

NO HAY DERECHO



FEMINISMO Y PORNOGRAFIA

RONALD DWORKIN

DOSSIER: EL NUEVO JUICIO ORAL

COLABORA JULIO MAIER

GILLES

DELEUZE ENTREVISTA

NORBERTO

BOBBIO

SOBRE CRIMINOLOGIA
Y MARXISMO

NILS

CHRISTIE

INEDITO: EL OJO DE DIOS

CARLOS S.

NINO

FILOSOFIA Y CONSTITUCION

MAS

CORTE

DE MENEM

Lautremont, Foucault y la
muerte del hombre / El
derecho en la favela / El
sistema como utopía /
Control social de la infan-
cia / Decisionismo judicial
y ajuste / El auge de la
denuncia / Cuento: Doble
traición de F. Trazegnies.

AÑO 2 - NUMERO 6 - JUNIO DE 1992

SUMMA

- 2** **Libertad y pornografía.** Feminismo y censura.
Ronald Dworkin.
- 6** **Justicia tomada.** La Corte de Menem.
Christian Courtis.
- 9** **Fundamentos de derecho constitucional.** Examen jurídico, filosófico y político de la práctica constitucional argentina y comparada.
Presentación por *Carlos Santiago Nino* de su próximo libro.
- 10** **¡Átame!** Sobre el discurso decisionista y las urgentes necesidades del poder en América Latina. *Victor Abramovich.*
- 13** **Mi aniquilación será completa.** Lautremont, el Problema del Mal y la Muerte del Hombre. *Alejandro Rúa.*
- 17** **El derecho en la favela.** Notas sobre la historia jurídico-social de Pasárgada.
Boaventura de Sousa Santos.
- 20** **El ojo de Dios.** Anticipo del libro "Crime control as industry" de *Nils Christie.*
- 22** **HACIA LA GRAN REFORMA PROCESAL PENAL. DOSSIER.**
¡Hurra! Por fin ninguno es inocente. *Alberto Bovino.*
Código Levene: ¿Nacerá viejo y caduco? *Daniel R. Pastor.*
¿De qué reforma me hablan? *Fabrizio Guariglia.*
Entre la inquisición y la composición. *Julio B. J. Maier.*
- 29** **Gilles Deleuze:** El devenir revolucionario y las creaciones políticas.
Entrevista de Toni Negri.
- 31** **¡Mamá, el vecinito me pegó!** o acerca de la posibilidad de leer el auge de la denuncia televisada como una forma de alcanzar la república o consolidar el imperio. *Martín Abregú.*
- 34** **Derecho: el sistema como utopía.** Reflexiones en torno a Luhmann y otros temas. *Eduardo Angel Russo.*
- 36** **No hay menores de la calle.**
Mary Ana Beloff
- 38** **Sobre marxismo y cuestión criminal.**
Carta de *Norberto Bobbio* a Alessandro Baratta.
- 39** **Doble traición.** *Cuento.*
Fernando de Trazegnies G.
- 41** **Etcétera.**
Suscripciones, comentarios y noticias.

El siguiente es un muy reciente artículo de Ronald Dworkin (aparecido en Estados Unidos en agosto de 1991 y reproducido en Europa en octubre del mismo año) en el que se discute el intento de algunos grupos feministas de redefinir las libertades fundamentales; en este caso se debate un proyecto de censura de la pornografía, motivado por los efectos que ésta tendría sobre la representación social de la imagen femenina. Agradecemos a Beatriz Sarlo el habernos facilitado la nota.

LAS DOS LIBERTADES DE ISAIAH BERLIN

Quería intentar describir dos características principales de su argumentación, aunque me falte espacio para presentarlas en forma acabada. La primera es la célebre distinción, anunciada ya en el título, entre dos definiciones (estrechamente ligadas) de la libertad. La libertad negativa significa: que los demás no dificulten la realización de lo que nosotros deseamos hacer. Consideramos a algunas libertades negativas -por ejemplo la de expresarnos sin censura- como fundamentales y otras -como la de manejar a alta velocidad- nos resultan menores. Pero son dos ejemplos de libertad negativa y aun si un Estado puede justificar la imposición de límites de velocidad, por razones de seguridad y de comodidad, por ejemplo, sigue tratándose de una restricción a una libertad negativa.

La libertad positiva es el poder de controlar las decisiones públicas o de tomar parte en ellas, incluida la de intervenir en la decisión de restringir la libertad negativa. En una democracia ideal, el pueblo se gobierna a sí mismo. Cada uno posee la misma parcela de poder, y la libertad positiva está asegurada a todos.

En su lección inaugural, Berlin describió la corrupción histórica de la idea de libertad positiva: una corrupción que comenzó por la idea de que la verdadera libertad reside para cada individuo en el ejercicio de la autoridad por la parte racional de su ser más que por su parte empírica, es decir, en el ejercicio de la autoridad por una instancia dirigida a realizar otros fines que aquellos que el individuo elige por sí mismo. La libertad, según esta concepción, no es posible sino cuando los individuos son gobernados, brutalmente si es necesario, por dirigentes que conocen su verdadera voluntad, metafísica. De donde el pueblo es libre, aún contra su voluntad. Esta argumentación peligrosa y muy confusa, que sigue siendo poderosa, transformó en gran cantidad de países la libertad en tiranía. En rigor de verdad, llamando la atención sobre esta corrupción de la libertad positiva, Berlin no decía que la libertad negativa era la panacea y que debía ser mantenida bajo todas sus formas, en todas las circunstancias, por todos los medios. Por el contrario, más tarde dijo que los vicios de una libertad negativa excesiva y sin discernimiento eran tan evidentes, particularmente bajo la forma de la desigualdad económica salvaje, que no había creído necesario describirlos en detalle.

La segunda característica de la argumentación de Berlin es un tema retomado en el conjunto de sus escritos sobre la política: es la de subrayar la complejidad de los valores políticos y el error de los que suponen que todas las virtudes políticas deseables en sí pueden ser realizadas en una sola estructura política. El ideal platónico tradicional de fusión de virtudes y de objetivos deseables en sí mismos, realizado en instituciones que satisfagan a cada uno en justa medida y que no desamparen a nadie no es, en la óptica de Berlin, a pesar de toda su fuerza imaginaria y su influencia histórica, sino un mito seductor. Más tarde resumió sus ideas de este modo:

"Una libertad puede destruir a otra; una libertad puede dificultar la expresión o ahogar la aparición de condiciones de expresión de otras libertades, o de

LIBERTAD

una forma superior de libertad, o de la libertad para un mayor número de individuos; la libertad positiva y la libertad negativa pueden entrar en conflicto; la libertad individual o la libertad colectiva no son siempre compatibles con una participación plena en la vida común, que posee sus exigencias de cooperación, de solidaridad y de fraternidad. Pero más allá de estas cuestiones, hay un problema más grave: la necesidad suprema de responder a las exigencias de otros valores, no menos fundamentales, tales como la justicia, la felicidad, el amor, el florecimiento de las capacidades de creación de objetos nuevos, de experiencias y de ideas nuevas, y en última instancia el descubrimiento de la verdad. No se gana nada con identificar la libertad, en sus diferentes acepciones, con esos otros valores o con las condiciones de emergencia de la libertad; o con confundir los diferentes tipos de libertad" (2).

Las puestas en guardia de Berlin contra la confusión de las libertades positivas y negativas, y hasta de la libertad en sí, con otros valores, parecían, para los estudiantes de filosofía política de los años '50 en las democracias occidentales, aclarar las ideas sobre la situación de los regímenes autoritarios de otros períodos y de otros países. Aun si libertades preciosas eran amenazadas en Estados Unidos y Gran Bretaña durante ese período, las amenazas no provenían de ese tipo de confusión. Los adversarios de las libertades negativas eran poderosos, pero defendían abiertamente ideas primarias. Joseph Mc Carthy y los suyos no se apoyaban sobre ninguna concepción kantiana, hegeliana o marxista del individuo para justificar la censura y las listas negras. No oponían una libertad a otra, sino la libertad a la seguridad. Proclamaban que una libertad de expresión demasiado amplia los volvía vulnerables a los espías, a los saboteadores y, finalmente, a la invasión.



Y PORNOGRAFIA

Por Ronald Dworkin
Traducción de Mary Ana Beloff

FRENTE A LA PORNOGRAFIA

En Estados Unidos y Gran Bretaña, a pesar de reformas limitadas, el Estado intentó reforzar la moral sexual tradicional en lo relativo a la pornografía, la anticoncepción, la prostitución y la homosexualidad. Los conservadores que sostuvieron estas restricciones de la libertad negativa no acudían sin embargo a una idea superior o diferente de la libertad, sino a valores que no tienen nada que ver con ella: la religión, la moralidad y los valores familiares tradicionales. Las luchas por la libertad oponían hasta hoy campos identificables. Los liberales estaban a favor de la libertad salvo en algunas circunstancias, cuando se trataba de la libertad negativa de los hombres de negocios. Los conservadores estaban a favor de la libertad económica, pero se oponían a las libertades que entraban en conflicto con la seguridad o con su concepción de las conveniencias y de la moralidad.

Pero hoy el mapa político se ha transformado y aparecen nuevos adversarios de ciertas libertades negativas. En Estados Unidos y Gran Bretaña conflictos sobre las minorías y la igualdad de los sexos modificaron las divisiones tradicionales. Los discursos que denotan el odio racial o el desprecio hacia las mujeres son considerados como cada vez más insoportables por personas cuyas convicciones son en otras áreas liberales. No es entonces sorprendente que traten de acomodar sus convicciones liberales con su reivindicación de la censura, adoptando una nueva definición de lo que es la libertad bien comprendida. Ello se entiende, pero implica una peligrosa confusión, y las advertencias de Berlín, lanzadas cuando tenía otras cuestiones en mente, permanecen actuales.

Querría ilustrar estas afirmaciones a partir de un solo ejemplo: un proceso provocado por el intento de ciertos grupos feministas americanos de hacer condenar por la ley lo que ellos consideran como formas particularmente intolerables de pornografía. Elijo este ejemplo no porque la pornografía sea más importante o más peligrosa o más intolerante que los insultos racistas o que otros discursos repugnantes, sino porque el debate sobre ella ha ocasionado la discusión más rica y más completa.

Los esfuerzos de Catharine Mac Kinnon, profesora de derecho en la Universidad de Michigan, y de otras feministas, condujeron a la ciudad de Indianápolis (Estado de Indiana) a promulgar una ordenanza antipornográfica. La ordenanza definía como pornográfico "la representación del sometimiento sexual de las mujeres, por medio de imágenes o de palabras..." y precisaba que estaban comprendidos en esta definición los artículos pornográficos que presentan mujeres gozando con una humillación o una violación; o mujeres sometidas, torturadas o golpeadas; o mujeres colocadas en posturas serviles, de sumisión o de exhibición. No aceptaba ninguna excepción para obras literarias o artísticas, aunque sus oponentes hayan subrayado que, aplicada al pie de la letra, la ordenanza podría hacer condenar a *Ulysses* de James Joyce, *Memories of a woman of pleasure* de John Cleland, muchas obras de D.H. Lawrence, y aun *Leda and the cygnet* de Yeats. Pero los grupos que apoyaron la ordenanza replicaron que no se inquietaban por la

obscenidad o por la indecencia en sí, sino por las consecuencias que para las mujeres podían acarrear ciertas formas de pornografía. Verdaderamente pensar que el hecho de aceptar excepciones debilitaría sus reivindicaciones (3).

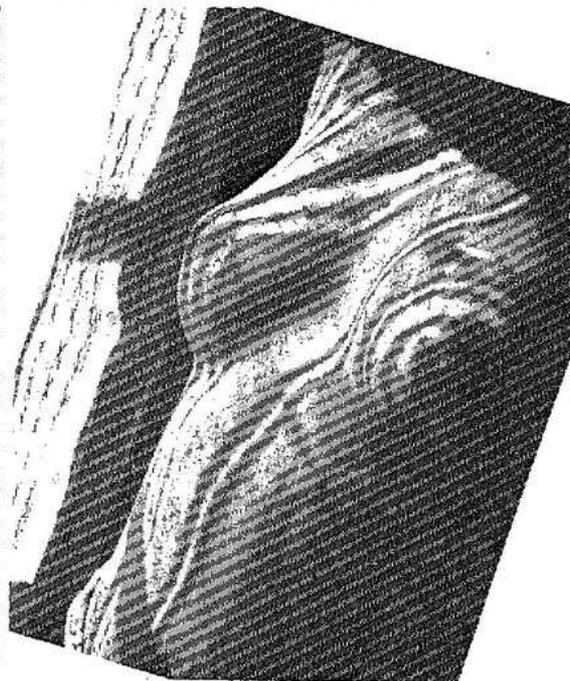
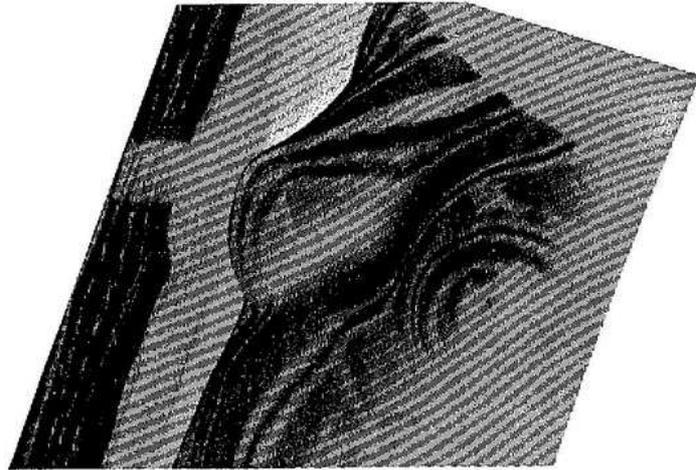
La ordenanza no se conformaba con reglamentar la difusión de la pornografía, o con restringir su venta o distribución en determinados lugares, o con proteger a los niños de la presentación de la pornografía. El hecho de reglamentar la difusión de este tipo de artículos no restringe la libertad negativa: si la reglamentación es razonable, es compatible con la libertad de expresión. La reglamentación de la venta vuelve sin duda los artículos pornográficos más caros o de más difícil acceso, pero no contradice el principio según el cual nadie debe ser impedido de publicar o de leer las obras que quiera so pretexto de que su contenido es inmoral o desagradable (4). La ordenanza de Indianápolis ha ido más lejos, prohibiendo toda "producción, venta, presentación o distribución" de todo aquello definido como pornográfico.

Los editores y el público que manifestaron el deseo de leer las obras prohibidas organizaron una rápida respuesta. El Tribunal Federal resolvió que la ordenanza era inconstitucional porque violaba la primera enmienda de la Constitución americana que garantiza la libertad de expresión. La Corte de Apelaciones de la Séptima Circunscripción confirmó el fallo del Tribunal Federal, y la Corte Suprema de los Estados Unidos rechazó revisar ese pronunciamiento. La sentencia de la Corte de Circunscripción formulada por el juez Easterbrook, remarcaba que la ordenanza no condenaba los artículos obscenos o provocadores en general, sino solamente aquellos que reflejaban la opinión de que las mujeres pueden ser sometidas o que les gusta ser dominadas o que hay que tratarlas como si así fuera. Easterbrook decía que el fin de la primera enmienda era justamente proteger todos los discursos de las censuras fundadas en el análisis de sus contenidos. La censura es autorizada en determinadas circunstancias, si se impone sobre formas de expresión directamente peligrosas -gritar ¡fuego! en una sala repleta o incitar a una muchedumbre a la violencia, por ejemplo- o sobre formas de expresión particular e inútilmente molestas -difundir en medio de la noche ruidos de camiones en barrios residenciales, por ejemplo-. Pero nadie debe ser censurado, escribe Easterbrook, por la razón de que el mensaje que intenta difundir sea inmoral o porque exprese ideas que no deban ser oídas.

Por cierto, no está universalmente admitido que la censura no deba jamás estar fundada sobre el contenido. La "British Race Relation Act", por ejemplo, prohíbe todos los discursos racistas, y no solamente aquellos susceptibles de conducir a la violencia, presentando el argumento de que los miembros de las minorías deben ser protegidos de los insultos racistas. En Estados Unidos, no obstante, este tipo de ley sería contraria a la Constitución a menos que una necesidad acuciante, y no sólo la desaprobación de la mayoría, lo exija. La pornografía es desagradable: es un insulto tanto para las mujeres como para los hombres. Pero no podemos considerar, sin destruir el

principio según el cual la forma de expresión que rechazamos tiene derecho a la misma protección que las otras, que se trata de una razón suficiente para prohibirla. La esencia de la libertad negativa es la libertad de provocar: vale tanto para el hombre inmoral como para el héroe.

Los abogados que defienden la ordenanza de Indianápolis presentan otra justificación para prohibir la pornografía: ésta causa, según ellos, perjuicios a las mujeres, además de insultarlas. Pero sus argumentos mezclan diferentes tipos de perjuicios, de modo que es necesario distinguirlos. En principio, afirman que ciertas formas de pornografía acentúan los riesgos de violación o de violencia física contra las mujeres. Si fuera cierto, si el peligro fuera reconocido y acuciante, entonces sería en efecto justificado censurar este tipo de pornografía, salvo que métodos menos restrictivos, como el consistente en limitar la audiencia de la pornografía, sean más fácilmente realizables, más apropiados y más eficaces. Pese a ello, aun existiendo cierto reconocimiento de que la familiaridad con la pornografía debilita la actitud crítica de los individuos frente a la violencia sexual, no existe prueba convincente de que ella sea directamente la causa de las agresiones. La Corte de la Séptima Circunscripción ha citado numerosos estudios (comprendido el de la "Williams Commission" de 1979 en Gran Bretaña) que coinciden en la conclusión de "que no es posible demostrar la existencia de un nexo directo entre la obscenidad y la violación". Un informe reciente fundado sobre un estudio de un año en Gran Bretaña declara: "La pornografía no aparece como una causa de perversión sexual. Aparece más bien como un elemento de la perversión sexual" (5).



FEMINISMO Y PORNOGRAFIA

Algunos grupos feministas consideran a la pornografía dentro de las causas del sometimiento general de las mujeres. La pornografía, afirman, favorece la desigualdad de los sexos. Pero aun si se pudiera establecer que existe una conexión causal entre la pornografía y las estructuras económicas, en las cuales pocas mujeres acceden a los más altos empleos u obtienen, por el mismo trabajo, el mismo salario que los hombres, ello no sería suficiente para que se pudiera, sin contradecir la Constitución, justificar la censura. Sería evidentemente inconstitucional prohibir discursos que preconicen la atribución a las mujeres de roles inferiores, o incluso de ningún rol en absoluto, en los negocios o la vida profesional, aun si esos discursos llegaran a un auditorio masculino y consiguieran sus fines. Que la pornografía contribuya a la desigualdad económica y social no puede entonces ser un argumento para prohibirla.

Pero los argumentos feministas más elaborados presentan un motivo de censura que va más lejos: la libertad negativa de aquellos que defienden la pornografía entra en conflicto no solamente con la igualdad de los sexos, sino también con la propia libertad positiva, porque la pornografía conduce a un sometimiento político, y no solamente económico y social, de las mujeres. Por supuesto, la pornografía no prohíbe votar a las mujeres, tampoco desvaloriza su voto. Pero crea un clima en el cual las mujeres no tienen el menor poder político ni la menor autoridad, ya que son subestimadas e incomprendidas por ser desvalorizadas por los fantasmas masculinos. Examinemos estas citas extraídas de un trabajo de la principal promotora de la ordenanza de Indianápolis: "[La pornografía] institucionaliza la sexualidad de la dominación masculina, amalgamando la erotización de la sumisión y de la dominación con las relaciones sociales de hombres y mujeres (...). Los hombres tratan a las mujeres en función de la representación que de ellas tienen. Y es la pornografía la que les da esta representación. El poder de los hombres sobre las mujeres significa que la forma que tienen los hombres de ver a las mujeres define la identidad de las mujeres." (6).

Comprendida de este modo, la pornografía niega la libertad positiva de las mujeres. Niega su derecho a ser dueñas de modelar su imagen en la vida social y política a partir de los fantasmas masculinos. Es un argumento poderoso, aun desde el punto de vista de la Constitución, porque muestra un conflicto no sólo entre la libertad y la igualdad, sino en el interior mismo de la libertad, es un conflicto que no puede ser evitado afirmando que la libertad debe conllevarlo. ¿Cómo responder al argumento planteado de esta forma? Primero debemos remarcar que el argumento permanece causal. No dice que la pornografía sea la consecuencia, o el síntoma, o el símbolo de la manera en la que la identidad de las mujeres es

reconstituida por los hombres, sino que la pornografía es una causa o un instrumento de esta reconstitución.

Esto parece muy improbable. La pornografía es repugnante, pero su presencia no es generalizada. No parece que tenga la misma influencia permanente sobre la forma en la que la sexualidad, el carácter o las capacidades de las mujeres son percibidos por los hombres, que las publicidades o las telenovelas. La televisión, como otros pilares de la cultura popular, utiliza frecuentemente la representación o la alusión sexual para vender casi cualquier cosa, y presenta a menudo a las mujeres como expertas en detalles domésticos, seres dotados de una intuición irracional y nada más... Las imágenes que crea son disimuladas y omnipresentes, y no sería sorprendente saber, por un estudio cualquiera, que crean un prejuicio importante en la manera en que las mujeres son percibidas y admitidas en la escena política. La pornografía, que es sin embargo mucho más desagradable, es ampliamente eclipsada por estas influencias culturales nocivas.

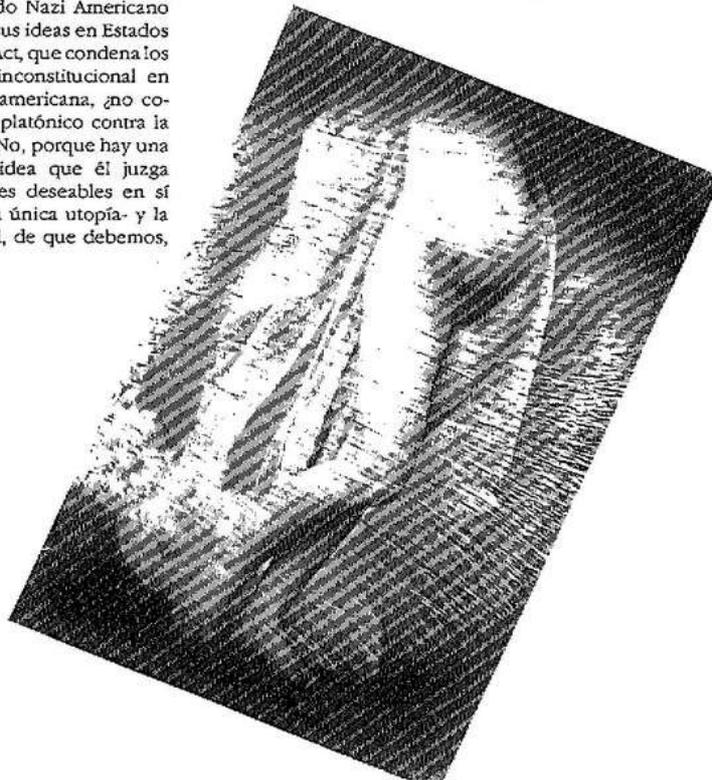
El fallo del juez Easterbrook aceptaba, pero solamente a título de ejemplo, que la pornografía haya tenido las consecuencias de las que hablaban los promotores de la ordenanza. Precisaba, sin embargo, que el argumento no podía ser sostenido porque el objetivo mismo de la libertad de expresión es que las ideas tengan sus consecuencias, aunque se trate de consecuencias indeseables para la libertad positiva. "Conforme la primera enmienda de la Constitución - escribe - el gobierno debe dejar a los individuos juzgar por ellos mismos las ideas. Inmoral o solapada, una idea no tiene más que la fuerza que le otorga su auditorio (...) [Las consecuencias supuestas] no hacen sino demostrar la fuerza de la pornografía en tanto que forma de expresión".

Ese es el sentido de la ley constitucional: autoriza al Ku Klux Klan y el Partido Nazi Americano (American Nazi Party) a difundir sus ideas en Estados Unidos, y la British Race Relation Act, que condena los discursos de odio racial, sería inconstitucional en Estados Unidos. Pero la actitud americana, no corresponde a la idea de absoluto platónico contra la que Berlin nos puso sobre aviso? No, porque hay una diferencia importante entre la idea que él juzga absurda - a saber, que los ideales deseables en sí mismos pueden fundarse en una única utopía - y la idea, que él consideraba esencial, de que debemos,

en tanto que individuos y en tanto que Nación, elegir entre las diferentes combinaciones posibles de ideales, un conjunto coherente, aunque siempre inevitable y lamentablemente limitado, a fin de definir nuestro modo de vida individual y colectivo. La libertad de expresión, concebida como una libertad negativa fundamental y protegida como tal, es la elección central de las democracias modernas, elección a la que debemos hacer honor encontrando nuestras propias formas de combatir las desigualdades inaceptables que padecen las mujeres.

Pero debemos ahora examinar otro argumento que, si es convincente, no podrá ser contradicho con los mismos argumentos, porque muestra que la pornografía provoca un conflicto entre dos libertades de expresión diferentes. El argumento en el que pienso, que ha sido presentado notablemente por Frank Michelman, de la Harvard Law School, extiende la idea de libertad negativa de una manera inesperada. Indica que ciertas formas de expresión, entre las que se encuentra la pornografía, imponen por sí mismas el silencio: prohíben a otros individuos ejercer su propia libertad de expresión.

Es obviamente reconocido por la jurisprudencia de la Primera Enmienda que determinadas formas de expresión ahogan la libertad de expresión. Las autoridades deben oponerse a la libertad de expresión cuando ella no es sino un escándalo que prohíbe a cualquiera expresarse o ser oído. Pero Michelman va más lejos. Afirma que una mujer puede ser reducida al silencio no solamente por un escándalo que tapa su voz, sino también por una forma de expresión que, por argumentos e imágenes, modifica la percepción que el auditorio se forma de la mujer, de su personalidad, de sus necesidades, de sus ganas, de su condición; y que puede aún modificar la idea que la propia mujer tiene de lo que es y de lo que quiere. Este



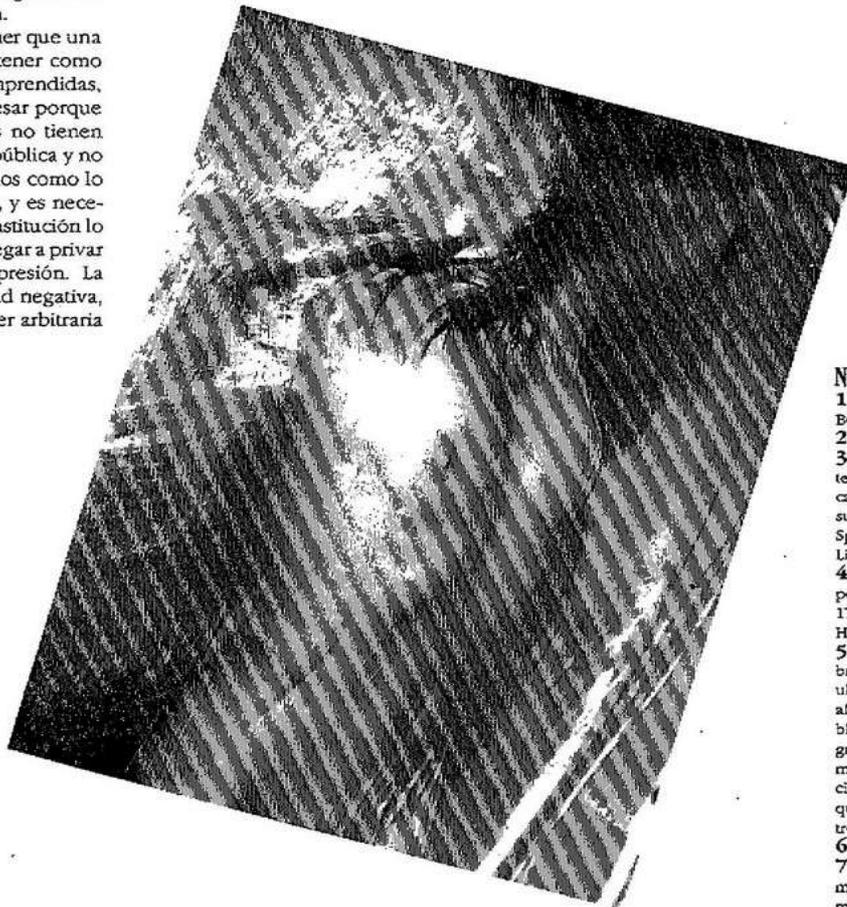
tipo de discurso impone el silencio a las mujeres, según Michelman, al prohibirles contribuir en el debate defendido, como lo recordaba el juez Easterbrook, por la Primera Enmienda, debate en el que las ideas se confrontan libremente para convencer. "Es una reivindicación aceptable -escribe Michelman- decir que la pornografía es la causa del sometimiento de las mujeres y de su imposibilidad de expresarse (...) Es una cuestión importante saber si nuestra sociedad abierta a la competencia no tiene necesidad de una protección contra las acciones represivas privadas tanto como públicas" (7).

Si nuestro compromiso en favor de la libertad negativa es consecuente, si defendemos la libertad de expresión a fin de vivir en una sociedad donde toda idea pueda manifestarse, entonces debemos censurar ciertas ideas para permitir a otras expresarse. Michelman impugna la distinción, arbitraria según él, que establece la ley constitucional americana entre la represión de ideas por la fuerza pública y su represión por la voluntad privada; una preocupación de real defensa de la libertad positiva se inquietaría por las dos formas de represión. Se puede responder que la ley no distingue entre fuerza pública y fuerza privada, sino entre libertad positiva y libertad negativa. Sería sin embargo contradictorio que una constitución prohibiera la censura oficial y protegiera el derecho de ciertos ciudadanos de prohibir físicamente a otros ciudadanos difundir sus propias ideas. Esto permitiría a ciertos ciudadanos violar la libertad negativa de otros, impidiéndoles decir lo que quieren.

Pero no hay contradicción en sostener que una idea debe poder ser oída, aun si puede tener como consecuencia que otras ideas sean mal comprendidas, o desconsideradas, o imposibles de expresar porque quienes son susceptibles de defenderlas no tienen ningún dominio sobre su propia imagen pública y no pueden en consecuencia ser comprendidos como lo desean. Son consecuencias muy nefastas, y es necesario luchar contra ellas tanto como la Constitución lo permita. Pero estas actitudes no pueden llegar a privar a los individuos de su libertad de expresión. La distinción entre libertad positiva y libertad negativa, como lo subrayaba Berlin, está lejos de ser arbitraria o inconsecuente.

Es, por supuesto, comprensible que Michelman y otros intenten ampliar la idea de libertad negativa como tratan de hacerlo. La definición de ciertas ideas como "ideas que imponen el silencio" y la hipótesis según la cual la decisión de censurar la pornografía equivale a impedir, en una asamblea, a algunas personas ensordecer a otras son los únicos argumentos que pueden permitirles justificar la censura sin salir de los límites de la Constitución, que acuerda un lugar eminente a la libertad de expresión. Pero la asimilación de la pornografía a un alboroto pertenece a esas confusiones contra las que Berlin nos ponía en guardia en su lección inaugural, porque ellas no clarifican las decisiones políticas que es necesario tomar. Recurro a la lección de Berlin, que ha tratado la cuestión con esa combinación de claridad y de amplitud que ya he señalado:

Sería culpable si en ciertas circunstancias no estuviera dispuesto a sacrificar un poco de libertad. Pero un sacrificio no es un triunfo de aquello que es sacrificado, en este caso la libertad, sea cual fuere la necesidad moral o la compensación que se reciba por ello. Las cosas son lo que son: la libertad es la libertad y no la igualdad, ni la equidad, ni la justicia, ni la cultura, ni la felicidad, ni la tranquilidad de la conciencia. 5



NOTAS

- 1 "Dos concepciones de la libertad" en Berlin, Isaiah, *Elogio de la libertad*.
- 2 *Ibidem*.
- 3 MacKinnon ha escrito significativamente: "Si una mujer es sometida, ¿en qué cambia que la obra tenga otro valor?" Ver su artículo "Pornography, Civil Rights and Speech", en *Harvard Civil Rights, Civil Liberties Law Review*, vol. 28, p. 21.
- 4 Ver mi artículo "Do we have a right to pornography?", reproducido en el capítulo 17 de mi libro *A Matter of Principles*, Harvard University Press, 1985.
- 5 Ver el *Daily Telegraph* del 23 de diciembre de 1990. Bien entendidos, estudios ulteriores contradirán posiblemente estas afirmaciones. Pero parece muy improbable que se pueda demostrar que la pornografía acentúa las violencias físicas en las mismas proporciones que las representaciones no pornográficas de la violencia, que están mucho más presentes en nuestros medios masivos y en nuestra cultura.
- 6 MacKinnon, "Pornography...". Ob. cit.
- 7 Michelman, Frank, "Conception of Democracy in American Constitutional Argument: The case of pornography regulation", en *Tennessee Law Review*, vol. 56, numero 291, 1989, pp 303-304.

JUSTICIA TOMADA

o bien algunas observaciones acerca del papel de la justicia en el modelo menemista.

Por Christian Courtis

La primera actitud que ha provocado el actual manejo de la cuestión judicial es la denuncia. Medios de comunicación, sectores de la oposición y hasta sectores del oficialismo señalan el avasallamiento del modelo institucional de equilibrio de poderes establecido por la constitución, por parte del Ejecutivo y la mayoría de la Corte.

Quedan pocas dudas acerca de la fragilidad de la independencia judicial frente al poder político, y aún menos dudas acerca de qué intereses son los que guían las decisiones últimas de la Corte. Sin embargo, esta actitud de denuncia, que se limita a declamar la ilegalidad de la actuación del Ejecutivo y la dudosa legitimidad de

la Corte, debe ser complementada por el estudio de cuál es el nuevo papel que corresponde a la Corte en un mapa institucional que - evidentemente- se ha modificado. La intención de esta nota es la de esbozar algunos ejes de análisis que permitan abordar estos temas, con los que lamentablemente deberemos convivir en los tiempos próximos.

LA CORTE DE MENEM

1. EL SINDROME ROOSEVELT

En *Robo para la corona*, Verbivsky sugiere la hipótesis de que la ofensiva del gobierno por el dominio de las instancias supremas del poder judicial nace del temor presidencial por el posible rechazo de la Corte de su proyecto económico-social. De acuerdo con esta interpretación, Menem tenía en mente las dificultades que debió enfrentar Theodore Roosevelt cuando la Suprema Corte americana objetó la constitucionalidad de algunas medidas tomadas en el marco del *New Deal*. Verdadera o no, la hipótesis presenta un punto de partida interesante para analizar el realineamiento de los poderes políticos y el poder judicial.

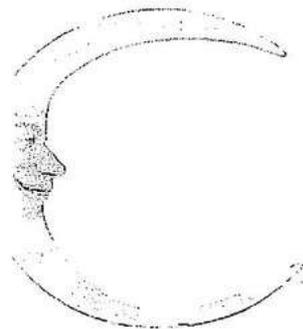
Una primera observación de la comparación del caso Roosevelt con el presente argentino causa el asombro habitual al que nos tiene acostumbrado nuestra institucionalidad de raíces corporativas y carismáticas. Más allá de la ironía que suscita la comparación del *New Deal* con el menemato, lo cierto es que entre el original y la copia las distancias son tan gruesas que rozan la caricatura. En el caso norteamericano, Roosevelt, al ver rechazadas por la Corte varias de las medidas económicas adoptadas, **amenazó** con licuarla aumentando el número de miembros. El episodio, que no pasó de la amenaza, se resolvió institucionalmente varios años después, con la "conversión" de uno de los jueces, y la renuncia de otros dos que fueron reemplazados por

magistrados partidarios del *New Deal*. El caso argentino es bastante menos sutil, y traslada a destiempo y con pinceladas grotescas los rasgos extremos del ejemplo citado. En primer lugar, no existe problema alguno de rechazo de la política económica del gobierno, sino simplemente **sospechas** de que esa política puede generar rechazo, dato que demuestra elocuentemente que el gobierno era consciente de que su actuación se desarrollaría al filo de la legalidad. Se trata de un problema potencial, a diferencia del caso anterior. En segundo término, al temor de que existan obstáculos judiciales para la gestión del gobierno se responde **no** con la amenaza de licuar la Corte, sino directamente con el licuamiento de la Corte. Por supuesto, esto se traduce en el quiebre de la continuidad del máximo tribunal y en fuente de dudas sobre el respeto del valor establecido institucional.

La segunda observación intenta perfilar el contexto que va delineando esta decisión. No cabe duda de que una respuesta de este tipo implica una política judicial clara por parte del Ejecutivo. La percepción de la actuación del Poder Judicial como un potencial obstáculo político conlleva el diseño de una estrategia destinada a eliminar los factores de riesgo y a obtener seguridad en el rumbo de la posible actuación de la justicia. En este sentido, la política judicial del gobierno se alimenta de una rica tradición de falta de respeto por la continuidad institucional, que mantiene un fuerte nexo con los procedimientos habitualmente adoptados por regímenes militares.

La independencia y el equilibrio de poderes tienden a ser vistos con suma desconfianza y como factor de dificultades, y por consiguiente se los disuelve en la lógica amigo/enemigo. Tal vez ningún gobierno anterior haya llegado tan lejos en la respuesta que se da a este tema: el nombramiento de jueces de la Corte Suprema mantenía consuetudinariamente una cierta exigencia en cuanto a los antecedentes académicos y judiciales de sus miembros, y al menos en cuanto a su apariencia de imparcialidad. Contra esta tradición, el gobierno designó a un funcionario político de la propia administración, y a varios abogados de escasos antecedentes académicos pero ligados personalmente al presidente. En el mismo sentido se procedió con los puestos claves que, en el marco institucional clásico, cumplen funciones de control o bien desempeñan roles de conexión entre instancias políticas y judiciales, como el Procurador General de la Nación, los miembros del Tribunal de Cuentas y el Fiscal Nacional de Investigaciones Administrativas, acudiendo en estos casos al nom-

bramiento por decreto y eludiendo el acuerdo del Senado. Recordar el ejemplo de Roosevelt resulta especialmente ilustrativo cuando pretendemos comparar estilos político-institucionales y describir **las reglas** de juego que caracterizan la actual política judicial. En el caso americano el margen de la solución política está determinado por el marco de continuidad institucional y codificado a partir del mantenimiento de múltiples standards tácitos (equilibrio de poderes, excelencia académica de los jueces), aceptándose una dinámica judicial específica que debe ser respetada a riesgo de ver deslegitimada la propia actuación política. La amenaza de interferir en el funcionamiento de la Corte marca un límite extremo en la forma de comunicación entre los dos poderes. La sola proposición de un candidato a juez de Corte que no reúna antecedentes meritorios o mantenga vínculos de lealtad con el poder político causaría escándalo en el medio político estadounidense, y son numerosos los estudios que muestran la marcada diferencia de los ciclos políticos y judiciales, y la generalizada aceptación de este desfase como garantía de equilibrio institucional. (1) El caso argentino invierte los términos, ya que la solución que se da aquí al problema consiste en modificar y redefinir el equilibrio institucional, generando una subordinación del poder judicial obtenida a partir de la negación de la especificidad de la dinámica judicial. Ante el riesgo de una actuación judicial adversa, se patea el tablero disolviendo la dinámica jurídica a través de medios característicamente políticos: el nombramiento de funcionarios adictos, la





supresión de eventuales controles, la omisión de instancias formales, etcétera. En lugar de prever la posibilidad de adaptar el proyecto económico político a los principios legales, quedando sujeto a la determinación judicial, se impone a la justicia las reglas de la política, aventando la posibilidad de rechazos pero trivializando y partidizando la institucionalidad judicial. El perfil obtenido es el de una justicia política, caracterizada por la imposibilidad de establecer un corte entre la administración judicial y la política gubernamental.

