha nacido pero un día resulta estar ahí: el culpable, que lo ha sido desde siempre. La respuesta, a su vez, es la exclusión. Los mass-media deben ser abandonados, en lo posible desterrados o al menos modificados en su estructura. Al mismo tiempo, quien los ha erigido en culpables los separa de su existencia. Es el alejamiento del estudio del crimen, de la televisión. La única referencia explícita es aquella que confirma su autoría. El criminólogo contemporáneo no ha sabido enfrentar la peste de la criminalidad en la sociedad de masas y su incapacidad para contestar la demanda de un culpable ha hecho de los mass-media el chivo que ha debido cargarse de culpas para ser expulsado al desierto donde la arena es pura alienación.

Però no es la culpabilidad el único veredicto que ha caído sobre quienes parecen haber cometido el pecado de la omnipresencia. Frente a aquellos que no han visto en los media más que una ideología



encubridora de certezas y productora de engaños, Young concibe la relación entre la ideología y la realidad no como la de una "ilusión que enmascara un abismo pero sí como una relación de intimidad; una intimidad opaca y contradictoria"(25). Las imágenes de los media explican su credibilidad en su adecuación cognoscitiva a la realidad. De acuerdo a esta premisa, operan de modo de reforzar la estructura y el contenido de "lo que todos saben" sobre el mundo social y "lo que todos saben" no es más que la producción ideológica propia de cada organización social determinada.(26) La ideología perdería así su carácter de encubridora para dar paso a su producción social con grados diversos de participación. Los mass-media no podrían ser, entonces, aparatos dedicados a la implantación de una determinada ideología sino que se comportarían como el emergente de necesidades sociales a canalizarse a través de ellos. Los noticieros no deben ser considerados como los creadores de la respuesta violenta al enemigo interno conformado por la delincuencia, por el contrario son sólo quienes exteriorizarán el racismo oculto de las clases medias hacia los nuevos habitantes de aquello que antes era su ámbito privado.

Me doy completamente por vencido si no he logrado al menos insinuar que no son los media los "culpables". Queda sin embargo por discutir si se ha cometido alguna falta. Veamos:

¿Qué pena merece una sociedad que malgasta su tecnología en estúpida diversión en vez de aprovecharla como herramienta de una educación que culmine en el definitivo imperio de la eficiencia? Ninguna. Como dice Savater, "la educación es una cosa muy necesaria (...) pero la literatura es imprescindible". Pero suplico a los perennes detractores que no se ilusionen por la mención de la literatura como único entretenimiento necesario. "En la actualidad -continúa Savater- hay una gran preocupación por la supuesta decadencia de la lectura, que me parece encerrar al menos dos equívocos. Primero, no es lo mismo 'decadencia del libro' que 'decadencia de la letra impresa': hoy, jóvenes y mayores leen más que nunca, aunque no sean papeles sino pantallas. Segundo, la ficción no está ligada al porvenir del libro ni toda literatura ha de ser forzosamente impresa: contar a través de imágenes no es ni menos lícito ni menos 'intelectual'"(27). ¿Cuál de nuestros preocupados criminólogos coincidiría con Savater en que es un disparate alejar de la televisión al niño que está viendo una película de Spielberg para imponerle una novela de Salgari? Yo tampoco encuentro otra diferencia que no sea el soporte material.

Segunda hipotética falta: ¿A qué proceso de resocialización debe ser sometida una masa que obnubilada por las luminarias de las nuevas tecnologías no logrará distinguir la opción verdadera que enseñan los intelectuales? Paul Yonnet describe a la sociología que él denomina "crítica" y que aquí podríamos llamar "apocalíptica" haciendo un uso indebido de la clasificación de Eco, como aquella que da "a entender que existe una especie de perversión en la modernidad misma, como si los hombres hoy estuvieran transformados más o menos en autómatas tan profundamente aliendados que ni siquiera podrían adquirir conciencia de sus relaciones con el medio social como no fuera con miras a elaborar una táctica limitada al objetivo de una toma de poder". A esta descripción el autor contrapone la suya propia, por la que "la masificación supone a la vez una concientización de los individuos y la multiplicación de aptitudes de intervención directa

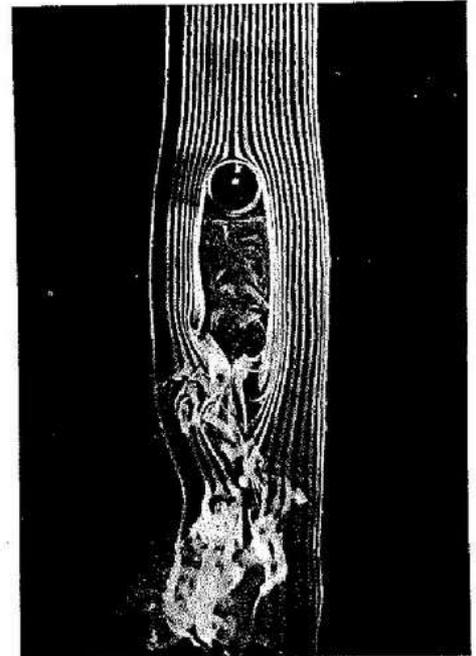
nunca entrevistas por el pasado en cuanto a extensión y alcance"(28). La masificación es, entonces y a la vez, el camino de la democracia y el producto de los individuos.

Si de revisar opciones optimistas se trata: ¿Por qué no desempolvar la glorificación mcluhaniana del "neotribalismo" rescatado por Morin como "neocarismo"?(29) ¿Cuál es la fuerza del etnocentrismo temporal que nos impide aceptar la modernidad que Lévi-Strauss redescubre en la conciencia arcaica de modo que no asumamos como regresión todo aquello no fundamentado en la Razón Moderna?

Todas estas dudas no hacen más que recontextualizar la problemática de la influencia de los mass-media en general y en relación al sistema penal en particular. O respaldamos las propuestas apocalípticas que no ven en los individuos más que un átomo a convertirse en masa alienada, u optamos por una teoría que reconozca la entidad del sujeto como tal y le otorgue la posibilidad de pensar su existencia aun como miembro de la "masa". Los medios masivos serán **El gran dictador** que determine las conciencias individuales o un elemento más que debe sumarse a todos aquellos que inciden en nuestra cotidianidad.

Claro que estas dicotomías no tienen por qué ser compartidas puesto que las antinomias en general ya han sido cuestionadas y que la contraposición ha sido definida como característica de las sociedades que pertenecieron a las épocas de auge de la imprenta y deben ser erradicadas de la civilización eléctrica. Si estas objeciones son aceptadas no queda más que revisar cada una de las alternativas de cada una de las confrontaciones.

"Bien, todo ha terminado. hay que volver a preguntarse qué es lo que sucede desde el principio"(30).



(25) J. Young, *Oltre il paradigma consensuale: una critica del funzionalismo di sinistra nella teoria delle comunicazioni di massa*, en *I segni...*, op. cit.

(26) En este punto nos acercamos a la visión de Verón de lo ideológico como "sistema de reglas semánticas para generar mensajes" (*Ideología y ciencias sociales*, en *Semiótica*, Vol 3, Nº1, 1971). De esta forma "la dimensión ideológica" se convierte en un término similar a "cultura" en su sentido antropológico. Sobre este punto se puede consultar a Camargo Heck, *The Ideological...*, op. cit.

(27) F. Savater, *Lo que enseñan los cuentos*, en diario LA NACION, 15/10/89, Sección 4a.

(28) P. Yonnet, *Juegos, modas y masas*, editorial Gedisa, colección El mamífero parlante, Barcelona, 1988.

(29) E. Morin, op. cit.

(30) U. Eco, *La multiplicación...*, op. cit., p. 199. En la versión original de Eco este texto está inmediatamente precedido por el que inicia este artículo, yo creí que entre ambos párrafos era posible decir algo.

CRONICAS DE LA IMPUNIDAD

Los efectos del SIDA, de la burocracia y de la ley

Por Sofía Tiscornia y Alicia Oliveira

Los medios masivos de comunicación hicieron conocer a la sociedad que, en el hospital Muñiz, se encontraban internados presos que sufrían las consecuencias del SIDA.

La noticia que alertó a la sociedad, tenía como base la denuncia de que aquellos se encontraban encadenados a las camas, mediante una cadena de un metro de largo, envuelta en cuero, y disimulada en las cobijas que los cubrían.

La crónica periodística y las fotografías que las acompañaban, produjeron un revuelo burocrático — funcional. Ministros, secretarios de Estado, directores de dependencias oficiales, jueces, hijos y entenados se vieron involuntariamente involucrados en tan delictuosa maniobra.

Así las cosas, hubo que poner el esfuerzo en demostrar la inocencia acerca del posible concurso en tan despreciable error. Y encontrar al culpable.

Pero, ¿cómo escamotear una realidad atada tan contundentemente a la más burda imagen metonímica de la represión, la injusticia y la tortura? ¿Cómo velar la imagen infamante de una burocracia contaminada en la sospecha de encadenar ciudadanos?

En las bibliotecas de un ruinoso Palacio las investigadoras que esto escriben encontraron un incunable reservado: "El Manual del funcionario fariseo" y, sólo como hipótesis de trabajo, lo aplican a las crónicas que, sobre el hecho expusiera el diario Clarín.

(Del Manual del funcionario fariseo).

