

Artículos

***Political Liberalism*, una brevísima aproximación**

Roberto Gargarella *

Después de haber escrito su célebre *A Theory of Justice*, en 1971, John Rawls comenzó a revisar lenta pero sistemáticamente sus ideas originales.¹ *Political Liberalism*,² escrito algo más de 20 años después que *A Theory of Justice*, representa el escalón más alto en dicha tarea de revisión, que incluyó una multiplicidad de artículos como estadios intermedios. Como ocurriera entonces, la publicación de esta nueva obra de Rawls fue seguida de inmediatas y justificadas reacciones: los mejores autores dentro de la filosofía del derecho, la filosofía política, o la ciencia política, se han sentido nuevamente provocados por el profesor de Harvard. En tal sentido, el artículo de Bruce Ackerman que se presenta a continuación constituye un buen ejemplo de las reacciones suscitadas por *Political Liberalism*.

Ahora bien, antes de dejarlos directamente con la respuesta de Ackerman, vale la pena sintetizar las ideas centrales de *Political Liberalism* -en definitiva, las ideas distintivas de este “nuevo” Rawls. Como en su primer trabajo, una de las preguntas cruciales que le interesa responder al filósofo norteamericano es la siguiente: “¿cuándo es que los ciudadanos, a través de su voto, pueden ejercer adecuadamente su poder coercitivo sobre los demás, estando en juego cuestiones fundamentales?”³ Y su respuesta, ya algo más específica de la que presentaba anteriormente, señala que “nuestro ejercicio del poder político es plenamente adecuado sólo cuando se ejerce de acuerdo con una constitución cuyo contenido esencial es razonable esperar que todos los ciudadanos, como libres e iguales, suscriban, a la luz de principios e ideales aceptables en términos de su razón humana común.”⁴

Lo que ha variado en dicha respuesta, del Rawls de *A Theory...* al Rawls de *Political...*, tiene que ver principalmente con la evaluación de ciertos datos de la realidad que -según él mismo reconoce- no eran sopesados adecuadamente en sus primeros escritos. Conforme a Rawls, en efecto, toda la primera etapa de su trabajo muestra un cierto descuido respecto de datos tan significativos como (lo que ahora denomina) el “hecho del pluralismo razonable”. Este “pluralismo

* Doctor en Derecho 1990, Universidad de Buenos Aires; Master en Derecho 1992 y Doctor en Derecho 1993, Universidad de Chicago.

1. *A Theory of Justice* (Harvard U. P., 1971).

2. *Political Liberalism* (Columbia U. P., 1993).

3. *Political...*, p. 217.

4. *Ibid.*, p. 137.

razonable” alude a que las sociedades modernas “no se caracterizan meramente por el hecho de un pluralismo de doctrinas religiosas, filosóficas, y morales abarcativas, sino más bien por un pluralismo de doctrinas incompatibles entre sí pero, aún así, razonables”.⁵ Y este dato -agrega- no constituye un simple dato circunstancial, capaz de perder significación de un día para el otro. Más bien -afirma Rawls- el mismo se muestra como “un rasgo permanente de la cultura política de la democracia”.⁶

Reconociendo este tipo de hechos, Rawls ha sostenido que su previa teoría de la justicia presentaba aspecto irreales, que la llevaban al fracaso. Fundamentalmente, tal teoría fracasaba porque, al menos en parte, se mostraba comprometida con una “concepción abarcativa” particular, que era la concepción filosófica kantiana. ¿Dónde se mostraba este compromiso? Antes que nada, en el hecho de suponer individuos motivados a partir de convicciones kantianas -individuos que, por contar con tal tipo de motivaciones, iban a aceptar que la prioridad de la justicia resultaba un “bien supremo”. Sólo asumiendo este tipo de motivaciones es que la teoría de la justicia podía afirmar su estabilidad (sólo así se llegaba a la “congruencia entre lo justo y lo bueno”). Pero, está claro, el Rawls de *Political Liberalism* no puede aceptar este tipo de solución como realista: debe reconocerse que muchos individuos, razonablemente, pueden asumir actitudes diferentes de las esperadas en *A Theory of Justice*. Por lo tanto -concluye ahora- la teoría de la justicia tal como estaba formulada, no era capaz de asegurar las bases de su propia estabilidad.

Frente a la situación descrita, la única chance de garantizar la adhesión ciudadana hacia de la “teoría” aparecía ligada a un medio inaceptable a los ojos de Rawls: poner la fuerza coactiva del estado detrás de una cierta concepción del bien. Pero la estabilidad que le interesa asegurar a Rawls, obviamente, no se vincula con este tipo de estabilidad “hobbesiana”, que nos refiere a un estado todopoderoso y abusivo de su fuerza. Lo que a Rawls le interesa es una estabilidad que tenga su raíz en ciudadanos deseosos de defender el esquema público en cuestión. Aquí, entonces, aparece otra de las nuevas ideas de *Political Liberalism*, que es la del “consenso superpuesto”.

La idea del consenso superpuesto viene a llenar el vacío que aparece cuando Rawls deja de lado su previo compromiso con el kantianismo (en particular, su compromiso con el llamado “argumento kantiano sobre la congruencia”). Esta idea hace referencia a una concepción (no “moral” sino) “política” de la justicia que no está apoyada en ninguna teoría particular: ni el kantianismo, ni el utilitarismo, ni el cristianismo, etc. -una concepción política capaz de “autosostenerse”. Más específicamente, según Rawls, el consenso superpuesto aparece cuando las personas” adhieren generalmente a la concepción de la justicia como dando contenido a sus juicios políticos acerca de las instituciones básicas” y cuando, a la vez, “las doctrinas abarcativas irrazonables...no obtienen apoyo suficiente como para socavar la justicia esencial de la sociedad”.⁷ En este sentido, y dado el hecho del pluralismo razonable, el consenso superpuesto aparece como

5. Ibid., p. xvi.

6. Ibid.

7. Ibid., p. 139.

“*Political Liberalism*”, una brevísima aproximación

la única forma de permitir que cada individuo, desde su concepción particular del bien, pueda adherir a la concepción pública de la justicia: dicho consenso se alcanza sólo cuando la concepción pública en cuestión aparece como razonable o, aún, como verdadera, a los ojos de todos.

De todos modos, conviene remarcar, el consenso superpuesto no consagra un mero compromiso o “modus vivendi” entre posturas diversas.⁸ Por el contrario, el consenso implica un acuerdo “libre e informado” al que se llega luego de una “debida reflexión” que no toma en cuenta los intereses particulares de cada uno, sino sus “convicciones meditadas”.

Estas ideas, a mi entender, resumen muy brevemente algunas de las principales bases de apoyo de Rawls en su nuevo escrito. Las observaciones que presenta Ackerman frente a ellas -podría decirse- representan críticas que provienen de la misma familia. Ackerman, en efecto, siempre se ha mostrado cercano a la visión de la justicia defendida por Rawls. Destacado representante del liberalismo igualitario -a partir de trabajos tan significativos como *Social Justice in the Liberal State*-,⁹ muy reconocido constitucionalista -área en la que se ha destacado, sobre todo, a partir de la serie de libros que iniciara con su conocido *We the People*-¹⁰ las observaciones de Ackerman pueden ayudarnos tanto a entender mejor a *Political Liberalism* como a reconocer algunos de los significativos problemas que la mayoría de sus críticos le han señalado.

8. *Ibid.*, p. 170.

9. Yale U. P., New Haven, Conn., 1980.

10. Belknap Press of Harvard U. P., vol. 1, 1991.

Revista Jurídica de la Universidad de Palermo

Liberalismos políticos *

Bruce Ackerman **

Traducción de Juan Diego Villa

El "Liberalismo Político" no es solamente el nombre de un libro de John Rawls,¹ sino que constituye una aproximación particular al problema del poder político. ¿Cuál es la mejor manera de definir y realizar sus aspiraciones distintivas?

La obra citada es un buen lugar para buscar respuestas, siempre y cuando se reconozca que Rawls está haciendo dos cosas a la vez. La primera consiste en proponer una estructura general para el liberalismo político; la segunda, asegurarnos que la nueva estructura es consistente con su anterior obra *A Theory of Justice*.²

Soy escéptico respecto de la segunda empresa, pero aplaudo la primera. Tomando en consideración que el nuevo proyecto de Rawls expresa muchos de los objetivos de mi propia obra, la Parte I de este ensayo constituye una búsqueda de terreno en común, mediante la definición de seis principios que muestran el carácter distintivo del liberalismo político. En lo que resta, intento desligar estas aspiraciones más generales de los esfuerzos particulares de Rawls por realizarlas. La Parte II evalúa las condiciones en que *A Theory of Justice* realiza la transición a *Political Liberalism*, comparando el contractualismo del primero con la aproximación dialógica que desarrollé en *Social Justice in the Liberal State*.³ En cuanto al primer punto, considero que no se mantienen intactos ni los argumentos de Rawls en favor del velo de ignorancia, ni su defensa del principio de diferencia. En cambio, los fuertes compromisos igualitarios de *The Liberal State* resultan enteramente compatibles con las premisas de *Political Liberalism*. La Parte III inspecciona los fundamentos sumamente modestos que Rawls construye para su proyecto. El autor se presenta como un simple obrero de la filosofía, limitado a elaborar los principios ya implícitos en la práctica política de occidente. Por mi parte, niego que el liberalismo político sea -como, asimismo, que deba ser- parasitario de la práctica. Tampoco debemos permitir que nos seduzca la tímida modestia de Rawls. En comparación con otros nacionalismos conservadores, el del autor comentado es un caso leve; no obstante, bajo las actuales condiciones del mundo, no es una enfermedad del espíritu que deba pasar desapercibida.

I. TERRENO EN COMÚN

“La diversidad de doctrinas religiosas, filosóficas y morales de carácter razonable y abarcativo que pueden ser halladas en las modernas sociedades

* Artículo publicado en su versión original bajo el título *Political Liberalisms* en *The Journal of Philosophy*, (julio 1994, vol. 91 N° 7, pág. 364).

** Profesor Sterling de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale.

1. Rawls, John, *Political Liberalism* (New York: Columbia, 1993). Citado de aquí en más como PL.

2. Rawls, John *A Theory of Justice*, (Cambridge: Harvard, 1971)

3. Ackerman, Bruce, *Social Justice in the Liberal State*, (New Haven: Yale, 1980). De aquí en más citado como LS.

democráticas no constituye una mera condición histórica que puede desaparecer en poco tiempo; sino que es una característica permanente de la cultura pública de la democracia” (PL 36).

El enfoque de Rawls es característico de la filosofía política de los Estados Unidos. Y con razón: pues si este país no puede enfrentar el problema del pluralismo, está terminado como nación. Por cierto, se precisará más que buena filosofía para solucionarlo con éxito, pero no puede negarse la importancia crucial de la pregunta de Rawls: ¿cómo habremos de construir un sentido viable de comunidad política en medio de una diversidad tan profunda y desconcertante?

Deseo resaltar seis elementos en la respuesta liberal. El primero involucra una resistencia, basada en principios, a emplazar a los compromisos políticos dentro de una particular y única filosofía de vida abarcativa. En cuanto lo hacemos, excluimos a otros miembros de la comunidad que afirman ideales de vida que compitan con los nuestros. Antes que encerrar nuestros principios políticos dentro de un ideal particular y determinado, el desafío consiste en diseñar una doctrina que, en cuanto sea posible, “no dependa de la verdad de un sistema metafísico o epistemológico particular”.⁴

Se sigue, en segundo lugar, que el liberalismo político adopta una estrategia de justificación que también es distintiva. La misma busca explicar a quienes sostienen distintas cosmovisiones los motivos por los que resulta sensato que cada uno adopte los principios liberales. Evidentemente, las razones más atractivas para un neo-kantiano serán distintas de (y, en ocasiones opuestas a) las que aproximarán a un católico liberal. Pero, si el liberalismo político puede ser justificado desde perspectivas tanto religiosas como seculares; si puede atraer tanto a neo-kantianos como a quienes se les oponen, ¿por qué habría de expulsar innecesariamente a sus potenciales defensores?

Por el contrario, deberíamos trabajar con ahínco en la construcción de todos los puentes posibles hacia el estado liberal. Aunque un puente individual pueda parecer muy distinto a los demás, cada uno suministra a un grupo diferente de viajeros razones sólidas para unirse en una empresa común de cooperación política. Rawls resume dicha estrategia distintiva considerándola la búsqueda de un “consenso superpuesto”. Pero, la verdad sea dicha, no logra adelantar la tarea de construcción de puentes más allá de los estudios iniciales intentados previamente por Charles Larmore y yo mismo.⁵

Es una pena, ya que sería un error considerar como un hecho consumado el anhelo de Rawls en cuanto a la existencia de un “consenso superpuesto”. Existen muchos caminos hacia el liberalismo político, pero hay muchos que se alejan. En la actualidad no poseemos un sentido claro de los puntos conceptuales claves en que dichos caminos convergen y divergen. Tomemos el ejemplo del Catolicismo. Hay liberales católicos como David Tracy y católicos

4. A fin de poner de resalto mi acuerdo con esta aspiración central de Rawls, extraigo esta cita de mi propio trabajo, LS, 361.- PL elabora ideas similares en pág. 11-15 y 29-35.

5. Compárese PL 145-6, con Larmore, Charles, *Patterns of Moral Complexity* (New York: Cambridge, 1987). capítulo 3, y LS, sección 71.

anti-liberales como Alisdair MacIntyre.⁶ Ambos son pensadores reflexivos y católicos celosos; aunque es obviamente más sencillo construir puentes razonables hacia Tracy que hacia MacIntyre. Es necesario preguntarse, sin embargo: ¿en qué sentido *preciso* resulta más sencillo? Solamente contestando esta pregunta podremos delinear las fronteras conceptuales del “consenso superpuesto”.

Sin perjuicio de ello, la estrategia general de justificación resulta lo suficientemente clara como para generar un tercer principio básico. La doctrina liberal debe intentar ser autónoma, es decir, susceptible de ser expresada de manera coherente con independencia de cualquier filosofía integral particular. Aunque Rawls no hace claramente explícita esta relación, dicho principio se sigue directamente de la estrategia del “consenso superpuesto”. Si la doctrina liberal no fuera autónoma en el sentido referido, la única alternativa sería presentarla como parte integral de una filosofía abarcativa en particular. Pero ello derrotaría por completo el concepto de la “superposición”, ya que no se podría pretender que otros grupos aceptaran una doctrina presentada en forma tan sectaria.

El tratamiento que da Rawls a un cuarto principio, el de razón pública, resulta aún más iluminador. En una de las rupturas más importantes con su anterior trabajo, Rawls renuncia a sostener que “la teoría de la justicia es parte de la teoría de la decisión racional” (PL 53, nro. 7). Su nuevo propósito es lograr expresar bases razonables para la cooperación entre partes que difieren entre sí en relación al significado de la vida buena. Empero, ¿en qué consiste lo razonable cuando los ciudadanos difieren en tantos aspectos?

La respuesta de Rawls constituye uno de los puntos más significativos de la obra. Los ciudadanos deben encontrarse dispuestos a “explicarle su voto a los demás en términos de un balance razonable de valores públicos” (PL 243). Deben demostrar la “voluntad de escuchar a los demás, sosteniendo un punto de vista equitativo a fin de decidir en qué circunstancias resultaría razonable reacomodar sus opiniones” (PL 217). Este compromiso decisivo al diálogo público lleva a Rawls en una dirección que habitualmente le desagrada. Como he sugerido, Rawls se incomoda mucho en cuanto se percibe trascendiendo los principios ya establecidos en la práctica política de occidente. No obstante, en lo que concierne al diálogo público, abandona toda precaución, desafiando la forma en que se concibe el proceso electoral en los Estados Unidos.

En el momento de ingresar al cuarto de votación, la mayoría de las personas cree que tiene el derecho de votar como le venga en gana; tal vez voto a X porque es judío, o porque me recuerda a mi padre, o porque le hizo un favor a mi hijo, pero ¡esto no es asunto de nadie más que mío! Rawls no está dispuesto a convivir con una actitud de semejante liviandad: “el ideal de razón pública no sólo gobierna el discurso público eleccionario (...) sino también la forma en que los ciudadanos emiten sus sufragios (...) De lo contrario, el discurso público corre el riesgo de ser hipócrita: los ciudadanos hablan entre sí de una manera y votan de otra” (PL 215).

6. Compárese: MacIntyre, Alasdair, *Whose Justice, Which Rationality?* (Notre Dame: University Press, 1988); Tracy, David, *The Analogical Imagination* (New York: Crossroads, 1981) y *Dialogue with the Other* (Louvain: Peeters, 1990)

Aunque la visión de Rawls puede parecer simpáticamente anticuada, considero acertado que nos encomiende reflexionar en torno al acto de votar.⁷ El gobierno legítimo no se fundamenta en un acto de voluntad personal e incondicional, sino en el esfuerzo colectivo, realizado por cada uno de nosotros, de justificar nuestro poder político a través del diálogo público. El voto secreto es valioso sólo porque nos escuda de los esfuerzos coercitivos de aquellos que quieran imponernos su voluntad cuando no han podido convencernos con argumentos; pero este inestimable escudo no debe transformarse en una espada que permita a la mayoría imponer su voluntad a los demás en formas que no estaría dispuesta a justificar en público.

El compromiso trascendente del liberalismo político al diálogo público adquiere mayor fuerza cuando incorporamos un quinto elemento en la estructura básica. Llamo a éste el principio de la “restricción conversacional”. Para que un ciudadano liberal ofrezca una razón en el diálogo público, no le debe alcanzar con que resulte persuasiva, sino que también debe convencerse de que los demás ciudadanos la encontrarán razonable, a pesar de mantener su desacuerdo en torno al significado último de la existencia. En el caso contrario, dicho ciudadano deberá aceptar la necesidad de “restricción conversacional” evitando imponer a los demás sus nociones controvertidas sobre lo razonable.

Una vez más, estoy completamente dispuesto a firmar esta cláusula del nuevo contrato rawlsiano. Mi desacuerdo aparece sólo en la siguiente etapa, allí dónde procedemos a formular, en nombre del liberalismo político, restricciones particulares al diálogo en desarrollo. Discrepo puesto que Rawls aún cree que el “velo de ignorancia” debe mantenerse como instrumento organizativo para modelar el rango admisible de razones públicas, mientras que yo no. Empero, antes de dirigir nuestra atención a ésta y a otras diferencias, quiero delinear una última zona de convergencia.

El sexto elemento no constituye un nuevo punto de partida para Rawls, y me ha influenciado profundamente desde que asistí como alumno a sus clases, a principios de la década del sesenta. Éste involucra la importancia de la estructura básica de la sociedad en la teoría de la justicia. En este punto los liberales políticos diferimos de los libertarios. Nosotros reconocemos, y ellos no, que el punto de partida en la vida de cada ciudadano está enormemente condicionado por la familia, el sistema educacional, la distribución de la riqueza, la institución de la propiedad privada y la organización del mercado. Los liberales nos negamos a tratar a estas instituciones básicas como si fueran el producto de una mano invisible que emerge del estado de naturaleza. Insistimos en sujetarlas al control democrático. Antes de que dichas estructuras fundamentales puedan considerarse legítimas, deben sobrevivir el riguroso “test” del diálogo público concertado entre ciudadanos libres e iguales que respetan el derecho de cada uno a estar en desacuerdo sobre el significado último de la vida. (P.L. Lec. 7)

7. Ver: Ackerman, Bruce *We The People: Volume I, Foundations* (Cambridge : Harvard, 1991) Capítulo 9.

II. ¿ES RAWLS UN “RAWLSIANO”?

Para resumir la promesa distintiva del liberalismo político, consideremos su contraposición a una de las grandes banalidades de nuestro siglo. En innumerables ocasiones he oído a personas reflexivas decir que “el liberalismo es sólo compatible con una forma instrumental de la razón”. Citando a Hobbes, a Hume o a algún otro “extinto europeo de raza blanca”(*), este crítico de la “última corriente de moda” me explica que los liberales no pueden razonar sobre fines, sino sólo sobre los medios más racionales para lograrlos. A ello contesto: que los muertos entierren a sus muertos. El liberalismo político vivirá o perecerá en un esfuerzo por construir una forma constitutiva de razón pública, que permita a personas de muy distinto tipo razonar juntas sobre cuestiones fundamentales de justicia social. Dado el escepticismo tan difundido en estos momentos, un esfuerzo así no cosechará toneladas de aplausos, sin embargo, no llegaremos a ningún lado si permitimos que el escepticismo de moda nos paralice : debemos comenzar a razonar sobre la razón liberal.

Después de todo, es posible construir numerosos modelos distintos de diálogo político que parecen, de muchas maneras, consistentes con los seis principios básicos delineados en la sección precedente. En verdad, ignoro qué es lo que se halla en juego al elaborar un modelo antes que otro. Ciertamente tomará más discusión, por un grupo mucho mayor de gente, antes de que lo podamos averiguar. No obstante, el diálogo debe comenzar en alguna parte. Por ello, propongo contrastar el modelo particular de razón pública de Rawls con el que se postula en *The Liberal State*. No sorprenderé a nadie cuando llegue a la conclusión de que mi modelo es mejor. Si esto despierta su desacuerdo y Ud. puede realizar su propia contribución, tanto mejor. El liberalismo político es mucho más grande que Ud. y yo, y su destino dependerá de la profundidad y la amplitud del diálogo permanente, tanto entre los lectores de esta Revista, cuanto en el seno de la comunidad toda.

1. *Velo de Ignorancia*

Imaginemos entonces a una sociedad de liberales políticos deliberando sobre los principios que deben informar la estructura básica de sus instituciones. ¿Cómo procederán con el diálogo público? No será colocándose detrás de un velo de ignorancia. Es cierto que dicho modelo impide a las partes diseñar principios que los favorezcan a ellos mismos o a sus teorías abarcativas del bien. Ya que, por hipótesis, los ciudadanos son liberales políticos, considerarán que ésta es una característica deseable del procedimiento del velo. Mas si este es su único objetivo,⁸ existe una forma mucho más directa de lograrlo. Pueden simplemente adoptar una regla que les prohíba postular argumentos justificatorios que impliquen la afirmación por parte de un ciudadano de su propia superioridad o la de su concepción del bien, en desmedro de los demás

(*) En el original: “*dead white European male*” (N. de T.)

8. Rawls no suministra ninguna otra justificación para el velo; see PL 24

ciudadanos. Para expresarlo en términos rawlsianos, los ciudadanos pueden sortear el estadio de la posición original y proceder directamente a especificar restricciones apropiadas al uso de la razón pública.

