

NO HAY DERECHO

ZAFFARONI / NINO
SE ACABO EL DEBATE

INVESTIGACION MALESTAR EN EL PODER JUDICIAL

- Encuesta
(entre abogados)
- Reportaje
a Arslanián
- Opinan
Emilio Mignone
George Rogers
Carlos Cosarín

T E M A S

- Drogas y Estado clínico.
- Contra la legalidad.
- Justicia popular.
- Blues in green.
- Niños de Brasil.
- Hablando
con los ángeles.

Savater • Gheresi • Sousa Santos • García Méndez

AÑO III - NUMERO 8 - \$5.-
DICIEMBRE 1992

¿Jurados populares? No, gracias

Xavier Bermúdez

El tema de los jurados populares, de la participación de los súbditos en el Sistema Judicial como algo más que público o acusados, sigue, como pelota con la que casi nadie quiere jugar, en el alero.

Hay una clara desconfianza por parte de las Autoridades, gubernamentales y judiciales, hacia el contribuyente medio, hacia la masa de empleados, hacia la jauría de consumidores, o sea, hacia la gente del común ya severamente formada por las funciones a las que se le obliga y engaña, y formada también por la letargosa pedagogía de los Media. O es como si todavía sospecharan esas Autoridades que la labor masificadora y domesticadora ha sido aún lo bastante eficaz, o es que, siendo elementos de la parte más retrógrada del Afán de Dominio, no se acaban de enterar de qué va la cosa.

Los que ya se enteran más son los profesionales de la Política y el Derecho que reclaman el cumplimiento de las Leyes o del espíritu de las mismas que, dicen, debe llevar a la implantación del jurado de maras.

Pringar a la gente en la ejecución de la Justicia (es decir, de la Justicia establecida, pues no hay otra) puede ser uno de esos rudimentos domesticadores que faltan para que ya las masas ofrezcan a los de Arriba toda la confianza. Es en este estricto sentido en el que los reclamadores de los jurados populares son progresistas: en el sentido de que hacen progresar los mecanismos de integración de la gente por parte del Poder. Es un mecanismo parecido en más de un aspecto al de la multiplicación de las Autonomías, de partidos políticos y de posibilidades de que cada vez más

súbditos puedan jugar a la Bolsa o invertir en pisos. Con todo este parecido, parece sin embargo la práctica de ejecutar Justicia algo mucho más tizoso. El clamor de esas muchedumbres de presos condenados a depresiones, hacinamiento e infecciones de todo tipo es capaz de provocar todavía el esfuerzo de recordar quién los ha metido ahí y quién y para qué fabrica esos sitios; de recordar a qué y a quién sirven.

Por eso sería de desear que la desconfianza que los más reaccionarios de la Cúpula estatal tienen hacia los que estamos abajo, estuviera más fundada que la confianza que los progresistas del Aparato Vertical parecen dispuestos a otorgarnos; y que fuera cierto que la mayoría de los avasallados no estamos capacitados para usar la balanza justiciera del Estado con los ojos vendados al hecho de que esa Justicia debe dar razonabilidad y respetabilidad al castigo de una delincuencia que crea el mismo Sistema del que ellas, Justicia y delincuencia, forman parte; al hecho de que no hay Ley desinteresada y de que el interés de la Ley no puede ser el de las gentes.

Ojalá, sí, fuésemos lo bastante imperfectos como para no saber ejercer ese colaboracionismo para el que algunos demasiado despistados, o demasiado listos, se empeñan en hacernos útiles.



SUMARIO

STAFF

Victor Ernesto Abramovich; Martín Abregú; Mary Ana Beloff; Alberto Bovino; Christian Courtis; Carlos Manuel Garrido; Martín Moncayo von Hase; Alejandro Rúa; Roberto Pablo Saba; Marcelo A. Sgró;

COLABORADORES:

Hernán Charosky; Martín Clemente; Carolina Fernández Blanco; Emilio García Méndez; Ariel Garrido; Carlos Alberto Gheris; Guillermo Jorge; Máximo Langer; Emilio Mignone; Carlos Santiago Nino; Georges Rogers; Maximiliano A. Rusconi; Fernando Savater; Boaventura de Sousa Santos; Eugenio Raúl Zaffaroni;

EDITORES RESPONSABLES:

Alejandro Rúa; Martín Clemente;

DISEÑO GRAFICO:

Sandra Monteagudo; Juan M. Ventura (701-9907);

COMPOSICION GRAFICA:

Estilo (824-2197/804-8507);

DISTRIBUCION:

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

Notas, réplicas y cartas, dirigirse a Anchorena 1775 - 5º "A" (1425) Buenos Aires.
Tel. 312-0164 y 83-4424.
Fax 325-0151. ISSN 0327-5248.

FOTO DE TAPA:

G. Berengo Gardin (Mónaco, 1960).

2 **La justicia en el laberinto.** Investigación sobre el desprestigio del Poder judicial.

- **Cría cuervos.** *Martín Abregú.*
- **Todos los jueces son crustáceos.** *Victor Abramovich.*
- **Mutis por el foro.** *Carlos Cosarín.*
- **Todo un ex-ministro.** Entrevista a *León Arslanián.*
- **Una solicitud mal intencionada.** *Emilio Mignone.*
- **Disparen contra la Comisión Interamericana.** *George Rogers.*

14 **Análisis económico jurídico en la contratación de adhesión de los sistemas de ahorro previos o prepagos.**

Carlos Alberto Gheris.

15 **El pensamiento dogmático en el banquillo:** La falsa antinomia "justicia material o sistema".

Maximiliano A. Rusconi.

16 **Bosquejo para una historia de la historia.**

Hernán Charosky y Máximo Langer.

18 **Criminología de la misericordia.**

Martín Clemente.

19 **Contra la legalidad.** Sobre los efectos del discurso garantista.

Alberto Bovino.

25 **Se acabó el debate.** Las penas son de nosotros.

Carlos Santiago Nino y Eugenio Zaffaroni.

27 **Hablando con los ángeles.**

Alejandro Rúa.

30 **Cinco desafíos a la imaginación sociológica.**

Boaventura de Sousa Santos.

32 **El Estado clínico.** Por los derechos del consumidor.

Fernando Savater.

36 **Brasil: de infancias y violencias.**

Emilio García Méndez.

39 **Blues in Green.**

Entrevista ecológica a *Nicolás Robinson.*

41 **Comentario de libros.**

AÑO III - NUMERO 8 - DICIEMBRE 1992

Es creciente la percepción del caos imperante en la administración de justicia, que como los edificios en que funciona, se halla al borde del derrumbe.

Extraviados en busca de sus derechos, los argentinos recorren los laberínticos pasillos de tribunales desprovistos de la guía de una Justicia que, en este aspecto, sí es ciega.

NO HAY DERECHO juntamente con la revista 5to. PODER realizó una encuesta entre los abogados del foro de la que surge que no es fácil encontrar la punta del mítico hilo que nos saque de la encrucijada de ineficacia, decadencia y corrupción.

Sus resultados son comentados por Víctor Abramovich, Martín Abregú y Carlos Cosarín y se complementan con una entrevista sobre el tema al ex Ministro de Justicia León Carlos Arslanián.

Además, Emilio Mignone y George Rogers analizan la estrategia de los gobiernos argentino y uruguayo para extender los cercenamientos de la Justicia al plano internacional.

Todos los

El descrédito del Congreso Nacional en su función de control del Poder Ejecutivo provoca un traslado de las expectativas populares al Poder Judicial como último espacio para la defensa de los derechos individuales y "contrapeso" de los demás poderes políticos. Sin duda, el proceso responde más a la búsqueda desesperada de una auténtica protección institucional que a una meditada esperanza fundada en los antecedentes históricos.

Hoy la gente se preocupa por la Justicia. Discute el nombre de sus jueces. La percibe a un tiempo distante y corrupta. A los abogados se les interroga sobre ella y hablan de coimas, lobbies y amiguismo.

Al actual gobierno le debemos lo que no pudieron conseguir ni los más altos pensadores de la iusfilosofía crítica: instalar en la sociedad el debate sobre la Justicia como un espacio más de la política.

La imagen de la Justicia profesional fue tradicionalmente un refugio eficaz frente a la constante ruptura del orden legal en la Argentina, que vió a un tiempo ir a la cárcel o a la muerte a los dirigentes políticos y sociales, mientras perduraban aplicando las normas del nuevo orden castrense la mayoría de los jueces que habían jurado ante la constitución destituida. Luego, los cuadros medios y bajos de la magistratura de facto fueron los jueces de la democracia, y en recientes períodos hasta condenaron en un fallo ejemplar los crímenes que habían sucedido justo detrás de las ventanas de sus herméticos despachos.

Sin embargo el poder judicial y el poder militar mantuvieron en lo que va del siglo un romance teñido de histeria. Pues si la estrategia de la preservación inaugurada en la Acordada de la Corte Suprema de 1930 confirió legalidad a cada nuevo orden de facto, los tribunales aprendieron a actuar como un tibio espacio de resistencia. Un ejemplo de este vínculo histórico es el fallo: "Timmerman, Jacobo s/ recurso de habeas corpus", dictado por la Corte del proceso militar el 17 de septiembre de 1979. El pronuncia-

miento hizo cesar el arresto y detención domiciliaria del periodista, dispuesto por la Junta Militar como medida de seguridad, interpretando el tribunal que se trataba, en realidad, de un pena corporal ilegítima pues excedía la competencia de aquel organismo. Dijo entonces: "Que esta corte tiene establecido que las Actas Institucionales y el Estatuto para el Proceso de Reorganización Nacional son normas que se integran a la Constitución Nacional, en la medida en que subsisten las causas que han dado legitimidad a aquellas, fundadas en un verdadero estado de necesidad, que obligó a adoptar medidas de excepción para superar una crisis institucional y proteger al Estado ... Las autoridades que tomaron a su cargo el gobierno de la Nación no olvidaron, por cierto, el deber de proteger los derechos individuales ... Que, conforme a todo lo expuesto, no cabe sino concluir que la Resolución Nº 6 de la Junta Militar resulta desprovista de la necesaria legitimidad para imponer la sanción que dispone respecto al Señor Jacobo Timerman en el carácter de pena corporal ... Este pronunciamiento no implica afectar la esfera propia de reserva del poder político, toda vez que se basa, precisamente, en la declaración de que el mismo, en el caso, excede su propia competencia al aplicar tal tipo de sanción, conforme a principios básicos enunciados en la Constitución Nacional y en los instrumentos fundamentales del Proceso de Reorganización Nacional. Que no compete a esta Corte emitir juicios generales sobre situaciones cuyo gobierno no le está encomendado, se lo impide la naturaleza específica de sus funciones en el contexto de las instituciones fundamentales de la República y su reiterada doctrina de que la autoridad suprema de sus fallos se basa sobre el supuesto de mantenerse en los límites de su competencia". El fallo sintetiza la ecuación que mejor describe la histeria del romance: legitimidad, autopreservación y tibia resistencia.

Jueces son crustáceos

Sobre la dimensión política de la Justicia

Por Víctor Abramovich

Como señala Roberto Bergalli: "Mientras el derecho y los discursos jurídicos se han mantenido dentro del marco de concepciones iusnaturalistas-tomistas o iuspositivistas, la idea de una administración de justicia que aplica meramente el ordenamiento jurídico ha impedido que surgieran interrogantes o que se cuestionara el papel que la jurisdicción cumple frente a regímenes de injusticia social"⁽¹⁾.

Más allá de esto, es obvio que el poder político, civil y militar, comprendió siempre la importancia de dominar el aparato judicial, no sólo en resguardo de la integridad personal de sus miembros sino como condición ineludible para la efectividad de sus proyectos de más largo alcance.

En tal sentido el juicio político a la Corte de 1946, y las purgas realizadas luego de la sanción de las constituciones de 1949 y 1957 reflejan aquella estrategia.

Queda pendiente una historia ideológica de la Justicia que explicita esta tensión entre los sucesivos proyectos políticos del estado y la indiferencia, el apoyo y el rechazo de la magistratura⁽²⁾.

Hasta el arribo del menemismo, ningún gobierno había puesto en evidencia con tanta sinceridad y desprecio que el aparato judicial es un lugar fundamental de la lucha política. La acumulación de poder para el ajuste económico y la enorme transformación de la sociedad y del Estado que conlleva el modelo, requieren a un tiempo la legalización de las facultades de facto del Presidente y el férreo control -o al menos la imagen del férreo control- sobre los sectores que se expulsa a los márgenes del sistema. No es extraño que la discusión acerca de la magistratura se profundice actualmente en relación a los jueces elegidos por el Ejecutivo para el futuro fuero penal nacional.

Sin duda merece atención la preocupación de los abogados y la percepción de la gente acerca del alto grado de corrupción en la Justicia. El fenómeno generalizado de los lobbies que ahora más que nunca se disputan los despachos de los tribunales, hasta pue-

de explicar el sentido de las designaciones de algunos nuevos jueces y la confrontación a menudo sangrienta entre la "Secretaría Legal y Técnica de la Presidencia", la Secretaría de Inteligencia del Estado y el Ministerio de Justicia. Qué abogado de renombre no espera plantarse mañana frente a los jueces del fuero para recordarles las deudas de gratitud que merece la sugerencia o la responsabilidad directa de sus nombramientos. Qué estudio jurídico se resistirá a comercializar la influencia sobre la administración de justicia ganada por sus socios a fuerza de sudor e intrigas tras su brillante paso por la administración pública. Los nuevos jueces habrán de convivir con algunos de los actuales funcionarios, con el horror y la culpa del Dr. Fausto.

Por lo demás, la actual Corte, con más audacia que las cortes de las sucesivas dictaduras argentinas, ha hecho manifiesta su voluntad de colaborar con el proyecto político del Ejecutivo en numerosos fallos que se han comentado en esta revista. Pero, lo que es tan grave como aquello y su correlato: ha dejado a la luz su sesgo autoritario en cuestiones vinculadas a la autonomía personal, a los derechos de minorías y a las garantías procesales, entre otras.

A esta altura corresponde señalar que una crítica del funcionamiento del poder judicial que se centre en su alto grado de corrupción o en su falta de independencia, resultará un resabio de la vieja e hipócrita idea de la justicia profesional y limpia, si no va acompañada de un cuestionamiento profundo de su perfil ideológico.

Esta Corte es terrible porque no es independiente, pero si lo fuera, también sería terrible.

La limitación del debate sobre la Justicia a meras cuestiones jurídicas con despreocupación por los trasfondos políticos conduce a paradójicos resultados: mientras los juristas debatían dos tipos de proceso penal, los alcances de la acción pública, los modelos de oralidad, la extensión de las garantías de los imputados y la subsistencia del sistema inquisitivo, el ejecutivo encontraba una maravi-

llosa oportunidad para controlar la Justicia Criminal Nacional sin obstáculos constitucionales y patente de progresismo.

Aquellos juristas que se han preocupado por develar el sentido político de las decisiones judiciales nunca han tenido mejor oportunidad para someter a la sociedad a un debate acerca de la identidad y el perfil ideológico de sus jueces. Ya no basta con limitar el comentario de los fallos a un círculo cerrado de letrados que discuten cuestiones esotéricas en un lenguaje que pocos entienden. Ya no basta con limitar la crítica de la actuación de los órganos jurisdiccionales a planteos exclusivamente jurídicos relacionados con los llamados argumentos internos de los fallos. Es necesario hacer también la otra lectura de los actos judiciales. Aquella que abarca la historia externa de los procesos y la crítica política de los argumentos expuestos y de las razones ocultas.

Todos tienen derecho a opinar sobre la Justicia, y pues más allá de los tecnicismos (con los que tradicionalmente se supo esconder de la crítica), el núcleo de las decisiones importa la puesta en juego de principios morales y políticos que cualquier ciudadano está en condiciones de cuestionar y rebatir. Los magistrados deben aprender a convivir como los mandatarios con el peso de la opinión pública.

Y esto, porque todos los jueces, les guste o no; son políticos. A lo sumo les pasará como al cangrejo, que es crustáceo, pero no lo sabe⁽³⁾.

NOTAS

(1) Bergalli, Roberto, "La Quiebra de los Mitos", en NO HAY DERECHO, Nº 4, pp. 26-31.

(2) Ver Schiffrin, Leopoldo, "Dictadura y Constitución: aspectos políticos de la crisis del Estado de Derecho en la Argentina"; Oyhanare, Julio, "Poder Político y Cambio Estructural en la Argentina: un estudio sobre el Estado de Desarrollo", Paidós, Buenos Aires.

(3) La frase pertenece al actual Ministro de la Corte Enrique Petracchi, en entrevista realizada en la revista Lecciones y Ensayos, Astrea, Buenos Aires, Nº 49, p. 301.

Cría Cuervos

Por Martín Abregú

Desde la traumática expulsión de la religión de la teoría política, desde la sacralización del Estado, son pocos los valores morales que han sabido acomodarse para conservar intacta su ascendencia sobre los gobiernos. Uno de estos extraños casos es el de la Justicia, principio moral que goza del raro privilegio de contar con una institución que revela, con la materialización del valor, lo abstracto de sus postulados: el Poder Judicial.

¿Cuál es la razón para que la Justicia tenga una institución propia -a la que se la asimila inclusive desde la terminología-, mientras que cualquier otro principio de índole o raigambre religiosa deba conformarse, a lo sumo, con alguna subsecretaría que reconozca desde sus inicios la sola intención de promover tardíamente algún tipo de altruismo ya archivado por algún "mandamás" pragmatista?

Cualquiera que sea la respuesta, el Estado de la Justicia en la Argentina parece venir a respaldar aquella descripción que hace de la crisis nacional una cuestión fundamentalmente moral.

Porque, ¿qué es posible decir de un Poder Judicial que apenas si escapa al aplazo cuando los que lo evalúan son los mismos que lo constituyen (51 por ciento de los abogados encuestados califica al Poder Judicial entre 4 y 5 puntos, el 25 por ciento supera estos guarismos y un 23 por ciento lo reprueba)?

Calificación del funcionamiento del Poder Judicial

Calificación	%
1	8
2	5
3	10
4	23
5	28
6	16
7	7
8	2
9	-
10	-
No sabe/No contesta	1

¿Cuál es la consistencia de una Justicia que el 93 por ciento considera que está más o menos o completamente determinada por decisiones políticas?

Evaluación de la independencia del Poder Judicial

	Hoy (%)	Gob. radical (%)
Independiente	6	16
Más o menos indep.	41	56
Nada independiente	52	26
No sabe/No contesta	1	2

MUTIS POR EL FORO

Por CARLOS COSARIN

¿Dónde habrá que ir a buscar el ejemplo en una sociedad en la que el 59 por ciento de quienes diariamente aplican la ley creen que hay mucha corrupción en la "pata moralista" del tripode institucional?

Nivel de corrupción en el Poder Judicial

	Hoy(%)	Gob. radical (%)
Mucha	59	36
Poca	30	47
Ninguna	4	7
No sabe/No contesta	7	10

Si algo reflejan las encuestas llevadas a cabo entre profesionales del Derecho y empleados de la Justicia, es el peligroso "Estado de las cosas" judicial. Cualquiera de las respuestas es un signo inequívoco de esta situación:

A pesar de contar con una Corte Suprema que ha sido criticada desde los más diversos sectores por su incondicional respaldo al Poder Ejecutivo demostrado a través de numerosos fallos de dudoso valor jurídico y de finida connotación política, el 64 por ciento de los letrados piensa que la situación es igual en los tribunales inferiores.

El nivel de independencia en la Corte Suprema y en los tribunales inferiores ...

es igual	64 %
es diferente	32 %
No sabe/No contesta	4%

- Preguntados por los aspectos salientes para mejorar el funcionamiento del Poder Judicial, la casi totalidad de las propuestas fueron mayoritariamente respaldadas. ¿Cómo puede sostenerse en pie una construcción jurisdiccional que necesita mayor presupuesto en infraestructura (82 por ciento), mejores salarios para los funcionarios judiciales (70 por ciento), mayor independencia del poder político (69 por ciento), mayor preparación técnica para los funcionarios (43 por ciento), reducir el nivel de delegación de las decisiones en los empleados de menor jerarquía (43 por ciento) y la creación de la carrera de la Magistratura (33 por ciento)?

Cómo mejorar el funcionamiento del Poder Judicial

	%
Mayor presupuesto en infraestructura	82
Mejores salarios a empleados públicos	70
Mayor independencia del poder político	69
Mayor preparación técnica de los funcionarios	43
Mejores salarios a los empleados judiciales	40
Reducir el nivel de delegación en empleados	40
Creación de la carrera de la magistratura	33
Modificación en el sistema de selección y remoción de jueces	33
Más juzgados	2
Más seriedad	1
Otros	2

Una saludable práctica reciente en el país ha sido la de escudriñar la opinión de la gente acerca de las instituciones, entre ellas la judicial, obteniéndose en muchos casos datos sorprendentes acerca de la disconformidad imperante.

Así, por ejemplo, una encuesta realizada por TEA en abril de 1992 entre habitantes de la Capital Federal y del Gran Buenos Aires concluye en que 6 de cada 10 habitantes tienen una imagen negativa del funcionamiento de la Justicia, la que empeora a medida que descien- de la riqueza del que opina.

Es peculiar el descrédito de lo judicial en un país en que la transición a la democracia se proyectó a través de un proceso de esas características. Pero precisamente por ello, no sería ajeno al fenómeno al que asistimos, lo recortado de la difusión de ese proceso -al que el país debió asistir como a una suerte de película muda- ni la posterior disolución jurídica de sus principales efectos, corroborándose una vez más la primacía del Ejecutivo o de una mera corporación sobre los restantes poderes del Estado. Es decir, otra frustración de expectativas, depositadas esta vez en los órganos judiciales.

No es ajeno tampoco el creciente conocimiento de las prácticas judiciales ahora infructuosamente encubiertas, dada su difusión por un periodismo pre- ocupado notoriamente por el tema desde aquél proceso.

Se trata también de la consecuencia de la demanda de una mayor transparencia en la toma de decisiones que inciden en la vida de la gente, inherente al menos al discurso democrático.

Es entonces que el conocimiento y percepción de una Justicia de rasgos coloniales, oscura, decadente, autoritaria, ineficiente, imprevisible, parcial e inaccesible para muchos, lleva a su cuestionamiento por la sociedad.

Si bien a primera vista parecería que por su tarea común y por sus afinidades profesionales los abogados deberían ser por lo menos indulgentes con sus cole-

gas en la magistratura, la encuesta realizada por TEA y por esta Revista, evidencia una percepción bastante afinada de los problemas y deficiencias del sistema judicial nacional y echa un cono de sombra -o mejor un haz de luz- sobre ciertas prácticas encubiertas y corruptelas que son habitualmente toleradas y reproducidas.

Es evidente la disconformidad de los letrados con la eficacia y el funcionamiento del servicio de justicia. Aunque discutible su solución con la opción preferida de incremento presupuestario y de infraestructura.

Es que no podemos caer en el fetichismo usual entre los juristas de creer que con una mejora material o con modificaciones de carácter legislativo, sin una reforma de las prácticas burocráticas y de la mentalidad imperante que los acompañen, haya un cambio sustancial.

Se aprecia también el desaprovechamiento en estos diez años de democracia de la posibilidad de encarar una reforma profunda orientada a un modelo de justicia democrático y no corporativo, comprometido con la preservación idónea del estado de derecho y al alcance de todos los sectores sociales. Es que el camino recorrido, tímido desde un principio al confirmar la gran mayoría de los magistrados que fueran al menos complacientes con el facto, ha tenido por objeto atender a planteos o problemas puntuales -siendo los predominantes el abarrotamiento de expedientes y la búsqueda de subordinación- no pudiendo hablarse en absoluto de la existencia de un plan y menos de un esfuerzo coherente y sostenido en la materia.

Subsiste un sistema arcaico de selección de cuadros que integrarán la masa de empleados y luego de un torneo de permanencia e influencias accederán a los sillones de magistrados.

Tal como ha venido sucediendo desde siempre, el ingreso en la "Justicia" se funda originariamente en la recomendación de alguien de adentro o conocido de los magistrados, trabajando generalmente desde cargos

no rentados (los "meritorios") y ascendiendo paulatinamente en la pirámide administrativa, generalmente en base a la antigüedad. O bien accediendo directamente al cargo de Secretario, para lo cual sólo se requiere el título de abogado con cierta antigüedad y el libre arbitrio del titular del tribunal, que usualmente verificará que se trate de "uno de los nuestros", compulsando con ojos de inquisidor el curriculum del candidato previamente "recomendado". Solamente hubo al respecto una limitación impuesta por la Corte Suprema al inicio de la transición, que estableció para acceder a ese cargo concursos de antecedentes y oposición, lo que debió reafirmar luego aclarando que debía tomarse examen y que no bastaba la mera antigüedad. Esta iniciativa sufrió la resistencia de los magistrados, a través de reglamentaciones que alteraron el espíritu de la medida, y posteriormente con el cambio de gobierno, la Corte misma suspendió primero y después dejó sin efecto los concursos, volviendo al "dedo judicial", institución cuya relevancia no cabe desdenar, sobre todo si tenemos en cuenta que la fantasmal comisión asesora de la magistratura implementada por el ex Ministro de Justicia Arslanián, privilegio en la preselección de aspirantes a jueces que llevó a cabo en tiempo récord, la carrera judicial o administrativa en detrimento de las publicaciones, la carrera docente y la actividad académica.

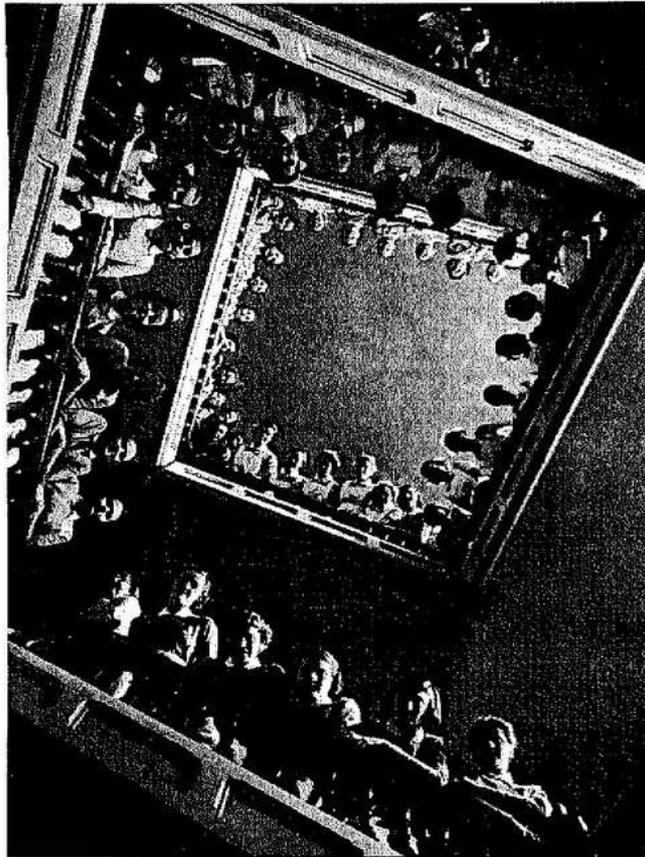
A su vez, la designación de los jueces -ahora mediatizada- se asienta en el mantenimiento de buenas relaciones con el Ministerio de Justicia y el lobby con los funcionarios de turno en el edificio de la calle Gelly y Obes, y para los casos más importantes también en La Rosada.

La percepción de la sociedad corroborada por la encuesta de la ausencia de independencia, que a nuestro criterio debe interpretarse como la sumisión o propensión de los integrantes del elenco judicial para con las necesidades del Ejecutivo o también subordinación de criterios a los de otros jueces superiores en la estructura administrativa, percepción que se basa fundamentalmente en la difusión de fallos sobre todo del Supremo Tribunal, que en varios casos se han comentado en las páginas de esta revista, torna saludable la iniciativa de organizaciones ciudadanas en pos de otorgar mayor transparencia a la designación de jueces y la reforma del reglamento del Senado en lo que hace al procedimiento de aprobación de los pliegos remitidos por el Poder Ejecutivo. Se revela así la insatisfacción respecto de un sistema que además brinda invulnerabilidad a sus integrantes, ello demostrado por la vir-

tual inexistencia del juicio político, único mecanismo de control de jueces eternos.

Esa falta de independencia coincide con relevamientos anteriores que en porcentajes abrumadores descreen del poder de la institución judicial y desconfían de ella.

Esta necesidad de transparencia y la deficiencia institucional se corrobora por los resultados de la encuesta respecto a la corrupción del Poder Judicial, que los caminadores del foro aprecian como mucha en un 59%. Lo que se agrava por el porcentaje de ellos -en contacto permanente con la labor de los magistrados- que refiere haber tenido conocimiento directo o indirecto de hechos de corrupción (el 66%), la que se extiende a todas las capas de la administración judicial -aunque más grave entre las superiores- y que se diversifica en lobbies políticos y empresarios, coimas, pago de favores, tráfico de influencias e incluso el amiguismo, institución oficial. Estas cifras echan por tierra otro de los mitos que la propia conciencia de estatus de los jueces alimenta: su carácter de reserva moral.



Obviamente influyen en estas percepciones los recientes escándalos de corrupción que han involucrado a magistrados y que se reflejaron en una encuesta realizada por Poder Ciudadano y Mora y Araujo-Noguera en enero de 1992, en donde al requerirse a los encuestados la personificación de la corrupción, la Jueza Federal con competencia electoral María Romilda Servini de Cubría era quien resultaba nombrada de manera más espontánea.

Conmoveredor resultó el lamentado vertido por ese resquebrajamiento de la fama de integridad de los magistrados, proferido por una camarista federal en las páginas de un periódico de esta ciudad.

Contrastante sin embargo con comportamientos de la corporación que representa a los magistrados como la protesta furibunda contra el Intendente de la Ciudad de Buenos Aires por la eliminación de la exención del pago del impuesto a los automotores, logrando la restitución del beneficio -o debemos decir privilegio-, o la airada reacción por la caricaturización de la estatua de la Justicia encamada por una vedette, o la legítima integración en franca minoría de la Comisión Asesora de la Magistratura del Poder Ejecutivo. O el comportamiento de aquellos magistrados que corrieron ávidos a cobrar indemnizaciones de miles de dólares dispuestas por el gobierno con dudoso sentido de la moral.

Todo apunta al agotamiento de un modelo de juez burócrata no comprometido y no cuestionador, de aplicación mecánica de la ley, que pase desapercibido -lo que es coherente con la tradición local de considerar mejores a los jueces a los que no se le revocan decisiones-, modelo vinculado con la preservación en tiempos de inestabilidad política, pero deslegitimado en tiempos de democracia. Esa deslegitimación se patentiza por los novedosos métodos a que han recurrido los empleados judiciales para efectuar sus reclamos, difundiendo la realidad de la labor de los tribunales y señalando como conclusión "no olvidemos que se conocen casos de juzgados que funcionan sin jueces pero nunca de juzgados que funcionan sin empleados".

Es la hora crítica en que se imponen profundas reformas que establezcan un control público de los magistrados que se designen, garantizando el pluralismo ideológico en su conformación, terminando con las componendas y clientelismos actualmente en boga, asegurando su independencia interna y externa, a través de organismos como el Consejo de la Magistratura (en serio), la implementación de mecanismos electivos de magistrados y la participación ciudadana en las decisiones judiciales.

Todo un ex-ministro

Reportaje a León Arslanián

Por Martín Abregú y Máximo Langer

- El 66 por ciento reconoce haber tenido conocimiento -en forma directa o indirecta- de algún hecho de corrupción, pero más llamativa es aún la opinión de ese abogado que, enterado de los resultados de este informe, preguntó, asombrado, en qué país litigaba el 33 por ciento restante (en realidad se trata de un 26 por ciento puesto que el 8 por ciento prefirió no opinar). El comentario y el 66 por ciento son muestras fehacientes de cuál es la forma alternativa de resolución de conflictos que tiene la Justicia vernácula.

¿Tuvo conocimiento de hechos de corrupción?

Si	66 %	¿De qué tipo?	%
		Coimas/Favores	37
		Presiones políticas	22
		Lobby de empresas	12
		Lobby de estudios jurídicos	12
		Amiguismo	11
		Tráfico de influencias	5
		Otros	1
No	26 %		
NS/NC	8 %		

- Si bien históricamente se ha reconocido como "reglas del juego" al lobby llevado a cabo por los estudios jurídicos de mayor importancia y a cierto amiguismo que podía llegar a definir los pleitos, la supremacía absoluta de la coima y del pago de favores como forma principal en la que se manifiesta la corrupción (62 por ciento contra un 32 por ciento del lobby y un 24 por ciento del amiguismo) demuestra a las claras que, también en este sentido, ha habido una politización del Poder Judicial.

¿Cómo se manifiesta hoy esa corrupción?

	%
Coima/Pago de favores	62
Presiones políticas	56
Lobby de estudios jurídicos	32
Lobby de empresas	27
Amiguismo	24
Tráfico de influencias	10
De cualquier forma	1
No sabe/No contesta	4

- A pesar de la reconocida delegación de funciones, la corrupción no está visualizada en los empleados de menor jerarquía sino que, por lo contrario, parece contar con el mayor número de adeptos entre los jueces y los funcionarios de más alto rango.

¿En qué niveles observó esa corrupción?

	%
Juez (o su equivalente)	73
Otros funcionarios	65
Empleados	32
No sabe/No contesta	3

La Justicia, como todo valor, reconoce escalas de realización, es un eje continuo en el que la cercanía o la distancia al modelo ideal puede medirse en un termómetro rastreable, por ejemplo, a partir de la opinión de aquellos sobre quienes recae el mandato constitucional de afianzarla. Así, el Poder Judicial,

Abogado prestigioso que vuelve al ejercicio de la profesión desde un espacioso estudio en la calle Carlos Pellegrini, las dos oportunidades en que se convirtió en una figura pública (siendo miembro de la Cámara Federal que condenó a las Juntas militares y Ministro de Justicia del actual gobierno) aparecen, para muchos, como imágenes contrastadas.

Accesible, no opuso reparos para dar un reportaje a esta revista y estuvo dispuesto a conversar sobre muy diversas cuestiones. Pero León Arslanián es todo un ex-ministro: político, defiende su gestión, acepta críticas y prefiere no opinar sobre ciertos hechos posteriores a su alejamiento. A pesar de los silencios a los que lo obligan estos recaudos, dijo muchas cosas -en los escasos momentos en que se lo permitieron unos cronistas exageradamente preocupados por dejar sentada su opinión.

En un contexto de una marcada crisis institucional, la cuestión de la independencia del Poder Judicial es un tema que preocupa, un tema de moda. Sin embargo, hay cuestiones que son el punto de partida de este debate y que no parece que estén siendo analizadas en profundidad. Me refiero fundamentalmente al hecho de si es posible que exista un Poder Judicial independiente y, en caso de que fuera posible, si esto es deseable.

Hablar de un Poder Judicial independiente significa hablar de una institución políticamente aséptica, de una idea de Justicia con un alto grado de pureza, y estos son conceptos difícilmente avalados en una democracia moderna. Por otro lado, en lo que se refiere a lo deseable de tal independencia, es necesario asumir que el Poder Judicial es, por el medio de selección de sus jueces, el tripode menos democrático de un Estado republicano y, entonces, la independencia del Poder Judicial se puede transformar en una traba para las decisiones políticas que las mayorías han respaldado con su voto.

Yo creo que la independencia del Poder Judicial no solamente es deseable y es necesaria y también es posible. La receta es relativamente sencilla. Por un lado consiste en la idoneidad y exce-

lencia técnica y moral de los componentes. Esto tiene que ver con un mecanismo adecuado de selección de personas porque en definitiva la independencia o la dependencia está relacionada con las personas. Pero, por otro lado, puedo tener mecanismos de selección muy interesantes, puedo tener mecanismo de designación que independicen o excluyan por completo al Poder Ejecutivo en el nombramiento de los jueces, pero si los jueces no saben cuidar este valor de independencia o son proclives a aceptar sugerencias sobre los criterios para adoptar sus decisiones, no hay ningún sistema que asegure tal independencia. Entonces la receta tiene dos elementos: debe privilegiarse la idoneidad técnica y ética pero también deben privilegiarse mecanismos que aseguren que el Poder Ejecutivo tenga el menor grado de injerencia posible para la designación de los jueces. A esto apuntó en definitiva la propuesta que nosotros hicimos al Presidente, y que él aceptó, de la creación del Consejo de la Magistratura. La Constitución Nacional establece la facultad de designación al Poder Ejecutivo con acuerdo del senado pero una eventual reforma de la Constitución Nacional debería replantear o revertir este mecanismo y delinear un instituto similar al Consejo General del Poder Judicial que existe en España.