2. JUSTICIA POLITICA VS. JUSTICIA PROFESIONAL

Como es obvio, la ofensiva del gobierno sobre la función judicial sólo apuntó a sectores claves de la administración de justicia, y el resto de la institución judicial mantuvo el perfil "profesional" que la caracterizaba. Esta distinción entre dos tipos de justicia, una "política" y una "profesional", lejos de ser meramente teórica, registra fuertes huellas en el manejo cotidiano del aparato judicial. La corporación judicial actúa tradicionalmente según normas informales que le son propias, y la abrupta modificación de este cuadro debido a la incrustación de una Corte Suprema que responde a pautas de actuación políticas ha generado reacciones que deben ser tomadas en cuenta si se quiere comprender correctamente la actuación del Poder Judicial en su conjunto.

Tomemos algunos casos ilustrativos de medidas típicamente políticas adoptadas por la Corte:

- a poco de asumir, utilizó el procedimiento *per saltum* para resolver a favor del gobierno una causa vinculada justamente a la privatización de Aerolíneas Argentinas, en la cual se había ordenado una medida de no innovar que bloqueaba la negociación llevada a cabo por el Ejecutivo.

- en una actitud característica de los poderes políticos, y apenas en vigor la ley de autarquía judicial, la Corte aumentó en forma exorbitante los sueldos de los jueces, asignando a los secretarios un aumento moderado y postergando las aspiraciones del resto del personal del Poder Judicial. Este hecho, además de generar reacciones de desaprobación por parte de los empleados judiciales, al aumentar injustificadamente la ya importante brecha salarial entre jueces y personal subordinado,

provocó un conflicto con el Ejecutivo, que puede ser comparado con las crisis debidas a las presiones de los distintos sectores del poder político, en busca de la imposición de sus prerrogativas.

- invariablemente, y en numerosas sentencias, convalidó la forma y el contenido de innumerables medidas de dudosa legalidad tomadas por el Ejecutivo, concierne a la emergencia económica, la remoción de funcionarios, los conflictos laborales de empleados estatales, la responsabilidad del estado, etcétera.

- en dos causas en las cuales se debatía el resultado de procesos electorales controvertidos, favoreció con su decisión al gobierno.

- en el marco de la investigación acerca de las irregularidades cometidas por una jueza que tenía a cargo el sumario de parientes políticos del presidente y ex-funcionarios del gobierno en una causa de lavado de dinero proveniente del narcotráfico, y dando por probadas las irregularidades denunciadas, aplicó a la jueza una multa irrisoria, mientras que decretó la cesantía de los empleados del juzgado que habían efectuado la denuncia.

- en varias oportunidades fue protagonista de sucesos irritantes, como el virtual congelamiento de una causa laboral en la que se condenaba a un empleado del gobierno, o la modificación de la reglamentación judicial, permitiendo a los jueces emplear a familiares directos, al tiempo que se conocía el hecho de que las hijas de dos nuevos miembros de la Corte ya desempeñaban funciones.

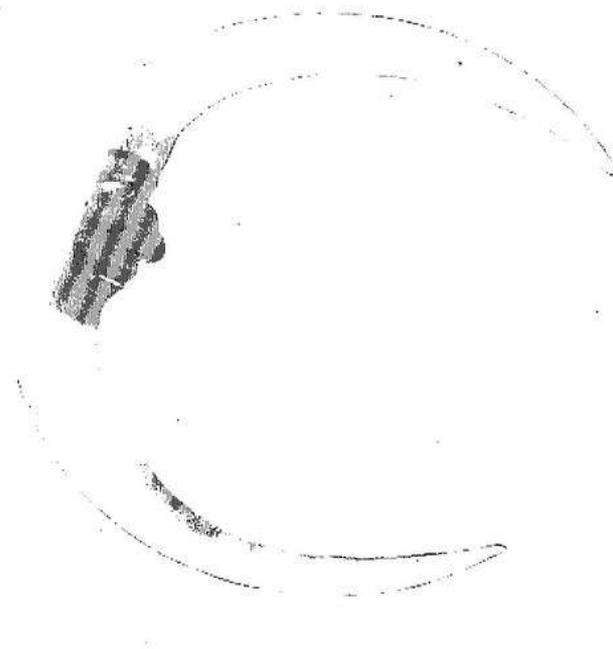
Los efectos que pueden percibirse en el poder judicial "profesional" a raíz de esta orientación "política" de la Corte son llamativos. En primer lugar, se ha producido un generalizado descrédito sobre la capacidad del tribunal supremo, interpretándose su actuación como un reflejo de la política del Ejecutivo. En este orden de ideas, las medidas de la Corte vienen acompañadas de una presunción de politización, que en gran parte de los casos se confirma. En segundo término, se nota una reafirmación de la exigencia de una justicia profesional, contrastándose permanentemente la actuación de la Corte con la de formaciones anteriores del tribunal. En tercer término, la actuación de la Corte ha quedado rotulada como "elitista", criticándose la avaricia económica reflejada por el mencionado aumento de salarios de los jueces, y el olvido al que se condena a los ya crónicos reclamos por una correlación entre los sueldos de los magistrados y los del personal subordinado. En cuarto término, se atacan posturas de miembros de la Corte que perfilan una actitud "poco digna" de la imagen tradicional de los magistrados, y vinculadas a las características del político profesional, como el nombramiento desembozado de familiares directos, y la cesantía de empleados que denunciaron las irregularidades cometidas por una jueza. Por último, se ha producido un fenómeno muy particular, consistente en que los reclamos sectoriales del poder judicial son canalizados por el Ministerio de Justicia, y los voceros identificados con la expresión de las opiniones jurídicas del gobierno son los nuevos miembros de la Corte, entre los que se destaca un ex-funcionario del Ejecutivo.

3. LA PIRAMIDE DECAPITADA.

Expuesto el panorama de modo sumario, quiero sugerir algunos rasgos que va adoptando esta nueva "juridicidad politizada" que caracteriza a la actuación de la Corte suprema. El rasgo saliente y característico de la tendencia del tribunal es el **decisionismo**. Si el modelo jurídico clásico vinculaba la actividad judicial con la utilización de una serie de normas y principios preexistentes como cristal a través del cual juzgar los casos que se le presentaban, la modalidad adoptada por la Corte consiste en someter las normas invocadas a un examen de eficacia, especialmente en los casos en los cuales se discute la legalidad de las nuevas medidas tomadas por el Ejecutivo en el marco del ajuste económico. Con este procedimiento, la "normatividad" de las normas se desvanece, ya que no basta demostrar su validez formal, según el esquema clásico, sino que es además necesario demostrar que son eficaces. Más aún, la validez formal queda invertida, ya que se concede "normatividad" a las normas consideradas eficaces. La Corte completa con este cuadro la atribución llana de potestades legislativas al poder Ejecutivo, ya que, como es imaginable, los alegados motivos de "ineficacia" son justamente el extenso trámite parlamentario, la existencia de instancias de control que retardan la toma de decisiones, el formalismo, etcétera.

Otra de las facetas del decisionismo consiste en la pretensión de sacar conclusiones normativas de los hechos. La tradicional tensión de normas y hechos se resuelve a través de una actitud de desconfianza por las normas vigentes, y la concesión de un poder de testeo a los hechos. El parámetro de juicio prevaleciente es entonces fáctico, aunque en el caso de la Corte conviene aclarar que rara vez se acude a hechos consumados como criterio positivo de validación de normas, sino que en general se descalifican normas formalmente vigentes utilizando las dificultades de hecho (demoras, mayor exigencia de instancias de control) como criterio negativo. Otra faceta característica es la resignificación del valor seguridad: si en el modelo clásico la seguridad está ligada a la previsibilidad que otorga la preexistencia de la normas y la posibilidad de conocerlas, en el modelo decisionista la seguridad, más que a normas preexistentes, se vincula a la obtención de resultados previstos. La Corte ha utilizado este esquema en numerosos fallos, entre los que se destacan "Peralta", "Godoy", "Montalvo", "Pupelis", etcétera (2).

La primera duda que suscita este panorama se refiere al criterio



de eficacia que emplea la Corte, ya que dependiendo de su contenido se podrá prever la orientación que adopte el tribunal en distintos supuestos. Ante la ausencia de una definición abstracta, podemos señalar algunos contextos en los cuales se ha empleado la idea de eficacia, con el objeto de delimitar el sentido de su utilización.

El contexto más importante en el que se emplea dicha idea es, obviamente, el de **emergencia económica**. Como numerosos conceptos jurídicos de textura abierta, la noción de emergencia económica sirve de comodín para describir cualquier situación en la que se denuncia una gravísima alteración de los parámetros de normalidad, y se utiliza para prescribir la inaplicabilidad de las soluciones normativas corrientes y exigir soluciones extraordinarias. La mención de la emergencia económica parece generar una zona libre de regulación jurídica, que autoriza cualquier tipo de solución. La eficacia parece tener en este contexto un sentido salvífico, ya que se refiere al efecto de medidas que, tomadas con celeridad y sorpresa, podrían conjurar acumulativamente los devastadores efectos de la emergencia, aunque, paradójicamente, al aducirse la gravedad de la crisis, jamás se exigen pruebas reales del efecto positivo de las medidas adoptadas, que tal vez debiera constatarse a largo plazo.

Otro contexto en el que usualmente se emplea la idea de eficacia es el de **gravedad institucional**, que sólo parece diferir del anterior en cuanto el objeto de la situación inusual no provendría de variables económicas, sino de cuestiones de orden político y administrativo. Por lo demás, el empleo del término eficacia corre por canales similares.

Finalmente, haremos referencia a los denominados (por la Corte) **flagelos sociales**, como la droga, la delincuencia, que de acuerdo con la interpretación del tribunal, y aun constituyendo el objeto habitual del orden legal, parecen haber adquirido una dimensión tan desmesurada que justificarían el abandono de normas legales en aras del facilitamiento de la persecución. En este contexto, la eficacia parece referirse a la posibilidad de maximizar los resultados punitivos en relación al esfuerzo persecutorio.

El efecto global de este trastocamiento de los criterios de decisión es una generalizada sensación de desamparo frente a la política gubernamental, ya que cualquier tipo de planteo que cuestione medidas que se vinculen con cualquiera de estos tópicos (emergencia económica, gravedad institucional, flagelos sociales), aun cuando sea aceptado en las instancias "profesionales" del aparato judicial, corre el riesgo de ser absorbido por la Corte y resuelto según cánones decisionistas. La

confianza institucional en la justicia queda decapitada, ya que llegado un punto en el que la decisión puede presumirse ligada a criterios jurídicos tradicionales (normalmente la segunda instancia), se abre un abanico de posibilidades de resolución política que resultan indiscutibles, y que desalientan el planteo de cuestiones ligadas a la responsabilidad estatal, aunque están respaldadas por la legislación vigente (¿vigente?).

En conclusión, la existencia de una instancia política superior vinculada a criterios de decisión política constituye un mecanismo de reaseguro de la orientación político-económica del gobierno, que tiene además el efecto de debilitar la credibilidad de la justicia profesional, sometiendo a sus decisiones a una potencial revisión sustentada en aquellos criterios. En términos sistémicos, la dinámica del sistema jurídico se subordina a la dinámica del sistema político, perdiendo especificidad y disminuyendo el espacio de resolución y la credibilidad institucional.

4. SIN RED

Quisiera referirme ahora a los efectos de reacomodamiento institucional que provoca este cuadro, y a la insuficiencia de la perspectiva de la teoría constitucional clásica ante esta situación.

La noción de separación y equilibrio de poderes, que estructura el diseño orgánico previsto por la constitución, entra en grave crisis cuando se hace evidente que el poder político, aunado gracias a la disciplina partidaria, coopta al Poder Judicial a través de mecanismos que, formalmente, parecen válidos, o que al menos no existe posibilidad de declarar inválidos. Parece que no basta con establecer un esquema de controles en abstracto, de pesas y balances que equilibrarían el sistema *a priori*, sino que de todos modos es posible, si existe voluntad política para ello, disolver esa separación y establecer una subordinación general al poder político. El diseño institucional de la Constitución argentina es casi idéntico al estadounidense y, sin embargo, la

práctica institucional y el estilo político argentino lleva una marca de desmesura que impide poner límites a la avidez de poder. La autolimitación y el respeto por la independencia funcional no parecen tener cabida en la práctica política de la actual gestión, y toda barrera a la total disposición de poder por el Ejecutivo es considerada retardataria u obstaculizadora. El equilibrio de poderes no funciona automáticamente, como se pretendía tradicionalmente, sino que es necesario el convencimiento anterior de la bondad de la separación de poderes y una práctica acorde con esta convicción. De lo contrario, no existen trabas para utilizar los mecanismos legales en provecho propio, como lo demuestra el licuamiento de la Corte. La práctica de la separación de poderes presupone una serie de axiomas, que de no tenerse en cuenta, privan de sentido inteligible a dicho principio. No existe remedio legal contra el nombramiento de jueces adictos, ni contra la jurisprudencia obsecuente, ni contra decisiones que no respetan la tradición democrática.

Lamentablemente hemos advertido que el sistema republicano por sí solo no es ninguna garantía de respeto institucional. Los mecanismos de control no han servido para impedir que el Poder Judicial se politice, y con ello se ha perdido otra de las garantías que prevenía el sistema para impedir el avasallamiento de los derechos personales y colectivos. El sistema republicano es de algún modo autorreferente, ya que sin voluntad de respeto a la institucionalidad democrática, no hay forma de asegurar la continuidad republicana. Esta continuidad no depende entonces en forma exclusiva de la forma, sino también de la voluntad con la que se encare la práctica política.

Esta vuelta de tuerca sobre el desencanto con el sistema democrático, producido vertiginosamente si tomamos en cuenta lo reciente del restablecimiento institucional, nos coloca con el ajuste tercermundista correspondiente frente a uno de los ejes de discusión de la actual teoría política y social: la insuficiencia de los medios institucionales clásicos para asegurar los resultados prometidos por el proyecto moderno. (3)

La respuesta pragmática a la que nos enfrentamos está marcada por el decisionismo, y se caracteriza por soslayar o banalizar algunos de estos medios tradicionales, como la independencia de funciones, con el objeto de evitar obstáculos considerados formales y potenciar el impacto que se obtiene mediante el ajuste a través del aparente consenso de los poderes de estado.

En el actual contexto institucional de creciente corporatización, la separación de poderes no es más que una ficción, y será necesaria una gran imaginación para resignificar la práctica jurídica y abrir nuevos canales que le devuelvan contenido simbólico y la diferencien de la práctica política. ■



Notas

- 1) V. Tushnet, M., "The politics of Constitution" y bibliografía cit., en *The politics of law*, ed. a cargo de David Kairys, New York, 1989.
- 2) Para ampliar las consideraciones sobre el decisionismo, v. el comentario de R. Saba al fallo "Peralta", en "La Corte de Menem 2 y 1/2", *No Hay Derecho*, N°5, y el artículo "Atame!", de V. Abramovich, en este mismo número.
- 3) V. Santos, Boaventura de Sousa, "La transición posmoderna: derecho y política", en *DOXA* N°6, Alicante, 1989.

Con motivo de la próxima publicación de *Fundamentos de derecho constitucional. Examen jurídico, filosófico y politológico de la práctica constitucional argentina y comparada*

(Astrea, Buenos Aires, 1992)

Por Carlos Santiago Nino

En un ámbito académico en el que los cotos de las ramas y subramas del derecho se hacen respetar celosamente (hasta antes de la reforma del plan de estudios de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires uno era, por ejemplo, profesor de Derecho Penal II, en lugar de profesor de derecho, a secas, como en Estados Unidos) puede causar escozor el que alguien que se ocupó fundamentalmente de filosofía del derecho, ética y filosofía política, y, con cierta prevención de los penalistas, de teoría penal, publique ahora un tratado de derecho constitucional.

Debo decir, en descargo anticipado, que fui llevado a esta osadía por el curso natural de mi evolución, o involución, teórica. Comencé efectivamente analizando problemas de teoría general del derecho(1) como los del concepto de sistema jurídico, la polémica positivismo vs. iusnaturalismo, el concepto de validez jurídica, las nociones fundamentales del derecho, los problemas de interpretación de la ley, etcétera. Luego advertí que la solución de estos problemas dependía en buena medida de la concepción de la ciencia jurídica que se adoptara, y defendí (2) un modelo basado en la adopción explícita de principios de justicia y moralidad social. Más tarde intenté aplicar este modelo al campo específico de la responsabilidad penal(3). Después advertí que tal aplicación exigía aclarar nuevos problemas conceptuales, como los referidos al concepto de acción humana (4), y, principalmente presentar una articulación y defensa de principios básicos de filosofía política (5). Los principios de justicia en cuestión requerían intentar establecer difíciles cuestiones de meta-ética (6). Dado que paralelamente me había interesado en analizar diversos problemas de la organización constitucional argentina (7) y sobre su contexto social (8), surgió naturalmente la tentación -convenientemente alimentada por una generosa beca Guggenheim- de encarar la aplicación de los principios de justicia y moralidad social mencionados a la valoración de la práctica constitucional argentina y comparada.

De modo que este libro *Fundamentos de derecho constitucional* viene con la pesada carga genética de mis trabajos anteriores. Ello se muestra, en primer lugar, en la metodología adoptada. Descreo efectivamente de una dogmática constitucional que pretenda seleccionar e interpretar las normas relevantes para definir el alcance de los derechos fundamentales y de la organización del poder sin hacer explícitos, defender y articular principios de moralidad social. También rechazo la utilidad de una ciencia jurídica que no tome en cuenta la interrelación causal entre la estructura constitucional y otros procesos sociales, así como me parece absolutamente insuficiente la pretensión de muchos politólogos de estudiar esa interrelación causal sin tomar en cuenta el punto de vista interno del derecho constituido por razonamientos normativos que conducen a justificar ciertas soluciones. De modo que parto de la base de que el derecho constitucional debe ser estudiado con un enfoque

interdisciplinario, que tome en cuenta conclusiones de filosofía política acerca de los principios válidos de moralidad social, que absorba también la preocupación jurídica por la consistencia interna de una práctica constitucional en el caso de que ella esté moralmente justificada (lo que, obviamente exige parar mientes en las decisiones constituyentes, legislativas y jurisprudenciales relevantes), y que preste atención a las hipótesis empíricas de índole politológica sobre los efectos de la interpenetración causal entre esa práctica constitucional y otros procesos sociales.

El objeto de análisis elegido -la práctica constitucional argentina y comparada- también responde a ciertos condicionantes teóricos. En primer lugar, asumo que un concepto descriptivo de derecho que sea relevante para preocupaciones prácticas es el que identifica a aquellas normas que son efectivamente aplicadas por quienes tienen acceso directo al aparato coactivo del estado, independientemente de que sean explícitamente formuladas o no, de allí el énfasis en la *práctica* constitucional. En segundo lugar, ese énfasis también deriva de la discusión llevada a cabo en la primera parte del libro, en la que primero se cuestiona cuál puede ser la relevancia de la constitución histórica y de la consiguiente práctica para el razonamiento justificatorio de acciones y decisiones -como las de los jueces- habida cuenta de que ese razonamiento necesariamente tiene que partir de razones autónomas, o sea de principios morales. La respuesta es que las decisiones y acciones jurídicas -como las de los legisladores, jueces y los mismos ciudadanos- no son acciones individuales sino contribuciones a acciones colectivas y que, por lo tanto, los principios de justicia y moralidad que constituyen el punto de partida del razonamiento jurídico no se aplican directamente a tales acciones y decisiones sino a la práctica convencional que surge de un hecho saliente como la sanción de un documento constitucional. El razonamiento jurídico es, de este modo, un razonamiento escalonado en dos pasos: la valoración moral de la convención constitucional, en primer lugar, y, si este examen resulta positivo, la solución más justa para el caso concreto que sea compatible con la preservación de esa práctica, en segundo término.

El núcleo central del libro consiste en aplicar ese enfoque del razonamiento justificatorio a la práctica constitucional argentina, poniéndola en permanente contraste con la práctica constitucional de diversos otros países y del orden internacional, lo que permite mostrar las alternativas reales de reconstrucción. El examen global que se hace primero de la historia constitucional argentina y el examen más minucioso que se hace, en la segunda parte, de la práctica relativa a los derechos fundamentales y, en la tercera parte, de la que se refiere a la organización del poder, arroja como resultado que en momentos cruciales de nuestra evolución constitucional los actores centrales aspiraron a satisfacer principios válidos de un liberalismo democrático e igualitario. Sin embargo, el dualismo vigente entre esa concepción y la adhesión

a una visión cerrada de la sociedad y la tendencia a la ajuridicidad que marca nuestra historia y nuestra realidad social llevaron a desvirtuar aquella inspiración liberal, democrática e igualitaria. En el plano de la práctica que está más en la superficie relativa al reconocimiento de derechos, tal desvirtuación se puso de manifiesto con la aceptación de soluciones perfeccionistas en materia de privacidad, inequitativas en materia económica y discriminatorias en materia social. En el plano más instrumental pero más básico de la práctica de la organización del poder esa desvirtuación del ideal liberal, igualitario y democrático de mayo, de la generación del '37, de la organización nacional, de la ampliación de la participación popular en las primeras décadas de este siglo, y de la democratización de los años '80 se produjo a través de diversas variedades del autoritarismo y de la conformación de un hiperpresidencialismo que perjudicó y perjudica -tras los actuales notables abusos de los poderes presidenciales- las posibilidades legitimadoras de la deliberación democrática. La comparación con otras prácticas constitucionales permite tener conciencia más clara del grado de distanciamiento con ese ideal, que, en su síntesis más básica, tiende a ser universal.

A lo largo de todo el libro *Fundamentos de derecho constitucional* fluye la tesis de que el constitucionalismo es una conjunción de ideales que están sometidos a diversas tensiones. Por un lado, la tensión entre la adhesión a ciertos principios básicos de justicia y moralidad social -lo que podemos llamar "la Constitución *ideal*"- y la necesidad de preservar la práctica constitucional que puede apartarse de ellos pero que, cuando se mantiene dentro de ciertos límites, hace posibles los intentos de materializarlos -lo que se puede denominar "la Constitución *histórica*". Por el otro lado, la tensión entre el reconocimiento de ciertos derechos fundamentales -que forma parte de lo que se puede llamar "la Constitución *de los derechos*"- y el funcionamiento del proceso democrático que es defendido como el mejor método para definir e implementar esos derechos -lo que da lugar a la "Constitución *del poder*". El razonamiento práctico que se hace en base a la Constitución tiene que ejercitar un equilibrio permanente entre estas exigencias derivadas de los ideales del constitucionalismo. Es una tesis central de este libro que en la Argentina la Constitución histórica se ha desviado excesivamente de las demandas de la Constitución ideal gracias a deficiencias en la Constitución del poder que han dado lugar a notorias falencias, llevando a abusos inaceptables, en la Constitución de los derechos. Solamente si se superan estas últimas falencias, lo que requiere cambios sustanciales en la práctica constitucional del poder -algunos de los cuales requieren reformas constitucionales explícitas como el abandono del hiperpresidencialismo- la convención constitucional puede seguir siendo moralmente relevante para justificar acciones o decisiones.

Notas:

(1) Mis conclusiones fueron volcadas principalmente en *Notas de Introducción al Derecho* (Astrea, Buenos Aires, 1973), que luego de ser aumentado y corregido se convirtió en *Introducción al análisis del derecho* (Astrea, Buenos Aires, 1980 y Ariel, Barcelona, 1989), y en *La validez del derecho* (Astrea, Buenos Aires, 1985).

(2) Principalmente en *Consideraciones sobre la dogmática jurídica* (México, 1974) y *Algunos modelos metodológi-*

cos de "ciencia" jurídica (Valencia, 1980).

(3) Ya había incursionado en ese ámbito con la monografía *El concurso en el derecho penal* (Astrea, Buenos Aires, 1975), pero el intento de aplicar el modelo de ciencia jurídica antes mencionado lo llevé a cabo con un alcance general en *Los límites de la responsabilidad penal* (Astrea, Buenos Aires, 1980) y en relación a un tema específico en *La legítima defensa. Fundamentación y régimen ju-*

ridico (Astrea, Buenos Aires, 1982).

(4) Ver *Introducción a la filosofía de la acción humana* (EUDEBA, Buenos Aires, 1985).

(5) Lo que me condujo a escribir *Ética y derechos humanos* (1ra. ed. Paidós, Buenos Aires, 1984; 2da. ed. Astrea, Buenos Aires, 1989; Ariel, Barcelona, 1989; versión inglesa modificada, Oxford University Press, 1991).

(6) Lo que hice no sólo en el libro citado

en la nota anterior sino también más tarde en *El constructivismo ético* (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990).

(7) En artículos y ensayos sobre las leyes de facto, la punición de la tenencia de drogas, el presidencialismo, el control judicial de constitucionalidad, el voto obligatorio, etc.

(8) Me he ocupado especialmente del tema de la anomia en la sociedad argentina en mi libro próximo a aparecer *Un país al margen de la ley* (EMECE, Buenos Aires, 1992).

¡Átame!

Por Víctor E. Abramovich



Desde hace tiempo la polémica epistemológica acerca de cuál es el modelo cognoscitivo de la ciencia jurídica y desde qué perspectiva filosófica debe concebirse el Derecho, ha estado dominada por las siguientes localizaciones teóricas tradicionales: a) la concepción (ontológica, metafísica y ética) que propugna la prioridad y la superioridad del derecho natural como expresión de la justicia e inspirador de los derechos positivos, aunque no siempre realizado por éstos, introduciendo un constante dualismo entre ser histórico del derecho y deber ser racional y moral. Esto, tanto en el iusnaturalismo aristotélico-tomista-suareziano (de fundamentación teológica y realista) cuanto en la escuela del derecho natural racionalista surgida durante la Ilustración; b) la concepción positivista-normativa que niega al derecho natural e identifica como derecho al establecido por el Estado a través de las fuentes formales, con predominio de la ley. Su idea central es el concepto de validez en virtud del cual una norma pertenece al sistema cuando ha sido creada conforme a un orden lógico de antecedentes, tanto en su contenido cuanto en el procedimiento de creación. El intérprete al realizar el juicio de validez se eleva en el marco de la "pirámide jurídica" hasta la norma fundamental que confiere validez y unidad al sistema. El ordenamiento así entendido es cerrado, completo y autosuficiente. El positivismo es producto de la formalización y unificación del Estado derivada del proceso constitucional y codificador; c) una tercera concepción es la histórico-sociológica-realista que, positivista como la anterior, considera que las normas no agotan el fenómeno jurídico, pues alrededor de ellas se manifiestan otros factores de la realidad (el espíritu del pueblo, la situación social, la institución, la organización económica de la producción, la clase dominante, lo que resuelven los jueces, etc.) (1).

Todas estas concepciones que constituyen "el marco conceptual dominante" están englobadas por lo que podría denominarse "racionalidad-idealista", y presentan, además de coincidencias parciales acerca del fenómeno jurídico, conceptualizaciones compatibles sobre la sociedad en su conjunto, la organización del poder dentro de ella, sus orígenes y destinos (2). Así, el concepto de sistema normativo, el par validez-eficacia, la relación jerárquica entre las normas (pirámide jurídica) y la actividad interpretativa o técnica como operación lógico-deductiva, resultan ideas básicas de este discurso paradigmático relacionadas con una teoría general de la ciencia jurídica; mientras que la concepción del Estado de Derecho, la división de poderes, el control jurisdiccional de la validez de las normas, la separación de poder constituyente y constituido son, tal vez, los ejes centrales de su modelo político.

Enfrentados los míticos "Estados liberales y democráticos de derecho" de América Latina, al desafío de ajustar las economías nacionales en un proceso de creciente marginación social, parecen advertir la inconveniencia de aquel bagaje teórico frente a una estrategia de vertiginosa acumulación de poder político. Es entonces cuando el discurso jurídico producido a nivel de los órganos de poder estatal comienza a circular cargado de subrepticios elementos "decisionistas" que coexisten con el discurso paradigmático al tiempo que lo contaminan y cuestionan (3).

En 1928 Carl Schmitt publica su "Teoría de la Constitución" en la cual critica severamente al "Estado Liberal Burgués de Derecho" encamado en la República de Weimar y objeto en su texto constitucional (obra de su maestro Hugo Preuss de 1919) una racionalización del poder que impide la adopción de "decisiones políticas" fundamentales sobre los problemas alemanes, además de consagrar al liberalismo que califica como ideología disolvente del Estado Nacional (4).

En su libro, formula una nueva dogmática constitucional, y expone los lineamientos generales de una particular concepción del derecho que recibirá el nombre de "decisionismo". Su visión del mundo jurídico está animada de una reacción contra el normativismo y el racionalismo, a punto tal que en su idea de la creación jurídica estatal el dato esencial consiste en un obrar volitivo al cual denomina "decisión política". Lo político es antecedente necesario de lo jurídico (5) y su fundamento. Su principio fundamental es el de eficacia o existencia que desplaza al concepto de validez como noción central en el sistema de la teoría pura Kelseniana (6). "Lo que existe políticamente es - desde el punto de vista jurídico- digno de existir". La norma como decisión política eficaz se juridiza y lo que le imprime valor y razón no es su adecuación a un orden lógico de antecedentes, sino su existencia misma. El quehacer político consiste fundamentalmente en decidir, de allí que un sistema constitucional positivo será tanto más valioso cuanto "mas decida" las cuestiones fundamentales de la organización política de un Estado o cuanto mejor establezca los procedimientos destinados a que ciertos órganos tomen esas decisiones en los momentos de emergencia o crisis. (7). En estas situaciones extremas el poder no puede ser limitado por las normas, "el ser" se sobrepone al "deber ser" por razones vitales de existencia. La función del intérprete del derecho resulta importante en tanto será el encargado de operativizar esta superación de la efectividad sobre la validez, juridizando decisiones políticas necesarias para el Estado en el marco de la crisis. Respecto al acto jurisdiccional dice Carl Schmitt: "...en toda decisión, incluso en la de un Tribunal que en forma procesal realiza subsunciones de tipo concreto, existe un elemento de pura decisión que no puede ser derivado del contenido de la norma. Yo he propuesto para dicho elemento la denominación de decisionismo" (8). Luis Legaz y Lacambra opone claramente la concepción Schmittiana al discurso paradigmático al sostener que mientras Kelsen, relativista, busca en el formalismo el refugio de las posibles verdades jurídicas *a priori*, Carl Schmitt va en pos de lo concreto, del sentido adecuado a la situación y frente a la *ratio* y el *nomos* impersonal afirma el poder personalista de la decisión (9).

Sobre el discurso decisionista y las urgentes necesidades del poder en América Latina.

IV El discurso decisionista circula furtivamente a nivel del discurso jurídico práctico emanado de los órganos habilitados por la institución social para producirlo y constantemente se combina con tramos discursivos de signo antagónico en el marco de una estrategia de apremiante acumulación de poder político (10). El "decisionismo", si bien abre una brecha en el discurso jurídico paradigmático, no lo enfrenta aún a nivel de la producción teórica acerca del derecho. Ello quizá por el estigma disvalioso que la idea de organización del poder implica en aquella concepción tiene aún en el ámbito de la teoría política, o bien por la negativa obvia de los operadores del discurso jurídico a admitir la inoperancia del discurso formal-racionalista (circunstancia que implícitamente consideran) frente a los desafíos de la actual política económica. Por lo demás resulta evidente que la formulación teórica del discurso decisionista chocaría frontalmente con la concepción dominante en tanto resultarían antagónicas no sólo la razón en que se fundan (razón idealista-deber ser, frente a razón existencial materialista-ser) sino también las ideas sobre el Estado que propician. El antagonismo teóricamente esclarecido conspiraría con la estrategia que en pos de desatar las manos del poder frente al ajuste se vale de ambos discursos y los aglutina. Sin embargo la evolución de los elementos decisionistas a nivel del discurso teórico debe ser atendida en orden al espacio vacío que provoca la retirada de ciertos proyectos modernos.

V Baste como verificación empírica acerca de la localización de segmentos discursivos decisionistas en la región, el auge de los decretos de necesidad y urgencia, que parten de la exaltación de una indispensable decisión política en el marco de una situación crítica extraordinaria. La flexibilización de los mecanismos constitucionales de control del poder político en aras de la eficacia de sus decisiones. La calificación disvaliosa de los mecanismos de control del sistema a los que se le imputa el retardo y fracaso de las decisiones políticas. Las propuestas de reforma constitucional que se apoyan en la fuerza de la decisión política ante la imposibilidad de sortear los requisitos reglamentarios para su procedencia, etc. La sombra del "exitoso" ajuste económico chileno desarrollado bajo un régimen político autocrático, la deficiente acumulación de poder político para el ajuste en otros países de la región, en los que se imputan los magros resultados a la lentitud y obstrucción de los órganos parlamentarios, y el reciente autogolpe peruano que irradia su onda expansiva por toda sudamérica, constituyen un ámbito adecuado para la profundización del discurso decisionista.

Resultan textos jurídicos de evidente contenido de-

VI cisionista en la Argentina, los fundamentos de la ley de emergencia económica, y de los distintos decretos de necesidad y urgencia dictadas por el PE y, principalmente, el voto mayoritario de la Corte Suprema de Justicia en los autos: "Peralta, Luis A. y otro c. Gobierno Nacional" (11) y "Godoy, Oscar c. Universidad Nacional de La Plata" (12).

Señala el ilustrado Tribunal en Peralta: "La constitución debe ser interpretada de manera de no hacer impotente e inoperante y sí preservar y hacer efectiva la voluntad soberana de la Nación." Agrega: "que inmersos en la realidad no sólo 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. 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, en tanto en su seno están representados los estados provinciales y el pueblo - que no es una entidad homogénea sino que los individuos y grupos en él integrados están animados por intereses muchas veces divergentes- coadyuvan a que el Presidente, cuyas funciones le imponen el concreto 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 impostergerable. Esto no extrae, sin embargo, como ya se dijo, la decisión de fondo de manos del Congreso Nacional, que podrá alterar o coincidir con lo resuelto, pero en tanto no lo haga, o conocida la decisión no manifiesta en sus actos más que tal conocimiento y no su repudio no cabe en la situación actual coartar la actuación del presidente en cumplimiento de su deber inmediato". La utilización reiterada de los vocablos decisión y solución; expresiones como "efectiva voluntad soberana de la Nación"; la imagen del sistema en el cual los conflictos de intereses y las presiones sectoriales dilatan las decisiones; la caracterización de una situación límite que reclama la toma de decisiones con urgencia impostergerable, la conceptualización de las reglas del sistema (en el caso la competencia indelegable del Congreso) como elementos que no pueden "coartar la actuación del Presidente" y, por último, la personalización del poder en un sujeto que domina la decisión política: el presidente, resultan un maravilloso muestrario del pensamiento Schmittiano. La juridización de normas inválidas por la sola fuerza de su eficacia evidencia la operatividad de aquellas ideas.