Tal es precisamente el procedimiento que se propone en *The Liberal State*. Este último párrafo re-expresa el principio de neutralidad que propuse como restricción fundamental al diálogo político. Al adoptar la neutralidad como su primer paso en la política liberal, los ciudadanos evitan la necesidad de hablar siempre de sí mismos como si fueran seres desembarazados (*), libres de toda identidad social. Aquí, la conversación política comienza en un espíritu muy diferente: con los participantes comprometiéndose a construir una nueva dimensión de su identidad social. Si dichos ciudadanos no hubieran comenzado a participar de un diálogo liberal, su identidad se habría constituido sólo a partir de sus demás deberes sociales, relacionados con sus familias, trabajos, comunidades religiosas, etc.; ahora, en cambio, los mismos se están comprometiendo a agregar aún otro rol a su identidad social. En las ocasiones relevantes, tratarán unos con otros como ciudadanos del estado liberal, interactuando en las formas especiales reguladas por su mutuo compromiso con la concepción liberal de la razón pública.⁹

Mi objeción al velo rawlsiano tiene reminiscencias de, aunque difiere con, la crítica que le realiza Michael Sandel.¹⁰ El citado autor afirma que el velo de Rawls requiere un compromiso metafísico con la concepción neo-kantiana del ser, en la cual la esencia de la “personalidad” se revela sólo cuando uno ha sido desnudado de todas sus obligaciones particulares. Rawls aparta esta objeción recordando que los liberales políticos no les piden a los ciudadanos que se comprometan con una teoría profundamente controvertida del ser, en su lugar:

“éstos deberían concebir su asunción del velo como si fuera la actuación de un personaje en una obra, digamos, en Macbeth. Esta decisión no los compromete más con la metafísica kantiana del ser desembarazado que lo que actuar como Macbeth nos compromete con pensar que somos verdaderamente un rey o una reina inmersos en una desesperada lucha por el poder político. En buena medida esto es aplicable al role-playing en general” (P.L. 27).

La respuesta consignada es satisfactoria sólo con una importante aclaración: aunque un actor no se comprometa realmente con ser un rey, sí se obliga a asumir la parte de un rey, en tanto intérprete. Antes de hacerlo, debe estar seguro que ésa es una actividad que vale la energía y la responsabilidad que la misma demande. Para tomar tal decisión, la persona tendrá que considerar la calidad de los roles que espera encarnar; puede razonablemente optar por el teatro shakespeariano, y en forma igualmente razonable, rechazar una carrera lucrativa en el cine pornográfico, dedicándose en cambio a los deportes acuáticos. De igual forma, cuando a una persona se le exige colocarse detrás

(*). En el original: “*unencumbered selves*” (N. de T.)

9. Para mayor discusión sobre este punto, ver mi artículo *Why Dialogue?* The Journal of Philosophy LXXVI, 1 (Enero 1989) 5-24, pp. 19-21; y LS, sección 67

10. *Liberalism and the Limits of Justice* (New York: Cambridge, 1982)

del velo, ella está asumiendo un compromiso con el rol del ciudadano liberal, y el guión que actuará en tal condición tendrá cierto peso en su respuesta a la pregunta final: ¿vale el esfuerzo que implica este rol de ciudadano liberal?

Evidentemente, hay mucho más en esta decisión que la calidad dramática del libreto que un ciudadano liberal actuará en el escenario de la vida política. Como hemos visto, el ejercicio liberal en el “consenso superpuesto” apunta a proveer a los pretendidos ciudadanos de razones fundamentales, enraizadas en distintas visiones morales abarcativas, para comprometerse con la ciudadanía política liberal. De tal modo, si la única forma plausible de entrar en este rol fuera colocándose detrás del velo, yo estaría más que dispuesto a representar esa parte. Pero, resulta muy distinto cumplir con tal exigencia cuando existe otra versión del guión que elimina la necesidad de autovelarse. Es en este punto que mi crítica sandeliana cobra vida. No he rechazado el velo por que creo que comprometa a nadie con una teoría metafísica del ser, la rechazo en base a la existencia de un instrumento de representación alternativo, que sustituye el velo por la neutralidad. ¿Por qué motivo se obligaría a los ciudadanos a actuar el rol del ser desembarazado cuando el diálogo liberal puede realizarse igualmente bien sin esta imposición?

De seguir la analogía de Rawls sobre Macbeth hasta sus últimas consecuencias, uno podría tentarse a responder en términos estéticos: ¿acaso no resulta una obra más bella cuando los ciudadanos corren alrededor del escenario político hablando sobre velos imaginarios? Pero estoy seguro que Rawls no apoya la actual moda de introducir la estética en la moralidad política. Por el contrario, él nos instaría a que revisemos nuestros compromisos comunes con el liberalismo político y que consideremos si pueden ser desplegados fin de inclinar la balanza en favor o en contra del uso continuado del velo como modelo para guiar el pensamiento.

Hasta donde yo puedo ver, los principios mencionados inclinan la balanza decisivamente en contra del velo y a favor de la neutralidad (pero por supuesto, soy yo el que está pesando). Mi argumento es directo. Como hemos visto (Principio 1ro.), los liberales políticos están dedicados a diseñar una doctrina que exija lo menos posible de los compromisos morales abarcativos de la diversidad de los ciudadanos. En vista de este objetivo central, el velo debe ser rechazado porque impone requerimientos innecesarios. Por un lado, los sandelianos podrían razonablemente considerar superflua esta necesidad de jugar con velos, dada la disponibilidad de un guión alternativo. Puesto que el neutralista no les requiere que actúen la parte de un ser desembarazado, sino que los invita a enriquecer su proyecto de constitución social, agregando otro rol a su repertorio. Por su parte, los defensores de la concepción kantiana del ser, no han de encontrar objeción si el guión está organizado sobre lineamientos neutralistas. Los kantianos no niegan que el ser empírico se constituye en parte a partir de su rol social, simplemente insisten en que este proceso de constitución social presupone una previa deducción trascendental del ser. Parecería ser entonces, que un neutralista no necesita ofender ninguno de los compromisos abarcativos del kantiano cuando propone su concepción de la razón pública, mientras que el velo rawlsiano le agrega un obstáculo adicional a aquellos ciudadanos que adhieren a la metafísica sandeliana.

Alguien podría considerar que es muy pequeña esta carga; más leve que la que se impone al actor que mide la oportunidad de dedicarse a la pornografía antes que a Macbeth. Otro podría considerarla demasiado pesada. Sea cual fuera su gravedad, nadie puede negar que los velos sí imponen una carga innecesaria, un obstáculo que los liberales políticos serios no deberían colocar gratuitamente en el camino hacia el estado liberal.

Se sigue de ello que Rawls debería abandonar el velo y modelar el uso de la razón pública en un estado liberal mediante la directa imposición de restricciones fundamentales al diálogo, del tipo propuesto en *The Liberal State*.

2. El Principio de Diferencia

Rawls debe ser particularmente cauto en relación al velo, ya que no le dará los resultados que esperaba en *A Theory of Justice*. Su trabajo anterior postulaba que los contratantes originales, colocados detrás del velo, se encontrarían racionalmente obligados a adoptar una concepción fuertemente igualitaria de la justicia, una que se preocupara por maximizar la situación de la clase que estuviera en peores condiciones. No obstante, este argumento no sobrevive la transición a *Political Liberalism*. Rawls no le presta tanta atención al status del principio de diferencia en su nueva obra. En apenas una módica nota al pie, menciona que “algunos han pensado que mi desarrollo de la ideas de liberalismo político significaba renunciar a la concepción igualitaria de *A Theory of Justice*. No percibo revisiones que impliquen tal cambio y creo que la suposición carece de fundamento” (P.L. 7 Nro. 6).

No estoy de acuerdo, por razones que requieren una breve revisión de ‘rawlsianismo’ básico. Es bien sabido que el argumento en favor del principio de diferencia es extremadamente sensible a la forma en que se diseñe el velo de ignorancia.¹¹ La distinción crucial se presenta frente al problema del grosor del velo, la opción entre un velo fino y un velo grueso. Detrás del primero, los contratantes no saben cuál será su posición de clase ni sus ideales particulares, pero sí saben cuál es el porcentaje de la población que se encontrará en cada una de las clases sociales relevantes. El segundo, en cambio, los priva de esta información.

La densidad del velo resulta crítica porque Rawls claramente se equivoca respecto al principio de diferencia en el caso en que los contratantes son colocados detrás de un velo fino. Supongamos, por ejemplo, que dicho velo les permite saber que la clase superior contendrá el 90% de la población, con sólo un 10% en la clase inferior. En ausencia de mayor información, los contratantes racionales asumirán que cada uno tiene una probabilidad del 90% de integrar la clase superior luego del levantamiento del velo. En tales condiciones, parece una tontería insistir en el principio de diferencia, ya que el mismo maximiza las perspectivas de futuro del 10%, a cambio de grandes reducciones en las posibilidades de la vasta mayoría. Desde luego que podrían

11. Ver Harsanyi, John, “Can the Maximin Principle Serve as a Basis for Morality? A Critique of John Rawls’ Theory”, *American Political Science Review*, LXIX 2, (June 1975): 594-606

tomar el riesgo hacia abajo lo suficientemente en serio como para aproximarse a su elección con una gran cantidad de aversión rawlsiana al riesgo, pero el principio de diferencia requiere llevar dicha aversión a extremos absurdos. En pocas palabras, salvo que Rawls nos pueda persuadir de colocar un velo grueso, habrá producido, en los hechos, algunas justificaciones nuevas y elaboradas para la desigualdad.

Por cierto que la mera aceptación del velo grueso no despeja el camino para el principio de diferencia. Por el contrario, creo que los actores lo rechazarían aún operando bajo esta condición extrema de ignorancia. Pero, al menos, Rawls tiene más para decir a favor de su tesis, una vez que nos ha convencido de engrosar el velo de manera tan drástica.

Rawls es consciente de ello y ha trabajado a través de los años en la elaboración de una justificación convincente para engrosar el velo. No ha sido tarea sencilla. Después de todo, nadie cree que la ignorancia en sí misma constituya un bien, especialmente al imaginarnos realizando elecciones fundamentales en nuestra vida. En el mejor de los casos, el velo constituye una herramienta analítica que permite filtrar aquella información que llevaría a los actores racionales a elegir en base a intereses que ofenden nuestro sentido de la justicia como equidad. No obstante, el velo “fino” es lo suficientemente grueso como para cumplir este objetivo. Los contratantes ya han sido privados del conocimiento sobre sus propios ideales y posición de clase, de tal forma que se ven ya impedidos de privilegiar sus propios intereses. ¿Por qué razón, entonces, nos obligaría nuestro sentido de la justicia a engrosar aún más el velo?

Durante mucho tiempo pensé que Rawls carecía de una respuesta plausible, hasta que la hallé en sus conferencias de Dewey,¹² de principios de la década de los ochenta. En aquella época, Rawls estaba en el pináculo de su fase kantiana y fue esta inspiración la que impulsó su defensa del velo grueso. El velo fino resultaba inadecuado, se nos decía, porque no reproducía en forma adecuada la dimensión neo-kantiana del ensayo mental de Rawls. Privar a los contratantes de toda información en la posición original los revelaba en su verdadera naturaleza: seres kantianos constituidos por su sentido de la justicia y por el poder de dar sentido a sus vidas. El velo fino resultaba inadecuado porque agregaba demasiada información adicional a la posición original, distrayéndonos de la cuadro claramente neo-kantiano de la naturaleza humana (ibid. pp 549-550).

Dejo a los neo-kantianos la decisión en cuanto a la admisibilidad de esta explicación. Solo un elemento queda claro: las justificaciones de este tipo no encuentran lugar alguno en el nuevo mundo rawlsiano del liberalismo político. El punto esencial del proyecto es evitar apresarse a la teoría liberal en una visión metafísica particular. Dicho en términos dialógicos, Rawls no puede responder a Sandel diciendo que el liberalismo político no apoya la concepción kantiana del ser y a la vez sostener que los contratantes deben recurrir a un velo “grueso” ya que éste expresa mejor la concepción kantiana del ser!

12. “Kantian Constructivism in Moral Theory” *The Journal of Philosophy*, LXVII, 9 (Septiembre 1980): 515-72.

Sin embargo, lamento informar que es precisamente esto lo que sucede en *Political Liberalism*:

“Comenzando con un estado de falta total de información, permitimos apenas suficiente de la misma para asegurar que el contrato sea racional, aunque permaneciendo lo adecuadamente independiente de los sucesos y circunstancias históricas, naturales y sociales. *Una cantidad considerablemente mayor de información sería compatible con la imparcialidad, pero una visión kantiana busca más que esto* (PL. 273; el énfasis es agregado por el autor).

Este comentario aparece en la Parte III, al final de la obra, lo que nos debe inspirar cautela por tratarse ésta de un reedición sin modificaciones de ensayos escritos entre 1977 y 1981, en momentos en que Rawls aún no había formulado claramente su proyecto de liberalismo político. Lo mejor es leer la nueva obra como si finalizara con la parte II, tratando a la parte III como un apéndice sugestivo aunque problemático.

Siguiendo mi precepto metodológico, otorgo prioridad a la única otra discusión sobre la cuestión del velo, aunque aparece en una simple nota al pie del Capítulo Primero. Allí, Rawls reconoce el error de apoyarse en el kantismo para justificar el velo grueso y sostiene que extrae esta noción de la “cultura política pública de la sociedad democrática” (PL 24-25, n. 27).

No obstante, esta pretensión es claramente falsa. No existe sociedad democrática en el mundo que adopte la proposición general de que “las decisiones políticas fundamentales son mejor logradas en estado de ignorancia, siendo tanto mejor la decisión cuanto más ignorante sea el decisor”. Por el contrario, existe y debe existir un principio general a favor de la toma de decisiones en forma informada. Este esfuerzo para salvar al velo grueso a través de una apelación directa a la “cultura política pública” carece de todo sustento.

Tal vez podamos redimir al velo grueso con un argumento más complicado. El mismo no comienza con el perverso alegato de que la ignorancia constituye la felicidad en una democracia, sino que afirma que el valor “imparcialidad” desempeña un papel crucial en la “cultura política pública”. Dicha posición parece más verdadera. Más aún, hemos visto que el hecho de someter a los contratantes al sistema del velo es una técnica que puede ser usada para expresar imparcialidad. El problema se presenta con el siguiente paso -allí donde el Rawlsiano intenta explicar porqué el concepto de imparcialidad requiere que coloquemos a los contratantes detrás de un velo grueso en lugar de uno fino. Ya hemos visto que Rawls confiesa, si bien en la parte III, que este paso no puede tomarse con éxito. Aribamos, de tal suerte, a una impasse: o bien Rawls renuncia al velo grueso, o bien renuncia al liberalismo político.

Hemos llegado bastante más lejos que la nota al pie de Rawls en un esfuerzo por salvar al velo grueso. Mientras no aparezca alguien que solucione este problema, los rawlsianos se encontrarán limitados al velo fino en tanto pretendan atenerse a las reglas del liberalismo político. En consecuencia, deben rechazar el principio de diferencia y defender alguna de las formas de distribución desigual de los recursos básicos. El compromiso igualitario de *A Theory of Justice* no sobrevive la transición a *Political Liberalism*.

Por el contrario, el fuerte igualitarismo de *The Liberal State* no padece de igual limitación. En ningún momento sucede que el modelo de razón pública

propuesto por el mismo requiera que los participantes coloquen sus identidades particulares tras un velo, sea cual fuera su grosor. Se les pide que enriquezcan sus identidades sociales, no que las debiliten. Cuando cumplen su papel en el escenario cívico, los ciudadanos liberales pueden ser conscientes de todo lo que son, y tienen derecho a decirse los unos a los otros que sus actuales identidades y proyectos de vida son buenos -aún infinitamente buenos-. Hablan por sí mismos, no en nombre de criaturas depreciadas.

Ello no significa, por supuesto, que puedan decir cualquier cosa que les venga en gana. Como en todo rol social, la ciudadanía liberal impone severas restricciones al comportamiento apropiado. De la misma forma en que los buenos trabajadores, vecinos o deportistas reconocen los límites del comportamiento adecuado dentro de sus empresas colectivas, también deben hacerlo los ciudadanos liberales. Aunque sean libres de proclamar la bondad de su concepción del bien, la neutralidad les prohíbe afirmar su superioridad por sobre la de los demás ciudadanos. Por supuesto, ello constituye una restricción muy fuerte a la razón pública. Sin embargo *The Liberal State* establece que los ciudadanos, restringidos por la neutralidad, pueden sostener principios fuertemente igualitarios con respecto a la distribución de recursos básicos.

Sin duda, mis esfuerzos para elaborar estos diálogos neutrales padecen todo tipo de dificultades particulares. Mas, en ningún momento sufren los problemas metodológicos que hemos estado discutiendo. En punto alguno se les pide a los ciudadanos liberales que adivinen quiénes serán al levantarse el velo. En ningún lugar se les pide que descuenten la oportunidad de ser ricos de la posibilidad de resultar ser pobres. Y es la necesidad de realizar este intercambio la que lleva a los contratantes de Rawls, bajo el velo fino, a elegir la desigualdad en nombre de la justicia.

Rawls se equivoca, pues, al suponer que este nuevo compromiso con el liberalismo político resulta compatible con su anterior cometido por la posición original y la igualdad. Cuando se encuentre frente a esta inconsistencia básica, ¿descartará el “velo de ignorancia” que desarrolló décadas antes de reconocer las aspiraciones distintivas del liberalismo político?

III. ¿ES CONSERVADOR EL LIBERALISMO?

Seguidamente considero los fundamentos del liberalismo político. Rawls describe a la doctrina como profundamente dependiente de la “cultura política pública de la sociedad democrática”. Las fuentes de dicha cultura son muy limitadas: “comprenden las instituciones políticas de un régimen constitucional y las tradiciones públicas de interpretación de la misma (incluyendo las elaboradas por la judicatura), así como los textos y documentos históricos generalmente conocidos”. (PL 14). Desde esta perspectiva, el liberalismo político resulta parasitario de la práctica liberal. Rawls no parece dispuesto a presentar a la doctrina como un ideal autónomo; un ideal en defensa del cual los liberales políticos del mundo debieran estar dispuestos no sólo a hablar, sino también a luchar y morir.

Las repetidas invocaciones de Rawls a la “cultura política pública” deben distinguirse de su apelación al “consenso superpuesto”. Esta segunda noción tiene relación con las ideas, no las prácticas. La misma sostiene que la mejor forma de defender al liberalismo político es demostrando que concita el apoyo racional de una variedad de doctrinas abarcativas, que se extienden desde el neo-kantismo, a través del humanismo pragmático, hasta el liberalismo católico, y más allá. Apoyo al “consenso superpuesto”. Es justamente este apoyo el que me lleva a rechazar la invitación de Rawls a considerar al liberalismo político como un provincialismo anglo-americano que se encuentra (temporalmente?) en ascenso en Europa y otros lugares.

Mi argumento es directo. Si, como insiste el “consenso superpuesto”, hombres y mujeres de ideales religiosos y morales muy diferentes pueden razonar en base a un compromiso común al liberalismo político, ¿por qué no puede trasladarse este compromiso a los casos en que los liberales no están en control de la cultura política? Si el liberalismo político es lo suficientemente convincente para motivar una lucha en su defensa allí donde está en ascenso, porque no ha de resultar lo bastante persuasivo para inspirar la lucha por crearlo?

La respuesta, si existe, debe encontrarse en la forma en que Rawls apela a la “cultura política pública” en su argumentación más extensa. Salvo dos grandes excepciones que mencionaré luego, este concepto no cumple realmente una tarea significativa, siempre que se la distinga cuidadosamente del “consenso superpuesto”. En verdad, si Rawls hubiera tomado en serio su apelación a la cultura política existente, habría escrito un libro muy diferente. La versión revisada de *Political Liberalism* habría comenzado con la consideración de los grandes acontecimientos que sirvieron de fundamento histórico de las sociedades políticas liberales; desde la firma de la Carta Magna, pasando por la Reforma protestante, la Revolución Inglesa, así como las Francesa y Estadounidense, las grandes reformas liberales de la Inglaterra del siglo 19 y la Reconstrucción en Estados Unidos, así como el Estado de Bienestar inglés y el New Deal norteamericano. En cada punto, Rawls habría ponderado los grandes documentos que expresan la evolución política del liberalismo en Inglaterra, Estados Unidos y el Continente. Luego de desarrollar los antecedentes históricos, se habría dedicado al último medio siglo triunfante en que el liberalismo trascendió largamente su patria tradicional. ¿En qué medida se ha dado nuevo significado a la “cultura política” mediante esta histórica extensión mundial del liberalismo?

Yo sería el último en negar el valor de un esfuerzo semejante. El mismo me ha suministrado mi agenda principal de los últimos quince años.¹³ Aunque Rawls ha dicho algunas cosas agradables de mi trabajo, su principal inspiración no proviene de los ejercicios historicistas mencionados, ni debería hacerlo. Por el contrario, dicho autor se concentra en las *ideas* de Locke, Kant, Mill y Hegel. La fuerza de la obra de Rawls se debe enteramente al modo creativo en

13. Ver: Ackerman, Bruce: *We the People y The Future of the Liberal Revolution* (New Haven, Yale, 1992)

que ha dado nueva forma a los argumentos filosóficos abstractos heredados de la tradición occidental. Dado este hecho, es importante recordar que ni Locke, ni Kant, ni siquiera Mill escribieron en momentos en que el liberalismo estuviera en ascenso en la “cultura política pública”. Por el contrario, escribieron con la intención de *cambiar* profundamente sus culturas.

Así también deberían comportarse los liberales contemporáneos. Ninguna nación sobre la tierra ha logrado el tipo de justicia social a la que aspira el liberalismo político. En consecuencia, cada cultura política existente se encuentra empapelada con documentos apologeticos sobre el porqué la justicia no puede ser realizada. Este deplorable estado de cosas resulta completamente compatible con la construcción de un “consenso superpuesto” en materia de valores políticos. Les resulta demasiado sencillo a los ciudadanos olvidar sus principios políticos en el entusiasmo por utilizar el poder del estado en su propio provecho, para luego escribir elaboradas proclamas sobre su virtud pública. El liberalismo político se convertiría en una racionalización provinciana si siguiera el consejo de Rawls. El hecho de que los textos sagrados de la cultura política norteamericana niegan a los ciudadanos su derecho fundamental a un ingreso mínimo decente constituye parte del problema, no la solución. De igual manera, una reciente decisión alemana de limitar el derecho al asilo político representa un quiebre fundamental con los ideales liberales, sin importar lo buenos que resulten ser los alemanes para producir documentos públicos que empujen su “cultura política” en direcciones no-liberales.