Existe una sensación generalizada, que puede ser rastreada inclusive en la opinión de los abogados, de que el Poder Judicial gozaba de una mayor independencia durante la gestión del anterior gobierno radical, ¿Ud por qué cree que existe esta sensación? Entre quienes relativizan esta diferencia están quienes dicen que sólo se trata de una cuestión de grados en el nivel de injerencia, pero también están quienes dicen que se trata de una cuestión de estilos, de formas de realizar la política. En este sentido, durante el período 83/89 no habría habido mayor independencia sino solamente un mayor cuidado por ciertas formalidades. ¿Qué piensa de estas opiniones? ¿Ud, cree que existe tal diferencia que justifique esta percepción?

Este es un fenómeno complejo. Tiene que ver, por un lado,

con un grado de maduración de la democracia, de la sociedad, con respecto a qué cosas pretenden de sus instituciones. En ese sentido, estamos ante una sociedad mucho más requirente. Este es el fruto del ejercicio de la democracia, de la libertad de expresión, etc. Por el otro lado, hay que considerar que los jueces que integran el Poder Judicial hoy son, sustancialmente, los mismos jueces que lo integraban durante el gobierno radical. No ha habido modificaciones cualitativas. Durante mi gestión, el 85,5 de los jueces y el 87% de los fiscales designados fueron promociones.

... pero convengamos que hay ciertos aspectos puntuales que parecerían haber desencadenado esta opinión: Corte Suprema, Tribunal de Cuentas, remoción de determinados fiscales, cuestiones vinculadas con la selección y el nombramiento del Procurador General. Todas estas fueron cuestiones que contribuyeron a configurar una imagen un tanto desprestigiada del Poder Judicial.

Es verdad. Han habido errores y sus consecuencias han tenido un efecto cascada. Por ejemplo, creo que ha sido un error el manejo que se hizo en el aumento de ministros de la Corte Suprema. Esta Corte ampliada nació bajo el signo de la suspicacia debido a que, en su momento, algún funcionario del mismo Poder Ejecutivo proclamó la necesidad de tener una Corte adicta que pudiera acompañar los procesos de cambio que el país debía hacer y no podía encontrar cortapisas en una Justicia que no fuese comprensiva de este fenómeno. Esto, así presentado, generó cierta preocupación que luego, a partir de algunas instituciones nuevas como el *per saltum* y la actuación de la Corte en algunos casos en particular, instaló una suerte de sospecha.

La otra cuestión es que tenemos un déficit sumamente grave que se exhibe con intensidad ahora en la democracia y que no se lo percibía antes: durante el gobierno militar era más fácil echar a un juez corrupto que ahora. El mecanismo y el funcionamiento para la expulsión de jueces es casi perverso. El juicio político es completamente desacertado. Al estar en manos del Congreso sufre los avatares propios de todas las cuestiones políticas: se negocian situaciones, se libran batallas, lo que paraliza la acción del enjuiciamiento de un magistrado. Entonces, se muestra a la opinión pública que un mal juez puede quedar convalidado pese a las imputaciones serias que puede haber en su contra. Contrastando con esa situación, años atrás, los jury de enjuiciamiento que existían durante el gobierno militar eran mucho más efectivos: en una par de semanas

daban cuenta de un juez que tenía imputaciones serias. Este es otro de los problemas que contribuye a desconfiar de los jueces. Se confía en una institución si se ve que la misma tiene canales de drenaje buenos y razonables. Una institución donde se entra pero no se sale, tiene naturalmente una tendencia a corromperse y a desprestigiarse ante la opinión pública general.

Hay una cuestión vinculada con lo que Ud. decía respecto de los nuevos reclamos hacia las instituciones que muestra un problema particularmente grave. Con el retorno de la democracia, el Poder Judicial apareció como el paladín protector de los derechos humanos, como el freno a las arbitrariedades estatales. En ese sentido el Juicio a las Juntas fue paradigmático. Después de esto aparecieron otros reclamos que reflejaban intereses de otro tipo, por ejemplo exigiendo respuestas a problemas como las cargas sociales o despidos masivos. Manifestaciones como la de los jubilados están mostrando una exigencia, un pedido al Poder Judicial para que asuma un nuevo rol. Sin embargo, varios fallos de la Corte Suprema y de otros tribunales, no solamente no están avanzando en estos nuevos reclamos, sino que inclusive están dando marcha atrás en su viejo rol de institución encargada de limitar la Intromisión estatal. Fallos como Montalvo, Müller, Fernández, son retrocesos con respecto a la jurisprudencia de hace algunos años. La Corte ya no es un bastión protector de las garantías de los ciudadanos.

Esto es explicable en el marco de una transición democrática que tiene distintos estadios. Creer que la transición democrática se ha agotado en el primer gobierno constitucional es realmente una ingenuidad. Una transición democrática es algo complejo, extenso, de variable duración en el tiempo según el tipo de sociedad de la que se trate y los antecedentes en los que se instale, el grado de autoritarismo que haya tenido el régimen anterior y el acomodamiento de aquellas fuerzas empujadas en un primer momento por el movimiento de cambio. Esto produce marchas y contramarchas. Y podemos encontrar ciertos grupos de poder que se expresan a través de las instituciones y que a veces representan también el pasado, que hacen que ellas puedan retroceder en algunas cuestiones.

Pero también se han producido avances interesantes. Por ejemplo, el fallo de la Corte Suprema en materia de admisión del derecho a réplica; por lo menos en el voto de la minoría. Por eso, si nos ponemos a analizar la jurisprudencia de la Corte vamos a encontrar contrastes. No vamos a encontrar una identidad político-ideológica clara pero sí vamos a ver que se van a reflejar en sus decisiones el fruto de estas marchas y contramarchas a las que aludía recién.

Para utilizar el mismo ejemplo que Ud. ha elegido, el fallo sobre derecho a réplica es un caso paradigmático. Es cierto que en el voto de la minoría hay algunas decisiones auspiciosas, pero al mismo tiempo provoca cierto escozor un fallo de la mayoría en el que se hace lugar al derecho a réplica en un sentido muy amplio, difuso. Y sobre todo por la extrapolación de argumentos que se ha llevado a cabo. La Corte toma argumentos valiosos pero en su aplicación en este caso los desnaturaliza. Principios como la operatividad de los derechos contemplados en el Pacto de San José, la supremacía de los tratados internacionales o el reconocimiento de un derecho a litigar a partir de un interés difuso, son argumentos muy valiosos. Pero el tribunal los utiliza para justificar una decisión que puede ser considerada como riesgosa para esos mismos derechos humanos que tales principios buscan resguardar.

Hay que distinguir dos cosas: dos temas grandes que tiene este fallo. Por un lado, y es lo que yo rescato tanto en el voto de la mayoría como en el de la minoría, se reconoce la operatividad de las cláusulas de los tratados internacionales que consagran derechos humanos. Esto me parece esencial. Por el otro hay un problema de legitimación, en donde puede haber discrepancias. Recoger esta tesis de intereses difusos para legitimar a alguien que siente una afección en sus ideas, en sus sentimientos religiosos, en su ideología, sería realmente negativo y limitaría la libertad de prensa.

La conversación fluye. Aunque difícilmente se pueda decir que en forma espontánea. De un modo u otro, es inevitable desembocar en el tema de la corrupción.

Hace cuatro o cinco años, en un reportaje, Zaffaroni dijo que no existía un grado de corrupción preocupante en nuestro Poder Judicial. Inclusive, él dijo estar seguro de sus dichos ya que, en el marco de la Justicia local, todos los funcionarios se conocían y se sabía cuando alguno cometía prevaricato. Comparando esa opinión con los datos que recogimos en esta encuesta, parece ser que en pocos años la situación ha empeorado en forma sensible. ¿Ud. cree que esto tiene que ver, al margen de otras cuestiones también importantes, con una desaparición de esa "Gran Familia Judicial"? Desde que se reinstauró la democracia, ¿el Poder Judicial ha dejado de estar en manos de quienes históricamente lo sostuvieron?

No. Nunca hubo tal recambio en el Poder Judicial. Les diría que es una paradoja, pero a pesar de no existir una carrera judicial, en términos generales se observa una suerte de hilo conductor, de permanencia, una especie de staff que de algún modo ha estado en los distintos gobiernos o que, habiéndose ido, ha retornado.

No ha habido ninguna razón estructural que pudiera modificar esto. Lo que pasa es que tenemos que ser sumamente cuidadosos acerca de qué entendemos por corrupción y a qué se están refiriendo esos abogados cuando se refieren a ella. No es tan dramático, a mi manera de ver, el problema de la corrupción en la Justicia. La situación es muy distinta a la del resto de los poderes del estado. Tal vez en esto incida la no accidentalidad de las funciones. La permanencia en una función permite un mejor monitoreo de la actuación de los jueces. Cuando un individuo dicta decisiones erráticas durante mucho tiempo inexorablemente va a ser estigmatizado.

"El sistema incluso lo va a segregar", dice. Y entonces no es difícil relacionar esta segregación con la del leproso, aquel que, como la mancha de aceite a la que después se referirá, va extendiendo sus perjuicios por doquier. No hay dudas que cada vez se deja más solos a los corruptos. Arslanán insiste en la necesidad de no dejar que ciertos jueces duerman el sueño de los justos y cuando uno de los entrevistadores retoma la necesidad de modificar el sistema de remoción, el ex-ministro interrumpe para decir que "urgente", que "podemos ser extraordinarios en la designación pero de nada nos sirve si no somos capaces de segregar a los jueces corruptos".

Nuestra idea cuando imaginamos la encuesta era rastrear la diferencia de percepciones respecto de la corrupción en la Justicia entre los abogados, que tienen un contacto directo con los magistrados, y el resto de una población que opina que el Poder Judicial es tan corrupto como cualquier otro. Sin embargo, no encontramos tal desfase...

La corrupción es una mancha de aceite que se extiende en el agua y que va involucrando distintos sectores, no se concentra exclusivamente en uno. Y el problema tiene que ver con el poder, por supuesto, pero también tiene que ver con quienes quieren obtener cosas del poder. Si la corrupción entra por la puerta del Palacio de Justicia, es porque entra de la mano de los abogados. Si no, es imposible que pueda haber corrupción. Yo completaría la encuesta y le preguntaría a los jueces que piensan de los abogados. Probablemente vamos a encontrar un curioso correlato. Más de una vez un juez habrá recibido la sugerencia del abogado y la habrá rechazado. Por eso, respecto de estas cosas, hay que tener sumo cuidado: el fenómeno es global y hay que interpretarlo como una fuerza expansiva abarcadora que tiene la vida de una sociedad.

pensado muchas veces como realización en el Estado de un principio moral, desde sus inicios fue concebido como un sitio de perpetua imperfección. Aun para aquellos convencidos de las bondades de un esquema institucional basado en un complejo sistema de contrapesos, la Justicia fue siempre la variable de ajuste para solucionar los desfasajes temporarios. Sin embargo, los números de estas respuestas, la cuantificación de las sensaciones, no hablan de un desarreglo coyuntural sino de una bastardización del valor, de un relegamiento de la Justicia como consigna. Y es ahí donde todo tiempo pasado aparece como mejor, favorecido por una distancia que obliga a olvidar los aquellos primeros pecados radicales. (Ver diferencias en cuadros 2 y 3).

Desprestigiada la escritura como forma de acceso a la Justicia, el juicio oral se presenta como el nuevo fetiche, como una alternativa válida para revertir este trayecto, para impedir el desplazamiento. La agilización de los trámites y el logro de una mayor transparencia en los procesos judiciales como las dos razones más importantes para respaldar la nueva ley ratifican que, inclusive para los especialistas en el arte de la retórica, una exagerada burocratización y un riesgoso ostracismo judicial son pilares en la consolidación de un Poder Judicial injusto.

Un 18 por ciento, en cambio, no está de acuerdo con la reforma. Entre los escépticos, están aquellos que no creen que el nuevo Código vaya a solucionar los problemas y otros que aseguran que es un cambio ficticio. Es un 18 por ciento que parece privilegiar, al momento de la evaluación, los numerosos desarreglos -¿funcionales?- que arrastra, desde sus orígenes, el nuevo procedimiento penal.

Acuerdo con la reforma procesal penal

Sí 76 %	Porque	%
	Agiliza el trámite judicial	73
	Le otorga transparencia al proceso	70
	Descomprime el trabajo de los juzgados	23
	Obliga al profesional a hacerse cargo personalmente de las causas	4
	Otros	1
No 18 %	No va a resolver los problemas	47
	Es una reforma ficticia	31
	Se eligió el peor de los proyectos	25
	Por incapacidad profesional	22
	Falta infraestructura	19
	Es el juez el que investiga	9
	Otros	15

¿Están capacitados los profesionales (jueces y abogados) para el desempeño en el juicio oral?

	%
No	51
Sí	39
No sabe/No contesta	10

* Este artículo ha sido publicado, conjuntamente con la encuesta que comenta, en el número de octubre de la revista 5º Poder.

En este contexto de una pérdida generalizada de credibilidad, se ha producido un desplazamiento de los reclamos y las denuncias desde los tribunales hacia los medios masivos de comunicación ...

Es un tema preocupante que tiene que ver con el nuevo rol del periodismo en la democracia; preocupante porque se le están dando funciones que son propias de ciertos órganos del estado a otros ámbitos en los que no se puede hacer una discusión serena, ni un análisis ponderado. No me parece bueno. Esto ha tenido manifestaciones positivas, por supuesto, pero pienso que no es lo correcto.

Pero esta traslado, ¿no tiene que ver con un mal desempeño de otras instituciones? ¿Cuáles son las causas de este corrimiento?

Hay dos temas muy importantes. En primer lugar, la prensa nunca había considerado como tema nuclear el problema de la corrupción. Pero, además, la prensa, hasta 1983, no se había interesado en el escenario judicial. Creía que esto no era una noticia, que no tenía tela. Nunca se le ocurrió hacer un seguimiento adentro de los tribunales porque los jueces les cerraban las puertas y les decía que había secreto de sumario. Hoy esto no es así. El periodismo va a tribunales e investiga y se entera porque tiene una comunicación diferente con los jueces. Los jueces le cuentan, no está más esa barrera infranqueable del secreto de sumario. No es más un misterio ni tampoco algo solamente para iniciados lo que pasa en el Palacio de Justicia. Y todo esto tienen que ver con un cambio de actitud que ha tenido la justicia en el que el hito fundamental fue el juicio oral y público a las juntas. Se abrieron las puertas al periodismo, se permitió que ingresara y se instalara para siempre; por eso yo digo lo del camino sin retorno. Esto es bueno. Pero también deben preservarse las competencias de cada uno y evitar que la discusión periodística pueda perjudicar intereses muy legítimos o tan legítimos como la libertad de información.

Pero, insisto, ¿cuáles con las razones por las cuales la denuncia se traslada desde el Poder Judicial a los medios de comunicación?

Hay muchas. La primera y principal es la inoperancia, que nosotros hemos intentado corregir, de la Justicia. Una Justicia que no es capaz de resolver problemas sino en el transcurso de un lustro o de una década, pierde credibilidad. He hecho investigaciones de campo, durante mi gestión como ex ministro, que son estremecedoras acerca de la actuación de nuestros tribunales. Están absolutamente fuera de condiciones para poder atender

los requerimientos sociales. Entonces hay cuestiones que se canalizan por otro lado. La otra razón es la importancia que tienen los medios como poder. Los medios de comunicación ejercen presiones sobre los jueces y empujan decisiones que de otra manera los jueces no tomarían. Es un fenómeno de cierta complejidad pero que está íntimamente vinculado con la transición democrática. Es propio de ella.

La última respuesta, la que se refiere a la responsabilidad del Poder Judicial en el corrimiento del reclamo, ha sido el final feliz después de una afonosa búsqueda que no se detendría hasta arribar a un mea culpa institucional. Pero previo al logro del objetivo, Arslanián hizo hincapié en ese camino sin retorno que es nuestra democracia y en la capacidad actual -distinta a la que existió durante los gobiernos anteriores- de la Justicia para procesar personas vinculadas al poder. Exhaustos, los encargados de hacer las preguntas se decidieron a entrar en lo que, después lo averiguarían, sería el punto más conflictivo.

Usted es una figura muy ligada a la sanción del nuevo Código de Procedimientos en lo Penal. En el diario "La Nación", por ejemplo, se habló de la promulgación de la nueva ley como una victoria suya pero como una victoria a lo Pirro. Esto es, que quedó tan desgastado después de la promulgación que no pudo disfrutar de ese triunfo. ¿Ud. se siente realmente identificado con este nuevo código? ¿Cree que fue su principal caballo de batalla y el mayor logro de su gestión?

Era un imperativo para nosotros. Para el gobierno por un lado, pero también para el polo democrático, nuestro, argentino, lograr una transformación del sistema de enjuiciamiento. Para poder entender la importancia, la significación institucional de esto, habría que hacer primero una distinción muy clara entre lo estrictamente procedimental y lo estructural. El cambio de un procedimiento no es evidentemente una panacea ni tampoco para envanecerse, ni para hacer tanta alharaca. Pero sí es para envanecerse y para hacer la alharaca, esta batalla que hemos librado entre el pensamiento autoritario y el pensamiento democrático. Porque la antigua legislación, escrituralista, secreta, inquisidora, en realidad era la expresión muy clara de un pensamiento autoritario. Mientras que esta nueva propuesta que estamos haciendo, y que pusimos a confrontar con lo otro, es la expresión del pensamiento democrático. Esta es la gran victoria que hemos logrado. Porque cuando democratizamos de esta manera la per-

secución penal y el enjuiciamiento, estamos también democratizando a los jueces. Esta no es una victoria a lo Pirro, es una gran victoria. Lo que pasa es que para poder interpretar estas distinciones y darle valor a las cosas, también hay que tener un cierto tipo de sensibilidad que no siempre se tiene.

Sin embargo, determinadas características técnicas de la ley pueden ser cuestionadas a la luz de otras alternativas que se presentan como más democráticas. Por ejemplo, se ha criticado duramente la elección de una etapa instructoria muy similar al sistema inquisitivo del código anterior.

Puede discutirse realmente si el mejor modelo es el que hemos puesto en vigor o si acaso hay uno que exprese mejor el pensamiento democrático del que yo les hablaba. El código es un progreso porque se avanza sustancialmente sobre el régimen anterior. Además, hemos introducido reformas que todavía no se han podido valorar y habrá que esperar hasta que empiecen a funcionar y se vea qué importancia tienen. Por ejemplo, este aúso de citación directa con la delegación a los fiscales de la investigación preparatoria, la asistencia a la víctima, la oficina de asistencia a los testigos, la limitación a los poderes policiales en cuanto a la brevedad del tiempo que pueden mantener a una persona incomunicada, etc. Es un progreso sobre el sistema anterior. A lo mejor un sistema acusatorio puro estaría mejor expresado en una mayor descentralización de los roles: el fiscal por un lado, el juez por el otro, la citación directa que es una alternativa muy interesante. Yo creo que hay que hacerle entender a la opinión pública y a los jueces que la función del juez se vincula más con la preservación de las garantías que con la persecución del delincuente.

Por momentos, con la lectura del nuevo código surge la sensación de que nos quedamos a mitad de camino. Y, en otros casos, disposiciones de mucha relevancia, como la delegación de la investigación a los fiscales, aparecen apenas planteadas en una forma, a veces confusa, que dificulta su aplicación. ¿No se trata en estos casos de una mera expresión de deseos?

No. Esto estaba racionalmente planteado. Las modificaciones que hicimos fueron un poco de marcha forzada porque nos encontramos con que había un proyecto remitido al congreso y empezamos a operar sobre el mismo y en condiciones ..., en fin. Pero estaba pensado en lo que podríamos llamar un equilibrio ecológico, un equilibrio del ecosistema. Esto se empieza a desequilibrar cuando la Comisión de Legislación Penal, justamente para enervar de alguna manera esta

nueva facultad, aumenta la cantidad de jueces de instrucción. Esta fue la gran discusión que sostuvimos en la Comisión, en donde no queríamos que se alterara este equilibrio porque entendíamos que la delegación en el Ministerio Público Fiscal iba a ser una natural consecuencia del trabajo. Cuando se aumenta así la cantidad de jueces de instrucción, se atenúa mucha esa necesidad de hacer esas delegaciones, que deben ser la antelada de un régimen de citación directa.

¿Ud. no cree que con la promulgación de esta ley las cuestiones políticas tuvieron una exagerada injerencia dentro de lo que debería haber sido un proyecto con un bagaje académico importante? Inclusive, hace un par de años, existió otro proyecto de código que en esta oportunidad ni siquiera fue tomado como referente para la redacción final de la ley que se aprobó.

Sí, pero es un mérito del Presidente la toma de decisión política de llevar adelante el cambio. Esto es lo básico. Por cierto que se podía optar por una u otra alternativa, él optó por el proyecto Levene, pero no nos olvidemos que venía de naufragar el proyecto de Maier. De modo que la decisión política que quería ser exitosa se vinculó más a la primera alternativa. Esto fue lo que se hizo. En cuanto a la discusión política, insisto, la gran batalla es la lucha que se planteó y se ganó entre el pensamiento autoritario y el democrático. ¿Qué defienden los que defienden el escrituralismo? Defienden el secreto, defienden amplios poderes del juez, defienden el poder de un juez que secuestra correspondencia, que puede hacer allanamientos, que puede incomunicar en términos prorrogables, que puede dictar una prisión preventiva que no es excarcelable durante mucho tiempo, que puede procesar sin dar el más mínimo fundamento. Pero para qué. ¿Para qué tanto poder a los jueces? Para el ejercicio de la jurisdicción en casos que en modo perverso selecciona el sistema. Jueces muy poderosos pero sólo para investigar una particular franja criminológica argentina, excluyendo otro tipo de hechos. Lo que plantea la criminología moderna ..., por no decir crítica. Esta es la lucha. Esta es la batalla que se gana contra el autoritarismo. Lo demás no tiene importancia.

Actualmente se está hablando de una suerte de desembarco del Ejecutivo por sobre la nueva estructura penal a partir de nombramientos que, si bien en algún momento se trataron de blanquear a través de un Consejo de la Magistratura, después se descubrió que el Poder Ejecutivo se sigue manejando con la misma arbitrariedad para la selección de los magistra-

dos. ¿Cómo percibe Ud. está cuestión de la instauración del nuevo proyecto en relación con aquel contexto de la independencia del Poder Judicial del que hablábamos antes?

De ninguna manera ha sido ésta, ni la finalidad ni la intención que presidió la reforma. Las designaciones hechas durante mi gestión, recibieron beneplácito por parte de la Asociación de Abogados, por ejemplo, del Colegio de Abogados. El Poder Ejecutivo puede cometer errores, ceder a tentaciones. Para usar alguna figura, debería atarse al palo de la nave como Ulises para resistir el canto de las sirenas. Pero creo que hay una responsabilidad extraordinaria del Senado de la Nación. El Senado de la Nación es el que da el acuerdo, entonces, si el Poder Ejecutivo se equivoca, el Senado a lo mejor acierta. Esto es lo mismo que pasa con la Cámara de Diputados en relación con el juicio político. Entonces que cada cual atienda a su juego.

(Y es ineludible preguntarse cuál es el fuego que debemos atender algunos).

Yo le dije al principio de la conversación que uno de los secretos, tal vez abecedario, para el éxito de cualquier sistema o de incorruptibilidad de un sistema, está en la selección de los hombres, en el acierto que se tenga por elegir a gente honesta y conocedora. Esta es una responsabilidad del gobierno. Hay que nombrar 237 personas. Es la gran oportunidad que tenemos, como gobierno democrático. Este es el gran desafío: hasta qué punto se puede tener más nivel de acierto que el que tenían las autocracias militares.

Uno de los reporteros, más osado que el otro, se anima a preguntar sobre la implantación del Código a partir del alejamiento de su cargo. Pero Arslanian no quiere contestar "por razones obvias". La situación es incómoda aun cuando se trata de transformar la pregunta en una cuestión jurídica a partir de ciertas decisiones de la Corte Suprema sobre este tema (vgr. acordada sobre la transformación de algunas salas en tribunales orales o sobre las disidencias de Petrachi y Belluscio sosteniendo que la nueva ley todavía no está vigente). Pero el entrevistado insiste en la negativa.

Es preferible entonces, mientras una señal clara del dueño de casa nos dice que el tiempo del interrogatorio se está acabando, virar radicalmente la dirección de las preguntas:

El último tema que le queríamos plantear es el de la situación carcelaria.

El problema carcelario es un problema pendiente. La primera cosa que tenemos que hacer en el Servicio Penitenciario es desmilitarizarlo. Hicimos cosas conducentes a ello. En primer lugar tratamos de incorporar nuevas ideas: modificamos el programa de enseñanza, democratizamos sus contenidos y los hicimos afines y compatibles con la naturaleza y el fin de la pena. La segunda cuestión, en este orden, era desacralizar la pena privativa de la libertad y acompañar la sanción penal y la respuesta penal total de otras alternativas tan exitosas y menos estigmatizantes que la pena. Y por eso el proyecto que le pedimos a Zaffaroni sobre penas alternativas que hemos mandado al Parlamento. Esto es un progreso muy grande porque nos aleja cada vez más del retribucionismo final.

Con respecto al problema de los presos sin condena, hemos tratado de mejorar su situación a través de la nueva ley de procedimiento y un proyecto que hemos mandado al Congreso de probation: la suspensión del proceso a prueba. El 60 % de las sentencias que dictan nuestros tribunales son sentencias de condena en suspenso. Si retraemos del conocimiento de los tribunales de juicio las condenas en suspenso, esto va a dar mucho más velocidad para la resolución de las causas más graves.

El nuevo código, ¿no es un poco esquizofrénico cuando establece que el principio es la libertad del imputado durante el proceso, pero después mantiene un sistema de excarcelaciones similar al del código viejo? En este sentido, no parece haberse avanzado en la posibilidad de excarcelar a un procesado, por ejemplo, por razones excepcionales.

Sí, realmente sí. Pero todavía creo que nuestra sociedad, incluso nuestra sociedad política, está a una distancia de entender cuáles son los mecanismos y los lineamientos de la política criminal y cómo se concilia esto con las libertades individuales. Es un problema delicado. Hay una sociedad que se contenta más con un discurso duro que con un discurso liberal. Yo me he encontrado con la necesidad de contener un poco del discurso mio y del pensamiento mio para no incurrir en una contradicción con lo que el medio espera.

¿Ud se ha sentido presionado por una sociedad autoritaria?

Sí, sí. Una sociedad a la que el discurso que hay que bajarle es un discurso distinto. El presidente Menem, que es un hombre con una gran habilidad política, un gran *feeling* para saber qué se demanda, exhuma periódicamente la pena de muerte porque responde a esas presiones, a la expresión de la sociedad autoritaria.

Una solicitud

“ ... un texto de Weber (...) decía más o menos: ‘Los agentes sociales obedecen a la regla cuando el interés en obedecerla importa sobre el interés en desobedecerla’. Esta buena y sana fórmula materialista es interesante porque recuerda que la regla no es automáticamente eficaz por sí sola, y obliga a preguntarse en qué condición puede una regla ser eficaz.

(...) Para ponerse en regla, hace falta conocer la regla, los adversarios, el juego al dedillo. Si hace falta proponer una definición transcultural de la excelencia, diría que es el hecho de saber jugar con la regla del juego hasta los límites, incluso hasta la transgresión, permaneciendo por completo en regla”.

(del texto de Pierre Bourdieu “Habitus, código y codificación” que se publicará el próximo número)

El premeditado secreto con que se manejan algunos aspectos de las relaciones internacionales de nuestro país ha dificultado que la opinión pública conozca acabadamente el objetivo de una insólita solicitud de opinión consultiva presentada por nuestro gobierno a la Corte Interamericana de Derechos Humanos con sede en San José, Costa Rica. Creo que la única difusión de este episodio está dada por un artículo que publiqué en el matutino Página 12 el 12 de agosto pasado, bajo el título “La defensa necesaria”.

La cuestión es la siguiente. Con fecha 7 de mayo de 1992 tuvo entrada en la citada Corte una presentación datada en Punta del Este el 17 de diciembre del año anterior, que lleva la firma de los ministros de Relaciones Exteriores de la República Argentina, Guido Di Tella y de la República Oriental del Uruguay, Héctor Gros Espiell. Al respecto dos cosas llaman la atención. La primera el tiempo transcurrido entre la suscripción del documento y su ingreso. Y la segunda, el lugar donde tuvo lugar la signatura, que no es ninguna de las capitales de ambos Estados, sede de los respectivos gobiernos nacionales, sino una conocida playa de descanso. Aunque esta última observación pareciera intrascendente, no quiero pasarla por alto por lo que voy a decir más adelante. En la misma los ministros mencionados requieren a la Corte —utilizando un derecho conferido por el artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (1969)— su interpretación de los artículos 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la misma Convención.

No se trata, por cierto, de una intención académica. Apenas se lee la totalidad del documento se advierte que su contenido está ligado a la situación creada a ambos gobiernos como consecuencia de la resolución de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con sede en Washington, de fecha 4 de octubre de 1991, por la cual dicho organismo concluyó que las leyes argentinas de punto final (Nº 23.492) y obediencia debida (23.521) y los indultos posteriores y la ley uruguaya de caducidad

(amnistía), violan el artículo I (Derecho a la vida, a la libertad, seguridad personal e integridad) y artículo XVIII (Derecho de justicia) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y los artículos 1, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Dicha decisión fue notificada —irregularmente— sólo a los Estados involucrados y no a las partes denunciadas, entre las cuales se encuentran ciudadanos asistidos por los letrados del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), que presido. Tampoco fue dada a publicidad, aunque finalmente se conoció su texto por una infidencia del ministro uruguayo de Relaciones Exteriores Gros Espiell. Mientras el gobierno uruguayo presentó su descargo en un tono inusitadamente violento para este tipo de comunicaciones, las autoridades argentinas prefirieron, con acierto, mantener un perfil bajo, limitándose a señalar que estaban procurando indemnizar a las víctimas. Se trataba en realidad de una causa perdida. En efecto, la CIDH, luego de muchas vacilaciones y demoras, ratificó su decisión y dispuso la publicación de ambos informes (28/92 para la Argentina y 29/92 para el Uruguay) en su sesión del 2 de octubre de 1992.

No voy a detenerme en el análisis de ambos documentos, porque entiendo que constituyen el tema de otra colaboración en esta revista. Pero me he visto obligado a reseñarlos para que se comprenda el origen del pedido de opinión consultiva. ¿Qué pretenden ambos gobiernos con esta solicitud? Basta la lectura de los artículos cuya interpretación se solicita y la redacción de las preguntas transmitidas a la Corte, para advertir que la intención de los firmantes es limitar las atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para interferir en la cuestión planteada o, más probablemente, impedir que en el futuro se repitan estas intervenciones de un órgano regional exigiendo a los Estados firmantes de la Convención el respeto de sus términos. O en otras palabras, el respeto de la dignidad humana, conculcada por las leyes y decretos antes citados. Los artículos 46 y 47 de la Convención, cuya interpretación se

mal intencionada

Por Emilio F. Mignone

requiere en forma intencionada, se refieren a las condiciones de admisibilidad de las denuncias presentadas ante la Comisión. Los gobiernos peticionantes se preguntan si la CIDH puede pronunciarse sobre el fondo después de haber objetado la forma. Los artículos 50 y 51 están vinculados con el problema de la publicación de los informes de la CIDH, que, evidentemente, Di Tella y Gros Espiell quieren restringir, pretendiendo un trámite secreto, como en los tiempos de las monarquías absolutas.

Quien conoce el paño se da cuenta enseguida de que se trata de un texto típico —y de puño y letra— del ministro uruguayo Gros Espiell, prolífico autor de derecho internacional público, especialmente en materia de derechos humanos, que está ahora borrando con el codo lo que escribió antes con la mano. Es indudable que el ministro Di Tella, menos ducho en estos ver-

cuetos jurídicos por su condición de economista, se dejó envolver frívolamente por Gros Espiell en una tarde soleada de Punta del Este, saboreando una copa en algún bar de moda. Porque no existe coherencia entre este pedido de opinión consultiva y la política de ambos Estados en relación con la CIDH. Mientras Gros Espiell está llevando adelante una insidiosa campaña para desacreditarla y quitarle funciones, el ministerio de Relaciones Exteriores argentino, con mayor sensatez y a través de sus diversos representantes, la apoya habitualmente en las asambleas generales de la OEA, como en la última que tuvo lugar en Nassau, capital de las Bahamas, entre el 18 y el 23 de mayo de 1992.

En esta discusión bizantina se plantea una cuestión de fondo sobre la cual tengo una firme convicción a lo largo de toda mi vida (recuerdo un artículo mío sobre ese tema en un periódico pueblerino nada menos que en

1944). Se trata de las limitaciones a la soberanía de los Estados. Siempre he creído, fundado en mis convicciones religiosas, filosóficas y jurídicas, que no es aceptable la soberanía absoluta de los mismos, aunque se la disfrace con los títulos más honrosos de la no intervención y de la autodeterminación de los pueblos. Un pueblo tiranizado no puede autodeterminarse. Por encima del Estado está el Hombre. Creo que más allá de la llamada soberanía existe la exigencia del respeto a la dignidad de la persona humana, un ser irrepetible, autónomo y con derechos y valores inalienables. En otras palabras, los derechos humanos, proclamados en la actualidad, felizmente, por la Declaración Universal y por la Convención Interamericana de 1948, están por encima de esa pretendida soberanía absoluta y sus resguardos lo constituyen el Derecho Internacional de los Derechos Humanos —en franca expansión— y los órganos, como la CIDH, nacidos para salvaguardarlos. Sin olvidar a las organizaciones no gubernamentales, como Amnistía Internacional.

Podría desarrollar otras consideraciones jurídicas acerca de lo inaceptable de las pretensiones de los gobiernos rioplatenses, pero se trata de cuestiones muy técnicas y aburridas, que incluiré en un Amicus Brief que el CELS presentará antes del 16 de noviembre próximo, vencimiento del plazo para las observaciones, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Si a NO HAY DERECHO le interesa, podrá publicarlo.

Prefiero por ello mantenerme en el plano de los principios generales y de las motivaciones políticas, para no decir mezquinas, de los peticionantes. Con esta presentación sólo se pretende, insisto, recortar las atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por la molestia que causa a ambos gobiernos su actitud de señalar la incongruencia de las leyes y decretos citados con las obligaciones solemnemente contraídas por ambos Estados al suscribir y ratificar las Convenciones Interamericanas reiteradamente mencionadas. Esperemos que ello no ocurra.



La justicia en el laberinto

D i s p a r e n

contra la Comisión Interamericana
de Derechos Humanos.

Por George C. Rogers

La comunidad internacional, conmovida por los sucesos de violencia en Croacia, la matanza de personas en la guerra civil de El Salvador y la injusticia del sistema de apartheid en Sudáfrica, ha buscado dar una respuesta a estas inhumanidades a través de nuevos mecanismos de acción y decisión dentro del marco de las Naciones Unidas o el Consejo de Europa.

Mientras tanto, en América del Sur, Argentina y Uruguay han tratado de recortar los poderes de este tipo de organismos protectores de derechos humanos básicos. Tal intento comenzó hace un año, cuando los gobiernos de Argentina y Uruguay presentaron un pedido de opinión consultiva a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Doctor Héctor Fix Zamudio. Ambos gobiernos pidieron que la Corte aclarara las competencias, los procedimientos y las maneras de tratar los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, conforme a los términos de la Convención Americana de Derechos Humanos que la regula.

Los gobiernos de Argentina y Uruguay pidieron que la Corte aclare el poder inherente de la Comisión para dar opiniones sobre la conformidad de leyes internas con normas de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos. Asimismo, preguntaron si la Comisión puede opinar sobre los méritos de un caso aún cuando se haya declarado inadmisibile. Finalmente, pidieron una opinión sobre la competencia de la Comisión para combinar dos informes que figuran en el proceso de resolución de casos presentados a la Comisión: el informe inicial y reservado con el informe público comentando sus conclusiones.

Tales preguntas son muestras de un intento de los gobiernos citados de recortar el impacto de las condenas recibidas de la Co-

misión Interamericana de Derechos Humanos, que falló en contra de las leyes de Punto Final, Obediencia Debida y los indultos.

En Octubre del año pasado, un informe de la Comisión entregado al gobierno de Argentina (semejante a uno entregado al gobierno de Uruguay) relativo a varios casos de desaparecidos presentados ante la Comisión, condena esas leyes calificándolas como violatorias de la Convención. La Comisión reforzó este informe, supuestamente secreto, en otra resolución de Octubre de 1992, donde agrega que la Argentina debe tomar medidas para investigar las desapariciones.