En el fallo Godoy, el versado Tribunal con similar mayoría, modifica a siete años del fin de la última dictadura militar, en un *obiter dictum* absolutamente innecesario, la doctrina de la Corte anterior (período 83/90) sobre la validez de las normas de *facto*. La doctrina precedente expresada en reiterados pronunciamientos sostenía que las normas dictadas durante los gobiernos de *facto* eran ilegales en su origen en tanto derecho creado anormalmente, pese a lo cual se les reconocía validez por habilitación del nuevo ordenamiento en aras de la seguridad jurídica, dejando a salvo la potestad anulatoria de los órganos estatales competentes del gobierno de *iure*, cuando se acreditara su lesividad, arbitrariedad o iniquidad en los casos concretos (causa "Provincia de Córdoba c. Gobierno Nacional", 24/8/89). Respecto a los actos administrativos de los gobiernos de *facto* sostuvo

NOTAS:

- 1) Antonio Hernández Gil: "La ciencia jurídica tradicional y su transformación", Civitas, Madrid, 1981, ps. 21-23.
- 2) Ricardo Entelman: "El discurso jurídico. Perspectiva psicoanalítica y otros abordajes epistemológicos", Hachette, Buenos Aires, 1982.
- 3) El discurso decisionista no es nuevo en el país. Como ejemplo de su formulación en la década del 70, a fin de flexibilizar los obstáculos legales para favorecer un modelo desarrollista dirigido por una élite castrense, ver la obra del ex-ministro de la Corte Julio Oyhanarte: "Poder Político y Cambio Estructural en la Argentina- un estudio sobre el estado de desarrollo", Paidós, Buenos Aires.
- 4) Señala Francisco Ayala, traductor de la obra en su presentación a la edición de 1934: "De aquí que la labor crítica contenida en este libro sea por completo cetera, aünada, y no sólo en cuanto se aplica a instituciones, sino también cuando interpreta posiciones doctrinales como, por ejemplo, el vacío formalismo de Kelsen, siendo de advertir, por lo demás, que la crítica Schmittiana del Estado burgués de Derecho, afilada y suñizada hasta lo maravilloso, debe, sin duda, iniciación y posición fundamental al pensamiento marxista" (Teoría de la Constitución, Alianza, Madrid, 1982, p. 18).
- 5) Antonio Hernández Gil: "Metodología de la ciencia del derecho", Madrid, 1971, ps. 340-345.
- 6) En la obra de Kelsen la eficacia de un ordenamiento jurídico es *conditio sine qua non* y no *conditio per quam* de su validez. Esto es, para que un ordenamiento sea válido es necesario que sea eficaz, pero su validez no se funda en la eficacia, sino en la creación de sus normas conforme a la primera constitución cuyo carácter normativo se basa en la norma fundamental. La validez presupone la eficacia del ordenamiento, pero se funda en la adecuación al orden lógico de antecedentes-relación de fundamentación- (Hans Kelsen: "Teoría Pura del Derecho", Eudeba, 1965, pag. 142).
- 7) Jorge Reinaldo Vanossi: "Teoría Constitucional. Teoría Constituyente", Depalma, Buenos Aires, p. 40.
- 8) Carl Schmitt: "La defensa de la constitución", Labor, Barcelona, 1931, citado por Vanossi, Jorge R., op. cit., p. 42.
- 9) Prólogo de Luis Legaz y Lacambra a "El pensamiento jurídico de Carl Schmitt", obra de José Caamaño Martínez, Porto, Santiago de Compostela, 1950, p. 9, citado por Vanossi, Jorge R., op. cit., p. 41.
- 10) Como señala Michel Foucault: "No existe el discurso del poder por un lado y enfrente otro que se le oponga. Los discursos son elementos o "bloques tácticos" en el campo de las relaciones de fuerza: puede haberlos diferentes e incluso contradictorios en el interior en la misma estrategia; pueden al contrario circular sin cambiar de forma entre estrategias opuestas." (Historia de la Sexualidad. La voluntad del Saber, nota 22, p. 134).
- 11) J.A., 1991-II, p. 552.
- 12) J.A., 1991-II, p. 454.
- 13) Son estrechas las vinculaciones de Schmitt con la cultura española. Por lo demás, fue incorporado como miembro de honor del Instituto de Estudios Políticos de Madrid, en marzo de 1952, en cuya oportunidad hizo la recepción Manuel Fraga Iribarne. El pensamiento del jurista tuvo gran influencia en los administrativistas españoles del período franquista (ver el Epílogo de Manuel García Peñayo a la edición referida de la Teoría de la Constitución) y estos a su vez fueron referentes doctrinarios importantes de algunos administrativistas argentinos. Roberto Dromi, creador de la ley de emergencia económica y de algunos decretos de necesidad y urgencia, y Rodolfo Barra, presunto autor de los votos mayoritarios en Peralta y Godoy, no han sido sin duda ajenos a dicha influencia.

aquella Corte que podían ser ratificados o desechados por las autoridades surgidas legítimamente de un gobierno constitucional, en vista de su origen ilegal que en modo alguno podía soslayarse, por lo cual

si bien el acto debía reputarse en principio válido, nada obstaba a que pudiera ser objeto de rectificación por el gobierno constitucional, cuyo proceder en definitiva se encuentra sujeto al contralor de la justicia (causas "Gamberale de Mansur c. Universidad Nacional de Rosario", J.A. 1989-III, p.172; "Budano c. Facultad de Arquitectura de la Universidad Nacional de Rosario", 9/6/87, J.A. 1988-I-218). Esta doctrina, si bien refiere la efectividad de dichas normas, tiene su centro en el concepto de validez y habilitación tal como lo considera el discurso positivista normativo. En el fallo Godoy sostiene el ilustre Tribunal

la doctrina de que los actos de los llamados gobiernos de *facto* subsisten en los períodos constitucionales siguientes con autoridad y efectividad equivalente a las que tienen los de los gobernantes de *iure*, y en respuesta al dictamen de la Procuradora Fiscal Graciela Reiriz, inspiradora de algunos de los precedentes citados, sostiene la mayoría que la teoría de que depende del gobierno ulterior reconocer o no reconocer la validez de los actos provenientes de los gobernantes de hecho, es un teoría anárquica que debe ser vivamente rechazada. La vida social se vería seriamente trastornada en la Argentina —dice el Tribunal— si la población advirtiera que los miles de actos emanadas de la autoridad de *facto* son ilegales y pueden ser anulados por las autoridades de *iure*. Como ejemplo de su destreza en el manejo del absurdo, concluye la Corte con un ingenioso ejemplo: si los actos de los gobiernos de *facto* fueran ilegítimos, lo serían también las designaciones de nada menos que los arzobispos y obispos, ya que éstas se fundan en el Acuerdo con la Santa Sede celebrado con autoridades de *facto*, y quién sino el Papa Paulo VI habría sido, ¡válgame Dios!, partícipe de la consumación de este vicio.

La doctrina del fallo Godoy es de clara matriz decisionista, lo que la diferencia claramente de sus antecedentes en cuanto a la concepción jurídica y política que la inspira. La secuencia: invalidez-eficacia-habilitación-validez; es reemplazada por una nueva secuencia: efectividad-validez. En palabras del jurista alemán: lo que existe políticamente es digno de existir jurídicamente.

Corresponde preguntarnos ahora, por qué la Corte, sin que fuera necesario para resolver el caso bajo estudio y a siete años de la última actuación de la autoridad de *facto* en el país, sienta esta doctrina. Creemos que esa actitud se relaciona con una nueva estrategia frente a los poderes de *facto* que no son, como hemos visto, patrimonio exclusivo de los regímenes de

facto, sino que se manifiestan actualmente en nuestro orden constitucional. La asimilación de las normas y actos emanados de las dictaduras militares y las leyes inconstitucionales que dicta el Presidente la realizó ya explícitamente el prestigioso jurista Oscar Roger, entonces Procurador General de la Nación, en el considerando Nro. 7 de su dictamen en el fallo Peralta. La Corte, como fuente de todas las verdades, responde también sobre el por qué de esta estrategia decisionista en el voto mayoritario en autos Peralta: "Que en tiempos de graves trastornos económico-sociales, el mayor peligro que se cierne sobre la seguridad jurídica no es el comparativamente pequeño que deriva de una transitoria postergación de las más estrictas formas legales, sino el que sobrevendría si se las mantuviera con absoluta rigidez, por cuanto ellas, que han sido fecundas para épocas de normalidad y sosiego, suelen adolecer de política eficiente frente a la crisis". En síntesis, el fallo pone en evidencia la tesis que previamente propiciamos: los órganos del sistema que hacen circular el nuevo discurso, parten de la conceptualización de las formas legales como incompatibles con un política eficiente frente a la crisis.

VII

A partir de 1932 Carl Schmitt se desempeña como fiscal del Tercer Reich en ocasión de la intervención a Prusia, y en 1933 como *Straatsrat* (Consejero de Estado) en Prusia. En 1934 elabora su "Teoría del Orden Concreto": la comunidad es un ser que como todos los seres, se organiza y vive conforme a un cierto orden, pues bien, este orden interno es el derecho, ordenamiento vital e inmanente de un pueblo, y ese orden no es producto de la razón humana ni de una voluntad suprema. En el orden concreto la hegemonía de la norma no es absoluta. Importa principalmente lo que será beneficio para el orden. Ello puede obtenerse ajustándose a la norma o prescindiendo de ella. Por ello todo hombre encargado de la exposición, interpretación y aplicación del derecho alemán debe vincularse a la Nación y al Pueblo alemán en razón de igualdad de raza: "principio de identidad de la estirpe". La voluntad o decisión a secas del período decisionista es sustituida por la voluntad del Führer ("principio del conductor"), el orden concreto de la Nación alemana es el orden nacional-socialista (13).

Resulta exagerado suponer que los elementos decisionistas que hoy circulan en el discurso jurídico facilitarían el acceso del discurso del "orden concreto", sin embargo, las manos que ajustan la economía latinoamericana no son menos crueles que aquellas otra manos que Carl Schmitt contribuyó a desatar. ■

"EL FINAL DEL SIGLO XIX TENDRA SU POETA..."

... nacido en las costas americanas, en la desembocadura del Plata, allí donde dos pueblos, antiguamente rivales, se esfuerzan actualmente en superarse mediante el progreso material y moral. Buenos Aires, la reina del Sur, y Montevideo, la coqueta, se tienden una mano amiga, a través de las aguas plateadas del gran estuario".

Se puede, sin demasiado temor a equivocarse, suponer la terminación completa de los **Cantos de Maldoror** en 1867, en momentos en que Roma es acechada por Garibaldi, Carlos Marx entrega al mundo el primer tomo de su *Capital*, y muere Baudelaire en París, no muy lejos de un hotel ubicado en el 23 de la calle Notre-Dame des Victoires, que ocupa, entonces, un desconocido llamado **Isidore Lucien Ducasse**.

El día de hoy el gran estuario ha reemplazado sus aguas plateadas por un marrón más acre, y el poeta de final de siglo, Isidore Ducasse, imaginario **Conde de Lautrèamont**, cien años después, sigue resultando

aún desconocido (1). "Este hombre que es un contemporáneo nuestro nos es más desconocido que Homero, que Sócrates y que Calígula" (Edmond Jaloux). Se ha necesitado más de un siglo para reunir los pocos datos que se poseen sobre la vida de Ducasse, la mayoría de los cuales son todavía hipotéticos. "Yo no dejaré memorias", dice, al comienzo de sus **Poesías**, y no las deja en absoluto. Su vida privada es casi tan completamente desconocida como su vida pública, y cabe pensar que el escritor no es totalmente ajeno a esta situación. Inhumado el 25 de noviembre de 1870 en el cementerio de Montmartre-Nord, en una sepultura temporal, la desaparición de Isidore Ducasse, nacido el 4 de abril de 1846 en Montevideo, será completa, sin dejar otras memorias que las que no cesa de despertar esa prueba de fuerza que se descubre al nombre de Maldoror.

Y como cada vez que a propósito de la obra de Ducasse se plantea el problema biográfico, es necesario volver a jugar el complejo juego del nombre propio y del seudónimo. "Es necesario leer bien los Cantos de Maldoror, firmados por el Conde de Lautrèamont, para comprender a Lautrèamont como escribano-escriba de Maldoror y comprender que Ducasse juega aquí con dos seudónimos y una

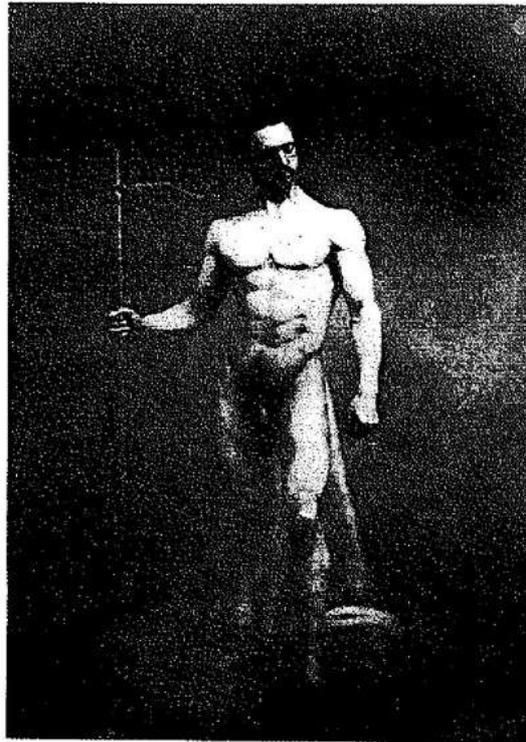
ausencia de identidad" (Marcelin Pleynet); que Ducasse desencarna y desarrolla una ficción donde es imposible reconocer quién, entre el narrador y el personaje, es el autor del otro; una ficción cuyo último fin es **borrar al autor**.

No se podría así, lógicamente, tener a partir de los Cantos, ni una versión de un **Lautrèamont por sí**, lo que implicaría basar la identidad sobre el seudónimo; ni una versión de un **Maldoror por sí**, que sería basar la identidad sobre la ficción; ni una versión de **Ducasse por sí**, que establecería la identidad allí donde no puede reconocerse. Del mismo modo, las Poesías, firmadas por Isidore Ducasse, no podrían reconocer a un Conde de Lautrèamont, del que se reniega, ni identificar algo que no sea sólo esa negación (2).

¿Quién es el que habla? parece preguntarse aquel que naciera por el tiempo en que Kierkegaard escribe en el "Punto de vista explicativo de mi obra" la siguiente reveladora frase: "Cada vez que voy a decir algo, hay alguien en el mismo momento que lo dice también. Me hago el efecto de ser un sosias espiritual y tengo la sensación de que otro yo va siempre delante de mí; más aún, cuando estoy hablando siento que es otro el que habla; así, pues, tendría razón de preguntarme lo mismo que el librero Soldina le preguntó a su mujer: 'Rebeca, ¿soy yo el que habla?'".

¿Quién es el que habla? Ducasse, en lo que a él respecta, toma todas las precauciones (3), escribe y no se reconoce; o, mejor aún, se eclipsa, se borra. Lo advirtió:

Mi aniquilación será completa



El Problema del Mal

y la Muerte del Hombre

"A todos aquellos que quieren hablar aún del hombre, de su reino o de su liberación, a todos aquellos, que plantean aún preguntas sobre lo que es el hombre en su esencia, a todos aquellos que quieren partir de él para tener acceso a la verdad, a todos aquellos que en cambio conducen de nuevo todo conocimiento a las verdades del hombre mismo, a todos aquellos que no quieren formalizar sin antropologizar, que no quieren mitologizar sin desmitificar, que no quieren pensar sin pensar también que es el hombre el que piensa, a todas estas formas de reflexión torpes y desviadas no se puede oponer otra cosa que no sea una risa filosófica -es decir, en cierta forma, silenciosa".

Michel Foucault

La obra de Lautrèamont no puede prestarse a ninguna interpretación que no la traicione. Negar o celebrar esta obra no cambia nada, ni se reconoce a Lautrèamont repitiéndolo; él ya lo ha hecho (escribiendo Maldoror y las Poesías), lo uno y lo otro. Las Poesías aparecen como correctivo de los Cantos, ellos mismos como correctivos de las Poesías. No hay, en efecto, que dejarse apresar en la cronología de las obras, **trampa biográfica** en la que han caído la

mayoría de los comentaristas: los dos libros, publicados con una diferencia de tiempo menor al año, son cronológicamente inseparables. Tampoco hay que ignorar esta cronología, ya que también aquí, paradójicamente, y sólo en la medida en que se la establezca, se podrá percibir cuál es su fallo.

Se encuentra aquí el centro mismo de la empresa ducassiana y de su juego aparentemente contradictorio: las Poesías anulando Maldoror, Maldoror anulando las Poesías; el lector se encuentra, por fin enfrentado a una **ausencia del libro** como totalidad. Prisioneros del dualismo Bien-Mal, la mayor parte de los comentaristas han podido creer que Ducasse hacía el necio (o se traicionaba) escribiendo las Poesías. Pero, si tanto los Cantos como las Poesías logran que el lector se sienta igualmente puesto en guardia contra su inocencia; si por los dos libros circula la misma

corriente de furor (contra Dios en los Cantos, contra Lautrèamont mismo en las Poesías); si los libros figuran dos caras opuestas pero atravesadas por el mismo eje (ese eje, sin duda, el problema del mal); si de las afirmaciones de pretendido defensor del bien y la esperanza en Poesías se desprende tanta desesperanza como de los Cantos de Maldoror, y aún más; resulta evidente que, con los dos libros el autor decide, a través de la adhesión de principio que supone la lectura, confrontar al lector con la lectura misma de esta adhesión, logrando lo que ya se ha notado anteriormente: la desaparición de la obra, el aniquilamiento del autor, o, y

esto es lo que se afirma, **la muerte del hombre**. Al tiempo que Nietzsche, presunto asesino de Dios trabaja en el Nacimiento de la Tragedia, acontece la muerte de Lautrèamont. Cien años más tarde, cuando los explosivos imperiosos del corazón del poeta no han tenido tiempo aún de apaciguarse, otro filósofo, Foucault, nietzscheano y cómplice, atestigua también acerca de la muerte del hombre, que agrega a la de Dios, producidas ambas por aquellos días en que Isidore Ducasse pasa por la vida sin dejar rastros, como aquel que tras haber cometido su crimen más perfecto, no puede oponer otra cosa que una risa silenciosa -es decir, en cierta forma, filosófica. Pero esta también traicionera interpretación, más traicionera aún en tanto endilga dos asesinatos, debe, necesariamente, tener un desarrollo (4); merece, obligado, un despliegue.

L A U T R È A M O N T

1. DESPLIEGUE

Las fuerzas en el hombre entran en relación con fuerzas de elevación al infinito.

"Estamos tan cegados por la reciente evidencia del hombre, que ya ni siquiera guardamos el recuerdo del tiempo, poco lejano sin embargo, en que existían el mundo, su orden y los seres humanos pero no el hombre".

Michel Foucault

Lautréamont proclama con toda claridad el propósito que lo lleva a escribir su primer obra: "Mi poesía consistirá en atacar al hombre, esa bestia salvaje, y al Creador, que no hubiese debido engendrar esa carroña". Todo su libro consiste fundamentalmente en el relato de la **lucha de Maldoror con Dios**. Ningún título más certero que el de "Lautréamont y Dios", elegido por León Pierre-Quint para su ensayo sobre los Cantos de Maldoror.

"Si los alienistas hubieran estudiado este libro, habrían colocado al autor entre los ambiciosos perseguidos: no ve en el mundo más que a sí mismo y a Dios, y Dios le molesta" (Remy de Gourmont). Y a lo largo del poema adquiere esta lucha intensidades de variado tenor. Planteada ya desde el primer canto, alcanza su máxima violencia en el segundo, cuando el Creador paraliza a Maldoror para seguir escribiendo, fulminándolo; o cuando relata la destrucción del hombre por la idea de Dios, **forma-Dios**, en el sanguinario festín en que el Creador lo devora. Ya en el mismo canto se produce la recuperación del héroe, en la estrofa en que Dios envía a la conciencia como emisario y Maldoror la decapita; alcanzando el furor iconoclasta su máxima expresión con el final

del canto segundo, en que el héroe se proclama a sí mismo "saqueador de despojos celestes". En posteriores cantos, la lucha se atenúa para mostrar la degradación del Creador, vilipendiado por la creación toda (5), y vuelve a aparecer como tema central la crueldad del hombre y la sensación de su propia impotencia. Con el final de los Cantos se retoman los temas precedentes unificados en un relato único. La lucha de Maldoror con Dios reaparece y culmina en la octava estrofa en que Maldoror aniquila al arcángel, y en el párrafo final donde hiere el rinoceronte, forma corporal asumida por Dios.

En esta lucha emprendida por el poeta contra Dios Creador, pretende eliminar hasta la idea misma de Dios: "Quiero residir solo en mi íntimo razonamiento: mi subjetividad y el Creador es demasiado para un cerebro".

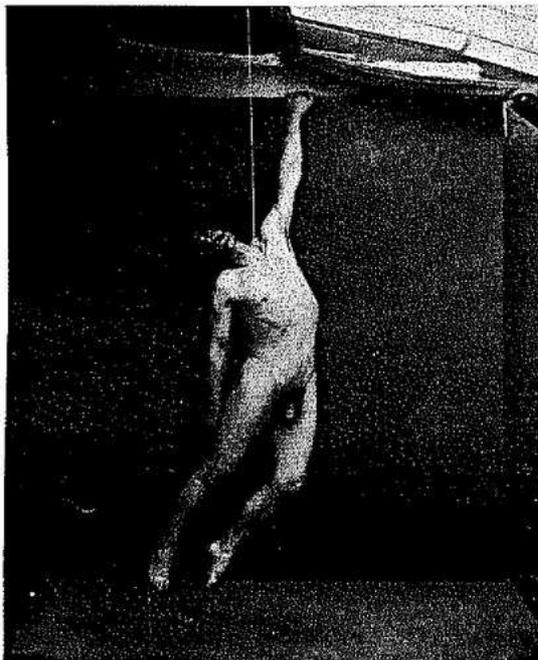
Pero, cuál es este idea de Dios, forma-Dios, cuál es el sentido de la culpabilidad divina, punto clave del pensamiento de Lautréamont. Con quién lucha. A quién ladra. "Un día, con los ojos vidriosos, me dijo mi madre: 'cuando estés en cama y oigas los ladridos de los perros en el campo, ocúltate bajo los cobertores; no te burles de lo que hacen: tienen sed insaciable de

infinito, como tú, como yo, como todos los otros humanos de rostro pálido y alargado ...". Lautréamont, pobre perro, tiene **sed insaciable de infinito**, como tú, como yo. Y en esta exploración del infinito donde la ética se transforma en metafísica, aparece, el espíritu profundamente religioso de Lautréamont; religiosidad entendida, por supuesto, como una forma de trascendencia, como una sed insaciable de infinito.

"Si en la base de la preocupación moral existe una ardiente aspiración al infinito, y en última instancia a eso se reduce el problema ético, se justifica que toda religión, reveladora del impulso natural del hombre por trascender, esté construida sobre bases éticas y que Dios se constituya en el ente ético ideal" (Aldo Pellegrini). Entonces, la teofobia en Lautréamont no es más que la consiguiente protesta contra Dios, como imagen arquetípica del hombre (6); no es más que la lucha de las fuerzas en el hombre, cuando entran en relación con **fuerzas de elevación al infinito**; no es más que la lucha con la forma Dios, compuesta precisamente de todas las fuerzas directamente elevables al infinito.

Ese impulso al infinito, esa sed insaciable de que habla Lautréamont se confunde con la búsqueda de lo absoluto, y en ella vuelca su religiosidad esencial. Hecho Dios a la imagen del hombre o el hombre a la imagen de Dios, su misantropía se extiende al Creador, a quien atribuye, por tanto, las pasiones y las faltas humanas (7). El mundo hecho a la medida del hombre convierte al hombre en culpable; el hombre hecho a la medida de Dios convierte a su vez a Dios en culpable. ¿Qué es Dios sino la universal explicación, el **despliegue** supremo? El despliegue aparece aquí como el concepto fundamental. Pero, ante todo, ¿cuál es el sentido de la figura de Maldoror, héroe del mal, titán ebrio de sedes infinitas y sueños de grandeza, súper hombre al fin?

¿Esta acaso Maldoror del lado del Mal?



EL PROBLEMA DEL MAL

"Para Nietzsche no se trataba de saber qué eran en sí mismos el bien y el mal, sino qué era designado o, más bien, quién hablaba".

Michel Foucault

No se está en presencia del libro inocente sobre "el mal por el mal". Tampoco se está en presencia de un libro moralista: actitudes ambas muy frecuentes. Se está en presencia de un libro inteligente, de un autor eminentemente peligroso (8). "Es entre 1866 y 1875, cuando los poetas comenzaron a reunir sistemáticamente lo que parecía separado; Lautréamont lo hizo más deliberadamente que ninguno" (Paul Eluard). Cabe insistir sobre este punto: Los Cantos de Maldoror es uno de los libros más inteligentes e incluso el más inteligible de nuestra cultura (9).

El dualismo Bien-Mal, antes que el Bien y antes que el Mal, es la estructura fundamental de la obra ducassiana y será el objeto mismo a partir del cual se desplegarán los Cantos. Esa presencia simultánea de los **antagonistas** aparece como mecanismo dominante en toda la obra de Lautréamont: "La risa, el mal, el orgullo, aparecerán, alternando, entre la sensibilidad y el amor a la justicia, y servirán de ejemplo a la estupefacción humana ... y quizá ese simple ideal, concebido por mi imaginación, sobrepasará sin embargo, todo lo que la poesía ha encontrado hasta el presente de más grandioso y de más sagrado".

Pero esta idea, este simple ideal, esta nueva dialéctica en

que los términos antitéticos no tienen jamás la posibilidad de fundirse en la creación de un tercer término sintético, este juego concebido por la imaginación del imaginario Conde, a qué lógica sirve, con qué fines se juega; con qué reglas:

PRIMERO: Se podrá a partir de aquí, extenderse largamente sobre las pseudo-dualidades lautreamonianas, que no actúan jamás más que en el nudo de su articulación negativa. Todas las ambigüedades que se han podido encontrar (también en la correspondencia) a partir de los conceptos de bien y de mal, están sujetos al **gozne de la negación** (NI bien, NI mal) tomado a la luz de lo que posteriormente se llama espíritu de rebeldía, esta más pura substancia que se transforma en una ola de negación que sacude todo el poema y arrastra finalmente hacia la negación del libro mismo (10). Lo que sería la regla de **DESAPARICION DE LA OBRA**.

SEGUNDO: O dicho de otra manera, Lautréamont tomando por objeto, como material de su juego, el

"sujeto", determinando así un desplazamiento por el que todos los sentidos posibles se van a encontrar alterados en su inmanente realización en lo que es por principio el lugar de ese dualismo: el sujeto (11). Es así como los debates entre el bien y el mal se convierten en los Cantos en **un debate del lugar como tal**. ¿Quién es el que habla? o, ya se ha dicho de otra manera, la negación de la biografía. Lo que sería la regla de **ANIQUILAMIENTO DEL AUTOR**.

TERCERO: Otro intento de acercarse al infinito podría proporcionarlo la **ruptura de la barrera ética**: desaparece la oposición entre el Bien y el Mal; el crimen y la degradación, con su acompañante la crueldad, se convierten en posible factores positivos de trascendencia. "¿Qué son entonces el bien y el mal? ¿Son acaso la misma cosa que testimonia nuestra furibunda impotencia y el ardiente deseo de alcanzar el infinito por cualesquier medios, por insensatos que fueren?". En esa lucha contra los límites de la condición humana, el héroe encuentra fuerzas sólo en su propia interioridad, en una profunda aspiración hacia el todo, hacia lo absoluto, que supera las fronteras del espacio y del tiempo. Así, por insensato que fuere, salta el poeta sobre lo real, en una proyección al infinito, por la ausencia de límites y la despersonalización. Lo que sería la regla de **MUERTE DEL HOMBRE**.

La desaparición de la obra, el aniquilamiento del autor y la muerte del hombre; una conclusión a los fines del juego, una tricionera interpretación que sigue mereciendo, obligado, un despliegue, del que ya se ha enunciado la símba primera.

2. PLIEGUE

Las fuerzas en el hombre entran en relación con nuevas fuerzas del afuera.

"¿Acaso no es necesario recordarnos a nosotros que nos creemos ligados a una finitud que solo a nosotros pertenece y que nos abre por el conocer, la verdad del mundo, que estamos atados a las espaldas de un tigre?"

Michel Foucault

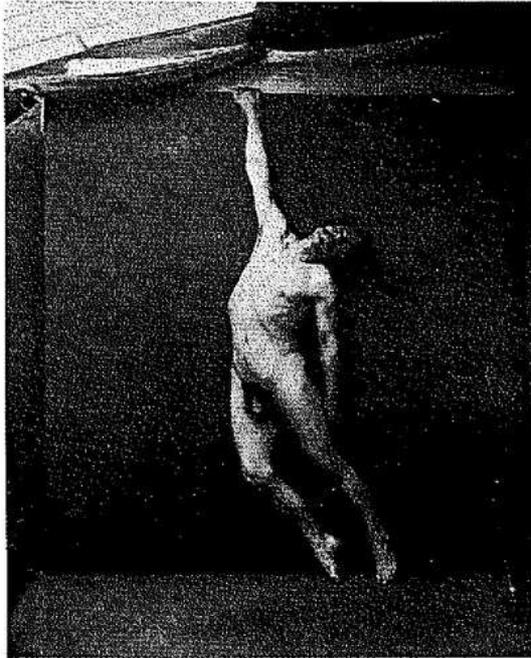
En el **des** del despliegue, las fuerzas en el hombre entran en relación con fuerzas de elevación al infinito. Estas son claramente fuerzas del afuera, puesto que el hombre es limitado, nada más que limitado, y no puede explicar esa potencia más perfecta que lo atraviesa.

En el **pliegue** del despliegue, las fuerzas en el hombre entran en relación con nuevas fuerzas del afuera que son **fuerzas de finitud**. Luego de su combate con la forma-Dios, Lautrèamont se enfrenta al gran objeto exterior y a las miserias de la condición humana. Será necesario que la fuerza en el hombre empiece a afrontar y a abrazar las fuerzas de la finitud como fuerzas del afuera. Es fuera de sí mismo donde debe enfrentarse a la finitud. Después y solo después, en un segundo tiempo, la convierte en su propia finitud, toma conciencia de ella, necesariamente, como de su propia finitud.

En el **des** del despliegue, partiendo de la culpabilidad del hombre y de la responsabilidad del Creador, Maldoror desarrolla su alegato de misantropía y teofobia blasfematoria, que recorre todo el poema. En el pliegue del despliegue, y sobre todo en un primer tiempo de ese pliegue, el héroe, que ha perdido su principio ordenador, vive en un medio hostil formado por los otros hombres (12): *"La maldad de estos, se ejercitaba en perseverantes estragos durante años enteros, entonces no reconocía límites ni furor y yo sufría arrebatos de crueldad ..."*. Toda esa hostilidad del mundo, toda esa resistencia a las ilimitadas posibilidades de su vida, a su sed insaciable de infinito, Lautrèamont la simboliza en lo que misteriosamente llama el **Gran Objeto Exterior**. Se desarrolla así, como antes con la forma-Dios, una verdadera lucha de las fuerzas en el hombre, en su relación con ese Gran Objeto que lo aprisiona, lo limita, lo agrede. El perro Lautrèamont, que ladrara ya a la Creación, ladra ahora la revuelta del ser domesticado contra la coerción del gran exterior y sus poderes esclavizadores, nuevas fuerzas del afuera. En el **plie** del pliegue, donde ese héroe intenta conservar su ilimitada integridad, surge el Orgullo como defensa

en la plena Soledad. En el plie del pliegue, el triunfo del Mundo es sólo aparente, cuando Maldoror, corriendo todos sus riesgos, decide persistir como héroe, y lo proclama. Lo que equivale a decir: cuando las fuerzas en el hombre entran en relación con fuerzas de finitud, procedentes del afuera, entonces, y sólo entonces, el conjunto de las fuerzas compone la **forma-Hombre** (y no la forma-Dios). Proclamación del héroe, **Incipit Homo**, el hombre condenado a la soledad, al apartamiento, se ve impulsado a afirmar su individualidad, como distinto del Gran Objeto Exterior que lo rodea. Por eso es que en Lautrèamont, el principio cartesiano se vuelve insuficiente: Luego de la muerte de Dios, necesita asegurar su victoria y su separación del Gran Exterior, y entonces anuncia, Maldoror como secuencia del "pienso luego existo", **la proclamación de la individualidad del héroe: existo, luego no soy otro** (13).

Al afirmarse a sí mismo el artista se convierte en el centro del Universo, y vuelve a desencarnar y a desarrollar un escenario de ficción en el cual es todopoderoso a la manera de la forma-Dios. Pero en los Cantos, este poder que crea la forma-Hombre sólo consigue aumentar la Soledad de Maldoror: *"Me quedaba solo en mi resplandeciente grandeza"*. Al tiempo que se afirma la individualidad, que se establece la diferencia, se acentúa la soledad y el orgullo del héroe. La forma-Hombre, solitaria, al proclamar su yo, convierte a Maldoror en el Orgulloso. *"Un incommensurable orgullo lo tortura, como antes a Satán, y quisiera igualar a Dios"*. Y cuando quiere igualar a Dios, Maldoror vuelve a convertir en su rival, Lautrèamont en su oponente. Isidore Ducasse en el rebelde.



EL ESPIRITU DE REBELDIA

"Más que la muerte de Dios -más bien en el surco de esa muerte y de acuerdo con una profunda correlación con ella-, lo que anuncia el pensamiento de Nietzsche es el fin de su asesino; es el estallido del rostro del hombre en la risa y el retorno de las máscaras; es la dispersión de la profunda corriente del tiempo por la que se sentía llevado y cuya presión presuponía en el ser mismo de las cosas; es la identidad del retorno de lo Mismo y de la dispersión absoluta del Hombre".

Michel Foucault

Al tomar Los Cantos de Maldoror en su conjunto se descubre que este libro, a propósito del cual Ducasse escribe al editor: *"Todavía no está hecha la moraleja final"*, se desprende del dominio del **topos de la conclusión**, topos antiguo, conservado como signo en la Edad Media, y que requiere que la obra tenga un final ... y por la noche.

Situado fuera de este signo, los Cantos indican, de hecho, que la moraleja del final no podría hacerse más que en la medida en que correspondía menos a un acabamiento que a un eterno retorno y a una repetición (de la repetición). Todas las perversidades de Maldoror se inscriben en esta **perspectiva sin final**, del comienzo, del retorno y de la repetición. Por otra parte, Poesías, dibujan también este movimiento del proyecto ducassiano, en el curso del cual la mayoría de los conceptos caen. Cada enunciación está pues expuesta permanentemente a ser negada. Poesías designan un movimiento que comienza, si es que su comienzo tiene alguna importancia, antes que los Cantos, en la medida en que los Cantos comienzan y se prosiguen inclusive después de los Cantos, en la medida en que, moraleja del final, ese movimiento no podría acabarse. *"Esta publicación permanente ..."*, anuncia el aviso de

la edición original de Poesías. Al mismo tiempo, perdido en una cronología ya rechazada, Maldoror exclama: *"Que mi guerra contra el hombre se eternice"*. Lautrèamont aparece como el **poeta de la revuelta permanente**.

Isidore Ducasse es el rebelde en estado puro. Lleva su no aceptación, el rechazo a la sumisión a sus extremas consecuencias, dándole una dimensión metafísica y un carácter universal, elevando su acto de protesta contra todas las limitaciones de la existencia misma. Este disconformismo, en Lautrèamont, lleva a una violencia negadora, que ya se ha visto como gozne de la negación, y que llega a su culminación en el texto titulado Poesías, firmado por Ducasse que aparece poco después de los Cantos y poco antes de la muerte del poeta. En todas las Poesías campea el mismo espíritu, el mismo e inmutable principio negador, *"dirige tus pasos hacia atrás y no hacia adelante"* (14), la misma fuerza imperativa de aniquilamiento. Muerto Dios, vencido el Gran Objeto Exterior, Isidore Lucien Ducasse, poco antes de morir, inicia su combate más terrible, en un despliegue que todavía no ha terminado.

3. PLIEGUE.

Las fuerzas en el hombre entran en relación con fuerzas de finitud

"El hombre es una invención cuya fecha reciente muestra con toda facilidad la arqueología de nuestro pensamiento. Y quizás también su próximo fin.

Si esas disposiciones desaparecieran tal como aparecieron, si, por cualquier acontecimiento cuya posibilidad podemos cuando menos sentir pero cuya forma y promesa no conocemos por ahora, oscilaran, como lo hizo, a fines del Siglo XVIII el suelo del pensamiento clásico, entonces podría apostarse que el hombre se borraría, como en los límites del mar un rostro de arena".

Michel Foucault

Mi aniquilación será completa

El Problema del Mal



y La Muerte del Hombre

SOBREPLIEGUE.

Si las fuerzas en el hombre sólo componen una forma al entrar en relación con fuerzas de afuera ¿con qué nuevas fuerzas corren el riesgo de entrar en relación ahora, y qué nueva forma puede surgir que ya no sea ni Dios ni el Hombre?

"Actualmente, sólo se puede pensar en el vacío del hombre desaparecido. Pues este vacío no profundiza una carencia, no prescribe una laguna que haya que llenar. No es nada más ni nada menos, que el despliegue de un espacio en el que por fin es posible pensar de nuevo"

Michel Foucault

LAUTREMONT

"El hombre ya no es más el gran misterio". Son, probablemente, estas palabras de Ducasse, las que con más propiedad se podrían tomar para iniciar y concluir algunas reflexiones sobre el pliegue. Después de Lautrèmont, el hombre, esa invención reciente, ya no es más el gran misterio. Pero aún así la pregunta es: ¿debemos llorar la muerte del hombre? ¿ha sido

bueno esa forma? ¿ha contribuido en algo al despliegue de las fuerzas en el hombre? ¿ha sido buena su desaparición?

La obra de Isidore Lucien Ducasse significa mucho más que el cambio de un simple concepto. Y significa mucho menos, también, que la desaparición de los hombres existentes. La obra de Isidore Ducasse,

rebelle, espíritu destructor, encara su último objetivo: el Solitario y Orgulloso héroe, asesino de la forma-Dios, en su resplandeciente grandeza.

"Remiengo de mi pasado". Esa búsqueda de la despersonalización que ya se ha mencionado, adquiere, en Maldoror, en el gue del pliegue, entidad en la frase "retomemos el hilo de la poesía impersonal".

"Remplazo la melancolía por el valor, la duda por la certidumbre, la desesperación por la esperanza, la perversidad por el bien, las quejas por el deber, el escepticismo por la fe, los sofismos por la frialdad de la calma, y el orgullo por la modestia", exclama Ducasse al comienzo de las Poesías, en todo su esplendor, y en todo su derecho (15), como anticipando la entidad del nuevo texto.

Isidore Lucien Ducasse, unos meses después de la publicación de los Cantos, acaba de asesinar al Conde de Lautrèmont, escriba de Maldoror. Atrapado en el siniestro juego del nombre propio y del seudónimo, muerto Maldoror y muerto Lautrèmont; atrapado también en el no menos terrible juego de los antagonistas, muerto Dios y muerto su asesino; manteniendo su risa silenciosa -es decir, en cierta forma filosófica-, muere unos meses después, dando pleno sentido a la frase que da título a este escrito, y que le pertenece. Lo advirtió:

"El aniquilamiento intermitente de las facultades humanas, cualquiera sea la opinión de nuestro pensamiento, no es un mero conjunto de palabras. Por lo menos no son palabras cualesquiera".

imaginario conde de Lautrèmont, escriba de Maldoror, proclama el advenimiento de una nueva forma, muerto Dios, muerto el Hombre. Nueva forma de la que cabe esperar que no sea peor que las dos precedentes, pero de la que, finalmente, se posee sólo algún presentimiento, "por consiguiente, no está hecha la moraleja final".

"¿Pretendéis acaso que con haber injuriado, como en broma, al hombre, al creador, y a mí mismo, en mis justificables hipérbolos, mi misión está cumplida? No; la parte fundamental de mi trabajo no deja por eso de subsistir como labor a realizar". Lautrèmont no deja de decirlo: como labor a realizar en un tiempo y en un espacio.

En un tiempo; despliegue de un tiempo posterior a la muerte de Dios y la muerte del hombre. En un espacio; sobrepliegue, en el que por fin es posible pensar de nuevo. "Por consiguiente, todavía no está hecha la moraleja final ...

... y, sin embargo, hay un inmenso dolor en cada página". ■

Notas:

(1) Porque en vida son demasiado fuertes y se teme que su poesía salga de los libros y trastorne la realidad (Artaud).

(2) Todos los signos de una esquizofrenia, particularmente típica, se encuentran en efecto, reunidos en la obra y en lo poco que sabemos sobre el modo de vida de Isidore Ducasse (J. P. Soulier).

(3) El monumento a este género de estilo ha sido levantado por un tal Lucien Ducasse quien, bajo el seudónimo de Conde de Lautrèmont escribió en 1869 el libro más loco, más incomprensible y más extravagante: Los Cantos de Maldoror. Era un loco, un presuntuoso, un bromista? No se sabe demasiado bien (H. Dubemois).