La tarea es criticar la cultura política, no racionalizarla; mejorarla y luchar contra la regresión autoritaria. Si ello es cierto para aquellas sociedades políticas moralmente ambiguas que se consideran “democracias liberales”, resulta aún más verdadero en las extensas regiones en las que los principios liberales son tratados con desprecio. El liberalismo político es una doctrina revolucionaria, basada en una idea radical: la de que los hombres y mujeres de diferentes creencias pueden establecer un régimen político justo, que dé a todos los participantes el derecho igual a vivir sus propias vidas a su propia manera. El desafío último de la filosofía liberal es mostrar exactamente cuán radical es esta idea, imaginando mundos en los que los ciudadanos liberales logran transformar esta promesa en realidad. Tales mundos imaginarios están, desde luego, a años luz de las realidades oscuras que confrontamos hoy. La distancia es tan grande que resultaría insensato utilizar las conclusiones de la teoría ideal como la base inmediata de un programa de acción práctica.

No obstante, requerimos con urgencia de la especulación utópica. Es demasiado sencillo abandonar la esperanza y dejar la política en manos de cínicos ávidos de poder. Dado el mundo tal cual es, la promesa de la política liberal sólo logrará hacerse evidente a través de actos de imaginación. La brillante imagen de ciudadanos liberales dedicándose con éxito al proyecto de la razón pública sirve como un profundo reproche a la cultura política actual, resaltando aquellas áreas en las que las sociedades políticas contemporáneas demuestran sus penosas insuficiencias, lo que lleva a la parte más sobria del alma a considerar si no podemos, a pesar de todas las dificultades, tomar algunos pasos genuinos hacia la realización de la promesa de una libertad igual para todos.

Es especialmente importante revitalizar en estos días el costado especulativo del liberalismo, luego de la larga y dura noche del siglo XX. Durante las luchas con el nazismo y el comunismo, resultaba ya bastante difícil preservar el status quo frente al ataque de las pretensiones totalitarias. Es comprensible que tan extenso período de defensa llevara a muchas mentes sobrias a denunciar la facilidad con que el pensamiento utópico puede pervertirse hasta el extremo de constituir una apología del asesinato en masa y el conformismo abrumador.¹⁴ Pero, de 1989 en adelante, un nuevo peligro se hará progresivamente más evidente: desprovistos del desafío moral de la guerra fría, el liberalismo del status quo puede fácilmente degenerar hacia una forma cínica de persecución del interés propio, dando lugar a una política que desacredite por completo su promesa revolucionaria.

Por lo expuesto, no tengo arrepentimiento alguno por el tono profundamente utópico de *The Liberal State*. En incontables ocasiones se me ha preguntado, muchas veces con mal disimulada condescendencia, si realmente tiene sentido comenzar la filosofía política imaginándonos en una nave espacial dirigida a la colonización de un nuevo mundo. Empero, *estamos* en una nave espacial; se llama planeta tierra. Y mientras este mundo se encuentre doblado bajo el peso de antiguas injusticias, el compromiso del liberalismo con la razón pública debe llevarnos a negar que lo real sea lo racional. En lugar de ello, debemos sujetar a la cultura política actual a una crítica dialógica abarcativa, aunque especulativa. Este es el punto de mi ensayo intelectual utópico.

Las recompensas de este método adquieren relieve al contrastarlas con la aproximación de Rawls. No deseo exagerar. Aún cuando Rawls dice que se limita a elaborar las premisas de las culturas políticas existentes, su conservadurismo ladra más de lo que muerde. Sin embargo, hay momentos cruciales en que su deferencia a la práctica existente compromete seriamente a su visión. El más destacado aparece en materia de las fronteras políticas, fruto de nuestra desagradable costumbre de dibujar líneas mágicas que excluyen a los que no tuvieron la suerte de nacer a su amparo. Esta técnica suministra a los ricos un recurso invaluable en su permanente lucha por racionalizar su posesión de recursos desiguales. Aunque reconozcan algún tipo de deber redistributivo frente a los pobres de su propio estado, los mismos se niegan a admitir una obligación comparable en cualquier otro ámbito. La mayor parte de los residentes blancos de Los Angeles, por ejemplo, aceptan su responsabilidad de ayudar a negros pobres que viven a tres mil millas de distancia en Harlem, a quienes jamás han visto. Mas cuando se encuentran personalmente, durante sus vacaciones en Jamaica, con negros aún más pobres, rara vez se les presenta una idea similar. En cuanto a los inmigrantes ilegales mexicanos que viven entre ellos, ¡deben ser expulsados inmediatamente!

The Liberal State se opone a esta práctica política tan arraigada. Niega que los occidentales ricos puedan limitar sus problemas de justicia mediante el

14. Ver, por ejemplo, Berlin, Isaiah, *Four Essays on Liberty* (New York: Oxford 1969); Hayek, Friedrich, *The Road to Serfdom* (Chicago: University Press, 1944); Oakeshott, Michael *On Human Conduct* (New York: Oxford 1975); Popper, Karl *The Open Society and its Enemies* (Princeton: University Press, 1950).

sólo recurso de señalar que los extranjeros han nacido “en otro lado” (LS 89-93). Ello no implica que los estados liberales jamás pueden establecer limitaciones. Un influxo repentino de millones de extranjeros podría destruir el mismo arte de la política liberal, especialmente si éstos no se hallaran entrenados en las formas del diálogo liberal. Dentro de la estructura del liberalismo dialógico, ningún derecho individual es más valioso que el derecho de la comunidad liberal a mantener el proceso en permanente desarrollo de la razón pública, la que sirve como matriz constitutiva de todos los demás derechos. Se sigue que pueden haber algunos fundamentos para la restricción en los estados del mundo real: demasiados inmigrantes ingresando en un mismo momento podrían afectar el mismo tejido del discurso liberal. Pero esta salida de emergencia debe utilizarse con sumo cuidado, dada la facilidad con que podría abusarse de ella¹⁵ (LS 91-5). Para que una limitación a la inmigración resulte mínimamente aceptable, debería acompañarse de un masivo aumento de la asistencia al extranjero (LS 256-7). Sólo de esta manera podremos dejar claramente sentado que, al limitar la inmigración, rechazamos la ridícula proposición de que los estados liberales pueden resolver el problema de la justicia social dejando afuera a las personas que han nacido en “otra parte”.

Quizá me equivoque en este punto, pero al menos este ensayo utópico obliga a mis lectores a confrontar la cuestión. No es el caso, en cambio, de la versión de Rawls de *Political Liberalism*: “Asumo que la estructura básica es la de una sociedad cerrada; es decir, debemos imaginarla como auto-contenida y sin relación alguna con otras sociedades. Sus miembros ingresan al nacer y la abandonan con la muerte” (PL 12). Rawls reconoce que esta opción implica una “abstracción considerable”, pero insiste que el pensamiento liberal debe comenzar con el caso de una sociedad completamente cerrada, totalmente aislada de las demás.

No puedo estar más en desacuerdo. La estrategia de Rawls es profundamente hostil a las más amplias aspiraciones del liberalismo político. Como hemos visto, este proyecto comienza con la idea de que el pluralismo “es una característica permanente de la cultura política pública y no “una mera condición histórica que puede desaparecer en poco tiempo”. Aún cuando los individuos o grupos extranjeros parezcan muy distintos, los liberales políticos se niegan a tratar con el choque del desacuerdo aislando a su propio grupo del de los extranjeros. Este sendero lleva al aumento de la xenofobia y la represión violenta. El desafío consiste en unirse a los extraños en un proyecto común de cooperación política basado en el reconocimiento mutuo del derecho igual de cada individuo a ser diferente.

Las naciones occidentales se ocupan del problema de los extranjeros excluyendo a éstos en las fronteras. Tal preferencia de la fuerza por sobre la razón hace de las prácticas inmigratorias contemporáneas el escándalo del

15. Dada la naturaleza de esta excepción, resulta especialmente difícil justificar la exclusión de inmigrantes que han luchado en defensa del liberalismo en su propia tierra, corriendo el riesgo de ser castigados en caso de verse obligados a retornar a su patria. Considerando su sacrificio por los principios liberales, no existe razón para suponer que su admisión podrá afectar la vitalidad del diálogo liberal en el estado admisor.

occidente liberal. Al comenzar su experimento intelectual con la noción de una sociedad completamente cerrada, Rawls facilita la posibilidad de hacer caso omiso de esta injusticia flagrante. Adicionalmente, dicha presunción no tiene relación con los hechos de la vida moderna. Tras leer esta postura de Rawls, pasé revista a los acontecimientos del día. Un buen rato después de que sonara mi despertador hecho en Taiwan, me vestí rápidamente con prendas diversamente manufacturadas en China, India, Italia e Inglaterra. Sentándome a mi única actividad totalmente norteamericana: el desayuno, hojeo el *New York Times* informándome sobre la tragedia de Bosnia y las amenazas de ataque nuclear de Corea del Norte. Luego conduje mi automóvil alemán a través de los barrios bajos de New Haven para pasar una mañana productiva trabajando en mi procesador de palabras japonés en mi oficina en Yale. El almuerzo fue en un restaurante de la India con amigos que defendían con entusiasmo las últimas ideas locas provenientes de París. Procedí a un aula donde ofrecía una conferencia sobre la justicia, ante una concurrida audiencia de estudiantes de origen multinacional, seguido por conversaciones privadas con alumnos de último año -dos norteamericanos, un japonés y un cuarto de la India. Mi esposa y yo cenamos en un restaurante chino donde unos amigos nos contaron de su reciente viaje a Grecia. Estoy seguro de que la vida de Rawls no es muy diferente, y que un día típico en la vida de un intelectual holandés o italiano es aún más cosmopolita. ¿Porqué, entonces, no comenzar el análisis desde el punto de vista de una sociedad abierta antes que el de una cerrada?

Pero, se podrá objetar, sólo los intelectuales afectados de clase alta viven como cosmopolitas sin raíces. La mayor parte de los norteamericanos están mucho más aislados de los beneficios culturales y económicos del intercambio internacional. Esta retórica populista es totalmente falsa. Mientras que la clase alta deriva beneficios distintivos del cosmopolitismo, la persona promedio también lo hace. Esta es la lección de cincuenta años de exitosas políticas de libre comercio. Trascendiendo la estrechez de la teoría económica, la cultura del norteamericano promedio no es “Hecha en U.S.A.” Aún las religiones autóctonas como el Mormonismo y la ciencia Cristiana son inconcebibles sin situarlas en un contexto más cosmopolita. Si lo anterior es cierto respecto de los Estados Unidos, lo es todavía más en el caso de otras naciones.

¿Cuál es, entonces, la justificación del postulado culturalmente improbable y moralmente problemático de Rawls respecto de las sociedades cerradas? El autor trata el asunto en un reciente ensayo sobre el “Derecho de Gentes” (*Law of People*).¹⁶ Allí, defiende su premisa en base a que “los pueblos, como sociedades corporativas organizadas por sus gobiernos, existen bajo alguna forma en todo el mundo. En términos históricos, todos los principios y estándares propuestos para el derecho de gentes deben resultar aceptables a la opinión pública reflexiva y considerada de los pueblos y de sus gobiernos, a fin de ser viables” (LP 50). Esta cita sugiere la medida en que Rawls ha capitulado ante la cultura política existente. Por supuesto que los funcionarios de gobierno no

16. En *On Human Rights*, Shute, Stephen and Hurley, Susan, eds. (New York: Basic, 1993), pp. 41-82. Citado en adelante como LP.-

aceptarán una crítica fundamental de las fronteras existentes, su poder político presupone su legitimidad. Darles el poder de veto en relación a la cuestión de las fronteras es como darles a los ricos el veto en materia de distribución de la riqueza.¹⁷ Antes que encumbrar a los funcionarios públicos, los liberales políticos deberían intentar convencer a la “opinión pública reflexiva” de todas las naciones de la necesidad de disciplinar el poder estatal mediante las rigurosas exigencias de la razón pública.

En lugar de contribuir a esta empresa, Rawls propone un pacto político desastroso con regímenes autoritarios en todo el mundo. En su opinión, debemos distinguir entre sociedades jerárquicas “bien ordenadas” y aquellos lugares verdaderamente malos. Las jerarquías bien ordenadas pueden tener leyes teocráticas, políticas autoritarias y organizaciones sociales paternalistas. No obstante, los poderosos en la jerarquía “bien ordenada” sinceramente creen servir al bien común y hasta están dispuestos a consultar a sus seguidores antes de utilizar la fuerza para volverlos al redil. Aún más, están dispuestos a dar a sus ciudadanos una (muy) pequeña cantidad de libertad antes de castigar las actividades de disenso.¹⁸ Por sobre todo, no nos atacarán a nosotros, los buenos.

Mientras los gobernantes autoritarios satisfagan estos mínimos realmente ínfimos, Rawls urge a los estados liberales a que lleguen a acuerdos basados en principios con los mismos. El velo de ignorancia suministra un medio crucial para definir los términos del nuevo orden internacional. Los representantes de estados “bien ordenados” deben colocarse un velo tras el cual no puedan saber si provienen de estados liberales o jerárquicos. No resulta sorprendente que este procedimiento genere un contrato social rawlsiano que consolida el derecho de los estados autoritarios a oprimir a sus ciudadanos disidentes, siempre y cuando -desde luego- permanezcan “bien ordenados” y recurran al principio de legalidad cuando encarcelen a sus revoltosos.

Aún dentro de los limitados horizontes de 1994, Rawls es demasiado acomodaticio. La corta lista de derechos humanos contenidos en su “derecho de gentes” es lamentablemente pobre en comparación con la Declaración

17. Otorgarles el poder de veto a los funcionarios de gobierno es especialmente sorprendente dado que Rawls reconoce que muchas fronteras son “arbitrarias...desde una perspectiva histórica” (LP 56-7).

18. La limitada noción de derechos humanos de Rawls se percibe en su insistencia GRIM de que las jerarquías “bien ordenadas” deben proveer “al menos ciertos derechos mínimos a los medios de subsistencia y seguridad (derecho a la vida), a la libertad (prohibición de la esclavitud, la servidumbre y las ocupaciones forzadas), y ropiedad (personal), como asimismo, alguna forma de igualdad formal como la expresada en las normas de la justicia natural (por ejemplo, que los casos iguales sean tratados en igual forma)” (LP 62). Otros pasajes estipulan que “los individuos no gozan del derecho a la libertad de expresión como en las sociedades liberales... (pero) tienen el derecho de expresar su disenso político en alguna etapa del proceso de consulta” (LP 62). También se les garantiza “una medida de libertad de consciencia y libertad de pensamiento, aún cuando estas libertades no son generalmente iguales para todos los miembros de la sociedad” (LP 63). Frente a un panorama tan oscuro, es perfectamente comprensible que Rawls insista que su despotismo “bien ordenado” deba permitir el derecho a la emigración” (LP 63). Desafortunadamente, no intenta una discusión en torno a las obligaciones de los estados liberales de admitir a éstos y otros emigrantes.

Universal de Derechos Humanos.¹⁹ Con posterioridad a 1989, los liberales pueden y deben insistir en que se tome en serio esta declaración en el contexto del emergente derecho internacional.

Pero Rawls no está jugando al duro analista de política internacional. Está diciendo que resulta correcto, como cuestión de principios, que los estados liberales realicen un contrato social con autoritarismos “bien ordenados”. En apoyo de esta posición, Rawls demuestra, en ocasiones, un desdén relativista por los principios liberales. (LP 65, 66, 69, 70). Empero, no alcanzo a percibir por qué el relativismo deba ser prescriptivo, aún en el caso de que estuviera convencido de su verdad.²⁰

En realidad, ninguna de las jerarquías “bien ordenadas” de Rawls estará libre de nativos que se inspiren en las ideas liberales de libertad e igualdad. No existe nación islámica sin una mujer que insista en gozar de el derecho a la igualdad ninguna sociedad confuciana sin un hombre que niegue la necesidad de la deferencia. En ocasiones estos liberales estarán en minoría en su propia tierra; empero, dada la forma en que Rawls define a una jerarquía “bien ordenada”, es posible que dichos liberales autóctonos incluso constituyan la mayoría. Frente a hechos tales, occidente debe elegir, y ¿por qué razón habríamos de optar por traicionar nuestros propios principios, alineándonos con los opresores en lugar de con los oprimidos?

Ruego que no se invoque el supuesto derecho de las naciones a resistir interferencias del exterior. El nacionalismo no es un concepto menos occidental que la idea liberal de la razón pública,²¹ y es bastante menos fundamental. Si los occidentales insisten en utilizar razones públicas para evaluar los reclamos de sus propios estados-naciones, ¿por qué razón habrían de mirar hacia otro lado cuando los liberales de otras tierras hacen lo propio?

Rawls tiene razón cuando sugiere que los estados liberales de occidente no siempre podrán pasar de la condena moral a la acción efectiva en materia de derechos humanos. Pero una cosa es que dichos estados reconozcan su falta de poder y otra muy distinta es que pacten con dictaduras “bien ordenadas”, en los términos propuestos por Rawls, brindándoles legitimidad.

Además de un relativismo “a la moda”, Rawls recurre a Kant para justificar su opinión de que “un gobierno mundial -por lo que entiendo un régimen

19. La Declaración Universal comienza con una fuerte afirmación de que “todos los seres humanos han nacido libres e iguales en dignidad y derechos” (art. 1); luego condena “la discriminación de cualquier tipo, tal como la discriminación basada en raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o no política, origen nacional o social, propiedad, nacimiento u otro estado” (art 2); insiste que “todos tienen derecho a formar parte del gobierno de su nación, directa o indirectamente a través de representantes libremente elegidos” (art. 21), y define muchos otros derechos que trascienden largamente el concepto de jerarquía “bien ordenada” de Rawls. El Tratado Internacional de Derechos Sociales, Culturales y Económicos, con vigencia desde 1976, con el asentimiento de las principales naciones en todas las áreas del mundo, garantiza derechos económicos que van mucho más allá de los comentarios sumamente cautos de Rawls (ver nro. 23). Los documentos relevantes han sido COLLECTED por Henkin, Louis et al., editores, *Basic Documents Supplement to International Law*, (St. Paul: West, 1987, 2da. De.), Capítulo 12.

20. Postergo la discusión al respecto para otro momento.

21. Ver: Anderson, Benedict, *Imagined Communities* (London: Verso, rev. de. 1991) para una descripción brillante de la génesis del nacionalismo moderno.

político unificado con los poderes legales normalmente ejercidos por los gobiernos centrales- constituiría un despotismo global o, en su defecto, un frágil imperio desgarrado por frecuentes conflictos internos con regiones o pueblos luchando por mayor autonomía política” (LP 54-5). Aunque esta consideración fuera verdadera, no alcanzo a comprender cómo justifica una relación que trascienda el mero *modus vivendi* con los estados opresores.

Tampoco me impresionan las credenciales de Kant como científico político principal del siglo XXI. Por supuesto que estamos lejos del federalismo mundial. En la próxima generación, el progreso hacia esa meta distante vendrá, si es que lo hace, al nivel de la federación regional. La lucha más importante se dará en la unión europea. Si los europeos conquistan la demencia nacionalista del siglo veinte y consiguen crear una unión federal, la existencia de una federación aún más amplia no parecerá un despropósito a la generación siguiente. Si, en cambio, los europeos fracasan, el liberalismo político pasará por una nueva época de ansiedades.

Podría decirse que este diagnóstico es anticuadamente eurocéntrico. Pero los estadounidenses igualmente tienen un papel importante que cumplir. También hemos comenzado un proyecto regional, re-definiendo las fronteras de nuestra área de libre comercio para incluir a Canadá y México. Si esta iniciativa tiene éxito, los estadounidenses podrían encontrar la voluntad política de usarlo como la base de una unión más perfecta -en la que la libre circulación de mercaderías sea seguido por el movimiento libre de personas y luego por la construcción de una federación política. Este proyecto puede demorar más que el experimento federativo europeo; pero debemos aprender a pensar a lo grande.

Rawls empequeñece su pensamiento, aún dentro de los límites de los estados actuales. Nos dice que una constitución adecuada no necesita comprometer a la sociedad con la búsqueda de justicia social y económica. Alcanza con garantizar las libertades clásicas del liberalismo, “tales como el derecho al sufragio y a la participación política, la libertad de consciencia, de pensamiento y de asociación, como también la protección del principio de legalidad”, junto a ello “un mínimo social que cubra las necesidades básicas de todos los ciudadanos”. Rawls niega, sin embargo, que deba consagrarse como primer principio constitucional el tipo de igualdad mucho más fuerte que garantiza el “principio de diferencia”.²²

¿Porqué? Debido a que “estas cuestiones están siempre abiertas a una amplia gama de opiniones razonables diferentes” (PL 229), por lo que la utilización del principio rawlsiano de diferencia no generará el mismo grado de “acuerdo”. Desde luego; pero Rawls omite tomar en cuenta el peligro opuesto: sin un compromiso constitucional, y una continua práctica institucional, el proceso político puede no otorgar importancia alguna a la norma de justicia económica.

22. Rawls luego agrega “libertad de circulación y elección libre de ocupación” a su lista de elementos esenciales, pero distingue estas libertades de la versión más completa de “igualdad de oportunidades” que desarrollara en *A Theory of Justice*. Al igual que el principio de diferencia, una concepción expansiva de la “igualdad de oportunidades” no necesita tener garantía constitucional (ver PL 228-9).

Tomando en cuenta el tipo particular de igualdad económica que tanto Rawls como este autor preferimos, dicha postura resulta especialmente peligrosa. Mientras ambos insistimos en que las personas tienen derecho a igual punto de partida en la vida, también creemos que éstos deben gozar de la libertad de realizar transacciones de mercado, las que previsiblemente generarán una considerable desigualdad intergeneracional. Una situación tal lleva al peligro claro y presente de que los que triunfen en el mercado utilicen su poder económico para inducir al proceso político a favorecer a su hijos en perjuicio de aquellos que tuvieron el infortunio de nacer en familias pobres.

Tal vez sea ingenuo suponer que una estructura constitucional cualquiera pueda controlar en forma efectiva esta tendencia a socavar, bajo la inducción del mercado, el cometido del estado liberal con la igualdad en el punto de partida. Pero si no otorgamos rango constitucional a este esfuerzo igualitario, la búsqueda de justicia social probablemente se convierta en un fraude santurrón, tal como ha sucedido en los Estados Unidos. Resulta esencial, entonces, que una constitución realice un esfuerzo decidido para contrarrestar la erosión, a instancias del mercado, del compromiso público de lograr la justicia social. Los liberales políticos divergirán razonablemente en torno a la elección de la mejor forma práctica de implementar los principios igualitarios para cada generación, pero ello no debe ser razón para evitar una obligación constitucional seria como paso previo. Aunque la búsqueda permanente de justicia social generará mucha controversia, no debe comprarse la paz política a expensas de la clase menos favorecida.