Primer Paso:

"Poner en ejercicio la Institución de la "competencia negativa":

- El Sistema de Salud (de Salud y Acción Social) no puede intervenir porque el problema corresponde a otro Sistema (por ejemplo el Penal).
- O porque su máximo representante se retira a atender otro tema justo cuando en la reunión el denunciante informa del caso. (Clarín 10/10/91 Entrevista a Porto; pág. 40).
- El denunciante tiene su parte de culpa, porque no utiliza las palabras apropiadas. (En este caso parece que el Pastor Orlov — uno de los denunciantes — habló de "esposados" y no de "encadenados". (Clarín 10-10-91; idem). (Cómo imaginar que un hombre respetable, un Ministro, puede confundir una "esposa" con una "cadena". Cómo imaginar que puede impresionarse porque alguien tenga una esposa en la cama aunque sea en un hospital).
- Quien fue informado derivó la información a la Comisión correspondiente dentro del Programa adecuado.
- La Comisión Correspondiente del Programado Adecuado contactó al denunciante de esposas con las autoridades que administran las cadenas (el Servicio Penitenciario Federal —SPF—), que se presume son los verdaderos culpables inexcusados.

- El Sistema Municipal de Salud no interviene sino que remite al subdirector del Hospital. (Clarín 8/10/91 de los dichos de A. Melillo, Secretario de Salud Pública y Medio Ambiente).
- O informa que la vigilancia compete al Servicio Penitenciario.
- O informa que "nosotros no administramos las cadenas". (Clarín 9/10/91. Entrevista al Intendente C. Grosso).
- El Sistema Penal no puede intervenir porque debe inquirir.
- O, la Cámara del Crimen informó de lo sucedido a la dependencia adecuada.

Segundo Paso:

"Establecida la competencia negativa, hay que buscar la norma correspondiente y la antijuridicidad:"

- Primer argumento:** hay una norma, un artículo, un inciso, un antecedente que debe adecuarse, dar cuenta de la situación, legalizarla:
- El art. 33 de las Naciones Unidas autoriza como medida extraordinaria el uso de grilletes, esposas, cadenas, etc. (Clarín 10/10/91 pág. 40 de los dichos del Dr. Arslanian). (Una medida extraordinaria sería aquella que sirve a las definiciones del definidor).
- Segundo argumento:** hay una razón científica, médico-psicológica-lombrosiana:
- los presos son todos drogadependientes con tendencias psicóticas y psicópatas. (idem pág. 41).

Tercer argumento: hay alguien incurso en un Delito Improbable:

- Se inicia una causa por apremios ilegales a alguien del SPF. (Clarín 10/10/91).

Tercer Paso:

"Uno: Establecidos los argumentos legitimantes, se debe demostrar la eficiencia:"

Hay un funcionario que ya lo sabía, que ya lo denunció. Elevó un memorandum en su oportunidad y momento. Pero no era el organismo apropiado, ni la autoridad que correspondía, ni la persecución de funcionarios adecuada, ni el nombre correcto. Pero lo hizo. (Clarín 16/10/91 pág. 38 y 17/10/91 pág. 46).

"Dos: Debe crearse un cuerpo especial para la intervención, para el establecimiento de normas, para la vigilancia, para la exculpa."

Se crea un equipo de trabajo nuevo donde tendrán derecho a participar todos los intervinientes en el Primer Paso. (Clarín 16/10/91).

Cuarto Paso:

"Corporizar la Otredad. La responsabilidad del Otro, del diferente, del estigmatizado."

"Primero: El culpable debe guardar cierto parecido con la víctima. Por ello todo sistema de cualquier Estado donde este Manual se aplique debe contemplar la existencia de una agencia para chivo expiatorio. (Por ejemplo en el sistema de Salud, las mucamas y las enfermeras; en el Sistema Penal, los guardiacárceles, etc.)" Por ello:

Como queda demostrado la culpa es del personal del SPF. Ni de los Ministros, ni de los jueces, ni de los Intendentes. Discriminemos: la culpa es de los que no tienen mucha educación, o algo de educación como los Ministros, los jueces, los secretarios. O sea, la culpa es de los morochitos del norte que se me conchaban en el SPF y después terminan creando más problemas. (Versión interpretada de Clarín 11/10/91). Pero resulta que los morochitos del norte me vienen a tener un poco de espíritu corporativo, entonces, definitivamente:

- "Segundo: La culpa, pero la culpa Culpa, es de la víctima que por algo es víctima."
- La gran responsabilidad entonces es de los detenidos sídásicos encadenados:
- Se contagiaron de SIDA. (son drogadictos y homosexuales).
 - Capaz que robaron algo, por eso están detenidos.
 - Atacan a los médicos y enfermeros demostrando su personalidad agresiva.
 - Prefieren estar encadenados a estar en la cárcel sueltos. (Clarín 10/10/91).

Todo esto según el manual citado. Pero como responsables investigadoras, quienes esto escriben adelantan una respuesta complementaria no antagónica. Además del virus del SIDA sabemos de la existencia de otro virus incurable y aún más antiguo: el hipocritón burocrático. El virus hipocritón burocrático infectó el cerebro de las Más Altas Autoridades. Como es sabido, este virus hace responder a tontas y a locas. Y también olvidar leyes fundamentales a (supuestos) Inteligentes y Cuerdos. Prueba de ello es que todos olvidaron recordar el

art. 5to. de la ley 23.795 "Síndrome de Inmuno Deficiencia Adquirida. Declaración de Interés Nacional a la lucha contra el mismo, estableciendo medidas para la detención, investigación, diagnóstico y tratamiento".

Esta ley los hubiera salvado con un argumento irrefutable y bondadoso: "encadenamos a los infecciosos presos para no tener que agravarles la pena según lo dispuesto en el Decreto 1244/91, que reglamenta la ley mencionada."

En el anexo nº I, del citado Decreto, en el art. 5to. prescribe: "Las autoridades de cada una de las instituciones mencionadas en el art. 5to. de la ley 23.798 proveerán lo necesario para dar cumplimiento a las disposiciones de dicha ley y en especial lo preceptuado en sus art. 1; 6; y 8. Informarán asimismo, expresamente a los integrantes de la población de esas instituciones de lo dispuesto en los arts. 202 (*) y 203 del Código Penal (...).

De cumplirse la ley, se producirían esas absurdas situaciones que sabemos repugnan a las Más Altas Autoridades: se hubiesen debido sumar de 3 a 15 años el tiempo de detención a aquellos que, probablemente, nunca hubieran podido cumplirlas.

Finalmente, y apenas como una consideración ética, quienes esto escriben piensan que la situación de los presos enfermos de SIDA y su encadenamiento, explicado como el resultado de su "peligrosidad", pusieron de manifiesto la peligrosidad mortal de otras cadenas: las cadenas de mando. Esas cadenas razonan desde la impunidad eslabonada de la mecánica burocrática y jurídica cuando deben explicar acerca de porqué no todos los instrumentos de tortura fueron quemados luego de la asamblea del año 13.

ECODESARROLLO: ¿Utopía o realidad?

Por Martín Moncayo von Hase

En diciembre de 1989, la Organización de las Naciones Unidas resolvió formalmente crear la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo (UNCED; United Nations Conference on Environment and Development). Conferencia ésta que se desarrollará en junio del año próximo en Brasil y que es considerada como un instrumento necesario e indispensable para hacer frente a la constante y continua degradación a la que se somete a nuestro medio ambiente.

El propósito general de la UNCED, consiste en elaborar estrategias y adoptar medidas para frenar y revertir los efectos de la degradación ambiental no sólo en el contexto nacional de los Estados, sino también en el internacional, mediante la promoción de un desarrollo sustentable en todas las Regiones del Planeta.

Uno de los primeros pasos para la realización de cada Conferencia que organizan las Naciones Unidas, es el establecimiento de Comités Preparatorios (llamados también Prepcom). Estos Comités están integrados por los Estados miembros de la ONU, como también por miembros de organismos especializados y no gubernamentales. La participación de éstos últimos es particularmente importante durante los debates que se llevan a cabo, ya que representan intereses concretos sin estar comprometidos con las políticas que implementan los gobiernos nacionales. Ejemplos de estas organizaciones no gubernamentales son Green Peace, Fundación del Tercer Mundo, Los Jóvenes del Mundo, Grupos Indígenas, etc. Los Comités Preparatorios tienen como fin coordinar todos los trabajos que están dirigidos a la realización de la Conferencia del año venidero.

Ya se han celebrado 3 Prepcom, el primero tuvo lugar en Nairobi (agosto de 1990), el segundo y tercero en Ginebra (abril y septiembre de 1991 respectivamente); el cuarto y último se llevará a cabo en enero de 1992 en la ciudad de Nueva York.

En todos los debates internacionales sobre medio ambiente que se llevaron a cabo en el seno de las Naciones Unidas, se hizo incapie en que ningún progreso será posible si las estrategias para un medio ambiente más "sano" no se basan en un desarrollo sustentable, es decir, un desarrollo que satisfaga las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones de atender sus propias necesidades.

Se habla de desarrollo sustentable o eco-desarrollo como si ya fuese una realidad o como una realidad que tendrá lugar de aquí a poco. Pero, ¿podemos hablar de desarrollo sustentable cuando grandes masas de la población siguen marginadas de los beneficios del crecimiento económico?, ¿cuando la creciente interdependencia internacional no conoce de justicia social?

Debemos ser cautos a la hora de evaluar las futuras políticas ambientales que se quieran implementar, ya que no será posible algún desarrollo sustentable si no se elimina la pobreza que crece cada vez más dramáticamente.

La pobreza es considerada causa y efecto del deterioro ambiental. Los altos índices de pobreza que se registran en nuestra región reflejan claramente la situación injusta en que se encuentran nuestros países al tener que pagar altos intereses de la deuda externa. Estos pagos significaron para América Latina durante el período comprendido entre 1982 y 1989, una transferencia neta de capital de la región a los países acreedores de 200.000 millones de dólares.

Los Estados Latinoamericanos y, en particular nuestro país, están haciendo enormes esfuerzos para cumplir con las exigencias de la banca acreedora y el Fondo Monetario Internacional, mas estos esfuerzos no tienen que desvincularse del objetivo esencial de todo gobierno democráticamente elegido cual es, el de asegurar a su población una mejor calidad de vida.