Aunque los gobiernos lo niegan, el pedido de Opinión Consultiva busca frenar el impacto de las condenas.

I. La primera pregunta se refiere a la competencia que la Comisión tiene para dar opiniones sobre la legalidad de leyes domésticas. La nota de los cancilleres de Argentina y Uruguay pregunta si, en relación a los derechos protegidos por los Artículos 23, 24 y 25 de la Convención, la Comisión es competente para dar opiniones sobre legislación interna de acuerdo a los Artículos 41 y 42 de la Convención, especialmente con relación a su razonabilidad y autenticidad.

Se nota que la pregunta es confusa y su punto central busca simplemente atacar la posibilidad de que la Comisión disponga *ex ante* sobre leyes que puedan afectar los derechos protegidos por la Convención.

La importancia de la pregunta no responde tanto a los derechos políticos del artículo 23 ni a la igualdad ante la ley establecida en el artículo 24, como a la protección judicial regulada por el artículo 25 de la Convención. Este último derecho engloba todos los demás derechos protegidos por la Convención por la siguiente razón: una ley que res-

tringiera este derecho fundamental podría llegar a limitar todos los demás. Es importante que la Comisión tenga competencia no sólo para examinar cualquier ley que limite algunos de los derechos fundamentales (vida, integridad física, condiciones de encarcelamiento, etc.) sino también para analizar toda ley que limite el acceso a la justicia de aquellos que involuquen su afectación. Toda ley, formalmente interna, pero que haga perder la facultad de acudir a los tribunales internos del propio país en reclamo de algún derecho protegido, es contradictoria con los objetivos y finalidades de la Convención.

Este último punto encuentra un refuerzo en los términos de la misma Convención, cuyo artículo 41 otorga a la Comisión, entre otras funciones y atribuciones, la de proponer a los Estados medidas relacionadas con su propio derecho interno. Dicho artículo concede la facultad de:

"b) Formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos".

Estas facultades de la Comisión no se limitan a poder actuar solamente en las peticiones que se le someten.⁽¹⁾ En realidad, las dos atribuciones (de procesar peticiones y formular recomendaciones) no son excluyentes sino que deben ser utilizadas en forma conjunta.

Este argumento se apoya también en el Estatuto de la Comisión, que le otorga las mismas atribuciones para formular recomendaciones a los gobiernos en su artículo 18 (b). Asimismo, el Reglamento de la Comisión agrega, al referirse a la elaboración de

un informe por la Comisión en un caso particular, que "Al transmitir el informe, la Comisión podrá formular las proposiciones y recomendaciones que juzgue convenientes"⁽²⁾.

Retomando el tema de las atribuciones de la Comisión para calificar y dar su criterio sobre la regularidad jurídica de leyes internas a la luz de la Convención, el Estatuto y el Reglamento de la Comisión, parece indudable que las tres apuntan a aceptar que tales comentarios no sólo son posibles, sino que son necesarios al examinar el comportamiento de los Estados miembros, especialmente en casos de violación de los derechos tutelados por la Convención. No considerarlo así tomaría al sistema interamericano de protección de los derechos humanos totalmente ineficaz e ilusorio.

La incursión que puede significar una opinión de la Comisión referente a una ley nacional no viola ningún precepto de derecho interno o internacional, pues por el hecho de firmar la Convención o cualquier otro instrumento internacional, un estado cede una parte de su soberanía.

II. La segunda pregunta postulada por Argentina y Uruguay es si la Comisión puede pronunciarse sobre el fondo de un caso luego de haberlo declarado formalmente inadmisibile. Esta pregunta apunta otra vez a limitar las atribuciones y cometidos de la Comisión ya señalados. Tales facultades de comentar y formular recomendaciones, en referencia tanto a un caso particular como en forma general, parecen dar a la Comisión el derecho de fijar su posición sobre un caso, aún cuando se lo declare inadmisibile. Pese a que una consideración relativa a un determinado caso puede parecer un pronunciamiento sobre el mismo sin las garantías del pleno desarrollo de los hechos en forma contenciosa, tal consideración podría contribuir a una resolución del caso puntual o a evitar para el futuro la aparición de nuevos casos similares, especialmente si la inadmisibilidad proviene de una falla técnica.

Por ejemplo, aunque bajo los términos estrictos de la Convención, la Comisión no debería admitir un caso en el que hayan transcurrido más de seis meses de agotados los recursos internos, sería un gran retroceso para lo que se ha avanzado en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos si la Comisión, determinada la existencia de violaciones de derechos amparados por la Convención, no se pronunciara respecto de tal caso, limitándose a la no consideración por razones técnicas de la petición, perdiendo así la oportunidad de adelantar un paso más en el camino hacia la protección internacional de estos derechos.



III. Finalmente, la tercera pregunta radica en si la Comisión puede subsumir en un solo informe los dos informes a que se refieren los artículos 50 y 51 antes de que transcurran los tres meses fijados para una respuesta gubernamental.

El texto del artículo 50 (1) de la Convención indica que la Comisión debe hacer un informe exponiendo los hechos y sus conclusiones si no se resuelve el caso dentro del plazo indicado en el Estatuto. Tal informe se trasmite al Estado parte, el que no estará facultado para publicarlo. Artículo 50 (2). Después de tres meses de haberse remitido el informe, si el asunto no ha sido resuelto o sometido a la decisión de la Corte o por el Estado interesado, la Comisión podrá emitir su opinión y conclusiones sobre la cuestión sometida a su consideración (artículo 51 (1)) y por voto de mayoría, decidir su publicación (artículo 51 (3)).

Parece lógico que como es la misma Comisión la que redacta

los textos del informe inicial y del informe a publicar, es una atribución de la propia Comisión decidir si sería de utilidad o una mera pérdida de tiempo, el dejar transcurrir los tres meses para llegar luego a un nuevo informe que finalmente sería el publicado.

Obviamente, si por parte del Estado existe evidencia de una voluntad de dar cumplimiento a la Convención, sería justo y equitativo si, dentro del espíritu y los términos de la misma, la Comisión esperara que transcurrieran los plazos indicados en el artículo 51 (1). Pero si, en cambio, la actitud del Estado ha sido la de eludir la responsabilidad que le cabe dentro de los términos de la Convención o, en un caso extremo, no responde a las peticiones de la Comisión, parece pertenecer a las atribuciones de la Comisión la decisión de no esperar más para llegar a sus conclusiones finales, incluida su publicación.

Esperamos que cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en febrero de 1993, considere las cuestiones interpuestas por Argentina y Uruguay, actúe fortaleciendo la Convención y no recortando la amplitud que debe darle dentro del espectro de protecciones de los derechos humanos. Para ejercer el protagonismo que los propios Estados les han conferido, la Comisión, la Corte y todo el sistema interamericano de protección de los derechos humanos deben constituirse en portavoces de las palabras y el espíritu de la Convención: para ello, necesitan poder pronunciarse sobre cualquier violación a derechos humanos o cualquier situación que pueda llegar a constituir una violación: trátase de leyes internas, casos inadmisibles o informes y conclusiones que necesiten salir con urgencia al aire libre. Así podrán cumplir con el desafío de la Convención: promover y proteger en todas las circunstancias y en todo momento los derechos del hombre.

Este artículo se adaptó de un memorandum escrito en parte por el autor y mandado a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por parte de abogados y los grupos de derechos humanos de Argentina.

NOTAS

(1). El artículo 41 (b) de la Convención da la función a la Comisión de: "actuar respecto de las peticiones y otras comunicaciones en ejercicio de su autoridad de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 a 51 de esta Convención".

(2). Estatuto de la Comisión, artículo 47 (1).

ANALISIS ECONOMICO JURIDICO EN LA CONTRATACION DE ADHESION DE LOS SISTEMAS DE AHORRO PREVIOS O PREPAGOS

Por CARLOS A. GHERSI

El empresario que desarrolla su actividad en el comercio, conoce que un emprendimiento significa la proposición de objetivos y la verificación que en lo económico satisface sus ambiciones.

Una firma comercial, se enfrenta a un mercado con determinadas condiciones de oferta y demanda, en donde los precios medidos en costos implican un dato sumamente importante.

La multiplicidad de factores que inciden en la **formación de esos precios**, se ha hecho hoy sumamente compleja y dados los adelantos tecnológicos, con programas de computación, muy sencillo de analizar.

Una cuestión importante es el **costo** del dinero, es decir investigar la tasa de interés, para los diferentes períodos.

La selección de la tasa de interés, es un problema que ha de enfrentar, no sólo el empresario que desea realizar el proyecto, sino que debe ser medido con todo el **sector** del rubro elegido para desplegar la actividad y de manera comparativa, para saber cual será la relación e impacto en otros sectores de la economía, incluso el Estado en base a ello realiza determinadas medidas de política económica.

Por lo tanto, esto es un trabajo sistemático sobre circunstancias económicas, que interesan no sólo al empresario que pretende proyectar su emprendimiento al mercado, sino a todos los agentes económicos e incluso, hasta a los niveles gubernamentales.

La característica universal del proceso de nacimiento y desarrollo de una empresa en una economía de mercado está ligado efectivamente a entidades financieras.

Esta es una observación de carácter empírico, derivada de los antecedentes históricos y que hasta la fecha no ha sido controvertida, formulación que alcanza - en general - en los países subdesarrollados, hasta fines de la década de los años sesenta y principios de la siguiente.

Aun cuando el concepto resulte elemental debemos señalar que la institución bancaria - financiera, es el eslabón entre el ahorrista, que va conformando por medio de la sumatoria de esas masas de dinero, un capital que sirve mediante el crédito de recurso a las empresas.

Tampoco escapa a esta simple idea enunciada ut supra, que el **ahorrista** obtiene un interés - en términos de renta - por su colocación, y continúa siendo dueño de su capital.

Este dinero se traslada con un costo - más alto al interés dado a los ahorristas - a las empresas, que obtienen así su recurso para el emprendimiento.

Este **precio** de dinero, implica su ubicación y estructuración en los recursos requeridos, que conjuntamente con otros van a conformar el costo del producto o servicio a comercializar.

Sin embargo, implican otras situaciones de no menor importancia, para conseguir un crédito la demostración de la factibilidad del proyecto o que la empresa opera en plaza con un beneficio "X" que le permite amortizar el nuevo emprendimiento en su etapa inicial; muchas veces demostrar la solidez, no sólo de las empresas sino de los principales integrantes, con molestas declaraciones de bienes, etc. e incluso la presentación de avales o garantes para apenas la obtención del estudio del emprendimiento, etc.

Sin duda todo esto debe meritarse no sólo como costo económico del proyecto, sino como situaciones conflictivas.

Después de pasado el gran auge de principios y mediados de la década del sesenta, denominada la etapa de oro del capitalismo, comenzó en Estados Unidos a subir el precio del dinero, por su crisis de déficit fiscal, y esto comenzó a repercutir enormemente en las empresas, especialmente en los países subdesarrollados, por su alto grado de dependencia y las características particulares de sus débiles economías.

Esta curva del precio del dinero representaba ya un problema para la formación, desarrollo o expansión de las empresas de los países subdesarrollados, que obligaban a los empresarios a comenzar a repensar las formas de financiamiento.

Esta problemática, no era sólo el alza del precio del

recurso, sino que además comenzaban en la década del setenta, los movimientos inflacionarios significativos que generaban las espirales inflacionarias que hemos padecido a mediados de la década del setenta y que en los ochenta habían alcanzado cifras inimaginables, y para ello basta leer simplemente las estadísticas.

La inflación trae consigo la fluctuación de la actividad económica, que va acompañada de fluctuaciones de precios, y termina en una falta total de control monetario, verbigracia durante las largas hiperinflaciones desde 1975 y hasta el final de la década de los años ochenta.

Llegamos así a promediar la década del setenta en una convulsión muy particular de la historia de la economía capitalista e insistimos, especialmente para los países subdesarrollados, que comenzaron a contraer enormes deudas externas e internas, hipotecando definitivamente su futuro, lo que hoy a la luz de los planes de ajuste se verifica.

Es entonces, en esta coyuntura muy especial, cuando comienzan a gestarse las bases para el desarrollo de la financiación previa como respuesta a los problemas de acceso por otras metodologías, verbigracia: bancarias; capitalización de dividendos, dinero propio de los empresarios, etc., que en términos de tasa de beneficio no resultaban atractivas a las empresas.

El centro del esquema está, en la **formación de una línea crediticia** - en apariencia - a las **economías domésticas** para la adquisición de bienes - duraderos o semiduraderos y de consumo - y la prestación de servicios.

Esto se implementa inicialmente por la creación de divisiones financieras o departamentos de gestión, y llegan incluso a constituirse personas jurídicas aparentemente independientes, que van captando fondos a través de la implementación de otra herramienta económica: **la norma social de consumo**.

Este crédito a las economías domésticas se implementa mediante la conformación de supuestos planes de inversión en bienes o servicios futuros, es decir jurídicamente se trata de un **pago por adelantado o a cuenta** de una obligación - prestación a cargo de la empresa, que probablemente acecerá.

Desde la óptica económica se trata de la obtención de fondos con las siguientes características: eliminación de la intermediación bancaria, con su costo financiero - tasa de interés - y sus enormes molestias personales - del empresario o directores - y estructurales para las empresas - avales, etc. formación de una clientela cautiva; consolidación de un flujo constante de dinero; obtención de recursos de inversión sin costo o tasa de interés; etc.

Queremos finalizar este acápite haciendo hincapié en el último de los beneficios señalados: **la obtención de recursos de inversión sin costo o tasa de interés**, pues implica que las empresas básicamente, pagan los factores y recursos para la producción del bien o servicio con dinero de los mismos consumidores, y además, trasladan el riesgo - que tradicionalmente asumía la empresa - a estos últimos.

Una segunda cuestión, es que el pago de las cuotas por los consumidores es evaluada a **precios finales de venta** y no a precios de costo de factores, lo que implica que se está calculando el costo de financiación cuando este es nulo o casi nulo (dependerá de la existencia de alguna inversión extra de la empresa).

Una tercera cuestión es que cualquier cambio tecnológico o mejoramiento del sistema es absorbido en la cuota por el consumidor, y no representa una inversión genuina del empresario.

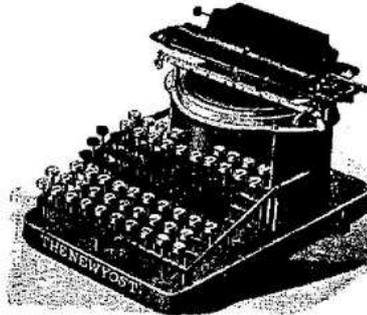
Por último conviene recordar que el consumidor abona al ente de financiación, v.gr. Plan Ovalo, un importe "X" por supuestos gastos de administración de su propio dinero, la sumatoria de importes que absorben el costo de estos entes o divisiones financieras de las empresas.

A modo de colofón podemos señalar siguiendo a Michel Aglietta que: "la centralización masiva de esos fondos crea un capital monetario. El control de la inversión de ese capital, así como el poder de disposición que confiere, se encuentra totalmente fuera de la influencia de los ahorradores asalariados".

EL PENSAMIENTO DOGMÁTICO EN EL BANQUILLO: LA FALSA ANTINOMIA

"Justicia material o sistema"

Por Maximiliano Adolfo Rusconi



Hace un tiempo que en nuestro país se están desarrollando algunas reflexiones de tono crítico y enriquecedor sobre el papel y los contornos de la dogmática penal en el pensamiento jurídico.

Se afirma que el rol de la actividad del dogmático penal se ha reducido a un trabajo sobre paradigmas indemostrables y a construir un sistema de análisis tan sólido (coherente) como desafectado y divagante de la realidad. Se le responsabiliza de no problematizar sobre el "funcionamiento real" del sistema de justicia: **selectivo** y **reclutador** de sectores subalternos.

De este planteo, según creo, es posible extraer algunas precisiones.

No pocas de las imputaciones referidas al "ámbito de actuación" del pensamiento dogmático, no podrán lograr la pretendida "resocialización" -para usar terminología sentimentalmente cercana- de la dogmática, precisamente porque su sistema de reflexión no ha sido creado para ocuparse de algunas de aquellas cuestiones: tengo presente por ejemplo la **existente** selectividad del sistema de justicia penal. Creo que debe relativizarse el lugar metódico de la teoría del delito en la lucha contra la selectividad y desigualdad del sistema de justicia. Que todos los delitos se castiguen o no, es algo ante lo cual el jurista dogmático poco puede hacer⁽¹⁾.

El debe, sobretodo, dirigirse sus esfuerzos a resolver con el menor grado de arbitrariedad (o mayor nivel de racionalidad) el caso que tiene enfrente. Y aquí conviene detenerse: de ningún modo es cierto que la **selectividad** del sistema de justicia cuestione el Principio de Culpabilidad. Es posible sí, relativizarlo según los parámetros de la puesta en discusión clásica: la **indemostrabilidad** de la libertad absoluta de elegir la "no-infracción" es decir el "poder en lugar de ello"⁽²⁾. Pero si se **demuestra** (si fuera posible) que el sujeto "reclutado", aún de modo desigual, ha podido "comprender la antijuridicidad de su acto y actuar de acuerdo a esa comprensión" sería, de todos modos, culpable; la existencia de sujetos en la misma condición a quienes les ha tocado **en suerte** no vérselas con el sistema de justicia penal, no deslegitima, de ninguna manera, la decisión anterior.

Por supuesto que se debe persistir en el intento de evitar que el sistema penal proteja de un modo fuertemente selectivo y fragmentado los intereses jurídicos, sólo que debe hacerse del modo adecuado.

Creo que es claro, por ejemplo, que el concepto de "vulnerabilidad" en la categoría sistemática de la culpabilidad, incorporado por Eugenio Raúl Zaffaroni en su último ensayo crítico "En busca de las penas perdidas"⁽³⁾ e, incluso, la conciencia sistemática de la "co-culpabilidad social", no están destinados a evitar que el Poder Penal del Estado se lleve a cabo a través de una persecución **desigualitaria**. Por el contrario se pretende reformular los presupuestos y, asimismo, los "requisitos" sociales del reproche individual, pero esto se produce en una instancia posterior al "reclutamiento" mismo.

Sin embargo la discusión en torno al ámbito de actuación y al compromiso con condicionantes "extra-sistemáticos" de la teoría del delito, aunque de ningún modo novedosa, me parece que debe continuar.

No creo que hoy, seriamente, sea posible oponerse a la necesidad científica de una dogmática no sólo sistemáticamente correcta -lo que asegura la racionalidad o no-arbitrariedad- sino también que reflexione sobre el contenido de las decisiones -lo que asegura la

búsqueda de la justicia⁽⁴⁾. Pero aparentemente no todos los intentos tendrán el mismo grado de éxito.

Uno de los modos pregonados por esas "voces críticas" es el acercamiento -a veces pareciera "fusión"- de la dogmática a la criminología -crítica-, incluso en esta misma revista se ha llegado a proponer una "dogmática criminológica"⁽⁵⁾. Creo que, sin embargo, el camino, aunque bien intencionado, es el incorrecto.

Ha sido enormemente valioso el aporte de la criminología crítica en su tarea de "denuncia" del funcionamiento del sistema de justicia penal, ha permitido en esa tarea evitar al mínimo el uso de ficciones en el pensamiento jurídico penal, e incomodado sanamente la "falsa conciencia de los juristas".

Del mismo modo la riqueza del pensamiento criminológico ha crecido en su función de ciencia empírica al momento de ofrecer datos para la descripción de la realidad sobre la que actuará el sistema penal. Sin embargo su participación ha descendido a la hora de "configurar" una alternativa al objeto en crisis. Que esto constituya un déficit metódico, a mi entender, es absolutamente discutible. Al contrario pareciera que el error consiste en pretender que del pensamiento crítico criminológico nazca un "modelo" de decisión aplicable inmediatamente. Por ejemplo la experiencia del Positivismo, que sí consistió en un modelo integral, hoy parece a todas luces irreplantable⁽⁶⁾.

Ahora bien, según creo, las posibilidades de éxito serán absolutamente distintas si se depositan las expectativas en un acercamiento entre Derecho Penal y Política Criminal, un trabajo dialéctico -no unidireccional- entre ambas dimensiones.

La tarea o el enfoque "prospectivo" de la Política Criminal como formulación de fines ofrece una línea de reflexión mucho más rica y **efectiva**⁽⁷⁾.

Quizá el dinamismo necesario para la configuración de alternativas de solución (o mejor, redefinición) de los conflictos, debe provenir de reflexiones que tomen en cuenta consideraciones de Política Criminal en las decisiones teóricas del Derecho Penal.

Para decirlo con palabras de Heinz Zipf: "es misión de la dogmática en el marco de la Política Criminal conseguir posibilidades de solución acordes con el sistema para objetivos político-criminales"⁽⁸⁾.

En verdad no hace tan poco tiempo que la dogmática penal resuelve varios procesos sistemáticos sobre la base de consideraciones que no están (sólo) vinculadas de modo estricto a argumentos de arquitectura lógica, ejemplos abundan: el ingreso sistemático de la teoría de la adecuación social de Hans Weizel, la búsqueda de un lugar para el principio de insignificancia, la misma inexigibilidad de otra conducta (ya se la

ubique en la atribuibilidad, culpabilidad o punibilidad), las decisiones acerca del ámbito de actuación y fin de la norma, sobre todo provenientes de las aportaciones de Claus Roxin⁽⁹⁾ y Gimbernat Ordeig⁽¹⁰⁾, la idea misma del riesgo permitido, la categoría de atribuibilidad redefinida e incorporada por Enrique Bacigalupo⁽¹¹⁾, etc. etc.

Sin embargo es posible que la explicación científica de esa orientación "output" del sistema de teoría del delito se realice con ventaja y permita en el futuro un mayor rendimiento sobre la base de ver "detrás" a la Política Criminal que, sin lugar a dudas, al momento de "decidir" lo hará con base en el material criminológico⁽¹²⁾.

Pero en algo hay que ser absolutamente claro, de ningún modo el debilitamiento -aún mayor- en las exigencias de un sistema de imputación racional llevará a un acercamiento del Derecho Penal a la realidad... todo lo contrario. Mucho más probable es que aumente el índice de injusticia en las decisiones.

Todavía hay mucho que hacer por la racionalidad en Derecho Penal.

NOTAS

(1) Creo que no se ha advertido todavía que el sector del sistema de justicia penal que más puede hacer en contra de esa selectividad es el Derecho Procesal. Por ejemplo, la posibilidad de que a través del principio de oportunidad (relativización del principio de legalidad procesal) se oriente más justamente el poder de persecución penal. Que en la base de este principio se encuentren consideraciones del derecho penal material no deslegitima que, sobretodo, esté destinado a una utilización inteligente de los recursos del Ministerio Público.

(2) Gimbernat Ordeig, "¿Tiene un futuro la dogmática penal?", en Estudios de Derecho Penal, 2ª edición, Civitas, Madrid, 1981, págs. 105 y ss.

(3) Ediar, Buenos Aires, 1990

(4) Lo que Heinz Zipf denomina: "la aplicación de la antinomia fundamental, no plenamente eliminable, entre seguridad jurídica y justicia material". Introducción a la Política Criminal, Edersa, Madrid, 1979, págs. 7 y ss.

(5) Clemente, Martín, "En busca de una nueva dogmática", en NO HAY DERECHO, Año 1, Nº 3, Abril-Mayo 1991, pág. 29.

(6) Ver, por ejemplo, la explicación del modelo integral de ciencia penal como la "convergencia de la dogmática y la criminología en la legitimación del sistema penal", de Baratta, Alessandro, "Criminología y Dogmática Penal. Pasado y futuro del modelo integral de la Ciencia Penal". En "Política Criminal y Reforma del Derecho Penal", Temis, 1982, págs. 28 y ss.

Aunque no recalca las diferencias metodológicas entre la "Gesamte Strafrechtswissenschaft" y los postulados de E. Ferri.

En este último sentido claramente, aunque, sobretodo relativizando o encuadrando correctamente el concepto de "integración" en el sistema de V. Lisz, Bacigalupo, Enrique, "Relaciones entre la dogmática penal y la criminología". En Derecho Penal y Ciencias Sociales, Bellaterra, 1982, pág. 56.

(7) Ver en este sentido el trabajo de Maier, Julio B.J. "Política Criminal, Derecho Penal y Derecho Procesal Penal", en Doctrina Penal, 1978, pág. 308. También Bacigalupo, Enrique, "Delito y Punibilidad", Civitas, Madrid, 1983, pág. 33.

(8) Zipf, Heinz, op. cit., pág. 5.

(9) Roxin, Claus, "Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho Penal" en Problemas Básicos del Derecho Penal.

(10) Gimbernat Ordeig, "Delitos Cualificados por el resultado y Causalidad", Reus, Madrid, 1966, pág. 135 y ss.

(11) Bacigalupo, Enrique, Manual de Derecho Penal, Parte General, Hammurabi, Buenos Aires, 1987, págs. 247 y ss.

(12) En sentido crítico, del aspecto no explicativo, sino fundamentador, puede verse Hassermer, Winfried "Lineamientos de una teoría personal del Bien Jurídico". Doctrina Penal, 1984, págs. 275 y ss.. En este esquema a mi entender la decisión de los axiomas fundamentales previos a las cadenas argumentales, por lo tanto, es responsabilidad en mayor medida de la Política Criminal. En otro sentido, Bacigalupo, Enrique, "Relaciones...", op. cit., pág. 67.

Bosquejo para una historia de la historia

por Hernán Charosky y Máximo Langer

Los textos marxistas que encararon la tarea de investigar y pensar el surgimiento de la prisión no podían ser sino históricos. Históricos no sólo en el sentido de investigación del pasado, sino en un sentido aún más fuerte: la investigación de las determinaciones históricas reales del fenómeno.

Estas investigaciones presuponen un sentido en el cual se deben vincular los fenómenos particulares, en el intento de responder a unas preguntas: ¿cuál es la causa de que haya prisión?, ¿qué función cumple esta particularidad en la totalidad llamada modo de producción capitalista? Esta manera de preguntar explicita una regla fundamental del razonamiento de estos autores: existe una totalidad concreta que da sentido a las particularidades en la medida en que éstas cumplen allí una función.

"(...) Bajo el rótulo de extranjeros es posible encontrar frecuentemente una tasa de criminalidad mayor que la media, pero el hecho de que la mayoría de este grupo pertenezca simultáneamente a las clases más pobres de la sociedad, constituye una prueba clara de la incidencia de una situación económica desfavorable sobre el fenómeno de la criminalidad." (Rusche y Kirchheimer: 1984, p. 181). Independientemente de cuál sea empíricamente el determinante —si es posible determinarlo—, la pregunta a este modo de razonar es si es a priori posible establecer la preeminencia de una posición de sujeto (en nuestro caso extranjero y pobre) sobre las otras. Es decidible siempre y cuando se lo tome como un fenómeno singular que responde a razones subyacentes, que remiten a la totalidad. Lo particular realiza su identidad en la remisión a aquella totalidad. Si la totalidad significa el modo de producción —tanto en su esencia económica como en su apariencia necesaria, la ideología—, el fenómeno se identifica por su referencia a éste. Así los autores explican la pre-

minencia económica en la selectividad de los presos por la necesidad de crear, disciplinar e incorporar fuerza de trabajo a la esfera de la producción en el contexto del modo de producción capitalista. No se trata de discutir si esto fue realmente así, sino de distinguir entre una explicación, un hallazgo de un fundamento que explica racionalmente el por qué de un fenómeno histórico, y el intento de describir las articulaciones, las prácticas políticas que lo constituyeron y le postularon sus condiciones de racionalidad.

"Sin duda es posible hacer que los grandes regímenes punitivos se correspondan con los sistemas de producción (...) Pero resulta difícil ver en ello una determinación económica 'en última instancia', incluso si se dota a la superestructura de una capacidad de reacción o de acción compensatoria. Toda la economía, por ejemplo el taller, o la fábrica, presuponen esos mecanismos (de poder) que ya actúan internamente sobre los cuerpos y las almas, que ya actúan dentro del campo económico sobre las fuerzas productivas y las relaciones de producción" (Deleuze: 1987, p. 52 y 53).

La larga cita vale en tanto pone de manifiesto lo que puede ser un punto de partida para una crítica de la historia marxista de la prisión. En este punto la relación entre instituciones deja de ser vista como el producto de una determinación producida en última instancia por la economía para dejar lugar a una interrogación por el modo en que históricamente se articulan, se determinan, en fin, producen hegemonía. Esto no implica que sea desdefiable la hipótesis que el modo particular en que el capitalismo construye ciertas relaciones sociales dé una impronta particular a otras relaciones no estrictamente económicas. Pero sí implica que si esto es así debe ser visto como el producto de una práctica política de articulación entre unas y otras relaciones, más que



la resultante de una estructura que subyace a las mismas.

La interpretación marxista de la invención de la prisión, o mejor, de su historia, opera en un doble movimiento. Primero, desfetichizar las concepciones burguesas que la naturalizan como necesaria en orden a una racionalidad moral o social (ideología, apariencia necesaria). Segundo, la insertan en una totalidad en la que vuelve a ser necesaria, ya no con arreglo a la legitimización burguesa sino a un curso de la Historia y a una relación de producción. En este sentido es que D. Melossi (Melossi y Pavarini: 1987) sostiene el carácter subalterno de la prisión y otras relaciones "disciplinadoras" respecto de

una instancia determinante en la que se realiza en primer término la coacción de la fuerza de trabajo: "la manufactura y la fábrica".

Si la razón de las instituciones viene dada por esta subordinación ontológica de varias esferas a una en particular, la identidad de los actores aparece también constituida en un lugar que "irradia" sentido a todas las relaciones que éstos establecen. "Es fácil así que la rebelión del bandido, que objetivamente es una rebelión de clase, se opere sea contra los viejos patrones feudales, sea contra los nuevos patrones burgueses, y pueda ponerse al servicio de las fuerzas más reaccionarias que saben manejar la única estructura ideológica que el bandido siente como propia: la religiosa" (Melossi y Pavarini, p. 115). En este marco explicativo, la identidad de los actores aparece como evidente y dada, de modo tal que para conocerla no hay más que remitirse a su ubicación en el proceso productivo, a su condición de propietario o no propietario, de clase. La "incoherencia" del bandido es la de no actuar consecuentemente con su "interés objetivo". El único modo de explicar este fenómeno en este marco es referirse a una "manipulación" por parte de otra clase que lograría utilizarlo aún contra su interés real. ¿Tenemos que aceptar este fundamento metafísico de la identidad, que atribuye un interés objetivo y real a los actores, diferenciable de un interés ficticio, inducido desde afuera, es decir, una falsa conciencia? En cambio, identidades e intereses pueden ser interpretados no como dados a partir de un fundamento en una estructura, sino como objetos construidos desde prácticas políticas. De esto resulta una visión que ve en la relación del bandido en cuestión con la religión no una "desviación" de un interés objetivo, sino una articulación, tan contingente como lo hubiera sido una articulación con su posición de clase. El problema de la política en tanto construcción hegemónica es justamente el carácter no dado de las identidades y el intento por fijarlas parcialmente. El bandido frente a la "opción" de articular su acción con su posición de clase o con su posición religiosa o cualquier otra, se halla en una situación indecidible. No hay fundamento último para elegir una u otra. El resultado es la parte inicial de la práctica política, no de una naturaleza de los objetos sociales.

"El universo institucional vive así de reflejo las vicisitudes del 'mundo de la producción': los mecanismos internos, las prácticas penitenciarias resultan así oscilantes entre la prevalencia de instancias negativas y la instancia positiva" (Melossi y Pavarini, p. 190). En esta cita Pavarini realiza

la operación doble: desfetichizar lo ideológico y mostrar que está excedido por otro sentido. Este sentido, sin embargo es finito, agota y fundamenta una totalidad. Los proyectos para nuevas relaciones de poder son más de lo que sus ideólogos dicen, su racionalidad es más que la explícita. Desde el marxismo, Pavarini intenta subvertirla, fijándola en un sentido: el de la producción en la esfera económica.

Una visión más política reconoce el exceso, pero también la imposibilidad de saber de antemano "de dónde proviene". La "articulación económica" es una condición de inteligibilidad de instituciones y prácticas sociales, pero es llegar tarde el esencializarla como fundamento ontológico. Se trata de una puesta en forma particular de unas relaciones sociales, pero que no es un fundamento determinante, sino una condición de inteligibilidad, una proposición de racionalidad, producida por las prácticas sociales, pero que no agota las posibilidades de otras articulaciones y otras puestas en forma.

En "Vigilar y castigar" Foucault propuso un cambio de preguntas en la investigación de las prácticas sociales: ya no ¿por qué?, sino ¿cómo?. Esto significa, en sus palabras, "eventualizar": "...encontrar las conexiones, los encuentros, los apoyos, los bloques, las relaciones de fuerza, las estrategias, etc., que, en un determinado momento, han formado lo que luego funcionará como evidencia, universalidad, necesidad" (Foucault: 1982, p. 61).

Aquél modo de preguntar por las prácticas sociales es radicalmente distinto del modelo de "ciencia social" al que el marxismo adscribe, aunque no es el único. El modelo científico marxista pregunta por qué, en el sentido de esperar una respuesta que sea un fundamento racionalmente adecuado para ser causa del fenómeno, quitándole eventualidad, dándole evidencia y necesidad.

Ya no, entonces, un preguntar que exige el descubrimiento de la presencia de un fundamento. Quizá un preguntar que sólo aspire a una adecuación con lo preguntado, una escucha atenta.

Referencias

- Deleuze, Gilles; "Foucault" (Buenos Aires: Paidós, 1987).
- Foucault, Michel, "La imposible prisión" (Barcelona: Anagrama, 1982)
- Melossi, Dario y Pavarini, Massimo; "Cárcel y fábrica" (México D.F.: Siglo XXI, 1987).
- Pavarini, Massimo; Prólogo a "Los límites del dolor" (Buenos Aires: Revista No hay derecho núm. 1, 1990).
- Rusche, Georg y Kirchheimer, Otto; "Pena y estructura social" (Bogotá: Temis, 1984).

Ad•Hoc

EDITORIAL

DERECHO - DOCTRINA - JURISPRUDENCIA
Av. Córdoba 1377 • Tel. 42-3092 • (1055) Bs. As.

DE LOS DELITOS Y DE LAS VICTIMAS.

Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal. Por ALBINESER. La reparación del daño en el marco del Derecho penal material y Acerca de la posición de la víctima en el Derecho penal y en el Derecho procesal penal. Por HANS JOACHIM HIRSCH. La reparación en el sistema de los fines de la pena. Por CLAUS ROXIN. Los conflictos como pertenencia. Por NILS CHRISTIE. La víctima y el sistema penal. Por JULIO B.J. MAIER. El derecho penal mínimo y la víctima. Por EDUARDO A. BERTONI. La víctima como preocupación del abolicionismo penal. Por ALBERTO BOVINO. Victimología. Por ELENA LARRAURI.

EL SISTEMA PENAL ARGENTINO. La independencia del Poder Judicial en su marco histórico. Por EUGENIO RAUL ZAFFARONI. El control social y su articulación con el sistema penal. Por JULIO E. S. VIRGOLINI. Elementos para una historia del control socio-penal de la infancia. Por EMILIO GARCIA MENDEZ. Acceso a la justicia y tutela de los derechos de los ciudadanos. Por LUCILA E. LARRANDART.

LOS LIMITES DEL TIPO PENAL. Por MAXIMILIANO ADOLFO RUSCONI.

NULIDADES EN EL PROCESO PENAL. Requisitos. Clasificación. Prueba prohibida. Regla de exclusión. Efectos. Nulidades en materia probatoria. Formas de declaración. Función de garantía constitucional. Saneamiento. Sanciones. Nulidades en el Código de Procedimientos en materia penal. Leyes 23.049, 23.077 y 23.184. Nulidad de sentencia y otros actos procesales. Apéndice jurisprudencial. Por SERGIO GABRIEL TORRES.

DELITOS SOBRE AUTOMOTORES. Automotores sustraídos. Comercialización. La causa penal. Falsificación. Encubrimiento. Estafa. El procedimiento penal. Situación procesal de los escribanos. Entrega del rodado. Justicia nacional y provincial. Apéndice jurisprudencial y legislativo. Por JAVIER AUGUSTO DE LUCA.

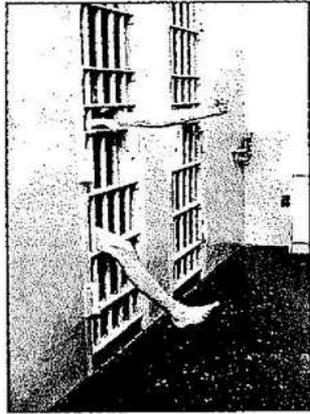
LA CORTE SUPREMA Y LAS CUESTIONES PENALES. Recurso extraordinario. Requisitos. Delitos comunes. Delitos especiales. Infracciones aduaneras, tributarias y cambiarias. Garantías constitucionales. Excrcelación. Por JORGE R. GONZALEZ NOVILLO y FEDERICO G. FIGUEROA.