Este abandono de la igualdad fue también consecuencia del “derecho de gentes” de Rawls; su primer gran componenda con la “cultura política” existente. Al dejar a la mayor parte de las personas pobres del mundo a merced de autoritarismos “bien ordenados”,²³ al eliminar la persecución de la igualdad del rango constitucional en occidente, *Political Liberalism* quita la mayor parte de la fuerza práctica a su predecesor *A Theory of Justice*. Aún desde una perspectiva rawlsiana, la constitución de los Estados Unidos no es perfecta. En contraste con documentos de la Europa moderna,²⁴ la misma no garantiza el “mínimo social” que Rawls especifica como un “componente constitucional esencial”. Tampoco se percibe que esta triste situación pueda cambiar en el futuro próximo. A pesar de todo, la distancia entre lo ideal y lo real no es tan, tan grande...¿no es verdad? Lo anterior no es filosofía, sino apología.

23. En un punto, Rawls sí sugiere que su “Derecho de Gentes” impone a los ricos el deber de asistir a los pobres allende sus fronteras. Este deber no está basado en “algún principio liberal de justicia distributiva”, sino en la afirmación de Rawls en el sentido de que las jerarquías “bien ordenadas” deben satisfacer “necesidades humanas básicas” (LP 76). Lamentablemente, la derivación de esta obligación no es transparente, ni lo es el método de identificación de “necesidades básicas”. Pero el rigor de la doctrina de Rawls podría ser morigerado mediante un vigoroso desarrollo de esta sugerencia. Sin duda la estructura de Rawls puede ser desarrollada para el ámbito internacional; ver: Pogge, Thomas, *Realizing Rawls* (Ithaca: Cornell, 1989), parte tres.

24. Ver, por ejemplo: Maunz, Theodore y Duerig, Guenter, editores, *Grundgesetz: Volume II Kommentar*, (Munche: Beck, 1991), art. 20.

IV. EL FUNDAMENTO COMUNITARIO DE LOS DERECHOS LIBERALES

Han sido testigos aquí de una disputa entre parientes. Para finalizar será mejor retornar a los primeros principios y establecer porqué Rawls está en lo correcto cuando promueve al liberalismo político (con prescindencia de su pátina conservadora y estatista) como una opción filosófica genuinamente importante.

Considérese la lucha actual por predominancia intelectual entre comunitaristas y liberales. Este debate se ha reducido en la actualidad a una banalidad estilizada: los “liberales”, se nos dice, defienden los derechos abstractos de individuos aislados; los “comunitaristas” nos urgen a descubrir nuestras identidades concretas como miembros comprometidos de comunidades en permanente desarrollo; etcétera, etcétera.-

Para los liberales políticos, este debate fatigado se basa en una falsa dicotomía. Estos *no* buscan fundar los derechos directamente en noción alguna de individualismo abstracto, sea kantiano o no. Apelan, principalmente, a la comunidad; eso sí, a una comunidad especial: una comunidad cuyos miembros respetan el desacuerdo profundo de los demás, hallándose, sin embargo, decididos a trabajar juntos para construir una forma de razón pública que los una en un diálogo compartido por todos, a pesar de sus demás diferencias.

El fin primordial no es la glorificación del individuo ilimitado, sino la construcción de una forma concreta de identidad que pueda ser conscientemente afirmada por todos los miembros de la comunidad. Para hacerlo, debemos diseñar con gran cuidado el rol del ciudadano liberal, a fin de que, como una prenda de vestir amplia y suelta, pueda ser vestida sin grave incomodidad por todos los ciudadanos en su ingreso al foro público.

Por lo expuesto, los debates sobre la estructura de la razón pública ocupan un lugar central en esta empresa filosófica en desarrollo. Solamente cuando los ciudadanos puedan ponerse de acuerdo en torno a los modelos apropiados de discusión pública -a través del uso del velo de ignorancia, la restricción de la neutralidad u otras construcciones a ser creadas- podrán progresar en materia de justicia social. Una vez diseñado un modelo de discurso cívico de razón pública, puede utilizarse en el esfuerzo común de controlar las estructuras básicas de la sociedad. En caso contrario, las mismas evolucionarían meramente en base a la fuerza y la casualidad.

Sólo en esta etapa deviene central la preocupación liberal por los derechos. El ciudadano tiene derecho fundamental a un recurso determinado cuando el balance de la razón pública otorga primacía a su interés por encima del interés de otros. No existe tal cosa como los derechos naturales; sólo existen aquellos que pueden ser redimidos a través del diálogo entre ciudadanos liberales, quienes operan bajo un modelo de razón pública que reconoce que la diversidad de ideales morales y religiosos “no es una mera condición histórica que pronto desaparecerá”.

Tanto Rawls como yo creemos que si razonamos juntos sobre esta base, nuestra conversación cívica resultará más rica de lo que muchos suponen. Antes que confrontar apresuradamente la bancarrota de la cultura liberal, nos aproximaremos a una comprensión más profunda de los requerimientos de la

justicia liberal. Dichos requerimientos son sumamente onerosos; precisarán siglos de labor cívica en todo el mundo: y al final, permanecerán sin cumplirse.

Sin embargo, el liberalismo político continúa siendo la mejor esperanza de un mundo en el que la diversidad cultural no es sólo un hecho de la realidad, sino un motivo de regocijo que nos depara la vida.

Sobre los conceptos de sociedad civil y las sociedades civiles *

Eduardo Rabossi **

Las tesis que me propongo defender son las siguientes: No hay un único concepto de sociedad civil. El contenido de los diferentes conceptos de sociedad civil es función de los marcos teóricos en los que están insertados. El hecho de que teorizamos acerca de la sociedad civil no significa que exista en el mundo una realidad que le corresponda. No existen criterios operativos de identidad y existencia de una sociedad civil. Si ese es el caso, ‘sociedad civil’ carece de una demisión descriptiva adecuada: su uso es normativo.

No pretendo agotar el tema, tanto en lo que hace a la catalogación de los diferentes conceptos de sociedad civil, como respecto de los usos descriptivos/normativos de ‘sociedad civil’. Creo, sin embargo, que el análisis que formulo es suficiente para avalar mis tesis. Si ese es el caso, no deja de ser un comienzo aceptable.

1. LA SOCIEDAD CIVIL Y EL CONTRACTUALISMO

El concepto de sociedad civil adquiere un sentido técnico en la obra de los filósofos políticos de los siglos XVII y XVIII. Es uno de los instrumentos que diseñan para plantear y fundamentar sus teorías sociales y políticas. Como se sabe, esas teorías difieren entre sí. Hobbes, Spinoza, Locke, Rousseau y Kant reconocen antecedentes intelectuales y profesionales diversos, viven situaciones políticas diferentes, filosofan de maneras disímiles. Pero esa diversidad suele ocultar algo que les es común: un patrón o esquema teórico que sirve de telón de fondo a sus respectivas elucubraciones. Lo denominaré ‘el esquema clásico’.¹ En él, el concepto de sociedad civil juega un papel importante.

El esquema clásico se compone de los siguientes elementos:

- Derechos naturales: los seres humanos, las personas individuales, tienen derechos naturales subjetivos, atribuidos igualitariamente;

* Este trabajo reconoce una versión inicial: “Some Concepts of Civil Society”, que expuse en el Coloquio “Civil Society and Democratic Transitions”, organizado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos y el National Humanities Center (San José de Costa Rica, marzo de 1995). Richard Rorty fue su discutidor y le agradezco algunas agudas sugerencias. Una versión ampliada fue publicada, bajo el mismo título, en *Normative Systems and Legal and Moral Theory*, E. Garzón Valdés et al. (comps.), Duncker & Humblot, Berlin, 1996.

La versión actual reconoce cambios substanciales en las secciones 2 y 5 y una revisión de la línea argumentativa general.

** El Profesor Rabossi recibió su título de Abogado en la Universidad de Buenos Aires (1955). Master en Filosofía, Duke University. Postgrado en Filosofía, Universidad de Oxford. Profesor de Metafísica y Filosofía del Lenguaje, Universidad de Buenos Aires, Profesor de Derecho, Universidad de Palermo. Investigador del CONICET y del Instituto A. Gioja.

1. Ver mi trabajo “On Being Sane in the Midst of Madmen. Some Reflexions on Civil Societies”, en *The Idea of a Civil Society*, R. Connor (comp.), Chapel Hill, N.C., National Humanities Center, 1992.

- Naturaleza humana: los seres humanos tienen una naturaleza interactiva y psicológica común, que incluye la posibilidad de concebir soluciones racionales a sus problemas;
- Estado de naturaleza: existe una situación inicial -el estado de naturaleza- en el cual los seres humanos gozan individualmente de una libertad e igualdad perfectas al precio de dañarse entre sí, bloqueando de esa manera su florecimiento individual;
- Contrato social: los seres humanos pueden superar esa situación mediante un acuerdo consentido -el contrato social- o algún dispositivo similar;
- Sociedad civil: el acuerdo genera un nuevo estado, una nueva situación -la sociedad civil- en la que se ponen límites al goce absoluto de los derechos naturales y se atribuye poder a una autoridad;
- Autoridad soberana: la autoridad es concebida como soberana y se la explica y justifica por el acuerdo consentido;

El esquema clásico exhibe rasgos peculiares. Las hipótesis y los dispositivos que lo componen constituyen construcciones teóricas idealizadas que, por su naturaleza, no tienen ni pretenden tener una realización histórica concreta. Dicho de otra manera, el esquema no es inducido, en un sentido estricto, de la realidad. Por consiguiente, no tiene ni pretende tener cualidades descriptivas. Se trata, en suma, de un marco teórico abstracto que cada filósofo político completa a su modo. La meta es inventar una nueva manera de ver, comprender y justificar el poder político.

Conviene advertir varias cosas respecto de la sociedad civil, tal como se la concibe en el esquema clásico.

Primero, el concepto de sociedad civil no es un concepto aislado: adquiere sentido y contenido en función de su conexión con los demás conceptos básicos del esquema, a saber, persona individual, derecho natural, naturaleza humana, estado de naturaleza, consentimiento, contrato social, autoridad.

Segundo, la sociedad civil, el estado civil, se opone al estado de naturaleza. Una sociedad civil es el arreglo socio-político que el contrato social hace posible. Instituir la sociedad civil implica, eo ipso, abandonar el estado de naturaleza.

Tercero, la sociedad civil, como un todo socio-político, incluye a la autoridad soberana. Hobbes denomina "...la unión así conformada...una ciudad o sociedad civil, y también una persona civil", y equipara la sociedad civil al "estado de gobierno civil" y a "una ciudad constituida". Locke habla de "la sociedad política o civil" y afirma que la sociedad civil existe "...toda vez que un número de hombres, en estado de Naturaleza, entra en sociedad para hacer un pueblo un cuerpo político bajo un gobierno supremo." Spinoza opone el estado de naturaleza al "estado civil", denomina 'ciudad' a la sociedad basada en leyes y 'ciudadanos' a las personas protegidas por esas leyes. Rousseau habla del 'estado civil' y dice que "Tan pronto como el acto de asociación [el contrato social] se torna real, substituye la persona de cada una de las partes contratantes por un cuerpo colectivo compuesto de tantos miembros como haya votos en la asamblea constitutiva." Spinoza agrega que "La persona pública así constituida por la unión de los individuos era conocida, en los viejos tiempos,

como Ciudad, pero ahora [se la conoce] como República o Cuerpo Político.” Kant también opone el estado civil al estado de naturaleza y define “Un estado (civitas)” como “la unión de una multitud de hombres bajo leyes naturales.”²

Cuarto, una sociedad civil es un agrupamiento social “artificial” creado por el consentimiento de las personas individuales. En este sentido, se contrapone a los agrupamientos sociales naturales que se forman instintivamente en el estado de naturaleza (Locke menciona, al respecto, la “sociedades” conyugal, paterna y doméstica).

No es mi propósito detallar la manera como Hobbes, Spinoza, Locke, Rousseau y Kant implementan el esquema clásico. Interesa explicitarlo para mostrar el papel que en él juega el concepto de sociedad civil y el contenido básico que le otorga.

Es importante insistir en el desacople existente entre los modelos teóricos producidos por nuestros filósofos y la realidad. Las guerras civiles, las guerras religiosas, el absolutismo monárquico, las luchas de poder entre los monarcas y la alta nobleza, el surgimiento del parlamentarismo, el desarrollo del imperialismo colonial, el nacimiento de la burguesía, el mercantilismo, la aparición de naciones-estado incipientes, son algunas de las realidades sociales, económicas y políticas que les tocó vivir. He dicho más arriba que el esquema clásico y las teorías que genera exhiben un alto grado de abstracción. No sólo quiero señalar que son abstractas porque apelan a constructos ideales, sino que son abstractas porque están desacopladas del mundo. Estrictamente hablando, nada real corresponde en esos tiempos a dichas construcciones teóricas.

Pero la historia tiene vuelcos inesperados. A fines del siglo XVIII y comienzos del XIX, la revolución de las colonias inglesas en América del Norte, la Revolución Francesa y las revoluciones en las colonias españolas en América del Sur producen un cambio radical en la “geografía” política del mundo. Lo notable es que todas son justificadas apelando, de una u otra manera a alguna/s de las teorías filosóficas que emanan del esquema clásico. Pero el proceso no para allá. En el siglo XIX el estado-nación constituye, doméstica e internacionalmente, la unidad de poder, la democracia se reconoce -por vez primera- como una forma deseable de gobierno, se multiplican las constituciones de tipo liberal y los “derechos (naturales) del hombre y del ciudadano” son reconocidos, aunque más no sea de manera formal. El choque de la teoría con la práctica genera en definitiva un nuevo impulso teórico, una nueva manera de concebir la sociedad civil.

2. LA SOCIEDAD CIVIL Y EL ESTADO

La concepción moderna de la sociedad civil implica el rechazo de algunos de los elementos del esquema clásico. Básicamente,

2. Th. Hobbes, *De Cive* (Indianapolis, 1991), V.9 y X,1; J. Locke, *Two Treatises on Government* (Londres, 1984), VII, 89; B. Spinoza, *Ética* (México, 1977), Prop. XXXVII, Esc. II; J. Rousseau, *Du Contrat Social* (Paris, 1975), ## VI y VII; I. Kant, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* (Frankfurt, 1968), ## 34 y 34.

1. la sociedad civil es concebida como un todo complejo que abarca un número de componentes diversos: personas individuales, grupos sociales, clases sociales, corporaciones, el mercado económico, ciertas instituciones y un marco normativo específico;
2. la sociedad civil y el estado son postulados como ámbitos diferentes y, quizá, excluyentes: lo civil y lo estatal son diferenciados y separados.

¿Qué significan realmente esos cambios?

Adviértase, primero, que el concepto clásico de sociedad civil tiene un dimensión casi procedimental. Cuando surge la sociedad civil el estado de naturaleza se desvanece y sus agrupamientos naturales quedan absorbidos en un todo social políticamente organizado. Por oposición, la concepción moderna posiciona a la sociedad civil fuera de los límites del estado y de la familia; en consecuencia, las esferas de lo paradigmáticamente público y de lo estrictamente privado quedan más allá de su ámbito inmediato de influencia. Adviértase, además, que la concepción moderna realza la complejidad interna de la sociedad civil. Substituye la estructura amorfa que le atribuye el esquema clásico por una red compleja de componentes y de relaciones. Ello produce, naturalmente, un enfoque dinámico. Las relaciones de poder, los conflictos (actuales o potenciales) y los procesos evolutivos se tornan, así, temas cruciales.

Las consecuencias que se siguen de aceptar la concepción moderna de la sociedad civil, son de monta. Al enfatizarse la complejidad y el dinamismo de la sociedad civil surgen preguntas acerca de sus componentes legítimos, de sus relaciones propias y de la índole e interpretación de los procesos que se producen. Al contraponerse la sociedad civil al estado surgen, a su vez, cuestiones aún más complicadas: identificar los rasgos típicos de cada uno de esos ámbitos (un problema conceptual), determinar el grado de dependencia o independencia mutua (un problema político) y decidir acerca del grado correcto de su interconexión (un problema normativo).

Se atribuye a Hegel haber elaborado el concepto moderno de sociedad civil. En *Grundlinien der Philosophie des Rechts* Hegel distingue tres ámbitos de la eticidad: la familia, la sociedad civil y el estado. Que sean distintos no significa que se encuentren separados. Su relación es dialéctica. El estado trasciende a la familia y a la sociedad civil y proyecta sobre ellas significación y fundamento. Cabe recordar que Hegel rechaza la hipótesis contractualista que, como hemos visto, es esencial en el esquema clásico.

Hegel enfatiza la importancia del componente económico (el mercado), teoriza acerca de las necesidades y su satisfacción, acerca del trabajo, la riqueza y las clases sociales. También incluye y analiza componentes más formales como la administración de justicia, la policía y las corporaciones. El poder político y militar, las instituciones administrativas, legales y políticas pertenecen, en cambio, al ámbito de lo estatal.³

La importancia de Hegel en la materia está fuera de discusión. Pero un análisis fino debe tomar en cuenta que el paso del esquema clásico a la

3. G. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (Hamburgo, 1967), Parte III.

concepción moderna se produce a través de una transición en la que Hegel juega un papel protagónico pero no excluyente. John Keane hace, al respecto, una interesante propuesta. En relación con la “subdivisión y pluralización del concepto [clásico] de *societas civilis*”, Keane distingue cuatro “fases” que transcurren entre 1750 y 1850 y se superponen tanto en el tiempo como en el espacio geográfico. La primera fase es de transición. En ella, la motivación principal es el temor al despotismo. Adam Ferguson (*An Essay on the History of Civil Society*, 1767) es su representante paradigmático. La segunda está “impregnada” por ideas igualitarias utópicas. Se introduce, además, el tema de la sociedad civil versus el estado. Thomas Paine (*Rights of Man*, 1791) es su representante. En la tercera fase se expresan temores de que la libertad de movimiento de la sociedad civil pueda tener efectos paralizantes y conflictivos. Se formulan entonces planteos en favor de una regulación y un control más estrictos por parte del estado. Hegel (*Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1820) sería su vocero metafísico. Por fin, la cuarta fase significa una reacción contra la tercera: se requiere una sociedad civil pluralista y autónoma que ponga freno al poder regulativo del estado. Alexis de Tocqueville (*De la démocratie en Amérique*, 1835-40) tipifica esa línea de pensamiento.⁴

La lúcida observación de Keane revela la profunda conexión que existe entre el concepto moderno de sociedad civil y el planteo y la discusión acerca de las relaciones de la sociedad civil con el estado. Ya en el período 1750-1850 las opciones quedan claramente fijadas, a saber,

- la sociedad civil y el estado son ámbitos irremediable y conflictivamente enfrentados; o
- el estado es el regulador y árbitro de los posibles excesos de la sociedad civil; o
- la sociedad civil es el ámbito ligado a los ideales democráticos y al goce de las libertades y los derechos, un espacio en el que lo público y lo privado encuentran el equilibrio adecuado.

En claro que la discusión acerca de esas opciones aparece ligada a polémicas acerca de la naturaleza e implementación de la democracia, sea como un fenómeno real o un constructo teórico.

Es interesante observar que mientras que el esquema clásico otorga al concepto de sociedad civil un contenido escuálido (pero nítido) y una función teórica clara, el rico concepto moderno exhibe unos límites y una estructura borrosos y se ve proyectado al campo incierto de la teoría y práctica de la democracia.

3. BREVE INTERLUDIO

No puedo entrar en los detalles de la historia posterior inmediata. Cabe recordar, sin embargo, que el concepto de sociedad civil tiene una interesante presencia en la tradición marxista. Karl Marx es muy crítico de los elementos

4. J. Keane, “Despotism and Democracy. The Origins and Development of the Distinction Between Civil Society and the State 1750-1850”, *Civil Society and the State*, Londres, Verso, 1988.

que componen el esquema clásico; en particular, de la idea misma de sociedad civil. Marx también critica a Hegel, aunque rescata y desarrolla los términos en que se concibe, modernamente, la sociedad civil. En nuestro siglo, Antonio Gramsci retoma el tema y le da un sesgo original. Gramsci opone la sociedad civil a la sociedad política, caracteriza a la sociedad civil en términos de corporaciones “hegemónicas” y piensa que ella ofrece el espacio adecuado para la praxis revolucionaria.⁵ En la tradición teórica liberal anglo-sajona, en cambio, el concepto de sociedad civil pierde protagonismo. Casi sin excepción es considerado un resabio teórico con escasas posibilidades elucidatorias.

Pero la historia reitera su costumbre de dar vuelcos inesperados. Hace unos treinta y cinco años en algunos de los países gobernados por regímenes comunistas la idea de la sociedad civil renace con una fuerza y una originalidad insospechadas. Paradójicamente, se hace realidad la propuesta de Gramsci pero no para reivindicar la revolución del proletariado, sino para intentar alcanzar una sociedad democrática liberal.

4. LA SOCIEDAD CIVIL Y LOS DISIDENTES

En la década de los años setenta comienzan a manifestarse movimientos “disidentes” en algunos países de la Europa del Este gobernados por regímenes comunistas. Sorprendentemente, esos movimientos agitan la bandera de la sociedad civil. ¿Qué significa ‘sociedad civil’ en ese contexto peculiar? Ni el concepto clásico ni el moderno resultan pertinentes. No es exagerado, pues, pensar que estamos en presencia de un nuevo concepto de sociedad civil, que presenta tres rasgos típicos, a saber,

- La sociedad civil es concebida como el agrupamiento social que se contrapone, dialécticamente, al estado totalitario colectivista y a las políticas que impone;
- La sociedad civil es concebida como un espacio legítimo de convivencia en el que las relaciones sociales están teñidas por lazos morales de solidaridad y por lealtades compartidas;
- Esa idea de sociedad civil es utilizada como un instrumento movilizador que de ser llevado a la práctica generará un ámbito inmune al poder y a los avances del estado totalitario.

Bronislaw Geremek -dirigente de Solidaridad y luego miembro del Parlamento Polaco- ha descripto la lucha contra el régimen comunista y el significado de la apelación a la sociedad civil. Según Geremek, la convicción generalizada de que el poder estatal en manos comunistas era absoluto y de que lo seguiría siendo por muchos años fue concomitante con la convicción creciente de que la sociedad tenía, de alguna manera, la posibilidad de organizarse de modo independiente “en tanto evitara todo lo que sonara abiertamente a ‘política’ y se atuviera a la ‘política de la no política’.” El movimiento disidente se caracterizó, así, por ser un tipo de “resistencia mental y la base de un

5. Sobre Gramsci ver, entre otros, N. Bobbio, *Estudios de historia de la filosofía*, Madrid, Debate, 1985, y J.C. Rubinstein, “Reflexiones en torno a la sociedad civil”, *El Príncipe*, I (1994).

Sobre los conceptos de sociedad civil y las sociedades civiles

programa para resistir al comunismo.” La idea fue desarrollar sentimientos de solidaridad entre la gente; sentimientos basados en convicciones e ideales compartidos, opuestos a las prácticas burocráticas y a las políticas del orden comunista. La expresión ‘sociedad civil’ sintetizó el planteo. Se trataba, en suma, de generar dentro del todo despersonalizado y autoritario del estado colectivista, un ámbito independiente en el que las relaciones entre las personas y los grupos exhibieran una dimensión humana y estuvieran tedias por valores sociales compartidos. La estrategia tuvo éxito. Muy pronto se pasó de la disidencia individual o grupal a la disidencia masiva; de una sociedad internamente desmembrada a una sociedad civil activa; de la política de la no política a la política lisa y llana. Dice Geremek: “En la condiciones opresivas del régimen comunista la idea misma de una sociedad civil tuvo un poder realmente liberador...fue una fuerza sumamente efectiva contra el totalitarismo.”