Pero también los países industrializados deben, si quieren realmente proteger el medio ambiente, no sólo referirse a los problemas ambientales de carácter global, tales como el calentamiento global de la tierra, la elevación del nivel de los mares, disminución de la capa de ozono, etc., (como lo hacen en el marco de la UNCED), sino que también deben debatir y brindar soluciones a los problemas concretos del Tercer Mundo, que ellos mismos contribuyeron a crear.

Como lo expresa el informe de la Comisión de Desarrollo y Medio Ambiente de América Latina y el Caribe, conocido como "Nuestra Propia Agenda", a los numerosos problemas de carácter típicamente ambientales se suman otros de orden económico tales como:

- el flujo de capitales desde América Latina y el Caribe hacia los países desarrollados;
- el constante deterioro de los precios de las materias primas producidas por los países de la Región;
- la manipulación de las tasas de interés, factor que ha jugado un papel fundamental en el agravamiento del problema de la deuda externa;
- la inducción de patrones tecnológicos inapropiados;
- el proteccionismo comercial.

Todos estos temas que acabamos de mencionar deben ser objeto de un debate internacional, pero debe también quedar en claro que ningún desarrollo sustentable a nivel global será posible si los Estados industrializados, no dejan de lado un poco sus propios intereses, comprometiendo a la búsqueda de soluciones en conjunto. ¿Será esto posible? ¿Es el desarrollo sustentable una utopía? Esperemos que no.

(*) Art. 202: Será reprimido con reclusión o prisión de tres a quince años, al que propagase una enfermedad peligrosa o infecciosa para las personas.

LA CIUDAD LEGAL Y LA CIUDAD ILEGAL

La ley no es igual para todos

Por Jorge E. Hardoy y David Satterthwaite

Hasta no hace muchos años era común encontrar a los planificadores urbanos de los organismos oficiales del Tercer Mundo representando a las villas miserias, en sus planos de uso del suelo, como terrenos sin edificar o como espacios abiertos, como si estos terrenos superpoblados pero ilegalmente ocupados, habitados por miles de personas, de alguna manera no existieran. Estos planos ilustraban la actitud oficial hacia estos asentamientos, aún cuando alojaban a la tercera parte y hasta a la mitad de la población y de la fuerza de trabajo de una ciudad.

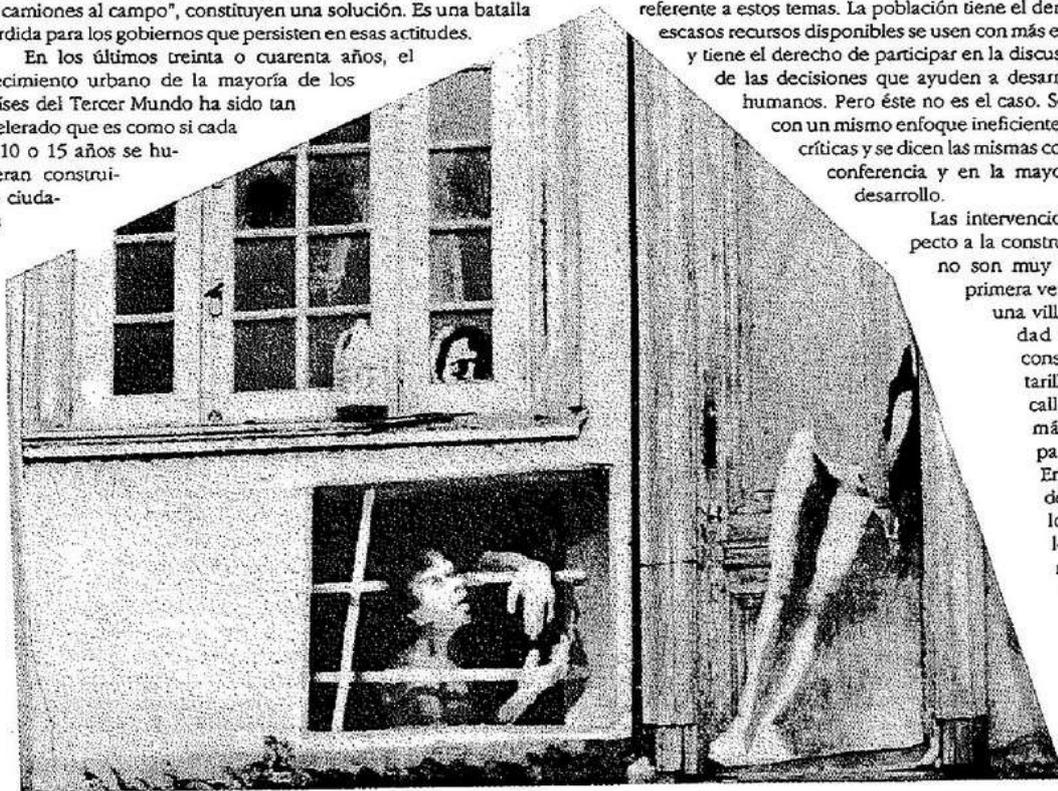
Las villas miserias y las otras formas de vivienda ilegal eran consideradas formas transitorias de alojamiento, que serían reemplazadas por viviendas convencionales una vez que se produjese el crecimiento económico esperado, como si todos los países del Tercer Mundo fueran a tener un proceso de desarrollo lineal, históricamente similar al experimentado por los países ricos del bloque occidental. Otra solución discutida e implementada fue la de eliminar esos asentamientos ilegales y trasladar a sus habitantes a zonas menos visibles y más distantes. A los gobiernos les llevó muchos años aceptar que un alto porcentaje de la población urbana no tiene otra alternativa de alojamiento que los asentamientos ilegales. Aunque poco a poco están reconociendo la forma en que crecen las ciudades, muchos gobiernos todavía persisten en intimidar a los habitantes de las villas miserias, desalojándolos por la fuerza, y en hostigar constantemente a los sectores de bajos ingresos para disuadirlos de invadir nuevos terrenos o de hacinarse en las villas existentes. Otros gobiernos, quizás en un intento por demostrar que están haciendo algo, intentaron expulsar por la fuerza a algunos habitantes de la ciudad a áreas rurales u otras regiones o hacerlos regresar a sus países de origen. Más preocupante es la negligencia con que los gobiernos ven los problemas de los barrios autoconstruidos e ilegales. Dadas las actuales circunstancias económicas, ni el hostigamiento, ni los desalojos, ni la negligencia, ni, obviamente, "el llevarlos en camiones al campo", constituyen una solución. Es una batalla perdida para los gobiernos que persisten en esas actitudes.

En los últimos treinta o cuarenta años, el crecimiento urbano de la mayoría de los países del Tercer Mundo ha sido tan acelerado que es como si cada 8, 10 o 15 años se hubieran construido ciudades

completamente nuevas en la periferia de las viejas ciudades o sobre ellas. En la arquitectura, en los usos del suelo y en la calidad de la infraestructura y servicios de estas ciudades se reflejan los privilegios de unos pocos y la pobreza de la mayoría. El planeamiento urbano y la legislación urbana vigentes refuerzan esta actitud porque contribuyen a segregar este crecimiento físico que refleja los intereses privados y especulativos de una reducida élite con respecto al suelo urbano y suburbano, y a la construcción especulativa de viviendas en barrios consolidados, provistos de servicios. No refleja, en cambio, la situación de los distritos donde se construye la mayoría de las nuevas viviendas, en las villas miserias o los asentamientos urbanos ilegales.

Los gobiernos y los organismos oficiales reducen, a menudo, el problema de la construcción y administración de las ciudades a una cuestión estadística; la solución más conocida es buscar más dinero. Dinero para construir más viviendas, cafeterías, calles y aceras; dinero para comprar autobuses o construir una línea de transporte subterránea, un hospital o escuelas. Cada ministerio nacional o departamento municipal y cada grupo social quiere más dinero para satisfacer sus planes y ambiciones. Cada uno tiene sus propias ideas sobre cuáles son las prioridades, porque les sirven a sus intereses y necesidades. Pero se hacen pocos esfuerzos para repensar la ciudad colectivamente en términos de una distribución más equitativa y eficiente de escasos recursos, lo que significa seleccionar tecnologías relacionadas con las reales posibilidades económicas de las sociedades nacionales y orientadas a satisfacer las necesidades de la mayoría; actualizar normas para la construcción de viviendas que permitan que cada ciudadano encuentre una solución legal a su problema, pero que sean lo suficientemente flexibles para permitir y promover el bienestar; y alentar gobiernos municipales basados en una actitud más participativa y amplia. También existe una brecha creciente entre lo que se plantea y lo que se hace referente a estos temas. La población tiene el derecho de exigir que los escasos recursos disponibles se usen con más eficiencia y honestidad, y tiene el derecho de participar en la discusión e implementación de las decisiones que ayuden a desarrollar mejores habitats humanos. Pero éste no es el caso. Se administra la ciudad con un mismo enfoque ineficiente. Se repiten las mismas críticas y se dicen las mismas cosas en conferencia tras conferencia y en la mayoría de los planes de desarrollo.

Las intervenciones oficiales con respecto a la construcción de las ciudades no son muy claras. A menudo, la primera vez que los habitantes de una villa o barrio de una ciudad oyen hablar de la construcción de un alcantarillado o de una nueva calle es al ver llegar las máquinas excavadoras para comenzar las obras. En casi todas las ciudades del Tercer Mundo los asentamientos ilegales han sido objeto, durante muchos años, de diversas políticas gubernamentales tendientes a mitigar los problemas sociales y ambientales con que se enfrentan los grupos de bajos ingresos que viven en el único tipo de aloja-



miento que pueden costearse. No quiere decir que estas políticas, cuando al fin se implementan, sean siempre generosas y amplias; sin embargo, en algunos países hay una nueva actitud oficial en cuanto a reconocer los derechos de los habitantes de las villas de emergencia a permanecer en ellas y a contar con los servicios básicos.