ASOCIACION ILICITA. Orígenes. Características. Bien jurídico lesionado. Asociación y banda. Otros injustos con pluralidad de personas. Asociaciones calificadas. Agrupaciones ideológicas. Apéndice jurisprudencial. Por ABEL CORNEJO.

LOS DELITOS DEL TRAFICO DE ESTUPEFACIENTES. Régimen de la ley 23.737. Bien jurídico tutelado. Peligrosidad abstracta. Cuestiones de autoría. Tenencia de estupefacientes. Hojas de coca: su problemática. Dopping. Normativa nacional e internacional. Jurisprudencia. Por ABEL CORNEJO.

COMENTARIOS AL CODIGO PROCESAL PENAL. Ley 23.984. Análisis e interpretación. Código Procesal Penal. Exposición de Motivos. Ley Orgánica de la Justicia Penal, ley 24.050. Por JORGE R. GONZALEZ NOVILLO y FEDERICO G. FIGUEROA.

CRIMINALIDAD DE EMPRESA. Responsabilidad penal de los directivos de sociedades comerciales y de entidades financieras. Por LUIS M. GARCIA y PATRICIA M. LLERENA.



Criminología de la misericordia

Por Martín Clemente

"En 1517 el P. Bartolomé de las Casas tuvo mucha lástima de los indios que se extenuaban en los laboriosos infiernos de las minas de oro antillanas, y propuso al emperador Carlos V la importación de negros que se extenuaran en los laboriosos infiernos de las minas de oro antillanas ..."⁽¹⁾

Borges, con acostumbrada literatura, ha advertido a sus lectores de aquellos que se apiadan de sus iguales. En el ámbito de la ciencia criminológica contemporánea -criminología de la reacción social- se sustentan algunas hipótesis que se asemejan a este razonamiento misericordioso.

I. Una de las críticas más frecuente contra la corriente abolicionista⁽²⁾ es una pregunta. En rigor, se critica la ausencia de una respuesta satisfactoria a la siguiente cuestión: ¿qué otro modelo de control social se propone? Esto es, qué forma alternativa de control social reemplazará al sistema penal. Un claro ejemplo de ello es el siguiente párrafo de Pavarini, en ocasión de prologar un libro de Nils Christie:

"La contrariedad de la obra -Los límites del dolor- no anida tanto en la inadecuación científica de algunas proposiciones en la crítica al sistema penal (crítica que es en su conjunto compartible aunque no original), sino en las dificultades de resolver adecuadamente el nivel de la crítica en el espacio de la propuesta política"⁽³⁾.

Este cuestionamiento contiene en sí mismo una afirmación, que es tomada como presupuesto básico indiscutible. Y es que al preguntarse sobre otro medio de control social, se está aludiendo implícitamente a la necesidad válida de un modelo de control social institucional, cualquiera que éste sea. No se resiste la idea de "ningún control social institucional".

Esta visión del problema está relacionada con el concepto de la -tan temida- "guerra de todos contra todos", que se puede formular de la siguiente manera: sin normas, sin ley, no se podría convivir pacíficamente; gracias al contrato social y al derecho, el soberano siempre ha podido realizar la convivencia social. Es sabido que esta "guerra" no ha existido, hasta hoy no se ha verificado. Por ello es que la crítica cae, entonces, debido a que no se ha demostrado que sin normas impuestas externamente el ser humano viviera en tal estado. Además -y contrariamente, la criminología ha observado con agudeza la ineptitud o ineficacia del sistema penal para llevar a cabo la misión que los teóricos del derecho penal le han atribuido, y aún hoy le asignan. Observada así, la cuestión debiera provocar, al menos, un debate serio al respecto, previo a la asunción de una toma de posición en uno u otro sentido. Pero esta no es la cuestión central que pretendemos plantear aquí.

II. Una de las corrientes que ha surgido de la crítica de la criminología es la del "reduccionismo penal". Esta postura criminológica -por llamarla de algún modo- tiene la particularidad de abreviar en las mismas aguas que el abolicionismo en materia de crítica del sistema penal, pero se resiste a postular (como lo hace el abolicionismo) el fin de esta forma de control social, con un fundamento básico: la mencionada necesidad de evitar la anarquía social. Esta corriente es definida, en cierta medida, en forma negativa

por la idea de abolicionismo penal. El reduccionismo es crítica del abolicionismo; crítica de la crítica. La respuesta política de ambas corrientes difiere en una cuestión de grados: anulación parcial/anulación total del sistema penal, reducción/abolición⁽⁴⁾.

En un principio la crítica de hoy estaba orientada al análisis de la tensión que existe entre estas diversas corrientes que tienen un origen común, pero puede reformularse la cuestión en observar la tensión que se manifiesta entre los fundamentos del reduccionismo penal y sus postulados de política criminal.

a) En primer lugar, no puede rotularse sin más de "pobreza científica" la actitud de los abolicionistas. Al menos, no sin una previa discusión teórica (conforme se ha propuesto en el punto I).

b) En segundo término, no resulta claro cuál es el objeto de mantener en vigencia una estructura de poder que no "funciona" conforme los valores que la justifican y la fundamentan.

Puede formularse el paradigma político criminal de esta corriente de la siguiente forma: "el control social institucionalizado formal -sistema penal- debe perseguir sólo aquellos delitos cometidos por las clases dominantes, la delincuencia de "white collar", los delitos que producen perjuicios en la sociedad".

Ahora bien, si repasamos la crítica al sistema penal por parte de la criminología de la reacción social (o incluso la de la denominada criminología liberal, que ha aportado muchos elementos a la crítica radical), ¿cuál es la misteriosa magia que hace que la intervención mínima del sistema penal en los "graves" conflictos de la sociedad termine con todos los problemas que se denuncian, y que son la base tanto de la crítica abolicionista como de la reduccionista? En otras palabras, con la limitación del ámbito de aplicación de sanciones del sistema penal sólo se evitará la selectividad y arbitrariedad de aquellas conductas desincriminadas, pero la porción de criminalización legal que continúe vigente adolescercerá de los mismos problemas que hoy.

Los conflictos que surgen entre los ciudadanos no se solucionan cuando son llevados al sistema penal. No hay motivo para pensar que aquellos conflictos sociales que se perpetúen como delitos luego de la transformación penal -los más "graves"-, se solucionarán sin más.

III. La pequeña conclusión que aquí postulo es que deben estudiarse y fundamentarse con más detenimiento las críticas a la corriente abolicionista, so riesgo de actuar en el mismo sentido del honorable P. Bartolomé de las Casas.

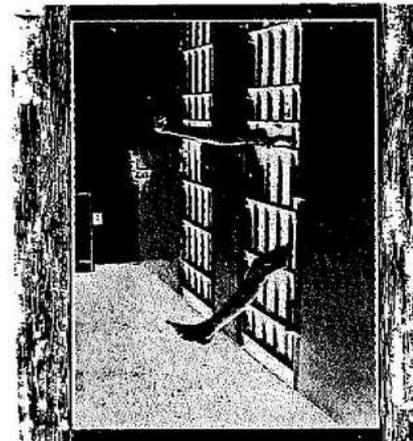
NOTAS

(1) Borges, Jorge Luis, El atroz redentor Lazarus Morell, en su libro "Historia Universal de la infamia" (1935).

(2) En el sentido de la abolición del sistema penal.

(3) Pavarini, Massimo, ¿Abolir la pena? La paradoja del sistema penal, en NO HAY DERECHO, Buenos Aires, 1990, Nº 1, p. 4.

(4) Debe quedar claro que la propuesta de abolir totalmente el sistema penal como forma de control social es de por sí una propuesta de acción, con todas sus consecuencias. Desde este punto de vista pienso que debe discutirse si la propuesta como tal es válida o no, y debería desplazarse a un segundo plano la cuestión de "¿qué hacer?".



Contra la legalidad*

Por Alberto Bovino

I. El origen

La primera consecuencia de estos principios es que sólo las leyes pueden decretar las penas sobre los delitos; y esta autoridad no puede residir más que en el legislador, que representa a toda la sociedad agrupada por un contrato social.

(Cesare Beccaria, *De los delitos y de las penas*)

En 1764 un autor anónimo publicó una obra que trascendería, con creces, su tiempo. La obra llevaba un título que hoy suena familiar para cualquier penalista, y su influencia resulta difícilmente cuantificable. Entre otras cosas, porque existen quienes sostienen que dicha obra ha sido, más que el producto de una mente brillante, sólo una sistematización inteligente de las ideas de la época. La obra generó, en ese particular momento histórico, acusaciones de rebelión contra el príncipe y contra la religión.

En 1764 Beccaria publicó *De los delitos y de las penas* sin su nombre, y sistematizó algunos principios que aún hoy se consideran fundamentales en el diseño de un programa político-criminal. Uno de estos principios fue el principio de legalidad, actualmente contemplado en el ordenamiento jurídico positivo de los estados a través de constituciones, pactos internacionales y leyes penales. La pretensión de ser reconocido hoy como estado de derecho impide el desconocimiento de este principio que tiene por objeto poner un límite a la facultad estatal de imponer castigos.

El Iluminismo reacciona frente al arbitrario ejercicio del poder punitivo desplegado por el antiguo régimen. Los sistemas penales de la época, informados por la ideología inquisitiva, despliegan un poder penal sin más límites que la voluntad del príncipe. El poder jurisdiccional era sólo el largo brazo del monarca que la revolución ciudadana del 1789 pretendió amputar. El panorama punitivo del siglo XVIII era una multiplicación de fiestas públicas en las que las mutilaciones, las torturas y la muerte eran los invitados de siempre. Frente a este panorama se alza el discurso iluminista, con Beccaria como uno de sus más conspicuos representantes. En el nuevo estado, sólo el legislador puede prever, a través de las leyes, cuáles serán las conductas que

Art. 18.- Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice.

pueden ser penas y cuáles serán las penas para esas conductas.

El principio de legalidad, en su formulación latina acuñada por Feuerbach *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*, se constituye en una de las conquistas centrales de la revolución francesa y queda plasmado en el art. 8 de la Declaración de los derechos del hombre del 26 de agosto de 1789, y se erige, como lo señala Mezger, en "un Palladium de la libertad ciudadana". El significado político del principio de legalidad es evidente: representa una valla para la vocación punitiva del estado, una garantía política que protege al individuo frente al poder penal. En un plano secundario, el principio cumple con una exigencia de seguridad jurídica que permite la posibilidad de conocimiento previo de los hechos punibles y de sus penas respectivas.

El evidente sentido político de la garantía no es más que un reflejo de los profundos cambios en la filosofía política de la época. El nuevo estado nace con disjuntos mecanismos e instituciones que pretenden poner ciertos frenos al ejercicio del poder político. En este marco, el principio de legalidad es sólo una consecuencia necesaria de la nueva filosofía política en el ámbito del poder penal.

Más de dos siglos más tarde, el principio de legalidad sigue vigente, reelaborado especialmente a través de la doctrina jurídico-penal. Tomaremos como ejemplo la elaboración propuesta por Mir Puig (1985). Según este autor, el principio de legalidad presenta diversos aspectos. Una garantía **criminal** que exige que el hecho se encuentre descrito en una ley; una garantía **penal** que exige que la pena que corresponda al hecho también se encuentre señalado en la ley; una garantía **jurisdiccional** que exige que la existencia del delito y la imposición de la pena se determinen por medio de una sentencia judicial; una garantía de **ejecución** que exige que también la ejecución de la pena se sujete a una ley que la regule. Por otra parte, se imponen ciertos requisitos a la ley penal para reflejar acabadamente el respeto a esta garantía individual, requisitos que pueden clasificarse bajo la triple exigencia de *lex praevia*, *lex scripta* y *lex stricta*. El primer requisito funda la necesidad de que la ley penal sea anterior a la realización del hecho que se pretende penar, impidiendo la aplicación retroactiva de la ley penal que perjudique al imputado. El segun-

do hace necesario que la norma penal sea escrita y emane del órgano legislativo, tomando ineficaces a las normas penales consuetudinarias o dictadas por el ejecutivo. Finalmente, el último requisito impone un mandato de precisión en la redacción de las normas penales y excluye la analogía en la aplicación de la ley penal.

Imaginemos por un momento que este desarrollo ha sido producto de un legislador imaginario. ¿Qué podríamos decir de sus intenciones? Para arriesgar una respuesta deberíamos paramos en algún momento histórico anterior a la revolución de 1789 y analizar esta promesa político-criminal. Pocas dudas sentiríamos como para no dejarnos seducir por esta propuesta, formulada como garantía para el individuo y como organización racional e igualitaria de la distribución estatal del castigo. Sin embargo, hay otra mirada posible, y es esa otra mirada la que venimos a proponer. Para ello, resulta necesario volver a la actualidad.

II. Una promesa incumplida

Cuando el discurso oficial ... hace referencia al sistema penal, considera implícitamente que se trata de un sistema racional, concebido, creado y controlado por el hombre. Nada es más engañoso.

(Louk Hulsman y Jacqueline Bernat de Celis, *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*)

Desde la irrupción del enfoque del *labelling approach* en el ámbito de la discusión criminológica hasta nuestros días, innumerables investigaciones han dado cuenta de cómo operan los sistemas penales al distribuir el castigo. No queremos en este momento ocuparnos de la profunda diferencia entre los programas político-criminales establecidos normativamente y lo que sucede en el mundo, sólo haremos unas breves consideraciones relacionadas con la efectividad lograda para cumplir con una de las promesas formuladas dos siglos atrás, es decir, qué grado de realización ha alcanzado el ejercicio estatal de atribución de castigo en el respeto al principio de legalidad. Trataremos, entonces, de analizar algunos aspectos del principio según el desarrollo planteado por Mir Puig⁽¹⁾.

En primer lugar debemos detenemos en la garantía criminal, esto es, la exigencia de que la conducta punible esté prevista en una ley anterior, emanada del órgano legislativo y redactada de manera precisa. Parece difícil sostener que actualmente no se cumple con la exigencia de ley previa. Sin embargo, consideramos que un problema específico termina por licuar el poder limitador de este aspecto de la garantía. El catálogo de conductas penalmente relevantes se ha transformado en algo tan amplio, debido a la "inflación penal", que no es riesgoso sostener que hoy esta faceta de la legalidad casi carece de relevancia. Si conociéramos a fondo la extensa lista de conductas prohibidas, casi no quedan comportamientos que de uno u otro modo no puedan ser criminalizados. Uno de los fundamentos de la exigencia de la ley previa reconoce al derecho penal como sistema discontinuo o **fragmentario** de prohibiciones que interviene como *ultima ratio* del ordenamiento jurídico. En la actualidad, frente a cualquier problema al que no se sabe muy bien qué respuesta ofrecer, se recurre al derecho penal; este hecho ha provocado esta "inflación penal" a la que hacemos referencia y, de este modo, ha generado una pérdida de sentido del principio de legalidad como límite a la injerencia punitiva estatal.

Este problema nos conduce a las siguientes dos facetas, es decir, ley escrita y estricta, ya que es difícil pensar estos aspectos separadamente. La exigencia de ley escrita emanada por el órgano legislativo se transforma en una burla mediante los tipos penales en blanco y los decretos del poder ejecutivo en materia contravencional. El problema más grave, sin embargo, se presenta con la exigencia de ley estricta y, en este punto, es necesario destacar la relevancia de la mayor o menor precisión de las descripciones legales para que los otros dos aspectos adquieran sentido. Es evidente que de nada sirve una ley

previa dictada por el poder legislativo si la vaguedad de la redacción impide comprender cuál es la conducta prohibida. Cualquier persona sincera que haga una rápida lectura de nuestra ley penal podrá comprobar la irresponsabilidad de nuestros legisladores en este sentido. Algunos tipos penales son tan amplios que permiten su aplicación a casi cualquier supuesto. Desde la irracionalidad con la

Ningún habitante d

que están planteados los edictos policiales, pasando por la amplitud de los tipos culposos, encontramos figuras que no permiten descifrar qué comportamientos quedan cubiertos por ellas. Algunos ejemplos de la clase de figura a la que hacemos referencia lo constituyen los tipos penales de injurias, corrupción de

ser penado sin juicio

menores, homicidio en ocasión de robo⁽²⁾, exhibiciones obscenas, desacato. En algunos casos los tipos penales tienen la virtud de transformar toda ilicitud en ilicitud penal para algunos sujetos calificados. Ello sucede con "el funcionario público que dictare resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes

en ley anterior al h

nacionales o provinciales" (art. 248 CP), y también con "el director, gerente, administrador o liquidador de una sociedad anónima o cooperativa o de otra persona colectiva que a sabiendas prestare su concurso o consentimiento a actos contrarios a la ley o a los estatutos, de los cuales pueda derivar algún perjuicio" (art. 301 CP). En cuanto a la analogía, algunos fallos relativos al concepto de

ni juzgado por com

"*arma impropia*" pueden señalar en qué estado se encuentra la prohibición de la interpretación analógica. Otro tanto sucede con los tipos penales que recurren a conceptos que dependen de la ley civil (vgr. hurto de energía eléctrica).

Dejando de lado la garantía criminal y considerando ahora la garantía penal, debemos preguntarnos si se cumple con la exigencia de que la pena que

o sacado de los ju

corresponde al hecho se encuentre determinada en la ley. En este punto cabe evaluar el trabajo de los legisladores en la determinación legislativa de la pena. La opción elegida es la de escalas penales amplias, con una total indeterminación que se confía al libre arbitrio judicial y que debe adecuarse a los parámetros de

por la ley antes del

los arts. 40 y 41 CP. El fundamento de esta elección es la multiplicidad y complejidad de los diferentes hechos que pueden subsumirse en una misma descripción típica -aun cuando se trate de una definición estricta de la conducta

prohibida. A través de este sistema se otorgan extensas facultades a los jueces en la etapa de la determinación judicial de la pena. Soler (1987) destaca que "esta es una tarea delicada, para la cual el juez, además de la competencia jurídica teórica, debe poseer conocimientos psicológicos, antropológicos y sociales, junto con una fina intuición de la realidad histórica y una sensibilidad aguzada".

la reforma procesal de la nación más como un mecanismo para realizar un desembarco en la justicia penal por parte del oficialismo que como un intento por racionalizar la administración de justicia.

Finalmente, hemos arribado a la garantía de ejecución que exige, según Mir Puig, que la determinación administrativa de la pena se vea sometida a un programa legal. En la vida cotidiana del condenado, es tal la importancia del régimen de ejecución penal que puede marcar la diferencia entre cumplir la pena en un establecimiento de máxima seguridad o en una prisión abierta. El problema puede separarse en dos planos diferentes. Un primer plano permite analizar las disposiciones legales para cuestionar su adecuación al principio de legalidad. El segundo plano de análisis permite acercarse a la práctica cotidiana de los agentes penitenciarios y al grado de control que efectivamente poseen los tribunales para adecuar la práctica penitenciaria al programa legal. En este sentido, una buena muestra de cómo funciona la ejecución lo constituye el régimen disciplinario al que se ven sometidos los reclusos. Las sanciones impuestas por los agentes penitenciarios, que van desde la suspensión de visitas al encierro en celdas de castigo, carecen casi por completo de revisión judicial e implican para quien las recibe no sólo un sufrimiento adicional al de la pena privativa de libertad, sino un agravamiento de la propia pena por su

influencia para la obtención de la libertad condicional. Hasta aquí las consideraciones referidas al desarrollo doctrinario del principio de legalidad como garantía individual. Pero debemos agregar algo más. El mayor significado político del principio de legalidad defendido por el Iluminismo es su claro sentido de límite infranqueable al ejercicio arbitrario y desigual del poder punitivo del estado. La promesa de la garantía se basa, fundamentalmente, en la igualdad de los habitantes ante la ley e implica que frente al poder penal sólo debe considerarse relevante el acto cometido y no nuestra condición social, económica, racial,

sexual o religiosa. La promesa implica, necesariamente, una aplicación racional e igualitaria del castigo estatal. Y este ha sido el mayor fracaso del principio de legalidad, ya que el derecho penal se ha revelado como el más desigual y arbitrario de los métodos de control social. Si hoy alguien sostuviera que el principio de legalidad puede lograr los resultados que ofrecía la promesa de Beccaria, ya no estaría haciendo una promesa, sino lisa y llanamente formulando una mentira.

III. Las consecuencias

El guerrero lleva armadura, el amante flores. Están equipados de acuerdo con las expectativas de lo que va a pasar, y sus equipos aumentan las posibilidades de realización de esas expectativas. Lo mismo ocurre con el derecho penal.

(Nils Christie, *Las imágenes del hambre en el derecho penal moderno*)

Como ejemplo de la consagración del programa político-criminal del Iluminismo en Europa continental podemos seleccionar las reformas del sistema penal francés. La herencia del antiguo régimen era el sistema de enjuiciamiento penal que los estados habían desarrollado sobre el modelo de enjuiciamiento inquisitivo adoptado siglos

antes por la Iglesia Católica. Las características más salientes de este modelo eran la posibilidad de iniciar la persecución penal de oficio y la averiguación de la verdad como objeto del proceso. El sistema inquisitivo había reemplazado al sistema acusatorio propio del derecho germánico basado en la composición y organizado como procedimiento de partes titulares de la acción penal (privada). Con posterioridad a la revolución y en un breve periodo de tiempo, Francia tuvo tres procedimientos penales diferentes. La ley de enjuiciamiento de 1791, el *Code des délits et des peines* de 1795 y el Código de instrucción criminal de 1808. Si bien suele decirse que éste último es una transacción entre el antiguo procedimiento inquisitivo y la ley de la revolución de 1791 (Maier, 1989), lo cierto es que todos estos ordenamientos conservaban los principios materiales del procedimiento inquisitivo: la persecución penal pública y la averiguación de

e la Nación puede

Cualquier parecido con la realidad es mera coincidencia. En la práctica tribunalaria imperante, la determinación judicial de la pena se limita a repetir un simple formulismo vacío de contenido con referencias genéricas a las circunstancias previstas en los arts. 40 y 41 CP. El sistema consagra la arbitrariedad de

io previo, fundado

los tribunales en los marcos de las escalas previstas por el legislador. La pena del homicidio simple puede triplicarse y, en el caso del hurto puede llegarse al absurdo de multiplicar la pena mínima por veinticuatro para alcanzar la pena máxima. Cuanto menor sea el mínimo de pena privativa de libertad, mayores

echo del proceso,

posibilidades de que la escala aplicable sea más elástica. Detrás de este problema puede apreciarse el escaso valor que el legislador le otorga a un mes de libertad. Si pensamos en la pena de multa, por lo contrario, interpretaciones de contenido económico bastante extrañas e incomprensibles para cualquier lego impiden aplicar una multa en su valor reexpresado a moneda actualizada, limitándose los

isiones especiales,

tribunales, después de largos procesos, a aplicar esa especie de pena a valores nominales que resultan graciosos, en épocas de inflación, por respeto, ahora sí, al principio de legalidad. Nunca entendimos si esto sucede porque conocen o porque no conocen el valor del dinero.

En cuanto a la garantía jurisdiccional a la que se refiere Mir Puig, considera-

reces designados

mos que no tiene una relación directa con el principio de legalidad. De todos modos, cabría preguntarse hoy si enfrentados a la creciente concentración de facultades de los poderes ejecutivos es posible continuar depositando una fe ciega en los axiomas de la doctrina de la separación de poderes del sistema

hecho de la causa

republicano (3). La elevada politización del poder judicial -en el sentido de alta dependencia del poder administrador- permite apreciar al poder judicial como otro brazo del ejecutivo. En nuestro actual contexto político bien puede leerse

la verdad como meta del proceso. Aún el más acusatorio procedimiento de la ley revolucionaria de 1791 mantuvo la persecución penal pública, que tanto Montesquieu como Beccaria aceptaron y defendieron. Este último escribió "es regla óptima el destinar comisarios que acusen en nombre público a los infractores de las leyes".

Con este desarrollo se consolida el nuevo procedimiento del estado liberal, el sistema inquisitivo reformado o, como lo denominan algunos, mixto. Pero hay algo que permanece igual: la decisión de perseguir penalmente sigue en manos del estado. Los cambios revolucionarios no afectaron la facultad estatal de perseguir los delitos de oficio, nacida con la Inquisición. El discurso iluminista que se consolida no ataca la base del poder penal, esto es, la persecución penal pública. La autoritaria intervención coactiva del poder penal no es cuestionada por la crítica iluminista. ¿Por qué? Por el principio de legalidad. No pretendemos sostener aquí que la persecución de oficio de los delitos es un derivado del principio de legalidad. Ninguna relación lógica existe entre una y otra, ya que es posible concebir un sistema de acción privada que opere con el principio de legalidad. Lo que sí pretendemos sostener es que la garantía de la legalidad apareció en ese momento histórico como un límite suficiente a la intervención penal del estado y esta ilusión produjo un efecto concreto: impedir que se llegara a poner en discusión la base misma del problema. El principio de legalidad, entonces, produjo un efecto sedante e impidió que se formularan ciertas preguntas. ¿Por qué debe ser el estado el que defina los comportamientos punibles y asigne las penas? ¿Por qué debe ser el estado el titular de la acción penal? ¿Por qué debe ser el estado quien decide en un caso concreto si se aplicará o no el castigo? ¿Que queda a los individuos en este programa?

La primer consecuencia nociva que puede derivarse -no lógicamente, sino como explicación de sucesos históricos- del principio de legalidad es, de manera cierta, evitar que en un momento histórico de transformaciones se pudiera poner en crisis la legitimidad del estado para imponer coactivamente el castigo. La decisión por la persecución pública permite afirmar que lo que se castiga en el nuevo estado liberal no es el daño provocado a un tercero, sino la desobediencia a la norma, tal como se acostumbraba en el antiguo régimen. No se retoma al concepto de delito propio del sistema acusatorio, que presupone la existencia de un ofendido y de una ofensa, sino que se mantiene un concepto de delito fundado en la desobediencia como impugnación al nuevo orden estatal. Delincuente será, a partir de aquí, quien quiebre las reglas del pacto social. Y ello porque se produjo una conquista del estado por determinados sectores que no tenían interés en cuestionar su existencia. El estado-nación afirma su existencia a través de la revolución liberal y, con él, se mantiene intacto su poder penal. De modo harto claro se ha señalado que "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" (Maier, 1992a).

Lo hasta aquí expuesto describe cómo el estado se quedó con la facultad de decisión sobre los hechos a ser perseguidos penalmente (principio de oficialidad) y con la función de juzgar y decidir la aplicación de la ley penal (principio de estatalidad). Estas facultades son un presupuesto, por su parte, para la consolidación del principio de legalidad, que intenta restringir y moderar el derecho penal del estado sin cuestionar su legitimidad. Y este no cuestionamiento que implica la garantía de la legalidad produce otra consecuencia que arrastra sus efectos hasta nuestros días. Por este principio se toma necesario que el estado describa la conducta punible y la sanción penal para tal conducta. Por este mecanismo que parece tan inocente y sólo capaz de generar efectos positivos, se cristaliza y se impone la respuesta punitiva. Esa conexión contingente, no necesaria, entre un hecho que se define como prohibido y la imposición del castigo, termina por transformar a la alternativa penal en natural, cotidiana, racional. Esa conexión meramente posible

y destinada sólo a proteger al individuo del arbitrio estatal, termina por volverse en contra de ese individuo que le dió fundamento para ligar inexorablemente esa conducta descripta en la ley penal con el castigo como única salida frente al hecho. Tampoco en este caso se trata de una conexión lógica, la alternativa

Ningún habitante c

penal como exclusiva respuesta frente a un conflicto no deriva del principio de legalidad, pero éste es, en gran parte, responsable, al terminar produciendo el efecto de mostrar como necesaria la vinculación entre el antecedente de la norma y la sanción.

ser penado sin juicio

¿Quién ha sido si no el principio de legalidad el que nos ha socializado tan bien en la lógica del castigo? Es esta lógica del castigo la que supone una concepción ontológica del delito. Si la criminalización de un comportamiento no es más que poner una "vestidura de ideas" a ciertas situaciones, esta "vestidura

en ley anterior al

de ideas" es sólo una de las opciones posibles (de Folter, 1989). Llamar a un hecho "delito" es limitar extraordinariamente las posibilidades de comprender lo que acontece y de organizar la respuesta, excluyendo desde el principio cualquier otra forma de reacción para "limitarse al estilo punitivo, y al estilo punitivo del aparato socio-estatal, es decir, a un estilo punitivo dominado por el

ni juzgado por con

pensamiento jurídico, ejercido con gran distanciamiento de la realidad por una estructura burocrática rígida. Llamar a un hecho 'crimen' significa encerrarse desde el principio en esta posición infecunda" (Hulsman y Bernat de Celis, 1984).

Doscientos años de principio de legalidad produjeron, en este sentido, una consolidación del castigo estatal y la imposibilidad de abrirse a soluciones

o sacado de los ji

alternativas y más racionales frente a diferentes conflictos sociales. Doscientos años de principio de legalidad produjeron, en definitiva, una conexión casi lógica entre ciertos hechos y el castigo administrado por el estado. El principio de legalidad es, como auspicia Manliba de la droga, un camino de ida

por la ley antes de

IV. ¿Y la víctima?

Así el derecho nos constituye, nos instala, frente al otro y ante la ley. Sin ser aprehendidos por el orden jurídico no existimos, y luego de ser

aprehendidos sólo existimos según sus mandatos.
(Alicia Ruiz, *La ilusión de lo jurídico*)

Finalmente llegamos al problema que hoy nos reúne: la víctima. ¿De qué

de la Nación puede

hablamos cuando hablamos de víctima? Una primera definición podría ser: víctima es aquella persona que ha resultado damnificada por un delito, su sujeto pasivo. Resulta claro y obvio que una definición tal es manifiestamente legal. Este concepto permite realizar afirmaciones tales como "sin saber que

cio previo, fundado

han sido victimizadas" (Christie, 1992). Pero, ¿es posible definir a la víctima sin recurrir a la ley? Pensemos en alguna definición que trate de evadirla y tendremos que hacer referencia a sufrir un daño, soportar un perjuicio, recibir una lesión a los propios intereses. Resulta difícil imaginarse criterios materiales

hecho del proceso,

que no apelen a lo normativo. Aun cuando apelemos a criterios no legales, estaremos utilizando criterios que continúan siendo normativos (vgr., criterios referidos a ciertas normas sociales). ¿Cómo haremos para saber que alguien ha sufrido un daño? ¿Le preguntaremos a un tercero imparcial o le preguntaremos a quien se supone que ha sufrido el daño concreto? Con lo hasta aquí

misiones especiales,

dicho, alguien podría decir: "una muerte inmotivada crea, sin dudas, una víctima". Pero esta definición es tan normativa como cualquier otra. Al referirnos a lo "inmotivado" estamos, indudablemente, utilizando un criterio normativo. Yo sería víctima si alguien de la audiencia, en este momento, me matara; pero no sería víctima si el estado hiciera exactamente lo mismo

veces designados

conmigo aplicando la pena de muerte, y tampoco sería víctima aun cuando lo hiciera por un error judicial. Es inevitable, entonces, recurrir a criterios normativos para decidir quién es víctima. Y, en el ámbito específico del derecho penal, es la ley o, más precisamente, la práctica jurídica, la que atribuye la calidad de víctima, la que decide quién es víctima y quién no lo

el hecho de la causa

es, la que nos constituye en sujetos con ciertas y determinadas peculiaridades, status y facultades. Y aun cuando intentemos escaparnos de esta constitución jurídica de la víctima utilizando términos tales como "situaciones problemáticas" o "conflictos", sigue siendo la práctica jurídica la única instancia capaz

de generar tal calidad. Este mecanismo constitutivo que la práctica jurídica implica aparece muy bien descrito en un texto cuya autoría se debe a quien aboga por la utilización de criterios aparentemente no normativos. En el Informe del Comité Europeo sobre problemas de la criminalidad (1987) -y con la clara influencia de Hulsman- puede leerse que, con la intervención penal, "la disputa y la relación cambian de forma el invocante se convierte en 'víctima' aun cuando haya contribuido sustancialmente con el hecho que precipitó la crisis; la otra parte se convierte en 'delincuente', y se le coloca inmediatamente en un rol negativo donde tanto la

'víctima' como el Estado unen fuerzas en su contra".

Nuestra tesis afirma que sólo revestimos el carácter de víctima en la medida en que la ley penal nos define como tales. Antes que el derecho nos nombre a nosotros nos instale frente al otro, no somos víctimas ni el otro es autor. Así, sostener que el estado, a través del derecho penal excluye a la víctima, es una afirmación parcialmente verdadera. Para ser excluidos es preciso que antes el derecho nos constituya, nos cree, nos genere como víctimas. Y aquí nos volvemos a encontrar con el principio de legalidad. Para cumplir con sus exigencias, se requiere que, a través de un tipo penal, se describa cuáles comportamientos afectan a cuáles víctimas. Dicho de otra manera, e estado, para realizar la intervención jurídico-penal, debe previamente constituir a la víctima que legitima su intervención.

Hecho esto, es decir, nombrados como víctimas por un tipo penal, ¿qué sucede? Por un lado, se legitima, se justifica la intervención punitiva; por el otro, la víctima queda atrapada en el mismo tipo penal que la ha creado. Para ello el discurso jurídico ha creado un concepto específico, el concepto de bien jurídico. Este concepto ha generado y genera aún interminables discusiones sobre cuál es su contenido. Lo cierto

es que, desde este punto de vista, el bien jurídico no es otra cosa más que la víctima objetivada en el tipo penal. Y está objetivada porque, luego de ser constituida y de permitir la intervención penal, debe ser excluida. Este particular mecanismo de inclusión-exclusión permite que el estado actúe en su nombre, la represente, ocupe su lugar, es decir, actúe "como si" fuera la víctima. Por esta vía, lo que sucede, es realidad, es que el estado actúa sólo en nombre del estado utilizando para ello dos mecanismos diversos. El primero de ellos es hacerla callar cuando la víctima desea hablar. El segundo -y más terrible- es hacerla hablar cuando desea callar.

El mecanismo utilizado para hacerla callar se relaciona, fundamentalmente con el problema de la indisponibilidad de los bienes jurídicos. Desatada la intervención penal, el interés concreto del sujeto constituido en víctima por el derecho se toma irrelevante para frenar dicha intervención. Si la víctima quiere perdonar o simplemente desea una reparación y no la aplicación de una pena, debe callar en aras del respeto por la voluntad del titular de la acción penal: el estado. Cualquier interpretación de un tipo penal que permita sostener que siempre que haya habido consentimiento de la víctima no se ha visto afectado el bien jurídico protegido por el tipo penal, choca contra las complejas elaboraciones de la dogmática penal que terminan por hacer

desaparecer de la discusión la voluntad concreta del supuesto ofendido. Las afirmaciones de la doctrina tienen más fuerza que una cláusula constitucional cuando sostienen la indisponibilidad de ciertos bienes jurídicos, a pesar de que formalmente no son derecho positivo. Algunos ejemplos de esta verdad ya consagrada: "la vida es un bien del que su mismo titular no puede disponer", dice Jiménez de Asúa; "la vida es un bien irrenunciable", dicen Cobo del Rosal y Vives Antón; "la vida humana viene protegida por el Estado no sólo en interés del individuo, sino también en interés de la colectividad", dice Jiménez Huerta; "la vida no es un bien cuya disponibilidad corresponda al sujeto

pasivo", dice Rodríguez Devesa; "la vida se protege de un modo absoluto, sin consideración a la voluntad del individuo, que no puede disponer de ella, aunque sea su titular", dice Muñoz Conde⁶. Así, si queremos vendernos como esclavos, o si contratamos un servicio para que nos torturen, o si le pedimos a

alguien que nos mate, nuestra voluntad no será tenida en cuenta y el estado actuará representándonos y para proteger, supuestamente, nuestros intereses.