Geremek se pregunta si “la esperanza de crear una sociedad civil sólo fue una ilusión”. Su respuesta es reveladora. La transcribo in extenso: “...hay un sentido en el que nuestras esperanzas resultaron ilusorias. Creímos que la sociedad civil que estábamos formando durante nuestra lucha contra el comunismo, resultaría un fuerte sostén sobre el que pudiera descansar el orden democrático luego del colapso...El problema es que cuando el enemigo, el totalitarismo, desaparece, la razón de ser una comunidad auténtica comienza a evaporarse. En ese punto emerge una elección fundamental: una sociedad abierta o el nacionalismo.”⁶

El resultado era previsible. Un enemigo común siempre tiene un efecto cohesivo entre los oponentes. En el caso de los disidentes, la organización de la sociedad civil agregó una cuota extra de cohesividad moral que aceitó las relaciones sociales, logró la unidad grupal y ofreció un lugar apropiado para las lealtades mutuas. De tal manera, el estado comunista vió seccionadas sus raíces sociales, la burocracia quedó expuesta en toda su dimensión y las apelaciones ideológicas canónicas se tornaron vacuas.⁷

Pero la democracia implica un juego diferente. Es un juego que no presupone un enemigo común contra el que luchar, sino adversarios a los que hay que derrotar en elecciones libres; no presume una nomenclatura a la que denunciar, sino un complejo sistema de libertades y derechos que garantizar; no ofrece certezas morales, sino incertidumbres prudenciales; no se nutre de un orden social único y excluyente, sino de una compleja red de relaciones, intereses y roles en la que lo político y lo económico se superponen y mezclan con lo cívico (lo civil). Es natural que con el advenimiento de la democracia la sociedad civil de los disidentes se desvanezca. La razón es sencilla: el papel

6. B.Geremek, “Civil Society and the Present Age”, en *The Idea of a Civil Society*, R. Connor (comp.), Chapel Hill, N.C., National Humanities Center, 1992.

7. Tomo al caso polaco como paradigmático. Aunque existen diferencias notorias con los casos de Hungría, Checoslovaquia y Letonia, la estrategia disidente es similar. En Polonia la estrategia alcanzó extremos inimaginables. Ver los trabajos de J. Rupnik, J. Sucs, M. Vajda, Z. Pelczynski y V. Havel en la Parte III de *Civil Society and the State*, J.Keane (comp.), Londres, Verso, 1988. Ver también A. Seligman, *The Idea of Civil Society*, Nueva York, Macmillan, 1992, esp. el capítulo 4 y *Civil Society and Political Theory*, J. Cohen & A. Amato (comps.), Cambridge, Mass., MIT, 1991, esp. el capítulo 1.

conceptual y práctico de una sociedad civil en un contexto democrático, es diferente al de una sociedad civil creada en un contexto totalitario. También es natural que el nacionalismo romántico se torne un candidato plausible. La democracia requiere tolerancia y responsabilidad personal y asume que en ciertas situaciones la formalidad procedimental resulta esencial para arribar a decisiones razonables. Pero, sobre todo, vivir en democracia supone que la razonabilidad tiene precedencia sobre las emociones y que la única lealtad públicamente exigible es al propio sistema democrático. El nacionalismo se vincula a lo emocional, a lealtades viscerales, a decisiones “justas” por su contenido intrínseco. Congenia más con el trasfondo emocional de los seres humanos.⁸

5. LA SOCIEDAD CIVIL Y LA DEMOCRACIA POLÍTICA LIBERAL

La gesta de los disidentes es responsable, en gran medida, del renacimiento de los estudios sobre la sociedad civil. Luego de muchos años de olvido, el tema se ha puesto de moda: las controversias acerca de la naturaleza, estructura y posibilidad de la sociedad civil abundan y los libros, trabajos y coloquios especializados se multiplican. El fenómeno no es sólo académico. El tema de la sociedad civil aparece, también, en las discusiones políticas, en la formalización de los planes y de las estrategias de los gobiernos y, desde ya, en las transiciones democráticas.

¿Subyace a las discusiones actuales algo que pueda parangonarse (sólo parangonarse) al esquema clásico? Quiero decir, ¿es posible identificar un núcleo común de temas que constituyen el telón de fondo de las distintas propuestas? Pienso que la siguiente nómina recoge los temas comunes más importantes:

1. el concepto de sociedad civil no sólo se contrapone al concepto de estado (el ámbito de lo civil no sólo se contrapone al ámbito político), sino que corresponde relacionarlo y quizá contraponerlo al concepto de mercado (al ámbito económico); de tal manera, la dupla tradicional sociedad civil/estado es suplantada (debería ser suplantada) por la tríada sociedad civil/mercado económico/estado;

2. la sociedad civil debe ser concebida como el espacio público en el que las personas se comunican libremente, las asociaciones voluntarias autónomas florecen y las relaciones sociales son facilitadas por sentimientos de solidaridad y por lealtades mutuas;

3. la finalidad de la sociedad civil no se agota en las relaciones sociales que genera y promueve; la coordinación de las acciones de los actores sociales mediante la asociación libre, implica la posibilidad de influir en el diseño y la implementación de las políticas del estado.

4. la sociedad civil presupone la existencia del estado: no se la puede concebir fuera su ámbito de legitimidad (la posibilidad de relaciones e influencias mutuas se basa, precisamente, en esa circunstancias), ni se la puede pensar

8. La bibliografía sobre estos temas es extensísima. En la obra citada de J. Cohen y A. Amato (comps.) se puede encontrar una amplia referencia.

confrontando con el sistema político que el estado personifica (a la manera de la estrategia de los disidentes);

5. la sociedad civil está esencialmente asociada a la democracia política liberal: la democracia supone la existencia de la sociedad civil y la existencia de una sociedad civil activa es una condición para alcanzar la democracia real.

Este esquema expone los pliegues de un terreno fértil para la controversia. Así, se discute la conveniencia de conservar o rechazar el esquema dual (sociedad civil/estado); la extensión y la índole de la regulación estatal; la ubicación y pertinencia del mercado; la coexistencia de roles civiles y políticos; la índole del espacio público propio de la sociedad civil; la relación entre la democracia liberal y la sociedad civil. Discutir estos temas está fuera del alcance del presente trabajo. Analizar, en cambio, un punto poco frecuentado que tiene, a mi entender, una pertinencia general que no suele pasar inadvertida.

Supongamos que hemos logrado interesar a alguien en el tema de la sociedad civil. Persona sensata y realista si las hay, nos espeta de pronto la siguiente pregunta: ‘¿Cuántas sociedades civiles cree usted que hay en el mundo?’ Le respondemos oblicuamente diciendo que tratándose de un todo social no podemos producir identificaciones claras. Pero la persona tiene cierto manejo filosófico y nos dice que no está pidiendo que contemos sociedades civiles como si contáramos manzanas; que su pregunta inquiera, en realidad, por los criterios de identidad y de existencia de una sociedad civil. ¿Qué respuesta le daríamos?

Una respuesta posible es que hay tantas sociedades civiles como estados-nación democráticos. Como la democracia supone la existencia de la sociedad civil (ver [5] más arriba) pareciera que la respuesta es plausible. Sin embargo, bien vistas las cosas, no pareciera que ese sea el caso. En primer lugar, decir que la existencia de un régimen político democrático liberal supone una sociedad civil quiere decir que implica el reconocimiento de espacios públicos no políticos regidos por la libertad de asociación y de expresión. Pero de eso no se sigue que esos espacios están efectivamente ocupados, es decir, que exista realmente una sociedad civil. Este punto lleva a un segundo. No debemos confundir los criterios de existencia de una democracia formal con los que corresponden a una democracia real. Consiguientemente, no debemos confundir la existencia formal de una sociedad civil con su existencia real.

Otra respuesta podría ser la siguiente. Busquemos un país en el que concordamos que existe realmente una sociedad civil, elaboremos sobre la base de ese modelo los criterios y proyectémoslos luego a otros países. La estrategia parece tener sentido. Pero, a poco de pensarla tampoco resulta satisfactoria. En primer lugar, cada pueblo, cada nación, cada cultura tiene rasgos idiosincrásicos que, en gran medida, lo hacen único. Esa unicidad complica cualquier generalización acerca de la manera adecuada de “hacer” la democracia o de “constituir” la sociedad civil. Tomar un modelo específico implicaría, pues, admitir la validez universal de los rasgos de un cierto pasado, un cierto hábitat, unas ciertas tradiciones. Pero hay más. La elección generaría discusiones no decidibles acerca de los modelos posibles, discusiones que presuponen puntos de vista ideológicos contrapuestos (imagínese una discusión acerca de decidirse por Suecia, Estados Unidos o Costa Rica, por ejemplo).

En tercer lugar, la unicidad puede llevar a pensar en la excepcionalidad de un cierto país y, en consecuencia, en su condición de modelo necesario. No debe sorprender, pues, que los Estados Unidos, por ejemplo, hayan sido identificados como excepcionales, en el sentido de ejemplares, respecto de la sociedad civil. La razón que explicaría esa excepcionalidad es reveladora: la “ausencia del estado”, el hecho de que ha sido y es “una sociedad civil completa (en un sentido hegeliano), quizá la única en la historia política.”⁹ Al margen del diagnóstico y de la peculiar tesis que lo fundamenta creo que el hecho mismo de que puedan llegar a sostenerse ese tipo de tesis torna inadecuada la respuesta acerca de la generalización de un modelo preferido.

¿Cuáles son, pues, nuestros criterios de identidad y de existencia de una sociedad civil real? Pienso que no estamos en condiciones de producir una respuesta adecuada. La razón es simple: carecemos de una elaboración suficiente del concepto de sociedad civil que permita su aplicación empírica. Se requeriría para ello la identificación de ciertos parámetros básicos (la vigencia de derechos básicos de la personalidad y del bienestar, el grado de cohesión interna, la autonomía de los nexos asociativos, el poder de influencia sobre las políticas estatales, la pluralidad asociativa) y una manera sistematizada de clasificar sociedades civiles. Tengo en mente algo similar a los que Robert Dahl ha hecho acerca de los regímenes democráticos.¹⁰

Si la argumentación anterior es correcta entonces el concepto de sociedad civil, tal como se lo emplea en el contexto de la teoría de la democracia liberal, carece de poder descriptivo. Sus usos suelen ser normativos. Por cierto que no hay en ello nada de malo, en tanto se tenga en claro el carácter del discurso que se produce. Me temo que las discusiones corrientes sobre la sociedad civil no cumplen con ese requisito: pertenecen, sin advertírselo, al plano normativo.

Hay, por supuesto, excepciones. Hay filósofos que aceptan lisa y llanamente el carácter normativo del tema. Por ejemplo, en un trabajo reciente Michel Walzer presenta “cuatro ideologías” relacionadas con la sociedad civil que son respuestas a la pregunta “¿Cuál es el escenario preferido, el entorno que da mayor respaldo a la buena vida? ¿Por qué tipo de instituciones debemos trabajar?” La primera respuesta sostiene que el escenario preferido es la comunidad democrática política, el lugar en donde los ciudadanos se reúnen, deliberan y deciden. La vida buena es coextensiva con la actividad política en tanto modo de determinar colectivamente el destino común.” La segunda respuesta sostiene que el escenario adecuado es el de la actividad económica y la producción creativa. La visión de una sociedad comunista (ideal) es paradigmática para esta ideología. La tercera respuesta elige el mercado, el

9. D. Bell, “American Exceptionalism Revisited: the Role of Civil Society”, *The Public Interest*, 96 (1989).

10. R. Dahl, *Polyarchy*, New Haven YUP, 1971. Dicho sea de paso, la controversia acerca de lo que se denomina el “languidecimiento de la sociedad civil” (withering away of civil society) es, básicamente, una discusión acerca de una cuestión empírica: si en muchos países las asociaciones libres han sido o no “captadas” por el estado. Lo curioso es ninguna de las partes contendientes produce una información fáctica seria al respecto. Ver, por ejemplo, S. Giner, “The Withering Away of Civil Society”, *Praxis International* 5 (1985).

espacio en el que las elecciones personales se consideran decisiones de seres autónomos y los empresarios “compiten para proveer todo aquellos que los consumidores quieren o ser persuadidos a que quieran.” La cuarta respuesta elige a la nación, el escenario en el que el individuo se identifica con un pueblo y una historia a través de lazos sanguíneos, lingüísticos y culturales. Walzer presenta entonces lo que denomina ‘el argumento de la sociedad civil’: “...la buena vida sólo puede vivirse en una sociedad civil, en el ámbito de la fragmentación y de los conflictos en el que nos hacemos hombres y las mujeres sociables y comunitarios...La imagen es la de gentes asociándose y comunicándose libremente unas con otras no por mor de una formación particular...sino por mor de la sociabilidad misma...la sociedad civil es un escenario de escenarios: todos están incluidos, ninguno es preferido. El argumento es la versión liberal [de una respuesta] a las cuatro respuestas.”¹¹

La tesis de Walzer es, por cierto, discutible. Interesa en nuestro contexto porque asume explícitamente un carácter normativo e ideológico. Además, permite trazar algunos paralelos retrospectivos interesantes: la primera de las respuestas tiene rastros de la concepción clásica de la sociedad civil; la segunda coincide con algunos rasgos del concepto moderno de la sociedad civil; la tercera con cierta manera de interpretar el concepto de sociedad civil en el contexto de la democracia liberal; la cuarta con algo implícito en el desarrollo del estado-nación y en el llamado ‘nacionalismo institucional’. La persistencia de los distintos conceptos de sociedad civil es sugestiva.

6. A MODO DE CONCLUSIÓN

He comenzado enumerando varias tesis. Creo haber ofrecido elementos suficientes como para considerarlas sustentadas. Si tal es el caso, parecen seguirse varias consecuencias interesantes, sobre todo para las típicas polémicas que bullen en torno al concepto de sociedad civil. Conviene alejar de ellas la idea de que existe una cosa tal como la naturaleza esencial de la sociedad civil. Conviene introducir en ellas la idea de que la manera de concebir la sociedad civil depende del concepto de democracia que empleemos. Conviene identificar el nivel, descriptivo o normativo, en el que nos movemos, no sólo por razones de prolijidad, sino porque a función del concepto de sociedad civil es, obviamente, distinta en uno y otro caso.

11. M. Walzer, “The Idea of Civil Society”, *Dissent*, Spring 1991.

Revista Jurídica de la Universidad de Palermo

Sobre la vinculación del juez penal a la ley (La “rigurosa aplicación de la ley” según el art. 2º del Código Penal) *

Enrique Bacigalupo **

I

El art. 2 del CP establece en su segundo párrafo que los Tribunales deben aplicar la ley en forma rigurosa. En una primera lectura de ello parece significar que el Tribunal debe aplicar la ley penal, aunque a su juicio el hecho no sea merecedor de pena y que, además, debe sancionar al autor en la forma establecida en la ley, aunque la pena resulte desproporcionada con “el grado de malicia y el daño causado por el delito”. El párrafo fué introducido en la reforma de 1850 y al parecer no se supo, en su momento, por qué razón. Pacheco dice en este sentido que “quizá lo inspiraron en aquella ocasión las acumulaciones de penas a que dió lugar el art. 76, ora sin motivo, ora con motivo”.¹ El art. 76 del Código de 1848 contenía una norma prácticamente idéntica a la actual del art. 69 del CP., es decir, una norma que establecía el principio de acumulación ilimitada de penas para el caso del concurso real, principio que no fue modificado hasta que, en el Código de 1870, se introdujo el límite del triplo de la pena más grave (art. 89, 2º), que todavía conserva el vigente del art. 70, 2º del CP.

II

Las razones que inspiraron la introducción de esta disposición tampoco resultan claras desde una perspectiva político-criminal, pero, no cabe duda que expresan una idea de cuál es la vinculación del Juez a la ley penal.

Por un lado se establece que los Jueces no pueden decidir sin un fundamento legal sobre la punibilidad o no de una conducta; por otro que deben aplicar la ley sin tomar en consideración el resultado de esta aplicación. La primera cuestión es, en principio, clara, si se la entiende desde el punto de vista de las competencias legislativas y judiciales, pues la aplicación del derecho es para los jueces obligatoria. La disposición es menos clara, sin embargo, si lo que quiere decir es que los jueces deben aplicar la ley de una manera literal, o, dicho en otras palabras, si el juez está vinculado por un texto legal que no puede interpretar o que solo puede interpretar en modo limitado.

Por otro lado el art. 2.2 del CP. establece que, en principio, los jueces no deberían considerar en sus decisiones si el resultado es justo en relación al caso concreto y, más específicamente, si la pena es o no proporcionada a la

* Este artículo fue publicado en *Cuadernos de Derecho Judicial*, N° XVII, Consejo General del Poder Judicial, Ed. José Jiménez Villarejo, 1995, pág. 35.

** Catedrático de Derecho Penal. Magistrado del Tribunal Supremo del Reino de España.

1. El Código Penal, 2º ed. 1856, pág. 87.

“malicia” o daño causado. Ello es tanto como decir que las penas se deben aplicar sin considerar la gravedad del delito concreto, algo que choca con la exigencia de la justicia y proporcionalidad de las penas ya requerida por Montesquieu y Beccaría.

Una vinculación del juez a la ley como esta es, ante todo, explicable en el contexto de las concepciones constitucionales en las que surgió el art. 2º del CP en 1850. A este respecto parece que tiene menos importancia los acontecimientos políticos concretos que rodearon aquella reforma que las ideas jurídicas que, con cierta independencia de tales sucesos, estaban en la base de la estructuración del Estado. Dicho de otra manera, no importaba tanto que la reforma de 1850 haya sido consecuencia de impulsos políticos conservadores posteriores al “bienio liberal” que lo precedió, como que el pensamiento de la época sobre la división de poderes estaba apoyada todavía en los conceptos teóricos que fueron patrimonio de la ciencia jurídica de principios del siglo XIX.

La expresión más precisa de estas ideas es, probablemente, la que se encuentra en la Constitución de Cádiz de 1812, que distinguió entre la aplicación de las leyes y la interpretación de las mismas, asignando la primera tarea a los tribunales (art. 242) y la segunda a las Cortes (art. 131, 1º). De esta manera la “aplicación” y la “interpretación” de la ley se convirtieron en el presupuesto objetivo de la división de poderes. En este marco se explica que el Supremo tribunal tuviera que “oir las dudas de los demás tribunales sobre la inteligencia de alguna ley y consultar sobre ellas al Rey con los fundamentos que hubiere para que promueva la conveniente declaración en las Cortes” (art. 261, 10º).

Las constituciones de 1837 (art. 63), de 1845 (art. 66), de 1869 (art. 91) y de 1876 (art. 76) no volvieron a mencionar expresamente la distinción entre aplicación e interpretación de las leyes, pero, en todo caso, sólo reconocieron a los tribunales la facultad de *aplicar* las leyes. Ello es un síntoma claro de que en todas las leyes el constituyente no dejó de lado la contraposición entre aplicación e interpretación y de que, cuando se introdujo el segundo párrafo del art. 2º del CP., se pensaba que los tribunales sólo podrían aplicar la ley, aunque no interpretarla. Si se tiene en cuenta el trasfondo de ideas políticas que orientan la Constitución de 1845, se comprende fácilmente que el constituyente no trató de incrementar los poderes de los tribunales, sino de reducir los de las Cortes en favor del Rey y, por lo tanto, mal podría entenderse que el horizonte constitucional de 1850 permitía suponer una ampliación de las funciones del poder judicial respecto de la Constitución de Cádiz. Aunque la Constitución de 1845 haya atemperado la idea tradicional de una monarquía que concentraba el poder sin división del mismo,² sólo manifestó su propósito en la definición de las relaciones entre el Rey y las Cortes. El Poder Judicial, como tal, no parece haber entrado en consideración.

En consecuencia, el segundo párrafo del art. 2º del CP., se debe entender, en primer lugar, a partir de su contexto histórico-constitucional, como la expresión de la ideología jurídica dominante respecto de la función del juez en el siglo XVIII y principios de siglo XIX. Si esta concepción de los poderes del

2. Confr. Jorge de Esteban (ed.) *Las Constituciones de España*, 2a.ed. 1980, pág. 12.

Estado se ejemplifica a través de sus máximos teóricos, Montesquieu, se comprueba que, en realidad, el poder judicial no era un poder del Estado en sentido auténtico. Ciertamente, decía Montesquieu que “todavía no habrá libertad si el poder de juzgar no está separado del legislativo y del ejecutivo” y que “si se encuentra junto con el legislativo el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos será arbitrario: el juez sería el legislador. Si está junto al poder ejecutivo -agregaba- el juez podría tener la fuerza de un opresor”.³ Pero, también afirmaba pocas líneas más tarde que “el poder de juzgar, tan terrible entre los hombres, no estando ligado ni a un cierto estado (se refiere a la nobleza, a los ciudadanos, etc) ni a una determinada profesión, se convierte, por así decirlo, en invisible y nulo.”⁴

Esta no es sino la consecuencia de que “los tribunales no deben estar constituidos en forma permanente” y de que “sus sentencias jamás deben ser otras cosa que un texto preciso de la ley; si fueran una opinión particular del juez, viviríamos en sociedad sin saber precisamente cuáles son las obligaciones contraídas”.⁵

Este punto de vista tuvo una singular trascendencia en el ámbito del derecho penal europeo de aquel tiempo. “Ni siquiera en los jueces penales puede residir la autoridad de interpretar las leyes penales, por la misma razón que éstos no son legisladores”, decía Beccaria.⁶ Y completaba su idea con palabras tajantes: “Nada es más peligroso que el axioma común que indica que es necesario consultar el espíritu de la ley” (...) “El espíritu de la ley sería el resultado de una buena o mala lógica de un juez, de una digestión fácil o malsana; dependería de la violencia de sus pasiones, de la debilidad del que sufre, de las relaciones del juez con el ofendido, y de todas aquellas pequeñas fuerzas que transforman las apariencias de todo objeto en el ánimo fluctuante del hombre.”⁷ A su vez Feuerbach reiteró estos conceptos en 1804 al sostener que “el juez está vinculado a la palabra estricta y desnuda de la ley” (...) “su tarea no debe ser otra que la de comparar el caso dado con sus palabras y, condenar sin consideración del sentido y espíritu de la ley, cuando el sonido de las palabras condena, y absolver, cuando ésta absuelve”.⁸ Consecuencia de este punto de vista era la *prohibición de la interpretación* que Feuerbach sostuvo.