La legislación urbana en todo el Tercer Mundo refleja la influencia del derecho consuetudinario inglés, del derecho romano o islámico. Esta legislación no previó la transformación de la economía mundial, ni los cambios sociales y económicos en los países del Tercer Mundo, que darían como resultado asentamientos ilegales masivos alrededor de la mayoría de las ciudades. Por ejemplo, según la tradición del Código Civil Francés de 1804, el propietario público o privado del suelo es también dueño de la vivienda construida por el habitante de la villa, y éste (un intruso) puede ser desalojado sin indemnización.

Pero la aplicación de la ley, según ha demostrado la experiencia, es muy problemática. Vale la pena recordar que en la mayor parte de Asia y en casi todos los países de África al sur del Sahara, el sistema legal, en el cual se basa la actual legislación urbana, fue impuesto por los regímenes coloniales para garantizar (y legitimar) sus derechos y el acceso a los recursos. La planificación urbana en uso, y la legislación que la apuntala, fue fundamentalmente establecida para brindar a una reducida élite de europeos una alta calidad de vida y para dar una base legal a la administración colonial. Sólo unos pocos gobiernos —tanto nacionales como municipales— hicieron cumplir sistemáticamente esta legislación, si bien muchos recurrieron a la expropiación de tierras privadas, donde se habían asentado villas miserias, y pagaron una buena indemnización al propietario original. Los gobiernos resuelven el conflicto de intereses transformando esos solares en terrenos fiscales. Según comentara recientemente un autor venezolano, "esta paradoja parece reflejar una gran ambigüedad de la política estatal. Por un lado el Estado reconoce que una parte importante de la población carece de viviendas dignas y debe recurrir a las ocupaciones. Se delinean planes para solucionar el problema, se introducen diversas medidas y se invierten importantes fondos en áreas de bajos ingresos. Al mismo tiempo, el Estado paga generosas indemnizaciones tanto a los propietarios como a los ocupantes de los ranchos. De esto se puede deducir que el Estado está más interesado en dispersar los fondos, beneficiando a ciertas personas, que en tratar de solucionar efectivamente el problema" (Pérez Perdomo y Nikken, 1982). Esto puede conducir a extrañas distorsiones, como en los casos en que los propietarios de solares pagan a la gente para que organice la ocupación de sus tierras, pues así podrán obtener un mejor "precio" por la indemnización del Estado, que el que obtendrían de la simple venta de esas tierras.

Similares paradojas se pueden observar en las calles de las ciudades del Tercer Mundo. Los gobiernos reconocen que no hay suficientes empleos y que la mayoría de los trabajadores gana muy poco. Esto lleva a que muchos tengan que ganarse la vida realizando tareas que están en desacuerdo con las reglamentaciones vigentes. Muy pocos vendedores ambulantes que venden la misma mercadería que los negocios legales, tienen el correspondiente permiso de venta. Los gobiernos no prohíben esas transacciones ilegales, porque sin ellas muchas familias pobres no podrían subsistir. Pero, en consideración a las reglamentaciones vigentes y a los negocios legales ya establecidos, los vendedores ambulantes se ven constantemente hostigados por la policía y, con frecuencia, son llevados a las comisarías y multados. Horas más tarde estarán nuevamente en la calle, desarrollando sus actividades "ilegales", pues no tienen otra opción para ganar el dinero del cual depende su supervivencia.

En muchas ciudades no se construyen centros de salud, escuelas o redes de abastecimiento de agua dentro de los límites de las villas miserias precisamente porque éstas son ilegales. La ingerencia de algún organismo oficial en tales áreas representaría, para los propietarios de esos terrenos y la justicia, el reconocimiento tácito de una ocupación ilegal de tierras. Ejemplos similares se pueden dar para cada actividad diaria que desarrolla una familia pobre en cualquier ciudad del Tercer Mundo. La legislación urbana, laboral, sanitaria y ambiental, las reglamentaciones comerciales y edilicias, todos los procedimientos legales que intentan regular los actos de las personas en cualquier ciudad del Tercer Mundo, fueron sancionados originalmente en función de una situación ideal. Quizás, en un comienzo, hayan sido decisiones correctas, pero se volvieron tan complejas, rígidas e irreales, con referencia a las actuales circunstancias y a las posibilidades reales de los pobres, que



son transgredidas a diario por quienes enfrentan las mayores necesidades.

Demasiado a menudo suponemos que la ley es igual para todos. Cuando se sancionaron las constituciones nacionales se dio por sentado que todos los habitantes de un país disfrutaban de iguales oportunidades. De modo que las leyes vigentes se basan en un criterio de equidad. La realidad es muy diferente y no creemos que pueda producirse un cambio importante en el futuro próximo. Mucho de lo que aprendimos —y fundamentalmente, de lo que aprendieron los sectores de bajos ingresos— sobre las condiciones básicas para encarar la construcción y administración de ciudades más justas y equitativas, enfrentará enormes problemas para llegar a incorporarse a los programas y proyectos públicos más importantes, porque irá en contra de los principales preceptos en los que se basa la actual legislación. Si aspiramos a mejorar integralmente nuestras ciudades, deberán modificarse conceptos profundamente arraigados sobre la propiedad privada de la tierra y sobre la herencia de privilegios. El acceso a una vivienda, a servicios dignos y a iguales oportunidades de trabajo, deberían ser una responsabilidad colectiva. Esto sólo es posible cuando cada sociedad nacional y el mundo tomen conciencia de la necesidad de compartir riquezas y privilegios. Podemos seguir discutiendo sobre cómo mejorar la ciudad del Tercer Mundo, cuando en realidad sabemos que las características de su crecimiento produce problemas de tal complejidad que desafían cualquier solución posible bajo los actuales enfoques, con las instituciones existentes y con los marcos legales vigentes. Los gobiernos se están dando cuenta lentamente de esta realidad, en parte, quizás, gracias a los resultados de algunas conferencias, proyectos e investigaciones y a vinculaciones más estrechas entre investigadores y dirigentes vecinales, sindicales y políticos. Pero la mayor presión sobre los gobiernos proviene directamente de los grupos comunitarios, que todavía tienen una escasa representación en la mayoría de los gobiernos, si la tienen.

Es inevitable que la mayoría de la gente tenga poca fe en las leyes. Lo más probable es que muchos ni siquiera sepan que ciertas leyes existen. Cuando las leyes se aplican con severidad, los sectores de bajos ingresos simplemente las ignoran o tratan de convivir con ellas. Si las leyes son demasiado complejas y amenazan la supervivencia de estos sectores, éstos tratan de vivir de acuerdo a sus propios valores y códigos. Algo terriblemente erróneo debe ocurrir cuando muchas leyes son transgredidas tan a menudo, especialmente cuando la mayoría de los transgresores pertenecen al sector de bajos ingresos, y cuando sólo transgrediendo estas leyes pueden sobrevivir.

Hace algunos años, mientras recorríamos una villa de emergencia en Delhi, le preguntamos a uno de los habitantes de la villa (a través de un periodista nativo que iba con nosotros) qué había pasado con una vivienda que evidentemente había existido en un pequeño terreno baldío ubicado en medio de un distrito tan densamente poblado. Su respuesta, según la recordamos, fue la siguiente: "Aquí vivía una familia. Durante el último monzón la lluvia destruyó su vivienda. Como

no tenían dinero para comprar los materiales para construir una nueva (que estimamos podían tener un costo aproximado de 40 a 50 dólares), se mudaron de la villa para buscar otros medios de vida. Pero dijeron que pensaban regresar. Les estamos cuidando el terreno". A pesar de la desesperante escasez de terrenos y de que cada metro cuadrado de esa villa estaba ocupado por ranchos y casillas, los villeros o vecinos asumían la responsabilidad de guardar el sitio a una de sus familias, aún cuando toda la ocupación de la tierra era ilegal.

El valor de una ley y su justificación debería estar relacionado con los beneficios que una comunidad, en su conjunto, recibe de su aplicación. Pero casi nunca se modifica una ley para adaptarla a una nueva realidad. De modo que, a pesar de las transformaciones sufridas por las economías de la mayoría de los países, el sistema legal impuesto bajo circunstancias totalmente diferentes y, a menudo, por un poder foráneo, continúa vigente, apenas modificado. En los países del Tercer Mundo hay múltiples organismos, en todos los niveles del gobierno, dedicados a la tarea de establecer, administrar y revisar las normas urbanísticas, ambientales y habitacionales, tanto a nivel nacional como municipal. En muy raras oportunidades estos organismos oficiales toman en consideración los bajos ingresos de la población o las diferencias en la distribución de los ingresos, o el origen campesino de muchos pobladores urbanos o la diversidad de grupos culturales.

Más aún, la colonización extranjera, la influencia cultural extranjera y la asistencia técnica y financiera extranjera dieron como resultado una serie de leyes y normas urbanas, especialmente sobre edificación y zonificación, que alienaron y segregaron una cantidad cada vez mayor de gente. Para muchos regímenes coloniales, éste era su propósito: separar físicamente a los colonizadores y sus asociados nacionales de la población indígena. Generalmente se dejaba un "cordón sanitario" o espacio abierto, donde no se podía construir ningún edificio, entre la ciudad de los colonizadores y la de la población indígena. Aunque parezca increíble —con sólo algunas modificaciones, quizás— esta misma legislación es la que continúa vigente. Estos temas son de suma importancia para los países que sufren un rápido crecimiento urbano.