(4) He tratado de reproducir en este despliegue y en medio de los distintos párrafos, encomillados o

no, la totalidad de los nombres de los autores a quienes pertenece la mayoría de las ideas aquí expuestas -cuando no las palabras mismas. Gran cantidad de ellas se encontraban referidas a Nietzsche, quizá por equivocación. Pero aun si así no fuera, pueden ser también citadas como refiriéndose al poeta que ocupa el centro de estas páginas.

(5) "El Creador prosiguió tal como un acusado que compareciese ante su propio Tribunal".

(6) El pensamiento clásico se reconoce en su manera de pensar el infinito. Pues toda realidad en una fuerza "igual" a perfección es elevable al infinito (lo infinitamente perfecto) y el resto es limitación, nada más que limitación (G. Deleuze).

(7) "Si el conferenciario con los hombres, todas las vergüenzas le salpicarían el rostro".

(8) Desde el momento que un espíritu puede variar

su verbo, lo domina. Ahora bien, en lo que concierne a Lautrèmont, tenemos la certeza de esa variación (G. Bachelard).

(9) Todavía hoy, me siento absolutamente incapaz de considerar tranquilamente este mensaje fulgurante que parece exceder por todas partes las posibilidades humanas (A. Breton).

(10) De suerte que esta obra que se juzga y se destruye a medida que se desarrolla, aparece naturalmente como lo contrario de una obra literaria ... y se comprende fácilmente que una generación al menos, le haya dedicado un culto muy particular: ésta sentía confusamente que planteaba el problema de los límites de la literatura (R. Cailliois).

(11) "Contemplo la dualidad que me compone y me encuentro bello".

(12) "Cada hombre vive como un salvaje en su guarida, y sale de ella muy poco para visitar a sus congéneres, acurrucados igualmente en su guarida. La gran familia universal de los seres humanos es una utopía digna de la lógica más mediocre".

(13) "Si existo, no soy otro. No admito en mi esa equívoca pluralidad".

(14) Es una marcha atrás que nos permite ver el horizonte con mayor amplitud. La conciencia, según esta imagen, a medida que retrocede, se más abarca. El hombre a medida que conoce da un paso atrás, el muro de su origen se le aparecerá atrás, por un golpe en la espalda (T. Abraham).

(15) "Para utilizar en pro del bien una palabra que pertenece al mal, es preciso tener derecho a ello".

El derecho en la favela

Notas sobre la historia jurídico-social de Pasárgada

Por Boaventura de Sousa Santos

Traducción de Christian Courtis

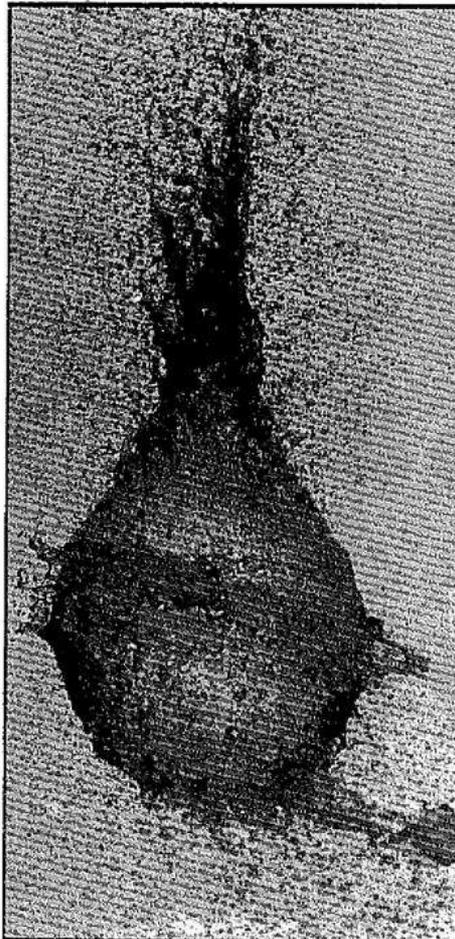
Boaventura de Sousa Santos es un científico social portugués, lamentablemente poco difundido en nuestro país y de escasas traducciones al castellano. Profesor de la Universidad de Coimbra, realizó su tesis de doctorado en Yale con un estudio de antropología y sociología jurídica sobre el orden jurídico propio de una favela del conurbano carioca. El presente trabajo presenta algunas de las conclusiones de ese estudio.

Introducción

Este texto forma parte de un estudio sociológico sobre las estructuras jurídicas internas de una favela de Río de Janeiro, a la que doy el nombre ficticio de Pasárgada. El estudio tiene por objetivo analizar en profundidad una situación de pluralismo jurídico con vistas a la elaboración de una teoría sobre las relaciones entre Estado y derecho en las sociedades capitalistas. Existe una situación de **pluralismo jurídico** siempre que en el mismo espacio geopolítico rija (oficialmente o no) más de un orden jurídico. Esta pluralidad normativa puede tener fundamento económico, racial, profesional u otro; puede corresponder a un período de ruptura social como, por ejemplo, un período de transformación revolucionaria; o puede aun resultar, como en el caso de Pasárgada, de la conformación específica del conflicto de clases en un área determinada de la reproducción social -en este caso, la vivienda.

La favela es un espacio territorial cuya relativa autonomía proviene, entre otros factores, de la ilegalidad colectiva del asentamiento habitacional a la luz del derecho oficial brasileño. Esta ilegalidad colectiva condiciona de modo estructural la relación de la comunidad en cuanto tal con el aparato jurídico-político del Estado brasileño. En el caso específico de Pasárgada, puede detectarse la vigencia no oficial y precaria de un derecho interno e informal, administrado, entre otros, por la asociación de habitantes y aplicable a la prevención y resolución de conflictos provocados por la lucha por la vivienda en el seno de la comunidad. Este derecho no oficial -el derecho de Pasárgada, como podría denominárselo- rige en paralelo (o en conflicto) con el derecho oficial brasileño. Entre los dos derechos se establece una relación de pluralismo jurídico extremadamente compleja, que sólo un análisis muy riguroso puede revelar. En forma muy genérica puede decirse que no se trata de una relación igualitaria, ya que el derecho de Pasárgada es siempre y de múltiples formas dependiente en relación al derecho oficial. Recurriendo a una categoría de la economía política, puede decirse que se trata de cambio desigual de juridicidad, que refleja y reproduce a nivel socio-jurídico las relaciones de desigualdad entre las clases cuyos intereses se reparten en uno y otro derecho.

El análisis del orden jurídico de Pasárgada se circunscribe, en lo que interesa para este estudio, a los



recursos internos que son movilizados para prevenir y resolver conflictos derivados de la propiedad o posesión de la tierra y de los derechos sobre las construcciones (casas y ranchos) que sobre aquélla se implantan. Es a través del análisis de los tipos de conflicto y de sus modos de resolución como mejor se comprende al derecho de Pasárgada en acción, es decir, en tanto práctica social. Este análisis realizado en un cierto momento del desarrollo de Pasárgada requiere, para ser completo, la inclusión de una dimensión histórica. Más concretamente, se trata de saber cómo se constituyeron y desarrollaron, a partir de la formación de la favela, las normas y los órganos de decisión jurídica, que hoy se centran alrededor de la asociación de habitantes y de otros polos de organización comunitaria autónoma, que aún subsisten, aunque de modo cada vez más precario, años después del apogeo del desarrollo comunitario en el inicio de la década del sesenta.

El texto que sigue se circunscribe al análisis de la primera parte de esta evolución, y aun así de modo muy lagunario. Las dificultades de la investigación histórica en el dominio socio-jurídico son innumerables, sobre todo cuando el objetivo es captar la génesis de las formas y estructuras jurídicas. Las dificultades son aún mayores cuando, como en el presente caso, la carencia de documentación escrita es casi total. Para obviarla, recurrí a entrevistas con los habitantes más antiguos de Pasárgada y sobre todo con aquellos que vivieron allí desde el inicio de la comunidad. Es sabido que este método sociológico tiene muchas limitaciones y que el rigor del conocimiento obtenido a través de él es siempre muy problemático. Y tanto más cuando se trata de investigar "cuestiones jurídicas" porque, conforme a la perspectiva analítica usada por el entrevistador, tales cuestiones, o bien se refieren a hechos que no traspone los umbrales de lo cotidiano, a veces remoto, o envuelven mitos y tabúes alrededor de los cuales el desconocimiento social se organiza estratégica y "caprichosamente". En cualquiera de los casos, las respuestas de los entrevistados tienden a padecer de vicios, tales como lagunas y distorsiones de percepción y memoria, prejuicios éticos u otros (sobreevaluación del presente en relación al pasado, o viceversa), inducción de las respuestas, es decir, adecuación de éstas al estereotipo del entrevistador y de sus preferencias. En condiciones como éstas, es grande la tentación de compensar la deficiencia de información con sobreinterpretación.

LOS MALOS VIEJOS TIEMPOS

Cuando los primeros habitantes se establecieron en Pasárgada a mediados de la década del treinta, existía mucha tierra disponible. Cada habitante demarcaba su pedazo de tierra y construía su rancho, dejando en general espacios abiertos para el cultivo de verduras, plantado de árboles, o el criado de animales domésticos.

Según los más antiguos habitantes de Pasárgada, en aquella época casi no existían entre los moradores conflictos que envolvieran derechos sobre la tierra y los asentamientos. "No había necesidad de pelea", dicen ellos. Los ranchos eran de construcción muy primitiva y tenían poco valor. Podían ser construidos y demolidos en cuestión de horas. Por otro lado, toda vez que existía mucha tierra desocupada, cualquier conflicto relacionado con la posesión de la tierra (límites, preferencias y servidumbres) podía ser evitado fácilmente con la simple mudanza de una de las partes del conflicto a otro lugar del morro. Pero el poblado creció muy rápidamente y la calidad de las viviendas mejoró considerablemente, de tal modo que en la segunda mitad de la década del cuarenta ya eran frecuentes los conflictos que envolvían la propiedad y la posesión de la tierra. Cuando se pregunta a los habitantes más antiguos de qué manera eran resueltos tales conflictos en aquella época, ellos responden invariablemente: "Violencia, la ley del más fuerte". Cuando, con el fin de evitar, en alguna medida, distorsiones de percepción de memoria, se procura obtener informaciones sobre la base de un paralelo entre el modo en que los conflictos eran tratados en aquel tiempo y el modo en que son tratados ahora, es frecuente obtener una respuesta de este tenor: "¡Ohí! Ahora es diferente. Ahora las cuestiones son tratadas en paz y se trata de decidir de acuerdo a la justicia. En aquellas épocas eran resueltas con cuchillos y revólveres". Este tipo de respuesta aún envuelve una cierta distorsión, porque no es verdad que hoy en día todos los conflictos sean resueltos pacíficamente, más allá de que esto no sea menos cierto en Pasárgada que en la sociedad brasileña en general. A la luz de informaciones obtenidas y teniendo en cuenta la posibilidad de distorsión, tal vez sea seguro concluir que la probabilidad de relaciones sociales pacíficas vinculadas a la propiedad y posesión de la tierra y el tratamiento también pacífico de los conflictos surgidos de tales relaciones son hoy mucho más elevados que hace veinte o treinta años.

El aumento de la violencia en una primera fase de la historia de Pasárgada resulta obviamente de una pluralidad de factores. Entre ellos apenas se refieren dos que tienen más pertinencia para los objetivos del presente estudio: por un lado, la indisponibilidad o inaccesibilidad estructural de los mecanismos de ordenamiento y control social propios del sistema jurídico brasileño y, por otro lado, la inexistencia de mecanismos alternativos, de origen comunitario, capaces de ejercer, aun de modo diferente y apenas en los límites de la comunidad, funciones semejantes a las de los mecanismos oficiales. En lo que hace al primer factor, la indisponibilidad se presenta como estructural, siempre que sus relaciones trasciendan el dominio de lo motivacional y, por lo tanto, el nivel de los eventos de la interacción social, independientemente del grado de universalización de ésta. Entre los mecanismos oficiales de ordenamiento y control social, serán referidos dos: la policía y los tribunales.

La policía no tenía comisarías en Pasárgada y, aunque las hubiera tenido, es improbable que sus servicios fueran solicitados por la población para inter-

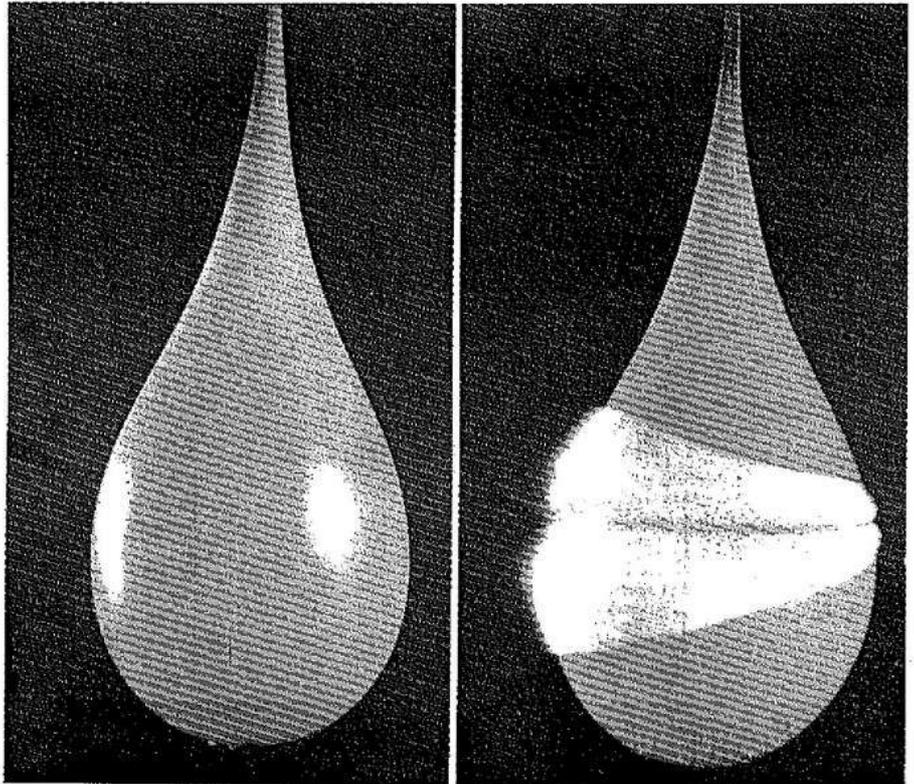
venir en casos de conflicto. Las comisarías de las áreas urbanizadas próximas tampoco eran llamadas a actuar. Cuando se pregunta a los habitantes más antiguos las razones por las cuales no usaban los servicios de la policía, ellos primero ríen por la sorpresa que les causa tal pregunta -tan obvia es la respuesta. Después hacen un esfuerzo para expresar lo obvio. Desde el origen de la ocupación del morro, la comunidad "entendió" que estaba en continua lucha con la policía. Antes de que los terrenos de Pasárgada pasaran al dominio público, varias fueron las tentativas emprendidas por la policía para expulsar en masa a los habitantes. Y aun después de eso la supervivencia de la comunidad nunca estuvo garantizada, toda vez que se conocían casos de remoción de favelas construidas en terrenos del Estado. Llamar a la policía hubiera aumentado la visibilidad de Pasárgada como comunidad ilegal y habría podido eventualmente crear pretextos para la remoción.

Otros factores contribuyeron también para que la policía fuese vista como un enemigo por los habitantes de Pasárgada. Criminales, sospechosos, vagabundos y en general 'malos elementos' constituían, según la consideración policial, una considerable proporción de la población de Pasárgada. Por consiguiente, por lo que cuentan los testigos de aquel tiempo (que no es, en este aspecto, muy distinto del presente), la policía hacía incursiones represivas, es decir, efectuaba 'razzias' en la comunidad con mucha frecuencia. Estas razzias eran tan

habitantes y eso podía hacer peligrar su permanencia en la comunidad.

No existe razón para dudar de la exactitud de este relato, tanto más cuando se refiere a comportamientos y actitudes que todavía hoy siguen constituyendo, en gran parte, la regla cotidiana entre los habitantes de Pasárgada y la policía. A pesar de tener ahora comisarías en Pasárgada, la policía sigue desempeñando un papel mínimo en la prevención y resolución de conflictos. No obstante sus esfuerzos en el sentido de una aceptación positiva por parte de la comunidad, sigue siendo vista por ésta como una fuerza hostil investida de funciones estrictamente represivas.

Aparte de la policía (o como complemento de la acción de ésta), los tribunales constituyen el otro mecanismo oficial de ordenamiento y control social al que los habitantes de Pasárgada hubieran podido, en teoría, recurrir para prevenir o resolver conflictos internos de naturaleza jurídica. Tal recurso estaba, de hecho, igualmente vedado y son varias las razones que apuntan los habitantes más viejos para explicarlo. En primer lugar, jueces y abogados eran percibidos como demasiado distantes de las clases bajas para poder entender las necesidades y aspiraciones de los pobres. En segundo lugar, los servicios profesionales de los abogados eran muy caros. Según la descripción de uno de los habitantes, "nosotros estábamos peleando por ranchos y pedazos de tierra que, desde el punto de vista de los



ineficientes desde el punto de vista de los objetivos policiales como repugnantes para los habitantes que eran víctimas de ellas. Aquellos que de hecho eran 'malos elementos' casi nunca eran encontrados y las personas inocentes eran llevadas con frecuencia a prisiones de las cuales no eran liberadas sino a través de soborno. En este contexto, y aun dejando de lado los peligros corridos, no existía ningún propósito útil en llamar a la policía en caso de conflicto. Si la víctima o, en general, la persona perjudicada llamaba a la policía, sabía que ésta probablemente no estaría dispuesta a venir (a menos que por otros motivos tuviera interés en ello) y, en caso de venir, que el culpado y todos los testigos relevantes ya habrían entonces desaparecido o, de ser interrogados, utilizarían todos los subterfugios posibles para no proporcionar ninguna información útil. Por otro lado, el habitante que llamara a la policía sería considerado traidor o informante (*alcaguete*) por los otros

abogados, no valían nada. Además de eso, cuando uno contrata un abogado, uno es de una clase más baja que él y él está en condiciones de hacer acuerdos con otros abogados y con el juez, que pueden perjudicar nuestros intereses. Entonces él se acerca con esa forma de hablar de los abogados e intenta convencernos de que fue lo mejor que se podía hacer por uno, y que, al final de cuentas, el acuerdo no está tan mal así. Y uno no puede hacer nada". Esta observación, aunque referida a las actitudes para con los abogados en la época inicial de Pasárgada, se basa probablemente en experiencias y percepciones adquiridas mucho tiempo después. En cualquier caso, presupone un conocimiento bastante íntimo de la acción de los abogados que dudo fuese común en Pasárgada hace veinte o treinta años. Era común (y sigue siéndolo) la idea de que los servicios de los abogados son muy caros y, por eso, están lejos del alcance de las escasas posesiones de las clases bajas. Una

tercera razón invocada por los habitantes de Pasárgada para no recurrir a los tribunales reside en el hecho de saber desde el inicio que la comunidad es ilegal a la luz del derecho oficial, tanto en lo relativo a la ocupación de la tierra como a los ranchos que sobre ella se fueron construyendo. En la expresión perspicaz de uno de ellos, "nosotros éramos y somos ilegales". Recurrir a los tribunales para resolver conflictos sobre tierras y asentamientos no sólo era inútil sino también peligroso. Era inútil porque "los tribunales tienen que seguir el código y por el código nosotros no teníamos ningún derecho". Era peligroso porque llevar la situación ilegal de la comunidad a la atención de los servicios del Estado podría conducirlos a "mandarnos a la cárcel".

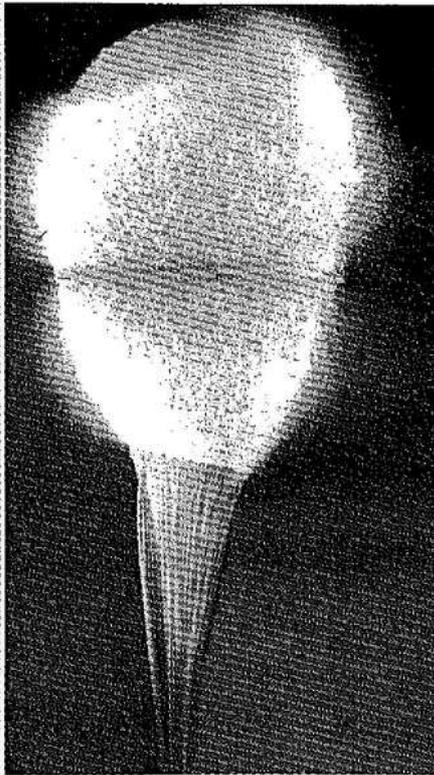
Esta serie de observaciones requiere un análisis detallado, porque esclarece algunos aspectos básicos de la génesis y estructura del orden jurídico de Pasárgada. La expresión "nosotros éramos y somos ilegales", que, en su contexto semántico, liga el status de ilegalidad con la propia condición humana de los habitantes de Pasárgada, puede ser interpretada como indicación de que en las actitudes de éstos para con el sistema jurídico nacional sucede como si la ilegalidad de la posesión de la tierra repercutiese sobre todas las otras relaciones sociales, aun sobre aquellas que nada tienen que ver con la tierra o con la vivienda. Tal sería el caso si, por ejemplo, un conflicto jurídico de índole estrictamente personal no fuese llevado a consideración de los operadores del

del mecanismo de *feedback* es subentendida. He aquí una declaración típica: "parece que, sólo porque la tierra no es nuestra, el Estado no tiene obligación de proveernos de agua y luz eléctrica y la policía puede invadir nuestras casas cuando se le antoja. Hasta existen patronos que rechazan a postulantes de un empleo cuando éstos dan una dirección en la favela". El significado estricto de este extracto de entrevista es que, de acuerdo con los principios de justicia, la ilegalidad de la posesión de la tierra en las favelas no debería repercutir sobre la provisión de servicios públicos por el Estado o sobre el comportamiento de la policía o los patronos. En el contexto en el que esta declaración fue hecha, significa también que el mecanismo de *feedback*, aunque de hecho exista, no es ni siquiera legal frente al sistema jurídico oficial. En realidad, el *feedback* es legal en lo que hace a la provisión de servicios públicos. De acuerdo con las leyes generales y con las disposiciones del código urbano, la provisión por parte del Estado de servicios públicos tales como agua, desagües, luz eléctrica, pavimentación, está limitada a áreas cuya utilización haya sido aprobada en los términos de la legislación en vigor. En cuanto al comportamiento de la policía, fue posible, después de algunas entrevistas con policías que trabajaban en otras favelas, confirmar la disparidad entre el derecho en los libros y el derecho en la práctica. Indiferente a lo dispuesto en la ley, la policía tiende a actuar de acuerdo al principio de que, toda vez que los

pan por las exigencias de justicia social. Por otro lado, el reconocimiento implícito de la existencia de otro derecho, más allá de los códigos y mucho más justo que ellos, a la luz del cual son debidamente valoradas las condiciones durísimas en las que las clases bajas son obligadas a luchar por el derecho a la vivienda.

De la discusión precedente se concluye que, más allá de las razones directamente económicas, el estatuto de ilegalidad de la comunidad favelada y el bloqueo ideológico concomitante crearon una situación de indisponibilidad o inaccesibilidad estructural de los mecanismos oficiales de ordenamiento y control social. Esta situación podría haber sido de algún modo neutralizada, si al mismo tiempo se hubiesen desarrollado en la comunidad mecanismos internos, informales y no oficiales, capaces de articular y ejercer una legalidad y una jurisdicción alternativas, que rigieran dentro de la comunidad. Sucede, en cambio, que en la fase de la historia de Pasárgada que estamos analizando tales mecanismos no surgieron y eso sorprende que así haya sido. La existencia de tales mecanismos presupone un índice bastante elevado de urbanización comunitaria, que obviamente no existía en ese momento. Incluso hoy, a una altura en la que Pasárgada es ya una vieja y estable comunidad, su organización está todavía basada en una pluralidad de redes de acción social débilmente estructurada. Puede sospecharse que, cuando la comunidad era mucho más joven y estaba aún en proceso de formación, su organización comunitaria era todavía más precaria y totalmente desprovista de cualquier polo centralizador.

La indisponibilidad estructural de los mecanismos oficiales de ordenamiento y control social y la ausencia de mecanismos no oficiales comunitarios crearon una situación que denominaré **privatización posesiva del derecho**. Es una situación susceptible de ocurrir, por ejemplo, en sociedades muy jóvenes, constituidas al margen de estatutos definidos, como es el caso de la sociedad de frontera, o en sociedades en fase de ruptura (debido a revolución, guerra, etcétera), o de desestructuración y reestructuración profundas. Esta situación se caracteriza por la apropiación individual de la creación y aplicación de las normas que rigen potencialmente la conducta social. Cada unidad social se constituye en centro de la producción de juridicidad con una vocación universalizante circunscripta a la esfera de los intereses económicos u otros de esa misma unidad. En la medida en que la realización social de tales intereses se procesa armoniosamente, es decir, sin que ocurran conflictos entre los varios centros individuales de juridicidad, la relación entre estos es de extrema autonomía y tolerancia recíproca. Sin embargo, en el momento en que los conflictos surgen, el choque no se produce meramente entre las reivindicaciones fácticas o normas jurídicas aisladas, sino fundamentalmente entre dos pretensiones globales de juridicidad, o aun entre dos vocaciones contradictorias (mutuamente excluyentes) de universalización jurídica. En estas condiciones, el conflicto alcanza rápidamente una intensidad extrema, ya que tiende a generalizarse a todas las relaciones sociales entre las partes en conflicto, inclusive a aquellas no envueltas inicialmente en el conflicto. Se trata de un conflicto entre dos poderes, entre los cuales ningún mediador puede interceder. Es un conflicto global e insoluble. Se crea así una situación de suspensión jurídica o, mejor, de ajuridicidad cuya superación tiende a ser determinada por la violencia. La privatización posesiva del derecho se constituye a través de una dialéctica entre la tolerancia extrema y la violencia próxima. Es esta dialéctica la que se detecta en Pasárgada en la fase de su historia que nos ha tocado analizar. ■



sistema jurídico nacional por la sospecha de las partes de que la ilegalidad de su status residencial puede afectar desfavorablemente el modo en que el conflicto sea procesado por los tribunales. No tengo pruebas cabales de este mecanismo de *feedback* y creo que sería muy difícil, sino imposible, obtenerlas. En verdad, a pesar de que la inaccesibilidad de los tribunales en relación a los conflictos que envuelven tierras ocupadas por favelas asume aspectos peculiares a la luz de la inexistencia o nulidad legal de los respectivos títulos de propiedad y posesión, es necesario reconocer que tal inaccesibilidad es general en relación a los problemas jurídicos de las clases bajas, residan o no en favelas, y constituye, por eso, una de las manifestaciones más evidentes de la naturaleza clasista del aparato jurídico del Estado en una sociedad capitalista.

En tanto, en muchas entrevistas con los habitantes de Pasárgada obtuve declaraciones en las cuales la idea

favelados están ilegalmente domiciliados, no tienen razones para reclamar cuando la policía invade sus casa "en cumplimiento del deber."

El análisis de la expresión "nosotros éramos y somos ilegales" parece indicar que la idea de una *capitis diminutio* general y la práctica social en la que ella se reflejó y reforzó actuaron como bloqueantes del acceso a los tribunales. El estatuto (y por lo tanto, los límites) de esta declaración de ilegalidad se encuentra precisado en la expresión, también mencionada, de que "los tribunales tienen que observar el código y por el código nosotros no teníamos ningún derecho". Junto con la anterior, esta cita ilustra bien la ambigüedad profunda de la conciencia popular del derecho en las sociedades caracterizadas por grandes diferencias de clase. Por un lado, la apreciación realista de que el derecho del Estado es el que está en los códigos y de que ni estos ni los jueces, que tienen la obligación de aplicarlos, se preocu-

Este artículo forma parte del próximo libro del profesor noruego Nils Christie. Esta obra, que aún no ha sido publicada en su idioma original lleva por título **Crime Control as Industry** (El control del delito como industria).

NO HAY DERECHO agradece especialmente al profesor Christie por habernos enviado este material inédito, que nos permite difundir con inusitada celeridad las nuevas sendas de la política-criminal.

EL OJO

COMPLETAMENTE EL EXTRAÑO SOLO

Es domingo por la mañana, el centro de Oslo está como abandonado. Los portones de entrada a los jardines que rodean a la Universidad estaban cerrados cuando llegué, así como la puerta de entrada al Instituto y la puerta de mi despacho. Estoy convencido de que soy la única persona viviente en todo el complejo. Nadie puede verme. Estoy libre de todo tipo de controles.

Históricamente, esta es una situación más que inusual. Nadie puede verme, sólo yo mismo. No era así la vida de mis abuelas, ni la de mi madre, al menos no totalmente. Y cuanto más atrás voy en el tiempo, más seguro estoy; ellos nunca estuvieron solos, siempre estuvieron bajo vigilancia. Dios estaba allí. Debe haber sido un Dios comprensivo, que aceptaba algunas faltas, considerando la situación completa. O bien era un Dios que perdonaba. Pero él siempre estaba allí.

Así eran, también, los productos humanos de su creación.

Hacia el final del siglo XI, la Inquisición trabajaba en Francia. Aún se conservan en el Vaticano algunos protocolos, increíblemente detallados, de sus interrogatorios, y Ladurie los ha usado para reconstruir la vida de la aldea montañesa Montailiou de 1294 a 1324. Describe el olor, los sonidos y la transparencia del lugar. Los edificios no estaban contruidos para la privacidad, en parte debido a los materiales, pero también porque la privacidad no era tan importante. Si el Todopoderoso lo veía todo, ¿por qué, entonces, luchar para mantener a los vecinos fuera? Esto se funde con una antigua tradición. El mismo término "privado" tiene como raíz "privare", privación, que a su vez se relaciona con pérdida, con ser robado. Estoy privado aquí en esta mañana de domingo, completamente solo detrás de las puertas y portones cerrados de la Universidad.

Fue en Berlín, en 1908, en donde Georg Simmel publicó su famoso ensayo *El extraño -Exkurs über den Fremden-*. Para Simmel, el extraño no era quien llegaba hoy y partía mañana. El extraño era quien llegaba y se quedaba tanto mañana como, quizás, para siempre, pero en todo momento con la posibilidad de abandonar el lugar. Aun cuando no se fuera, no abandonaba la libertad que le brindaba la posibilidad de partir, y él lo sabía, como también lo sabían quienes lo rodeaban. Era un participante, un miembro, pero en menor medida que el resto. El contexto no pesaba tanto para él.

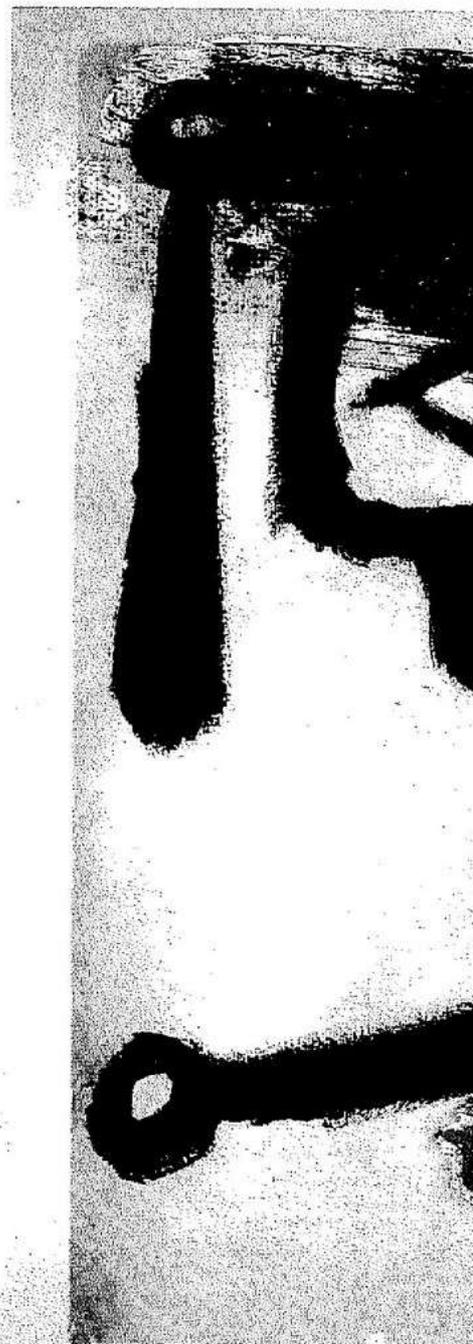
Georg Simmel hubiera disfrutado el Diagrama 2.1.1. (*)

La línea continua en el diagrama indica la cantidad de casos delictivos por cada 1.000 habitantes investigados entre 1956 y 1989 por la policía noruega; como vemos, tiende al infinito. Esta es la línea usual en la mayoría de las sociedades industrializadas. La ausencia de Dios y de vecindarios crea trabajo para la policía. La otra línea del diagrama, medida, en este caso, por cada 100.000 habitantes, muestra los casos de delitos contra el honor -calumnias, injurias-, actos que aún son considerados delictivos en mi país. Como observamos, la tendencia aquí va en la dirección opuesta: los delitos contra el honor han disminuido sustancialmente durante los últimos 35 años.

Mi interpretación es trivial. Las personas no son ni más amables con los demás, ni más cuidadosas en el respeto del honor de las demás personas. La explicación general es simplemente que no hay mucho que perder; el honor ya no es tan importante como para que alguien acuda a la policía cuando éste es destruido. Las sociedades modernas tienen una abundancia de arreglos -intencionales y no tan intencionales- cuyo resultado final hace que las demás personas no se preocupen en la medida en que alguna vez lo hicieron. Nuestro destino es estar solos -privados- o rodeados de personas que sólo conocemos en cierta medida, si es que realmente las conocemos; o estar rodeados por personas que sabemos que podemos abandonar fácilmente, o que nos abandonarán con la facilidad del extraño. En esta situación, la pérdida del honor no resulta tan importante. Nadie nos conocerá en la próxima estación de la vida. Pero por este mismo hecho, el contexto pierde, también, algo de influencia sobre nosotros, y la línea continua en el diagrama recibe un empujón extra hacia arriba.

Muy recientemente, el descenso de los delitos contra el honor parece haber llegado a un punto muerto. La línea presenta un achatamiento, y aun un leve incremento. Este debería ser un signo de esperanza, quizás las sociedades modernas estén recuperando sus fuerzas cohesivas. Quizás el honor esté regresando, particularmente a través del influjo de algunos grupos de inmigrantes que viven lo suficientemente cerca, y apegados a una herencia cultural en la cual el honor es tan importante, como para recurrir al sistema penal cuando aquél se ve perjudicado. Otra explicación, más siniestra aun, también parece posible. Vivimos en sociedades de extraños, y estamos en problemas por este tipo de vida. Pero la modernidad tiene solución para nuestros problemas: creamos una pseudo-sociedad con la ayuda de los medios de comunicación. Como ha señalado el etnógrafo sueco Ake Daun, encontramos una nueva familia y nuevos amigos en las personas de los medios de comunicación; los que anuncian los programas, los que leen las noticias, los comentaristas, los entrevistados una y otra vez y, sobre todo, las estrellas del entretenimiento y la política. Participamos en sus vidas a través de la pantalla y leemos sobre ellos en las revistas. Se tornan importantes para nosotros pero, además, importantes para ellos mismos. Cuando su honor es herido ellos, a menudo, claman que llevarán a la otra parte ante el juez. Y quizás lo hacen realmente, ya que tienen una imagen que perder. Ellos, por lo tanto, crean un standard, y podrían tentar a otros a seguirlos.

(*) El diagrama al que se hace referencia no nos ha sido enviado por el autor.



DE DIOS

Por Nils Christie
Traducción de Alberto Bovino

DONDE EL DELITO NO EXISTE

Un modo de mirar el delito es percibirlo como una clase de fenómeno básico. Ciertos actos son vistos como intrínsecamente delictivos. El caso extremo es el delito natural, actos tan horriblos que se definen a sí mismos como delitos, o al menos así son vistos por todos los hombres razonables. Si no los ven así, no son humanos.

Esta visión es probablemente cercana a lo que la mayoría de las personas intuitivamente sienten, piensan y dicen sobre el delito. Moisés bajó con sus mandamientos, Kant usó el delito natural como base de su pensamiento jurídico. Los criminólogos hacen lo mismo. Ellos trabajan con la idea de "cifra negra", que significa las cifras de la criminalidad no conocida por la policía. En algún lugar debe existir una línea divisoria entre los delitos y los demás actos, si no, los criminólogos no podrían hablar sobre cifra negra.

Esta es la visión natural en sociedades donde las personas no son extrañas entre sí. Cuando sabemos mucho sobre el otro, los actos tienen que ser horriblos -mucho más que lo usual- antes de que los veamos como delitos y de que veamos a sus autores como delincuentes. Los delitos naturales son el resultado natural de ciertos tipos de sociedades pre-modernas.

Pero tales sociedades ponen, también, ciertos límites a las tendencias criminalizantes.

El mecanismo subyacente es simple. Piensen en los niños, en los propios y en los ajenos. La mayoría de los niños actúan, algunas veces, de modos en los que, de acuerdo con la ley, podrían ser llamados delictivos. Un niño tomó algún dinero de un monedero; otro niño no dijo la verdad sobre dónde pasó la tarde; otro le pegó a su hermano. Pero aun así, no aplicamos las categorías del derecho penal. No llamamos delincuentes a los niños y no llamamos delitos a sus actos.

¿Por qué?

Simplemente porque no es lo correcto.

¿Por qué no?

Porque sabemos demasiado. Conocemos el contexto: el niño tenía una desesperada necesidad de dinero, el otro niño estaba enamorado por primera vez, el hermano del otro lo había provocado más de lo que cualquiera podría soportar. Estos actos eran significativos; nada podríamos agregarles desde la perspectiva del derecho penal. Y al niño, en sí mismo, lo conocemos tan bien a través de miles de encuentros, que con esta totalidad de conocimiento una categoría legal es demasiado estrecha. El niño tomó ese dinero, pero recordamos todas las veces en que él compartió generosamente el suyo, o sus caramelos, o su calidez; el otro niño le pegó al hermano, pero lo ha consolado muchas más veces; el otro mintió, pero es básicamente confiable.

El es. Pero todo esto no sucede, necesariamente, con el niño extraño que acaba de mudarse a la casa de enfrente.

Los actos no son, se transforman en. Lo mismo sucede con el delito. El delito no existe, es creado. Primero están los actos, luego sigue un largo proceso de atribución de significado a estos actos. La distancia social es de una particular importancia, la distancia aumenta la tendencia de atribuir a los actos el significado de ser delitos, y a las personas el significado de ser delincuentes. En otros contextos -la vida familiar es sólo uno de varios ejemplos- las condiciones sociales son tales que generan resistencia contra la percepción de los actos como delitos y las personas como delincuentes.