Antes de la Constitución de Cádiz en España esta visión del problema no había tenido una acogida exenta de discusión.⁹ En lo sustancial, sin embargo, la prohibición de la interpretación fue admitida con todas sus consecuencias. Prueba de ello es que el antecedente más claro de la concepción de la Constitución de Cádiz de 1812, la obra de Lardizabal, en este punto sólo se distanció aparentemente

3. Montesquieu, *De l' esprit des lois*, 1748, ed. de la Librarie Garnier Frères, I, pág. 152.

4. *Ibidem*. pág.153.

5. *Ibidem*. pág.154.

6. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, 1764, cap. IV, cit. según la edición de Gian Domenico Pisapia, 1973, pág.17.

7. *Ibidem* pág.18.

8. Kritik des Kleinschrodischen Entwurf zu einem peinlichen Gesetzbuche für die Chur Pfalz Bayerischen Staaten, 1804, Cap.II20. Similar era el punto de vista de Filangeri, *La scienza della legislazione*. Opuscoli scelti, VI 1822, pág. 314 “conocimiento del hecho, aplicación literal de la ley: he allí a que se reducen los poderes del juez”.

9. Confr. Lardizabal, *Discurso sobre las penas*, 1872, Cap. II, Nos.38/45, especialmente, nº39.

de Beccaría. Lardizabal afirmaba: “no creo, pues, que sea tan peligroso, como pretende el Marqués de Beccaria el axioma común, que propone por necesario consultar el espíritu de la ley”,¹⁰ pero, agregaba que: “cuando la ley es oscura, cuando atendida las palabras, se duda prudentemente (...), “entonces no debe ni puede el juez valerse de su prudencia para determinar, aunque parezca justo; sino ocurrir al Príncipe, para que declare su intención, como se previene en nuestras leyes”.¹¹ Por lo tanto: “si la ley es clara y terminante, si sus palabras manifiestan que el ánimo del legislador fue incluir o excluir el caso particular, entonces, aunque sea o parezca dura y contra equidad, debe seguirse literalmente”.¹² En tal caso, concluye la argumentación, el juez “usurparía los derechos de la soberanía”.¹³

El contexto histórico, constitucional y teórico jurídico que rodea el art. 2.2 C.P., traduce pues una posición judicial de facultades limitadas como consecuencia de una concepción de la división de poderes basada en la distinción entre interpretación y aplicación de la ley, en la que la interpretación del derecho se identifica evidentemente con su creación.

III

El carácter limitado de esta “*exclavitud del juez*”¹⁴ respecto del texto legal y sus palabras se traduce prácticamente en el sistema del art. 2.2 C.P. en una verdadera supervisión de la justicia penal por el Ejecutivo a través del indulto. Es decir, el Poder Judicial aplica la ley, pero el Ejecutivo “juzga” sobre la equidad y la utilidad de la aplicación concreta de la ley. Dicho de otra manera: el indulto aparece como una especie de “recurso” de equidad, que puede promover inclusive el Tribunal de la causa, ante el Ejecutivo. En efecto, excluida de las facultades judiciales la posibilidad de introducir en la aplicación de la ley consideraciones de justicia y proporcionalidad de la pena, esta materia queda en manos del Ejecutivo, ni siquiera del Parlamento. El art. 11 de la Ley del 18 de Junio de 1870 muestra con toda claridad que el Ejecutivo puede ejercer el derecho de gracia cuando existan razones de *justicia, equidad o utilidad pública*, a juicio del Tribunal sentenciador.¹⁵

Un sistema de relaciones entre el Poder Judicial y el Ejecutivo de estas características es dudosamente compatible con la idea central de la división de poderes en un Estado democrático. En el Estado moderno el indulto, por otra parte, no es una institución que goce de especial prestigio. Ya inicialmente se ha cuestionado qué poder del Estado debe ser competente para ejercer el derecho de gracia. En este sentido afirmaba Beccaria que “la clemencia es la virtud del legislador y no del ejecutor de las leyes, debe resplandecer en el Código, no en los juicios particulares”,¹⁶ con lo que implícitamente se afirmaba

10. Ibidem n°39.

11. Ibidem n°40.

12. Ibidem n°42.

13. Ibidem n°42.

14. Arthur Kaufmann, *Beitraege zur juristischen Hermeneutik*, 1984, pag.134

15. Sin embargo, las Constituciones desde 1812 no han sometido el derecho de gracia a ninguna condición.

16. Loc.cit.pag.74.

que la cuestión de la justicia y de la utilidad pública de las penas era una cuestión exclusiva del Parlamento. Pero, sin perjuicio de ello, en la época del Iluminismo, el derecho de gracia era visto como una contrapartida de las leyes penales bárbaras, que carecían de justificación en el Estado moderno y que tenían efectos disfuncionales para la prevención general.¹⁷

En resumen, el art. 2.2 C.P. es la expresión de un sistema limitado que vincula al juez a las palabras del texto de la ley, impidiéndole tomar en consideración la justicia o la proporcionalidad de la pena que resulte de su aplicación. Estas cuestiones quedan reservadas al Gobierno que mediante el derecho de gracia puede promover ante el Rey un indulto total o parcial de la pena.

Esta concepción es ajena al sistema constitucional vigente por varias razones. En primer lugar, porque la Constitución ha definido en su art. 1º el *orden jurídico* como algo más que un mero *orden legal*. El orden jurídico español no solo se compone de leyes, sino también de *valores superiores* (la justicia, la igualdad y el pluralismo político, del art. 1º, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, del art.10.1 CE). En la medida en la que a los jueces corresponde “la potestad jurisdiccional” juzgando y haciendo cumplir lo juzgado (art.117.3CE) y en la que los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento (no solo de la ley), (art. 9,1 CE), es evidente que su misión consiste en realizar en sus juicios no solo el sentido literal de las leyes, sino un sentido capaz de materializar las finalidades y los valores del orden jurídico. Carecería de todo apoyo en la Constitución una distribución de las competencias de tal naturaleza que los jueces solo pudieran aplicar el orden legal, mientras que los valores superiores estuvieran fuera de los objetivos que la Constitución atribuye al Poder Judicial. Básicamente, no se correspondería con la visión actual de esta cuestión: “La justicia de la decisión del caso -dice Larenz-¹⁸ es ciertamente un fin deseable de la actividad judicial”.

El Tribunal Constitucional ha establecido claramente que el ordenamiento jurídico no solo se compone de leyes en la STC 89/83, en la que dijo, a propósito de la figura del delito continuado, entonces no contenida en la ley, que “ni la garantía criminal ni la penal pueden ser entendidas, sin embargo, de forma tan mecánica que anulen la libertad del Juez para resolver, mientras no cree nuevas figuras delictivas ni aplique penas no previstas en el ordenamiento, graduadas de acuerdo con reglas que también detrae de la ley”. El TC aclaró asimismo que, “la facultad de interpretar y aplicar la ley (...) corresponde a los tribunales de ese orden (art.117.3 CE)”. De esta manera queda claro que la distinción entre aplicación e interpretación de la ley que caracterizó a las Constituciones de 1812, 1837, 1845, 1869 y 1876 ha sido entendida como ajena a la Constitución vigente.

Conceptos similares expresó el Tribunal Constitucional en la STC 75/84, sosteniendo expresamente que el objeto de su control constitucional en el caso era “la interpretación y aplicación que el juez ordinario ha hecho de la ley

17. Confr. Beccaria, loc.cit. Cap.XX; Feuerbach, loc.citII, págs. 242 y ste.; Montesquieu, loc.cit. pág. 91.

18. Methodenlehre der Rechtswissenschaft, (Studienausgabe), 1983, pág. 223

penal”.¹⁹ En particular, el TC consideró en esta sentencia la corrección de la interpretación teleológica realizada por los jueces a quibus.

Ambas sentencias son importantes en lo que concierne a las cuestiones aquí tratadas, toda vez que el Tribunal Constitucional ha reconocido en ellas que los jueces no solo deben interpretar y aplicar un texto legal, sino que además -aunque no lo dice expresamente- deben aplicar el derecho. Ello surge de estas sentencias sin lugar a dudas, pues en la STC 89/83 el TC admitió que una figura, proveniente de una construcción que sólo se podía justificar a partir de principios muy generales de derecho penal, era compatible con la aplicación de una ley que guardaba silencio sobre ella. A la inversa, en la STC 75/84 el TC consideró vulnerado el principio de legalidad a pesar de que en la sentencia anulada se habían aplicado literalmente los arts.339 LOPJ (entonces vigente) y el art. 6.4 del C.Civ. En suma: una aplicación de principios no explícitos en la ley es compatible con el principio de legalidad, mientras no lo es una aplicación literal de la ley que contradice los principios generales (implícitos) en la misma.

La doctrina de estas sentencias ha sido recogida más tarde en el art. 5 LOPJ que impone a los jueces y tribunales “interpretar y aplicar” las leyes y los reglamentos según los *preceptos y principios* constitucionales.

La consecuencia lógica de todo lo anterior sería la derogación del art.2.2 CP., pues en verdad, contradice el sistema constitucional de división de poderes y reduce el orden jurídico penal a los textos legales en contra de lo que establece el art.1 de la Constitución. El juez no está vinculado solo a la ley y a la Constitución, sino también a los valores fundamentales que forman parte del orden jurídico y que la Constitución solo enuncia.

IV

En este marco institucional ¿qué puede significar todavía el art. 2.2 del CP?. Y en particular: ¿Cuándo es legítimo que un Tribunal se dirija al gobierno en los términos del art. 2.2 del CP?

1. Lo primero que necesitamos aclarar es que el art. 2.2 del CP. no puede ser entendido como una norma que impida aplicar *eximentes de responsabilidad no previstas expresamente en la ley*. Se trata de una cuestión ya debatida antes de la entrada en vigor de la Constitución vigente²⁰ y que se desarrolló en el marco de la problemática de la analogía *in bonam partem*. Las opiniones se dividieron en favor y en contra de tal posibilidad. Aunque la discusión se llevó a cabo sólo sobre las posibles interpretaciones gramaticales del segundo párrafo del art. 2 del CP y del argumento a *contrario sensu*. En dicho nivel, sin embargo, la cuestión no tiene una respuesta única totalmente satisfactoria. Por ello la pregunta debe ser respondida a partir del significado dogmático del derecho

19. Sobre las SSTC 89/83 y 75/84, en lo que concierne a los casos allí resueltos, ver, críticamente: Bacigalupo en *Revista del Foro Canario*, 87/1993, págs. 11 y stes. (20 y stes.)

20. Confr. Antón Oneca, *Der. Penal 2º ed.* (editado por Hernandez de Guijarro y Bneytes merino),1986, pág. 123, Córdoba Roda, *Comentarios al Código Penal*. I, 1972, págs. 58 y stes.; Cerezo Mir, *Curso de Derecho Penal Español*, pg I,1984, pág. 206, con una completa información bibliográfica.

fundamental a la legalidad penal (art.25.1 CE). Desde esta perspectiva es indudable que los derechos fundamentales son derechos de los ciudadanos y en ningún caso, derechos de la sociedad o del Estado contra los ciudadanos, sea que se los conciba como *derechos previos* al Estado o como *derechos garantizados* por éste. En todo caso los derechos fundamentales son siempre un límite para el ejercicio del poder estatal, cuyo ejercicio el ciudadano *no debe justificar*; es el Estado, por el contrario, quien debe justificar su limitación.²¹ La analogía in bonam partem así como la creación de causas supralegales de exclusión de la punibilidad, basadas en principios generales del orden jurídico, por consiguiente, *no vulneran nunca el principio de legalidad*.

2. Resuelto este primer problema se presenta una segunda cuestión. ¿Qué significa “rigurosa aplicación de las disposiciones de la ley”?

Si el Juez está vinculado al orden jurídico, y no solo al orden legal, la aplicación de la ley no puede desentender de la significación que la misma tenga respecto de los valores fundamentales del orden jurídico, particularmente de la Justicia. Sin embargo, esta información requiere ser precisada. El Juez no puede hacer justicia con total independencia de ley ni tampoco solo según su particular percepción de la misma. Por ejemplo: un juez que entienda que la reincidencia (art. 10.15 del CP), tal como está configurada en el texto de la ley, no es compatible con su percepción de la justicia, está, de todos modos, obligado a la aplicación de la agravante, aunque no deberá interpretar la agravante de reincidencia establecida en la ley sin tener en cuenta la mayor o menor justicia de los resultados de su interpretación. Por lo tanto, se trata de saber como pueden coexistir la obligación de aplicar la ley y la de tener en cuenta los valores fundamentales del orden jurídico.

La clave para la respuesta la proporciona la teoría de la interpretación de la ley. Hay un punto en el que en la actualidad existe una coincidencia generalizada: toda aplicación de la ley requiere un entendimiento de la misma y un entendimiento único del texto legal está prácticamente excluido en la mayoría de los casos decisivos. Autores de muy diversa orientación, como Kelsen y Larenz, permiten documentar esta información. El primero sostenía categóricamente que “la cuestión de cuál es la posibilidad correcta dentro del marco del derecho aplicable, no es en absoluto una cuestión del conocimiento del derecho positivo” (...) “Si se debe caracterizar no solo la interpretación de la ley por los tribunales o los órganos de la administración, sino, en general, la interpretación del derecho por los órganos de aplicación, es preciso señalar que en la aplicación del derecho por un órgano jurídico se entrelazan la interpretación, como conocimiento del derecho aplicable, con un acto de voluntad, en el que el órgano de aplicación del derecho debe elegir entre las distintas posibilidades puestas de manifiesto por la interpretación cognitiva”.²² Larenz, por su parte, pone de manifiesto ideas similares: “El que exige de los métodos de la jurisprudencia que conduzcan a resultados absolutamente seguros en todos los casos, similares en la prueba y el cálculo a los matemáticos, confunde la esencia del derecho y, al mismo tiempo, los límites que surgen

21. Confr. Pieroth/ Schlink, *Grundrechte-Staatsrecht II*, 3º ed.1987, pág. 14 y stes.

22. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2º ed, 1960 (reimpresión de 1983), pág. 350/351 sin subrayados en el original

para toda la ciencia jurídica de la naturaleza de su objeto: certeza matemática no existe en las cuestiones jurídicas”,²³ lo que quiere decir que, por regla, no hay un entendimiento único del texto legal.

De aquí surge sin fricción alguna que la ambigüedad del lenguaje legal genera la posibilidad de diversos entendimientos y que éstos, a su vez, son consecuencia de la diversidad de métodos con los que es posible interpretar una ley. Consecuentemente: la “aplicación rigurosa de la ley” en el sentido del art.2.2 del CP. es ante todo un *problema de interpretación*, pues este artículo, como todos, admite diversos entendimientos: si el art. 2. del CP es una ley, su sentido dependerá de su interpretación literal, mientras también otros métodos interpretativos tengan legitimidad metodológica. *La aplicación rigurosa de la ley, por lo tanto, no puede ser hoy más que la interpretación de la ley basada en un método interpretativo reconocido*. Ello es consustancial en un sistema en que “la elección de las alternativas interpretativas es una parte de la teoría práctica del derecho”.²⁴ En suma: interpretar el art. 2.2 del CP. con método gramatical, eliminando su significación en el sistema jurídico vigente, no es más que una posibilidad. Toda ley, por lo tanto, entendida y aplicada según un método interpretativo reconocido habra sido aplicada rigurosamente. *El art. 2.2. CP, no puede escapar de la interpretación de su propio texto*.

Se podría pensar que al exigir que el método interpretativo sea *reconocido*, se impiden que surjan nuevos modos de interpretar las leyes. Aquí no es posible desarrollar esta cuestión, pero es factible aclarar que no es éste el sentido que se quiere acordar a la tesis sostenida. Que el método sea reconocido no quiere decir que sea dominante, sino que tenga la posibilidad de ser objeto de consenso científico y que no sea una creación “ad hoc” para el caso que el juez tiene que resolver.

V

Admitido que el segundo párrafo del CP no es una norma excluida de la interpretación, sino *necesitada de interpretación*, como todas, y que los jueces están sujetos a la Constitución y al *resto del orden jurídico* (art. 9.1º C.E.), se plantea una nueva cuestión. ¿Qué significa que el Juez está vinculado no sólo a las leyes sino a los valores superiores del orden jurídico? Partiendo del modelo de un Juez cuya función le impide (aparentemente) valorar, esta tarea parece directamente incumplible. Una concepción formalista de la función de juzgar, moldeada sobre todo por la influencia del positivismo jurídico menos evolucionado, no permite admitir que la aplicación de las leyes implique alguna clase de valoración, pues se pretende que esta tarea se agote en una mera subsunción formal. Sin embargo, este modelo de aplicación de la ley no responde a las concepciones actuales de la metodología del derecho y oculta una buena parte de la realidad.

La necesidad de valoración por parte del juez en el momento de la aplicación de la ley ha sido reconocida ante todo como una *operación impuesta por las leyes mismas*. ¿Cómo podría el Juez determinar, sin valorar, la capacidad de

23. Ueber die unentbehrlichkeit der jurisprudentz als Wissenschaft, 1966, pág. 15.

24. Aarnio, *Denkweisen der Rechtswissenschaft*, 1979, pág. 96.

culpabilidad, o la evitabilidad del error, o la acusada brutalidad de las lesiones o la cantidad de notoria importancia en el art. 344 del CP etc.? En todos estos casos, como en muchos otros, la dificultad consiste en que ninguno de estos elementos *legales* se dan “en el mismo modo directo que los objetos de una percepción sensorial”.²⁵ En estos casos es legítimo preguntarse “¿Cómo puede el juez fundamentar su juicio de valor?”²⁶ La respuesta no ofrece dudas: “Aquí solo será de significación, que el Juez no depende solo de su propia visión valorativa, sino que aplique los criterios valorativos elaborados y considerados por la comunidad, cuyo derecho el Juez aplica como órgano”.²⁷

Pero, el desarrollo moderno de la hermenéutica va más lejos todavía, pues ha permitido comprobar que los canones interpretativos tradicionales no pueden garantizar una completa exclusión de *preconceptos* que, en principio, también se deberían excluir de la aplicación de la ley según el punto de vista recién expuesto por Larenz. La ciencia moderna del derecho, por el contrario, no ha podido permanecer al margen de un desarrollo filosófico basado en la “metáfora del texto”,²⁸ precisamente porque la ciencia jurídica es, en su punto de partida, una ciencia estrechamente vinculada a la comprensión de textos.

En la medida que la comprensión del texto legal por el interprete se da no sólo como un comportamiento del sujeto que interpreta, sino que tiene lugar en todo el contexto existencial del mismo, es inseparable de su experiencia del mundo y puede ponerse en duda que algún método pueda modificar esta situación.²⁹

Los métodos clásicos de interpretación, por lo tanto, han sufrido en los últimos tiempos una importante transformación. Josef Esser pone la nueva problemática de manifiesto cuando afirma que “los esfuerzos por limitar el entendimiento del derecho (*Rechtsgeewinnung*), también en el derecho constitucional, a la interpretación lógica histórica o sistemática de la ley y de disciplinarlo mediante éstos métodos, se enfrentan con las cuestiones justificadas de, por un lado, si ésto no es otra cosa que un desplazamiento hacia lo inconsciente o lo irreflexivo de las consideraciones excluidas, y, por otro lado, de si no es preferible la contrapuesta racional de disciplinar las consideraciones valorativas en sí mismas”.³⁰ Esser admite que el reconocimiento de esta situación suele provocar reservas, pues se piensa que de esta manera se abre a cada intérprete la posibilidad de presentar sus propias concepciones como una racionalización de determinadas ideas político-jurídicas. “Sin embargo -replica-, la transparencia y, con ella, la criticabilidad de tales actos valorativos es mayor cuando se los expone honestamente que cuando reemplaza su exposición por su ocultamiento o por giros dogmáticos de carácter

25. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 1960, pág. 217 y loc. cit. nota 18, pág.166 y stes.

26. *Ibidem* pág. 218. Confr. también en sentido similar: Vallet de Goytisolo, *Metodología jurídica*, 1988, pág. 398 y stes.

27. *Ibidem*

28. Hans Albert, *Kritik der reinen Hermeneutik*, 1994, pág. 36: “se trata de un paso hacia la filosofía, cuyo objeto no es ya el texto, sino en la que la metáfora del texto se extiende a todo el mundo”.

29. Confr. Gadamer, *Wahrheit und Methode*, 4ª ed, 1975, pág. 250 y stes.

30. Josef Esser, *Vorverstaendnis un methodenwahl in der rechtsfindung*, 1972, pág. 36, confr. también Larenz, loc. cit. nota 18, pág. 302 y stes.

formal”.³¹ Y concluye: “el *monitum* de la actitud conservadora-normativa, según el cuál el juez, que introduce sus propias valoraciones, necesariamente traiciona su función de aplicador del derecho, se apoya en la idea carente de realidad de que las normas pueden ser aplicadas sin una valoración adicional”.³²

Estas conclusiones son aceptadas incluso por un crítico de la filosofía hermenéutica *pura* como Hans Albert,³³ que concibe la ciencia del derecho, antes que como una ciencia normativa, como una disciplina “tecnológico-social”.³⁴ Sin embargo, esta tecnología social no elimina el elemento hermenéutico³⁵ ni tampoco “excluye los puntos de vista financieristas o valorativos que pueden ser introducidos en la discusión de problemas jurídicos (...), pero estos puntos de vista -por ejemplo las “exigencias de justicia” mencionadas por Neumann- tienen que ser explicitados y transpuestos en elementos operativos (*Leistungsmerkmale*) para el sistema tecnológico correspondiente”.³⁶ De esta manera se explica, según Albert que la interpretación sea *productiva*, en el sentido de poner en juego nuevas normas, “sin exponerse al reproche de superar los límites impuestos, dado que sus afirmaciones en este sentido tienen carácter cognitivo e hipotético y están al mismo tiempo sometidas a las habituales comprobaciones críticas de la idea regulativa de verdad”.³⁷

Todo esto demuestra que un concepto realista de la “*aplicación rigurosa de la ley*” nunca podrá excluir las consideraciones previas del Juez referentes a la justicia, el orden, el deber, el sentido de la ley, etc, pues inclusive el juez que quiera limitarse a un entendimiento literal de los textos legales hace ya una opción interpretativa que tiene implicaciones respecto de la justicia, del deber, etc. y *que no tiene su apoyo en la ley misma*. “Sin un preconceito sobre la necesidad del orden y la posibilidad de la solución, el lenguaje de la norma no puede expresar lo que se le pregunta, es decir, la solución correcta”.³⁸

Más aún, la propia interpretación gramatical literal tiene una técnica expresada en diversos cánones interpretativos que, indudablemente, operan también como preconceitos de la interpretación y que demuestran que no existe ningún método interpretativo que permita escapar a los preconceitos que orientan y definen la interpretación de un texto legal.³⁹

Por lo tanto: el concepto de “*aplicación rigurosa de la ley*” *no solo no excluye la interpretación de la ley, sino que requiere una consideración referente a los valores fundamentales del orden jurídico, sin la que la interpretación no sería posible*.⁴⁰

31. Ibidem, pág. 36.

32. Ibidem, pág. 36

33. Loc. cit. nota 27

34. Ibidem, págs. 185 y stes.

35. Ibidem, pág. 191

36. Ibidem, pág. 191.

37. Ibidem, pág. 189

38. Esser, loc. cit nota 29, pág. 137

39. Confr. Schleiermacher, *Hermeneutik un kritik*, 1838, ed. de M. Frank, 1977, pág. 101 y stes. donde se exponen los diferentes cánones clásicos de la interpretación gramatical.