El segundo mecanismo que el discurso jurídico utiliza para justificar la intervención jurídico-penal, a través del cual hace hablar a la víctima que constituye y que desea callar, marcha por otros carriles. El principio de legalidad, vinculado al principio de reserva, exige que las prohibiciones penales se refieran a comportamientos que de algún modo afecten a terceros. ¿Cómo hacer, entonces, para legitimar la intervención frente a actos que no nos afectan como terceros? Dicho de otro modo, ¿cómo hacemos hablar cuando no nos sentimos afectados por algún acto ajeno? Así como se sostiene, para fundar la indisponibilidad de los bienes jurídicos, que tales bienes trascienden al interés concreto de su portador, y que la intervención se realiza atendiendo al interés de la sociedad, en los casos en que

no hay sujetos capaces de formular reclamos, todos somos victimizados. Un ejemplo claro de esta estrategia lo brinda la penalización de la tenencia de sustancias prohibidas para consumo personal. Frente al hecho de que no puede intervenir en este caso particular por tratarse de un problema estrictamente individual, de una autolesión que no produce efectos sobre tercero alguno, se alega que tener un cigarrillo de marihuana o un papel de cocaína genera un peligro para la salud pública. La Corte de Menem ha sostenido, en el fallo Montalvo y respecto a esta cuestión, que entre las razones que llevaron al legislador a reprimir la tenencia de estupefacientes cuando estuvieren destinados al consumo personal, "figura la necesidad de proteger a la comunidad ante uno de los más tenebrosos azotes que atenta contra la salud humana. En especial se adujo que no se trata de la represión del usuario que tiene la droga para uso personal y que no ha cometido delito contra las personas, sino de reprimir el delito contra la salud pública, porque lo que se quiere proteger no es el interés particular del adicto, sino el interés general que está por encima de él"⁵⁹. El trámite ha sido más que sencillo, para burlar la prohibición constitucional la Corte -junto con los legisladores que aprobaron la ley 20.771- se limitó a victimizarnos a todos nosotros. Como a nosotros no se nos ocurrió hacer un reclamo ante el hecho de que Montalvo decida consumir una sustancia prohibida, la Corte habló por nosotros, constituyéndonos en víctimas. En este fallo se afirmó que "si bien se ha tratado de resguardar la salud pública en sentido material como objetivo inmediato, el amparo se extiende a un conjunto de bienes jurídicos de relevante jerarquía que trasciende con amplitud aquella finalidad, abarcando la protección de los valores morales, de la familia, de la sociedad, de la juventud, de la niñez y, en última instancia, la subsistencia misma de la Nación y hasta de la humanidad toda". Pensar en la posibilidad de realización de la garantía jurisdiccional del principio de legalidad enunciada por Mir Puig en este contexto no pasa de ser una broma macabra.

Este segundo mecanismo, entonces, nos constituye a todos en víctimas y, en este caso, no es necesario callar reclamos, porque tales reclamos no existen. Pero nos han transformado en víctimas, y ello permite, una vez más, la reacción punitiva del estado.

El principio de legalidad impone la necesidad de dictar figuras penales que describan los comportamientos prohibidos y asignen la pena respectiva. Además de impedir el debate sobre la racionalidad de la respuesta penal en manos del estado, liga de un modo casi mágico el hecho descrito y el castigo. Al describir el hecho nos constituye en víctimas y define un conflicto, independientemente de si tal conflicto existe o no. Como víctimas, ya hemos sido incluidos y, por lo tanto, ha llegado el momento en el que podemos ser excluidos. A partir de aquí, el estado decidirá si se ha ofendido a la víctima, en cuánto se la ha ofendido, cuánto vale la ofensa y cómo ha de tratarse al ofensor. Todas estas decisiones serán tomadas en el escenario del proceso penal. Y sobre este escenario la víctima juega un papel secundario, se convierte en un actor de reparto. El papel más importante que desempeña es el de aportar pruebas para la realización de la pretensión punitiva, en manos del estado.

Desde las más variadas vertientes ideológicas y discursivas, durante los últimos años, se ha puesto en crisis la pena estatal y los principios que la sustentan. En cuanto a la víctima, podemos decir que hay dos tendencias claramente opuestas, si bien ambas reconocen el triste papel que le ha tocado desempeñar en los últimos siglos frente a la injerencia del estado. Una de estas tendencias pretende construir una víctima-sujeto con facultades dispositivas, a la que se le reconocen sus intereses concretos a través de diversos mecanismos de composición. El objetivo de esta tendencia, básicamente propuesta a nivel teórico, es que la presencia del conflicto, su magnitud, qué hacer frente a él, sean cuestiones que deben decidir personas concretas, según sus propios intereses y sin el límite de la verdad

material heredado de la vieja Inquisición. En este esquema, la decisión tomada por las partes torna innecesaria la intervención penal del estado. Lo que se propone, en definitiva, es la constitución de una víctima a través del mecanismo de inclusión antes referido, pero sin la segunda etapa de exclusión.

Pero otra tendencia expresa la necesidad de una estrategia a favor del poder penal del estado. Son manifestaciones de esta tendencia todas aquellas decisiones político-criminales que colaboran en la constitución de una nueva víctima: la víctima colaboracionista. En este caso, se continúa apelando al mecanismo de inclusión-exclusión. Así, para la construcción de esta nueva víctima, los ordenamientos la re-constituyen como sujeto, ampliando sus posibilidades de participación en el procedimiento penal. Este es el momento de la inclusión. Pero sus facultades no se relacionan con los intereses concretos y particulares que cada sujeto pueda tener sino, por lo contrario, con las necesidades -otra vez- punitivas del estado. De esta manera, se la incorpora sólo al efecto de que colabore para seguir adelante con la pretensión penal pública. Para toda otra cuestión, es necesario excluirla. El argumento más utilizado para evitar la efectiva disposición de la víctima colaboracionista es que el procedimiento penal no puede ser utilizado para el ejercicio de la venganza privada, mientras de este modo se refuerza la venganza estatal. El nuevo código de procedimientos nacional es, en este sentido, un paradigma de esta tendencia⁶⁰.

Mientras la víctima-sujeto ataca las bases mismas del castigo estatal, la víctima colaboracionista las consolida, reflejando solamente la necesidad de una respuesta estratégica frente a la actual crisis del derecho penal. La pregunta que podemos formularnos, entonces, es si es posible la coexistencia de la víctima-sujeto con el derecho penal estatal que conocemos. O dicho de otro modo, si es posible la coexistencia de esta víctima-sujeto con el principio de legalidad.

Notas

* El presente texto fue presentado como ponencia al V Congreso Nacional Universitario de Derecho Penal y Criminología celebrado en Rosario entre los días 29 de octubre y 1º de noviembre de 1992, en la Comisión sobre el tema "Víctima y sistema penal", y se publica tal como fuera redactado para su presentación en esa oportunidad.

- (1) No tiene demasiada importancia qué autor hemos elegido, por cuanto la doctrina presenta grandes coincidencias en relación a la importancia y derivaciones del principio aquí analizado. Por otra parte, a los fines de esta exposición tomaremos los postulados más relevantes de la garantía para realizar nuestro análisis.
- (2) La figura del homicidio en ocasión de robo ha dado lugar a las interpretaciones más descabelladas. Entre ellas podemos señalar la de la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires, que aplicó esta figura a una mujer coautora de un robo por la muerte de uno de sus compañeros, que fue muerto por la policía.
- (3) Un análisis de la politización del poder judicial en relación a las decisiones de la Corte ampliada durante la actual administración en Courts (1992). En cuanto a la justicia de primera instancia, no es necesario decir aquí qué jueza ha mostrado la inutilidad actual de los mecanismos institucionales de control previstos en la CN para garantizar una razonable administración de justicia.
- (4) Todas las citas han sido extraídas de un trabajo de Rivacoba y Rivacoba (1989) que hace referencia a la creciente relativización de tales afirmaciones. Es justo destacar que las tendencias actuales del derecho penal han comenzado a revalorizar el rol de la víctima. Un análisis de estas tendencias puede leerse en Maier (1992b).
- (5) Un análisis de los autoritarios argumentos esgrimidos por la Corte ampliada en el fallo Montalvo puede leerse en Saba (1991).
- (6) Un análisis del rol de la víctima en el código aprobado por la ley 23.984 puede leerse en Córdoba (1992).

Bibliografía

- Beccaria, Cesare (1974) *De los delitos y de las penas*. EJA, Buenos Aires.
- Christie, Nils (1989) *Los imágenes del hombre en el derecho penal moderno*, en AAVV, *Abolicionismo penal*. Ediar, Buenos Aires.
- Christie, Nils (1992) *Los conflictos como pertenencia*, en AAVV, *De los delitos y de las víctimas*, ed. a cargo de Maier, J. B. J., Ad Hoc, Buenos Aires.
- Córdoba, Fernando (1992) *La víctima en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, inédito, trabajo presentado al Seminario sobre el nuevo código realizado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA durante el ciclo lectivo 1992, a cargo del Dr. Maier.
- Courtis, Christian (1992) *Justicia tomada*, en NO HAY DERECHO, Buenos Aires, N° 6.
- de Folter, Rolf (1989) *La fundamentación metodológica del enfoque abolicionista del sistema de justicia penal. Una comparación de ideas de Hulsman, Mathiesen y Foucault*, en AAVV, *Abolicionismo penal*, Ediar, Buenos Aires.
- Hulsman, Louky y Bernat de Celis, J. (1984) *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*, Ariel, Barcelona.
- Informe del Comité Europeo sobre problemas de la criminalidad (1987) *Decriminalización*, Ediar, Buenos Aires.
- Maier, Julio B. J. (1989) *Derecho Procesal Penal argentino*, Hammurabi, Buenos Aires, t. 1b.
- Maier, Julio B. J. (1992a) *Entre la composición y la inclusión*, en NO HAY DERECHO, Buenos Aires, N° 6.
- Maier, Julio B. J. (1992b) *La víctima y el proceso penal*, en AAVV, *De los delitos y de las víctimas*, ed. a cargo de Maier, J. B. J., Ad Hoc, Buenos Aires.
- Mir Puig, s. (1985) *Derecho penal. Parte general*, PPU, Barcelona, 2da. ed.
- Rivacoba y Rivacoba, Manuel (1989) *Cambio de sentido en la protección penal de la vida humana*, en Doctrina Penal, Depalma, Año 12.
- Ruiz, Alicia (1986) *La fusión de lo jurídico*, en Crítica Jurídica, Universidad Autónoma de Puebla, Puebla, N° 4.
- Saba, Roberto (1991) *"Montalvo" o "la vida por la patria"*, en NO HAY DERECHO, Buenos Aires, N° 4.
- Soler, Sebastián (1987) *Derecho penal argentino*, TEA, Buenos Aires, t. 2, 5ta. ed.

andado

en ley

al arte

anterior

Se acabó el debate

Carlos S. Nino vs. Eugenio R. Zaffaroni

NINO

Esta es una breve respuesta a la réplica de Zaffaroni a mis críticas a su libro *En busca de las penas perdidas*. La respuesta es breve porque no quiero caer en la tentación de enredarme en una serie de aclaraciones a los malos entendidos en los que él habría incurrido al imputarme haber caído a mi vez en malos entendidos sobre los argumentos de su obra. Tampoco quiero incurrir en el hábito de abogado de contestar todo lo que creo erróneo en su argumentación. La verdad es que, independientemente de lo que considero errores y equívocos en la réplica de Zaffaroni, ella es una pieza sumamente valiosa: aclara varios puntos importantes de su pensamiento y condensa sus objeciones al sistema penal vigente de una forma más escueta, precisa y descriptiva que lo que lo hace en el libro que comenté.

Como resultado de las aclaraciones que hace Zaffaroni en "*Vale la pena?*" la distancia entre nosotros se ha reducido considerablemente. Zaffaroni admite un amplio margen para la coacción estatal, entre otras cosas para reducir la anomia generalizada en la sociedad argentina, y lo hace, además, (como yo propugno en *Los límites de la responsabilidad penal*⁽¹⁾) sobre la base, de acuerdo a sus palabras, "de un cálculo de violencias posibles que debe hacerse en cada caso para decidir la táctica menos violenta".

Buena parte de esa violencia Zaffaroni la admite bajo el rótulo de "coacción estatal directa" mientras que yo prefiero llamarla lisa y llanamente "pena". En el libro mencionado más arriba propongo distinguir entre penas y otras medidas coactivas empleadas por el estado por el hecho de que forma parte de la razón por la que una pena se estipula y aplica el dar lugar a una molestia, dolor o sufrimiento de la persona que la padece, sea como un fin en sí mismo (como lo asume el retributivismo) o como un medio para otro fin (como lo asumen las demás justificaciones de la pena). En cambio, en el caso de las medidas coactivas no punitivas, el sufrimiento, dolor o molestia causados a quien las padece no forma parte de la razón por la cual ellas se imponen, sino que son en todo caso efectos secundarios tal vez necesarios pero no buscados (de modo que si se pudieran eliminar, por ejemplo compensando al perjudicado, no por eso la medida perdería su razón de ser).

Me parece obvio que la grúa y más aún el cepo no buscan sólo resolver en forma directa una situación de obstaculización de tránsito, sino también causar una molestia al propietario del vehículo con el fin de desalentar futuros comportamientos similares. ¡Y cualquiera de nosotros sabe, por haberlo sufrido en carne propia, que son medidas bastante efectivas en ese sentido! Al contrario de lo que sugiere Zaffaroni, el ver a medidas de esta índole como verdaderas penas sirve para extender las garantías del derecho penal liberal a su aplicación. Esa extensión es menos imperiosa en el caso de otras medidas coactivas aplicadas por el estado que no se dirigen a causar sufrimiento a sus víctimas y que en consecuencia pueden ser acompañadas por mecanismos, como la indemnización, tendientes a paliar ese sufrimiento.

ZAFFARONI

Quisiera eludir una respuesta a la respuesta motivada en la respuesta. No quiero hacer uso de un derecho de "contra-contra-réplica", sino que, aunque peque de inmodesto por la parte que me toca, creo que este "ping-pong" valió la pena, porque fue sincero y abierto, buscando coincidencias y diferencias. Lo importante es precisar las diferencias para que en el futuro, en trabajos de otro carácter, ninguno de ambos se dedique a demoler lo que el otro no piensa. Me parece que allí está la riqueza del cambio de opiniones y, en este sentido es productivo.

Si no me equivoco, creo que llegamos a esclarecer una coincidencia general en cuanto a objetivos y también, salvo cuestiones secundarias, en soluciones prácticas. Las diferencias permanecen en el nivel teórico y, en éste, estimo que hay una diferencia medular (las restantes serían tributarias): Nino prefiere conceptualizar como "pena" a una coacción estatal mucho mayor, porque cree que así puede limitarla mejor; yo sigo el camino contrario: creo que es necesario distinguirlas cada día más nítidamente, para controlar mejor a ambas.

La "evidencia" de la efectividad de la prevención general que sostiene Nino se deriva de lo anterior y mi "evidencia" de lo contrario también. Nunca dudé de la prevención de la coacción jurídica en general: al punto de que pago el teléfono puntualmente para que no me lo retiren, pago mis deudas para que no me embarguen, el alquiler para que no me desalojen, etc. Lo que me resisto a creer y nadie me ha probado, es que todos los padres del país pueden estar tranquilos en cuanto a que sus hijos no les matarán porque el parricidio está penado en el artículo 80 del código penal. Creo, por cierto, que tienen razón en estar tran-

quilos, al menos la inmensa mayoría de ellos, pero por otras razones mucho más profundas y efectivas, que no es del caso analizar aquí.

Tampoco niego que algunas penas puedan tener efecto disuasorio respecto de algunas personas y en algunas circunstancias. Pero esto es un efecto eventual del poder punitivo y en modo alguno se puede generalizar dogmáticamente. Pero por introspección podría pensar también que ese efecto eventual tiene más posibilidades de producirse cuando menos grave es el injusto: es más probable que la amenaza penal me disuada de llevarme las perchas de los hoteles que de abstenerme de matar a mi padre o a mi madre, sin perjuicio de que esto tampoco implica que esa disuasión no pueda obtenerse con mayor frecuencia por otro medio de solución del conflicto. (Además, dicho sea de paso, el reconocimiento del diferente grado de vulnerabilidad — la selectividad — y la generalización del efecto preventivo general son incompatibles).

No es posible tomar un dato eventual y generalizarlo. Claro que menos admisible aún es algo que Nino no hace, pero que hoy es tan frecuente como irresponsable: tomar todos los datos eventuales y generalizarlos en conjunto, asignando a la pena, simultáneamente, funciones preventivas generales y especiales, positivas y negativas y, de paso, también alguna legitimación de las llamadas "absolutas". De allí resulta un discurso repugnante, o sea, un derecho penal de autor y de acto, de culpabilidad y de peligrosidad, espiritualista y materialista, personalista y

la cuenta del restaurante al pedir la comida debería también haber un contrato previo a ese pedido). Obviamente ese consentimiento depende de la voluntariedad y el conocimiento con que fue cometido el delito y ello, como lo trato de demostrar en *Ética y derechos humanos*⁽²⁾, no está determinado por el hecho de que el acto voluntario esté o no condicionado causalmente sino por el hecho de que no esté condicionado en forma notoriamente desigual respecto del resto de la comunidad. Aquí es donde me inclino a pensar que Zaffaroni tiene bastante razón, ya que parece prima "facie claro" que los sometidos efectivamente a pena son más vulnerables socialmente en el sentido de Zaffaroni.

El que Zaffaroni asocie el efecto preventivo general no con la gente que está afuera sino con la que está adentro de la cárcel es demostrativo de una extraña resistencia a percibir ese efecto. Como, en un momento, la insistencia de alguien con tanta experiencia teórica y práctica en temas criminológicos como Zaffaroni me hizo dudar de si lo que yo veo como tan obvio no sería el resultado de una alucinación; en una encuesta realizada por el Centro de Estudios Institucionales sobre diversos aspectos de la ilegalidad en la Argentina, hice incluir una pregunta sobre si alguna vez el encuestado dejó de cometer una falta o delito por temor a la sanción. Aunque es obvio que se trata de una pregunta demasiado directa como para evocar respuestas sinceras en la afirmativa, aún así el 37,3% de los encuestados contestó positivamente. Por lo tanto, ¡por fin ahora tenemos la prueba positiva del efecto preventivo general de la pena que, según Zaffaroni, nunca se obtuvo!

Pero es evidente que la cuestión no puede residir en negar el efecto preventivo general que las penas pueden tener sino, parafrase-

el efecto preventivo general no con la gente que está afuera sino con la que está adentro de la cárcel es demostrativo de una extraña resistencia a percibir ese efecto. Como, en un momento, la insistencia de alguien con tanta experiencia teórica y práctica en temas criminológicos como Zaffaroni me hizo dudar de si lo que yo veo como tan obvio no sería el resultado de una alucinación; en una encuesta realizada por el Centro de Estudios Institucionales sobre diversos aspectos de la ilegalidad en la Argentina, hice incluir una pregunta sobre si alguna vez el encuestado dejó de cometer una falta o delito por temor a la sanción. Aunque es obvio que se trata de una pregunta demasiado directa como para evocar respuestas sinceras en la afirmativa, aún así el 37,3% de los encuestados contestó positivamente. Por lo tanto, ¡por fin ahora tenemos la prueba positiva del efecto preventivo general de la pena que, según Zaffaroni, nunca se obtuvo!

Pero es evidente que la cuestión no puede residir en negar el efecto preventivo general que las penas pueden tener sino, parafrase-

ando de nuevo a Zaffaroni, en hacer un cálculo de violencias posibles y elegir el curso de acción menos violento (computando tanto la violencia implícita en la pena como la que está constituida por la comisión de delitos). No veo como este cálculo puede hacerse sin las pruebas complejísticas de índole empírica que a Zaffaroni le molesta que le reclame.

Mi palpito es que esas pruebas van a dar parte de la razón a Zaffaroni en el sentido de que muchas de las actuales penas pueden reemplazarse por compensaciones civiles o por otro tipo de medidas reparatorias, coactivas o no, sin mengua de los efectos preventivos del sistema (precisamente en un libro que acaba de aparecer, *Un país al margen de la ley*⁽¹⁾, me extiendo acerca de la falta de uso adecuado que se hace en la Argentina de la compensación civil como medio de control social).

También me inclino a pensar que muchas penas cruentas como la de prisión pueden reemplazarse en muchos casos por penas menos deletéreas, como la de multa, inhabilitación o medidas de vigilancia, sin que de nuevo haya una significativa merma en la eficacia preventiva del sistema.

Ni siquiera me opongo a que se experimente cautelosamente en este sentido, aun antes de tener las complejísticas pruebas indirectas que nos permitirían ir sobre seguro.

Pero sí me opongo a que se generalice sosteniendo que toda pena es inherentemente ineficaz (al menos en una medida que hace que sus efectos beneficiosos nunca puedan compensar sus costos), a que se ignore que la pena puede ser un medio de protección a los derechos humanos (y no sólo usada como táctica en algunos casos de violaciones aberrantes), a que se desconozca el obvio efecto preventivo general de algunas penas, y a que se desprecie la necesidad de corroborar las conclusiones teóricas con pruebas empíricas fehacientes, y a que no se distinga suficientemente entre un orden jurídico legítimo pero parcialmente injusto de uno ilegítimo (como se hace cuando se insiste en asimilar las penas con secuestros).

En el fondo creo que la diferencia de fondo entre mi posición y la de Zaffaroni puede mostrarse recurriendo de nuevo a la idea de utopía. Permítanme presentar ahora de la forma más clara y posible: como él mismo lo aclara, la crítica de Zaffaroni a los

transpersonalista, o sea, cualquier cosa que en una nebulosa sirve para legitimar cualquier extensión del poder estatal.

Volviendo a la cuestión que plantea Nino, por mi parte creo que es indispensable aceptar que la pena es pena, que la coacción directa es coacción directa y que la sanción reparadora es sanción reparadora, y todo esto antes de que la ley lo decida, porque no son más que formas sociales de solución de conflictos, que la ley puede elegir. Cuando la ley pretende imponer penas con el pretexto de que es coacción directa, nuestra función es corregirla por la vía del control constitucional. Por la misma vía se deben imponer los límites de las penas a algunas formas de coacción directa graves y prolongadas y, en cualquier caso, la racionalidad de la coacción directa debe ser controlada jurisdiccionalmente y es indispensable perfeccionar y desarrollar el "habeas corpus" y el amparo.

Para los efectos prácticos, en los que coincidimos con Nino, creo que la identificación de coacción estatal y pena es negativa y peligrosa, porque: 1°) aunque sea necesario controlar estrechamente su racionalidad, no es posible someter toda la coacción estatal a los límites de la pena; y 2°) porque al transferir a la pena todas las funciones de prevención de la coacción jurídica, se le regala una legitimidad que abre las puertas a cualquier racionalización.

Me doy cuenta de que Nino, por este camino, pretende lograr una legitimación parcial de la pena o de las penas y con ello limitarlas. Al mismo tiempo brinda una imagen que parece más "equilibrada" y que, es cierto, asusta menos. Pero esa empresa tiene larga e ilustre genealogía y es tan loable como imposible. Es la empresa que, por caminos dispares, intentaron todos los padres del liberalismo penal y, por cierto, que al hacerlo dieron al derecho penal su momento de más alto contenido pensante.

NINO

sistemas penales se aplica aún a los países más desarrollados. Es muy posible que Zaffaroni tenga razón y que aún un país como Noruega, pongamos por caso, tenga un sistema penal cuestionable. Sin embargo, no creo yo que en la Argentina podamos progresar en forma viable y efectiva sobre la base de un modelo crítico que se aplique también a Noruega. Creo que hay muy pocos casos en que un país sumamente atrasado en algún aspecto trascendente de su organización social toma un atajo que le permite superar aún la situación de los países más civilizados del mundo. Pienso que sería un enorme adelanto si podemos aproximarnos a la situación de un país como Noruega; cuando lleguemos a ese estadio ya tendremos oportunidad de continuar con nuestro análisis crítico. Mientras tanto, no me parece que sea pragmáticamente conveniente -aunque puede ser interesante desde el punto de vista de la especulación teórica- hacer una crítica global e indiscriminada del sistema penal. Creo que es más útil y practicable discutir, con experien-

cias y estadísticas comparadas en la mano que tomen en cuenta primariamente los efectos preventivos generales, cómo pueden atenuarse los efectos deletéreos de las penas más cruentas, qué pena cruenta puede ser reemplazada por una pena menos nociva, qué pena puede ser reemplazada por medidas de supervisión o por compensaciones civiles, etcétera. Y sobre todo debe discutirse cómo puede hacerse más igualitario y menos discriminatorio el actual sistema penal, evitando que recaiga fundamentalmente sobre los sectores menos favorecidos socialmente, que son, por otra parte, las principales víctimas de la anomia social que el sistema penal debería intentar prevenir.

Es obvio que este discurso es menos apasionante y atractivo que la denuncia generalizadora del actual sistema penal. Sin embargo, creo que está más cerca de la posibilidad de acción inmediata y efectiva. No me cabe la menor duda que pocos estudiosos pueden contribuir tanto como Zaffaroni a este segundo tipo de discurso -que presupone que por mucho tiempo más las penas van a seguir siendo "de nosotros", confrontando a quienes defienden el presente, el insostenible, statu quo.

NOTAS:

- (1) Astrea, Buenos Aires, 1980
- (2) Astrea, Buenos Aires, 1989, cap. 6
- (3) EMECE, Buenos Aires, 1992

Pero fracasó: les reapareció siempre nuestra vieja conocida, la "defensa social", y detrás de ellas las racionalizaciones más groseras, que a lo largo de los últimos ciento cincuenta años vienen demoliendo el edificio trabajosamente construido por ellos. No sé si puede hablarse de historia del pensamiento penal o de historia de las racionalizaciones con las que se pretende destruir el pensamiento penal desde hace ciento cincuenta años.

Creo que se debe reconstruir el derecho penal liberal, pero por un camino inflexiblemente claro, que no deje espacio para las racionalizaciones. No es cuestión de "seducción del discurso", porque en este momento es más "seductor" (al menos para algunos sectores) el discurso más "mesurado". La cuestión es dejar de lado las especulaciones políticas inmediatistas y no dejarle ningún espacio al Frankenstein positivista, peligrosista, es decir, al derecho penal autoritario.

Kant, Feuerbach, Carmignani, Carrara, Romagnosi, Beccaria, dejaron ese espacio, y por cierto que no por cortedada de entendimiento, sino porque los conocimientos sociales de su tiempo no les permitían seguir otro camino. Hoy no somos más inteligentes que ellos y dudo que alcancemos su profundidad, pero tenemos otros conocimientos sociales que nos permiten emprender la limitación y reducción del poder punitivo por otra vía y obturar esos espacios.

Llegados, pues, a este punto, sólo me resta recalcar que en mi opinión, lo más fructífero para el derecho penal liberal será reconocer y profundizar las diferencias entre pena, coacción directa y sanción reparadora (en sentido amplio), para reducir y limitar la primera y para controlar más eficazmente la racionalidad de las últimas. Un desarrollo más amplio y profundo de nuestros puntos de partida demostrará quién está más cerca de lo correcto.

ZAFFARONI

Se acabó el debate

Es en 1758, y cuatro décadas antes de que el misterioso monje Alejandro de Belgrado preparara su mapa de los Cielos, que aparece, en Londres y por primera vez, la edición, en latín, de un libro visionario y excéntrico. En la misma ciudad, dicen, habría acontecido el encuentro de su autor con Cristo. Y ahora, a ese hombre, a quien se ha permitido gozar de la compañía de los ángeles y conversar con ellos -así como un hombre conversa con otro-, le es dado exponer sus maravillosas descripciones, como auténticos documentos humanos, acerca de las cosas que ha podido oír, y ver (*ex auditis et visis*).

"De Caelo et ejus Mirabilibus et de Inferno". Como quién habla sobre China o hubiera ido a la India y describe lo que ha visto. Así, del Cielo y sus maravillas, y del Infierno, son estas sensaciones, estas observaciones, estas visiones, estas ideas, estos arcanos, que le ha sido permitido exponer y que descubriera

Emanuel Swedenborg

Hablando con los ángeles

por Alejandro Rúa

*Mas alto que los otros caminaba
Aquel hombre lejano entre los hombres
Apenas si llamaba por sus nombres
Secretos a los ángeles....*

Los arcanos que revelan las páginas de ese libro, conciernen al Cielo y al Infierno, y a la vida del hombre después de la muerte. Ha hablado con frecuencia con los ángeles sobre estos temas, -y en tales ocasiones disfrutó de un estado similar al de ellos-. Le ha sido dada la posibilidad de gozar de la compañía de los ángeles, y de conversar asimismo con aquellos que están en el Infierno, -durante trece años-; y ha departido con ellos como un amigo con otro -o, algunas veces, como un desconocido con otro-. Pero no sólo ha oído, referido por los ángeles; así también le fue dado percibir, le ha sido dado contemplar la extensión del Cielo habitado e inhabitado; y que las cosas allí revisten igual apariencia que las mundanas, y esto de manera tan cabal, que resulta difícil admitir que uno no se halla en el mundo, y en el palacio de un rey.

De este hombre misterioso -al que, habiendo frecuentado, durante largos años, todos los mundos invisibles, se concedió arrojar alguna luz, a fin de disipar el espíritu de incredulidad dominante- se ocupan estas páginas que no son más que la sencilla remisión de la Palabra, tal como fuera formulada por el narrador. Ya lo dijo: El significado del Advenimiento del Señor, es la revelación del sentido interno de la Palabra. Y es por eso que su revelación directa es permitida en nuestros días.

A los ángeles en su conjunto se los llama Cielo

..... Miraba

*Lo que no ven los ojos terrenales
La ardiente geometría, el cristalino
Edificio de Dios y el remolino
Sórdido de los gozes infernales....*

Hay en el Cielo una infinita variedad de cosas, y no hay una sola sociedad angélica idéntica a otra, **ni un ángel que sea igual a otro**. Por esta razón, hay en el Cielo divisiones generales, específicas y particulares.

* La general, es una división en dos reinos. Ciertos ángeles, reciben más íntimamente la Divinidad que emana del Señor; otros, en cambio, la reciben a un nivel más superficial. Esta distinción divide al Cielo en dos reinos: el

Reino Celestial -del amor celestial, que es el amor al Señor-, y el Reino Espiritual -del amor espiritual, que es el amor al prójimo-. Debido a esta diferencia, los ángeles del reino celestial y los ángeles del reino espiritual, no residen juntos; tampoco se comunican directamente. Sólo pueden comunicarse a través de sociedades angélicas intermedias, constituidas por ángeles celestiales-espirituales. Lo que determina que, a pesar de estar dividido en dos reinos, el Cielo es uno solo.

* La división específica, establece que hay tres Cielos, netamente diferenciados entre sí; el íntimo o tercero, el intermedio o segundo, y el extremo o primero. En ese mismo orden desciende la Divinidad del Señor. La Divinidad que procede del Señor y es recibida en el íntimo o tercer Cielo, es la celestial. La Divini-

dad que procede del Señor y es recibida en el Cielo intermedio o segundo, es la espiritual. Y la Divinidad que fluye del Señor y es recibida en el Cielo externo o primero, es la natural (pero lo que es natural en este Cielo es diverso de lo que es natural en este mundo, pues contiene lo celestial y lo espiritual).

Debe entenderse que **la interioridad de los ángeles** es lo que los sitúa en uno u otro Cielo. Hay tres grados de interioridad en cada ángel y en cada espíritu, y también en el hombre. Aquellos en quienes el tercer grado ha sido develado, moran en el íntimo Cielo. Aquellos a quienes a sido develado el segundo grado, o sólo el primero, residen en el Cielo intermedio, o en el externo. La interioridad es develada gradualmente mediante la recepción de el bien Divino y la verdad Divina. Toda perfección aumen-

ta en la medida que es más interior, y disminuye en la medida en que es más exterior; ya que **la interioridad** se halla más próxima a la Divinidad, y en sí misma es más pura; mientras que lo exterior está más alejado de la Divinidad, y en sí mismo es más craso.

Esta observación swedemborgiana, este hallazgo de la interioridad, de **la profundidad**, parece fijado por el presocrático: Detrás de toda caverna hay otra más profunda, debe haber otra más profunda, un mundo más vasto, más extraño, más rico bajo la superficie. La filosofía se desarrolla en la profundidad absoluta cavada en los cuerpos, debajo de la piel, como un oscuro debate en la interioridad de las cosas, en la profundidad de Fisis, entre lo que se somete a la acción de la Idea y lo que se hurta a esta acción.

A causa de esta distinción entre grados de interioridad, y por tanto, grados de perfección y pureza, ningún ángel puede residir con ángeles de otro Cielo que no sea el propio; vale decir, no les es dado ascender de un Cielo inferior a otro superior, ni descender de este a otro inferior. Pero a pesar de que los Cielos son tan distintos, el Señor une todos los Cielos por Su influjo. Y así, hace de tres Cielos uno; y todos están conectados de tal modo, desde el Principio hasta el Fin, que **nada inconexo es posible**. Lo que no se conecta con el Principio a través de enlaces intermedios no puede subsistir; se disipa y se extingue.

Esta nueva observación, parece imponer aquella alternativa tan común a tantas metafísicas y filosofías trascedentes: o bien un fondo indiferenciado, o bien un Ser soberanamente individuado, una Forma fuertemente personalizada. Fuera de ese Ser y de esa Forma, no queda sino el Caos.... En otros términos, el Cielo, aquí, parece esforzarse en no concebir ángeles, singularidades determinables, más que apriñonadas en un Supremo. Entonces, aparece determinado el Señor como aquel que caracteriza un Ser infinita y completamente determinado por su concepto, y por ello poseedor de toda la realidad originaria. Este Ser, en efecto, estará necesariamente individuado, porque rechaza en el no-ser a toda propiedad que no lo exprese, y delega en sus criaturas, sus ángeles como individualidades finitas, el cuidado de recibir todas las propiedades derivadas, que no expresan sino realidades limitadas.

* La división particular, indica que el Cielo en su conjunto está subdividido en innumerables sociedades. Los ángeles de cada Cielo integran distintas sociedades, mayores o menores, según las diferencias del bien del amor y la fe en que viven: quienes viven en un bien similar son miembros de una misma sociedad. En los Cielos, el bien posee infinitas variedades. Y puede afirmarse que cada ángel es su propio bien. Lo que pone de manifiesto que en los Cielos todos se hallan vinculados por el bien, y se distinguen según la calidad del bien. Sin embargo no son los ángeles quienes se vinculan entre sí; es obra del Señor, de quien el bien dimana.

Todas las sociedades se comunican a través de la extensión de la esfera que emana de la vida de cada una de ellas. Esta esfera de vida, es la esfera de los afectos del amor y de la fe; y se extiende a lo largo y a lo ancho, hacia las sociedades circundantes; y más lejos y con más amplitud, en la medida en que los afectos son más interiores y más depurado. Este aspecto representa un **principio de efectuación de singularidades**: Un ángel singular se prolonga sobre una serie de ordinarios, hasta la vecindad de otra singularidad, y así se sigue.

Así se constituye un Cielo, con la condición de que las series sean convergentes ("otro" Cielo empezaría en la vecindad de los puntos donde las series obtenidas divergirían); y un Cielo envuelve ya un sistema infinito de singularidades seleccionadas por convergencia. Pero, en este Cielo, se constituyen unos individuos, ángeles, que seleccionan y envuelven un número de singularidades del sistema, que las combinan con las que su propio cuerpo encarna, que las extienden sobre sus propias líneas ordinarias, siendo, incluso, capaces de reformarlas sobre las membranas que ponen en contacto la interioridad y la exterioridad. Un ángel aparece así siempre en un cielo como círculo de convergencia, y un Cielo no puede ser formado ni observado sino alrededor de ángeles individuales que lo ocupan o lo llenan. (Leibniz tiene razón al decir que la mónada individual expresa un mundo según la relación de otros cuerpos con el suyo y expresa esta relación misma según la relación de las partes de su cuerpo entre sí).

El cielo en su conjunto refleja un solo hombre.

...Sabía que la Gloria y el Averno
En tu alma están y sus mitologías...

Cada sociedad es un Cielo en forma menor, y cada ángel, en forma mínima; pues el bien del amor y la fe crean el Cielo, y este bien reside en cada sociedad del Cielo, y en cada ángel de cada sociedad.

Así como una sociedad íntegra es un Cielo en forma menor, un **ángel es un Cielo en forma mínima**; pues el Cielo no se halla fuera de él; está dentro suyo, ya que su interioridad se halla ordenada según la forma del Cielo; y todo ángel recibe el Cielo que se halla fuera de él, según el Cielo que está dentro suyo. Y así como todos reciben el Cielo que se halla afuera, reciben todos al Señor, pues la Divinidad del Señor es la que crea el Cielo. Allí donde se reconoce al Señor, se cree en El, y se lo ama; allí está el Cielo.