UN ABASTECIMIENTO ILIMITADO DE DELITOS

Dentro de este tipo de sociedades en donde un concepto de delito natural es el natural, no hay problemas con los límites a la criminalización. El delito existe como una entidad básica externa, en algún lugar. En la mayor parte de los casos, las potencialidades para el delito son prevenidas por el ojo de Dios, las relaciones vecinales y las restricciones circunstanciales. La ley puede ser vista, en esta situación, como la recepción del remanente, la recepción de la totalidad de lo poco que se ha deslizado a través de la primera línea de control y ha llamado la atención de las autoridades. Dentro de esta perspectiva, no hay ni espacio ni necesidad de una discusión sobre la selección de los casos. Los jueces deben tomar lo que llega a ellos. Re-acción. Cuando castigar al agresor no es su responsabilidad, ésta descansa en la persona que ha cometido el delito natural.

Tal marco re-activo, en contraste con uno pro-activo, brinda una considerable protección a aquellos que utilizan el sistema. La responsabilidad por lo que sucede más tarde es percibida como descansando sólidamente en la persona que comete el delito. Ella actúa, y las autoridades son forzadas a re-accionar. Quienes quebrantan la ley son los que comienzan todo, las autoridades sólo restablecen el equilibrio.

Pero, como hemos visto, esta no es nuestra situación. El sistema social se ha transformado en un sistema en el que existen restricciones aun contra la percepción de las menores transgresiones a la ley como delitos y de sus autores como delincuentes. Y entonces, al mismo tiempo, estamos en una situación en la que las viejas defensas contra la comisión de actos no deseados han desaparecido, mientras nuevas formas técnicas de control son creadas. Dios y los vecindarios son reemplazados por la eficacia en las modernas formas de vigilancia.

Vivimos con la herencia cultural de las emociones y los patrones de pensamiento del delito natural, pero en una situación concreta con el delito como fenómeno masificado. La furia y la ansiedad originada en la herencia del delito natural se transforma en la fuerza conductora de la lucha contra todo tipo de delitos. Esta nueva situación, con una reserva ilimitada de actos que pueden ser definidos como delitos, también crea posibilidades ilimitadas de lucha contra los actos no deseados.

Con una tradición viviente venida del período del delito natural, combinada con las cantidades de reservas ilimitadas de lo que puede ser considerado como delito en los tiempos modernos, el terreno está preparado. El mercado del control del delito está esperando a sus *entrepreneurs*. ■

El Congreso de la Nación, por ley Nro. 23.894, ha aprobado un nuevo Código Procesal Penal. Finalmente, parece que existen posibilidades de que nos libremos de un modelo de procedimiento penal que responde a una ideología nacida en el siglo XII y consolidada en el siglo XIII.

Este informe pretende mostrar en qué momento histórico hemos desembarcado y, fundamentalmente, cuántas injusticias podrán ser evitadas.

¡hurra! por fin ninguno es inocente

Por Alberto Bovino

Hasta ayer, la Inquisición española era un pasatiempo para los aficionados a las cosas antiguas. Los acontecimientos de los últimos años y, sobre todo, de los últimos meses la han convertido en una terrible advertencia. El autor debe pedir al lector escéptico que crea que, pese a parecer lo contrario, el presente libro se basa en fuentes, manuscritas además de impresas, tan dignas de confianza como ha podido encontrar, y no es una sátira de la situación actual.

(Cecil Roth, *La Inquisición española*)

Cualquier análisis de la historia penal de la humanidad señalaría cuánto más sufrimiento ha producido la reacción frente a lo que en cada época y para cada grupo social fue considerado como delito, que los propios hechos catalogados como delictivos. Y si bien toda la historia penal es un patético muestrario de la crueldad humana, un período y una institución en particular parecen haber llegado al más elevado refinamiento del sadismo punitivo.

1. Ya distinguimos, por la desembocadura de la calle mayor, entre el gentío, el estandarte de la Inquisición que abre procesión. Detrás vienen, en el orden establecido, frailes, inquisidores, penados, reos y acompañantes.

En este lugar, prosigue la crónica, "fuéronse ejecutando los suplicios, dando primero garrote a los reducidos y luego aplicando fuego a los penitentes, que fueron quemados vivos con no pocas señas de impaciencia, despecho y desesperación".

La relación que puede establecerse entre el modelo de enjuiciamiento penal y la organización política ha sido varias veces puesta en evidencia y es hoy, sin dudas, un lugar común en la literatura procesal penal. Un buen ejemplo de ello es la correspondencia entre el desarrollo en el ámbito político del pueblo romano y la evolución de sus instituciones referidas al proceso penal.

El paso gradual de la Monarquía a la República en Roma y, posteriormente, al Imperio, se ve reflejado en los modelos de enjuiciamiento prevalecientes en el apogeo de cada época. Al poder ilimitado del rey o el magistrado en la *cognitio*, al final de la monarquía, se le opondrá la *provocatio ad populum*, que otorgaba el derecho a los ciudadanos varones de provocar una asamblea popular tendiente a evitar las consecuencias de la decisión del inquisidor público. Durante la República, se consolida a los tribunales populares y, finalmente, la instauración de los jurados, con un procedimiento acusatorio regulado por la ley, basado en la acusación popular. La acusación constituía la base del poder de persecución penal, que limitaba el poder del tribunal y el objeto de su decisión; el tribunal no podía actuar de oficio.

La concentración de poder político que se produce durante el tránsito de la República al Imperio se verá reflejada en la *cognitio extraordinaria*. La concentración autoritaria del poder político pergeña el modelo de juicio adecuado a su organización: procedimiento de oficio, escritura, secreto de las actuaciones, organización jerárquica de los tribunales, reunión de las funciones requirentes y decisorias. Ha nacido el germen de la Inquisición.

2. ...el espíritu intransigente y dogmático, enemigo de la libertad de pensamiento, que caracteriza al inquisidor ... corresponde a una actitud observable en aquellos que, además de ostentar el poder, creen estar en posesión de la verdad absoluta y, se imponen la obligación moral de reconducir por el buen camino, a los infelices descarriados que no piensan como ellos.

hacia la gran reforma

El procedimiento inquisitivo surge en el derecho canónico del siglo XII. La Iglesia posee vocación de universalidad y, para realizar esa, su vocación, crea -no sin luchas de las diócesis locales y previo avasallamiento de sus jurisdicciones- un poder político centralizado; nada mejor para él, como método de control de sus súbditos y de imposición de su ideología, que un procedimiento oficial, que no dependa de una voluntad personal extraña al poder político, y en el cual la investigación se constituya en el eje central, es decir, un procedimiento cuya meta consista en la averiguación de la verdad. Esta investigación de la verdad, entonces, transformará todo el proceso, produciendo terribles consecuencias no tan sólo sobre quienes resulten condenados sino, inmediata y principalmente, sobre quienes resulten procesados. La persona sometida a proceso deja de ser un sujeto con ciertos derechos, para ser redefinida sólo como un cuerpo-objeto sometido a la necesidad de llegar a la meta. En nombre de una verdad histórica racionalizada, se cometen las peores atrocidades contrarias a toda razón. Así como actualmente el encierro preventivo es "sólo" una medida cautelar, la tortura era, en aquellas épocas, "sólo" una medida de prueba.

3. Uno. Se tortura al acusado que vacila en sus respuestas... Dos. El difamado, aunque en contra suya no haya más que un testigo, será torturado. Efectivamente, un rumor público más un testimonio constituyen una media-prueba; lo que no sorprenderá a nadie que sepa que un testimonio vale como indicio. ¿Que se alega *testis unus, testis nullus*? Esto es válido para la condena, no para la presunción. Por lo tanto, hasta con un solo testimonio de cargo. Sin embargo, admito que un solo testimonio no tendría igual fuerza en un juicio civil. Tres. El difamado contra el que se ha logrado establecer uno o varios indicios graves, debe ser torturado... (Manual del inquisidor Nicolaus Emeric).

La crueldad del proceso, el sadismo formal, se reitera al momento de la aplicación de la pena. La Iglesia manifiesta una repentina explosión de creatividad, no sólo en cuanto a cuestiones de método, sino, también, en cuanto a los objetos en los que deposita su imaginación. Como contrapartida de la aceptación indiscutida de los dogmas religiosos, la energía creativa de los inquisidores encuentra cómo canalizarse.

4. Arrastraban al reo hasta el patíbulo y lo ahorcaban, pero antes de que muriera cortaban la soga y le permitían respirar. A continuación le cortaban la lengua, le abrían el vientre, le arrancaban los intestinos y los quemaban en un brasero. Finalmente lo castraban, le arrancaban el corazón y lo decapitaban.

En 1562 hubo una matanza de protestantes en la que murieron alrededor de cuatro mil. Esta proeza se celebraba anualmente, pero cada centenario las solemnidades eran mayores y se prolongaban. En 1761 el Papa promulgó una bula ampliando a ocho días los privilegios concedidos a esas fiestas.

En Alemania, los inquisidores ejecutaron por brujería incluso a niñas de tres años de edad.

Los animales no estaban más a salvo que las personas. En 1474, un tribunal francés condenó a la hoguera, en solemne acto de fe, a un gallo que, en flagrante delito *contra natura*, se había atrevido a poner un huevo.

También los libros considerados heréticos eran condenados a la hoguera e incinerados en los quemaderos, o lugares dispuestos al efecto en las ciudades donde un tribunal tenía su sede.

Como consecuencia natural de esta concepción política y como resultado de la concentración del poder, se establecerá como principio, a partir de aquí, la persecución penal pública. Ya no será necesario que el ofendido acuse y que esa acusación sea sentida por un tribunal como un estrecho margen, del cual no puede zafar. El *crimen majestatis divina* y el *crimen majestatis*, ahora, autorizan la persecución penal, sin que individuo alguno se considere ofendido. Actualmente, esta autoritaria intervención sin ofendido, se racionaliza a través del concepto de bien jurídico; es allí, en ese lugar, donde el moderno discurso jurídico-penal atrapa a la víctima para hacerla callar, para tornarla irrelevante, para actuar aun contra su voluntad. Pero en aquella época, para afianzar esta imposición coactiva de intervención, en la que estamos hoy tan socializados, se recurría a otras técnicas de persuasión.

5. La Inquisición puede definirse como una institución creada por la Iglesia para hacer frente a la herejía en todas sus formas. A decir verdad, la idea de que la disensión debía castigarse con la fuerza era casi tan antigua como el propio cristianismo.

La forma adoptada producirá consecuencias irreversibles. El modelo de juicio adopta el secreto y la escritura. Para llegar a las más inspiradas expresiones de la crueldad, es necesario que, en parte, esta crueldad se oculte -la procesal-, y que la burocratización de los tribunales, ahora permanentes y organizados en una estricta relación jerárquica, permita que nadie se sienta responsable. Los juicios son sólo acumulación de papeles; la apelación surge más como control de quien delega su poder de juzgar, que como control de quien es juzgado sobre su juzgamiento; la detención durante el proceso se transforma en regla -y hoy lo sigue siendo-; el secreto es necesario; la confesión es la mejor de las pruebas. En este momento histórico se percibe, mejor que nunca, la relevancia del modelo de procedimiento como efectivo regulador del sufrimiento que habrá de imponerse. El derecho de fondo queda, en este contexto, haciendo gala de su denominación, en el fondo; la forma se materializa como nunca antes.

6. Desde el momento en que se practicaban las detenciones hasta la conclusión del proceso, los acusados desaparecían de la vista del público. Separados rigurosamente... a los prisioneros les resultaba imposible comunicarse unos con otros, con el mundo exterior o con los amigos y parientes que todavía no hubiesen caído en manos del Santo Oficio;... todas las partes interesadas - la persona acusada, así como los testigos, los acusadores y los funcionarios- eran obligadas a jurar que guardarían el secreto.

El modelo implementado por la Iglesia demostró rápidamente sus ventajas para imponer un control social férreo, razón por la cual los monarcas lo adoptaron como uno de los instrumentos en sus disputas con los señores feudales. En la formación de los estados absolutos, el modelo de enjuiciamiento resultó un siervo útil para lograr la hegemonía del poder real. Un trípode de poder se reúne en complicidad contra el derecho y el poderío de los señores feudales: la monarquía, la Iglesia y la burguesía en ascenso. A ninguno de estos cómplices parecía servirle el modelo jurídico local propio de la organización feudal que, en el marco del enjuiciamiento penal, propugnaba un sistema basado en el enfrentamiento de los particulares. Un rápido viaje nos ubica en el siglo XVIII, donde el Iluminismo produce un quiebre discursivo, para

procesal penal



obtener la consolidación del estado-nación moderno.

Lo que sucede en Francia es bastante ilustrativo de lo que sucede en el continente europeo. Todo cambia. La Revolución ciudadana de 1789. El procedimiento penal también cambia, sin retomar a las antiguas formas, y nace un hijo bastardo, producto de las tensiones entre los partidarios del modelo acusatorio y del modelo inquisitivo. Nace el nuevo y distinto procedimiento: el procedimiento mixto, reflejado en el Código de instrucción criminal de 1808, resultado del compromiso entre la Ordenanza criminal de 1670 y la ley de enjuiciamiento de 1791. Tiene de su antepasado acusatorio la forma final del juicio público. Pero conserva lo más terrible de su antepasado inquisitivo, la persecución penal de oficio (pública) y la averiguación de la verdad histórica (definida por el Estado), como meta del proceso, reuniendo las facultades requerientes y decisorias en el mismo órgano: el tribunal de instrucción. ¿Todo ha cambiado? Nada ha cambiado. El Estado sigue reuniendo todas las facultades, sólo guardará la forma final, para actuar en público en el juicio, tantas veces escaso de público por limitaciones físicas del tribunal. Pero esta forma final no logra quebrar el principio que la Inquisición ha logrado consolidar: la lógica del inquisidor sigue recorriendo y alimentando la facultad punitiva del Estado.

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

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

Y es precisamente aquí donde desembarcamos con el nuevo código, con la "gran reforma procesal penal" que nos ofrece el actual presidente de la Corte (con los retoques del Ministro de Justicia): en este momento en el cual a la irracionalidad mística de la inquisición se le opone la nueva irracionalidad del Estado. Las mismas concepciones absolutas del bien y del mal. La verdad histórica jamás ha demostrado ser mejor fundamento que la verdad que las partes pueden consensuar; es más, la verdad histórica ha sido, especialmente, la que determinó la crueldad de los procedimientos. El Estado es, a partir de aquí, quien decidirá si se ha ofendido a la víctima, en cuánto se la ha ofendido, cuánto vale la ofensa y cómo ha de tratarse al agresor. Para ello, la víctima será dejada completamente fuera de la escena. La ideología inquisitiva sigue entre nosotros y es la vieja base, apenas retocada, del proceso penal.

8. La Inquisición española ha desaparecido, pero sus hábitos aún perduran. La Inquisición funcionaba como podría funcionar un ministerio de justicia moderno.

La mejor demostración de esta perduración nefasta se puede apreciar en los tribunales de la Capital de la República. El sistema penal nacional sigue conservando los rasgos más patéticos de su fuente inquisitiva: procesos larguísimos, instrucción a cargo del juez, secreto de las actuaciones durante el sumario, incomunicación, declaración indagatoria no como medio de defensa, sino como la equivalencia de la confesión, órganos burocráticos y jerarquizados, el imputado como objeto de investigación y no como sujeto de derechos, la detención preventiva como regla, delegación de funciones, etcétera. Muy poco

cambiará con el nuevo Código que, básicamente, respeta la arcaica organización de la etapa instructoria del código aún vigente.

Las promesas del "nuevo" codificador pueden ser leídas, incluso, en su actuación y la de sus subordinados- como juez de instrucción.

1991. El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso, etc., sancionan con fuerza de ley:

Art. 1.- Se observará como ley de la Nación el Código Procesal Penal que se agrega como anexo y que es parte integrante de la presente.

Art. 2.- Comuníquese al Poder Ejecutivo.....

1992. A pocos minutos de conocerse la explosión en la embajada de Israel, el presidente de la Corte Suprema de la Nación, Ricardo Levene (h), se constituyó en el lugar de los hechos y dada la competencia exclusiva y originaria del alto tribunal, prevista para este tipo de casos en el artículo 101 de la Constitución nacional, inició la instrucción del sumario judicial.

Por orden del juez instructor, Ricardo Levene, presidente de la Corte Suprema, fue allanada una vivienda en la Capital y detenidas cinco personas de origen paquistaní. La razzia, realizada con espectacularidad busca, en realidad, alguna pista posible sobre los agresores de la embajada israelí entre árabes que hayan entrado o salido del país en los últimos tres meses.

Hay que seguirlos a todos, aunque después comprobemos que no tienen nada que ver. ■

Notas:

- (1) Eslava, Juan, *Verdugos y torturadores*, Ediciones Temas de Hoy, Madrid, 1991, p. 66.
- (2) Eslava, cit., p.161.
- (3) Reproducido parcialmente en Eslava, cit., p. 167.
- (4) 1er. párrafo: Eslava, cit., p. 175; 2do. párrafo Dassen, Julio, *Voltaire. Defensor de Juan Calas*, ABELEDO-PERROT, Buenos Aires, 1963, p. 25; 3er. párrafo: Eslava, cit., p. 184; 4to. párrafo: Eslava, cit., p. 180; 5to. párrafo: Eslava, cit., p. 170.
- (5) Roth, Cecil, *La Inquisición española*, Ediciones Martínez Roca, Barcelona, 1989, p. 38.
- (6) Roth, cit., ps. 78-79.
- (7) Ferrajoli, Luigi, *El caso '7 de abril'. Lineament di un proceso inquisitorio*, en DEI DELITTI E DELLE PENE, De Donato, Bari, Año 1, No. 1, enero-abril de 1983, p. 189.
- (8) Eslava, cit., p. 165.
- (1991) Ley 23.984, sancionada el 21.08.91, publicada en el Boletín Oficial el 09.09.91.
- (1992) 1er. párrafo: "Levene en el lugar", en *Ambito Financiero*, 18.03.92; 2do. párrafo: Copete de la nota titulada "Como turcos en la reblina", *Página/12*, 22.03.92, ps. 2-3; 3er. párrafo: *Página/12*, 22.03.92, p. 2. En esta nota, la siguiente frase antecede al párrafo transcrito: "En el Ministerio del Interior, mientras tanto, precisaron que 'estamos revisando todas las listas de ingresos al país de ciudadanos de Medio Oriente, y puede haber muchos que entraron con documentación falsa. Hay que seguirlos...'"

Referencias históricas sobre los modelos del procedimiento penal: Maier, Julio, B. J., *Derecho Procesal Penal argentino*, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, t. 1b, ps. 17-204; Vélez Marcondé, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, Marcos Lerner, Córdoba, 1986, 3ra. ed., t. I, ps. 15-156.

* Título de un libro de Ricardo Levene (h), autor del proyecto de Código que finalmente, con algunos retoques, se ha convertido en Ley de la Nación.

** El título de este artículo es, literalmente, una frase de Juan Gelman.

¿De qué reforma me hablan?

Por Fabricio Guariglia

En nuestro hasta hace poco -voluntarismo oficial mediante- país periférico, los ciclos políticos se suceden a una velocidad vertiginosa, a punto tal que resulta absurdo suponer que estos cambios obedezcan a decisiones maduras, a una percepción más atinada del consenso social, o a algún otro fundamento más o menos racional. Las banderas inaudibles de ayer (en un sentido casi literal) aparecen hoy como "conceptos superados", como la antítesis del modelo político que se debe adoptar para superar años de estancamiento y crisis. El grave problema se presenta cuando descubrimos que muchos de estos antiguos ideales, de este abominable lastre arcaico, no sólo continúan vigentes, sino que reclaman su consolidación definitiva como principios políticos de un auténtico Estado de Derecho.

La compleja historia de marchas y contramarchas en torno a la reforma del sistema nacional de enjuiciamiento penal es un claro ejemplo de lo expuesto. No creo necesario ahondar en la descripción de hechos por todos conocidos: que el Código Procesal Penal de la Nación (redactado por Manuel Obarrio) mantuvo intacto el sistema inquisitivo vigente durante la época colonial, aun a pesar del expreso mandato constitucional de reformar la legislación heredada de la Colonia (CN, art. 24), y de la adopción de un modelo determinado de enjuiciamiento penal (**juicio por jurados** y, como tal, oral, público, continuo y contradictorio) por parte de la misma Constitución; que el modelo adoptado ignora, desde un principio, los importantes cambios en cuanto a la concepción y fines del procedimiento penal que supuso la irrupción del Iluminismo en Europa continental; que el fuerte movimiento reformista interno iniciado con la sanción del Código Procesal de Córdoba de 1939, que sí receptó esos cambios, no produjo efecto alguno en la legislación procesal nacional; que, y como no podía ser de otro modo, este enorme atraso legislativo tuvo su correlato en la creación de esa espantosa y despersonalizada maquinaria burocrática que conforma hoy la justicia penal; que el divorcio entre los principios constitucionales que deben presidir todo enjuiciamiento penal y la praxis es, en el ámbito nacional, total y absoluto, con el consecuente menoscabo para las garantías individuales del imputado, quien ha quedado reducido a un mero expediente, prácticamente sin derechos, dentro de la marea de papeles que el sistema procesa día tras día con rutinaria lentitud; que la selectividad del sistema no sólo es informal y caótica, sino esencialmente perversa, dejando de lado aquellos delitos de alta complejidad y gravedad, y poniendo toda su atención en la delincuencia leve y media; que...

No pretendo adentrarme en el estudio de estos problemas, ni de los muchos otros que he omitido, sino analizar brevemente la idoneidad del recientemente sancionado Proyecto de Código Procesal Penal, redactado por el actual presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Ricardo Levene (h.) -sobre la base del Código de Córdoba de 1939- para solucionar, o al menos reducir, los niveles de violencia, ineficiencia e injusticia que presenta el sistema tal como actúa hoy.

Retrocedamos un poco en el tiempo: en los primeros años de la transición democrática, el discurso político imperante -tanto en el oficialismo como en la mayoría de la oposición- erigía a los derechos y garantías individuales del ciudadano en límites infranqueables del *ius puniendi* estatal, respondiendo a un reclamo generalizado en una sociedad aún horrorizada por una tardía percepción de los crímenes cometidos por la dictadura militar. Se hablaba entonces de transformar radicalmente un sistema de enjuiciamiento penal que había tolerado, cuando no directamente justificado, las torturas, vejámenes y desapariciones de miles de argentinos. Se advertía la necesidad de formular una política transparente y democrática de persecución penal, que tuviera por objetivo revertir la selectividad de un sistema penal que confirmaba -y sigue confirmando- cada vez más el dogma de la impunidad de los poderosos. Se sostenía la inadmisibilidad de otorgarle a las garantías del imputado el carácter de "variable de ajuste" del sistema -particularmente, su derecho a la **libertad ambulatoria**, arbitrariamente reducido a la nada mediante el uso generalizado y arbitrario de la coerción procesal. Se postulaba, finalmente, el **control externo** de los actos de la justicia penal, ya mediante la **publicidad** del juicio, ya mediante la incorporación de ciudadanos a los tribunales penales.

El proyecto de Código Procesal Penal de 1986 (o proyecto Maier) hizo suyos todos estos postulados, proponiendo una transformación global del sistema de enjuiciamiento penal nacional. El proyecto combinaba los principios fundamentales de los así llamados "códigos modernos" -juicio oral, público, contradictorio y continuo, con plena vigencia de los principios de inmediación y concentración- con las modernas tendencias universales en relación al procedimiento penal. Así, sólo por mencionar algunas de las numerosas innovaciones que contenía, el Proyecto colocaba la **investigación preliminar** al ejercicio de la acción penal en manos del ministerio público, satisfaciendo de este modo las exigencias del principio acusatorio formal -distinción entre los órganos encargados de requerir y de decidir-, y estableciendo un órgano responsable de la ejecución de la política de persecución penal estatal, pero con amplias facultades de oponerse a ella cuando la considerara inconveniente o injusta, desencadenando de este modo un amplio sistema de control de las pautas de persecución que hubieran sido fijadas. Paralelamente, se atacaba la selectividad informal interna del sistema -es decir, la selección dentro del cúmulo de casos que a él ingresan- por una selección racional en manos de un único órgano y según pautas fijadas en la ley sustantiva (**principio de oportunidad, suspensión del procedimiento a prueba**), incluso estableciendo un procedimiento abreviado para casos leves (**procedimiento monitorio**).

La libertad del imputado durante el procedimiento recuperaba el carácter de **principio general**, admitiéndose el encarcelamiento preventivo únicamente frente a la elevada probabilidad de entorpecimiento de la marcha del procedimiento por parte del imputado o del peligro de fuga. El Proyecto preveía, asimismo, la posibilidad de sustituir el encarcelamiento preventivo por distintas **medidas alternativas** (arresto domiciliario, prohibición de salir del país, de frecuentar determinados lugares, etcétera), mucho más benignas para el imputado. Se contemplaba el **examen periódico obligatorio** del encarcelamiento, así como su precisa limitación temporal (un año, prorrogable por otro más).

También innovaba el Proyecto en cuanto a la ejecución de la pena impuesta, al otorgarle el control de esta etapa a un juez *ad-hoc*: el **juez de ejecución**.

Finalmente, se intentaba hacer efectivo el mandato constitucional ordenando el juicio por jurados para las causas penales (CN, arts. 24, 67, inc. 11 y 102) mediante la adopción del modelo de **jurado escabinado** -tribunal colegiado conformado por jueces profesionales y ciudadanos comunes- para todos los casos.



El Proyecto, como era de esperar, fue objeto de fuertes críticas por parte de los sectores más conservadores de la comunidad jurídica (o mejor dicho, del cenáculo jurídico), que propugnaban la continuidad del modelo inquisitivo vigente, y por algunos que, liderados por el Dr. Levene (h.) -y, en definitiva, también conservadores- preferían avanzar sólo hasta donde habían llegado los códigos provinciales modernos, proponiendo como instrumento de reforma alternativa un proyecto que, en realidad, no era otra cosa que un calco del Código de Córdoba de 1939.

Innumerables e injustificables dilaciones en el tratamiento del Proyecto Maier, que contaba con la aprobación unánime de la Comisión de Legislación Penal de la Cámara de Diputados de la Nación, permitieron que éste perdiera estado parlamentario, y quedara, definitivamente, fuera de carrera. Por el contrario, el Proyecto del Dr. Levene (h.) cobró, con el cambio de gobierno, un nuevo impulso y, recientemente, fue sancionado como Código Procesal Penal de la Nación (ley 23.984).

El nuevo Código surge en un contexto político drásticamente distinto a aquél que prohió la redacción del Código Maier. Los derechos individuales del imputado, al menos en el discurso que se transmite desde los medios de comunicación masivos, cuando no desde el mismo centro del poder político, vuelven a quedar relegados a un segundo plano, cediendo nuevamente ante la exigencia ciega de "eficiencia" a cualquier precio, lo cual, sin duda, permite explicar claramente el por qué de muchas de sus disposiciones.

La versión definitiva del ahora Código -aunque su vigencia efectiva se difiere hasta- presenta diversas modificaciones con relación a su redacción original, que han intentado atenuar la rigidez de sus disposiciones, acercándolo, únicamente en algunos aspectos puntuales, al Proyecto Maier; así, por ejemplo, se ha introducido en el Código la suspensión del procedimiento a prueba (aunque con serios defectos, ya que no se prevé la facultad del imputado de recurrir la suspensión del procedimiento cuando no ha prestado su conformidad), y la figura del Juez de Ejecución. Se ha previsto, también, un querellante híbrido, adhesivo cuando se trata de instar la acción penal y abrir el debate (sólo puede provocar el control jurisdiccional sobre la inacción del ministerio público), pero conjunto al momento de recurrir (puede hacerlo autónomamente, incluso en casación).

En la mayor parte de los institutos, sin embargo, el nuevo código no aporta

nada nuevo, lo cual, dada la magnitud de la crisis que atraviesa el sistema nacional de enjuiciamiento penal, no habla demasiado bien de él. La investigación preliminar, o instrucción, continúa siendo escrita y, por regla, jurisdiccional. Por excepción, el art. 196 permite la delegación de la investigación en el ministerio público; de este modo se renuncia, por un lado, a la posibilidad de establecer una política estatal de persecución penal, con lo cual la determinación de las pautas de persecución quedará en manos de, por ejemplo, las fuerzas de prevención; por otro, esto generará, sin dudas, graves problemas prácticos en torno a la capacidad del ministerio público de hacer frente a un cúmulo de trabajo indeterminable *a priori*. Por otro lado, la **eficiencia** en la persecución penal aparece sumamente difícil de conseguir, teniendo en cuenta la ausencia -coherente, por otra parte, con el régimen del código- de todo criterio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal, y por la decisión de mantener la absurda distinción entre **fiscal de instrucción** y **fiscal de juicio**, contenida ya en el código de Córdoba de 1939.

El régimen del código en lo atinente a la prisión preventiva mantiene, y en algunos aspectos empeora, el *statu quo* actual. El encarcelamiento preventivo sigue siendo la regla si el juez dicta el auto de procesamiento por un delito amenazado con pena privativa de libertad. Frente a esto, las dos únicas alternativas son los ya conocidos beneficios de **excarcelación** y **exención de prisión**, bajo el tradicional sistema de **cauciones** (se incorporaron la caución real y la personal, ya que en su redacción original el código sólo contemplaba la juratoria). Del mismo modo, el código mantiene como principal parámetro para la concesión del beneficio a la pena prevista para el delito que se trate. El código desconoce el examen de oficio del encarcelamiento procesal y, lo que es peor, no contiene disposición alguna que precise su limitación temporal. Con todo esto, en vez de abandonar un sistema retrógrado y represivo, que ha permitido que una mera medida cautelar se transforme, en la praxis, en una condena anticipada -en flagrante violación de las garantías constitucionales del imputado relativas al procedimiento penal-, se lo ha reafirmado. La libertad del imputado seguirá siendo un supuesto de excepción en el marco de un sistema absurda e innecesariamente represivo.

Finalmente, el código -producto coherente de su redactor- ha optado por rechazar la inclusión de jurados en el enjuiciamiento penal, perpetuando la ya tradicional desobediencia a los preceptos constitucionales en el sentido contrario y fomentando el divorcio, cada vez mayor, entre justicia y sociedad.

Resulta sumamente difícil sostener, al menos con un mínimo de seriedad, que en el actual estado de cosas la sanción de este código represente un avance significativo. Sin duda, la introducción de la oralidad, aunque tardía, merece ser saludada; sin embargo, lejos de resolver la gran mayoría de los gravísimos problemas que presenta hoy el enjuiciamiento penal nacional, sólo beneficiará a aquellos pocos casos que lleguen a la etapa de juicio (entre el 4 y el 7 % del total de casos que ingresan al sistema), tras una interminable etapa burocrática poblada de trámites y actos.

Lamentablemente, es muy posible que la "gran reforma procesal penal" se derrumbe en poco tiempo, desnudando que, gracias a una absurda historia de mezquindades personales e irresponsabilidades políticas, muy poco cambió, aunque todo pudo haber cambiado. ■

Código Levene ¿nacera viejo y caduco?

Por Daniel R. Pastor

El Congreso de la Nación, por ley 23.984 del 21.8.1991, promulgada por el Poder Ejecutivo con fecha 4.9.1991, sancionó un nuevo Código Procesal Penal (llamado Código Levene) que, teóricamente, comenzará a regir el 5.9.1992, en el ámbito de la administración de justicia penal de la Nación.

El nuevo CPP Nación fue elaborado a partir del Proyecto de 1975, redactado por el actual Presidente de la Corte Suprema de Justicia de Menem, Dr. Ricardo Levene (h), sobre la base del CPP La Pampa de 1964, del mismo autor. Levene, para la redacción del CPP La Pampa, tomó como modelo (casi literalmente) al CPP Córdoba (1), redactado por los Dres. Sebastián Soler y Alfredo Vélez Mariconde (2), y sancionado en 1939, aunque treinta años después de su sanción este último proyectista le dio, a través de ligeras modificaciones, un nuevo perfil sin cambiar su estructura (3).

Ahora bien, paradójico -y resaltarlo es la misión de esta nota- es que el nuevo CPP Nación ve la luz cuando su modelo ya ha sido abandonado y reemplazado por otro sistema (4). Este camino hacia el desencuentro histórico-cultural ya había sido recorrido, cien años atrás, por el Código nacional que en septiembre quedará derogado.

Hagamos historia. El nuevo Código viene a reemplazar al absolutamente vetusto y obsoleto CPP Nación, sancionado en 1888 y vigente; con ligeras reformas parciales, desde el 1.1.1889, con su sistema de enjuiciamiento penal inquisitivo, escrito y secreto. Su autor, Manuel Obarrio, tomó como modelo a la antigua legislación inquisitiva española, vigente a través de la **compilación de 1879** (5). Sin embargo, esa legislación había sido abandonada por España ya en 1882, cuando se sancionó la **Ley de enjuiciamiento criminal** que, con modificaciones, rige hoy todavía (6). Por tanto, cuando entre nosotros comenzó a regir el Código de 1889 su modelo ya había muerto años antes. Esta situación provocó una crítica hacia ese Código no sólo técnica, sino histórica, formulada por ese luchador incondicional por la oralidad que fue Alfredo Vélez Mariconde (7), quien señaló que el "Código Nacional, promulgado en 1889, nació viejo y caduco" (8).

Ahora, Córdoba ha abandonado el Código Vélez Mariconde y transformado totalmente su sistema de enjuiciamiento penal adoptando un modelo contemporáneo, producto del desarrollo de la ciencia del derecho procesal universal operado durante este siglo, camino que transitan, además de las ya legendarias legislaciones francesa y española, con sus modificaciones, la Ordenanza Procesal Penal alemana (9), los nuevos CPP Portugal e Italia, el proyecto de CPP Nación de 1986 (10), el CPP modelo para Iberoamérica (11), el proyecto de CPP Guatemala de 1990 (12) y el CPP Perú de 1991. Además, por sobre todas las cosas, el nuevo CPP Córdoba corrige las deficiencias que el Código anterior evidenciara, a lo largo de más de 50 años de vigencia (13). Entre las ventajas que contiene el nuevo CPP Córdoba se deben destacar, entre otras, la investigación preliminar a cargo del ministerio público, la incorporación de jurados y la introducción de un procedimiento abreviado (14). Este nuevo Código, como lo señala el mensaje de elevación a la legislatura, "tomó en cuenta el proyecto de Código Procesal Penal para la Nación del Dr. Julio B. J. Maier -en cuya comisión redactora participó también el Ministro de Gobierno (15)- por considerar que representa un serio esfuerzo para la transformación de la justicia penal en el orden nacional" (16).

Por otra parte, antes que Córdoba, la provincia de Tucumán sancionó como nuevo CPP al entonces proyecto de CPP Córdoba, dado que él "fue la culminación de una labor desarrollada durante cincuenta años de vigencia de justicia oral" (17).

Sin embargo, el legislador nacional no aprovecha esa magnífica experiencia y pone ahora en marcha al viejo CPP Córdoba (con mínimas modificaciones de último momento), el mismo año en que Córdoba lo

tira a la basura. Para colmo, dado que el CPP Nación rige para toda la administración de justicia penal nacional, le impone este modelo a todos los tribunales federales del interior del país, las provincias de Córdoba y Tucumán incluidas.

De esta manera, la Nación habrá desaprovechado una inmejorable oportunidad para contar con un sistema de enjuiciamiento penal del siglo XX. No obstante ello, con el nuevo CPP Nación habremos entrado, al menos, en el siglo XIX. Sin embargo, ningún espíritu inquieto se puede dejar tentar con la posibilidad de alabar este "adelanto" y defender, desde la ideología de la resignación, un modelo de enjuiciamiento penal que ya caducó en el país y en el mundo. Esta defensa ha quedado reservada a los funcionarios que desde el poder, y con absoluta obsecuencia, pretenden venderle a la población "vino nuevo en odres viejos", pero no a quienes, con los ojos puestos en la Constitución, no podemos ver más que un nuevo fracaso "en la agotadora marcha hacia la libertad y la democracia" (18), y, por lo tanto, debemos dejar planteada, desde ahora, la necesidad de la reforma del nuevo CPP Nación que, en septiembre de 1992, nacera, también, "viejo y caduco" (*).

NOTAS

(1) De cómo el Dr. Levene bebió de esta fuente dan cuenta, entre otros, Guariglia, Fabricio, ¿De qué reforma me hablan?, en estas mismas páginas y en su comentario al entonces proyecto Levene, en "Doctrina Penal", Depalma, Buenos Aires, 1990, p. 531; Vázquez Rossi, Eduardo, **Código Procesal Penal de la Nación**, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1991, p. 13.

(2) La cadena de fuentes podría continuar, p. ej., señalando que el CPP Córdoba se redactó sobre la base de los códigos procesales penales italianos de 1913 y 1930 (Cf. Maier, Julio B. J., **Derecho Procesal Penal argentino**, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, t. 1b, p. 193) y así hasta el infinito, pero ello no interesa al objeto de este trabajo, a pesar de que él trata, precisamente, de historias que se repiten.

(3) Tal así fue que el propio autor, refiriéndose al proyecto de reforma, expresó que él "debe significar en cuanto a su contenido, no más que una reforma parcial del Código vigente" (Vélez Mariconde, Alfredo, **Proyecto de Código Procesal Penal para la Provincia de Córdoba**, edición del B. O., Córdoba, 1968, p. 12).

(4) Conoció esta paradoja, por primera vez, durante una conversación telefónica con su descubridor, Mariano Rodríguez, notable jurista cordobés y querido amigo, quien tuvo mucho que ver, incluso críticamente, con la reforma del proceso penal en Córdoba, aprobada en 1991.

(5) Cf. Maier, cit., p. 182 y ss.; Vélez Mariconde, Alfredo, **Derecho Procesal Penal**, Lerner, Córdoba, 1969, t. I, p. 196.

(6) Cf. Maier, cit., p. 185.

(7) Lamentablemente, no es posible decir que haya sido, también, un defensor incondicional de la Constitución. Por el contrario, más bien parece haberla olvidado en un cajón de su escritorio, especialmente cuando legisló un sistema de enjuiciamiento penal prescindente de jurados (CN, 24, 67 inc. 11 y 102).

(8) Cit., p. 197.

(9) Sancionada en 1877, siguiendo el modelo francés. Interesan, especialmente, las importantes modificaciones de la postguerra -1964, 1975, 1979 y 1987 (Cf. Roxin, Claus, **Strafverfahrensrecht**, 20a. ed.,

München, 1987, ps. 414 y siguientes)-.