Muy pocos gobiernos han aprobado normas adecuadas y realistas, basadas en las posibilidades y recursos locales. Lo poco que se ha hecho, se hizo en las ciudades de mayor tamaño; muy pocos gobiernos han prestado atención a los centros urbanos pequeños o medianos, a pesar de que en ellos vive un importante porcentaje del total de la población urbana. Las pocas normas que se han establecido para estos últimos son, generalmente, réplicas simplificadas de las adoptadas para las ciudades de mayor tamaño o para las conurbaciones. Una vez que se adopta una legislación

urbana, ésta cambia muy lentamente. Las viejas legislaciones coloniales o aquéllas basadas en costumbres importadas de Europa, difícilmente constituyen una base realista para resolver las necesidades de ciudades de rápido crecimiento y, en gran parte, autoconstruidas con una gran escasez de inversiones.

Las leyes son sencillamente injustas porque significan una amenaza para los grupos menos privilegiados de cada día y porque debido a su pobreza no pueden cumplir con ciertas leyes. Un gran porcentaje de los habitantes de las ciudades de cualquier país del Tercer Mundo no podría sobrevivir si tuviera que cumplir con los códigos de edificación vigentes, o con los códigos laborales o civiles que determinan las relaciones laborales y comerciales, especialmente cuando los actos más simples de sus vidas —como son construir sus viviendas, ganarse un salario, obtener la comida que comen y el agua que beben— quedan fuera de la legislación establecida. Sería un gran acierto que los legisladores modificaran esas leyes y procedimientos poco realistas y que también eliminaran aquellas leyes innecesarias. La legislación urbana debería ser más generosa y flexible para adaptarse a la gran variedad de circunstancias y al ritmo con el que éstas cambian. También debería incorporar los objetivos particulares y las prioridades de los sectores de bajos ingresos, así como también la experiencia adquirida por los grupos comunitarios en la construcción y organización de sus barriadas. Si los códigos de edificación y sus reglamentaciones están principalmente destinados a promover la salud y la seguridad públicas, quizás serían más efectivos si buscaran servir de guía a la gente que autoconstruye la mayoría de las viviendas —los sectores de bajos ingresos— sobre cómo cumplir las normas de salubridad y seguridad a un mínimo costo. Es inútil decirle a alguien que autoconstruye su vivienda que "el nivel de

los cimientos (de su nueva casa) debe ser tal, que la profundidad mínima de las fundaciones, para evitar movimientos horizontales del suelo que recibe las cargas, debe ajustarse a la teoría de Rankine", teoría que está especificada en términos matemáticos, sin diagramas, dibujos o una sencilla explicación de lo que se exige. Sin embargo, lo transcrito es parte de las normas de edificación de la ciudad de Madrás que se aplican a todos los inmuebles dentro del radio urbano (McAuslan, 1985). Después de todo, los gobiernos del Tercer Mundo no pueden resolver todos los problemas al mismo tiempo, pero son necesarios enfoques más razonables y flexibles. Parafraseando un proverbio Masai, "un gobierno no puede ser fuente de toda sabiduría".

COMPILADOR: Christian Ferrer
EDITORIAL: Nordan - Comunidad. Montevideo, Uruguay.
TOMO I: El Pensamiento Anarquista Contemporáneo.
TOMO II: Filosofía de la Protesta Humana.-

Oh visitante, quizá no sea la peor forma de acercarse al **Pensamiento Anarquista Contemporáneo** (que así gusta llamarlo), tratar de escalarlo como a un árbol, que, anclando sus raíces en los textos clásicos, se eleve en fatal asalto al cielo, con sus últimas ramas novedosas.

Así, uno puede encontrar en el Lenguaje Libertario (que así gusta llamarlo) innumerables nuevas ramas, nuevos brazos del heroico tronco, nutridos de la misma y libre savia. Ramas entramadas en infinitas redes (Michel Foucault, "Las Redes del Poder"), ramas doradas, primitivas (Pierre Clastres, "Libertad, Desventura, Innombrable"). Ramas jerárquicas (Cornelius Castoriadis, "Poder, Política, Autonomía"), políticas (René Lourau, "Instituido, Instituyente, Contrainstitucional", "Los Intelectuales en el Estado"), naturalmente verdes (Murray Brookchin, "Ecología de la libertad"). Puede uno encontrar, incluso, aquella famosa rama de la Ciencia (Paul Feyerabend, "El Espectro del Relativismo", "La Ciencia en una Sociedad Libre"), o aún la rama rizomática, antiarborescente (Gilles Deleuze, "Posdata sobre las Sociedades de Control", "El Estado y la Máquina de Guerra"). Puede, si de brazos se trata, alcanzar idénticos brazos nacionales (Fernando Savater, "Teoría del Nacionalismo Performativo", "Teoría del Simpodio"; Agustín García Calvo, "Condiciones Constitutivas del Estado"), y puede analizar el temible brazo de la Ley (Nils Christie, "Las Imágenes del Hombre en el Derecho Penal Moderno"; Louk Hulsman y Jacqueline Bernat de Celis, "La Apuesta por una Teoría de la Abolición del Sistema Penal").

Pero, oh visitante, si alguno se acercara con ánimos de poda, creyendo poder de la "idea" desmontar ciertos "lastres", quizá pueda comprobar con asombro que, nuevamente, el árbol no dejó ver el bosque, aquel frondoso y aguerido bosque, paraíso en la Tierra, hogar del Hombre Natural, que circunda y protege al viejo tronco.

Entonces, más calmó y respetuoso, podrá acercarse uno a la **Filosofía de la Protesta Humana** (que así gusta llamarla) como adentrándose en un tupido bosque, estético territorio libre, donde encontrar innumerables especies, difícilmente reconocibles si se las observara desde lo alto del anciano tronco común. Podrá uno, atravesando lo mágico que siempre supone un bosque, disfrutar de novedosos troncos libertarios hasta ahora no observados. Voluntariosas especies indomables (Eduardo Colombo, "El Estado como Paradigma del Poder"; Amedeo Bertolo, "Poder, Autoridad, Dominio: Una Propuesta de Definición") y rebeldes troncos revolucionarios (Luciano Lanza, "La Revolución no ha Muerto"; Tomás Ibañez, "Adiós a la Revolución"). Pasionales columnas de la historia (Néstor Perlongher, "Los devenires Minoritarios"; Dora Barrancos, "Anarquismo e Historiografía: Un Balance") o alejadas versiones del Arbol del Saber (Tomás Abraham, "El Estado Terapéutico"; Horacio González, "Beberianas"; Héctor Schmucler, "La Aridez del Desencanto").

Y entonces, oh visitante, quien ha llegado a estos parajes queriendo atravesarlo, yerra, alegre y extraviado, contagioso, sin salida, marcado para siempre por el bosque. Cercano a cada árbol, nadie queda impune al intentar atravesar **El Pensamiento Anarquista**. Parte ya del bosque, oh visitante, terminas emboscado.

Alejandro Rúa



Este artículo fue publicado como capítulo 5º del libro "La Ciudad Legal y la Ciudad Real", IIBD, Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, 1987.

EL LENGUAJE LIBERTARIO

Presentación

Por Tomás Abraham

El siguiente texto es la transcripción de las palabras de presentación de Tomás Abraham al libro "El lenguaje libertario", compilado por Christian Ferrer.

Un cierto pudor —ajeno, el de Christian— y un cierto pudor mío, me va a eximir en este caso de hacer elogios. A Christian lo soporto desde hace muchos años y muchos años más lo voy a seguir soportando, como para que en este momento yo diga o insista en que es uno de los pensadores que tiene nuestra cultura y bien vale que cuide su salud.

La publicación de estos libros me crea una cierta dificultad. Primero, porque no he leído la gran mayoría de lo aquí escrito, por este sinnúmero de autores, aunque muchos de ellos me son conocidos. Otros no. Lo que sí he hecho es participar de esta antología. O sea, Christian invitó a un artículo mío a participar de esta antología, sabiendo que no soy anarquista, si es que alguien lo puede llegar a ser, en el sentido de ser anarquista, ¿no? A veces estoy en la anarquía, como otros también, pero no siempre.

Christian, en uno de sus prólogos —creo que en el del primer libro—, dice que al menos muchos de sus invitados, de sus elegidos en esta compilación, no se pueden catalogar de anarquistas. No es por un identikit, que él ha procedido a esta invitación, por su pertenencia a un movimiento, pero sí por tener un tipo de palabra o de actitud —dirían los griegos: de "ethos"—, de actitud frente a las cosas o al pensamiento por el que hay algo del orden de lo *anarquizante*, que es una palabra que me gusta más.

Viniendo a este lugar, me decía Christian: "No prepares nada porque es una reunión de familia" —numerosa, me doy cuenta—. Bueno, estaba pensando un poco, que algo tenía que decir, sin duda, porque no es una tal reunión de familia. Sino que aquí estamos todos con una cierta expectativa acerca, primero, de estos dos libros, de la reflexión que van a tener, porque son libros en los que hay un buen espectro de lo que es el pensamiento contemporáneo. Y a pesar de las distintas orientaciones y proveniencias de los que escriben aquí, están aquí reunidos bajo el tema del lenguaje libertario.

Estaba pensando: si esto es así, si Christian tiene razón, entonces quiere decir que hay algo que se está jugando en el pensamiento contemporáneo —más allá de las fronteras, que puede ser en Argentina, en Francia, en Alemania, en Grecia o en Estados Unidos— que él reconoce como perteneciente a la tradición anarquista. Y esto es algo moderno, porque evidentemente los autores que están aquí expuestos no son del siglo XIX, son actuales: algunos vivos, otros recientemente muertos, pero en todo caso vivos a través de su palabra.

Entonces, si él tiene razón, debe querer decir que el anarquismo ya no se puede catalogar como una filosofía política del siglo XIX, como la mayoría de nosotros cree que es. Claro que para esto, sin duda, el pensamiento anarquista debe transformarse, como todos los pensamientos políticos que vienen del siglo XIX.