Leibniz sostiene una tesis célebre (cada mónada individual expresa el mundo), que puede aplicarse a esta particular observación swedemborgiana. Bien es cierto que el Cielo expresado no aparece como existiendo fuera de los ángeles que lo expresan; esto es, que existe en los ángeles como esa serie de propiedades que le son inherentes. Pero no es menos cierto, sin embargo, que el Señor creó el Cielo y no los ángeles, y que lo expresado no se confunde con su expresión, sino que insiste o subsiste en ella. En cada Cielo, los ángeles individuales expresan todas las singularidades de ese Cielo -una infinidad- como en un murmullo o un desvanecimiento; pero cada uno envuelve o expresa "claramente" sólo un cierto número de singularidades, aquellas en cuya vecindad se constituye y que se combinan con su "cuerpo". Los ángeles se constituyen, así, en la vecindad de las singularidades que envuelven; y expresan Cielos como círculos de convergencia de las series que dependen de estas singularidades. Y así, cada ángel, como mónada individual, expresa la totalidad de su Cielo, aunque sólo exprese de este, claramente, solo una parte seleccionada.

Que el cielo en su conjunto refleja a un solo hombre, es un arcano ignoto para el mundo; en cambio en los cielos, es algo plenamente reconocido. Y dado que el Cielo posee esta forma, el Señor lo rige como si fuera un solo hombre. De cualquier modo, en el Cielo sólo es posible que exista el amor mutuo; y que el gobierno del

amor mutuo sea el gobierno celestial.

El gobierno del reino celestial del Señor se llama **Justicia**, porque todos los que moran en ese reino, viven en el bien del amor al Señor, y todo lo que emana de ese bien, lleva la designación de **Justo**. A quienes moran en el reino celestial del Señor, se los llama "justos", pues atribuyen toda Justicia al Señor, y no a sí mismos. La Justicia del Señor en el Cielo es el bien que procede de El. **Solo el Señor gobierna allí**.

En síntesis, como en Platón, es la identidad superior de la Idea lo que funda la buena pretensión de las copias, y la funda sobre una semejanza interna o derivada. El ámbito invade así el ámbito de la observación: entre uno y otro reino, entre el gobierno del bien y el gobierno de la verdad, aparece el ámbito de la representación, definido no en una relación extrínseca a un objeto, sino en relación intrínseca al modelo o fundamento. El modelo swedemborgiano es **lo Mismo**, en el sentido en que Platón dice que la Justicia no es otra cosa que justa, la Valentía, valiente, la Verdad, verdadera, etc.: la determinación abstracta del fundamento como lo que se posee en primer lugar. El pretendiente solo se conforma al objeto en tanto que se modela (interior y espiritualmente) sobre la Idea. No merece la cualidad (justo) sino en tanto que se funda sobre la esencia (la Justicia).

Y así como el gobierno del bien, que es el que rige el reino celestial del Señor, se llama Justicia; en el reino espiritual del Señor, el gobierno que rige es el de la verdad, y se denomina **Juicio**; porque los habitantes de ese reino viven en el bien del amor al prójimo, y ese bien deriva su esencia de la verdad; y la verdad concierne al juicio. El Señor también guía a sus habitantes, pero de un modo mediato; a causa de ello, poseen **gubernantes**, y también poseen **leyes que rigen su convivencia**.

Ahora bien, en el reino espiritual del Señor hay varias formas de gobierno, que difieren en las distintas sociedades. Pero todas esas formas de gobierno coinciden en lo siguiente: que tienen como fin el bien público; y este, en beneficio del individuo. Y ello es así porque los habitantes del Cielo universal se hallan bajo los auspicios del Señor, que a todos ama, y que por amor divino dispone que exista un bien común del cual cada individuo recibe su propio bien; puesto que en la medida que ame el bien común, y como ese amor es amor al Señor, quien lo siente, es amado por el Señor, y el bien fluye en él.

Cambios de estado en la interioridad de los ángeles

...Sabía, como el griego, que los días
Del tiempo son espejos del Eterno...

A pesar de que en el Cielo, igual que en el mundo, hay una sucesión y una progresión de todas las cosas, los ángeles no tienen ninguna noción o idea acerca del tiempo y el espacio; concibiendo en su lugar la **noción de estado**.

En consecuencia, todas las cosas del hombre relativas al tiempo, devienen entre los ángeles en nociones relativas al estado; pues todas ellas se basan en los estados y en los diversos cambios que se producen en la interioridad de los ángeles. Asimismo, estos cambios no se verifican a través de transiciones alternas fijas, sino a través de grados. Sólo aquel que conoce la relación que existe entre **los grados y el orden Divino**, es capaz de comprender en qué se distinguen los Cielos, las sociedades angelicales, cada ángel, y, consecuentemente, cada estado de interioridad entre sí.

Los grados son de dos géneros; hay grados continuos y grados discretos. Los grados continuos se relacionan entre sí como los grados decrecientes de la luz desde su máximo esplendor hasta que se desvanece en la oscuridad. Dichos grados se determinan por la distancia. En cambio, los grados que no son continuos, sino discretos, se distinguen como lo anterior y lo posterior, como la causa y el efecto, como lo que produce y es producido; vale decir, que de un primero surge un segundo, y de éste un tercero, y así sucesivamente. Quien no sea capaz de distinguir esta distinción de grados, tampoco podrá aprender la distinción entre los cielos, ni discernir el hombre interior del exterior, ni distinguir el mundo espiritual y el mundo natural, ni el espíritu del hombre y su cuerpo.

Los cambios de estados en los ángeles, denotan sus cambios en lo que respecta al amor y la sabiduría. Los ángeles no experimentan constantemente un mismo estado de amor, ni de sabiduría. Los estados decrecen por grados desde su máximo grado hasta el mínimo. Desde este último grado retoman de nuevo al primero y así sucesivamente; estas transiciones alternas, se suceden una tras otra y en forma variada. Junto con el estado de interioridad de los ángeles, cambian de

El señor rige los infiernos

*...En árido latín fue registrando
Últimas cosas sin porqué ni cuándo.*

Jorge Luis Borges

Se ha expuesto una y otra vez, que el Señor es el Dios del Cielo, de lo que se sigue que el gobierno de los Cielos, en su integridad pertenece al Señor. Y como la relación que existe entre Cielo e Infierno, e Infierno y Cielo, es semejante a la que media entre dos opuestos que se contraponen mutuamente, derivando del proceso que se establece entre ambos, un estado de equilibrio que confiere permanencia a todas las cosas; es necesario que quien rige a uno, rija al otro.

El Infierno, al igual que el Cielo, está constituido por distintas sociedades; tantas como hay en el Cielo: cada sociedad del Cielo tiene su sociedad opuesta en el Infierno, en razón del equilibrio. Y así como, en sentido genérico, hay tres Cielos, así también en sentido genérico, hay tres Infiernos. El Señor provee de manera constante que cada sociedad del Cielo tenga su sociedad opuesta en el Infierno, y que se establezca un equilibrio entre ambas. De que a cada quien correspondía un mal opuesto, y a cada verdad una falsedad opuesta, se desprende, que no hay nada que exista sin tener una relación con su opuesto, y la naturaleza de todo aquello que existe puede conocerse, en género y grado, a partir de su opuesto.

Para que algo pueda existir, tiene que verificarse un equilibrio entre sus elementos. **El equilibrio entre el Cielo y el Infierno es perpetuo.** Del Infierno mana y asciende incesantemente un esfuerzo hacia el mal, y del Cielo fluye y desciende constantemente un esfuerzo hacia el bien. Si el Señor no rigiese

tanto el Cielo como el Infierno, no existiría ningún equilibrio, y sin equilibrio, no habría ni Cielo ni Infierno.

Y, precisamente, el hombre se mantiene en libertad, mediante ese equilibrio entre Cielo e Infierno. De manera que cuando está en equilibrio, está en libertad de admitir o recibir el mal y la falsedad que manan del Infierno, o de admitir o recibir el bien y la verdad que proceden del Cielo. Esta libertad es concedida por el Señor a todo hombre, y jamás le es arrebatada. A fin de que el hombre pueda gozar de libertad, es que entra en conjunción, en cuanto a su espíritu, con el Cielo y con el Infierno; puesto que todo hombre se halla siempre en compañía de espíritus infernales y de ángeles del Cielo.

En general, los Infiernos son regidos por una efusión general de bien Divino y verdad Divina que emana de los Cielos, mediante el cual, el esfuerzo general que emana del Infierno, es refrenado y contrareestado; y asimismo por una efusión específica que emana de cada Cielo y de cada sociedad. En general, todos los moradores del Infierno son regidos por medio de su temores. Algunos son regidos por temores ya implantados en el mundo que todavía llevan dentro suyo; pero como estos temores no bastan, pues poco a poco van disipándose, son regidos mediante el temor al castigo; esto, principalmente, es lo que los disuade de hacer el mal. Es necesario comprender, en Swedemborg, que el único medio de refrenar la violencia y el furor de los habitantes del Infierno, es el temor del castigo. **Y no hay ningún otro expediente.**

Caelo et inferno

*De noche quiero hablar con el ángel
para saber si reconoce mis ojos
Si de pronto me preguntase: ¿ves el Edén?
tendría que responder: el Edén arde...*
Rainer María Rilke.

Si en Swedemborg, el Señor permite los tormentos en los Infiernos es porque no hay otra manera de refrenar y reducir las maldades, ni de sujetar la turba infernal, puesto que sin el temor del castigo y el tormento la maldad estallarían en furor, sobreviniendo entonces la devastación total, así como en un reino en la tierra en el cual no haya ni ley ni penalidades. Las penas que se imponen en el Infierno son múltiples; leves o graves, según el género de maldad cometido. Cuando mayor es la malignidad de los espíritus, más íntimo y profundo es el Infierno.

Siendo observados o no por Swedemborg, todos los Infiernos tienen cierta similitud general, en tanto que las principales diferencias entre ellos las definen los tipos de castigo. Los espíritus que gobiernan cada Infierno manejan diversos instrumentos de tortura y presentan innumerables aspectos aterradores, pero en conjunto todos ellos tienen un mismo aire familiar. En algunos Infiernos hay secciones de hielo y secciones de fuego, mientras que otros disponen de regiones de absoluta tiniebla, donde las almas vagan eternamente sin encontrarse nunca.

Así, el Infierno de los griegos, regido por Hades y Perséfone, tiene un inmenso río de fuego, como también tiene una inmensa desolación gris, la llanura de Asfódelo, lugar nebuloso con árboles de ramas inclinadas hacia el suelo, donde los pecadores meditan eternamente sobre sus crímenes. En el Infierno subterráneo japonés, que abarca ocho regiones de fuego, cada vez más ardientes, y otras ocho de hielo y nieve, cada espíritu debe pararse ante su espejo, que refleja todas las acciones -y Emma Hoo y su hermana deciden a qué región del Jigoku irá el espíritu por toda la eternidad-. El de las Fiji está ocupado sólo por Rati-Mbati-Ndua, que se encarga expeditivamente de los espíritus que hasta él llegan, triturándolos con su único diente de marfil. Así, el interior del globo está poblado de infinitas regiones de castigo eterno, cada una de ellas pertenecientes a cada religión (existente, o ya obsoleta, ya que los lugares de castigo eterno son, desde luego, más eternos que muchas religiones, y perduran a éstas).

Afortunadamente el Cosmos también es Infinito. De lo contrario no habría lugar, tampoco, para todos los Cielos que existen y se han visto; para que Isis y Osiris se muevan sobre el Cielo de Egipto, para que la Señora de Byblos reine sobre Siria y Líbano, o para que los dioses de Elam gobiernen en el Cielo de 1 año. Para que el Cielo cristiano sobre Grecia e Italia no pueda librarse todavía, de las perturbaciones siempre creadas por los trágicos dioses del Olimpo; o para que Daniel y Cassiel continúen observándonos desde el moderno Cielo sobre Berlín.

De todos estos Cielos, es sin duda, el más árido y menos metafórico, el más práctico y menos habitable, el más preceptual, razonable y filosófico, el menos radiante, arrebatado y místico, el menos vago y a la vez más patético, este Cielo que describiera aquel sueco ejemplar, **Emanuel Swedemborg**, quien abandonara a tiempo sus estudios de anatomía, astronomía, matemáticas, para registrar minuciosamente el mundo espiritual, quien resultara más recordado que muchos ya olvidados reyes y duques de su tiempo, quien muriera hace ya más de doscientos



estado diversas cosas que se encuentran fuera de ellos, dado que estas últimas revisten una apariencia que armoniza con las cosas que residen en su interioridad. Todos los ángeles experimentan tales cambios de estado, y pasan por ellos, y lo mismo ocurre en todas las sociedades en general; pero cada ángel, pasa por ellos de un modo distinto, puesto que difieren según su amor y sabiduría.

No nos hallamos en absoluto ante un Cielo individuado constituido por singularidades angélicas ya fijas y organizadas en series convergentes, ni ante individuos determinados que así expresen este Cielo. Nos encontramos ahora ante el punto aleatorio de los puntos singulares, ante el signo ambiguo de la singularidades, o mejor, ante lo que representa este signo, y que vale para varios de estos Cielos, y en el límite para todos, más allá de sus divergencias y de los ángeles que los pueblan. Parece haber, en el límite, un "ángel" común a todos los Cielos, y en su estado. En cuanto a las variables que efectúan las posibilidades de un ángel, debemos tratarlas como conceptos que significan necesariamente clases y propiedades, fundadas, por otra parte, en el estado de cada ángel.

Por otro lado, aunque todas las cosas que pueblan el cielo, parecen ocupar un lugar en el espacio, los ángeles no tienen noción o idea alguna de lugar o espacio. En el mundo espiritual, todo cambio de lugar se verifica mediante cambios de estado en la interioridad de los seres, lo que quiere decir que, **cambiar de lugar**, no es otra cosa que cambiar de estado. Por lo que, es evidente que la proximidad entre los seres depende de la similitud del estado de interioridad que experimentan. Y la causa primordial de ello, es que el Señor está presente en cada cual según su amor y su fe, y que todas las cosas parecen cercanas o remotas según Su presencia; ya que por ella se hallan determinadas todas las cosas que pueblan los Cielos.

Por esa misma razón, los Cielos se distinguen entre sí, así como las sociedades de cada Cielo y los individuos de cada sociedad; por eso también, los Infiernos están totalmente separados de los Cielos.

CINCO DESAFIOS A LA IMAGINACION SOCIOLOGICA

Por Boaventura de Sousa Santos.

Profesor de Sociología de la Facultad
de Economía de la Universidad de Coimbra
Director del Centro de Estudios Sociales

Traducción de Guillermo Jorge

**Los desafíos, cualquiera
que ellos sean, nacen
siempre de
perplejidades
productivas. Al
contrario de lo que
podría esperarse de
quien viene señalando
la emergencia necesaria
de una ciencia pos-
moderna (Introdução a
Uma Ciência Pós-
Moderna, Rio de
Janeiro, Graal, 1989),
me gustaría invitarlos a
ser, conmigo,
cartesianos por unos
momentos. Así como
Descartes ejerció la
duda sin sufrirla, me
gustaría que
ejercitáramos la
perplejidad sin sufrirla.
Si quisiéramos, como
debemos, ser sociólogos
de nuestra
circunstancia,
deberíamos comenzar
por el contexto socio-
temporal del que
emergen nuestras
perplejidades.**

Ochenta/Noventa

Desde el punto de vista sociológico, ¿será la década del ochenta una década para olvidar? Pertenece a la tradición de los sociólogos preocuparse por la "cuestión social", por las desigualdades sociales, por el orden/desorden autoritario y la opresión social que parecen ir de la mano con el desarrollo capitalista. A la luz de esta tradición, la década del ochenta es sin duda una década para olvidar. En su transcurso, se profundizó, en los países centrales, la crisis del Estado-Providencia que había comenzado en la década anterior y con ella se agravaron las desigualdades sociales y los procesos de exclusión social (30 % de los estadounidenses están excluidos de cualquier esquema de seguridad social) de modo tal que estos países asumieron algunas características que parecían típicas de los países periféricos. De ahí que se hable del tercer mundo interior. En los países periféricos el agravamiento de las condiciones sociales, ya de por sí precarias, fue brutal. La deuda externa, la desvalorización de los productos que colocan en el mercado mundial y la decreciente ayuda externa, llevó a algunos de estos países al borde del colapso. En la década del ochenta murieron de hambre en África más personas que en todas las décadas anteriores del siglo. Si las asimetrías sociales aumentaron en el interior de cada país, aun más aumentaron entre el conjunto de los países del Norte y el conjunto de los países del Sur. Esta situación, que algunos festejaron o toleraron como el dolor necesario del parto de un orden económico finalmente natural y verdadero, esto es, neo-liberal, fue denunciado por otros como un desorden salvaje que necesita ser sustituido por un nuevo orden económico internacional. La arrogancia de los primeros y la impotencia de los segundos nos enfrenta decididamente con la década del ochenta.

Decididamente, sí, ¿pero también incondicionalmente? El otro pilar de la tradición intelectual de los sociólogos es la preocupación por la participación social y política de los ciudadanos y de los grupos sociales, por el desenvolvimiento comunitario y la acción colectiva, por los movimientos sociales. A la luz de esta otra tradición, lo mínimo que puede decirse es que la década del ochenta se rehabilitó de manera sorprendente e incluso brillante. Fue la década de los movimientos sociales y de la democracia, del fin del comunismo autoritario y del "apartheid", del fin del conflicto Este-Oeste y de una cierta flexibilización (¿momentánea?) de la amenaza nuclear.

Este es el claro-oscuro de la década precedente. Tenemos con ella una relación de amor-odio. No la podemos olvidar. Tampoco la queremos repetir. Evidentemente, las décadas sólo existen en nuestra imaginación temporal. Las transformaciones ocurridas al final de la década del ochenta irrumpieron en la década del noventa y ahora están con nosotros, en casa. ¿Qué hacer con ellas? ¿Qué transformaciones recomen estas transformaciones? ¿Qué desafíos proponen a la sociología y, por lo tanto, al trabajo de los sociólogos? ¿De qué modo nos van a afectar? ¿De qué modo las podemos afectar? No es fácil responder a

estas cuestiones, sobre todo cuando ellas presuponen como no problemática una postura epistemológica que lo es cada vez más. Presuponen la separación sujeto-objeto: nosotros, aquí; las transformaciones, allá afuera. Cuando en verdad las transformaciones no son más que todos nosotros, todos los sociólogos y todos los no sociólogos de este mundo, transformándonos.

Entre la auto-teoría y la auto-realidad

Nos es propio, sin embargo, reivindicar un ángulo que, sin estar afuera de lo que observa o analiza, no se disuelve completamente en ello. ¿Cuál es, entonces, nuestro ángulo y como mantenerlo en las condiciones presentes y próximas futuras? La rapidez, la profundidad y la imprevisibilidad de algunas transformaciones recientes confieren al tiempo presente una nueva característica: la realidad parece haber tomado definitivamente la delantera sobre la teoría. De este modo, la realidad se torna hiper-real y parece teorizarse a sí misma. Esta auto-teorización de la realidad es la otra cara de la dificultad de nuestras teorías en dar cuenta de lo que pasa y, en última instancia, de la dificultad en ser diferentes de la realidad que supuestamente teorizan. Esta condición es, sin embargo, internamente contradictoria. La rapidez y la intensidad con que todo ha acontecido, por un lado, vuelve hiper-real a la realidad; por el otro, la trivializa, la banaliza, la convierte en una realidad sin capacidad para sorprendernos. Una realidad así se toma, finalmente, fácil de teorizar, tan fácil que la banalidad del referente casi nos hace creer que la teoría es la propia realidad con otro nombre, esto es, que la teoría se auto-realiza.

Vivimos así una situación compleja: un exceso de realidad que se parece a un déficit de realidad y una auto-teorización de la realidad que mal se distingue de la auto-realización de la teoría. En una situación de este tipo es difícil reivindicar un ángulo de análisis, y mucho más mantenerlo. No pertenece a la tradición de los sociólogos desistir de esa reivindicación pero, francamente, algunos factores auspician su progreso. El conflicto Este-Oeste fue uno de los grandes responsables de que durante todo el siglo XX hayamos hecho sociología con los conceptos y teorías que nos

fueron legados por el siglo XIX. El fin del conflicto Este-Oeste origina una oportunidad única para la creatividad teórica y para la transgresión metodológica y epistemológica, y esa oportunidad sólo será desperdiciada si nos olvidamos que el fin del conflicto Este-Oeste corre a la par del agravamiento del conflicto Norte-Sur. Y será igualmente desperdiciada si la libertad creada por la ausencia de los dogmas teórico-políticos fuera asfixiada por los siempre viejos y siempre nuevos dogmas institucionales-fácticos.

La tradición de los sociólogos es en este terreno ambigua. Ha oscilado entre la distancia crítica con relación al poder instituido y el comportamiento orgánico con él, entre guiarlo y servirlo. Los desafíos que tenemos enfrente nos exigen salir de este péndulo. Ni guiar, ni servir. En lugar de distancia crítica, la proximidad crítica. En vez de compromiso orgánico, la libre involucración. En lugar de serenidad autocomplaciente, la capacidad de espanto y de revuelta.

De las perplejidades a los desafíos

¿Cuáles son, pues, los desafíos? Como dije al principio, los desafíos comienzan siempre manifestándose como perplejidades productivas. Destaco las siguientes cinco que, me atrevo a prever, van a ocupar a los sociólogos en los próximos años.

1-La primer perplejidad consiste en lo siguiente: un nuevo impulso de las agendas políticas de diferentes países nos revela que los problemas más absorbentes son, como nunca, problemas de naturaleza económica: inflación, desempleo, tasas de interés, déficit presupuestario, deuda externa, política económica en general. Y lo mismo ocurre si, en lugar de relanzar la política nacional, re-impulsáramos la política internacional: integración regional (CEE, CEI, EUA, Canadá, México, Cono Sur, Sudeste Asiático), proteccionismo, (Uruguay round, fortaleza Europa), ayuda externa, etc. Sin embargo, y en aparente contradicción con esto, la teoría y el análisis sociológico de los últimos diez años viene desvalorizando lo económico, en detrimento de lo político, de lo cultural y de lo simbólico; viene desvalorizando los modos de producción en detrimento de los modos de vida. Podemos incluso decir que la crítica que se ha hecho del marxismo se asienta, en parte, en la desvalorización de lo económico. ¿Será esta contradicción aparente, o más bien real? Y si así fuera, ¿abortarán los sociólogos el objetivo analítico y cavarán su propia marginalidad? O, por lo contrario, ¿estos diferentes factores y conceptos, y las distinciones en las que se fundan (economía, política, cultura), todas legadas por el siglo XIX, estarán hoy superados y exigirán una reconstrucción teórica radical? En este caso, ¿cómo hacerla?

2-La segunda perplejidad puede ser formulada así: en los últimos diez años asistimos a una dramática intensificación de las prácticas transnacionales, de la internacionalización de la economía a la translocalización compacta de personas como migrantes o turistas, de las redes planetarias de información y de comunicación a la transnacionalización de la lógica del consumismo de estas transformaciones. La marginalización del estado-nacional, la pérdida de su autonomía y de su capacidad de regulación social ha sido considerada como la principal consecuencia. No obstante, en nuestra cotidianeidad raramente somos confrontados con el sistema mundial y, al contrario, somos obsesivamente confrontados con el Estado, que ocupa las páginas de nuestros periódicos y los noticieros de nuestras radios y televisión, que reglamenta nuestra vida, tanto para regularizarla como para desregularizarla. ¿Será entonces el estado-nacional una unidad de análisis en vías de extinción, o por lo contrario, es hoy más central que nunca e incluso subyace aquí una engañosa forma de su descentralización? ¿Cuáles son las responsabilidades específicas de los sociólogos, ellos que son profesionales de una disciplina que floreció con el intervencionismo social del Estado? ¿Asumirá el intervencio-

nismo social del Estado en los próximos años la forma de intervencionismo no estatal? ¿Crearé el Estado a la sociedad civil a su imagen y semejanza? ¿Serán los sociólogos parte de la trampa o parte del mecanismo que la permita desarmar?

3-La tercer perplejidad o desafío es la siguiente: los últimos diez años marcaron decididamente el regreso del individuo. La extenuación del estructuralismo trajo consigo la revalorización de las prácticas y de los procesos y, en unos y en otros, la revalorización de los individuos que los protagonizan. Fueron los años de análisis de la vida privada, del consumismo y del narcisismo, de los modos y estilos de vida, del espectador activo de televisión, de las biografías y trayectorias de vida, análisis auxiliados por el regreso del interaccionismo, de la fenomenología, de lo micro en detrimento de lo macro. Sin embargo, en aparente contradicción con esto, el individuo parece hoy menos individual que nunca, su vida íntima nunca fue tan pública, su vida sexual nunca fue tan codificada, su libertad de expresión nunca fue tan inaudible y tan sujeta a criterios de corrección política, su libertad de elección nunca fue tan derivada de las elecciones hechas por otros antes que él. ¿Será tan sólo aparente esta contradicción? ¿Será la distinción individuo-sociedad otro legado "ochentista" del que nos debemos liberar? O, por lo contrario, ¿nos habremos librado demasiado temprano del concepto de alienación? ¿Cómo vengar la preocupación tradicional de los sociólogos por la participación y la creatividad sociales -una preocupación que tanto los honra- en una situación en la cual toda la espontaneidad del minuto uno se transforma, en el minuto dos, en artefacto mediático o mercantil de sí misma?

4-La cuarta perplejidad puede ser formulada así: iniciamos el siglo con clivajes socio-políticos muy profundos, entre socialismo y capitalismo, entre revolución y reforma, clivajes que, por ser tan importantes, se inscribieron en la tradición de las Ciencias Sociales. Pero llegamos al fin de siglo con una sorprendente desaparición o atenuación de esos clivajes y con su sustitución por un no menos sorprendente consenso y respeto por uno de los grandes paradigmas socio-políticos de la modernidad: la democracia. La década anterior no sólo vivió muchos procesos de democratización, sino también vió como muchas insospechadas instituciones al respecto abrazaron públicamente el credo democrático. El Banco Mundial, a través del principio de la "political conditionality", hace depender la concesión del crédito de la vigencia de la democracia en el país deudor, al mismo tiempo que la Agencia Internacional para el Desarrollo, de los EUA, promueve a gran escala una "Democracy Initiative", con el mismo objetivo de vincular el desarrollo a la democracia. Sin embargo, en aparente contradicción con esto, ocurren dos fenómenos, uno más visible que el otro. Por un lado, si la democracia es hoy menos cuestionada que nunca, todos sus conceptos satélites han sido cuestionados y declarados en crisis: la patología de la participación, bajo la forma de conformismo, de abstencionismo y de apatía política; la patología de la representación, bajo la forma de la distancia entre electores y elegidos, del ensimismamiento de los parlamentarios, de la marginalización y gubernamentalización de los parlamentos, etc. Por otro lado, si miramos atentamente la historia europea desde mediados del siglo XIX, verificamos que la democracia y el liberalismo económico fueron siempre mala compañía el uno para el otro. Cuando el liberalismo económico prosperó la democracia sufrió y viceversa. Sin embargo, sorprendentemente hoy la promoción de la democracia a nivel internacional es hecha conjuntamente con el neo-liberalismo y, de hecho, bajo su dependencia. ¿Habrá aquí alguna incongruencia o algún engaño? ¿Se articulará el triunfo de la democracia, que liquidó el conflicto Este-Oeste, con el triunfo del neo-liberalismo, del que resultará el agravamiento del conflicto Norte-Sur? ¿Crearán estos dos triunfos conjuntos nuevos conflictos Norte-Sur, tanto dentro del Norte como dentro del Sur?

5-La quinta y última perplejidad puede formularse del siguiente modo: la intensificación de la interdependencia transnacional y de las interacciones globales, ya referida, hace que las relaciones sociales parezcan hoy cada vez más desterritorializadas, siendo las fronteras, hasta ahora vigiladas, excedidas por las costumbres, el nacionalismo, la lengua, la ideología y, muchas veces, por todo esto al mismo tiempo. Sin embargo, y aparentemente en contradicción con esta tendencia, se asiste a un desprendimiento de nuevas identidades regionales y locales, cimentadas en una revalorización del derecho a las raíces (en contraposición con el derecho de elección). Este localismo, simultáneamente nuevo y antiguo, otrora considerado pre-moderno y hoy en día reclassificado como pos-moderno, es frecuentemente adoptado por grupos de individuos "translocalizados" (Shiks en Londres, fundamentalistas islámicos en París), no pudiendo por eso ser explicado por un *genius loci*, esto es, por un sentido de lugar específico. Sin embargo, se funda siempre en la idea de territorio, sea éste imaginario o simbólico, real o hiper-real. Del mismo modo, el aumento de la movilidad transnacional incluye fenómenos muy diferentes y contradictorios: por un lado, la movilidad de quien tiene la iniciativa de los procesos transnacionales que crean la movilidad, sea él o ella el ejecutivo de la gran firma multinacional, el cientista entre congresos, o el turista; por otro, la movilidad de quien sufre esos procesos, sea él o ella el refugiado, el emigrante, el indio o nativo a quien le fue quitado el territorio ancestral. Se suma a esto, que la movilidad transnacional y formación cultural de unos grupos sociales parece ir de la mano con el aprisionamiento y la fijación de otros grupos sociales. Los campesinos de Bolivia y de Colombia contribuyen, al cultivar la coca, al desarrollo de la cultura transnacional de la droga y de los modos de vida desterritorializados que les son propios, pero ellos, campesinos, están atados, tal vez más que nunca, a sus lugares de nacimiento y trabajo.

Esta dialéctica de territorialización/desterritorialización ¿hará olvidar las viejas opresiones? ¿Y la vieja opresión de clase -de la que la sociología internacional corre el riesgo de olvidarse prematuramente-, al ser transnacionalizable, hará olvidar, justamente ella, la presencia o hasta el agravamiento de viejas y nuevas opresiones locales, de origen sexual, racial, étnico?

El ejercicio de nuestras perplejidades es fundamental para identificar los desafíos, que valen la pena ser respondidos. Finalmente, todas las perplejidades y los desafíos se resumen en uno sólo: en condiciones de aceleración de la historia como las que hoy vivimos, ¿es posible poner la realidad en su lugar sin correr el riesgo de crear conceptos y teorías fuera de lugar?

EL ESTADO CLINICO*

Por Fernando Savater

servicio activo sin permiso... bueno, baste recordar que tanta obligación tenemos de conservar la vida por el interés de la patria como de perderla si ese mismo interés llegada la bélica ocasión nos lo demanda.

De modo que, si no me equivoco, en esto consiste la salud pública que el Estado Clínico tiene como obligación no ya *garantizar* sino *imponer*. Supongo que no es difícil captar el fuerte matiz diferencial existente entre "garantizar" e "imponer". Imaginemos que hubiera otro modelo de salud, al que llamaremos "salud de los ciudadanos". Respecto a ella, la obligación del Estado sería algo parecido a esto: "el Estado se compromete a asistir a aquellas personas que lo soliciten para ayudarles a suprimir o paliar sufrimientos de índole física o psíquica, por los que se sientan agobiados y disminuidos, así como a colaborar por medio de una información veraz y de una educación sanitaria preventiva a que cada ciudadano pueda hacer de su cuerpo el uso que crea más conveniente". Naturalmente, este segundo modelo de salud sería una garantía brindada por el Estado, no una imposición, como lo es la salud pública. Este segundo modelo parte del principio de que la salud no es un efecto fisiológico ni un condicionamiento social, sino ante todo una *invención personal*. Vamos, que no hay salud hecha en serie ni siquiera *pret-a-porter*, sino sólo a la medida. Hablo por supuesto de países políticamente desarrollados, como el nuestro, en los que -por ejemplo- el Estado garantiza la libertad religiosa, pero no impone ninguna ortodoxia por beneficiosa que algunos entusiastas puedan considerarla desde un punto de vista teológico. Tan totalitario es el intento de imponer desde arriba un tipo de salvación religiosa, como lo es imponer un modelo de salud pública, aunque hoy ya no creamos en los controvertibles dogmas teológicos y se hallen en cambio más asentados los no menos controvertibles dogmas médicos.

En el fondo, se trata de la contraposición entre la vida entendida como *funcionamiento* y la vida entendida como *experimento*. La vida como funcionamiento, si es posible como buen funcionamiento, es la vida tal como la entienden las mentalidades colectivistas de izquierdas o de derechas: la pauta de funcionamiento y el baremo por el que se juzga si éste es bueno

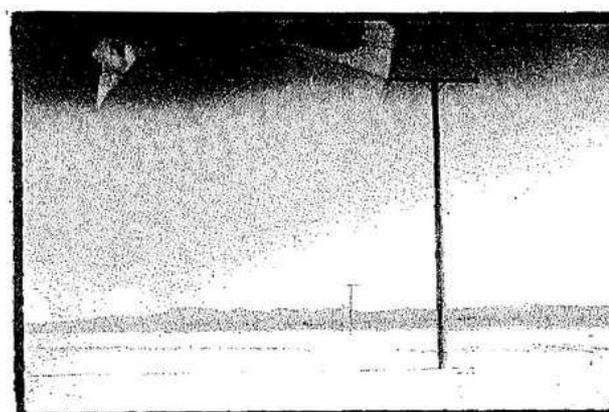
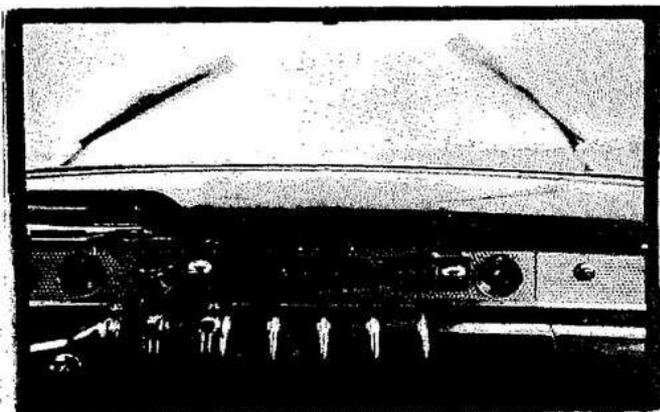
o malo queda establecida de modo único para todos los casos. Si alguien funciona y si funciona bien no es cosa que deba determinar él mismo, sino la colectividad. La vida como experimento es la vida pensada desde lo irreplicable y lo insustituible, es decir desde el sujeto individual, que a base de elementos recibidos, tradiciones asumidas o rechazadas, pactos con los demás e iniciativas propias va fraguando lo nunca visto: la vida de cualquiera de ustedes o la mía. Que el experimento vaya saliendo bien o no, que mantenga su interés o re-

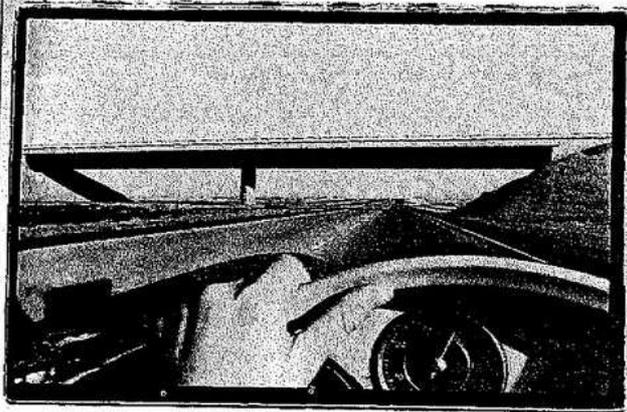
sulte un completo fiasco es cosa que sólo se puede decidir desde *dentro* del experimento mismo, nunca desde fuera. En la vida como funcionamiento, lo importante es añadir años a la vida; pero si se la entiende como experimento, lo fundamental es añadir vida a los años. Por supuesto que todo experimento conlleva incertidumbre y riesgos que deben ser asumidos: si siempre debe haber una instancia superior que tenga el deber de remendarme cuando me desgarró, no hay experimento que valga. Pero también es cierto que la contigüidad e interdependencia de nuestros experimentos reclama una cuota de solidaridad o si se prefiere de complicidad entre ellos. Mi vida humana es un experimento y por tanto ningún experimento humano puede serme ajeno... lo cual no equivale a que tenga patente de corso para interferirlos o uniformizarlos a mi conveniencia burocrática. Por decirlo de una vez: en la vida como experimento el individuo se toma en serio su libertad y en la vida como funcionamiento el Estado se toma serias libertades con los individuos. Por supuesto, no sin ser invocado a ello por parte de los individuos mismos, pues no olvidemos que bajo su bata blanca el Estado Clínico oculta la piel de oveja del Buen Pastor.