(10) Proyecto Maier, en "Doctrina Penal", Depalma, Buenos Aires, 1986, ps. 645 y siguientes.

(11) Hammurabi, Buenos Aires, 1989.

(12) Redactado por Alberto Binder y Julio B. J. Maier, Publicación de la Dirección de Formación y Capacitación del Organismo Judicial, Guatemala, 1990.

(13) Sobre el fracaso del CPP Córdoba y sus deficiencias, cf. Rodríguez, Mariano y Novelli Guevara, Jorge, **Informe preliminar ante la Comisión de reformas al Código Procesal Penal**, en "Semana Jurídica", Comercio y Justicia, Córdoba, 1989, t. LV, ps. 23 y siguientes.

(14) Por lo demás, las mejoras que el nuevo CPP Córdoba introduce respecto a su antecesor están extensamente detalladas en su Exposición de Motivos, cap. II, "Diferencias principales entre el proyecto y el Código vigente".

(15) Se refiere a José I. Cafferata Nores.

(16) Mensaje de elevación del proyecto de CPP a la Honorable Legislatura de la Provincia de Córdoba, p. 9.

(17) Cf. **Código Procesal Penal de la Provincia de Tucumán**, Exposición de Motivos, Marcos Vizoso, Santiago del Estero, 1991, ps. XXXIII y siguiente.

(18) Rodríguez y Guevara Novelli, cit., p. 24.

(*) Ya en prensa este trabajo llegó a mis manos, a través de una gentileza de otro amigo cordobés, Gustavo Vivas, joven y brillante jurista, un ejemplar de la obra **Introducción al nuevo Código Procesal Penal de la provincia de Córdoba**, de José I. Cafferata Nores (Marcos Lerner, Córdoba, 1992), en la que el autor se refiere, en una nota a pie de página, al mismo problema que trato en este trabajo, con las palabras siguientes: "El estilo conservador del puerro determinado que, por segunda vez, se adaptara como novedoso un modelo de enjuiciamiento penal ya abandonado por antiguo en el lugar de su origen" (p. 14, nota 2). Sin perjuicio de que ya no sea posible pensar en un estilo conservador exclusivo del puerro, he colocado esta cita, que conocí recientemente, al final de mi trabajo, porque si la pusiera al comienzo el lector ya no debería leerlo.

entre la inquisición y la composición

Por Julio B. J. Maier

El presente trabajo es el texto de una exposición oral que el profesor Maier realizara en la Universidad de Miami en abril de este año. Su contenido no hace ninguna referencia directa al nuevo código, sino al significado del modelo inquisitivo y a las nuevas tendencias político-criminales en materia de enjuiciamiento penal que intentan desgastar los principios materiales de la inquisición. La presencia de este trabajo se relaciona, en este marco, con estas nuevas tendencias y la omisión que de ellas hace el nuevo código.

1. La tesis presenta al enjuiciamiento penal actual como una versión moderna de la tensión existente entre **inquisición** y **composición**, como modos de resolver conflictos sociales.

Comprendo por **inquisición** el sistema según el cual el Estado toma en sus manos el conflicto, sustrayéndolo de sus protagonistas de carne y hueso, amenaza contra quien reputa culpable con el ejercicio de la violencia (la pena estatal, máxima expresión del poder coactivo del Estado) y persigue esa solución del conflicto directamente de oficio, con sus propios funcionarios (la policía, el ministerio público, incluso los jueces), sin atención al interés concreto de los protagonistas. Comprendo por **composición** el sistema según el cual los protagonistas concretos del conflicto social arbitran, en principio, su solución, sistema en el cual la voluntad de ellos gobierna el conflicto. El primer modelo es francamente autoritario, frente al segundo modelo, inclinado democráticamente, según hoy se dirimen los conflictos de Derecho privado, en los cuales el resto de autoridad funciona como un árbitro entre las partes.

Un corte sincrónico de la historia de las organizaciones sociales demostraría que, en más o en menos, esta tensión ha existido siempre y ambos sistemas estuvieron vigentes en una misma época, con predominio de uno u otro. Pero un corte diacrónico, más adaptado al estudio histórico del devenir de las instituciones en extensos períodos de tiempo, verificaría que uno de los sistemas se impuso sobre el otro, al punto de desplazarlo casi por completo. En el propio Derecho romano imperia existían los *delicta privata*, a pesar de que allí comenzó la persecución penal pública de los delitos. Hoy en día existe parcialmente la misma excepción, aun en sistemas penales fuertemente influidos por el ideal inquisitivo.

2. La segunda tesis, derivada, afirma que el sistema penal es un instrumento contingente de la cultura humana; no existió siempre, al menos como sistema esencial de solución de conflictos sociales y, probablemente, desaparecerá en algún período histórico futuro, todavía lejano para predecirlo; la llamada "crisis" o "humanización" del sistema (de la pena, de las cárceles, de la persecución penal), y hasta la "descriminalización", no son más que ataques parciales, más o menos vigorosos, más o menos velados, contra las bases del sistema. De sistema penal sólo puede hablarse a partir de un determinado período histórico, que influyó más en algunos países (Europa continental) que en otros (Derecho anglosajón); de sistema penal sólo puede hablarse en conexión con la creación de un poder político central, en grandes estructuras políticas, que alejan a sus súbditos del ejercicio cotidiano del poder político, esto es, desde la creación del **Estado-nación**, que termina con las soberanías locales (siglo XIII); desde allí en adelante existe, en grandes proporciones, **pena estatal, persecución penal pública, extrañamiento de la víctima, persecutores públicos, policía**, todos conceptos que, si bien no son sinónimos, al menos se implican entre sí. El sistema penal, la pena, la persecución de la infracción por órganos del propio Estado, incluso la justicia penal, representan la necesidad del Estado de un sistema jurídico de control social, de control de sus súbditos, cuando la infracción es de tal magnitud que pone en peligro la paz social entre los habitantes o las bases de la misma forma de organización social.

Previo a ello, históricamente, el conflicto social pertenecía, en la organización local (feudal), a sus protagonistas, quienes, o bien pactaban la solución del caso (conciliaban intereses), o bien luchaban entre sí. Nada distinto ocurre hoy en los conflictos internacionales, en los cuales, o bien los Estados en conflicto acuerdan la solución, o bien se desata la guerra entre Estados. Es que lo típico de esta forma de solución de conflictos es, precisamente, la inexistencia de un poder político central fuerte, capaz por sí mismo de lograr la paz social mediante la aplicación

de métodos de control autoritarios y de monopolizar la violencia legitimada por el Derecho.

3. Ligado a la inquisición funciona la **verdad histórica** como base indiscutible de distribuir culpas en el hecho que dio nacimiento al conflicto. El alto valor que la verdad histórica ocupa en la inquisición se aprecia al advertir que generó crueldades máximas, legitimadas por el orden jurídico en el pasado reciente, hoy ilegítimas pero aún existentes en el comportamiento de los órganos estatales de persecución. El rango de ese valor reside en que se trata del fundamento de la justicia del caso, incluso desplazando la solución conveniente para los intereses de los protagonistas del conflicto.

Frente a este tipo de justicia, existen otros modelos que tienen en cuenta los intereses concretos que genera el caso y las soluciones que esos intereses acuerdan para su solución. Conciliación, reparación del daño causado, necesidad de una solución terapéutica, propios del sistema en el cual la voluntad de los protagonistas gobierna el caso, fracasan muchas veces ante la necesidad del estado de aplicar la pena estatal. Si hasta la justicia bíblica presenta modelos fundados en la utilidad concreta de una determinada solución, quizás reñida con la verdad.

Cualquiera que sea la relación de fuerzas entre ambos sistemas, en los ordenamientos positivos de los países de nuestra órbita cultural, en todos ellos se asiste, en más o en menos, a embates vigorosos de la **composición** contra la **inquisición**. Así, bajo diferentes nombres, se asiste a una irrupción de soluciones alternativas, al menos en la política criminal, que, aun cuando limitadas y débiles, significan contradecir las bases del sistema de justicia estatal: persecución penal pública, pena estatal y verdad histórica como fundamento de la decisión. A ello se arriba por varios caminos: quiebra del principio de legalidad en la persecución penal debida, fundamentalmente, a la imposibilidad fáctica de que el Estado se ocupe de todos los conflictos penales, y al reconocimiento de la selectividad empírica del sistema; modos de abreviación del rito judicial por consenso de los protagonistas, debidos a la imposibilidad de tratar todos los casos penales según el sistema ideal en el Estado de Derecho (el juicio público); derechos de intervención de la víctima y reparación del daño, a ella ocasionado, por restitución del valor de su interés en el caso penal; y soluciones de auxilio a ella, como las que representan la *probation*, pre-sentencia y post-condena sometida, principalmente, a la reparación o conciliación, y la misma **mediación** para una solución alternativa; crisis de la pena estatal, fundamentalmente de la pena privativa de libertad, hoy todavía centro del sistema, reemplazada por soluciones alternativas (*diversion*).

Todas esas irrupciones molestas al sistema penal, cualquiera que sea su nombre, el problema que pretenden solucionar y el ámbito más o menos reducido de casos que abarquen, representan, en casi todos los casos, un modelo distinto de justicia, fundado en el **consenso** más que en la **verdad histórica**.

La discusión político-criminal actual versa mucho más sobre el ámbito aceptable de casos abarcados por estas soluciones y sobre la forma con que ellas se introducen al sistema, que sobre su bondad y eficacia. Hasta hay quienes postulan, radicalmente, la abolición del sistema penal.

5. Se tropieza, sin embargo, con diversos inconvenientes para el regreso de soluciones consensuales. El principal: la desigualdad de poder económico-social de los protagonistas se traslada, directamente, al sistema penal, de manera tal que el consenso queda regularmente viciado por esta desigualdad de poder, como ya sucedió en épocas antiguas, durante el reinado de la composición, razón por la cual la inquisición nació rodeada de una aureola de justicia racional para evitar estos abusos; y como sucede ahora en el sistema de justicia civil o de Derecho privado.

Además, la verdad, como fundamento de la justicia, no es sólo la base de crueldades horribles de la inquisición histórica, sino también un límite real del poder que, teóricamente, nos iguala a todos frente a él, si fuera aplicado correctamente. La corrección de su aplicación, sin embargo, nada dice acerca de la bondad de la solución. ■

Gilles Deleuze

EL DEVENIR REVOLUCIONARIO Y LAS CREACIONES POLITICAS

Entrevista

de Toni Negri a Gilles Deleuze

Traducción de Christian Courtis

Antonio Negri: —En su trayectoria intelectual, el problema de lo político parece haber estado siempre presente. Por un lado, la participación en los movimientos (prisiones, homosexuales, autonomía italiana, palestinos), y por otro, la constante problematización de las instituciones se suceden y se entrelazan en su obra, desde el libro sobre Hume hasta aquel sobre Foucault. ¿A qué se debe ese continuo abordaje de la cuestión de lo político y cómo es que ella aún se mantiene en el centro de su obra? ¿Por qué la relación movimiento-institución es siempre problemática?

Gilles Deleuze: —Yo estaba más interesado en las acciones colectivas que en las representaciones. Dentro de las "instituciones", hay todo un movimiento que se distingue tanto de la ley como de los contratos. Lo que buscaba en Hume era una concepción innovadora de la institución y del Derecho. Al principio me interesaba más por el derecho que por la política. Lo que me agradaba en Masoch y Sade eran sus concepciones inusitadas - del contrato según Masoch, de la institución según Sade -, ambas relacionadas a la sexualidad. El trabajo de Francis Ewald me parece aún hoy esencial para restaurar una filosofía del derecho. Lo que me interesa no es la ley, ni son las leyes (la primera es una noción vacía, las otras son nociones cómodas, fáciles), y más que el Derecho y los derechos, es la jurisprudencia. La verdadera creadora de derecho es la jurisprudencia: sería necesario que ella no quedase confinada solamente a los jueces. Ya se piensa en estatuir el derecho de la biología; pero todo en la biología moderna -las nuevas situaciones que crea, los nuevos acontecimientos que torna posibles- es tema de jurisprudencia. No precisamos un comité de sabios, moral y pseudocompetente, sino grupos de usuarios. Es aquí cuando pasamos del derecho a la política. Ese pasaje a la política, en lo que me concierne, ocurrió con mayo del 68, en la medida en que mantenía contacto con problemas precisos, gracias a Guattari, gracias a Foucault, gracias a Elie Sambar. El Anti-Edipo fue todo un libro de filosofía política.

—Ud. interpretó los acontecimientos del 68 como el triunfo de lo intempestivo, la realización de la contra-efectuación. Ya en los años anteriores al 68, en el trabajo sobre Nietzsche, y también un poco más tarde, en *Sacher Masoch*, lo político es reconquistado como posibilidad, acontecimiento, singularidad. Hay cortocircuitos que abren el presente sobre el futuro (¿Y que modifican, entonces, las instituciones?). Pero después del 68, su evaluación parece adquirir matices: el pensamiento nómade se presenta siempre en el tiempo en forma de contra-efectuación instantánea; en el espacio, solamente un "devenir minoritario es universal". Pero entonces, ¿qué es esa universalidad de lo intempestivo?

—Es que yo era cada vez más sensible a una distinción posible entre el devenir y la historia. Nietzsche decía que nada importante ocurre sin una "nube no-histórica". No es una oposición entre lo

eterno y lo histórico, ni entre la contemplación y la acción: Nietzsche habla de aquello que ocurre, del acontecimiento mismo, o del devenir. Es que la historia comprende el acontecimiento, es su realización en ciertos estados de cosas, pero el acontecimiento en su devenir escapa a la historia. Sin la historia la experimentación permanecería indeterminada, no condicionada -pero la experimentación no es histórica-. En un gran libro de filosofía, *Clio*, Péguy explicaba que hay dos maneras de considerar el acontecimiento, una que consiste en no tomar en cuenta el todo del acontecimiento, en confinar la realización dentro de la historia, el condicionamiento y la degradación dentro de la historia, y otra en reconstituir el acontecimiento, instalarse en él como dentro de un devenir, en rejuvenecer y envejecer en él al mismo tiempo, en pasar por todos sus componentes o singularidades. El devenir no es historia; la historia marca solamente el conjunto de condiciones -por más recientes que sean- de las cuales desviarnos para "devenir", es decir, para crear alguna cosa nueva. Es exactamente lo que Nietzsche llama "Intempestivo". Mayo del 68 fue la manifestación, la irrupción de un devenir en estado puro. Hoy la moda es denunciar los horrores de la revolución. Y no hay mucha novedad en ello: todo el romanticismo inglés está impregnado de una reflexión sobre Cromwell análoga a aquella que se hace sobre Stalin hoy en día. Decimos que las revoluciones tienen un futuro sombrío. Pero estamos mezclando constantemente dos cosas, el devenir de las revoluciones en la historia y el devenir revolucionario de las personas. No se trata de las mismas personas en los dos casos. La única oportunidad de los hombres está en el devenir revolucionario, el único movimiento capaz de conjurar la vergüenza o responder a lo intolerable.

—Me parece que *Mil Mesetas*, que considero una de las grandes obras filosóficas de este siglo, es también un catálogo de problemas no resueltos, principalmente en el dominio de la filosofía política. Los pares conflictivos proceso-proyecto, singularidad-sujeto, composición-organización, líneas de fuga, dispositivos y estrategias, micro-macro, etcétera, todo esto no sólo permanece abierto, sino que es también constantemente redescubierto, con una impresionante disposición teórica y con una violencia que hace recordar el tono de las herejías. No tenía nada contra tal subversión, muy por el contrario... Pero a veces me parece que se trata de una nota trágica, allí donde no sabemos a qué lleva la máquina de guerra.

—Soy sensible a lo que Ud. dice. Creo que Felix Guattari y yo seguimos siendo marxistas, tal vez de modos diferentes, pero seguimos siéndolo. Es que no creemos en una filosofía política que no esté centrada en el análisis del capitalismo y de sus desenvolvimientos. Lo que más nos interesa en Marx es el análisis del capitalismo como sistema inmanente, que no cesa de expandir sus propios límites, y que los encuentra de todas maneras en una escala aumentada porque el límite es el propio Capital. *Mil Mesetas* indica muchas

direcciones, entre las cuales las tres siguientes son las principales: antes que todo, nos parece que una sociedad se define menos por sus contradicciones que por sus líneas de fuga -que ella irradia hacia todos lados-, y es muy interesante intentar seguir las líneas de fuga que se dibujan. Tomemos el ejemplo de Europa de hoy: los políticos occidentales tuvieron muchas dificultades para construirla, los tecnócratas tuvieron mucho trabajo para uniformizar regímenes y reglamentos; pero lo que amenaza sorprender, por un lado, son las explosiones que pueden ser producidas entre los jóvenes, entre las mujeres, en función de la simple expansión de los límites (la cual no es "tecnocratizable"), y por otro, superada antes mismo de haber comenzado, superada por los movimientos que vienen del Este. Esas son importantes líneas de fuga.

Hay otra dirección en *Mil Mesetas*, que no consiste en considerar solamente las líneas de fuga en detrimento de las contradicciones, sino en pensar las minorías en detrimento de las clases. Por último, una tercera dirección, que consiste en buscar el estatuto de las "Máquinas de Guerra", que no se definirían de modo alguno por la guerra, sino por una cierta manera de ocupar, de llenar el espacio-tiempo, o de inventar nuevos espacios-tiempos: los movimientos revolucionarios (no analizamos suficientemente, por ejemplo, como la O.L.P. precisó inventar un espacio-tiempo en el mundo árabe), y también los movimientos artísticos son esas máquinas de guerra.

Ud. dice que todo eso tiene un aire trágico, o melancólico. Creo que sé por qué. Quedé muy tocado por las páginas de Primo Levi donde él explica que los campos nazis introdujeron en nosotros la "vergüenza de ser hombres". No porque, dice él, seamos todos responsables por el nazismo, como nos quisieron hacer creer, sino porque fuimos corrompidos por él: hasta los sobrevivientes de los campos de concentración hicieron concesiones -para no morir, es verdad, pero las hicieron. Vergüenza por que existieron hombres que estuvieran dispuestos a ser nazis, vergüenza por no haber sabido cómo impedirlo, vergüenza por haber hecho concesiones: Primo Levi llama a todo eso "zona grisácea". Y experimentamos esa vergüenza de ser hombre en las situaciones más insignificantes: ante un pensamiento muy vulgar, ante un programa de variedades en la radio o en la TV, ante el discurso de un ministro, ante las palabras de los "Bon-vivants". Es una de las razones de ser más relevantes de la filosofía, lo que la hace necesariamente una filosofía política. En el capitalismo sólo hay una cosa universal, que es el mercado. No hay Estado universal, justamente porque hay un mercado universal en el cual los Estados son los focos, que son las Bolsas. El Estado no es mas universalizante, homogeneizante;

es una fantástica industria de riqueza y de miseria. No hay Estado democrático que no esté comprometido hasta la raíz con esta fabricación de miseria humana. La vergüenza consiste en que no disponemos de medios realmente eficaces de preservar, y aún de desenvolver las transformaciones en nosotros mismos. En qué se transformará un grupo, cómo se reinsertará en la historia: ello impone un perpetuo cuidado. Ya no disponemos de una imagen del proletariado de la cual bastaría tomar conciencia.

—¿Cómo puede ser poderoso el devenir minoritario? ¿Cómo puede la resistencia tornarse insurrección? Al leer sus libros, quedo siempre en duda con relación a las respuestas para tales preguntas, aún encontrando en su obra invariablemente, un estímulo que me obliga a reformular teórica y prácticamente esas mismas preguntas. Y así, cuando leo sus páginas sobre la imaginación y las nociones comunes en Spinoza, o cuando leo -en Image-Temps- su descripción de la composición del cine revolucionario en los países del Tercer Mundo, comprendo con Ud. el pasaje de la imagen a la fabulación, a la praxis política; tengo casi la impresión de haber hallado una respuesta... ¿O será que estoy equivocado? ¿Existiría un mundo en el cual la resistencia y los oprimidos podrían tornarse eficaces y lo intolerable eliminado? ¿Existiría una manera a través de la cual la masa de singularidades y de átomos que todos somos podría presentarse como poder constituyente, o, por el contrario, deberíamos aceptar la paradoja jurídica según la cual el poder constituyente sólo puede ser definido por el poder constituido?

—Las minorías y las mayorías no se distinguen por el número. Una minoría puede ser más numerosa que una mayoría. Lo que define a la mayoría es un modelo aceptado: por ejemplo, el europeo medio, adulto, varón, residente en ciudades... Toda vez que una minoría no tiene modelo es un devenir, un proceso. Podemos decir que la mayoría es Nadie. Todos, en un aspecto u otro se encuentran en un devenir minoritario que lleva a caminos desconocidos. Cuando una minoría crea modelos para sí es por que ella quiere tornarse mayoritaria, y esa creación es sin duda inevitable, teniendo en vista su supervivencia o salvación (por ejemplo, a través de la creación de un Estado, de un reconocimiento, de la imposición de sus derechos). Pero su poder viene de aquello que ella supo crear, y que entrará más o menos en el modelo, sin depender de él. El pueblo es siempre una

minoría creativa y continua siéndolo aún cuando conquiste una mayoría: las dos cosas pueden coexistir porque no se dan en el mismo plano. Los mayores artistas "sin ser artistas populistas" se dirigen a un pueblo, y constatan que "el pueblo falta": Mallarmé, Rimbaud, Klee, Berg. En el cine, los Straub. El artista sólo puede dirigirse a un pueblo, precisa profundamente de su compromiso, no tiene como crearlo, no puede. Es el arte el que resiste: resiste a la muerte, a la servidumbre, al hambre, a la vergüenza. Pero el pueblo no se puede ocupar con el arte. ¿Cómo se crea entonces un pueblo, en medio de qué sufrimientos abominables? Cuando se crea un pueblo, es a través de sus propios medios, pero de modo que recupera alguna cosa del arte (Garel dice que también el museo del Louvre contiene mucho sufrimiento abominable), o bien de manera tal que el arte recupera lo que le faltaba. La utopía no es un buen concepto: hay una "fabulación" común al pueblo y al arte. Sería necesario retomar la noción Bergsoniana de "fabulación" para dotarla de sentido político.

—En su libro sobre Foucault y también en la entrevista para el Institute National de L'Audiovisuel, Ud. se propone profundizar el estudio sobre tres prácticas de poder: el Soberano, el Disciplinario y sobre todo aquel del Control sobre la "comunicación" el cual está hoy tornándose hegemónico. Por un lado este último cuadro remite a la más alta perfección de la dominación, que incide también sobre la palabra y la imaginación, por por otro, y de una manera nunca antes vista, todos los hombres, todas las minorías, todas las singularidades son potencialmente capaces de retomar la palabra y, con ella, un grado mas alto de libertad. En la utopía marxiana de los Grundrisse, el comunismo se configura justamente como una organización transversal de individuos libres, sobre una base técnica que garantiza las condiciones de esa organización. El comunismo ¿Es aún pensable? En la sociedad de la comunicación ¿es, tal vez, menos utópico que otrora?

—Es cierto que entramos en las sociedades de "control", que ya no son exactamente disciplinarias. Foucault es, la mayoría de las veces, considerado como el pensador de las sociedades disciplinarias y de su técnica principal, el confinamiento (no solamente el hospital y la prisión, sino también la escuela, la fábrica, el cuartel). Pero, de hecho, él es uno de los primeros en decir que estamos dejando atrás las sociedades disciplinarias, que ya no somos más eso. Entramos en la sociedad de control, que no funciona más por confinamiento, sino por control continuo y comunicación instantánea. Es evidente que no dejamos de hablar de la prisión, de la escuela, del hospital: estas instituciones están en crisis. Pero si ellas están en crisis, es precisamente en los combates de retaguardia. Van surgiendo, de a poco, nuevos tipos de sanciones, de educación, de asistencia. Los hospitales abiertos, los equipos de asistencia atendiendo a domicilio, etcétera, aparecieron hace ya mucho tiempo. Podemos prever que la educación será cada vez menos algo cerrado, distinto del medio profesional también cerrado, y que ambos desaparecerán en favor de una terrible formación permanente, de un control continuo ejercido sobre el obrero-estudiante o sobre el profesional universitario. Queremos creer que se trata de una reforma de la escuela, cuando en realidad se trata de una liquidación. En un régimen de control nunca se destruye completamente una cosa. Ud. mismo, hace mucho tiempo analizó un cambio en el trabajo en Italia, ocurrido con las formas de trabajo temporario, domiciliario, que después se afirmaron (lo mismo ocurrió con las nuevas formas de circulación y de distribución de productos). Para cada tipo de sociedad, evidentemente, podemos encontrar un tipo de máquina correspondiente: máquinas simples o dinámicas para las sociedades de soberanía, máquinas energéticas para las sociedades disciplinarias, la cibernéticas y las computadoras para las sociedades de control. Pero las máquinas no explican nada. Es

necesario analizar las negociaciones colectivas entre las cuales las máquinas son apenas una parte. Frente a las posibles formas de control incesante, en la plaza pública, puede ocurrir que los confinamientos más duros nos parezcan pertenecientes a un pasado agradable y benevolente. Hay mucho de qué preocuparse en las investigaciones sobre los "universos de comunicación". Es verdad que aún antes de haberse organizado plenamente las sociedades de control, ya aparecen las formas de delincuencia y resistencia -dos casos distintos. Por ejemplo, los casos de piratería o los virus informáticos, que sustituirán a las huelgas y a lo que en siglo diecinueve llamábamos "sabotaje". Ud. pregunta si las sociedades de control o de comunicación no suscitarán formas de resistencia capaces de dar nuevas oportunidades a un comunismo concebido como "organización transversal de individuos libres". No sé, tal vez. Pero eso no ocurrirá en función de que las minorías puedan tomar la palabra. Tal vez la palabra, la comunicación estén podridas. Están absolutamente impregnadas de dinero: no por accidente sino por naturaleza. Es necesario subvertir la palabra. Crear fue siempre una cosa distinta de comunicar. Importará, tal vez, crear vacuolas de no-comunicación, interruptores, para escapar al control.

—En Foucault y en El Pliego, parece que el proceso de subjetivación recibe más atención que en otras obras suyas. El sujeto es el límite de un movimiento continuo entre un interior y un exterior. ¿Qué consecuencias políticas tiene esa concepción del sujeto? Si el sujeto no puede ser resuelto en la exterioridad de la ciudadanía, ¿Puede instalarla en la potencia y en la vida? ¿Puede tornar posible un nuevo pragmatismo militante, al mismo tiempo "pietas" en relación al mundo y construcción radical? ¿Qué política puede prolongar en la historia el esplendor del acontecimiento y de la subjetividad? ¿Cómo pensar una comunidad sin fundamento pero potente, sin totalidad pero, como en Spinoza, absoluta?

—Podemos, de hecho, hablar de procesos de subjetivación cuando consideramos las distintas maneras a través de las cuales los individuos o las colectividades se constituyen en cuanto sujetos: tales procesos tienen valor en la medida que, al ocurrir, escapan tanto de los saberes constituidos como de los poderes dominantes. Aún cuando eventualmente engendren nuevos poderes o evoquen nuevos saberes. En su surgimiento, todavía tienen una espontaneidad rebelde. No hay en ellos un retorno al "sujeto", o sea, a una instancia dotada de deberes, de poder y de saber. Más que de procesos de subjetivación, podemos hablar de nuevos tipos de acontecimientos: acontecimientos que no se explican por los estados de cosas que los suscitan, o en los cuales inciden. Salen a la superficie por un instante, y es este el momento importante, es la oportunidad que debe ser aprovechada. O podríamos hablar simplemente del cerebro: el cerebro es el exacto límite de un movimiento continuo reversible entre un interior y un exterior -una membrana entre ellos. Nuevas dinámicas cerebrales, nuevas maneras de pensar no se explican por la microcignia; al contrario, es la ciencia la que debe esforzarse para descubrir lo que hay en el cerebro y lo que nos hace pensar de tal o cual manera. Subjetivación, acontecimiento, cerebro-me parece que son la misma cosa. Lo que más nos falta es creer en el mundo; perdemos el mundo; nos ha sido tomado. Creer en el mundo es también suscitar acontecimientos, aún pequeños, que escapan al control, o hacer nacer nuevos espacios-tiempos, aunque sean de superficie y volumen reducidos. Es lo que Ud. llama "pietas". Es a nivel de cada tentativa que son juzgadas la capacidad de resistencia o, por el contrario, la sumisión a un control. Son necesarios al mismo tiempo creación y pueblo. ■

Este reportaje fue publicado en la revista Futur Antérieur, octubre de 1990.



¡Mamá, el vecinito me pegó! o acerca del auge de la denuncia televisada

Por Martín Abregú

"¿Cuál es la ciudad mejor regida?"

"Aquella en la que persiguen a los insolentes, no menos que los ofendidos, los que no han recibido ofensa"

Hay artículos que se dejan leer, que no exigen del lector otro compromiso que no sea el mantenerse despierto hasta la última línea. Artículos de simple o compleja lectura, en muchos casos no nos cuentan de antemano cuál es su punto de partida puesto que se supone conocido o compartido. Otros, y este quiere ser uno de esos, exigen un compromiso previo, una voluntad de concordancia; nos piden que compartamos, arbitrariamente o no, una supuesta originalidad del autor que se vanagloria de poder publicar. En este artículo que a usted, por desgracia, le ha tocado en suerte leer, el autor comete dos imprudencias: 1. Exige un cierto respaldo para lo que él considera una idea original; y 2. Esa originalidad que sueña no es más que una obviedad.

Veamos qué nos depara el susodicho:

Aun sin querer insistir en una supuesta "crisis de la democracia" o en alguna "paradoja latinoamericana" de la década del '80, resulta una utopía describir el papel del Poder Judicial tal como lo hacían aquellos pensadores clásicos que lo supieron idear. Hija de la Ilustración y la revolución, la Justicia fue el tercer soporte creado para perpetuar un gobierno de poderes autónomos; sin embargo, el Poder Judicial, tal como hoy lo percibimos, dista mucho de tales esquemas y reglas. Incapaz de hecho para algunos y de derecho para otros, no puede llevar a cabo su tarea. Y pide ayuda.

Surge entonces aquel proceso que Ciambrellani gusta en llamar "**Justicia Mediática**" (1), proceso informe, deforme o sujeto a una nueva formalidad, -que de eso tratará este artículo-, por medio del cual los medios masivos de comunicación se arrojan ciertos roles jurisdiccionales.

Es este "corrimento", esta dislocación, lo que este artículo da por probado y supone compartido. Puede sostenerse que no es cierto que los medios de comunicación tengan hoy un rol distinto al que cumplían varias décadas atrás, puede insistirse en que su inherente capacidad de "vedettismo" anula cualquier posible Interferencia con el Poder Judicial, puede probarse que una comparación como la que aquí se defiende no es más que una elucubración poco ingeniosa; sin embargo, esta hoja no se ocupará de todas estas objeciones más que para enumerarlas y deformarlas en este único párrafo que está llegando a su final.

Los medios de comunicación como órgano de novísima jurisdicción y competencia, como tribunal de reciente creación o de paulatino crecimiento del que somos obligados testigos. Y, por si no ha sabido ser explicado como corresponde, con una entidad autónoma, sin ningún vínculo procedimental ni material con el proceso judicial (2). La que dirime conflictos, en este caso y en estos días, es la Justicia Mediática, sometida a un Código Procesal Mediático, con reglas propias y delitos e ilícitos definidos periodísticamente. Incluso, este enjuiciamiento periodístico puede ser interpretado como una alternativa (deseable o no) al derecho. No se adscribe a sus limitaciones ni reproduce sus arbitrariedades; tiene las suyas propias. Al mismo tiempo, con una red privada de medios de comunicación podríamos hablar de una "re-apropiación" de la justicia por la sociedad civil. Una muestra de las alternativas que ofrece esta nueva forma de enjuiciamiento, está dada por la sentencia de culpabilidad: la justicia mediática no se sirve de la cárcel ni pondera los reformatorios o las multas, la justicia mediática se limita a hacer pública su sentencia y en la definición está el castigo (3).

El inicio de una causa judicial, en muchos casos, no es más que un mero formulario que hay que completar para iniciar la causa periodística. Trámite que, si es necesario, puede llevarse a cabo algunas horas después de iniciarse la queja.

En este contexto, el auge de la denuncia mass-mediática, puede ser leído, en lo que se refiere al Derecho Procesal como un incipiente retorno al tan añorado sistema acusatorio puro o, en términos menos jurídicos, a aquella forma de persecución de los ilícitos donde el inicio de un proceso y su consecuente investigación estaban en manos del particular denunciante.

Cuenta la leyenda que Solón, preguntado acerca de "Cuál es la ciudad mejor regida", respondió: "Aquella en la que persiguen a los insolentes, no menos que los ofendidos, los que no han recibido ofensa" (4). Solón hacía una apología del sistema de acusación popular, en aquellos días de democracia griega y modelo, cualquiera podía perseguir, en nombre del pueblo, los delitos públicos, con la única condición de ser ciudadano (de los de ellos).

La trasposición romana fue, una vez más, titubeante. Sometida a los designios del esquema político imperante, la acusación popular devino excepción y luego auge para concluir en abuso.

Ya durante el advenimiento de la República, las tres leyes *Valeriae*, reconocieron una y otra vez el derecho del ciudadano de provocar la intervención de una asamblea popular. La relevancia de este traslado reside, precisamente, en que, lentamente, se va llevando a cabo un corrimento del poder de juzgar desde los magistrados a los tribunales populares. La posterior conformación de los jurados por ciudadanos y la apropiación por parte de los comunes de la persecución determinan la consolidación del sistema acusatorio.

El repaso de las principales características del rol de acusador resulta, por lo menos, revelador: recolectaba los elementos de prueba que demostrarían la veracidad de la acusación e intervenía en la formación del tribunal; era necesaria una legitimación activa que sólo alcanzaba al ciudadano, quedando excluidos los libertos, la mujer, los menores y aquel que hubiera hecho, en alguna oportunidad previa, un uso desprejuiciado de su derecho a acusar; el cumplimiento de esta función no daba otra recompensa que un prestigio político exageradamente idóneo para alcanzar algún cargo público -cualquier parecido con los tiempos actuales es pura coincidencia.

Derribada la soberanía que sostenía el gobierno republicano, con la consolidación del Imperio, el sistema acusatorio se ve trastabillar: "La extensión de la facultad de perseguir penalmente a un número cada vez mayor de personas trajo consigo el crecimiento extraordinario de acusaciones infundadas, debidas sólo al sentimiento de venganza, y provocó una serie de abusos y conflictos que no pudieron ser contrarrestados por las crecientes amenazas para los que ejercieran abusivamente el derecho concedido" (5).

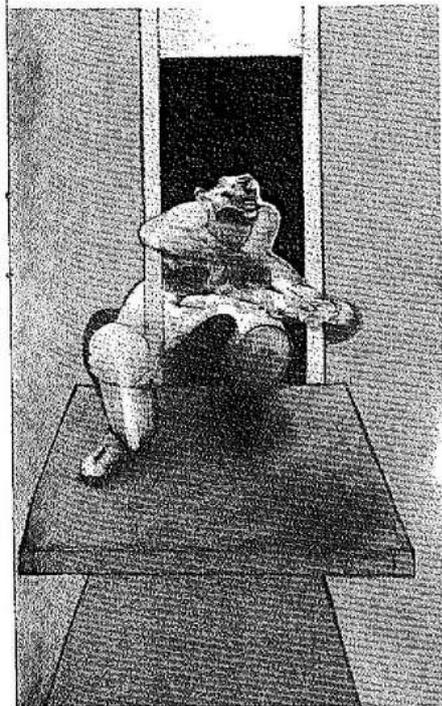
Desmoralizados aquellos ciudadanos responsables de cuya voluntad dependía el éxito de un sistema como éste, la posterior aparición de funcionarios oficiales encargados de la persecución, culminó con el desmoronamiento de un sistema que había sabido ser la gloria de la República y que aprendió a transformarse en un modelo de aplicación histórica.

Tres casos pueden resultar paradigmáticos del auge de la denuncia en la Argentina:

1. Un pequeño arrollado por un auto; una persecución policial que no se inicia y un reclamo a un noticiero. Dos testigos para una cámara que no lo fueron para una comisaría y una serie de notas que culminan con un *identikit* del conductor y el ataúd para la familia pagado por un diario sensacionalista.

2. Una alumna que amenaza de muerte a su profesora es encerrada en un instituto de menores. La madre conversa con el juez y opta por dirigirse a un noticiero televisivo. Con más repercusión que un *Habeas Corpus*, la noticia se expande y desestabiliza al juez represor que conviene con la alumna en una farsa de amistad en la que ambos se adulan mutuamente a cambio de la libertad de la menor. Aquel proveído judicial que parecía una decisión irrecurrible se vio sacudida por un debate entre acusadores de autoritarismo y quienes clamaban seguridad en las escuelas.

3. Usted denuncia, *Telefé investiga*, es el logo del noticiero vespertino del canal que se autodefine como más exitoso. La convocatoria, obviamente producto de su competencia con el Canal 9 -lugar originario de denuncias-, no hace más que reforzar y reconocer la definida tendencia a echar mano de los medios de comunicación como lugar de reclamo.



Los sostenedores ortodoxos de la teoría del Establecimiento de Agenda deben, al menos, cuestionarse los alcances de sus postulados (6). Las denuncias no conocen un común denominador y se abren en un abanico que alcanza a un semáforo descompuesto y a un asesinato impune que mancha el buen nombre de una familia patricia de una lejana provincia cercana a la del Presidente.

Revisar las causas del auge resulta imposible, azaroso, aleatorio, si no partimos de la base de la dislocación genérica que domina todos los comportamientos sociales que están teniendo lugar en estas pampas.

Revisar esa dislocación resulta imposible, irresponsable y un gran delirio, si quien lo quiere hacer es quien escribe este artículo.

Sin embargo, sí es factible alcanzar algunas conclusiones apresuradas en lo que se refiere a la denuncia popular como el mecanismo procesal elegido por la Justicia Mediática para dar inicio a su proceso: la denuncia popular ante el tribunal de los medios aparece como el único mecanismo idóneo para sentirse y verse escuchados (y la interpretación literal de estos verbos no debe ser descartada de antemano en una sociedad sometida al autoritarismo del símbolo icónico y la pantalla). ¿Es lícito entender la visibilidad televisiva como una respuesta al ostracismo judicial? Esta pregunta encierra un enfrentamiento entre ambos procesos que tampoco debe darse por supuesto, pero, en una cadena de sucesivas pérdidas de representaciones, el reclamo televisivo (7) puede ser visto como un pedido de auxilio.