40. Confr. en la doctrina española: Vallet de Goytisolo, nota 25, Bacigalupo, “I dogmi della dogmatica penale”, en *Dei Delitti e delli Pene*, N°2/1983, pág. 13 y stes; recientemente: Atienza, en *Revista Española de Derecho Administrativo* N° 85/1995, págs. 5 y stes.

Esta conclusión demuestra que si la cuestión de si el juez en el caso se debe limitar a una interpretación que deje en manos del Ejecutivo una especie de corrección de equidad de su sentencia o si, por el contrario, debe extremar las posibilidades interpretativas para lograr una solución justa del caso concreto, depende básicamente de un determinado preconcepto sobre la división de poderes y, por lo tanto, de los límites de las facultades del Poder Judicial en un marco constitucional específico, lo que, a su vez, constituye un problema hermenéutico, que también se apoyará en otros preconceptos necesarios para la interpretación de la Constitución.

VI

Todo lo dicho tiene consecuencias prácticas relevantes para la función del Juez penal.

1. Al art. 2.2. del CP le queda, a la luz de nuestras conclusiones, un margen mínimo de aplicación, pues el juez solo debe hacer uso de estas facultades cuando *ningún* método interpretativo de la ley le permita llegar a una solución compatible con los valores superiores del ordenamiento jurídico.⁴¹ En este sentido, el Tribunal o el Juez se podrán dirigir al Poder Ejecutivo (en realidad actualmente se podrían dirigir al legislativo) promoviendo la *desincriminación de una conducta*. En estos casos se tratará siempre de una discrepancia frente a la idea básica de la política criminal legal, dado que cuando el Tribunal no discrepe respecto de la protección penal del bien jurídico, prácticamente siempre dispondrá de los poderes interpretativos para *reducir teleológicamente* el alcance de la ley a los casos en los que se evidencie el contenido criminal que justifique la aplicación de la ley penal. Ejemplo de esta situación sería el caso de un Tribunal que pensara que el tráfico de ciertas drogas no debería ser punible. En tal supuesto cabría promover una reforma a la ley. Por el contrario, si el tribunal está de acuerdo con la punibilidad del hecho, pero cree que en el caso en concreto éste no tiene el contenido de ilicitud necesario para justificar la aplicación de una pena, debe elaborar los criterios interpretativos que permitan excluir la tipicidad, generalizándolos a todos los casos similares o análogos. En esta interpretación del contenido de ilicitud requerido por la ley, el tribunal debe tener en cuenta la gravedad de la pena amenazada: una pena muy grave requiere en todo caso un ilícito muy grave, pues la ley está sujeta internamente al principio de proporcionalidad, que es la consecuencia mínima surgida del valor superior de la justicia.

2. En segundo lugar, el texto del art. 2.2 del CP., el Tribunal se debe dirigir al Ejecutivo *cuando la pena fuere notablemente excesiva* atendiendo al grado de malicia y al daño causado por el delito. En este supuesto cabe pensar en casos en los que el autor hubiera obrado de una manera poco reprochable y la pena aplicable debería superar la proporcionalidad debida respecto de la

41. Confr. STS de 21-4-92 (rec. N°1514/88). Sin embargo, en los precedentes actuales del TS continúa el predominio del antiguo entendimiento del art. 2.2 del CP, sobre todo en relación a la cuestión de la aplicación de la agravante de la reincidencia (art.10, 15° CP) y a los efectos de la vulneración del derecho a un juicio sin dilaciones indebidas.

culpabilidad del hecho. En tales supuestos, sin embargo, el tribunal no debe renunciar a sus facultades para determinar la pena adecuada a la culpabilidad, pues ello es un presupuesto necesario de la vinculación del juez al orden jurídico y a su valor superior de justicia. Dicho con otras palabras: un tribunal sólo juzgará en el sentido del art. 117 CE. si se aplica una pena justa (o sea, adecuada a la culpabilidad por el hecho), por el contrario no lo hará cuando se limite y desplace la cuestión de la justicia a una decisión discrecional del Ejecutivo, como si no existiere el art. 9.1 CE que lo vincula al orden jurídico y a sus valores superiores. Si el tribunal entiende que el sistema del art. 61 del CP le impide, agotadas todas las posibilidades interpretativas, aplicar una pena justa, en el sentido antes expuesto, debe *plantear la cuestión de inconstitucionalidad* de este artículo y de todos cuantos se lo impidieran, pero en ningún caso remitir la cuestión a la discrecionalidad del Ejecutivo.⁴²

Consecuentemente, el supuesto de *pena notablemente excesiva* por inadecuación a la reprochabilidad (malicia y daño causado) ha quedado, en realidad, derogado tácitamente por la Constitución y su sistema de la división de poderes. Fuera de estos casos solo cabría pensar en supuestos en los que el legislador en abstracto no hubiera respetado la proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la pena amenazada. Por ejemplo: una ley que estableciera una pena idéntica para la realización dolosa de un tipo de lesión y para la imprudente que solo produjera un peligro abstracto para el bien protegido. Pero, también, en este caso, antes de aplicar la ley el tribunal deberá plantear la cuestión de inconstitucionalidad (arts. 35 y stes. LOTC), pues también el legislador está vinculado a los valores superiores del orden jurídico (art.9.1 CE).⁴³

El resultado de la investigación se puede resumir de la siguiente manera: los conflictos entre la ley penal y los valores superiores del orden jurídico constituyen una cuestión de constitucionalidad de la ley y no un problema que el Ejecutivo pueda resolver discrecionalmente mediante el uso del derecho de gracia. En tal contexto el art. 2.2. del CP es indudablemente una pieza extraña al sistema consuetudinario vigente y su pervivencia en el Código Penal puede tener por efecto, una inexplicable limitación de las funciones judiciales en favor de poderes del Ejecutivo en materias que no le son propias. A los jueces corresponde interpretar el art. 2.2 del CP. de tal manera que, si pervive en el derecho vigente, su contenido se adapte al sistema constitucional. Para ello existe la técnica de la *interpretación "conforme a la Constitución"*, que impone el art. 5.1 LOPJ.

42. Ver STC 65/86, en la que se establece que "las cuestiones relacionadas con la medida de la pena y la culpabilidad solo se podrían plantear (...) cuando la gravedad de la pena atribuida al condenado fuese superior a la legalmente imponible en relación a la gravedad de la culpabilidad". En el mismo sentido: STC 150/91

43. Ver STC 65/86 referente a la diversidad de las penas conminadas a los delitos de los arts. 394 y 535 del CP después de la reforma de 1983 (L.O.3/83)

El precedente judicial en la Corte Suprema *

Alberto F. Garay **

I. INTRODUCCIÓN

Los abogados y los jueces tenemos mucho en común (mal que nos pese). Por lo pronto, ambos fuimos educados en facultades de Derecho y se nos ha otorgado el mismo título. En nuestra labor cotidiana, solemos consultar iguales fuentes normativas, v.gr., leyes, decretos, reglamentos, autores y sentencias judiciales. Respecto de estas últimas, tanto jueces como abogados nos servimos permanentemente de decisiones judiciales. Es habitual encontrar sentencias que citan otras sentencias y escritos forenses que mencionan fallos. Esta práctica arranca desde los inicios de la Organización Nacional. La Corte Suprema, a poco de instalada, comenzó a citar resoluciones propias (y norteamericanas) anteriores.¹ Es el día de hoy que continúa con dicha costumbre.²

A pesar de su antigüedad, esta práctica no se nos enseñó de modo sistemático en la facultad, ni en claustro alguno.³ Creo que no es exagerado afirmar que la ejecutamos a veces intuitivamente, como si fuera algo que nos ha venido dado, observación esta última que no debiera ser minimizada. De hecho, en otros órdenes de nuestra vida familiar, en nuestras relaciones de trabajo o entre las pautas éticas a las que intentamos ajustarnos, es frecuente que sujetemos nuestra conducta presente y futura, a comportamientos anteriores, propios o ajenos. En efecto, en muchas circunstancias, comportarnos hoy, ante un hecho determinado, del mismo modo en que hemos actuado con anterioridad ante una situación similar, es algo sumamente frecuente.

* Agradezco por sus comentarios a los borradores de este artículo a Hernán Gullco, Carlos Vallefin, Susana Calleja, Eduardo Baistrocchi y Santiago Corcuera.

** Abogado 1981, Universidad de Buenos Aires; Master en Derecho 1990, Universidad de Columbia. Profesor de Postgrado, Universidad de Buenos Aires

1. El primer caso en el que la Corte Suprema cita una sentencia suya anterior es el registrado en Fallos: 1: 148, 153, 156 (1864), causa XXIV, "Tomás Tomkinson y compañía y el Fiscal, sobre diferencia de aforo entre 'mantas mezcla' e 'imitación Pampas' ". En dicha oportunidad el juez de sección, Alejandro Heredia, ya se había remitido a lo resuelto por el Alto Tribunal, expresando: "Que además de las consideraciones espuestas, el presente caso se halla decidido por la Suprema Corte de Justicia, pues es enteramente idéntico al de la casa de Thompson y compañía, en el cual se confirmó la resolución de la Junta de Comisos, que condenaba al pago de la diferencia". En su apelación, Tomkinson cuestionó esa identidad de casos aludida por el juez federal y la Corte reiteró que: "*no se deduce que el presente caso sea de distinta naturaleza que el caso de Thompson y Compañía, y deba resolverse por otros principios...*"

2. Esta práctica de citar sentencias anteriores también es seguida por numerosos tribunales de los diversos fueros. En la Capital Federal todos los tribunales de todos los fueros citan sentencias anteriores. Sin embargo, el análisis que sigue estará centrado en la labor de la Corte Suprema. Creo que algunas cosas que describiré o defenderé también son aplicables a los demás estamentos judiciales. Pero este ensayo no aspira a cubrir el fenómeno de las citas de fallos en todo el Poder Judicial.

3. Aquí debo recordar, a modo de excepción, la serie de conferencias que dio Carlos Cossio, por los años cincuenta, y que fueron reunidas en su obra *El Derecho en el Derecho Judicial*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1959.

Como abogados, muchas veces ejercitamos esta práctica por simple conveniencia, cuando la cita de tal o cual precedente es favorable a los intereses que defendemos o, en el caso de los jueces, a la sentencia que se quiere dictar. En otras oportunidades, sensatamente o por desesperación, nos vemos obligados a distinguir nuestro caso de los precedentes que cita la contraria, cuando el único recurso de que disponemos a favor de la pretensión de nuestro cliente, es distinguir aquellos antecedentes para, de este modo, excluir a nuestra parte de la sanción que éstos contienen. Este motivo bien puede también mover a algunos jueces, a fin de correr los obstáculos que se oponen a la solución a la que ellos desean arribar o a la que corresponde arribar, conforme el derecho vigente.

Lo cierto es que hoy los abogados y los jueces nos servimos constantemente de la jurisprudencia de los tribunales.

Este fenómeno se da con particular relevancia en los tribunales federales. Como recordara Carrió a los jóvenes abogados: “La jurisprudencia de la Corte, excluida la Constitución, es la fuente principal en que el Alto Tribunal funda sus decisiones. La salvedad relativa a la Constitución no tiene en verdad demasiado peso. En los casi ciento treinta años transcurridos desde la sanción de la Ley Fundamental, prácticamente todas las cláusulas de ella con virtualidad para suscitar litigios relativos a su alcance o sentido han quedado recubiertas, por decirlo así, de sucesivas capas de interpretaciones de la Corte, la que ha ido restringiendo o ampliando los concisos textos originales. ... A diferencia de lo que ocurría hace medio siglo hoy ya no se puede litigar en el ámbito de ninguna rama del derecho sin estar al tanto de la jurisprudencia vigente en él. Más concretamente, de la que prevalece en el área jurídica específica del litigio de que se trata. Si eso es verdad en general, lo es de manera preeminente en el campo del Derecho Constitucional, donde gravitan con alcance decisivo los criterios de la Corte Suprema”.⁴

En muchos pasajes de este ensayo, el lector atento advertirá que hay ideas y desarrollos que ya ha leído en otro lugar. En realidad, estará en lo correcto. Su memoria lo estará remitiendo al libro de Genaro R. Carrió *Recurso de Amparo y Técnica Judicial*. Allí, su autor explica muchas cosas de las que aquí me hago cargo. En este sentido, porciones importantes de lo que diré a continuación bien podrían ser acumuladas bajo el rótulo “Variaciones sobre Temas de Genaro R. Carrió”.⁵

Lo que sigue es un modesto intento de describir, de manera introductoria, en qué consiste la práctica del precedente y de citar precedentes, según como lo hacemos en la Argentina. Para ello me valdré prioritariamente de la jurisprudencia de la Corte Suprema. No pretendo agotar el tema; más bien, persigo instalarlo, demostrando el lugar que, casi ignoradamente y a lo largo

4. Carrió, Genaro R., *Cómo fundar un recurso. Nuevos consejos elementales para abogados jóvenes.*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, reimpresión 1992, págs. 80-81, 82-83.

5. Tampoco es original esto de las “Variaciones sobre temas...”. El melómano ya habrá advertido que lo he llamado de ese modo teniendo presente la famosa e inolvidable rapsodia de Rachmaninoff (variaciones sobre un tema de Paganini). Obviamente, no creo ser Rachmaninoff. Pero sí creo que la riqueza de la inspirada obra de Carrió merece variaciones sobre alguno de sus temas. En particular, el estudio del precedente. Porque gran parte de sus trabajos de análisis jurisprudencial presuponen o tienen como telón de fondo una teoría del precedente.

de ciento treinta y tres años, se ha ido ganando.⁶ Tampoco aspiro a ofrecer a la crítica un trabajo meramente descriptivo o puramente normativo. En realidad, lo que he intentado de modo prioritario es presentar una forma de comprender qué es lo que tanto jueces como abogados hacemos a diario. Para satisfacer tal objetivo debe partirse necesariamente de la práctica judicial. Sin embargo, y como no todos los jueces o tribunales realizan su labor del mismo modo, es ineludible mostrar los diferentes usos que se hace de los precedentes. En este sentido, este trabajo posee un contenido descriptivo de lo que la Corte hace y de cómo lo hace. Luego, he perseguido responder a otro interrogante ineludible, a saber, porqué hacen lo que hacen. Las respuestas que ofrezco son, sin duda, provisionales. Pero al formularlas -más a modo de sugerencias prácticas que de ucases- he debido presuponer o explicitar un modo correcto de hacerlo. Y, en este sentido, el fruto obtenido participa de algunos rasgos prescriptivos. Sólo espero que el producto final que aquí entrego, entre los juicios adversos que seguramente merecerá, no se haga acreedor al de ser hijo de la improvisación o del pálpito.

II. LA CITA DE CASOS

1. *Mirada hacia atrás*

La cita de casos anteriores es una actividad que se practica con bastante frecuencia por parte de abogados, jueces y profesores. Obviamente, esas menciones pueden responder a variados propósitos y perseguir distintos fines. Muchas veces los abogados aludimos a decisiones tomadas previamente, en soporte de la posición que estamos defendiendo. Otras, echamos mano a un contrato que hemos redactado en otra oportunidad, a fin de utilizarlo en una transacción similar que exige la confección de un instrumento semejante. También puede ocurrir que, en esa mirada hacia atrás, busquemos evitar la reiteración de lo que juzgamos fue un error. Esta observación retrospectiva, como se dijo al inicio, es también habitual en otros órdenes de nuestra vida. Los padres o madres, ante situaciones similares, generalmente sentimos la obligación de actuar con uno de nuestros hijos del mismo modo que lo hemos hecho anteriormente con el otro, a menos, claro está, que consideremos que nuestra conducta pasada fue injusta o que se engarzaba en otro contexto. Pero aún en este último caso, igual miramos hacia atrás para no repetir acciones que consideramos erradas. Las razones por las cuales solemos proceder de ese modo son diversas y no son necesariamente las mismas. Es más, de acuerdo al objetivo que persigamos con su mención, pueden existir buenas razones para no tratar esas instancias del mismo modo. Sin embargo, lo que los ejemplos recién ofrecidos sí tienen en común es que, previo a ejecutarse la acción que en ellos se persigue, siempre se mira hacia el pasado; se tiene en cuenta la solución

6. Otra explicación puede tener una raíz más psicológica. Estudiando precedentes de la Corte he advertido que, muchas veces, se citan precedentes que tienen demasiado poco que ver con aquella substancia que los hace ser precedentes. Ello me llevó a preguntarme si existía alguna teoría aceptada acerca del precedente. Pues era evidente que yo, conciente o inconcientemente, estaba utilizando una. Y era obvio también que el tribunal estaba utilizando otra.

que se adoptó antes respecto de una situación que se considera parecida, sea para repetirla, sea para no insistir en ella o para diferenciarla del caso actual. Esto también es usual en las sentencias judiciales. Cuando los abogados y los jueces decimos que “*el caso*” que pende de decisión tiene un precedente, es porque, como la palabra lo indica, hay una decisión de un caso como el actual que precede a éste. Veamos cómo funciona en la práctica judicial.

En autos “*Caminos S.A. v. Obras Sanitarias de la Nación*”,⁷ estaba en discusión si se computaba la desvalorización monetaria de una deuda de dinero. Para resolver el punto debían interpretarse las leyes 13.064 (del año 1947) y 21.396 (del año 1976). Existía un precedente donde esta cuestión ya había sido resuelta por la Corte. Dijo entonces el Tribunal:

“1º) Que la resolución de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Federal y Contencioso Administrativo, Sala 3ª ... dispuso que la condena de autos, más sus accesorios, se reajustara por todo el período de mora anterior a la vigencia de la ley 21.392, de acuerdo a las pautas que indica la norma legal aludida...

2º) Que Obras Sanitarias de la Nación se agravia por la aplicación de la ley 21.392 por el tiempo anterior a su vigencia, sosteniendo que sólo cabía usar la ley 13.064, art. 48, que establece como única compensación por la demora el pago de intereses.

3º) Que el Tribunal ha tenido oportunidad de pronunciarse en *cuestiones análogas a la presente*, entre otros, en el caso de Fallos: 304: 937⁸ y, consecuentemente, se estimó procedente el reajuste por el lapso anterior a la vigencia de la ley 21.392, sobre la base de efectuar una interpretación integrativa o constructiva de la ley y con sustento en principios de índole constitucional, con miras a salvaguardar la justicia.” (Énfasis agregado)

En estos breves párrafos, luego de reseñar brevemente cuál es la cuestión (de derecho) sometida a recurso, lo que la Corte dice es (a) que este conflicto ya se resolvió con anterioridad en un caso similar; (b) que el fundamento y la solución que ella adopta ahora son los mismos que los que se recogieron en el precedente.⁹

Una metodología análoga empleó la Corte en “*José Emilio Caballero v. C.R.J.P.P.F.*”,¹⁰ en oportunidad de remitirse a lo resuelto en “*René Antonio Verón v. Nación Argentina*”.¹¹

René Antonio Verón gozaba de un retiro militar que le había sido concedido por servicios prestados entre los años 1941-1960. Simultáneamente se había

7. Fallos: 307 (I): 637 (1985).

8. “*Emaco S.A.C.I. e I. y otro v. Banco Hipotecario Nacional*” (1982). La cuestión a resolver en esta causa consistía en que, al momento de la mora (año 1972) en el pago de una suma de dinero originada en los mayores costos por trabajos adicionales, regía una ley sancionada en el año 1947 (13.064) que no proveía dicha posibilidad sino que aludía exclusivamente al cómputo de intereses compensatorios (art. 48). Pero en el año 1976 se sancionó la ley 21.396 que estatúa pautas para considerar dicha desvalorización. El punto clave era si correspondía reconocer carácter retroactivo a la norma sancionada en 1976 y, consecuentemente, permitir la actualización de la deuda desde entonces, a pesar de que esa ley no regía y de que la vigente sólo reconocía intereses. La Corte, por unanimidad -y conforme las pautas que proporcionó-, resolvió que la ley 21.396 era aplicable al período anterior a su sanción.

9. *Ver* en igual sentido, entre muchos otros, Fallos: 307 (I): 1102, 1107 (1985), “*Clara Pereyra Iraola de Achával v. María S. Pittaluga de Iriondo*”.

10. Fallos: 307 (I): 240, 243 (1985).

11. Fallos: 304 (II): 1865 (1982).

desempeñado en actividades privadas y había aportado a la Caja de Jubilaciones de Autónomos durante los años 1951-1965. Posteriormente se acogió al beneficio de la jubilación voluntaria para la Policía Federal, donde se desempeñaba. Para el cómputo de los años de servicio y de aportes pidió que se tuvieran en cuenta los años de contribución a la Caja de Autónomos. Pero el artículo 1º del decreto-ley 6277/58 disponía que los militares retirados podían adquirir beneficios jubilatorios en el orden civil, “excepto cuando los servicios civiles invocados se hubieran prestado simultáneamente con los de carácter militar.” Su solicitud fracasó en sede administrativa pero la Cámara Federal revocó esa decisión y, a pesar del tenor literal de la norma, falló en su favor. Llegado el caso a la Corte, ésta, por mayoría (3-2) y por remisión al dictamen del Procurador General, revocó la sentencia apelada.

Años más tarde la Corte Suprema debió resolver “*Caballero*”, donde, nuevamente, un militar retirado aspiraba a obtener igual beneficio que el del caso anterior. La Cámara había acordado el beneficio. Dijo entonces el Tribunal:

“1º) Que ... la Cámara ... Federal dejó sin efecto la resolución de la Caja ... de la Policía Federal que no había hecho lugar al pedido de jubilación voluntaria efectuado por el actor, y resolvió que a los efectos del beneficio pedido debían tenerse por válidos los años de servicios prestados en el orden civil por el interesado como trabajador autónomo en forma simultánea con los servicios de carácter militar que sirvieron para obtener su retiro como suboficial principal de la Marina de Guerra. Contra aquel pronunciamiento, la demandada interpuso el recurso extraordinario, que fue concedido parcialmente.