Déjenme insistir en un punto: el Estado como salvaguardia contra la libertad, como seguridad de que nuestra libertad nunca tendrá efectos nocivos no ya sobre los otros -es lógico que un estado se preocupe de eso- sino sobre nosotros mismos. El paciente del Estado Clínico tiene este credo: "quiero ser libre, verdaderamente libre, y que además nunca pueda pasarme nada malo por serlo". Pero lo cierto es que la libertad puede traer buenas o malas consecuencias, de otro modo no es libertad (1). El Estado puede -y, a mi juicio, debe- ayudarme a sobrellevar o corregir si es posible los malos efectos de mi libertad, pero no puede prevenirlos nunca del todo sin esclavizarme. Soy y quiero ser libre de intentar subir al Naranjo de Bulnes, aun a sabiendas de lo que puede ocurrirme por intentarlo; si quedo atrapado a medio camino, querré con razón que alguien venga a ayudarme a volver a mi casita: pero sería indecente que yo exigiese al Estado prohibirme subir al monte, so pretexto de que nadie -sobre todo, ni yo mismo- puede garantizar que lograré llevar la proeza a buen término. La libertad tiene efectos reales y nada limita tanto las posibilidades de la libertad futura como los efectos anteriores de mi libertad pasada. En los sueños, yo puedo saltar desde un sexto piso y encontrarme luego tomando café con unos amigos: pero en la vida de vigilia, el resultado de mi iniciativa podría ser muy otro. Y la libertad que queremos no puede ser la falsa libertad de los sueños, la libertad sin efectos ni consecuencias. Por lo tanto, saltar desde un sexto piso en la vida real condiciona mis posibilidades razonables de estar tomando cinco minutos después café con mis amigos; pero sería absurdo decir que no soy libre porque la primera acción dificulta o impide la segunda. Ya lo dijo Aristóteles en su *Ética Nicomáquea*: soy libre de tirar o no tirar la piedra que tengo en la mano, pero no de hacer que si una vez arrojada me arrepiento vuelva a

En un texto publicado póstumamente, *Omnes et singulatim*, Michel Foucault distingue entre el Estado Gestor y el Estado Pastor. El Estado Gestor tiene como tarea servir de intermediario y si es posible de armonizador entre los conflictos que surgen entre los ciudadanos, procurando administrar del modo menos incompetente las parcelas de probado interés colectivo. El Estado Pastor, en cambio, se empeña en garantizar la felicidad de cada súbdito, tal como el buen pastor no descansa hasta que cada una de sus ovejas, incluso la más pequeña y gozosamente descarriada, vuelve al redil. Este uso pastoril del Estado entiende la felicidad de cada cual ante todo como su salvación: de la incertidumbre del futuro, de la inseguridad del presente, de la impiedad ideológica y de la pérdida moral. Los del todo así salvados deben quedar contentos, es decir tranquilos y fieles: o, como rubrica la acostumbrada fórmula, convertido cada cual para el Todo en "su seguro servidor". No hace falta decir que tanto un modelo como el otro son paradigmas artificialmente puros y que en la realidad histórica no hay gestor tan aséptico que no se consienta sustanciosas ofertas pastoriles ni pastor que no peche con disidencias y rivalidades en su rebaño imposiblemente unánime. Y también puede señalarse que cada uno de los dos usos estatales cuentan con partidarios que lo reclaman en cuanto falta de manera demasiado patente: así los partidarios de audacias y negocios no piden sino Estado Gestor, mientras quienes sufren duelos y quebrantos echan de menos al Buen Pastor que da su vida por sus ovejas.

De una especial simbiosis entre el uso gestor y el uso pastoril surge lo que yo me atrevería a llamar Estado Clínico: si no me equivoco, en él vivimos ya, tal como la mayoría de las democracias llamadas occidentales. El empeño fundamental del Estado Clínico es conservar, pulir y dar esplendor a la salud pública. En esta mágica noción de "salud pública" se potencian los contenidos pastoriles con la legitimación instrumental de la gestión eficaz, y se amanceban lo utilitario y lo teológico, el rendimiento productivo y la moralina. No hay noción más ideológica que ésta y por tanto se presenta disfrazada de obviedad de sentido común. Su emblema es la lámina de fisiología utilizada para reforzar la lección de catequesis dictada por el capataz de la fábrica. Quizá sea provechoso intentar una definición de salud pública en cuanto obligación primordial del gobierno moderno. Propongo ésta: "El Estado ha de impedir que nadie, sea por accidente o propia voluntad, disminuya su capacidad productiva o la de otros, requiera superfluos gastos de reparación o acorte sin permiso de la superioridad la duración de su servicio activo como peón de brega en este mundo". Cuando hablo de gastos de reparación *superfluos* me refiero a aquellos no compensados suficientemente por su vinculación a la estructura productiva: el tabaco es un vicio a erradicar, pero no el uso de automóviles (aunque provoque muchos más muertos y lesionados) o la minería, pese a la silicosis. En cuanto a acortar la duración de nuestro





(esa solución la conoce cualquiera que haya estudiado con algún detenimiento el problema y no carezca del todo de sentido común) sino ante todo como ilustración de una situación política que considero indeseable, es decir, lo que me interesa aquí es la cuestión de principio. Hoy, solicitar la despenalización de la droga no es sólo proponer la única solución a la delincuencia drogo-inducida, las muertes por adulteración o sobredosis, el gangsterismo internacional de este ramo, etcétera ... sino ante todo dar un paso para salir del Estado Clínico



mi puño. Que no se diga pues que si utilizo mi libertad para beberme una botella de coñac todas las tardes pierdo mi libertad porque me vuelvo alcohólico: no la pierdo, sino que la invierto de tal modo que sus efectos reales restringen mis posibilidades de opciones posteriores, como siempre ocurre al practicar la libertad, sea para bien o sea para mal. Lo que me la quitaría por completo sería que se me prohibiera e impidiera beber, por no hablar de que se me diera veneno en lugar de mi bebida favorita. Pero la jaculatoria del paciente del Estado Clínico es ésta: *no nos dejes caer en la tentación*. O, como dice con mejor garbo la Zerlina de "Don Giovanni": *"Presto no son più forte ..."*. Vamos, filia: porque no hay más libertad que la del "vorrei o non vorrei?". Por esto la drogadicción, su fomento, su publicidad y sus espectaculares remiendos (que forman parte esencial de su fomento) es el nervio funcional del Estado Clínico. Surgen nuevas drogadicciones todos los días, como es sabido. Lo mismo que, puesto que existe ETA y su mitología emancipatoria, no hay comarca que no sueñe con unos guerrilleros que la dispensen de no ser más que lo que es y le den rango de colonia oprimida pero insumisa, de igual modo cualquiera que tiene una manía o una chaladura quiere que le den trato preferente de heroínomano. El otro día escuché por radio a una señora a la que se presentaba como ejemplo a una nueva droga: las máquinas tragaperras. La buena mujer se había gastado en tales admículos el dinero que tenía y el que no tenía; describía con trémolos copiados la seducción irresistible del instrumento del mal, tarareando melodías en el bar donde ella bajaba cada mañana a tomar su cafelito. ¿Cómo va una a resistirse, gemía? ¡La culpa la tiene el gobierno, que no prohíbe esas máquinas! Y el locutor le daba la razón. A ninguno de los dos parecía pasárselo por las mentes que la culpa la tenía la señora y que lo que debía hacer para resolver su problema era no jugar. Por lo visto, en cuanto alguien anuncia que ha perdido su libertad tiene ya bula y hay que achacarle los desperfectos al gobierno, a la sociedad o a quien sea. Así no cabe duda de que el éxito de la drogadicción está asegurado. Y nadie escucha al valiente fumador portugués que, harto de tantas advertencias oficiales contra su vicio, escribió en una pared: "Atención, el tabaco advierte que el gobierno puede ser perjudicial para la salud".

Vamos a centrarnos ahora, para concretar cuanto venimos diciendo, en un caso paradigmático, la drogadicción por antonomasia, la drogadicción de la Droga. Es el ejemplo más nítido del estado de cosas -es decir, del Estado Clínico- al que nos venimos refiriendo, aunque en modo alguno el único posible. También podríamos hablar de las enfermedades mentales y de sus administradores, sin ir más lejos, pero ese tema lo dejaremos para otra ocasión. Quiero hacer constar que si me refiero al tema de la Droga (la mencionaré siempre con mayúsculas, como la mitología exige) no es solamente por proponer una solución práctica a los crímenes y sufrimientos establecidos por su zarabanda

co en el que la libertad democrática se está viendo confinada. No será éste, sin duda, el último esfuerzo que habrá que hacer en tal dirección, pero indudablemente ha de ser uno de los primeros. Como método a seguir, renuncio a exponer una vez más de forma positiva las razones para la despenalización de la droga, su propugnada eficacia política, económica y ética: quien se interese por esta perspectiva puede hallarla desarrollada en mis *Tesis socio-políticas sobre las drogas*, incluido en *Ética como amor propio*. Hoy responderé de una en una a las principales objeciones que desde el Estado Clínico se efectúan contra la despenalización. Me refiero, naturalmente, a los representantes del Estado Clínico, que tienen la amabilidad y la honradez de intentar razonar, en lugar de limitarse a tronar prohibiciones e infundios sin permiso de réplica. Tales objeciones son, si no me equivoco, fundamentalmente éstas: primera, la droga mata; segunda, permitir lo inmoral es una inmoralidad, aunque pueda resultar a veces pragmático; tercera, la despenalización aumentaría el número de drogadictos en lugar de disminuirlo; cuarta, los grandes traficantes seguirían haciendo negocio por medio de las multinacionales farmacéuticas; quinta, aunque los drogadictos no son delinquentes al menos son enfermos de los que hay que ocuparse y la despenalización no resuelve qué es lo que debemos hacer con ellos. Tal es el quinteto de la muerte contra la solución despenalizadora de la droga. No incluyo, para no darme facilidades retóricas, la de quienes arguyen que la despenalización es cosa muy difícil de lograr por su alcance internacional (tampoco parece que acabar con el tráfico ilegal resulte fácil) o la de los que mencionan las experiencias supuestamente frustradas de Amsterdam o Londres (como si alguien hubiese sostenido que despenalizar aquí mientras se penaliza en todas partes o despenalizar de cualquier modo tras tantos años de prohibición y sus miserias fuese la panacea más recomendable). No, vamos a las cosas serias, y dejemos las frivolidades insulsas para quienes consideran preventivamente que la propuesta despenalizadora es frívola ...

Primero: La Droga mata. No cabe duda, admitámoslo sin rebozo, que la Droga, es decir, las drogas, pueden causar la muerte. Es cosa que también ocurre con la mayoría de las sustancias que ingiere o recibe de cualquier modo el organismo humano. Se trata de un problema de dosis: uno se puede matar a base de

cianuro o de huevos fritos, pero con el cianuro necesitará una cantidad mucho menor. Albert Hoffmann, el sintetizador del LSD, dice que la cuestión estriba en conocer la proporción existente entre la dosis activa de una sustancia y su dosis letal, es decir, entre la mínima cantidad que afecta perceptiblemente al organismo y la máxima que le destruye. Si en la aspirina esa razón puede ser de uno a quinientos, pongamos por caso, en la heroína será de uno a cuatro. De modo que deberé tener muchísima más precaución al dosificar la segunda que la primera, porque el límite en el que me muevo es más ajustado. Si yo debo conseguir mis drogas sin saber de manera fiable, por culpa de la clandestinidad, cuál es realmente la cantidad que manejo me expongo a muy graves peligros. Pero una cosa ha de quedar clara: conociendo las cantidades que se toman, se puede convivir con la heroína o con cualquier otro fármaco. He conocido heroínomanos (casi todos ellos relacionados de un modo u otro con la profesión médica y por tanto con más fácil y seguro acceso al producto) que han practicado su rutina durante veinte y hasta treinta años, toda su vida. Dependían de la heroína, desde luego, tal como el diabético depende de la insulina: pero no perecieron destruidos por ella. No sé si su carácter o su forma de vida se resintieron mucho por esa costumbre, como tampoco conozco las ventajas que les proporcionó. No aconsejaría a nadie tomar heroína, como no le aconsejaría trepar al Everest, meterse a cartujo o cruzar el estrecho de Gibraltar a nado. Son cosas peligrosas y recompensadas a mi juicio de forma discutible; pero a cualquiera decidido a hacerlas, le aconsejaría desde luego que se preparase bien y tomase algunas precauciones. En el caso de la Droga, lo que mata sin lugar a dudas es la mitología prohibicionista, que impide conocer la dosis que se toma, el estado de pureza o mezcla del producto, que favorece los cortes con sustancias venenosas inesperadas, que obliga a conseguirla por medios delictivos o recurriendo a delinquentes, que somete a los usuarios al stress permanente de una demanda económica desorbitada y de la persecución policial.

Quizá me digan ustedes que "los expertos" aseguran que la Droga mata. En esta cuestión, lo primero es preguntar, ¿qué expertos? Porque no todos opinan ni mucho menos igual, ni los que son más manejados por ciertos medios de comunicación resultan los más fiables. Voy a darles un ejemplo. Últimamente abundan los "expertos" que nos informan sobre los horrores de la adicción a la cocaína, de la que se dice que puede llegar a ser aún más peligrosa que la propia heroína. Pero he leído muy recientemente un trabajo de Bruce K. Alexander, del Departamento de Psicología de Simon Fraser University de Canadá, titulado precisamente *El verdadero peligro de la cocaína*. Alexander maneja los estudios más reputados sobre el tema, los de Arnold Trebeck, Peter Cohen, James Bakalar, Steven Wisotsky, Patricia Erikson, Norman Zimberg, etc... y llega a la conclusión de que la cocaína, utilizada con conocimiento y garantías de pureza, no tiene efectos más dañinos que muchas otras prácticas habituales

EL ESTADO CLINICO

Por Fernando Savater

recomendadas. Este es el último párrafo de su informe: "El verdadero peligro de la cocaína no son los efectos que provoca sobre la salud o el comportamiento. Es más bien el hecho de que provee a los americanos y eventualmente también a los europeos de una explicación fácil de los verdaderos males que afligen a la sociedad. Aparta la atención de sociedad en *masse* de las causas reales de esos males y por consecuencia de toda posibilidad de resolverlos".

Segundo, es inmoral permitir la Droga aunque resulte socialmente pragmático. Los que así argumentan se apoyan en el "daño" potencial que se causaría a los drogadictos permitiéndoles su vicio, aunque ello resolviera los problemas sociales del vicio con él relacionado. Pero resulta que el "daño" que sufrirían los llamados drogadictos —es decir, los usuarios voluntarios de tal o cual sustancia ahora prohibida— sería asumido y elegido por ellos, según su proyecto de experimento vital, mientras que el daño que ahora padecen viene de alimañas que se aprovechan de la prohibición para lucrarse, productos incontrolables y adulterados, agujas infectadas de SIDA, necesidad de buscar dinero inmediato y en cantidad enorme, disposición oficial hacia ellos hecha de paternalismo regresivo y maternalismo asfixiante, etc... Lo moral no es rezar "no me dejes caer en la tentación", es decir, anula mi libertad para que nunca sepa lo que realmente soy, sino "desarrolla y permite mi capacidad de autodominio responsable". Quienes se preocupen por la "inmoralidad" deberían ante todo considerar la que entraña el medio de inducción al delito para atrapar a pequeños traficantes y consumidores practicado por la policía de tantos países o la destrucción de plantaciones en países extranjeros por quienes no permitirían esa injerencia en sus viñedos californianos, por mencionar un ejemplo. Por no hablar de los atentados a la intimidad y dignidad personal de los registros anales o vaginales, etc... Es muy de agradecer que ya incluso los prohibicionistas concedan que la mayoría de los problemas sociales derivados de la Droga se remediarían con la despenalización, pero hay que insistir en que tal medida no se trata solamente de una cuestión pragmática, sino ante todo de principio. Como dijo Thomas Szasz, existe un problema de la Droga en el mismo sentido en que Hitler habló de un "problema judío": lo crea la persecución y el prejuicio, no la cosa en sí misma. El uso e información de sustancias químicas es un derecho, que como todo derecho entraña riesgos y abusos, pero no por ello deja de ser reclamable, el derecho a la automedicación. En cuanto tal, el llamado "problema" del "vicio" o la "inmoralidad" de la droga no debe ponerse junto al terrorismo o la polución atmosférica, sino junto a otros supuestos vicios inmorales que, en realidad son derechos, tal como el respeto a la homosexualidad, el aborto o la libertad de expresión.

Tercero, la despenalización aumentaría el número de los drogadictos. Quiere decirse, claro está, de

EL ESTADO CLINICO

Por Fernando Savater

usuarios de determinadas drogas hoy difícilmente accesibles. Tales personas no son más "enfermos" que los homosexuales o los ateos, que quede claro de una vez por todas (2). En efecto, en un primer momento es muy probable que personas que antes no se atrevieron a utilizar tales productos prueben ahora: después de todo, la propaganda de la satanización ha hecho este fruto prohibido anormalmente deseable. Pero, como ocurrió en el caso de la pornografía, a un interés curioso que siguió a su despenalización lo prolongará una estabilización del consumo. Sin la excitación morbosa y autodestructiva de la clandestinidad, el empleo de tal o cual sustancia se reducirá a sus prestaciones placenteras, contrapesadas por sus riesgos de deterioro fisiológico. Pero la cuestión no es disminuir el consumo de tales o cuales sustancias (lo cual ya hemos dicho que no es sino un derecho de los ciudadanos de países libres en el siglo XX), sino sus riesgos por falta de información o adulteración. Los drogadictos, por llamarlos así, serán más o menos, pero no tendrán que prostituirse ni robar para conseguir sus dosis, podrán regularlas a su conveniencia, tendrán un control oficial sobre la calidad de lo que compran y no deberán pagar precios abusivos por ello. La oferta se diversificará y aparecerán compuestos sintéticos con determinadas ventajas sobre las sustancias hoy conocidas, que conservarán la mayoría de sus efectos positivos y disminuirán o atenuarán los negativos. En una palabra, se utilizarán más drogas, pero se les prestará una atención menos morbosa y se emplearán de modo mucho más seguro. Descriminalizadas, perderán atractivo suicida y ganarán en utilidad práctica. Y sobre todo tanto las personas que quieran ocasional o habitualmente emplearlas, como las que no, serán tratadas por los poderes públicos como ciudadanos adultos, no como tiernos e influenciables huéspedes de guardería o como vasallos de Jomeini.

Cuarto, el comercio de la droga continuaría por medio de las multinacionales farmacéuticas. Lo más curioso es que este argumento suelen emplearlo no sólo izquierdistas de esos que cuando oyen la palabra "mercado" echan mano de su plan quinquenal sino también respetados partidarios de la libertad de comercio. Las multinacionales farmacéuticas supongo

que no son peores que las que fabrican electrodomésticos y quizá son mejores que las que fabrican armas. Muchos reparos pueden hacerse al sistema de las multinacionales, pero no parece buena lid abominar de ellas sólo cuando se menciona esta cuestión de las drogas: que la reforma del sistema económico empiece por otro lado y después ya veremos... En un artículo sobre la despenalización de la Droga, Umberto Eco apuntaba una reserva inteligente, pero no primordial: si la despenalización arruina el negocio gangsteril de los traficantes (y

por supuesto Eco no duda de que lo haría), ¿a qué otro negocio ilegal dedicarían éstos su infraestructura criminal? Quizá al tráfico de armas, la trata de blancas o cosas aún peores. Ciertamente, la despenalización no es la solución de todos los problemas que hoy nos afligen, lo mismo que la Droga no es en modo alguno el mayor de ellos: al día siguiente de la despenalización, sienta decirles que tampoco veremos al fiero león pastar junto a la humilde oveja. La abrogación de la Ley Seca acabó con el imperio de los Capones de Chicago, pero no con los negocios ilícitos ni con la delincuencia, que simplemente sufrió una reconversión. ¿Diremos sin embargo que no se resolvió un serio problema puntual? Ya veremos con qué nos salen mañana los sempiternos bandoleros, pero hoy hagámosles pensar un poco suprimiéndoles su mayor fuente de ingresos actual. Les revelaré en cambio un temor personal, al que no he visto concedida la debida atención. Que de un modo u otro, siguiendo una u otra graduación, la Droga acabará por despenalizarse es cosa que ya nadie medianamente informado pone seriamente en duda. Ahora bien, si dicho vuelco no ha sido precedido de la necesaria mentalización sobre los abusos paternalistas del Estado Clínico y sobre un reforzamiento consciente de la responsabilidad y el autodominio individuales (es decir, de la moral en su más exigente sentido) temo que sea el propio Estado quien prescriba la Droga por salud pública, lo mismo que ayer la prohibió por tal motivo. A fin de cuentas, ¿por qué la preocupación por la salud pública debe limitarse a lo que no debemos tomar, en lugar de extenderse a prescribirnos lo que nos servirá de tranquilizante o reconstituyente? Dado que hay gentes que sufren infartos por excesos o descompensaciones en la alimentación, ¿para cuándo el prohibir las grasas no menos que el tabaco o el dictarnos por real decreto la dieta ideal para conservarnos saludables y laboriosos? Un tipo de Estado acostumbrado a manipular las adicciones que considera negativas, mañana puede imponer adicciones positivas sin especial contradicción. Quienes no se quejaron del prohibicionismo no tendrán luego derecho a rechazar la píldora obligatoria o la fortificante gimnasia rítmica matutina a toque universal de gong.

En quinto y último lugar, los drogadictos son enfermos a los que hay que ayudar, cosa que la despenalización no resuelve. Para empezar, el uso de drogas no tiene por qué ser considerado una enfermedad, si quien las emplea no tiene el más mínimo interés en dejar de tomarlas. Hay un uso represivo de la noción "enfermedad" que la convierte en algo puramente objetivo, que se establece desde fuera y sin que la opinión del interesado cuente para nada. La enfermedad es algo malo que le pasa a uno lo sepa o no y que debe ser curado quiera uno o no. Este criterio represivo se considera un adelanto respecto a la mentalidad tradicional que le castigaba a uno por lo que hacía: hay quien considera más "progresista" ser cleptomano que ser ladrón como toda la vida. O quien ve un avance en que la homosexualidad sea tenida por una enferme-



EDITORIAL
ASTREA

Concluamos retornando a nuestros planteamientos del comienzo. En el Estado Clínico los médicos se ven constreñidos a convertirse en sacerdotes y aun inquisidores de la salud, apoyando a los políticos que la instituyen en obligación pública por ellos definida. Se trata de una nueva versión de la antigua y muy retrógrada alianza entre el Trono y el Altar, ahora entre el Despacho y la Camilla. Determinadas sustancias, como determinados comportamientos o hábitos quedan convertidos en reos de insalubridad y canalizan los afanes persecutorios de individuos adoctrinados de tal modo que temen más los peligrosos efectos de la libertad que el peligro de perderla. Para todo lo que nos conviene hay que pedir receta o atenerse a las

consecuencias. A comienzos de este siglo, a Gustav Klimt se le encargó pintar el techo del salón de actos de la universidad vienesa. En su alegoría de la Medicina, entre las figuras que se entrelazan en torno a la muerte y que representan el dolor, la vida, el éxtasis y la sabiduría destaca la libertad, uno de los más bellos desnudos del pintor: una mujer detenida en el vacío con los brazos abiertos, que adelanta la cintura para hacer resaltar la tentación de su pubis mientras baja un poco la cabeza, de tal modo que los largos cabellos cubren sus facciones enigmáticas. A Klimt se le intentó un proceso por ofensa a la moral pública. Y sin embargo el artista tenía razón: la presencia turbadora y escandalosa de la libertad debe acompañar a los otros símbolos de la medicina, so pena de que ésta se convierta en sucedáneo moderno del Santo Oficio. Porque, como en cierta ocasión escribió Joseph Conrad, "estrictamente hablando, la cuestión no es cómo ser curado, sino cómo vivir".

NOTAS(*) Este artículo fue publicado en *Claves de razón práctica*, Madrid, abril de 1990, Nº 1.

(1) La utilización del cientifismo para desvirtuar el concepto moral y político de libertad es una constante desde Moleschott y seguro que me quedo corto. Un ejemplo no más extremo que otros lo da el artículo de Jesús Mosterín "Drogadicción y paternalismo", aparecido en "El país" (25 de noviembre, 1989). Mosterín señala que "cuando nuestros deseos se oponen a nuestros intereses de salud, la situación psíquica real suele ser compleja". Por lo visto, los "intereses de salud" son algo objetivo y que no tiene nada que ver con caprichos, mientras que los deseos ya se sabe que son cosas que se le meten a uno en la cabeza. En cuanto a la posibilidad de "intereses sin deseos" y "deseos sin interés", el asunto le debe parecer tan obvio a Mosterín que no tiene nada que decir. Prosigue: "Queremos y a la vez no queremos. Nuestro cortex cerebral quiere una cosa y nuestro sistema límbico quiere otra". Aparte de una descripción clínica de la tentación, poco de nuevo aprendemos. Canullo decía "odi et amo" y Platón debiera haber llamado a su caballo blanco "Cortex" y al negro "Límbico". Por lo demás estamos donde siempre, salvo que sólo a los inquisidores se les ocurre que para que Córtez pueda sojuzgar a Límbico sea necesaria la coacción del Ministerio de Sanidad. En el plano moral, lo cortex nunca quita lo valiente... Menos mal que Mosterín se declara después partidario de la libertad como valor. "Sólo en casos extremos yo admitiría alguna limitación local del principio genérico de la libertad individual. Pero es que los casos referentes a la salud son casos extremos". De las otras cosas que hay en la vida, nos queda la libre disposición del dinero y el amor. Así pues, el que tenga un amor que lo cuide y la platita que no la tire. De que no desperdicie su salud se encargará el Córtez institucional.

(2) Para un interesante enfoque psicoanalítico desmitificador de la drogadicción como "enfermedad mental", véase *Psicoterapia del toxicómano*, de Guillermo Mattioli, Logos, Barcelona.

dad en lugar de un delito. Con un criterio semejante pero con menor aplauso público se encoró en la URSS a los disidentes del régimen no por adversarios políticos sino por enfermos mentales... En realidad, cualquier persona con un mínimo de sentido de la libertad prefiere que le impongan una pena a que le impongan un tratamiento. La culpabilidad es una relación humana y por tanto discutible, convencional, reversible; la enfermedad es un proceso biológico que nos somete a su necesidad. Desde un punto de vista libertario, o quizá sencillamente liberal en el sentido menos conservador del término (ese que la derecha española jamás conocerá), es enfermedad un problema que tengo conmigo mismo y delito un contencioso que la sociedad tiene conmigo. En ambos casos soy sujeto libre, en el primero para solicitar ayuda o automedicación, en el segundo para que se respeten las garantías jurídicas del procedimiento.

Hay personas que utilizan drogas y que se consideran "enfermos", es decir que no están a gusto consigo mismos y reclaman ayuda médica. Las circunstancias actuales en las que se utilizan las sustancias ilegales -desde la adulteración y la imposibilidad de fijar la dosis hasta el stress de conseguir diariamente su precio- favorecen sin duda que sus usuarios enfermen. Sea como fuere, es lógico y justo que la colectividad les brinde ayuda, por lo mismo que acude a rescatar al alpinista en apuros. Para eso pagamos impuestos y a este tipo de ayudas se destinarían los aranceles de peligrosidad que podrían gravar determinadas sustancias el día que se legalicen. Pero otros usuarios de sustancias actualmente prohibidas no se consideran enfermos, sino hostigados por un prejuicio puritano de la sociedad. Lo que reclaman para todas las sustancias es control sanitario, libertad de comercio e información suficiente. Esta gente no tiene -no tenemos- ningún afán suicidaño ni destructivo, lo mismo que quien sale a pasear en coche no quiere partirse la crisma en la carretera, aunque es cosa que muy frecuentemente pasa. Y quien tenga ganas de suicidarse, es problema suyo; si comete algún delito contra los demás, que sea castigado, pero en otro caso que le dejen vivir en paz pues *nadie puede cometer un delito contra sí mismo en un estado libre*. Pero ¿y quien ha sufrido una víctima en su familia por culpa de la Droga, acaso no es lógico que quiera prohibirla? Aparte de que tal víctima habrá sido causada más por la prohibición que por la sustancia, no tiene ningún derecho especial a solicitar su ilegalización, lo mismo que el padre que ha perdido a su hijo en un accidente de moto no puede esperar que por ello se prohíba el motorismo. Existe además todo el mundo de los que se refugian en esa institución clínico-paternalista, la drogadicción, para reclamar interés de sus familias o de una sociedad que los mantiene en el paro y el abandono. "Ahora ya soy drogadicto, es decir no soy responsable ni tengo voluntad. Ocuparos de mí o moriré matando". En una sociedad en que toda renuncia a la libertad de elección individual tiene su prima y donde no se presta atención más que a quienes convierten su problema en un problema de orden público, meterse a drogadicto es una tentación razonable y una estrategia con riesgo pero no sin recompensas.

EL ESTADO CLINICO

Por Fernando Savater

- BALLESTER: *Derecho de respuesta*. (Réplica. Rectificación). El público, la información y los medios.
- BIDART CAMPOS: *Teoría general de los derechos humanos*.
- BOSSERT: *Régimen jurídico del concubinato*.
- BREBBIA: *Manual de derecho agrario*.
- COMPAGNUCCI DE CASO: *El negocio jurídico*. Hechos y actos jurídicos.
- CREUS: *Invalidez de los actos procesales penales*. Nulidad. Inadmisibilidad. Inexistencia.
- D'ANTONIO: *El menor ante el delito*. Régimen jurídico, prevención y tratamiento.
- DONNA: *Teoría del delito y de la pena*. Tomo 1. Teoría de la pena y la culpabilidad.
- DROMI: *Derecho administrativo*. 2 tomos. Edición actualizada con las leyes de reforma del Estado, emergencia económica y convertibilidad de la moneda.
- DROMI: *Reforma del Estado y privatizaciones*. Comentarios, notas y texto ordenado. Legislación y jurisprudencia. Pliegos de condiciones. Contratos. 3 tomos.
- EDWARDS: *El defensor técnico en la prevención policial*.
- EDWARDS: *Régimen procesal penal*. Ley 23.984. Código Procesal Penal de la Nación. (serie T.L.A.)
- ESCUTI: *Titulos de crédito*. Letra de cambio, pagaré y cheque.
- GARCIA: *Reincidencia y punibilidad*. Dogmática penal. Aspectos constitucionales. Teoría de la pena.
- GHERSI: *Contratos civiles y comerciales*. Partes general y especial. Figuras contractuales modernas. 2 tomos.
- MARTÍNEZ VIVOT: *Ley nacional de empleo*. Comentarios a la ley 24.013, decretos reglamentarios y resoluciones.
- MAURINO: *Perención de la instancia en el proceso civil*.
- MILLER - GELLI - CAYUSO: *Constitución y derechos humanos*. Jurisprudencia nacional e internacional y técnicas para su interpretación. 2 tomos.
- MILLER - GELLI - CAYUSO: *Constitución y poder político*. Jurisprudencia de la Corte Suprema y técnicas para su interpretación. 2 tomos.
- NINO: *Ética y derechos humanos*.
- NINO: *Fundamentos de derecho constitucional*.
- NINO: *Los límites de la responsabilidad penal*. Una teoría liberal del delito.
- NOODT TAQUELA: *Derecho internacional privado*. Método de casos.
- SAGÜES: *Derecho procesal constitucional*. 4 tomos.
1-2. *Recurso extraordinario*.
3. *Acción de amparo*.
4. *Hábeas corpus*.
- VIDAL TAQUINI: *Matrimonio civil*. Ley 23.515. Comentario de los arts. 159 a 239 del Código Civil.
- VILLEGAS: *Régimen de obligaciones negociables*. Ley 23.576 reformada por la ley 23.962. (serie T.L.A.)
- WITTHAUS - MAFFIA: *Ejecuciones y procesos especiales*.
- ZANNONI: *Derecho civil. Derecho de familia*. 2 tomos.
- ZARINI: *Derecho constitucional*.

LAVALLE 1208 - (1048) Buenos Aires
Tel.: 35-1880 / 4203

BRASIL DE INFANCIAS

1. EL ESTADO DEL PROBLEMA

1. EL ESTADO DEL PROBLEMA

La comprensión del tema de la violencia contra niños y adolescentes en la coyuntura actual no está exento de riesgos y problemas, algunos de los cuales podrían y deberían ser evitados.

Desde la perspectiva de la indignación, la denuncia de la situación aparece en forma inmediata como una tentación inevitable. Sin embargo, es posible preguntarse si la denuncia desprovista de un análisis detallado resulta el instrumento más eficaz para la reducción y eliminación de dichas prácticas.

Este razonamiento parte de la suposición de que el universo portador de la indignación, no es aún lo suficientemente amplio como para identificar la existencia de este tipo de violencia entre las causas que traban el desarrollo social.

Las manifestaciones aisladas, a favor o en relación a la inevitabilidad del fenómeno —lo que en realidad constituye un eufemismo para su legitimación— constituyen un claro indicador de una cierta aceptación social que se coloca en la base del problema.

La presentación de las formas más crudas y manifestadas de violencia como "inherentes a la estructura", que no es lo mismo que afirmar su vinculación con la estructura, constituye una de las formas más sutiles de legitimación. Tomando en cuenta esta situación, cualquier estrategia de reducción y eliminación de la violencia, supone una suma de indignación más comprensión de las causas reales que le dan origen.

Determinar la dimensión cuantitativa y cualitativa del fenómeno es condición necesaria, aunque no suficiente, para trascender la descripción ingenua y/o anecdótica. Resulta imperioso, por lo tanto, organizar y dar un rumbo definido a la indignación para permitir su crecimiento y eficacia.

Pero para determinar la dimensión cuantitativa del "exterminio" de niños y adolescentes es preciso enfrentar un aspecto que, paradójicamente, hasta hoy ha sido evitado, soslayado o simplemente dado por supuesto. Me refiero a una caracterización más precisa del concepto de exterminio. Concepto cuyo contenido ha sido formulado por los medios masivos de comunicación, dando lugar a un sinnúmero de interpretaciones paralelas y contradictorias, que objetivamente han resultado en la elevación o disminución del fenómeno de acuerdo a intereses fácilmente manipulables. En este sentido, resulta obvio que la centralización de información, estrategia fundamental de todo plano de combate a este tipo de violencia, sólo será posible si es organizada en torno a un criterio único fácilmente identificable. Propongo en consecuencia designar con la expresión exterminio a: "Los homicidios dolosos contra menores de 18 años, practicados por motivos extra-familiares con la pretensión de imponer un 'orden' extralegal y con alguna característica objetiva o subjetiva de sistematicidad"¹⁰.

Parece importante ahora, detenerse en la discusión conceptual de la violencia. En otras palabras, esto presupone la firme convicción de analizar la violencia como requisito previo a combatir la violencia.

2. EN TORNO AL CONCEPTO DE VIOLENCIA

El concepto de violencia está lejos de ser unívoco. Por el contrario, está cargado de significantes emotivos que lo legitiman o condenan, pero que impiden su comprensión y explicación. En el campo del "sentido común", la violencia aparece casi siempre como

sinónimo del concepto de agresión. Por eso parece importante comenzar estableciendo una distinción entre ambos conceptos, en la medida en que el concepto de agresión (mucho más vinculado a las ciencias naturales¹¹), no supone necesariamente una relación social. En el contexto de este análisis, la violencia supone una relación social.

Esta primera distinción, resuelve sólo negativamente alguno de los problemas ya señalados. Es preciso por lo tanto establecer una definición positiva que ayude a la explicación del fenómeno. De las innumerables definiciones existentes aquella formulada por Johan Galtung (1975), parece la más pertinente y adecuada. Para este autor estamos en presencia de violencia en aquellas situaciones en las cuales el desarrollo efectivo de una persona en términos físicos y espirituales resulta inferior a su posible desarrollo potencial. De este modo, la violencia es definida como la causa de la diferencia entre realidad y potencialidad. Se trata de una definición no ideológica, lo suficientemente abarcativa que incluye sus variables más importantes y al mismo tiempo lo suficientemente específica como para ofrecer las bases mínimas de un operar concreto.

Utilizando la definición de Galtung es posible afirmar, por ejemplo, que en una determinada época en que existen los medios potenciales para combatir una cierta enfermedad o para alimentar una población, la muerte por inanición o por una enfermedad evitable representa un claro indicador de violencia.

Esta definición no impide avanzar en ulteriores especificidades tales como la violencia directa e indirecta, física y psíquica, manifiesta y latente (es obvio que los tipos de violencia directa y física están estrechamente vinculados con el concepto de violencia personal). Con excepción de la violencia latente, el resto constituyen conceptos autoexplicables. La violencia latente, en cambio, se caracteriza por un grado tal de inestabilidad en la situación actual, capaz de producir de inmediato una disminución del desarrollo de las actuales potencialidades.

En este contexto conceptual, es posible identificar una situación de violencia estructural como aquella en que las causas de la diferencia entre realidad y potencialidad aparecen como parte de la fisiología y no de la patología del funcionamiento del sistema social.

3. VIOLENCIA Y REALIDAD SOCIAL

Si se parte del rechazo de una concepción ontológica de la realidad, es decir, si se parte del hecho de que la realidad resulta una entidad socialmente construida¹², es posible afirmar que no existen acciones que intrínsecamente puedan ser definidas como violentas.