Las coincidencias ("felices" podrán decir algunos) con el desarrollo de la acusación popular en la Roma antigua no son pocas. Por un lado, el paulatino establecimiento de este tipo de procesos "populares" que nacen con una denuncia pública de algún particular. Estos procesos surgen excepcionalmente, como una forma de saldar un desfase temporal; sin embargo, el éxito obtenido provoca un lento pero continuo recorrido que conlleva el reconocimiento del procedimiento como tal.

Del mismo modo, este denuncia desemboca en la conformación de un tribunal ajeno a la potestad jurisdiccional del Estado que queda integrado por jueces no necesariamente adiestrados para cumplir con esa función. Es la **sentencia de los legos**. Consecuentemente, se comienza a percibir una mayor participación en la aplicación de Justicia; es la **sociabilización del poder jurisdiccional**, el ejercicio cotidiano de mi derecho al reclamo.

El Estado pierde relevancia como definidor de los conflictos intersubjetivos y la selección de los casos a ser perseguidos es determinada por quien reclama. Es el perjuicio causado por el delito el que determinará el establecimiento o no del proceso, la elección por el daño social acarreado pero con una cuantificación del daño testado por quien lo sufre y no por un Estado omnicompreensivo.

Es cierto que a estas tesis se les puede contraponer la conformación de lobbies económicos que alcanzan la casi totalidad de la propiedad de los medios de comunicación; por lo tanto, es necesaria una diferenciación: en muchos casos los intereses de cada empresa periodística en particular o los que provengan de su calidad común de propietarios de los medios van a dar lugar a denuncias manipuladas y silencios cómplices; sin embargo, no creo que pueda de ello inferirse que cualquier medio se maneja discrecionalmente, a partir de intereses propios, en la determinación de las denuncias a aceptar. Esto, fundamentalmente, porque sus intereses particulares están sometidos por la necesidad de la respuesta masiva, la que, en muchos casos, depende de la identificación de quien escucha con quien protesta. En estos últimos tiempos, por ejemplo, hemos sido testigos, en Buenos Aires, de la pérdida de mercado que puede significar el no denunciar lo que otros publicitan (léase: fenómeno Página 12). Además, tampoco es posible obviar las luchas internas entre los distintos medios y aun dentro de uno mismo: los medios de comunicación social no son una sola cosa con límites precisos y un objetivo definido, son un conjunto amorfo de partes que se enfrentan y acompañan.

El sistema de enjuiciamiento acusatorio ha sido descrito por Maier de acuerdo a las siguientes pautas:

- I. La jurisdicción penal reside en tribunales populares, en ocasiones verdaderas asambleas del pueblo o colegios judiciales constituidos por un gran número de ciudadanos.
- II. La persecución penal se coloca en manos de una persona física (no de un órgano del Estado), el acusador.
- III. El acusado es un sujeto de derechos colocado en una posición de igualdad con el acusador.
- IV. El procedimiento, en lo fundamental, consiste en un debate (a veces un combate) público, oral, continuo y contradictorio.
- V. En la valoración de la prueba impera el sistema de la íntima convicción, conforme al cual los jueces deciden, votando sin sujeción a regla alguna que establezca el valor probatorio de los medios de prueba y sin exteriorizar los fundamentos de su voto.
- VI. La sentencia es el resultado del escrutinio de los votos según una mayoría determinada" (8).

¿Qué decir del procedimiento de la Justicia Mediática sino que reúne todas las características del sistema acusatorio? Se puede objetar, y ciertamente debe hacerse, que todas aquellas cualidades se han visto parcialmente trastocadas en su versión moderna, pero estas modificaciones son consecuencia de la necesaria adaptación de un viejo esquema a un nuevo contexto.

¿Cuál es el ámbito de lo popular(9) y lo público (en el sentido de publicidad de los acontecimientos) sino los medios de comunicación social? ¿No es acaso una

asamblea popular aquella que se produce cuando para sostener un determinado punto de vista por demás discutido, distintos periodistas obligan a expresarse a un sinnúmero de deambuladores sobre alguna cuestión de trascendencia? ¿En base a qué sería lícito suponer que la participación de los ilustres desconocidos era más representativa en aquellas originarias asambleas?

Al mismo tiempo, el acusador arriesga su imagen (y ahora sí no solo en sentido literal) en su compromiso por poder demostrar la denuncia que realiza; sobre él recae, en otra vuelta de la historia, la necesidad de investigar. A la vez que el acusado, sujeto igual al acusador, puede defenderse con todas sus armas y discutir, de igual a igual, las pruebas elevadas al tribunal. Probanzas que, por otra parte, serán medidas a partir de la íntima convicción del periodista de mayor credibilidad.

En lo que se refiere a la necesidad del debate público, oral, continuo y contradictorio, resulta obvio que ningún juicio puede doblegar, al momento de competir por la concurrencia de todos estos elementos, al "espectáculo televisivo".

Párrafo aparte merece una sentencia determinada por mayoría. Si bien resulta imposible una debida cuantificación de cada uno de los votos emitidos en un proceso mediático, en ningún caso la condena dependerá de una voz solitaria que se alce con un culpable. Al margen de la posibilidad cierta que ello ocurra, la condena "mediática" no dependerá de ese "juez" sino del reconocimiento de esa sentencia que hagan sus pares. Esto es, la necesidad de lograr un cierto consenso (que reemplazaría a la mayoría clásica) para la determinación de una culpabilidad.



Pero está el logo de Canal 11: Usted denuncia, Telefé Investiga. La investigación en manos de un órgano dedicado a ella (aunque todavía no un ente exclusivamente con esta función). Es el germen de la persecución oficial, todavía dependiente de instancia privada pero, ¿qué nos hace creer que la investigación de oficio no está empezando ya a tener lugar? ¿No es éste un sitio a mitad de camino entre la denuncia particular y aquella sometida a los designios de los propietarios de los medios?

¿Es el Canal del lugar del reclamo o una nueva embestida de una novísima oficialidad que intenta desplazar de su lugar a la persecución privada? Apoyándonos en la celeridad que domina los cambios en una sociedad post-industrial, podemos temer que el auge del sistema acusatorio en la Justicia Mediática haya sido aún más efímero de lo que podíamos esperar. O podemos ser más optimistas.

Mientras tanto, la utilización del proceso de enjuiciamiento penal (aunque todo lo que aquí se ha dicho no alcanza solamente a este tipo de ilegalidades ya que la Justicia Mediática no reconoce, por ahora, separación de fueros por materia) como el termómetro que mide el grado de autoritarismo o democracia que rige una determinada sociedad en un momento dado, pueda tal vez darnos algunas pautas del sistema político en el que nos toca vivir.

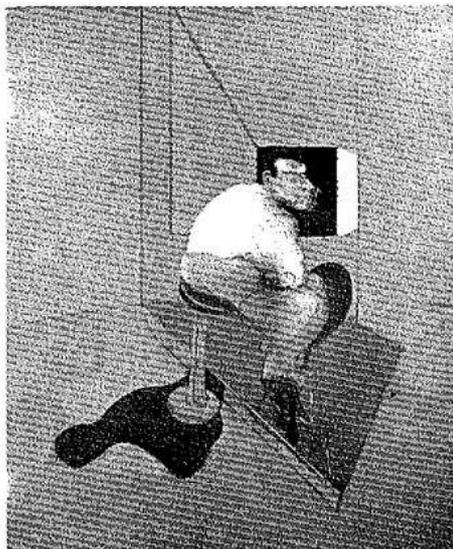
En la vieja Roma, la utilización moderada y responsable de la denuncia fue uno de los elementos constitutivos de la República. Inversamente, la malversación de este mecanismo y la defraudación de los intereses populares puestos en él, convergieron en la consolidación del Imperio; en esta última etapa apareció el órgano oficial encargado de perseguir los delitos.

Queda también por determinar si el proceso político que se vive en los medios de comunicación social es hijo dilecto del que se vive entre los poderes del Estado o si la "política" de los *media* reserva para sí algún nivel de independencia. En este último caso, habrá que determinar si el procedimiento de la Justicia Mediática sirve para medir la estructura política imperante en los dos ámbitos o sólo en el plano en el que ella tiene lugar.

Es necesario, entonces, revisar signos, repasar hojas, destruir borradores y esbozar tendencias, pues la duda subsiste acerca de si, en la Argentina actual, la denuncia televisada es un requisito para el auge de la República o un ingrediente más de la consolidación del Imperio.

La pregunta es, una vez más, ¿hasta dónde es posible seguir estudiando en una sociedad mediatizada (es decir, acostumbrada a convivir con los medios de comunicación social) las estructuras políticas actuales a partir de esquemas, modelos o premisas, concebidos hace ya más de dos siglos para ser publicitados a través de una pujante imprenta de tipos móviles? ■

FIN



Notas

(1) Ver Peyrú, G. y Ciambelani, L., "Cuando la prensa cumple el rol de la justicia", en diario Clarín, 4 de febrero de 1992.

(2) Ante una descripción de este tipo puede parecer que se desconoce aquí las múltiples formas en las que pueden interaccionar los procesos judiciales y las noticias informativas sobre esos mismos procesos. Este parecer es, a la vez, cierto y errado. Errado, en tanto y en cuanto este artículo presupone tales vínculos a partir de una descripción como la que se realiza. Cierta, puesto que tales relaciones serán deliberadamente olvidadas y no se tendrán en cuenta de ningún modo al momento de definir hipótesis. Esta influencia mutua entre periodismo y Justicia es "harina de otro costal" ya que el aspecto que aquí se quiere describir es la independencia del proceso periodístico en tanto tal sin que sea relevante la proyección del tratamiento periodístico en el expediente judicial.

(3) No puedo dejar de recordar a esta altura de la argumentación los dichos de Nils Christie al momento de reflexionar sobre el sin sentido de la condena a muerte de los jefes nazis:

"Cinco millones de seres humanos, muertos de hambre, torturados, ejecutados, puestos en la cámara de gas. Y luego la nuca quebrada de un comandante. Por supuesto, era correcto que se lo juzgara en una ceremonia importante y muy seria. Pero en cuanto al castigo, me parece obvio que una respuesta más digna para aquellos que murieron en el campo de concentración hubiera sido dejar que el comandante siguiera con vida".

"Si hubieran persistido fuertes razones para 'castigarlo', se le podría haber dicho: ¡qué vergüenza!"

Christie, Nils; "Las Imágenes del Hombre en el Derecho Penal Moderno", en El lenguaje libertario 2 (Filosofía de la protesta humana), Comp.: Christian Ferrer, Nordan Comunidad, p. 178.

(4) Solón citado por Plutarco en *Vidas paralelas*.

(5) Maier, Julio B.J., *Derecho Procesal Penal Argentino*, p. 49, Hammurabi, Buenos Aires, 1989.

(6) Sintéticamente explicada, esta teoría sostiene que los medios de comunicación social no nos dicen qué debemos pensar pero sí en qué temas.

(7) En este artículo, "reclamo televisivo" o, más precisamente, "denuncia televisada" se utilizan como formas de englobar todas aquellas maneras de denunciar que puedan tener lugar en cualquier medio de comunicación social. Del mismo modo, en muchos casos lo televisivo se utilizará como paradigma de lo mass-mediático.

(8) Maier, op. cit., pp. 206 y sgtes.

(9) En esta enumeración de "lo popular" se deja de lado la discusión acerca de si los medios de comunicación recogen lo popular y lo mediatizan, o si imponen como popular aquello que ellos definen como tal, ya que la misma ambigua interacción, dominación, falsificación o imposición puede darse respecto de un tribunal que se autocalifica como popular.

LA APUESTA

El siglo XX está llegando a su fin. Era inevitable, entonces, que, como ocurriera en las postrimerías del siglo X, aparecieran los nuevos "mileneristas", profetas del "fin de la historia", jueces de un juicio final terreno, pastores de multitudinarios rebaños dóciles, domesticados por miríadas de aparatos de T.V. Como los leprosos y mendicantes de antaño, un silencioso mar de cirujas, "cartoneros", niños de la calle, marginales, desocupados, indocumentados, villeros, cuenta-propistas, lame las orillas de una urbe opulenta, despilfarradora, que concurre devotamente a los "shoppings" y reverencia ídolos de plástico rellenos de chips. No faltan ni siquiera las plagas: SIDA, Cólera, Sarampión, Paludismo.

Las corporaciones hoy, como las sectas y las congregaciones de antaño, discuten en palacio con la nobleza del poder los términos de una alianza siempre precaria, pero siempre triunfante. La ciencia pura, la investigación abstracta, es mirada con desconfianza, mientras que los alquimistas, proveedores de juguetes prácticos, gozan de los favores de los mecenas. Los filósofos sociales deben dar gracias si escapan de las hogueras.

¿Habrá un nuevo renacimiento humanista o, esta vez, el fin de la historia será verdaderamente el fin de la historia? Como en el célebre argumento de la "apuesta" de Pascal, si apostamos a la fe, y perdemos, no perdemos nada, y, si ganamos, ganamos todo (1). Hay que juntar nuestras posesiones, entonces, y ponerlas sobre el tapete.

EL IRRACIONALISMO

El intelectual teme al irracionalismo en la misma proporción en que reverencia a la racionalidad. El temor al irracionalismo es, valga la paradoja, también una irracionalidad. Porque la irracionalidad tiene (y sigue la paradoja) sus razones. Si no se analizan éstas, no puede superarse válidamente a aquella.

Para el racionalista la irracionalidad es solamente la ausencia de razón. Si la razón es la luz, la irracionalidad es la oscuridad. Si aquella la vigilia, ésta el sueño. Y, como en el grabado goyesco, el sueño de la razón produce monstruos.

El irracionalista, por su parte, cree que hay cosas que pueden ser conocidas, aunque no lógicamente. Más aún, en última instancia, que nada puede ser conocido solamente mediante las reglas lógicas. Con lo cual, si bien se aleja de Aristóteles, en esto no se diferencia de los lógicos formales. Sólo que mientras el lógico se resigna a su impotencia, el irracionalista asoma la cabeza por encima de la tapia del fondo tratando de ver algo más allá. Y, a veces, salta.

La irracionalidad puede ser pasiva, resignada, inerte, y entonces deviene en el escepticismo y en la ataraxia, o sea, la paz que se obtiene cuando se suprimen las pasiones. Cuando la irracionalidad es activa, reconoce el nombre de voluntarismo. El "yo pienso" cartesiano se reemplaza por el "yo quiero" nietzschiano. En la modernidad racionalista, el voluntarismo es asumido como un disvalor, en su versión "soft", como sinónimo de ingenuidad o candidez, en la "hard", como fundamento de despotismos y arbitrariedades.

El irracionalismo, en sus dos versiones, es hijo del desencanto y padre, muchas veces, de la violencia. La responsabilidad de los irracionalistas no debe buscarse, entonces, en la progenie sino en la prole. Aunque lo mismo cabría decir del racionalismo, hijo de la rebelión y padre, en ocasiones, de la hipocresía.

LA POSTMODERNIDAD

La postmodernidad es, en primer lugar, una moda. Es decir, algo que alguien crea y que muchos usan sin saber de qué se trata. La postmodernidad representa una forma de no racionalismo, quizás equidistante tanto del racionalismo cuanto del irracionalismo. Esa moda se llamó, entre la primera y la segunda postguerra, "existencialismo", y constituyó una variante del voluntarismo. "Sería inútil asombrarse -escribe Camus- de la paradoja aparente que lleva al pensamiento a su propia negación por los caminos opuestos de la razón humillada y de la razón triunfante. Del dios abstracto de Husserl al dios fulgurante de Kierkegaard no hay mucha distancia. La razón y lo irracional llevan a la misma predicación. Es que, en verdad, el camino importa poco y la voluntad de llegar basta para todo" (2).

Como se trasluce del pasaje transcrito, el desencanto se dirige ahora tanto contra el encantamiento de la razón como contra el desencantamiento opuesto. A la "filosofía del absurdo" acuñada por el existencialismo siguieron, con el devenir del siglo, otros paradigmas igualmente iconoclastas. Por no nombrar sino algunos, podemos mencionar al "anarquismo epistemológico" de Paul Feyerabend, y la "teoría del poder" de Michel Foucault.

Feyerabend considera ingenuo adoptar la idea de un método único, fijo, basado en principios rectores para fundamentar un conocimiento "verdadero", ingenuidad que proviene del deseo de seguridad intelectual y del enamoramiento con lo claro y preciso. El único principio que su metodología anarquista está dispuesto a sostener es el "todo vale" del que deriva el sub-principio de proliferación: "inventar y elaborar teorías que sean inconsistentes con el punto de vista comúnmente aceptado, aun en el supuesto de que éste venga altamente confirmado y goce de general aceptación" (3).

Para Foucault, por su parte, es preciso acabar con el mito platónico que tornaba irreconciliable al saber con el poder, ya que "detrás de todo saber y conocimiento lo que está en juego es una lucha de poder" y que "las condiciones políticas y económicas de existencia no son un velo o un obstáculo para el sujeto de conocimiento, sino aquello a través de lo cual se forman los sujetos de conocimiento y, en consecuencia, las relaciones de verdad" (4).

La no racionalidad lleva implícita una paradoja esencial: la crítica de la racionalidad mediante la misma racionalidad. Paradoja ineludible, puesto que lo no paradójico sería el silencio, como Cratilo, o el discurso demencial, como en cierta literatura del "non sense".

Es por ello que cierta filosofía, cuando va más allá de la crítica, deviene una estética, como ocurre con Adorno. La estética tiene otras reglas, más ligada a lo histórico que a lo racional abstracto, más dependiente de lo inductivo que de lo deductivo. La crítica estética no puede sino surgir de una historia del arte. Aun en el caso de juzgar a un arte de vanguardia, que rompa con lo comúnmente aceptado, si no se trata de un juicio puramente emotivo, con base en la plena subjetividad del solipsismo (me gusta - no me gusta), tiene que recurrir a algún valor previo, quizá secundario, quizá no explicitado, pero de raigambre histórica. Cuando apareció el atonalismo en la música, v.gr., ¿cómo sostener que "eso" no eran simplemente ruidos, sino una nueva manera de armonizar los sonidos? Y lo mismo cabría decir de toda nueva escuela, de toda revolución. Ese arte de vanguardia, por su parte, necesitará también referenciarse con su historia contemporánea (cierta crítica favorable, aceptación en los salones o por las editoriales, respuesta de público, etc.) para adquirir una vigencia trascendente.

DERECHO: EL SISTEMA COMO UTOPIA Reflexiones en torno a Luhmann y otros temas

Por Eduardo Angel Russo

LA UTOPIA

Las utopías tuvieron su gloria en la premodernidad (Platón, Moro, Campanella, San Agustín, Fourier) y cayeron en desgracia frente a la racionalidad moderna, y su correlato, el positivismo científico. "Utópico" pasó a ser un adjetivo peyorativo, con igual alcance que la voz "voluntarismo" ya analizada.

Las postmodernidad parece ser, entre otras cosas, el lugar para las nuevas utopías. Desde el antológico "mayo francés", pedir lo imposible se tiene por una forma de hacer que lo imposible sea real.

La utopía no es sino, en última instancia, un modo de proyectar, de pensar el futuro, más allá de los límites de la ciencia positiva y de la lógica formal. El discurso de la utopía es, por ello, un discurso ético. Pero no un discurso ético de justificación, sino un discurso ético de compromiso. La utopía es, entonces, una ética del cambio, una ética de lo nuevo. "Lo que se siente como utopía —dice Adorno— es sólo la negación de lo existente y depende de ello... Ni la teoría ni el arte mismo pueden hacer concreta la utopía, ni siquiera en forma negativa. Lo nuevo nos ofrece una enigmática imagen del hundimiento absoluto y sólo por medio de su absoluta negatividad puede el arte expresar lo inexpressable" (5).

El presente, lo dado, nos enfrenta a una bifurcación: el camino conocido, invariable, recurrente como un tiovivo, el final de la historia, o, siquiera como hipótesis desesperada, la utopía. Por ello, concluye Adorno, que "el tabú del final de la historia es la única legitimación de la presencia de lo nuevo como objeto de sí mismo, presencia en la que lo nuevo se compromete de forma práctico-política". El final de la historia, como un "más de lo mismo" resignado o complaciente, abre el desafío de lo nuevo, como delirio febril o como lúcida esperanza.

EL DERECHO ALTERNATIVO

Lo "nuevo" en la teoría jurídica comenzó a partir de la crítica a la teoría oficial, a la dogmática formal acuñada sobre el modelo napoleónico, a la racionalidad deductiva de las teorías sobre el sistema jurídico como un todo hermético y autosuficiente. La crisis del modelo se vislumbró en tres frentes: a) Las contradicciones internas (lagunas, abuso del derecho, vigencia de preceptos inconstitucionales, carácter no lógico-formal de las normas derogatorias, etc.); b) La paradójica incapacidad para dar cuenta de ciertos fenómenos cotidianos (movimientos sociales, emergencias económicas, desobediencia civil, objeción de conciencia, función creadora de los jueces, etc.), y c) La supuesta neutralidad valorativa ajena a los problemas éticos de la tradición iusfilosófica (legitimidad, justificación de las formas de gobierno, justificación del monopolio del uso de la fuerza y del castigo, vigencia de los derechos humanos, etc.).

El segundo paso, encaminado a sentar las bases de la utopía, propone la discusión de una nueva problemática metodológica (redefinición de una nueva racionalidad, de un sujeto de derecho histórico); pedagógica (a partir de la relación saber-poder); sociológica (reconocimiento de "fuentes" de un derecho espontáneo) y ética (entendida como política de liberación) (6).

Pero, debe reconocerse, en este estado de su desarrollo, aun cuando la crítica se autocalifique como un nuevo estatuto epistemológico, no ha superado —ni se vislumbra que pueda hacerlo a corto plazo— el nivel del pensar problemático, riquísimo en sus connotaciones y en sus propuestas, trascendente en su función desmitificadora, motivador y desafiante en el debate académico, pero incompleto e inorgánico para alcanzar el rango teórico indispensable a fin de postularse como un modelo alternativo al dominante.

LA RACIONALIDAD TELEOLÓGICA

En la moral kantiana, la racionalidad queda reservada a la discusión sobre los medios, y excluida respecto de los fines, en cuanto tales. El juicio de valor sobre un fin, no puede ser sino categórico, puesto que si estuviese sujeto a condición seguiría siendo una moral instrumental, relativa, minusválida.

Toda teleología, entonces, sería un "porque sí", una última palabra, un "lo toma o lo deja", y, por ello mismo, algo no racional, no deductible de otros principios. Sin embargo, en este siglo se registran algunos intentos de construir una fundamentación medianamente racional para esos fines últimos, supremos, no derivables. Uno de ellos lo presenta Niklas Luhmann, un jurista pasado a las filas de los sociólogos. La obra de este autor reconoce tres influencias básicas, sin que ello menoscabe la originalidad de su enfoque. En primer lugar, la escuela de Frankfurt (Horkheimer, Adorno, Benjamin, primer Fromm, Marcuse) y ese revisionismo filosófico que se dió en llamar "teoría crítica". Pero en lugar de renunciar al "todo" y refugiarse melancólicamente en la estética o en el psicoanálisis, pretende la construcción de una teoría sociológica unitaria, aclarando que "el reclamo de universalidad de la teoría sólo significa que la teoría busca tener en cuenta la unidad de la asignatura... No reside allí el muy distinto reclamo de exclusividad, de autenticidad exclusiva, de verdad absoluta... La capacidad crítica es y seguirá siendo un elemento esencial de la teoría científica" (7).

La segunda influencia destacable está representada por su contacto con Talcott Parsons, el sociólogo

que supo construir una sociología sistémica de colosales proporciones, y con el cual comparte la idea general de que las acciones individuales sólo adquieren sentido en relación al sistema de que forman parte. Pero disiente con éste, dado que Parsons, a la inversa de Luhmann, privilegia la estructura de un sistema por sobre su función.

Finalmente, debe computarse el aporte de la Teoría General de Sistemas (von Bertalanffy, Ashby, Klir) de la cual señala, sin embargo, que en el estado actual de las investigaciones "no puede presentarse como un conjunto consolidado de conceptos básicos, axiomas y proposiciones derivadas", sirviendo "como denominación común para las investigaciones más diversas" (8).

Con este tríptico conceptual —Teoría Crítica, Sociología Sistémica, Teoría General de Sistemas— como telón de fondo, Luhmann encara una renovación de la tradición filosófica occidental, tanto en el pensar problemático cuanto en el sistemático, y en ese sentido, con todo lo polémico que entraña, el aporte de este autor debe inscribirse en la temática de los nuevos paradigmas que inaugura Kuhn y en la cual ocupan un lugar destacado los trabajos de Prigogine y Stengers (9).

Para Luhmann "el concepto de sistema significa algo que realmente es un sistema" y no un "simple método de interpretación de la realidad". La consecuencia de esto es que la teoría sistémica no puede ser, para este autor, sino "una teoría de sistemas autorreferentes", dado que, si el sistema es una realidad empírica, que algo sea o no un sistema está determinado por el mismo objeto, y no por la iluminación racional de la teoría.

El sistema que se postula se define, en esta línea de pensamiento, no por el "orden" de los elementos que lo componen (como ocurre en el concepto tradicional) sino como una reducción de la complejidad imperante en su entorno. Por ello, el sistema aparece como un determinante de sentidos, como un mecanismo de selección que se vincula con la finalidad del sistema. Un dato "real", que en el entorno posee una polisemia infinita y, por ello, inaprehensible, resulta significativo por su incorporación dentro del sistema en cuestión, merced al rescate de algunos sentidos privilegiados en relación con el todo. Una conducta humana, que en sí misma tendrá tantas significaciones como observadores puedan contemplarla, se transformará en una conducta social o antisocial, jurídica o antijurídica, económica o antieconómica, según contribuya o no con la función que se le reconozca al sistema del cual forma parte. Entre el dato, por ejemplo las relaciones sociales, y el sistema considerado como un todo, habrá entonces una interacción dinámica, una recíproca definición, sin que pueda referirse a la tradicional subordinación lineal de los medios a los fines. De ahí que, la autoreferencia, pecado en los sistemas racionales deductivos, pase a ser virtud en el proyecto de Luhmann.

"Los sistemas sociales —explica— mediante su sentido constituyen simultáneamente sus límites y sus posibilidades de atribución de acciones. Esta atribución no necesita ser exclusiva. Un empleado que come su emparedado en el trabajo actúa en el sistema de la administración estatal y también en el sistema de su familia" (10). Pero ambos sistemas se mantienen independientes entre sí, y el mismo acto adquiere diferentes sentidos en los diferentes sistemas.

Por último, la noción de autorreferencia se completa, casi ineludiblemente, con la de "autopoiesis", que nombra a la aptitud de los sistemas de constituir los propios elementos que lo integran, y esos elementos, en el sistema social, no son seres humanos sino comunicaciones. La sociedad, entonces, aparece como un sistema autorreferente y autopoietico de comunicaciones, esto es, cuyo sentido es dado por el propio sistema, y que representa una necesaria reducción de la complejidad de su entorno.

LO INSENSATO

El físico Niels Bohr era un bromista. En una oportunidad afirmó que "todo es posible a condición de ser lo suficientemente insensato". La paradoja, valga la paradoja, no es insensata. En términos no paradójales, quiere decir que aquello que hoy nos parece insensato es, sin embargo, posible. En otras palabras, que la utopía es posible. Esto no es una verdad absoluta, sino una actitud, una apuesta. Actitud y apuesta que es motor de la ciencia. La actitud del primer hombre que levantó los ojos al cielo estrellado y no vió sólo estrellas sino también constelaciones de caprichosos dibujos, que no se conformó con el absurdo de individuos azarosamente distribuidos e incommunicados, librados a su suerte, sino que soñó la utopía del sistema, la utopía, en fin, del sentido de las cosas. ■

NOTAS

1. "...es preciso apostar. Esto no es voluntario; es habéis embarcado en ello. Qué partido tomaremos?" Pascal, "Pensamientos" 451.
2. Albert Camus "El mito de Sísifo", Losada, Bs. Aires, 1982, pág. 57.
3. Paul K. Feyerabend "Contra el método", Ariel, Barcelona, 1981, pág. 24.
4. Michel Foucault "La verdad y las formas jurídicas", Gedisa, Barcelona, págs. 39 y 52.
5. Esta cita y las siguientes pertenecen a Theodor W. Adorno, "Teoría Estética", Ed. Orbis, Madrid, 1983, pág. 51.
6. Antonio Carlos Volkmer "Contribución para proyecto de jurisdicción alternativa" y Horacio Wanderlei Rodrigues "Por un ensayo alternativo do direito. Manifesto preliminar", en "Licoes de Direito Alternativo", Ed. Academica, Sao Paulo, 1991, págs. 28 y 143. José Eduardo Faria y Celso Fernandes Campilongo "Asociología jurídica no Brasil", Sergio Antonio Fabris Ed., Porto Alegre, 1991. Gonzalo O. Fernandez "A la búsqueda de una teoría crítica del Derecho", en "Derecho Penal y Derechos Humanos", Ed. Trilce, Montevideo, 1988, pág. 32.
7. Niklas Luhmann "Ilustración sociológica y otros ensayos", Sur, Bs. Aires, 1973, pág. 139/40.
8. Niklas Luhmann "Sistema y Función", en "Sociedad sistema: la ambición de la teoría", Ed. Paidós, Barcelona, 1990, pág. 49.
9. Ilya Prigogine e Isabelle Stengers "Entre el tiempo y la eternidad", Alianza, Madrid, 1990.
10. Niklas Luhmann "Ilustración...", pág. 47. Ver también N. Luhmann "Fin y Racionalidad en los sistemas", Ed. Nacional, Madrid, 1983.

NO HAY

"Miren todos, ellos solos pueden más que el amor y son más fuertes que el Olimpo." (1)

En las calles hay chicos; en las cárceles para niños y adolescentes —eufemísticamente institutos—, hay menores.

Esta diferencia terminológica no se agota en los significantes; por el contrario, tiene relevantes consecuencias en el plano de los significados. Un análisis del particular que ignore esta cuestión está condenado al fracaso.

Así, pues, estamos en presencia de un mismo sujeto social sobre el que en algún momento se produjo un corte, que determinó dos formas diferentes de referirse a él: una reconociéndolo como tal (chico, niño, joven, adolescente), otra negándole tal carácter, objetualizándolo (menor).

Para explicar ese corte es posible recurrir al análisis histórico, que permitió hace ya algunas décadas mostrar al sistema penal como una invención coyuntural, fuertemente determinada por la organización productiva de los Estados modernos, y que, por lo tanto, puede desaparecer tan pronto como se torne inútil para cumplir con las "funciones" tácitas y/o declaradas que tiene asignadas en nuestras sociedades. (2)

Este tipo de análisis, aplicado a la niñez, produjo resultados similares, derribando "las tesis de la criminología positivista que vinculan la categoría niñez a determinadas características de la evolución biológica", al presentarla "como el resultado de una compleja construcción social que responde, tanto a condicionantes de carácter estructural cuanto a sucesivas revoluciones en el plano de los sentimientos." (3)

Quien llevó adelante una obra ya clásica este análisis fue Philippe Ariès. Su tesis central consistió en demostrar que en las sociedades tradicionales y hasta prácticamente mediados del siglo XVI, la infancia —tal como la concebimos actualmente— no existió, teniendo lugar en cambio una etapa de dependencia física completa, después de la cual se pasaba al mundo de los adultos, sin escalas. (4)

Para él, la inexistencia de la infancia en el arte medieval no puede explicarse como un error o una distracción de los artistas. "Utilizando la pintura de la época como documento cuya importancia no puede despreciarse, el siglo XVII muestra una inversión de tendencia representada por el retrato de la familia que se organiza ya en torno al niño. En este proceso de descubrimiento/invencción de la niñez, la vergüenza y el orden constituyen dos sentimientos de carácter contrapuesto, que ayudan a modelar un sujeto a quien la escuela dará forma definitiva. La escuela, organizada bajo tres principios fundamentales: vigilancia permanente, obligación de denunciar e imposición de penas corporales, cumplirá conjuntamente con la familia la doble tarea de prolongar el período de la niñez, arrancándola del mundo de los adultos. Es el nacimiento de una nueva categoría." (5)

Con la Revolución Industrial, se sumó a la escuela como institución de control social "informal" de niños y adolescentes (6), la fábrica (7). Y comenzaron a aparecer en las ciudades algunos pequeños (por edad, por tamaño) sujetos cuyos aspectos y actitudes (que, por cierto, conviene recordarlo, no vulneraban ley penal alguna, tal como ocurre en los tiempos que corren) preocupaban a determinados sectores de la sociedad de la época: los que van a integrar la llamada niñez abandonada/delincuente, términos que a partir de entonces se convirtieron en sinónimos.

Conviene recordar a esta altura que este proceso tuvo lugar durante la hegemonía del positivismo criminológico que sirvió de base de sustentación para la implementación de severas políticas de defensa social, cuyas consecuencias se extienden aún en el presente. (8)

Ello puede observarse en todos los documentos de la época, que ponen de manifiesto la necesidad de salvaguardar la integridad de los niños como medio subordinado a proteger a la sociedad de futuros delincuentes. (9)

Aparecen entonces los "Salvadores del Niño", los que van a "inventar la delincuencia". (10)

Tal es el nombre con el que se conoce a un movimiento encabezado por hombres y mujeres de acomodada posición social quienes, inquietados por estas "peligrosas" presencias, llevaron adelante campañas de protección de la infancia abandonada, soste-

niendo, entre otras, la idea de la instrucción como entrenamiento previo a la disciplina industrial: "por el interés del orden público, de la libertad, de la propiedad, por nuestra propia salvación y por la duración de las instituciones libres que tenemos..." se proponía "una ley estricta y cuidadosa que obligue a todo menor a aprender a leer y escribir, con penas graves en caso de desobediencia". (11)

Es en este contexto que se produce el corte al que aludíamos al principio, corte decisivo en el control social de niños y adolescentes, en el que el Derecho va a actuar como cirujano. En 1899 se dicta la Juvenile Court Act, por la que se crea en Illinois el primer Tribunal de Menores.

Ha nacido de esta forma el control social formal específico (12) de niños y adolescentes: la justicia juvenil, los Institutos de Menores, los reformatorios.

"Se sientan de este modo las bases de una cultura estatal de la asistencia, que no puede proteger sin una previa clasificación de naturaleza patológica. Una protección que sólo se concibe en los marcos de las distintas variantes de la segregación y que por otra parte reconoce al niño, en el mejor de los casos, como objeto de la comprensión pero de ningún modo como sujeto de derechos" (13)

Este es el criterio predominante en las legislaciones de menores de los países de América Latina, las que, salvo algunas excepciones recientes, siguen rigiendo los destinos de niños y jóvenes del continente.

Así, en Argentina, en un contexto de febril xenofobia hacia los inmigrantes europeos "socialistas", "ácratas", "bolcheviques", que se refleja en los debates parlamentarios, se sancionó la primera ley específica de la niñez, de Patronato de Menores, el 21 de octubre de 1919.

Esta ley autoriza a los jueces en lo criminal y correccional a "disponer" del menor de 18 años que comparezca ante ellos si se encuentra material o moralmente abandonado o en peligro moral, disposición que incluye la "entrega" a un reformatorio público de menores. Aclara la ley que los jueces, cuando sobresean o aún absuelvan, podrán disponer del menor por tiempo indeterminado

Notas:

- 1) Fito Paez, 11 y 6, Album Giros (1985), Ed. MAI.
- 2) Cfr. Melossi, Dario y Pavarini, Massimo, *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario (siglos XVI-XIX)*, Siglo XXI, México, 1980 y Rusche, Georg y Kirchheimer, Otto, *Pena y estructura social*, Temis, Bogotá, 1984, entre otros.
- 3) García Méndez, Emilio, *Para una historia del control penal de la infancia. La informalidad de los mecanismos formales de control social*, en Revista Lecciones y Ensayos Nº 53, Astrea, Buenos Aires, 1989, pág. 43 y ss.
- 4) Ariès, Philippe, *El niño y la vida familiar en el antiguo régimen*, Taurus, Madrid, 1987.
- 5) García Méndez, Emilio, op. cit., pag. 49.
- 6) Para las ventajas y desventajas conceptuales de las distinciones entre control social formal e informal, ver la obra citada de Emilio García Méndez en su primera parte.
- 7) Foucault, Michel, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Editions Gallimard, Paris, 1985.
- 8) Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Política criminal latinoamericana*, Hammurabi, Buenos Aires, 1982, pág. 105.
- 9) García Méndez, Emilio, op. cit. pag. 54.
- 10) Platt, Anthony, *Los "Salvadores del Niño" o la invención de la delincuencia*, Siglo XXI, México, 1982.
- 11) Charles Loring Brace, *The Dangerous classes of New York and twenty year's work among them*, New York, Wynkoop and Hallenbeck, 1880, pag. 352, cit. por Platt, Anthony, op. cit.
- 12) Cfr. nota 6.
- 13) García Méndez, Emilio, op. cit., pág. 61.
- 14) Courtis, Christian, *Texto legal y función utópica. Acerca de la posibilidad de leer las constituciones y los pactos de derechos humanos como textos utópicos*, en Revista No hay Derecho, Nº 5 Año 2, fines de 1991.
- 15) Foucault, Michel, *Les mots et les choses*, Editions Gallimard, Paris, 1989, pág. 398.

MENORES DE LA CALLE

Por Mary Ana Beloff

y hasta los 21 años si se hallare en los mismos supuestos de abandono o peligro antes citados.

La ley entiende por abandono material o moral, o peligro moral, entre otros casos, la mendicidad o la vagancia por parte del menor, o que frecuente gente viciosa o de mal vivir; o que venda periódicos, publicaciones u objetos de cualquier naturaleza que fueren, en las calles o lugares públicos, o cuando en estos sitios ejerza oficios lejos de la vigilancia de sus padres o guardadores.

Posteriormente, la ley 22.278, modificada por la ley 22.803 (que sólo elevó el límite de edad para la inimputabilidad de 14 a 16 años), sancionadas ambas por el último gobierno militar, estableció que si de los estudios realizados al menor inimputable resultase que se halla abandonado, falto de asistencia, en peligro material o moral, o que presenta problemas de conducta, el juez dispondrá definitivamente de él.

Estas leyes fueron el instrumento eficaz, a su vez, durante años, con el que los sucesivos gobiernos suplieron la falta de políticas sociales que determinaron el aislamiento y la marginalidad de enormes sectores de la población. Con la crisis global del Estado, estas prácticas recurrentes a poner en lugar de políticas públicas, represión institucionalizada en normas penales inconstitucionales, han adquirido perfiles dramáticos, en especial a partir de los planes de ajuste implementados en los últimos tiempos.

La crisis generó en este terreno dos consecuencias, las que, no existiendo aún trabajos de campo que las hayan relevado en toda la región, se limitan a ser formuladas como hipótesis posibles.