Creo que nos estamos acercando al año 2000, al inicio del siglo XXI, es bastante curioso que esta cercanía al año 2000 me haga pensar que, en realidad, lo que está terminando culturalmente es el siglo XIX. Porque vamos a pensar el siglo XX. Estamos en el siglo XX, pero vamos a empezar a pensar el siglo XX, porque de alguna manera u otra, esta generación o la próxima va a hacer su pequeño balance del siglo XX. Que ha sido pocas veces hecho, porque estamos tan metidos en él y tan polémicamente metidos en él que pocas veces se hizo una especie de distanciamiento antropológico con respecto al siglo XX si lo comparamos con el uso que hemos hecho del siglo XIX. Porque vivimos del siglo XIX: vivimos de anarquismo, vivimos de socialismo, vivimos de liberalismo republicano, vivimos de Freud, vivimos de psicoanálisis, vivimos de Nietzsche, vivimos de todas estas cosas que son del siglo XIX.

Entonces creo yo que —más allá de si los Marx o los Nietzsche, o los Freud, o el anarquismo, etc., o los Bakunin y demás, morirán o no como vigencias culturales en el siglo XXI—, lo que sí creo que nosotros vamos a empezar a pensar es en esto que hemos vivido, y

que algunos de nosotros verá terminar o no, pero que no muchos de nosotros verá desarrollarse el próximo siglo —que es inicio de milenio también—. Vamos a empezar a pensar en este siglo XX. De sus subidas y de sus bajadas.

Y estos son autores del siglo XX. Y como autores del siglo XX yo creo que con respecto a la tradición anarquista esto implica cambios. Por lo que afirmaría, yo no soy un especialista en el tema, pero me parece que el anarquismo ya no tiene vigencia política. Y puede tener vigencia cultural. Y esto creo que constituye un problema.

Más que una respuesta es casi una pregunta: ¿algo puede tener vigencia cultural sin tener vigencia política? Porque la cultura tampoco es un formol. Pero la cultura tampoco es exactamente lo mismo que la política. Es posible configurar un movimiento cultural, como tantos ha habido, que tenga efectos políticos fuertes. Pero el movimiento anarquista como movimiento político, con ambiciones políticas, salvo que sea un movimiento político que no tenga ambiciones políticas, pero eso ya se escurre un poco del diagrama de lo que es la política, si la política es algo bien simple —y no la complico mucho y no hago la gran metafísica—: es conquista del poder y administración de él una vez conquistado. Indudablemente, yo creo que de alguna manera el anarquismo siempre estuvo incómodo en la política. Porque de alguna manera, creo yo, toda esta idea —utopía o no— de la autogestión, es el fin de la política.

Digamos, el anarquismo pertenece a todos estos movimientos que provienen del siglo XIX que cuando se meten en la política se sienten incómodos con ella, porque de alguna manera su ideal y su fin es el fin de la política, el fin de la dominación. Y no hay política sin dominación.

Entonces pienso que decir movimiento cultural no necesariamente debe ser una minusvalía, o algo despreciable, porque creo también que estamos casi condenados a ser últimamente seres culturales. Entonces bien vale que esto lo tomemos un poco en serio. Quiero decir: el espectro político lo podemos criticar o no en mayor o menor medida; pero la labor del intelectual, el que piensa o escribe o se mete con ciertas cuestiones culturales y políticas —más allá de si uno se retira o no, como decía Brocato aquí, y deja un vacío para que otros lo ocupen mal— de alguna manera todos estamos en una situación en Argentina —a eso me estoy refiriendo— difícil para una acción política, para pensar la política, en un país donde ha habido violencia, una guerra civil solapada, tantas muertes, etc., y que ahora se inscribe en una democracia tácticamente custodiada por no se sabe muy bien qué, ¿no?

El terreno de la cultura es un terreno político y no creo que sea un espacio necesariamente débil o de pensamiento débil. En este terreno el pensamiento anarquizante es un pensamiento sumamente actual. La figura de Michel Foucault, en la filosofía de la última mitad del siglo XX, que es una de sus figuras claves, dice que él hace "*anarqueología*", en vez de decir "arqueología", que es una palabra que siempre usó Foucault; él dice que hace *anarqueología*. El pensamiento del francés Gilles Deleuze, o la epistemología de, digamos, Feyerabend, o de tantos otros que podemos ubicar, es un pensamiento de tipo anarquizante, y que tiene efectos políticos. Ha tenido efectos políticos. No han sido intelectuales que han tenido una relación directa con movimientos de tipo anarquista. Pero su pensamiento ha creado, como dice Deleuze —y esto es muy importante— algo así como "*puntos de fuga*" en los sistemas.

El pensamiento anarquizante necesariamente es de disenso, es de oposición. Muere si es oficial. Esto es un karma: es algo que hay que soportar y de lo que hay que gozar. Es bueno estar en la oposición; es bueno. Es bueno discutir y es bueno polemizar. El pensamiento anarquizante es ahí donde tiene sus principales virtudes. Porque como todo sistema cultural y político se solidifica y se dogmatiza, el pensamiento crítico es lo que lo hace agujerear. Y muchas veces este agujereado no siempre cumple un papel revolucionario, muchas veces cumple sin querer un papel *evolucionista*. Grandes rebeliones de la humanidad han favorecido la dinámica de las sociedades, y no necesariamente las han volteado.

Entonces quiero decir simplemente esto, como conclusión (horrible palabra), que es: estamos viendo, dentro de ciertas ideologías políticas y de tipo político cultural del siglo XIX, nuevas facetas. El liberalismo del siglo XIX está volviéndose a enunciar en distintos idiomas, y no son todos iguales: desde el pragmatismo norteamericano de un Rorty, o la ética comunicacional de Habermas, o de otras escuelas filosóficas. No tiene un sólo idioma. Tampoco debemos cerrar los oídos a eso, puede ser interesante también. El socialismo debe repensarse y tiene que repensarse. Más en este momento, en donde ya no tiene una relación estrecha y necesaria con el Estado como la ha tenido durante este siglo. Desde el socialismo se puede llegar a pensar, hasta ahora se ha podido hacerlo limitadamente, mientras provocaba ciertos daños y algunos otros favores a la humanidad. Pero es un buen momento en el que puede pensar su propio idioma, si no lo está pensando ya. El anarquismo también.

Y creo que de este nuevo idioma que puede pensar el pensamiento anarquista, irrumpen dentro los elegidos por Christian, aquéllos que han creado el mejor idioma de hoy para poder volver a pensarlo. Listo, nada más.

NO MATARÁS

KRZYSZTOF KIESLOWSKI, 1988

Por Alberto Bovino

Tres vidas aparecen ante nuestros ojos: el taxista, el joven, el abogado. Tres vidas que terminan unidas e igualmente rotas. Tres vidas y sus respectivas crueles, lentas, premeditadas, inútiles y absurdas muertes.

Un joven toma un taxi, lo lleva a un lugar desolado y allí realiza el rito de la muerte. Con absurda y premeditada crueldad, ahorca, golpea y aniquila a su víctima: un taxista detestable. Un juicio que no aparece, que no vemos. El estado dicta su sentencia y en la cárcel se realiza el rito de la muerte. Con absurda y premeditada crueldad el estado golpea, ahorca y aniquila a su víctima: un joven detestable. Ambas muertes han sido lentamente diseñadas, obscenamente planeadas, estúpidamente logradas. El joven pensó, esperó, buscó, imaginó y, finalmente, sufrió y gozó cuando los años que quedaban se resolvieron en sus manos en un solo momento.

¿Cuál es la diferencia con el siguiente crimen? Su muerte también fue pensada, esperada, buscada, imaginada y, finalmente, sufrida y gozada. Así como el joven se partió entre el dolor y el deseo cuando aplasta la cabeza de su víctima, el fiscal representa al deseo en su ejecución, y su abogado al dolor. Así como el joven controló la resistencia de su sogá mientras tomaba un café y comía una masa de crema, el estado probó la cuerda de la horca y todo el mecanismo mientras el fiscal y el alcalde de la prisión charlaban amigablemente como quien se dispone a ir al cine. Así como se resistió la víctima mientras le quedaban fuerzas, el condenado trató de alargar su agonía fumando un estúpido cigarrillo que aumentaba sus posibilidades de contraer un cáncer de pulmón. Así como el joven meditó su decisión y eligió en qué momento mataría, el estado meditó su decisión e hizo hablar a sus jueces por él. Así como el joven tapó la cabeza de su víctima, el estado tapó los ojos del condenado para que éste no adivine su sonrisa.

El director dibuja analógicamente ambos crímenes, ambas muertes. El sin sentido de la pena aparece sólo como cronológicamente posterior al sin sentido de la primera muerte. La decisión de no mostrar el juicio destaca e iguala ambos sufrimientos. El director no quiere dar lugar a que el discurso jurídico nos enamore de la muerte. El discurso está ausente, y ello nos muestra, más que nunca, su presencia. El dolor está allí, en esa sala de audiencias donde se adivina el veredicto, en la angustia de una madre que no puede comprender la crueldad estatal, así como el taxista, gimiendo un "por favor, piedad", no pudo comprender por qué alguien tomó la decisión de acabar con su miserable vida.

La víctima no es víctima, no es el opuesto del criminal, es su igual. Es un ser detestable, gris, egoísta y tan humano como cualquier humano. El criminal es su gemelo. El primero odia a los gatos y a los hombres pero quiere a los perros, el segundo detesta a las palomas, los autos, la gente pero quiere a las niñas.

El estudiante de derecho, en su último examen, repite para ser aprobado: "la pena tiene como función evitar que los demás realicen

actos semejantes, el objetivo de la pena es disuadir a los demás". Repreguntado, da su verdadera opinión: "desde Caín, el castigo no soluciona nada y tampoco puede evitar el delito". No es esta una película contra la pena de muerte, es una película contra el castigo.