Tanto la violencia, como su opuesto, la paz, resultan mediáticamente dependientes de un consenso socialmente construido. De las múltiples interacciones posibles en el universo social, sólo una porción de ellas son construidas-percibidas como violentas. Una segunda selección tiene lugar, a su vez, para construir una parte de esta violencia como violencia criminal. Así, si el agente de la primera selección, es el conjunto de los mecanismos generales de poder y socialización, el agente específico de la segunda selección resulta el sistema de la justicia penal (entendido éste en el sentido más amplio posible, normas jurídicas, cuerpos de seguridad, tribunales, instituciones penitenciarias, etc.). Desde esta perspectiva, parece obvio que violencia y violencia criminal son construcciones sociales, cuyo mayor o menor grado de arbitrariedad resulta

2. EN TORNO DEL CONCEPTO DE VIOLENCIA

3. VIOLENCIA Y REALIDAD SOCIAL

4. EL OBJETO DE LA VIOLENCIA

5. ¿QUE HACER?

Y VIOLENCIAS

POR EMILIO GARCIA MENDEZ



directamente vinculado a los conceptos de consenso y racionalidad⁶⁰. En esta línea de razonamiento es posible afirmar que la existencia de la violencia aparece directamente vinculada a su visibilidad y esta última a su vez, a la cualidad del objeto de la misma.

No es necesario un análisis profundo para comprender el carácter mucho más visible de la violencia personal, si se la compara con la violencia de carácter estructural. Tipos de violencia que, independientemente de la existencia de una relación causal entre ambas, pueden ocurrir sin que exista una relación inmediatamente directa entre ellas. De hecho, y tal como lo afirma Galtung, es posible imaginar la presencia de violencia personal en casos en que ésta, está ausente de la estructura, del mismo modo que es posible hipotetizar la existencia de violencia estructural en condiciones en que no se registran casos de violencia personal. Esto, sin embargo, no impide sostener que la violencia estructural tiene su origen en violencias de carácter personal, del mismo modo que un individuo que ejerce una violencia de tipo personal, es el resultado de un proceso de socialización en condiciones de violencia estructural.

La complejidad de este problema se extiende ulteriormente en la medida en que es posible registrar la existencia de violencias personales que responden y son funcionales a expectativas fuertemente enraizadas en la estructura.

4. EL OBJETO DE LA VIOLENCIA

El tipo de percepción social del objeto de la violencia constituye una variable fundamental para explicar la reacción social que ésta provoca. En este sentido, sólo un análisis ingenuo, mal intencionado o ahistórico, se atrevería a afirmar la existencia de una percepción social homogénea que abarcara al ser humano en general. Este enfoque resulta coherente con la perspectiva constructivista adoptada.

Si se aceptan las tesis de Ph. Aries (1985), es preciso aceptar que la infancia, tal como ella es entendida hoy, resulta inexistente antes del siglo XVI. Esto obviamente no significa negar la existencia biológica de estos individuos. Significa más bien reconocer que antes del siglo XVI, la conciencia social no admite la existencia autónoma de la infancia como una categoría diferenciada del género humano. Pasado el estricto período de dependencia física de la madre, estos individuos se incorporan plenamente al mundo de los adultos.

Utilizando una fuente tan heterodoxa como el arte de la época, Ph. Aries demuestra la existencia de la infancia como categoría autónoma diferenciada, sólo después de un proceso, que puede ser caracterizado como de revolución en los sentimientos que tiene lugar entre los siglos XVI y XVII. El retrato de familia predominante en el arte del siglo XVII, muestra a esos sujetos anteriormente inexistentes, formando parte del centro del mundo familiar. La historia posterior permitirá afirmar que la infancia pagará un precio muy alto por esta nueva centralidad social: la incapacidad plena (social y luego también jurídica) y en el mejor de los casos convertirse en objeto de la protección-represión resultan sus características más significativas.

Pero el análisis de los mecanismos que confluyen en el proceso de construcción social de la infancia, no estaría completo si dejáramos de lado la consideración de la institución que colabora decisivamente en la homogeneización y reproducción ampliada de la categoría infancia: la escuela. Su función de agente

socializador fundamental, establece por su presencia o ausencia, un corte fundamental en el interior del universo infancia. Por motivos que no es del caos explicar aquí, en algunas sociedades basadas en mecanismos de exclusión, una parte considerable de la infancia no tendrá acceso a la institución escuela, o teniéndolo, no dispondrá de los recursos (entendiendo este concepto en su sentido más amplio posible, no restringiéndolo a los aspectos meramente materiales) suficientes para permanecer en ella.

La diferencia que se establece entre la infancia-escuela y la infancia-no escuela, es de una magnitud tal que un concepto único no podrá abarcarlas: los excluidos se convertirán en "menores".

Para la infancia-escuela, que casi siempre coincide con la infancia-familia, estas dos instituciones cumplirán las funciones imprescindibles de control-socialización. Para los "menores", será necesario crear una estructura diferenciada de control social: el Tribunal de Menores (que no por acaso recibe esta denominación).

En la medida en que el vínculo que se establece entre los procesos de exclusión y los mecanismos específicos de control no es transparente, se hace necesario un análisis histórico-crítico para develar dicha relación.

El Primer Congreso Internacional de Tribunales de Menores, realizado en París en 1911, ofrece algunas indicaciones preciosas para este tipo de análisis. Destinado a legitimar y extender esta nueva institución, el Congreso de París sienta las bases de una cultura de la protección-represión y del menor objeto de la compasión, que llegará hegemónicamente hasta nuestros días⁶¹ y que por primera vez la Convención Internacional de los Derechos del Niño (1989) y más específicamente el "Estatuto da Criança e do Adolescente" (1990), en el contexto latinoamericano, intentaron desafiar⁶².

El delegado norteamericano al Congreso de París, Ch. Henderson, verdadera estrella del mismo por representar al país poseedor del mayor número de realizaciones concretas en este campo, coloca la cuestión en términos tales que no precisa de ulteriores interpretaciones. Explicando ante el plenario del Congreso los motivos que originaron la creación de estos tribunales afirma:

"El movimiento democrático de este siglo provocó una aproximación inédita de las clases sociales. En consecuencia, son muchas las personas que comprenden los peligros que corren las familias trabajadoras y pobres. He aquí otra influencia que favorece una modificación del derecho penal y procesal". (Actas, 1912).

Más allá de las funciones declaradas de estos tribunales, no resulta difícil percibir las diferencias en su funcionamiento real, según se trate de sociedades en las que los mecanismos de exclusión se encuentren más o menos arraigados y más o menos extendidos en el conjunto de la estructura. En otras palabras, según sea el grado de violencia estructural presente en la sociedad. De este modo, el grado de cobertura real de las políticas sociales básicas destinadas a la infancia, determinará en buena medida, la extensión y cualidad del funcionamiento real de esta instancia diferenciada de control.

Es obvio, y no se necesita de información estadística detallada para afirmar que, tendencialmente, los mecanismos específicos de control de la infancia en sociedades de tipo desarrollado se concentran mucho más en aquellas situaciones que podríamos denomi-

nar de individualidades patológicas. Por el contrario, en nuestras sociedades latinoamericanas, una parte considerable de las deficiencias cuantitativas y cualitativas de las políticas sociales básicas, ha intentado "resolverse" por medio de la judicialización del problema del "menor".

Sin embargo, a pesar de estas diferencias de no poca importancia, no es posible afirmar que la violencia contra niños y adolescentes sea patrimonio exclusivo de las sociedades menos desarrolladas. Lo que sí puede afirmarse, sin lugar a dudas, es la existencia de un vínculo más o menos directo entre el tipo de sociedad y la visibilidad y cualidad de la violencia.

En este contexto parece pertinente presentar la hipótesis que identifica la existencia de un vínculo fuerte entre las formas más brutales y manifiestas de la violencia contra la infancia-adolescencia y el status y función de esta última en la llamada sociedad occidental.

La historia (incluida la reciente) permite afirmar que la percepción social de la infancia en general, supone la presencia de un alto grado de violencia latente, rápida y fácilmente transformable en una violencia directa con manifestaciones diversas de brutalidad.

Durante siglos, la cultura y el derecho han legitimado más o menos abiertamente la violencia ejercida contra la infancia, incluso con mayor énfasis tratándose de aquella cometida dentro del núcleo familiar. No han transcurrido aún mucho más de diez años desde la reforma del código penal español que caracterizaba como "exceso en los legítimos medios de corrección", las lesiones, incluso graves, cometidas por los padres contra sus hijos. Resulta interesante, y en cierta medida tristemente premonición, que un cambio significativo en la reacción social frente a las manifestaciones de violencia contra la infancia resulte estrechamente vinculado y tenga como modelo la protección de los animales⁶³.

Es recién en 1895, en la ciudad de Nueva York, que se registra el primer proceso judicial efectivo por causa de malos tratos inferidos a una niña por sus propios padres. La parte civil en dicha causa fue la Sociedad para la Protección de los Animales de Nueva York, de la que posteriormente surgirá la primera liga de protección a la infancia.

La reconstrucción crítica de la historia de la cultura de la violencia, permite establecer un paralelismo que ayuda a entender la especificidad de la forma más brutal y manifiesta de la violencia en la coyuntura del Brasil actual: el exterminio sistemático por parte de grupos organizados, de una parte del universo infancia⁶⁴.

Si las formas cotidianas de la violencia contra la infancia en general (malos tratos, abusos, etc.), constituyen un rasgo común, producto de una cultura que coloca a esta categoría particular en una posición de inferioridad subordinada en la escala social, el exterminio representa una versión brutal de esa misma cultura, que se ejerce no contra la infancia en general sino contra aquella porción residual de la categoría infancia constituida por el mundo de los "menores".

El análisis del perfil de las víctimas del exterminio en las últimas investigaciones específicas realizadas, parecen confirmar plenamente este enfoque⁶⁵.

Esto último, permite afirmar que en condiciones de violencia estructural, quien no encuentra una ubicación definida, ni en el sistema educativo, ni en el sistema productivo, constituye un blanco potencial de las formas más agudas y directas de la violencia.

Las formas agudas de violencia sistemática contra una porción del universo infancia no constituyen un fenómeno nuevo. Nuevos son en cambio su visibilidad y un marco jurídico (el Estatuto da Criança e do Adolescente⁽¹⁰⁾), que intenta modificar una cultura de la inferioridad-subordinación, sobre la que la violencia manifiesta, crece, se legitima y consolida.

De rescatar de su posición subordinada en la percepción social, a la subcategoría de la infancia constituida por los "menores", depende que el exterminio no pase a formar parte definitivamente del cotidiano de la vida social.

Traducir las necesidades de los "menores", en derechos de toda la infancia-adolescencia, constituye el prerequisite político de esta transformación imperiosa.

La quiebra del ciclo de la impunidad jurídica, depende de la quiebra del ciclo —mucho más sutil y perverso— de la impunidad socio-cultural.

La vigencia del Estatuto, una ley única en su tipo en el contexto latinoamericano, colocando por primera vez a la infancia como sujeto pleno de derechos, permite afirmar que las prácticas de exclusión no encuentran su legitimidad a nivel de la estructura jurídica. En consecuencia, subestimar las posibilidades del derecho, constituye un error cuya gravedad es sólo comparable a su sobrestimación.

5. QUÉ HACER?

Este breve y modesto análisis de la coyuntura de la violencia contra la infancia, no estaría completo si no se registrarán los avances realizados en el último año. Pero antes de entrar en una también breve descripción de sus contenidos, parece importante y oportuno señalar que estos avances constituyen el resultado de una articulación de esfuerzos de los sectores más conscientes y preocupados por el tema, tanto del gobierno como de la sociedad civil.

Por más modestos que estos esfuerzos puedan considerarse, si se comparan con la gravedad del problema, ellos han conseguido que el tema de la violencia contra niños y adolescentes, pasara del insignificante espacio dedicado por algunos medios sensacionalistas en su sección policial, a un amplio espacio en la sección política de la gran prensa nacional. Por otra parte, la labor silenciosa y sistemática de la Comisión Nacional contra la violencia contra niños y adolescentes, vinculada al Ministerio de Justicia y compuesta por miembros gubernamentales y no gubernamentales⁽¹¹⁾, comienza a dar resultados que pueden medirse por el número creciente de sumarios policiales e investigaciones judiciales abiertos en muchos estados de la Federación. La Central de Denuncias, vinculada a la vicegubernaduría del estado de Rio de Janeiro comienza a dar resultados positivos que se expresan en un serio intento de quiebra del ciclo de la impunidad con la consecuente reducción del número de víctimas. Me parece importante señalar también que la Central de Denuncias ofrece mecanismos concretos para la colaboración de la sociedad civil preservando, sin embargo, la identidad y con ello la integridad física de los denunciantes. Este sistema, permite al mismo tiempo, un riguroso seguimiento de la dimensión cuantitativa de este fenómeno. Además, el Sistema de Registro y Vigilancia de la Violencia ya implantado en el estado de Bahia, por iniciativa de UNICEF con asesoramiento del Núcleo de Estudios sobre la Violencia de la USP (NEV) y apoyo de la FCBLA y la Fundação Faculdade de Direito da Bahia, empieza a producir las primeras informaciones necesarias para acabar con una visión impresionista de la violencia que permita monitorear y corregir las políticas específicas que están siendo implantadas en dicha área⁽¹²⁾.

Por su parte la FCBLA (Fundación Centro Brasileiro para la infancia y la adolescencia, órgano federal encargado de la política de protección especial a la infancia), se encuentra en este momento extendiendo la implantación del sistema en el resto de los estados declarados prioritarios por la Comisión Nacional contra la violencia.

Por último, es preciso recordar que la lucha por la reducción y eliminación de la violencia enfrenta una batalla decisiva cada día.

Lograr que el grado de indignación por la muerte de cualquiera de sus ciudadanos, independiente de su raza, posición social o religión, sea exactamente de la misma intensidad, constituye el requisito mínimo de una sociedad libre.



(1). Esta definición, es la definición que he propuesto y ha sido adoptada por unanimidad en el seno de la Comisión Nacional sobre Violencia contra Niños y Adolescentes vinculada al Ministerio de Justicia. Para más información sobre esta Comisión cfr. nota 11.

(2). Para un enfoque del concepto de violencia que no implica la preexistencia de una relación social cfr. K. Lorenz, 1977.

(3). Sobre el tema de la construcción social de la realidad cfr. P. Berger-Th. Luckmann, 1986.

(4). Sobre el tema del proceso de construcción de la criminalidad, vinculado a la selectividad del sistema de la justicia penal cfr. M. Pavarini, 1983 y A. Baratta, 1986.

(5). Para un análisis detallado de este tema cfr. E. García Méndez, 1991.

(6). Cfr. el texto específico sobre el Estatuto incluido en este volumen.

(7). Desconozco la existencia hasta hoy de análisis históricos sobre la calidad del vínculo existente entre la protección de la infancia y la protección de los animales. Su importancia me parece, sin embargo, fundamental para la discusión acerca de la construcción de la niñez como sujeto pleno de derechos. Me remito por el momento a una breve indicación extraída de una vieja publicación (B. Dupont, 1895): "La ley nacional de protección a los animales permite confiar que el Honorable Congreso de la Nación no permanecerá más tiempo sin prestar su aprobación al proyecto que con la cooperación de la distinguida comisión de consulta jurídica se ha sometido para la protección efectiva de la infancia."

El Sr. Don I. Albarraçin quien con toda constancia ha abrazado el apostolado de la protección a los animales, consiguió ver realizar su desideratum, y no dudo que por una causa tan santa como la que trato tendremos igual felicidad..." (p. 11).

(8). Las prácticas de exterminio de niños y adolescentes en Brasil, han adquirido sistematicidad y una gravedad alarmante en los últimos tiempos. Existen actualmente diversas iniciativas para obtener un cuadro detallado de la dimensión cuantitativa completa del fenómeno, las que, sin embargo, no han conseguido hasta el momento centralizarse. Las cifras provenientes de los esfuerzos más serios de investigación permiten situar en alrededor de 1000 anuales, la cifra de niños y adolescentes asesinados con estas características.

(9). Hago referencia concreta a dos investigaciones recientes, MNMMR/IBASE/NEV. USP., 1991 y CEAP, 1989.

(10). El ECA, "Estatuto da Criança e do Adolescente" de Brasil, ley federal 8069 de 1990, constituye un instrumento único en el contexto latinoamericano. Por primera vez, una ley para la infancia rompe radicalmente con los postulados de la llamada doctrina de la "situación irregular", adecuando su texto y espíritu a la llamada doctrina de la protección integral de las Naciones Unidas para la infancia (Convención Internacional, Reglas de Beijing, Reglas Mínimas para los Jóvenes Privados de Libertad, etc.).

(11). La Comisión Nacional contra la violencia contra Niños y Adolescentes, creada en diciembre de 1990, funciona en la sede del Ministerio de Justicia. Esta Comisión, es de carácter mixto gubernamental y no gubernamental (con la participación de UNICEF), tiene como función coordinar y apoyar las acciones que para enfrentar el fenómeno de la violencia se realizan a nivel de los estados. Debe recordarse aquí, que por su estructura federativa, el tema de la seguridad pública en Brasil es de competencia estadual.

(12). El Sistema de Registro y Vigilancia de la Violencia, desarrollado por el Núcleo de Estudios sobre la Violencia de la Universidad de Sao Paulo, constituye uno de los intentos más serios para determinar la exacta dimensión cuantitativa de la violencia contra niños y adolescentes. El sistema, que utiliza como información los datos de la prensa y del IML (Instituto Médico Legal), permite obtener una información detallada del perfil del hecho, la víctima y el agente causador.

BIBLIOGRAFÍA

Actas (1912), "Tribunaux pour Enfants. Ier. Congres International, edición de M. Kleine, Imprimerie Typographique A. Davy, Paris.

CEAP (1989), "Exterminio de Crianças e Adolescentes no Brasil", Rio de Janeiro.

Baratta, A. (1982), "Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal, Ed. Siglo XXI, México.

Berger, P. / Luckmann, Th. (1986), "La construcción social de la realidad", Ed. Amorrotu, Buenos Aires.

Dupont, B. (1984), "Patronato y asistencia de la infancia. Consideraciones sobre la necesidad imprescindible de una ley de protección a la infancia y estudio sociológico sobre la necesidad de reformatorios para los niños moral y materialmente abandonados", Tipo Ito del Sport, Buenos Aires.

Lorenz, K. (1977), "Das Sogenante Boese. Zur Naturgeschichte der Agression", Ed. DTV, Munich.

Galtung, J. (1975), "Strukturelle Gewalt. Beitrage zur Friedens und Konfliktforschung", Ed. rororo, Hamburgo.

García Méndez, E. (1991), "Liberdade, Respeito, Dignidade. Notas sobre a condição socio-jurídica da infancia-adolescencia na América Latina", Ed. FCBLA, Brasília.

Movimento Nacional de Meninos e Meninas de Rua - Instituto Brasileiro de Analises Sociais - Núcleo de Estudos da Violencia da Universidade de Sao Paulo (1991), "Vidas em Risco. Assassinatos de Crianças e Adolescentes no Brasil", Rio de Janeiro.

Pavarini, M. (1983), "Control y Dominación. Teorías Criminológicas Burguesas y Proyecto Hegemónico", Ed. Siglo XXI, México.

BLUES in GREEN

Entrevista a:

Prof. Nicholas Robinson

Director del Departamento de Medio Ambiente de la Pace University School of Law de Nueva York. Experto en derecho ambiental, especialmente en el área de la protección de la atmósfera. Asesor en política ambiental del Gobernador de Nueva York, Mario Cuomo.

Entrevistado y traducido por: Martín Moncayo Von Hase

¿No cree Usted que la mayor parte de la población mundial es pesimista a la hora de encontrar salidas para evitar la degradación ambiental a la que está siendo sometido nuestro planeta?

Pienso que no, ya que por ejemplo durante la Conferencia sobre Medio Ambiente y Desarrollo que se celebró en Río de Janeiro, miles de ciudadanos de todos los lugares del mundo, así como ONGs, se reunieron para debatir la forma de generar cambios, proteger el medio ambiente y por esta razón es, que no creo que la gente sea pesimista; se trata de personas comunes que han decidido tomar acción, decidieron ser activistas. Creo que ni las Naciones Unidas, ni los gobiernos, ni la policía, ni ningún ángel nos podrá salvar de los problemas ambientales; la única forma de salvarnos será si nosotros cambiamos. Por ello la adopción del Tratado sobre Cambio Climático es un hecho positivo ya que tendremos que aprender a reducir la emisión de los gases que producen el efecto invernadero, caso contrario se repetirán tormentas como el huracán Andrés, experimentaremos la elevación del nivel de los mares y, en definitiva, será el mismo clima el que acabe con nosotros. Sería entonces ridículo que permitiésemos que estas cosas ocurran. Pero repito, sólo veremos cambios cuando la gente del mundo entienda que solamente ella puede generar el cambio.

¿Piensa que es posible identificar responsabilidades en la degradación del medio ambiente, y en caso de ser ello posible, quiénes serían los mayores responsables?

Sí, es posible identificar claramente responsabilidades legales por daños ambientales en la medida en que existen leyes ambientales que regulen las actividades contaminantes. Por lo que si los Estados no cuentan con estas leyes entonces las industrias dirán: "porqué se enfadan con nosotros si no hemos violado ninguna ley". Mi sentimiento personal es que hay una responsabilidad colectiva; uno no puede

proclamar que no es responsable ya que después de todo consumimos los productos de las industrias contaminantes. Lo que se impone entonces, es cambiar este patrón de comportamiento. Esto significa un cambio de valores, de políticas, optar por las políticas conservacionistas sobre las generadoras de desperdicios. Debemos adoptar todas las precauciones necesarias antes de actuar, —en derecho internacional lo llamamos "principio precautorio"—. Algo así ocurre en la vida cotidiana de todos nosotros, por ejemplo nosotros no caminaríamos hasta el borde de un precipicio y luego nos tiraríamos al vacío, sino que tomaríamos las precauciones necesarias y construiríamos alguna baranda protectora para que nadie saltase al vacío. Sin embargo, cuando se trata de la contaminación, saltamos. Tiramos la basura al agua, contaminamos el suelo, la atmósfera, extinguimos especies de la flora y la fauna sin importarnos sus consecuencias. Esto puede ser corregido si conseguimos llevar a la sociedad hacia un nuevo paradigma o modelo de pensamiento, y el derecho ambiental

ofrece la técnica para lograr esto; es el catalizador en todo el mundo para el cambio, no nos salvará pero nos ayudará a realizar el cambio.

¿En qué momento de su evolución se encuentra el derecho ambiental?

Cabe distinguir tres etapas diferentes en la evolución del derecho ambiental; la primera consiste en tener un mínimo marco normativo para evitar la destrucción del medio ambiente. Así, por ejemplo, leyes relativas a la protección de la atmósfera, del agua, leyes que posibiliten a los ciudadanos accionar judicialmente por daños ambientales, leyes que protejan la fauna y la flora silvestre y que prevean la creación de reservas naturales, etc. Esta situación legislativa la encontramos mínimamente en todos lados, pero solamente un tercio de las naciones del mundo poseen leyes verdaderamente eficaces. Sería deseable que los dos tercios restantes realizaran modificaciones a los efectos de lograr eficacia en la protección del medio ambiente. En cuanto a la calidad de las leyes no encontramos diferencias entre los Estados desarrollados y en desarrollo; así, entonces, encontramos países en desarrollo con excelentes leyes como Estados desarrollados con pésimas leyes. En la segunda fase ya se encuentran varios países que teniendo el marco jurídico indispensable, tratan justamente de readaptar y mejorar sus leyes para lograr mayor efectividad cuando tienen que ser aplicadas. La tercera fase —a la que han llegado muy pocos Estados— consiste en minimizar los desechos de toda índole. Este fue uno de los tópicos más discutidos en la Conferencia de Río. Estados Unidos recién está entrando en esta etapa que de por sí es muy problemática debido a la gran cantidad de residuos que produce. Ejemplos de cómo ingresar en esta fase lo constituye la eliminación del plomo en la nafta, que sabemos es venenoso desde la época de los romanos, como la eliminación de los CFCs (clorofluorocarburos). Tenemos que



aprender a eliminar los desechos de la misma manera que los fumadores deberían dejar de fumar. Los fumadores piensan que quizás no contraigan cáncer porque no todo el mundo de hecho lo contrae, en definitiva toman el riesgo; y esto es lo que sucede con muchas sustancias químicas que son eliminadas indiscriminadamente al medio ambiente, así por ejemplo, usamos pesticidas que indirectamente contaminan nuestro alimento y a través del cual podemos también contraer cáncer. Esto no parece ser razonable. Necesitamos eliminar estos venenos innecesarios de nuestras economías.

¿Cómo evalúa usted la participación de las ONGs (organismos no gubernamentales) en los debates y la toma de decisiones en materia gubernamental?

Las ONGs cumplen hoy un rol importantísimo. En el período de las aristocracias y al principio de las democracias eran los partidos políticos los encargados de reformular proyectos y de tratar de ayudar a la población; hoy ese papel fue asumido por estas organizaciones, ya que los partidos políticos solamente organizan y movilizan a la gente para las elecciones, además de carecer de programas fuertes que promuevan cambios, sólo logran algunos cambios pero que no son radicales, y la destrucción del medio ambiente nos muestra que debemos hacer cambios fundamentales. Esto no significa que los ambientalistas y las ONGs estén a favor de la revolución, sólo propician un cambio basado en el desarrollo sostenible; se trata de un cambio espiritual y moral que se tiene que dar en la gente y en la economía, es por este motivo que muchos piensan que los movimientos ecologistas son asimilables a movimientos religiosos más que a partidos políticos, y esto probablemente sea así.

¿Cómo fue el proceso de elaboración de la Convención sobre Cambio Climático y cuáles son algunas de las obligaciones que impone?

La Convención surge principalmente como consecuencia de la preocupación de los científicos del mundo y de los del PNUMA (Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente) por los cambios que se estaban produciendo debido a las emisiones de CO2 (dióxido de carbono). Se calcula que para el próximo siglo estas emisiones se incrementarán en un 1% respecto de los niveles actuales lo que provocará una elevación de los mares de aproximadamente 67 cm, aumentando también la frecuencia de las tormentas. Todas estas consecuencias asustan a cualquiera y esto naturalmente influyó en la determinación de casi todos los Estados de adoptar el mismo, si bien existieron divergencias entre Estados Unidos y Europa en cuanto a los niveles límites de emisiones de CO2. Mientras Europa favorecía la postura por la que debían reducirse las emisiones a los niveles registrados en 1990, Estados Unidos se negó a esto, lo que determinó que los niveles quedasen supeditados a los resultados de nuevos estudios



sobre el tema. De todas formas el Tratado exige estos estudios por lo que si los europeos tenían razón a Estados Unidos no le cabrá otra alternativa que la de sentarse en la mesa de negociaciones. Estoy por otro lado convencido que mi país ratificará esta convención, independientemente de quién sea el futuro presidente, y como aquél impone a los estados la elaboración de un plan nacional de reducción de emisiones dentro de los seis meses posteriores a su ratificación, Estados Unidos tendrá que allanarse a todas estas condiciones. Otra obligación que impone el tratado y que rige para los Estados industrializados consiste en hacer aportes al Fondo Global Ambiental para que estos a la vez sean redistribuidos a otros países a los efectos de dar cumplimiento a las exigencias que surgen de esta Convención.

¿Cuál es la actitud que asumen los tribunales y la Corte Suprema de los Estados Unidos en especial, frente a casos ambientales?

Tenemos en Estados Unidos un sistema legal bastante sólido que posibilita a la población plantear judicialmente los casos que los afectan. Esta práctica es tan común que los estudiantes de mi Universidad son entrenados todos los años para llevar adelante casos de esta naturaleza. Pero en lo atinente al sistema judicial de mi país, la administración del ex-presidente Reagan nombró jueces en la Corte Suprema que no tienen una postura muy favorable respecto de los temas ambientales lo que influyó en el juzgamiento de determinados casos y elevó consecuentemente las exigencias de los particulares a la hora de fundar sus demandas y probar la existencia de un

daño concreto. Pero aún así, esto no ha podido detener el aluvión de juicios que se están planteando y que se han incrementado a partir de la participación de las ONGs.

¿Cómo se lleva a cabo la enseñanza del derecho ambiental en las Universidades?

El derecho ambiental es una rama más del derecho y se enseña en todas las Universidades de Estados Unidos. Existen en la actualidad 150 Universidades de derecho y aproximadamente 15 ofrecen masters en esa especialización; además, en las Universidades donde se enseña economía se dictan programas sobre administración ambiental, lo que asegura que los futuros empresarios también tengan conciencia ecológica. Yo, además de enseñar en la Pace University, doy una vez al año cursos de derecho ambiental en la Academia Militar, así es que, por ejemplo, los cadetes de West Point son bastante "verdes" no sólo por el uniforme que visten sino que también por tener cada vez una mayor conciencia de los problemas ambientales.

¿Le parecería posible promover la educación ecológica en las escuelas militares de la Argentina?

Creo que sí, sólo sería cuestión de proponérselo. Quizá una de las formas sea a través del intercambio de oficiales de un país a otro. Así entonces, algún oficial "verde" de West Point podría venir a la Argentina a dar charlas y realizar prácticas que muestren lo que se está haciendo en Estados Unidos y viceversa. Además tengo que reconocer que en algunos casos las instituciones militares son más eficaces que algunas Secretarías del Estado como ser por ejemplo la Secretaría de Transportes. En el caso de la Argentina podría ser sumamente provechoso involucrar a los militares en la prevención de los problemas ambientales ya que promovería la interacción con otros profesionales no militares de otras disciplinas como biólogos, ecólogos, físicos, etc. lo que aseguraría en gran medida el debate y la diversidad de opiniones.

¿Cuál es su balance de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo que se realizó en Río?

Si bien pudo haber tenido más éxito del que finalmente tuvo, creo que significó un avance importantísimo en relación a la protección del medio ambiente. Hay que avanzar gradualmente y el paso que se dio en Río al adoptarse las Convenciones sobre cambio climático y biodiversidad respectivamente, fue absolutamente positivo además de necesario. La Comisión de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas seguirá atendiendo todos los temas que fueron objeto de debate durante la Conferencia, por lo que no tendremos que esperar otros veinte años para que se lleven a cabo otros encuentros como el de Estocolmo y Río, sino que los debates se llevarán a cabo todos los años en el marco de esta Comisión y ello estimulará el progreso y la acción.

Comentario de libros

Coacción y mercado.

Enrique Tandeter. Editorial Sudamericana, 1992.

La expansión colonial española, la del comercio inglés, la de las relaciones comerciales entre Europa y el lejano Oriente tienen en común su relación con el incremento de la extracción de plata en el Potosí colonial. El resurgimiento de la minería en el siglo XVIII no sólo es necesario para entender estos fenómenos, sino que en sí mismo es objeto de una exhaustiva investigación de documentos y archivos históricos de América Latina y Europa. A la vez, se trata de la reflexión sobre las formas específicas de conformación de relaciones económicas de una actividad que -como se dijo- fue fundamental para la expansión capitalista. Lo particular del caso es el modo de constitución de estas relaciones: si se vincula al auge capitalista como "soporte" financiero, se aleja de éste en el punto de partida, que no es la coacción puramente económica de la fuerza de mercado, sino que se basa en una fuerza extraeconómica, en instituciones arraigadas en lo cultural, en lo jurídico e incluso en la coacción física. El reclutamiento de indios para la actividad minera por medio de la institución de la mita es un punto fundamental del análisis y la investigación en el sentido mencionado.

Novedades

Acaba de salir el Nº 1 de DELITO Y SOCIEDAD. REVISTA DE CIENCIAS SOCIALES. Se trata de una publicación que, en palabras de su director, Juan Pegoraro, *se propone plantear los problemas que implica la construcción de lo social, el conflicto y por ello la construcción social de lo delictual.*

Para quienes se dedican al estudio de lo jurídico —en particular a la "cuestión criminal"— desde una perspectiva interdisciplinaria, la revista trae material de lectura imprescindible.

Así, este primer número cuenta, entre otros, con un artículo de Massimo Pavarini, *La justificación imposible. Historia de la pena. Entre justicia y utilidad*; otro de Darío Melossi, "La Gaceta de la Moralidad: el castigo, la economía y los procesos hegemónicos de control social"; una entrevista realizada por Marguerite Duras y otra realizada a Michel Foucault sobre "Rituales de exclusión".

El número, de esmerada presentación, no descuida otros aspectos de utilidad para un científico social, al incorporar una sección de Estadísticas sobre la Pobreza en la Argentina y sobre Menores en circunstancias especialmente difíciles; y al presentar —en un artículo de Sergio Shocklender, en un reportaje a Marta Laferriere, en la descripción del proyecto y en una entrevista a un ex-presos— el trabajo teórico y práctico llevado a cabo por el Centro Universitario de Devoto.

Según el epígrafe de la presentación, sus autores no poseen otro título que una cierta dificultad común para soportar lo que está pasando. De la lectura del primer número de DELITO Y SOCIEDAD es posible afirmar que, en algún sentido, no se trate sólo de eso, sino de la producción común de un discurso crítico respecto del castigo y sus nefastas construcciones en nuestras sociedades.

Derechos humanos y garantías - El derecho al mañana -.

Eduardo A. Russo. Editorial Plus Ultra, 1992.

La publicación de este libro ha venido a llenar un lugar que permanecía vacante. Se trata de una visión de los Derechos Humanos que supera el ámbito puramente legislativo y se introduce en aspectos filosóficos, históricos y sociales de los derechos del hombre.

La plataforma que utiliza Eduardo Russo para construir toda la estructura del libro está dada por una concepción integral de la persona humana en sus tres dimensiones, como ser físico, psíquico y social.

Los primeros capítulos del libro intentan descubrir si es posible arribar a una definición del contenido y alcance de los denominados Derechos Humanos, y luego de analizar los inconvenientes que implicaría adoptar una definición rígida, o limitar el contenido de los derechos a una enumeración, se encuentra el eje sobre el que girará el resto de la obra: la necesidad de precisar el concepto de persona. Es decir que cuanto más amplio sea el concepto de persona humana mayor será el espectro de derechos que llevará implícito. De este modo, no podemos considerar a la persona sino de una manera dinámica, partiendo de las necesidades que surjan de su hacer y de su hacerse y no partiendo de su "esencia".

En la segunda parte del libro el autor se detiene en el análisis de la problemática particular de algunos de los derechos fundamentales, y también aquí, el análisis realizado no omite los aspectos filosóficos, históricos y legislativos (tanto del ámbito nacional como la protección internacional que cada uno de estos derechos recibe). El estudio de las garantías es introducido de una forma muy novedosa, ya que no se tratan sólo aquellos mecanismos formales de garantía, sino también los llamados mecanismos informales, que según expresa Carlos Auyero en el prólogo del libro "representan una aplicación práctica... pues desde el horizonte utópico de los Derechos Humanos y a través de la participación se interpela al orden injusto".

Resulta interesante este nuevo libro acerca de la problemática de los Derechos Humanos, tanto desde un punto de vista jurídico, como desde la perspectiva del resto de las ciencias sociales, ya que prácticamente ninguna se ve excluida del análisis que se realiza.

Revista Adoquines,

primavera 1992, Nº 1.

La quietud bucólica del ambiente jurídico platenense es conmovida por esta publicación de estudiantes de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de esa ciudad.

Sobre la base de la repercusión generada en el ambiente con viñetas de tono crítico sobre el mundo jurídico, los diez fundadores de la publicación se lanzan ahora con artículos sobre derechos humanos y sistema penal, colonización económica, los jueces en la transición y mayo del 68, además de una entrevista a Román Lejman y un dossier sobre Bukowski.

Albicias por la aparición de gente con ganas de repensar el derecho y la sociedad, anche a través de los grupos de lectura y exhibiciones teatrales que anuncian.

abra!



revista del ensayo negro

Rainer W. Fassbinder

Billie Holiday

Michel Foucault

Alain Badiou

Carlos Correas

Hebe Uhart

Rodolfo Fogwill

Alberto Laiseca

Francis Fukuyama

Anatole Saderman

Director: Tomás Abraham

sentencia

ESCRIBEN:

Fernando Aranovich • Manuel Mora y Araujo
Ernesto O'Farrell • Enrique Szewach

LOS LABERINTOS
DE LA JUSTICIA
El nombramiento de jueces

DERECHO Y MINORIDAD
Los chicos de la calle

LA INTERVENCION
A CORRIENTES
Su inconstitucionalidad

LA CARCEL DE DEVOTO
El sistema penitenciario
a punto de estallar

DERECHO DEL ABORTO
por Enrique Vera Villalobos