Por un lado, el estado ha dejado de intervenir en políticas

públicas, pero también en políticas criminales tradicionales, tal como lo había venido haciendo a lo largo de todo el siglo. De donde los dispositivos específicos de control social formal de niños y jóvenes han sido desplazados por prácticas represivas mucho más brutales, tales como la eliminación física del enemigo —muertes de jóvenes en "enfrentamientos" con la policía— o directamente el exterminio —Escuadrones de la Muerte, en Brasil—

Por el otro, los otros, los sobrevivientes, pueblan en forma creciente, día a día, las calles de las ciudades latinoamericanas, realizando aquellas conductas por las que durante años fueron institucionalizados.

Lo dicen las autoridades del Consejo del Menor, y lo ratifican sus estadísticas: no estamos atravesando el período que evoca "Las Tumbas". Los Institutos, en particular los de la Capital Federal, están prácticamente despoblados. El discurso de los más altos funcionarios del organismo mencionado insiste en resaltar los efectos perversos del encierro, sus inconvenientes, sus fracasos.

El derecho y sus agentes, los que llevan adelante el "trabajo sucio" de la justicia, quedaron sin capacidad de respuesta frente al exceso de "demanda", gracias a la crisis.

En tanto, para que la esquizofrenia sea completa, se sancionó una nueva ley N° 23.849, que ratifica la Convención Internacional de los Derechos del Niño, y que rompe con el paradigma hegemónico que describimos—para el que los menores con objetos de compasión/tutela/represión—, al considerar a niños y adolescentes como sujetos plenos de derecho.

Esta ley, como nos tiene acostumbrados la jurisprudencia en nuestro país en materia de reconocimiento de garantías individuales y derechos humanos en general—salvo escasas y valiosas excepciones—, es letra muerta para los magistrados encargados de aplicarla, quienes la ignoran apelando al gastado argumento de las cláusulas programáticas en los tratados internacionales.

Menores porque había mayores que iban a cuidar, a proteger, a tutelarlos. Los: objetos directos. Menores no sujetos de derecho, inimputables, definidos por lo que no sabían, por lo que no tenían, por lo que no eran capaces de hacer. En eso convirtió el discurso y la práctica jurídicos a niños y jóvenes: en objetos directos de

custodia y represión, en menores.

Ahora no son menores los que viven y/o trabajan y/o aprenden en las calles. Son chicos. Los que desde los "Salvadores del Niño" se quiso esconder o readaptar, los otros, los excluidos y sin nombre, saltaron la pared. Son demasiados. El estado de bienestar se ha definitivamente derrumbado.

Una situación límite llevó a Brasil a legislar un Estatuto del Niño y del Adolescente acorde con la nueva doctrina de Protección Integral de la Infancia, protección no en el trágico sentido tradicional, sino partiendo del reconocimiento de los chicos como sujetos plenos de derecho, definidos en forma positiva, por lo que son, por lo que saben, por lo que tienen y son capaces.

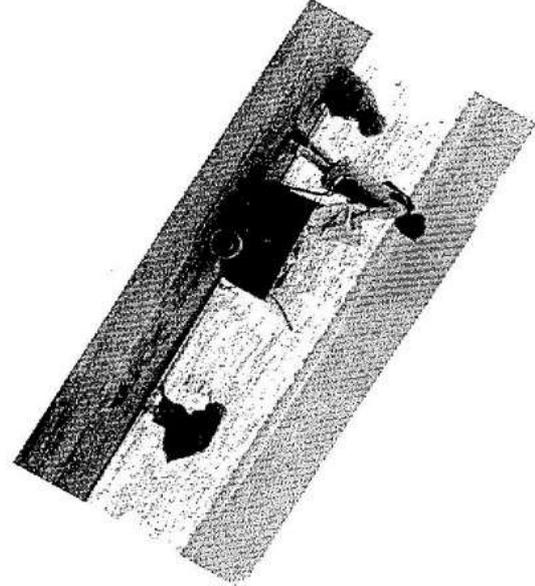
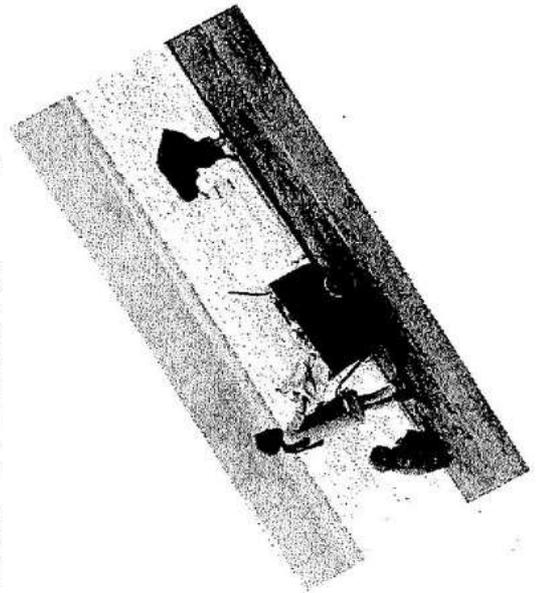
Esa es una posible respuesta. En Brasil no hay más menores: por imperio de la realidad, de los chicos mismos y de la sociedad en general.

La sociedad argentina sigue debatiéndose entre exigencias de más de los mismo (reconocidamente malo), y normas que son paradigmas de aquello de las funciones utópicas del texto legal.⁽¹⁴⁾ En algún momento tendrá que optar, en un sentido utilitarista, cuando la situación llegue a límites inmanejables—tal como ocurrió en Brasil—, salvo que tenga vocación suicida.

Mientras tanto, lo que Michel Foucault señalara respecto de la categoría hombre, puede ser aplicado a la categoría menores, también, quizás, como expresión de deseo, de este discurso que presentamos:

"El hombre es una invención de la que la arqueología de nuestro pensamiento muestra sin esfuerzo la fecha reciente. Y tal vez el próximo fin.

Si esas condiciones fueran a desaparecer así como aparecieron, si por alguna circunstancia de la que a lo sumo podemos presentir la posibilidad, pero de la que no conocemos aún por el momento ni la forma ni la promesa, ellas cayeran, ...entonces uno podría apostar a que el hombre se esfumará, como en el borde del mar un rostro de arena."⁽¹⁵⁾ ■



CARTA SOBRE MARXISMO Y CUESTION CRIMINAL

Querido Baratta:

A tu cortés y reiterada invitación a participar del debate sobre "marxismo y cuestión criminal" respondo en forma de carta, retomando sustancialmente los argumentos de una carta que te había escrito en marzo del año pasado en respuesta a una primera solicitud de tu parte. Por ahora no me siento en condiciones de escribir más que una carta, sobre todo después de haber leído la amplia intervención de Ferrajoli y Zolo, que en parte comparto (pero sólo en parte). Mi reticencia a extenderme demasiado tiene que ver también con el hecho de que quien haya seguido el reciente debate sobre "el marxismo y el estado" puede prever fácilmente mi reacción a vuestra propuesta de reconducir hacia el marxismo la "cuestión criminal".

Respecto al problema del estado he lamentado el abuso por parte de los marxistas tradicionales del principio de autoridad. Frente a la complejidad de los problemas y a la dificultad en resolverlos, siempre hay alguien que cree encontrar una solución diciendo "Vamos a ver qué cosa decía Marx". No niego la importancia histórica de Marx, como filósofo y como científico social. Pero el *ipse dixit* es un signo de las épocas de decadencia. He creído poder mostrar en algunos artículos respecto a los problemas de organización del estado contemporáneo, tanto en los países capitalistas como en los socialistas, que el único resultado de ir a ver qué cosa había dicho Marx en relación al estado ha sido el retraso de la teoría política del grupo de partidos que reivindican su vinculación con la clase obrera. No quisiera que este fuera también el único resultado de ir a ver qué cosa había dicho Marx en torno a la cuestión criminal. Tanto más cuando, si bien es cierto que Marx trató varias veces el problema del estado y la política - aunque nunca en escritos sistemáticos -, no me consta que haya dedicado al problema penal la misma atención. Y en consecuencia, me permito dudar de que frente a un problema gigantesco como el de la desviación y los remedios frente a la desviación, abordados desde hace un siglo por la sociología, la psicología, el psicoanálisis, la antropología, la biología y no se cuantas otras ciencias que se ocupan del hombre y que se suelen llamar ciencias humanas, los textos de Marx, que era ante todo un economista y un historiador, y aún antes un filósofo, puedan construir el nuevo "¡Abrete Sésamo!" de la criminología.

Confieso que no logro tampoco comprender bien qué significa "teoría materialista de la desviación". Si quiere decir que en el estudio de los comportamientos desviados es necesario tener en cuenta las condiciones materiales en las cuales actúa el sujeto desviado, desafío a encontrar un estudioso de la desviación que no esté de acuerdo. Si, en cambio, quiere decir que es necesario tener en cuenta **exclusivamente** las condiciones materiales, como podría revelar el párrafo en el cual contraponen enérgicamente su posición a aquella que llaman "idealista", temo que puedan terminar en aquella sobrevaloración de la base real sobre la superestructura que, por lo que concierne al problema de fondo de la relación entre estructura económica por un lado, e instituciones e ideología por otro, es condenada habitualmente en el mismo ámbito del marxismo como "economicismo".

No estoy defendiendo contra el materialismo al idealismo de los datos "universales". Los junaturalistas están de capa caída, y una polémica contra la eterna naturaleza humana corre el riesgo de estar desactualizada. Que cada sociedad tiene sus delitos específicos es obvio, y no es necesario ser marxista para admitirlo. Basta un poco de sentido histórico. Dicho

esto, es preciso evitar el error opuesto, es decir, considerar que "los fenómenos de la desviación y de la represión" deban ser interpretados como "aspectos específicos de la formación socio-económica del capitalismo avanzado". Una tesis de este tipo, que antes que nada es históricamente insostenible, tiene el único efecto de conducir a la deletérea consecuencia (deletérea digo, desde el punto de vista político) de creer y hacer creer que basta con eliminar el capitalismo para eliminar la desviación (algo parecido ha ocurrido ya con la teoría de la extinción del estado, y sería bueno no repetir el error a propósito de la extinción de la desviación). Creo, por el contrario, que la tarea de una revista de derecho y política criminal que quiera ser, como la vuestra, innovadora y científica a la vez (y aquí entiendo por "científica" lo opuesto de "ideológica"), debe ser la de estudiar los fenómenos de la desviación en el capitalismo no menos que los de otras formaciones económico-sociales (por ejemplo, los estados socialistas), realizar análisis comparativos lo más amplios posibles, lo más desprejuiciados, lo más libres de orientaciones ideológicas preconcebidas, en todo el curso de la historia y en los disjuntos países y regímenes. Tengo la impresión de que terminarán por encontrar constantes históricas (no hablamos de "universales") mucho más relevantes (y también instructivas) que lo que pueda pensarse desde la insistencia sobre la formación capitalista, insistencia, repito, que hace nacer la ilusión de que, desaparecido el capitalismo, no habrá más necesidad "ni de policía, ni de cárceles, ni de leyes, ni de decretos, ni de nada", como se lee en aquel áureo librito que es *El ABC del comunismo* de Bujarin (que cito en la traducción italiana de 1921, p. 81).

Quien intente comprender las subterráneas vibraciones de nuestro *Zeitgeist* debería estar al menos preocupado por lo contrario. Permítanme abandonarme por un momento al ejercicio de la imaginación perversa (ejercicio que creo, ante todo, saludable). Esta es, entonces, mi preocupación. Durante siglos se ha sostenido que el *proprium* del derecho era estar constituido principalmente por mandatos negativos (o por prohibiciones). Una de las filosofías más optimistas del optimista siglo XIX contenía la previsión de que la evolución del derecho consistiría en el paso de ordenamientos compuestos predominantemente por mandatos a ordenamientos compuestos predominantemente por prohibiciones. Esta idea (falsa) del derecho derivaba de la extensión a todo el campo del derecho de la característica tradicional del derecho penal, que ha tenido hasta ahora una función casi exclusivamente represiva (en el sentido de que su tarea principal es la de **impedir** comportamientos indeseables). ¿Podemos descartar que en una sociedad que atribuya cada vez más tareas al estado, tanto que a la función tradicionalmente represiva del derecho se va superponiendo cada vez en mayor medida la función promocional, el derecho penal también se transforme, pasando de un derecho sólo represivo a un derecho **también** constructivo, es decir un derecho que no se limite a impedir comportamientos indeseables sino que pretenda provocar comportamientos deseables, poniendo de tal modo en marcha un proceso de criminalización y, en consecuencia, de punición ya no sólo de actos comisivos (que constituyen las transgresiones a las prohibiciones) sino también de actos omisivos (que constituyen las transgresiones a los mandatos)?

Pensemos en una sociedad en la cual el trabajo de todos se vuelva cada vez más necesario para la supervivencia, y al mismo tiempo, a causa de la naturaleza alienante del propio trabajo, vaya difundiendo la ideología del "rechazo del trabajo". ¿Es realmente arbitrario prever que en tal sociedad el estado considere que esta contradicción se resuelve imponiendo la obligación del trabajo y, por qué no, el ausentismo, castigándolo por ejemplo con trabajo forzado? ¿Y por qué no postular la hipótesis de que la sociedad post-capitalista será de este tipo, más que de aquel previsto por Marx y los marxistas, es decir una sociedad en la que el derecho penal, en lugar de extinguirse, se extienda en cantidad y empeore en calidad?

Me doy perfectamente cuenta de que esto que te estoy contando, querido Baratta, se parece a una pesadilla nocturna. Pero en un célebre pasaje del noveno libro de la República Platón dice que uno de los rasgos característicos del tirano es cumplir cuando está despierto, y por tanto en la realidad, aun las acciones más atroces e inhumanas que para los comunes mortales constituyen apenas las materias de sus sueños. ¡Bendito el que cree que la especie de los tiranos se ha extinguido para siempre!

Con los más cordiales saludos,

Norberto Bobbio
Turín, 12 de junio de 1977.

DOBLE TRAICION DOBLE TRAICION

Por Fernando de Trazegnies G.

El Ilustrísimo Señor D. Bartolomé María de las Heras, Caballero Prelado Gran Cruz de las Reales Ordenes Españolas, del Consejo de Su Majestad, su Capellán de Honor, Dignísimo Arzobispo de Lima, concede quinientos días de indulgencia plenaria á todos los fieles que, confesando y comulgando, recen a Nuestra Señora del Rosario, con toda devoción, la siguiente oración:

Azángaro, Abril 27 de 1822

Adorada mujer,

En algunas horas seré fusilado por el delito de traición al Rey.

El Interventor de Correos retuvo la carta que envié a mi apreciado primo, el Teniente Coronel D. Manuel Camargo, y la entregó a la Comisión Militar de Potosí. Para mi desgracia, Camargo había sido fusilado unos días antes porque se le atribuyó que, durante una antigua visita a Lima, había escrito y pegado en las calles un cartel en el que, tomando el nombre del Arzobispo, se incitaba a la subversión. La Comisión Militar, después de haber leído con detención mi carta, la consideró sospechosa en tanto había estampado en ella una frase en la que le decía a mi primo que excedía a muchos en el honor y en el valor. Aun cuando se trataba de una mera galantería de mi parte para con un familiar a quien siempre he apreciado, fue entendida como un elogio encubierto a la audacia del famoso cartel, de cuya existencia no tenía la menor noticia antes de mi proceso. Por esta razón, el Interventor remitió mi carta al Jefe Político y Militar de Puno para que adoptara las medidas del caso. Tales medidas consistieron en detenerme de inmediato e imputarme el haber tomado partido con los revolucionarios de América en contra de las armas nacionales.

Fue inútil que explicara que, después de no haber tenido noticias durante mucho tiempo de mi predilecto primo, volví a saber de él. Me escribió desde Potosí y me contó que había viajado a Lima cuando todavía era Virrey D. Joaquín de la Pezuela, habiendo sentido mucha pena por el ambiente insurreccional y la corrupción que podía observarse en la ciudad capital, que hería su personal adición y amor al Rey, renovada cada día con mayor vigor. Es entonces ¿recuerdas? que envié saludos para mi madre, su tía, y para tí, amada Felipa. Ahora me entero de que fue después aprehendido en Potosí a pesar de su alto rango, bajo la acusación de haber fraguado mientras estuvo en Los Reyes ese cartel ofensivo e impropio de un hombre de bien.

¡Oh Soberana Virgen del Rosario, Madre y Señora Nuestra! Por las purísimas entrañas de tu sacrosantísimo Hijo, humildemente te suplicamos te dignes alcanzar del Padre Eterno la gracia de que cuanto antes se acabe esta guerra que padecemos, haciendo que dentro de breves días entre triunfante en esta Capital el Excelentísimo Señor D. José de San Martín, digno General en Jefe del Ejército que con tanta bondad nos ha traído al Perú para liberarnos...

He intentado probar que la frase que escribí no tiene significado político y que no expresa otra cosa que el afecto que sentía por mi primo. Presenté ante el Tribunal copia de una carta que había enviado unos días antes al Excelentísimo Señor Virrey D. José de la Serna para decirle que, en la inmensa variedad de accidentes que llama la guerra y la inestabilidad de la fortuna actual, ni la una ni la otra acobardan a quienes poseen las prendas de valor; y que el mismo alto honor a la milicia compromete a todos a entrar a una gloriosa defensa en obsequio de la buena causa del Rey. En esta misiva, le recordaba que todo el mundo sabe ahora quién es el Coronel Choquehuanca por los servicios que ha prestado al Rey, y que hasta Su Excelencia, el Virrey, ha oído mi nombre; porque -y aquí utilizaba la misma frase que referí a mi primo y que la Comisión Militar calificó de "misteriosa"- es voz general en la Provincia que mi persona, excediendo a unos en el honor y a otros en el ejemplo vivo de sus palabras, no ha perdido día ni momento en mantener una constante lealtad al mejor y más desgraciado Monarca, el Señor D. Fernando VII.

Y te pedimos, Señora, que jamás pierda el estúpido Pezuela ese don tan gracioso que la Providencia le ha dado para errarlo todo, a fin de que por sus bestialidades se aborre la sangre humana: Permite que el enamorado La Serna, el afrancesado Lavrrión, el misterioso Llanos, el sanguinario Monei, el salvaje desnaturalizado Landázuri, el chivato Vacaro, el tirano Cevallos, el cruel Rodil, el irresoluto Otermín, el picarón Valle Umbroso y en fin todos los Jefes y Oficiales de todos los cuerpos de esta Capital, abran los ojos y conozcan la justicia de la causa que sostiene San Martín por la Independencia del Perú y de toda la América, así como la han conocido ya muchos españoles de la misma España.

Me pusieron delante la misiva y, haciéndome jurar por la Cruz de mi espada y dar mi palabra de honor de que decía la verdad, me preguntaron si reconocía su firma y su contenido. Conesté que la firma era mía y que el contenido había sido dictado por mí, como correspondencia natural con mi pariente. Les mostré incluso una carta que antes había recibido de Camargo en la que no hay ninguna alusión política sino más bien un gran cariño familiar, que se advierte en su referencia a mi madre como su "continuamente suspirada y amabilísima tía". Por otra parte, dice Camargo en esa comunicación que, a pesar de las injusticias que ha recibido en sus años de servicios en el Ejército, se acrecienta su adhesión y amor al Rey en medio de tantas desgracias como se vienen observando; y se alegra de que el Ejército de Lima se haga cada día más poderoso y respetable para combatir la insurrección.

Nada de ello abonó en mi favor. Camargo es ahora simplemente un ajusticiado y como tal ha quedado registrado en la mente de estas gentes. El militar valiente y decidido que conocimos, que iba definiendo su vida de instante en instante, es ahora tan inerte como la imagen de un lienzo: los rasgos desafortunados que le adjudicó el pintor no podrán ser nunca más borrados. Y todo el que haya tenido algo que ver con él es colocado cuando menos en cuarentena, por la sospecha de que pudiera haber contraído el mismo mal revolucionario.

Que unidos estos Jefes conozcan sus verdaderos intereses y levanten las tropas para desvirtuar de una vez al que los quiere sacrificar sólo para conservar su puesto, sus honores y su enorme sueldo; y proclamar con San Martín la libertad de esta ciudad imitando los heroicos ejemplos de los paisanos Quiroga, Riego, Agüero y demás Jefes y Oficiales que unidos al pueblo de España formaron la santa insurrección en favor de la soberanía nacional contra el despotismo del despreciable Fernando Siele; ó haciendo lo que recientemente ha hecho toda la tropa de Guayaquil dándole al pueblo su libertad, sin exponerlo a inútiles derramamientos de sangre.

El problema, amada Felipa, es que me llamo Choquehuanca y soy español. Estoy formado de dos mitades que no casan perfectamente. No es que yo lo sienta así, porque durante mucho tiempo estuve ciego y no percibí mi propia contradicción; pero los demás se han encargado de hacerme ver la verdad: un medio indio más un medio español, no llegan a hacer un indio ni un español completos.

No quise ser como un lobo solitario, vivir al margen de la humanidad como un animal salvaje. Necesitaba el amor de los demás, necesitaba pertenecer a algo, adherirme a una causa que considerara noble. Por eso, como lo había hecho mi familia desde que mi abuelo Diego ayudó a reprimir al rebelde Tupac Amaru, adopté el partido de la civilización y de España. Pero soy así extranjero para mi pueblo y sigo siendo un extraño para mi cultura adoptiva. He cometido, entonces, una doble traición: traicioné a mis antepasados por servir al Rey conquistador; y, a parir del mismo instante en que me ponía a su servicio, traicioné también a mi Rey por el solo hecho de que por mis venas corre todavía un hilo de la sangre de Huayna Cápac. Soy, pues, un traidor; pero no por vocación sino por naturaleza, como el perro es fiel, el zorro es astuto, el venado inocente y el gato receloso.

Hasta ahora no había comprendido la importancia de ser cholo: creía que era más bien una falta, una deficiencia, una inadecuación al modelo, sea de español, sea de indio, que había que corregir limitando (vanamente) en la mayor medida posible el extremo escogido de la inexorable alternativa. Ahora, en vísperas de la muerte, la conciencia de mi mestizaje se ha convertido en la conciencia de mi libertad. Hasta ahora había tratado de hundirme en la identidad vacilante que me había impuesto. Ahora me doy cuenta de que no pertenezco a ninguna raza, a ninguna cultura: sólo me pertenezco a mí mismo.

Mis compañeros de armas no tienen crisis de identidad: limpian orgullosos sus sables con los que combatirán a los enemigos de España, se acuestan tempestuosamente con sus mujeres, hacen hijos que esperan que sean leales soldados del Rey, juegan al tresillo y beben hasta quedar dormidos, siempre satisfechos de sí mismos; o, cuando menos, satisfechos de ser españoles. Por su parte, mi pueblo indio ha refugiado su identidad en la sumisión, el resentimiento y el recuerdo: vive pensando en el retorno de las huacas; pero tampoco duda de su imagen cuando se mira en el espejo. Ni españoles ni indios son productos de sí mismos: han sido inventados por su cultura. Todos, indios y españoles, son tan repulsivamente naturales como el sueño y como la muerte, como los árboles del bosque, como una recua de llamas que remonta cansina los caminos de los Andes, se sienten tan completos como un círculo, tan rellenos de sí mismos como odres henchidos que le dan a uno comezón para atravesarlos con la espada de la duda.

Señora, os pedimos que así estos Jefes, Oficiales y tropa, como todo el pueblo alto y bajo (como son principalmente esos Marqueses, Condes, Mayorazgos, nobles, clérigos, frailes, abogados, que componen este vecindario infeliz), se penetren todos bien de que la guerra no la sostiene Pezuela, sus agentes, los empleados y comerciantes, con otro interés ni otras miras que conservar sus empleos y rentas aquéllos y sus monopolios éstos últimos, que conozcan que es preciso mudar ya estos cultivos que se hallan personificados con sus togas y con la iniquidad, el vicio y las injusticias, que es preciso que así como en todo el mundo se trata de tener parte activa en la representación o en la elección del gobierno, es menester que en Lima lo tengamos también, eligiendo todo el pueblo sus representantes, para que de común acuerdo con las demás repúblicas de América se establezca un gobierno propio, con leyes propias, dictadas por nosotros mismos o por nuestros representantes, en el cual tendrán los nobles, los Marqueses y Condes una parte activa, sin hacer el papel pasivo y desairado que hasta ahora han hecho y hacer dependientes del Gobierno español; que conozcan estos brutos que más vale tener libertad e independencia en el país en que se vive que no ser Condes, ni Marqueses ni Cruzados...

No puedo ya, Felipa, seguir intentando ser totalmente indio ni totalmente español; para ello, tendría que mentirme a mí mismo, negarme a ver una parte de mí ser que sin embargo está ahí, con una presencia impertinente pero insoslayable. Gracias a Dios, no soy nada. Soy indio, pero también algo más; soy español, pero también algo más. Esta doble vinculación no me ata dos veces sino que me permite tomar distancia y liberarme de todas las sangres. Simplemente soy libre: los materiales que se me han dado son variados y estoy agradecido por ello; pero tengo que usarlos para inventar mi propia identidad. En esa medida, soy un precursor del verdadero hombre americano.

Ahora que he comprendido el privilegio de mi condición, tengo horror a sentirme encuadrado en una clasificación, como una especie de la Historia Natural de Plinio. ¿Cuánto tiempo he vivido tratando de ser otro? ¿Cuánto tiempo he estado engañado por las apariencias? Creía ser hombre y no era sino un muñeco tratando de cumplir mecánicamente con el papel que correspondía a mi disfraz. Hasta hoy sólo he hecho cosas a medias: gestos de indio, gestos de español. Quizá la muerte de mañana sea mi primer acto verdaderamente humano. Voy a morir por la culpa de ser libre y, por tanto, traidor. Mis jueces, mis amigos que me fusilarán, piensan que mañana yo estaré muerto y ellos vivos; sin embargo, no se dan cuenta de que murieron hace mucho tiempo, quizá nunca nacieron: al ir hacia el cadalso, caminando entre soldados y capellanes, seré el único hombre vivo moviéndose por un mundo congelado y estático.

Que todos conozcan también que el triunfo de San Martín es indudable, porque a la larga todos los pueblos de los contornos de Lima se le han de unir y entonces ó hemos de perecer de hambre o hemos de entregarnos a discreción, lo que no tiene ni admite medio; y así es mejor que desde ahora abreviemos estos males haciendo de la necesidad virtud; pues si al fin se ha de proclamar á la Libertad, al Ejército Libertador y a su invicto Jefe, ¿por qué no se hace pronto y se ahorran sustos, muertes, dinero y ansiedades? Que conozcan todos los españoles que los que se decidan en favor de la independencia americana serán atendidos y reputados como ciudadanos americanos, y que los que no se quieran decidir se les dejará ir francamente á su tierra, con sus bienes, mujeres e hijos; todo lo que se les negará después si no varían ahora

prontamente de conducta, reconociendo que el Soberano pueblo español que existe en España y manda en España nada tiene que hacer ni puede ser soberano del Soberano pueblo americano que existe en esta América, y debe mandarse por sus propios hijos.

Me duele que me llamen traidor. Pero, ¿hay algún hombre verdadero que no sea un traidor? ¿Es posible tener una adhesión ciega, absoluta, total, a una idea o a una posición social y seguir siendo hombre? ¿Se puede vivir humanamente sin distanciarse, sin diferenciarse, sin oponerse, sin criticar?

Mi doble naturaleza está a flor de piel; y esto me ayuda a tomar conciencia de la necesidad de la traición. Pero aun para quienes nacieron indios o españoles, sin mezcla ¿es posible que sean únicamente indios o únicamente españoles y que sigan siendo hombres? La solidez, la coherencia, no se adquieren sino al precio de una castración: para no violar el ambiente en que vive, el "hombre de bien" tiene que reprimir sus erecciones, tiene que renunciar a diferenciarse, tiene que frustrar la libertad que le exige hacerse a sí mismo con la misma pasión que lo lleva a tumbar una chola entre los trigales.

Lo grave es ser traidor a medias, abandonando una causa para adherir a otra: la traición unilateral es un acto tan innoce para liberarse de un amo para entregarse en esclavitud a otro. La traición tiene que ser plena, radical, como el sable que hacemos girar en círculo y sólo deja vivo a quien lo esgrime.

Ultimamente, Madre Nuestra y Señora, haced que todos los americanos, dejando a un lado las pueriles rivalidades, la ambición de mando y de honores y todos los vicios que acarrean la corrupción, la anarquía ó el despotismo, se unan con lazos fraternales muy estrechos para coadyuvar todos a una con San Martín y su Ejército al bien general de toda la América, persuadiéndose que no se trata ni se debe tratar sólo del engrandecimiento de Lima ó el Perú, sino de toda la América en general; para que unidos todos los estados de Buenos Aires, Chile, Alto Perú, Quito, Santa Fé y Venezuela, y si es posible México, podamos gozar todos de los inmensos bienes temporales que la Providencia y la naturaleza nos convidan á gozar, ganada nuestra absoluta independencia; para que después de haber vivido en paz y abundancia, bajo de un gobierno justo, liberal, propio, independiente, enérgico, laborioso y bien unido, podamos aspirar a los bienes espirituales eternos de la Gloria, alabándonos y ensalzándonos a Vos ¡Oh Reina Nuestra! y a nuestro sacratísimo Hijo por los siglos de los siglos. AMEN.

Te pido, Felipa, por el recuerdo de este padre que sólo comprendió la verdad cuando ya no había tiempo de enseñársela, que les des a nuestros hijos la conciencia de esta doble afiliación. Deben recordar siempre que pertenecen a dos mundos diferentes y, por tanto, a ninguno del todo: libres de modelos impuestos por la tradición, están obligados a inventar enteramente su propia vida. Sólo así se formará el Perú del mañana.

Y tu, dilecta esposa, recibe el último suspiro de tu amantísimo,

Manuel Choquehuanca

(Un Padre Nuestro y una Ave María por su Ilustrísima y un Credo por quien compuso la oración).

HAN DE TENER LA BULA DE LA SANTA CRUZADA

NO LO QUITE NI LO ROMPA,
SO PENA DE EXCOMUNION MAYOR, IPSO FACTO

Por mandado de su Ilustrísima.

Este cuento es una obra de ficción. En consecuencia, aunque los personajes y algunas situaciones son verdaderos, el conjunto es fruto de la fantasía. Sin embargo, aun cuando el texto no puede ser asumido como histórico, pretende cuando menos ofrecer una verdad de época, una verdad de atmósfera, a la manera del "mentir con conocimiento de causa" propuesto por Vargas Llosa. La "Oración", que constituye una clásica muestra de humor político, corresponde a un cartel pre-revolucionario que apareció pegado en las calles de Lima en tiempos del Virrey Pezuela. La historia del Coronel Manuel Choquehuanca se encuentra inspirada en un expediente seguido ante la autoridad vireyral de Puno contra el militar de tal nombre, quien se encontraba al servicio del Ejército Realista en Azángaro. Sin embargo, la carta a la esposa y el ajusticiamiento de Choquehuanca son productos de la ficción, ya que el expediente no se encuentra completo y desconocemos la suerte que corrió la acusación. El Teniente Coronel Manuel Camargo, primo del Coronel Choquehuanca, fue ajusticiado en Potosí por presunta adhesión a la causa revolucionaria, pero no tiene ninguna relación histórica con la "Oración". Ambos documentos —el cartel y el expediente— se encuentran en el archivo del autor.

SUSCRIPCIONES

No Hay Derecho ofrece a sus lectores la posibilidad de suscribirse por tres números. El valor de dicha suscripción es de U\$S 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, rogamos comunicarse por carta o teléfono a la sede de la revista.

Extranjero:

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

En todos los casos la correspondencia debe dirigirse a:

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

REVISTAS

A fines de 1991 salió BITA-CORA, el boletín de la Biblioteca de la Facultad de Ciencias Sociales. La publicación se propone alentar la utilización de los servicios que presta la Biblioteca, que se han incrementado considerablemente en el último año, informa sobre las recientes adquisiciones en material bibliográfico, sobre cursos realizados y proyectos en marcha, comentar las novedades y resenar clásicos para rescatarlos del olvido. Sus secciones principales: la Brújula, Recién atracados, Tempestades de Tinta y la Bodega. Servicios e información para docentes y estudiantes de la Facultad y para cualquiera que esté interesado en "navegar" los mares de las ciencias sociales.

LEY PENAL TRIBUTARIA Y PREVISIONAL NRO. 23.771

de Carlos Alberto Chiara Díaz y Jorge Luciano Amílcar García Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 1990, 317 páginas

El libro se divide en cuatro partes. La primera de ellas, a cargo de Jorge L. A. García, titulada "El sistema penal", incluye nociones básicas referidas al sistema penal y consideraciones criminológicas - inusuales en obras de este tipo - referidas a la deslegitimación del sistema penal. La crisis del derecho penal y de la pena se exponen a través de las tesis de las distintas posiciones criminológicas, partiendo de las escuelas enmarcadas en el paradigma etiológico, para llegar a la nueva criminología crí-

tica y al abolicionismo penal. Se agrega a ello la consideración del ilícito tributario y previsional en el marco del delito económico y un último capítulo sobre el ilícito tributario.

La segunda parte del trabajo se ocupa de la ley 23.771, y en ella Chiara Díaz trata diversos aspectos del texto legal, tales como el bien jurídico protegido, la desaparición de la prejudicialidad administrativa, la denuncia directa ante el juez, la utilización de delitos dolosos de peligro, la responsabilidad penal de directores y representantes de personas jurídicas, la admisión parcial del principio de oportunidad, las clases y características de los delitos tipificados, y el sistema de juzgamiento.

Chiara Díaz dedica la tercera parte de la obra -la más extensa- al análisis exegético de la ley. En el primer capítulo se ocupa del análisis dogmático de los delitos de peligro. En los siguientes realiza una descripción de las distintas figuras plasmadas en la ley, considerando problemas de autoría, acción típica, consumación, culpabilidad y pena. El tramo final de esta tercera parte incluye el tratamiento de otros problemas vinculados al texto legal: la agravación de las escalas penales para los funcionarios públicos, la pena de prisión para integrantes de órganos de conducción de las personas jurídicas privadas, la inhabilitación accesoria para determinados sujetos activos, la aplicación del principio de oportunidad, la aplicación independiente de las penas de esta ley y de las sanciones fiscales y previsionales, la eliminación de la instancia administrativa previa, la excarcelación y la eximición de prisión, la compe-

tencia de los órganos jurisdiccionales y la derogación de normas.

Los aspectos parlamentarios son el tema de la cuarta parte. En el primer capítulo Lorenzo Cortese cuenta las vicisitudes de la ley en el Congreso, y en el segundo capítulo se transcriben los dictámenes (de mayoría y de minoría) de las Comisiones de Legislación Penal, de Presupuesto y Hacienda, y de Previsión y Seguridad Social de la Cámara de Diputados de la Nación.

INFORME SOBRE VIOLENCIA POLICIAL

Un crítico dijo que, en el país del Nunca más, la novela *American Psycho* no podía escandalizar a nadie. Aunque acertado, este comentario parece, por lo menos, parcialmente extemporáneo. Esto es lo que nos demuestra el informe sobre POLICE VIOLENCE IN ARGENTINA: Torture and Police Killings in Buenos Aires, realizado por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y Americas Watch.

Acostumbrados a ella, la violencia policial puede ser pensada, en nuestro país y en casi toda América Latina, como un resabio de un frondoso pasado de gobiernos militares o como un presente con causas propias y con una vitalidad y proyección de futuro difíciles de explicar con solo una mirada hacia atrás. Paralelamente, el paso del tiempo limita la posibilidad de seguir creyendo en una suerte de transición: los abusos de las fuerzas de seguridad son un elemento constitutivo de la democracia argentina de estos años.

Si un subcomisario torturado es presentado como el adalid de la Justicia y muchos juristas no se deciden a enfrentar la ilegitimidad de su actuar; si a la salida de un recital la detención de un chico deriva en su muerte a causa de los golpes que recibe en la comisaría y esto sólo provoca una discusión sobre la cantidad de horas de encierro sin un replanteo serio de las prácticas cotidianas de la policía; si es necesario verificar la honradez, la honestidad y la falta de un prontuario para que sea "creíble" la protesta de todo un barrio por un fusilamiento a mansalva de tres jóvenes parados en una esquina de Ingeniero Budge; entonces, la violencia policial no puede ser considerada como una coyuntural consecuencia de un pasado militar sino como una realidad justificada todos los días y en todas las formas por una comunidad que persiste en el error de creer que una muerte provocada por un policía es más "sana y saludable" que la provocada por un delincuente. Aunque en muchos casos la única diferencia entre estas dos muertes esté dada por el hecho de que el asesino tenga puesto o no el uniforme.

De todo esto nos informa este trabajo.

Compramos revistas

NO HAY DERECHO
Nº 2

Llamar al 83-4424 de 20 a 23 hs.

V CONGRESO NACIONAL Y LATINOAMERICANO DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGIA

Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario

29 DE OCTUBRE - 1RO. DE NOVIEMBRE DE 1992

TEMAS

I. EL ROL DE LAS FUERZAS DE SEGURIDAD Y DEL SISTEMA PENITENCIARIO EN UN ESTADO DEMOCRATICO DE DERECHO. El discurso de la seguridad ciudadana y los derechos humanos.

II. LA PROBLEMATICA DEL CASTIGO Y LOS DERECHOS HUMANOS. Perspectiva filosófica. Teorías de la pena. El discurso de justificación de la pena. Medida de seguridad procesales y penales. Ejecución penal.

III. SISTEMA PENAL Y GRUPOS DE ALTA VULNERABILIDAD. Consumidores de sustancias prohibidas. Etnias. Niñez. Locura. Homosexualidad. Otros.

IV. DOGMATICA Y POLITICA CRIMINAL. Delitos de omisión. Delitos culposos. Delitos de peligro. Disvalor de acción y disvalor de resultado. Tentativa. Reformas penales en América Latina.

V. SISTEMA PENAL Y PROTECCION INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. Pactos internacionales. Organismos. Recursos.

VI. PROCESO PENAL Y VICTIMA. La expropiación del conflicto. Alternativas posibles. Abolicionismo. Conciliación. Mediación. Disponibilidad de la acción.

PRESENTACION DE PONENCIAS

Estudiantes y graduados jóvenes (hasta tres años de graduados). Extensión máxima: veinte páginas. Plazo para presentación de ponencias: 30 de septiembre de 1992 • Enviar las ponencias a: Centro de Estudiantes de la Facultad de Derecho de la U.N.R. • Att. Sr. Diego Rubio, Calle Agrelo 1641, (2000) Rosario.

INFORMES: Dres. Alejandra Rodenas y Enrique Font • Tel. (041) 82-8976 de 17 a 19 hs. • Fax (041) 24-8681