El abogado, el dueño del saber, es quien nos puede dar alguna clave. El condenado, el dueño del dolor, nos da la verdadera clave. El abogado se opone a la idea de castigo, pero quien lo sufre puede explicar mejor las cosas. El abogado cree que el castigo no soluciona nada. Y termina siendo cómplice, con su presencia que aporta la necesaria cuota de dolor, para igualar los hechos del primer delito. Pero cuando le dice al condenado: "no es contra tí, es contra tu acto", obtiene la verdadera pregunta: "¿Acaso no es lo mismo?" ¿Qué respuesta puede darse a semejante pregunta? ¿Qué nos puede decir el discurso jurídico para convencernos de que el condenado no tiene ingenua razón?

"No matarás" es una película abolicionista, esto es, una película contra el castigo. Haber usado la pena de muerte no es más que un recurso argumental que iguala lo que el discurso separa. Resulta más fácil igualar dos muertes, aunque una de ellas sea una pena, que igualar una muerte y el encierro. La idea de castigo cae cuando vemos que el victimario sufre tanto como su víctima; que a la irracionalidad del delito se le opone otro delito, sólo legitimado por una cuestión cronológica. Ninguna ley natural une la absurda muerte del taxista con la más absurda muerte de su victimario. Sólo una triste decisión política: el que las hace, las paga. La ley del ojo por ojo (que, obviando la pena de muerte, se ha transformado en ojo por tiempo), y tantos siglos han pasado en vano. La diferencia es que el estado tiene más fuerza a su favor. El primer delito, si eliminamos el factor sorpresa que juega a favor del joven, pone a dos personas de carne y hueso frente a frente, luchando entre sí. El segundo delito, si eliminamos el factor certeza, pone a una persona de carne y hueso frente a Levitán, en una lucha que ni siquiera se puede empezar. El mejor alegato de los últimos años contra la pena de muerte nada puede hacer contra la única sentencia posible. Los cómplices, como el abogado, que juegan con las mismas armas que la justicia brinda, no pueden contra ella.

Pero volvamos a la idea del castigo. ¿Qué puede lograrse con el sufrimiento? Hasta ahora poco han logrado sus partidarios. Pero insisten. ¿Qué nos estará pasando que insistimos tanto con el dolor ajeno? ¿Es que no podemos imaginarnos las mil muertes que sufre quien está encerrado? ¿En qué raptó de sadismo los dioses nos dijeron que al mal hay que agregarle un dolor enrejado? Deberíamos avergonzarnos de permitir tanto castigo diario, tanto sufrimiento inútil, tanto dolor provocado. ¿Pueden quietarse nuestras conciencias con el sencillo trámite de alzar una pared y algunas rejas? Eso parece desde hace doscientos años. Cada vez que la ley habla, excluye, encierra, disgrega y duele. Le duele al encerrado, quien se ve sometido a mil vejaciones diarias. Le duele a algunos jueces, que se ven compelidos a dictar sentencia. Nos debería doler a todos.

C O M E N T A R I O D E M U S I C A

CASSETTE: "Entresueños"

CANTANTE: Susanna Moncayo.

SELLO: Tarka (Buenos Aires).

SALE A LA VENTA: Diciembre de 1991.

COMENTARIO: M. A. G.

como muchos otros proyectos culturales en Argentina, incluyendo esta Revista, se concretan gracias a la ilusión, energía y confianza de los que participan en él. Combinando a estos ingredientes las ganas de sacar adelante un trabajo con niveles de calidad altos.

Susanna Moncayo dice vivir entre Madrid y Buenos Aires, lo cual es más una expresión de deseo que reflejo de la realidad, porque como cantante trabaja sobre todo en Europa y pasa allí la mayor parte del año, dedicándose especialmente a la música clásica. En el campo de la música popular ha cantado junto a figuras como Jaime Torres y ha participado en discos de Jean Michel Jarre, en París.

En la selección del repertorio para este cassette, influyeron no solamente la belleza musical de los temas (Milton Nascimento, Atahualpa Yupanqui, Paco Ibañez, Eduardo Falú, etc.), sino esencialmente las letras de cada una de las canciones (Homero Manzi, Miguel Hernández, Nicolás Guillén, Juan Goytizolo, Luis Rosales). Los arreglos y la dirección musical son mérito de Gabriel Senares y participan en los distintos temas grandes músicos, provenientes del jazz, el folclore y la música clásica.

El cassette está dedicado a Alicia, amiga y prima de Susanna, que fue secuestrada y desaparecida en 1977 cuando tenía 18 años.

Luego del cassette "Ruidos y Ruiditos", vol. 4, donde grabó como solista canciones de cuna de Sudamérica y España, aparecerá en diciembre de este año un nuevo trabajo musical de Susanna Moncayo, titulado "Entresueños". Un trabajo que

BIBLIOGRAFIA EXTRAVIADA

BARATTA, A. (1983), "La jurisprudencia y la ciencia jurídica como fuente del derecho", en Anuario de la Facultad de Derecho - Estudi General de Lleida *Las fuentes del Derecho*, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona.

BARCELONA, P. (1984), *I soggeri e le norme*, col. Per la storia del pensiero giuridico moderno 16, Giuffrè editore, Milán.

BERGALLI, R. (1983), "La instancia judicial", en R. Bergalli et al: *El pensamiento criminológico*, vol. II: *Estado y Control*, homo sociológico 29, Península, Barcelona. Edit. Temis, Bogotá.

(1984a), *Estado democrático y cuestión judicial* (Vías para alcanzar una auténtica y democrática independencia judicial), Depalma, Buenos Aires.

(1984b), "Independencia, autogobierno y asociacionismo de los jueces. Por una práctica judicial alternativa" en O. Ozlak (comp.): *Proceso, crisis y transición democrática*/1, Biblioteca Política Argentina 45, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires.

(1984c), "La estructura judicial en América Latina" (Bases para una necesaria organización democrática de la administración de justicia en América

Por un explicable e injustificable error, en el número anterior de esta revista, el artículo de Roberto Bergalli titulado "La quiebra de los mitos" fue publicado sin su bibliografía. En un intento por saldar la deuda la agregamos a continuación.

Latina desde la cuestión argentina) en G. Rusche y O. Kirchheimer. *Pena y estructura social*, col. Pensamiento Jurídico Contemporáneo, Edit. Temis, Bogotá.

(1984d), "El Estado democrático y la cuestión judicial: el caso argentino" en *Afers Internacionals*, primavera Nº 3, CIDOB-Barcelona.

(1985), "Argentina: aspectos de una sentencia y sus repercusiones" en *Afers Internacionals*, tardor-hivern Nº7, CIDOB-Barcelona.

(1986), "El poder y los jueces latinoamericanos (los modelos argentino y colombiano)" en *Afers Internacionals*, primavera Nº8, CIDOB-Barcelona.

(1990), "Jueces y justicia en Latinoamérica (Un aspecto de la sociología del control penal)" en L. Aniyar de Castro (ed): *Criminología en América Latina*, serie Criminología en los países en desarrollo, UNICRI, Roma.

(1991), "Selección de jueces y autogobierno de la administración de justicia" en R. Bergalli (ed): *Sociología del control penal*, *Onati Proceedings* (en prensa), Instituto Internacional de Sociología Jurídica, Onati (Gipuzkoa).

CONADEP (1984), *Nunca más*, Informe de la Comisión Nacional sobre Desapa-

rición de Personas, EUDEBA, Buenos Aires.

DE GIORGI, R. (1979), *Scienza del diritto e legittimazione*, De Donato, Bari.

LAMBERT, J. (1963), *Amerique latine*, P.U.F., Paris.

PEREZ GHILHOU, D. (1983), *Los jueces de facto-Amnistia política*, Temas de controversia constitucional, Depalma, Buenos Aires.

PICARD, E. (1987), "Come progredire rimanendo immobili? (Riflessioni sullo stato della magistratura in Francia)" en P.L. Zanchetta (a cura di): *Governo e autogoverno della magistratura nell' Europa occidentale*, Quaderni di "Questione Giustizia", Franco Agnelli, Milán.

PIZZORUSSO, A. (1987), "Ordinamenti giudiziari, forme di governo, realtà politiche" en P.L. Zanchetta (a cura di): op. cit. SMIRNOV, L.N. (1978), "La Cour Supreme de l'union des Républiques socialistes soviétiques" en P. Bellei y A. Tunc: *La Cour judiciaire supreme*, Economica, Paris.

WIETHÖLTER, R. (1986), *Rechtswissenschaft*, Fischer, Frankfurt.

ZANCHETTA, P.L. (1987) (a cura di): *Governo e autogoverno della magistratura nell' Europa occidentale*, Quaderni di "Questione Giustizia", Franco Agnelli, Milán.

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, 5º "A", (1425), Capital Federal, Argentina.

CONCURSO INTERNACIONAL DE ENSAYO

ORGANIZA: INSTITUTO LATINOAMERICANO DE SERVICIOS LEGALES ALTERNATIVOS

Existe en América y en otros continentes, una multitud de expresiones de regulaciones sociales distanciadas, opuestas, contrapuestas a las reconocidas y ejercidas por el Estado. Se presentan como un esfuerzo de resistencia, en algunos casos pasiva, oculta para la sociedad y en otros casos activa, insurgente. El caso más relevante es el de persistencia de las comunidades indígenas por preservar sus usos y costumbres frente a los ordenamientos estatales.

Una de las razones que podrían explicar esta pluralidad de órdenes, podemos encontrarla en la forma violenta de imposición de normas y costumbres, de comportamientos, que en muy pocos casos han consultado necesidades reales y que han sido legitimadas por normas adecuadas a determinados intereses. La ley oficial siempre ha sido extraña para el imaginario popular; los individuos o sus formas de organización no se sienten partícipes y no pueden serlo de un ordenamiento que sólo ejerce contra ellos una de las características de la norma: la prohibitiva, la coercitiva.

Frente a la norma escrita, que busca mantener un orden de privilegios, unas relaciones de dependencia, los usos, costumbres, tradiciones y regulaciones sociales alternativas han sido consideradas como peculiaridades exóticas y si acaso dignas de estudios antropológicos sin ningún nexo con la realidad real o como simple fuente "primitiva" del derecho positivo. Lo formal oficial es lo que prima, protegido y enardecido por una serie de ritos que lo mitifican y lo adoman de las connotaciones mágicas a fuerza de ser desconocidas y lejanas.

En los últimos años América Latina ha jugado un papel de búsqueda de pensamiento y práctica alternativa frente a los modelos que le han sido impuestos, por su evidente agotamiento e inadecuación, en diversos campos. Son múltiples los procesos de construcción en las áreas de la medicina, la educación, la tecnología, la investigación social. En ese sentido lisa se preocupa por crear un espacio para un replanteamiento del derecho desde un punto de vista crítico y alternativo y considera que el estímulo a una corriente de pensamiento innovativo debe partir, entre otras fuentes, de las prácticas sociales jurídicas paralelas.

La alternatividad que se descubre consiste no solamente en la no oficialidad de los ordenamientos sino en que se parte de principios opuestos a la categoría individualista presupuesto del orden tradicional, reivindicando lo colectivo o comunitario.

Dentro de esta categoría de lo alternativo, de lo paralelo cabrían diversas expresiones de grupos sociales. Podríamos pensar en los indígenas que mantienen sus reglas, autoridades, instancias ancestrales, a pesar de los siglos de dominación y que encaminan sus luchas actuales al reconocimiento de estados plurinacionales, lo cual sólo convalidaría la existencia de comunidades étnicas y culturales separadas del Estado Nacional.

También se incluirían a los campesinos y comunidades urbanas que en su lucha por la tierra, por la vivienda y los servicios públicos, han puesto en evidencia el desconocimiento de la norma que consagra la propiedad, como un derecho inviolable y de otro lado han generado un proceso dentro de estas comunidades donde se erigen verdaderos códigos de conductas que tienen una aplicación permanente.

Las comunidades que nacen a partir de estas reivindicaciones suelen autorregularse en materia de comportamientos respecto de la familia; respecto de las relaciones civiles; respecto de políticas de control social frente a las conductas antisociales atentatorias contra el grupo. Es un reivindicación del derecho a la autorregulación. Al mismo tiempo se mantienen usos y costumbres que regulan las relaciones individuales, como en el caso de transacciones sobre bienes que desconocen las limitaciones de parentesco consagradas en las legislaciones civiles y comerciales.

Otro sector que presenta alternativas de regulación propias, es el de las mujeres, situaciones regladas bajo patrones patriarcales que se contradicen con la realidad de miles de mujeres que asumen el papel de jefe de familia, sin que la ley les conceda ser cabeza de unidades familiares, para efecto de titulaciones de tierras. Por el hecho de no haber sido considerada la mujer sujeto pleno en el campo de las relaciones productivas, las lleva a múltiples respuestas organizativas que enfrentan tal discriminación, adquiriendo de hecho la capacidad que les había sido negada.

La investigación jurídica ha considerado tradicionalmente todas estas realidades paralelas —sobre todo las que se refieren a comunidades indígenas— como ordenamientos prejurídicos o como expresiones de derecho consuetudinario. Sin embargo, su presencia obliga a un replanteamiento teórico abriendo un nuevo campo de reflexión que puede denominarse pluralismo jurídico. Además, estos derechos paralelos son también expresiones de verdadera ruptura con el orden existente lo cual sugeriría una transformación social de carácter más profundo. En ese sentido buena parte de los interrogantes se refieren a la solidez, dinámica y potencialidad de ruptura de dichas expresiones.

Ilse se propone estimular la sistematización de estas ricas experiencias a través de un Concurso Internacional de ensayos abiertos a comunidades, abogados, investigadores sociales.

BASES DEL CONCURSO

Objetivo:

Estimular la investigación y reflexión sobre la existencia de ordenamientos jurídicos paralelos, de sus particulares relaciones con los sistemas jurídicos nacionales, de sus implicaciones políticas y potencialidades de ruptura.

Requisitos:

Un ensayo de no menos de 30 y no más de 60 cuartillas a doble espacio, en el cual, a partir de un análisis de caso (grupo, comunidad campesina o urbana, movimiento social, etc.) se desarrolle una reflexión a propósito del pluralismo jurídico. El estudio también puede ser la globalización, suficientemente documentada, de esta problemática de un país o región.

Participantes:

Los ensayos pueden ser de autoría individual o colectiva. En este sentido el concurso se abre a grupos o comunidades, lo mismo que a abogados e investigadores de diversas ciencias sociales.

Plazo:

Fecha límite de entrega:
30 de junio de 1992

Fallo:

Octubre 20 de 1992

Premios:

Primer puesto: Un viaje a un país latinoamericano durante un mes para conocer otras experiencias en este campo o US\$ 3.000; en caso de que el autor sea colectivo deberá ser designada una sola persona.

Segundo puesto: US\$ 2.000

Tercer puesto: US\$ 1.000

Idiomas:

Español, portugués, inglés o francés

Jurado:

Estará conformado por especialistas en el tema:

Alfredo Wagner, Brasil

Kent Mc Neil, Canadá

Carlos Mares, Brasil

Francisco Bailón, Perú

Eduardo Rodríguez, Colombia

María del Pilar Valencia, Colombia.

Informes:

Héctor Montecayo, Margarita Flores

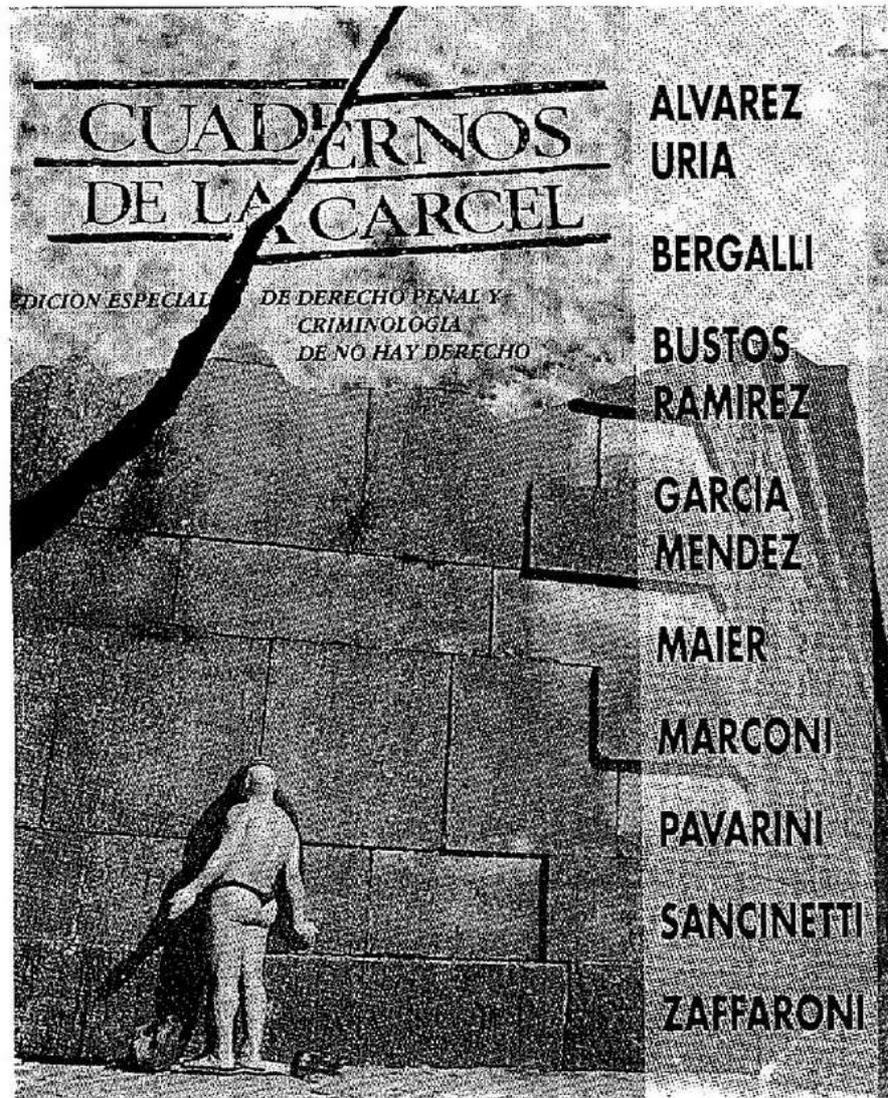
ILSA

A.A. 077844

Bogotá, Colombia

Calle 38 Nº 16-45, Teléfonos: (571)2455955 - 2884437 - 2884772,

Fax: (571)2884854



La perspectiva penal dominante se ha concentrado en la elaboración de un andamiaje teórico neutral y aséptico, capaz de dosificar el castigo de modo técnico, impersonal. La aplicación de este esquema como criterio decisorio para imponer penas ha causado en el mundo social un desastre mayúsculo. En los últimos quince años los propios operadores del sistema penal —jueces, abogados, profesores universitarios— han reaccionado contra este panorama, intentando articular nuevas propuestas teóricas a través y a partir de la percepción del efecto real de los distintos engranajes de la maquinaria penal sobre el tejido social.

La recopilación de artículos que integran esta edición especial de No Hay Derecho constituye una muestra de diferentes eslabones de este amplio espectro de crítica y reelaboración de las posiciones tradicionales de la teoría penal.