3º) Que en su actual integración, el Tribunal comparte la doctrina de Fallos: 304: 1865, a la que cabe remitirse por razones de brevedad, en atención a la substancial similitud que se advierte entre el *sub lite* y las cuestiones planteadas y resueltas en tal ocasión. En efecto, toda vez que el criterio del a quo se aparta de lo que expresamente establece el art. 1º del decreto-ley 6277/58 -norma ... que dispone que los militares retirados pueden adquirir beneficios jubilatorios en el orden civil, excepto cuando los servicios civiles fueron computados para el otorgamiento del retiro, o cuando, como en el caso, aquéllos fueron prestados simultáneamente con los de carácter militar, corresponde revocar el fallo impugnado.”¹²

Este caso y el anterior ejemplifican una conducta muchas veces repetida por el Tribunal. En ambos está presente la mirada hacia atrás, hacia lo que la Corte había dicho en situaciones análogas pasadas y a la reiteración de la solución adoptada entonces.

La redacción que adopta la Corte en estos supuestos suele variar de caso en caso. No existe una única forma para remitirse a soluciones antecedentes. Pero, en algunas ocasiones, en esta mirada retrospectiva la Corte suele usar también fórmulas mucho más abreviadas. Un ejemplo típico y simple de este supuesto es el de la sentencia recaída en la causa “*Aranda Camacho, Carlos v. Dirección Nacional de Vialidad s/expropiación irregular*”, del 7 de abril de 1992.

En esa sentencia y como todo fundamento, dijo la mayoría de la Corte Suprema:

12. Fallos: 307: 240, 243, considerando 3º.

“Que la cuestión debatida en el *sub examine* es substancialmente análoga a la resuelta en la causa B. 133, XX, “Bianchi, Héctor A. y otro c/Dirección Provincial de Vialidad”, de fecha 12 de diciembre de 1985, a cuyos argumentos cabe remitirse en razón de brevedad.

Por ello ... se declara la inconstitucionalidad del art. 56 de la ley 21.499.”¹³

Este caso -más allá de lo suscito- ofrece una peculiaridad. Él es un buen ejemplo de lo que no se debe hacer cuando se dice citar una cuestión substancialmente análoga. Su brevedad extrema suprime aspectos que pueden ser considerados importantes al momento de establecer similitudes. Si se logra leer el precedente “*Bianchi*” al cual remite (y para lo cual lo más expeditivo es dirigirse a la Secretaría de Jurisprudencia de la Corte Suprema, pues no está publicado en la Colección Oficial), se advertirá que en él la norma declarada inconstitucional era el artículo 36 de la ley 6394 de la provincia de Córdoba y no el 56 de la ley nacional de expropiación. Es evidente entonces que la Corte debió haber expresado, como mínimo, que el texto de dicho artículo de la ley local y el del 56 de la ley nacional eran similares y aludían a la misma conducta, en materia de prescripción de la acción de expropiación inversa.¹⁴ Sin duda hubiera sido pertinente que el Tribunal explicara cuáles eran los antecedentes del caso, el contenido de las normas en juego y porqué la cuestión debatida era substancialmente análoga. Mucho más cuando se trataba de leyes diferentes, emanadas de órganos diferentes.

Cuando la Corte emite este tipo de pronunciamientos, no describe porqué el caso (o la cuestión debatida) es substancialmente parecido al del anterior. Simplemente, afirma dicha similitud o analogía. Si ello se realiza en casos como el recién transcrito, parece obvio que nos encontramos con una mala práctica. La afirmación de la Corte acerca de la analogía con el otro caso y la consecuente adopción de igual solución carecen de justificación explícita. Esto es lo que en doctrina elaborada por la Corte se denomina “afirmación dogmática” y suele dar sustento a la descalificación de sentencias emanadas de tribunales inferiores que padecen de ese vicio.¹⁵

2. *Mirada hacia adelante*

El recién descrito es sólo un aspecto -en parte defectuoso- de cualquier sistema en que se citen casos anteriores, cuando dichos casos existen.

Cuando el conflicto a resolver hoy es novedoso porque carece de precedentes, es evidente que el caso de hoy también se transformará en precedente para futuros casos del mañana. Nuestro hoy será el ayer del mañana, por el mero transcurso del tiempo. Quien hoy debe resolver un conflicto de este tipo debe prever que su

13. Fallos: 315: 596 (1992). El caso al que remite (“*Bianchi*”), no está publicado en la Colección Oficial.

14. Esto lo destaca el ministro Barra en la disidencia que emitió en el caso “*Bianchi*”.

15. La Corte Suprema ha descalificado innumerables pronunciamientos judiciales por contener afirmaciones dogmáticas. Al respecto puede consultarse: Carrió, Genaro R., *El Recurso Extraordinario por Sentencia Arbitraria*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 3ª ed. actualizada, 1983, pág. 229 y sgtes. y sus citas. Este vicio no es característico de la práctica del precedente. Más bien, él integra una de las reglas del arte de sentenciar.

decisión se transformará en precedente de casos futuros. Por un lado, el órgano decisor se encuentra en un estado de mayor libertad que si existiera un precedente. Eventualmente, no necesita decir siquiera que piensa distinto que el tribunal o la integración del tribunal que lo precedió. Pero dicha mayor libertad tiene su contracara. El tribunal deberá tomar una decisión que puede comprometer el futuro. Si es responsable (característica necesaria pero no siempre observada) debe centrarse en describir puntiliosamente los hechos del caso. De este modo clarificará a tribunales subsiguientes, a los abogados y a la opinión pública, cuál es el contexto que rodea a la decisión que adopta. Debe imaginar más de una solución posible. Debe evaluar los pro y los contra de una y otra determinación, aun cuando estas cavilaciones no queden plasmadas en el texto de su sentencia. Su argumentación debe convencer. Debe pensar, inclusive, que algún otro tribunal o juez, por mera imitación, por exceso de trabajo o por ahorrarse la fatiga de pensar, puede adoptar la solución que él hoy elige, ya porque existe un precedente y coincide con la solución arribada en él, ya porque le da pereza o no tiene tiempo para estudiarlo con detenimiento, ya porque ese precedente emana de un órgano superior y se siente obligado a seguirlo. Consecuentemente, estas parecen ser buenas y suficientes razones para que una sentencia que resuelve un caso sin precedentes sea dictada con seriedad y conciencia de su futura trascendencia.

III. LOS HECHOS DEL CASO: NO HAY DOS CASOS IDÉNTICOS

1. Identidad vs. similitud substancial

Es casi una verdad de Perogrullo el afirmar que no hay dos casos idénticos o iguales. Sin embargo, se debe circunscribir dentro de qué contexto se afirma tal cosa.

Por un lado, puede ocurrir que, en varios sentidos, un caso sea idéntico a otro fallado previamente. Por ejemplo, si un actor deduce la misma demanda que había iniciado con anterioridad y que había motivado una sentencia judicial firme, es evidente que se está sometiendo nuevamente a decisión el mismo caso. Para evitar esta posibilidad, los ordenamientos jurídicos han recibido desde tiempos muy remotos la institución de la cosa juzgada.¹⁶ Si, en el sentido indicado, se juzga que el caso es idéntico, que ha sido litigado entre las mismas partes y que ya ha sido resuelto en forma definitiva, no existe posibilidad de que se discuta y adopte una nueva decisión. El ordenamiento jurídico vigente no lo permite.

Por otro lado, si una causa en trámite ante un tribunal no ha sido aún resuelta y, por ejemplo, el demandado pretendiera coetáneamente ventilar el mismo tipo de cuestiones contra la misma contraparte ante otro juez, existe la excepción de litispendencia cuyo objeto es, precisamente, evitar que haya dos litigios y dos sentencias (eventualmente contradictorias) sobre un mismo conflicto.¹⁷

16. El art. 347, inciso 6° del C.P.N. define bajo qué circunstancias puede hablarse de cosa juzgada y cómo puede hacérsela valer en un juicio. Dice esa norma que para “que sea procedente esta excepción, el examen integral de las dos contiendas debe demostrar que *se trata del mismo asunto sometido a decisión judicial*, o que por existir continencia, accesoriedad o subsidiariedad, la sentencia firme ya ha resuelto lo que constituye la materia o la pretensión deducida en el nuevo juicio que se promueve.

17. Otro supuesto es el de la estafa procesal (Fallos: 254: 320; 279: 54).

Desde otro punto de vista -y fuera de supuestos como los señalados-, debe reconocerse que no existe posibilidad de que concurren dos casos judiciales idénticos. Siempre existirá alguna diferencia entre el caso resuelto con anterioridad y el presente. Dicha diferencia puede fincar, básicamente, en sus protagonistas, en los hechos, en el tiempo, modo o circunstancias en que ellos ocurrieron, en las teorías o argumentos expuestos por las partes como fundamento de su posición y en muchos otros factores que están contenidos dentro de lo que general y vagamente denominamos “el caso” o, como dice el artículo 347 inciso 6° aludido *supra*, el “asunto”. Por ejemplo, aun cuando el caso a resolver hoy, descrito en la sentencia, parezca idéntico al caso que se resolvió ayer, puede ocurrir que las partes no sean las mismas. Puede ocurrir, también, que todas las circunstancias que rodearon al o a los eventos relatados en la sentencia no se hayan reiterado de modo idéntico en ambos casos.¹⁸ Para ver estos aspectos desde un panorama más concreto, imaginemos un juicio de repetición de impuestos donde no existen hechos controvertidos (v.gr., no se discute si se efectuó o no su pago, si el contribuyente desarrolla o no la actividad gravada con el impuesto, etc.) y lo único que hay que resolver es si el impuesto es constitucional. Supongamos, además, que existe un precedente donde se juzgó que otra ley anterior de impuestos de la misma provincia -de igual articulado que la presente- fue declarada inconstitucional. Una primera reacción podría conducir a afirmar que los dos casos son idénticos. Sin embargo, no lo serían en función de las leyes por las cuales se hicieron los pagos. En un supuesto se tratará, digamos, de la ley “A” y en el otro, de la ley “B”. También serán distintos los ejercicios fiscales por los cuales se ha abonado el importe en uno y otro caso y podrán ser diferentes los capitales reclamados y los intereses devengados. Por otra parte, sería factible que, aun tratándose de la misma ley impositiva, en el antecedente invocado no se hubiera cuestionado la constitucionalidad del tributo sino simplemente su legalidad o viceversa.

Ante ejemplos tales la afirmación inicial es aprehendida en el sentido en que se la suele expresar. No hay ni puede haber dos casos idénticos porque siempre habrá diferencias, quizá mínimas, que harán que un asunto no sea absolutamente igual a otro.

Sin embargo, cualquiera que se haya detenido, aun brevemente, en el fenómeno de las citas de precedentes, habrá advertido que ni los jueces ni los abogados aspiran a esa identidad. Se buscan y citan casos que se designan como semejantes, análogos o relativamente iguales. Muchas veces se descartan las diferencias y en otras circunstancias se destaca la relevancia de ciertos hechos comunes.

Tanto jueces como abogados muchas veces pensamos que la posición que asumamos (sea para resolver un caso o para defenderlo) adquiere mayor

18. Intencionalmente me he referido a los hechos relatados en la sentencia y no en la demanda o en su contestación. Ello merece una breve explicación. Cuando un tribunal de apelación revisa una sentencia dictada por un órgano inferior, tiene oportunidad de ver y hacer su propia interpretación del relato de los hechos contenidos en la demanda o en su contestación. Por el contrario, cuando un tribunal cita una sentencia anterior, no tiene esa oportunidad. Debe atenerse al relato que de los hechos se hace en la resolución. Como es obvio, al hacerlo, el juez ya ha hecho una selección de ellos. Sería atípico hallar una sentencia que transcribe el relato de los hechos según como viene efectuado en el escrito de demanda y en su contestación.

fuerza si en su apoyo hallamos precedentes en sentido concordante.¹⁹ Una de las razones por las cuales actuamos de esta manera se funda en que en el pensamiento jurídico contemporáneo se encuentra acuñado un viejo principio que manda tratar los casos iguales o semejantes del mismo modo. La vitalidad de tal principio está claramente presupuesta en el fallo de la Corte Suprema, citado en la nota 1, cuando sostuvo que “*no se deduce que el presente caso sea de distinta naturaleza que el caso de Thompson y Compañía, y deba resolverse por otros principios...*”. En oportunidad más reciente se ha hecho alusión expresa a ello. En consonancia con lo anterior se ha dicho que “la aplicación al caso del citado precedente no depende de que las circunstancias fácticas en uno u otro sean idénticas, pues la relevancia del precedente aparece precisamente cuando, aunque los hechos de aquél difieran de alguna forma de los hechos que están en estudio, tal diferencia no demuestra que quepa apartarse del *principio general* sentado”.²⁰

Por otro lado, todos sabemos que los principios abstractos que se acaban de presentar no resuelven *per se* y de modo incontrovertible los casos concretos. Determinar las similitudes y las diferencias suele ser una tarea compleja, siempre amenazada por dos tendencias contradictorias: no advertir desigualdades cruciales o destacar distinciones irrelevantes.

También es complejo el proceso de decidir si dichas similitudes y diferencias son relevantes y justifican aplicar, al caso bajo examen, la misma solución que la del antecedente u otra distinta. A continuación se ejemplificarán estas situaciones recurriendo a algunos precedentes de la Corte. El objeto perseguido es, solamente, ilustrar dicho fenómeno a partir de casos concretos en los cuales ello ha sido destacado por la Corte, al margen del acierto o error de su discriminación.

2. Asimilaciones improcedentes

Cuando en una sentencia se cita otra anterior en apoyo de la decisión que se adopta, puede cometerse una variada gama de errores. Lo mismo puede ocurrir, por cierto, cuando dicha actividad es desarrollada por los abogados en sus escritos.

Un error puede consistir en no advertir que la situación de hecho que sirve de marco al precedente no es análoga, en sus circunstancias relevantes, a la del caso a resolver. Si bien el proceso de establecer dicha similitud suele ser bastante complejo, en algunas ocasiones, él constituye una de las actividades centrales al momento de invocar una decisión anterior. Acudamos nuevamente a un caso concreto. Como los expertos en Derecho Constitucional recordarán, en el afamado precedente “*Horta v. Harguindeguy*”,²¹ la Corte declaró la inconstitucionalidad del artículo 1º de la ley 11.157, que prohibía cobrar un precio mayor al que se pagaba

19. En autos “*Gaggiomo, Héctor J.C. c. Provincia de Santa Fe*”, Fallos: 314 (II): 1477 (1991), L.L. 1992-D, pág. 481, 483, considerandos 7, 9 y 10, la Corte Suprema valoró expresamente la antigüedad y reiteración de los precedentes que cita y de los que la Corte se había apartado.

20. Fallos: 310 (III): 2845, 2905-2906 (1987), Luis Magín Suárez (disidencia de Petracchi y Bacqué)

21. Fallos: 137: 47 (1922). Firman el fallo los Ministros Palacio, Figueroa Alcorta y Méndez. Bermejo, votó en disidencia..

por las locaciones de inmuebles destinados a habitación, comercio o industria, al 1º de enero de 1920. Dicha prohibición tenía una extensión de dos años. Cuatro meses antes, el mismo Tribunal había declarado la constitucionalidad -según la manera en que había sido aplicado- de idéntico artículo de esa ley, en la causa “Ercolano v. Lanteri de Renshaw”²² y en otras análogas. De acuerdo a lo expresado por la mayoría de la Corte, existían diferencias relevantes entre los hechos de uno y otro caso que justificaban un distinto tratamiento. En efecto:

“En esas causas [“Ercolano” y sus progenie] el pronunciamiento judicial debió ceñirse a las cuestiones propuestas por los litigantes y a las modalidades de cada juicio, sin anticipar soluciones para otros casos posibles, desde que no es dado a los jueces hacer declaraciones generales o resolver problemas jurídicos abstractos...

En aquellos juicios se impugnó la constitucionalidad de la ley 11.157, *con relación a locaciones sin término*, y los fallos pronunciados por este Tribunal reconocieron la validez del acto legislativo en su aplicación especial a esos casos. (Énfasis agregado)

En la especie *sub lite* la *reglamentación del alquiler se ha hecho efectiva en un caso en que las partes se hallaban vinculadas por un contrato de término definido, celebrado con anterioridad a la promulgación de la ley cuestionada*, y la aplicación de ésta ha tenido por consecuencia inmediata disminuir el derecho contractual del locador, pues la sentencia traída a revisión declara cumplidas las obligaciones del locatario mediante el pago de un precio inferior al estipulado. (Énfasis agregado).²³

Aquí no se trata, como en los casos anteriormente juzgados, de la reglamentación de nuevas facultades, inherentes al derecho de propiedad, con relación a su ejercicio futuro, sino de la privación, sin compensación alguna, de un bien adquirido en virtud del uso legítimo de esas mismas facultades, antes de hallarse reglamentadas.”²⁴

Como ha quedado expuesto, para la mayoría del Tribunal la prohibición contenida en la ley 11.157 era válida para los supuestos en que existía locación, pero no existía contrato escrito ni plazo predeterminado. Si se había suscripto un convenio, las estipulaciones en él contenidas en cuanto al precio no podían ser alcanzadas por la dicha prohibición durante el plazo de duración de aquél. La disidencia del ministro Bermejo -quien ya había emitido una disidencia de fundamentos en “Ercolano”- no participaba de tal distingo. Para él, una y otra situación debían correr igual suerte.

La incorrecta asimilación de un caso con otro puede reconocer otras causas. Otro de los defectos que se puede cometer consiste, por ejemplo, en no advertir que en el precedente no se probó algo -v.gr., un hecho alegado- que sí se acreditó en el *sub-examine* y que era un extremo esencial (o una circunstancia relevante) (a) para distinguir uno del otro y (b) para excluirlo de la sanción establecida por la ley que se había aplicado en el fallo invocado.

22. Fallos: 136: 161 (1922). Los firmantes de la sentencia fueron los mismos que los del caso anterior. Bermejo también votó en disidencia.

23. *Idem*, pág. 60.

24. *Idem*, pág. 62.

En la causa “*Albion House*”, por ejemplo, se había condenado a la mencionada empresa por haber infringido el artículo 36 de la ley 3764.²⁵ Existían sentencias anteriores de la Corte donde se había aplicado la pena dispuesta por esa norma, pero en ninguna de ellas el infractor había probado que su conducta estaba exenta de dolo. Al mismo tiempo, el apelante sostenía que la sanción contenida en la referida norma exigía una conducta dolosa de su parte y que la presunción legal contenida en ella era *iuris tantum*, de donde se seguía que, probada la ausencia de dolo, la sanción legislativa -y los precedentes invocados- no era aplicable. La Cámara, no obstante, la condenó al pago de la multa prevista en ese artículo. Dijo la Corte:

“Que el fallo apelado es incompatible con las precedentes consideraciones en cuanto adopta los fundamentos del dictamen fiscal, que a su vez sostiene que la sola falta de los comprobantes de pago del gravamen basta para la aplicación de la penalidad prevista en el artículo 36 de la ley N° 3764.

Que la mención en la sentencia recurrida de “lo resuelto por el Tribunal entre otros casos en el de “*Buzaglo y Cía.*” no puede significar la adición de fundamentos de hecho al pronunciamiento, ni la revisión de las conclusiones que en materia de prueba contiene el fallo de primera instancia -*el caso que cita la Cámara difería del presente por haberse entonces omitido la prueba, traída en estos autos-* como por lo demás resulta suficientemente del hecho de haberse concedido el recurso extraordinario -a fs. 139 vta.- que de otro modo no debió otorgarse”.²⁶ (Énfasis agregado)

Posteriormente, en “*Goldstein*”, con base en “*Albion House*” y otros antecedentes, se formuló el siguiente principio o proposición general:

“Que esta Corte ha tenido oportunidad de entender en casos similares al de autos, *sentando entonces principios* de no dudosa aplicación al presente que el laconismo del pronunciamiento de fs. 101 hace conveniente recordar -v. Fallos: 182, 349; 184, 530; 186, 274; 187, 662 y los allí citados.

Que así ha decidido a) *que la cita en el fallo apelado de un expediente resuelto por razones de hecho, no basta para fundar la sentencia en las mismas, cuando media entre ambos casos la diferencia capital, de que en el último se ha producido la prueba que en el primero se declaró faltar*”.²⁷ (Énfasis agregado)

El defecto destacado por la Corte la determinó a descalificar el pronunciamiento apelado. Dicho error había conducido a *a quo* a aplicar una sanción legal prevista para supuestos de hecho diferentes y que no merecían ser tratados del mismo modo.

En afín orden de ideas, a los abogados también se nos ha reprochado igual error, v.gr., incurrir en asimilaciones improcedentes. Así, en la causa “*Agosti*”,²⁸

25. Dice dicho artículo:

“Cualquier falsa declaración, acto u omisión *que tenga por mira defraudar los impuestos internos* será penada con una multa de 10 tantos de la suma que se ha pretendido defraudar, pudiendo además aplicarse por los tribunales la pena de arresto al autor por un término que no baje de 3 meses ni exceda de un año, en caso de grave defraudación, de reincidencia general o concurso de infracciones.” (Énfasis agregado)

26. Fallos: 187: 662, 665 (1940), “*Albion House v. Impuestos Internos*”. El caso “*Buzaglo y Cía.*”, aludido en el párrafo transcrito, no parece estar publicado. La Corte no cita el volumen en el que se hallaría y pese a que intenté hallarlo, la investigación fue infructuosa.

27. Fallos: 189: 193, 195 (1941), “*Goldstein Hnos. v. Impuestos Internos*”.

28. Fallos: 306 (I): 892 (1984).

el imputado había objetado el trámite sumario que el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas había impreso a su juzgamiento. Dicha objeción llegó a la Corte por recurso extraordinario. Como la revisión de decisiones como la indicada no suelen constituir sentencias definitivas que pongan fin al pleito -característica esta que debe reunir, en principio, toda resolución impugnada por esa clase de recurso-, el apelante invocó ciertos fallos que, según su opinión, permitían sortear dicho obstáculo legal.²⁹ En efecto, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte, si la sentencia recurrida no pone fin al pleito pero genera agravios de imposible o difícil reparación ulterior, el recurso extraordinario es procedente.³⁰ La cuestión que se debía resolver, en este aspecto, consistía en determinar si los casos citados eran semejantes al presente. Si lo eran, las remisiones efectuadas habían sido correctas y, por lo tanto, la solución a arribar -se proponía- debía ser la misma. Al respecto, dijo el Procurador General:

“Cita en abono de su tesis los antecedentes de Fallos: 300: 1273; 300: 417 y 257: 132, *los cuales a mi entender no pueden equipararse al presente*. Así, en el primero de ellos, la parte recurría a fin de no verse sometida a un proceso por el mismo hecho que, según sostenía, motivara una pena que ya le había sido aplicada. Lo que se hallaba en juego en esa ocasión era la garantía contra el doble juzgamiento que veda ... no sólo la nueva aplicación de una pena por el mismo hecho sino también la exposición al riesgo de que ello ocurra a través de un nuevo sometimiento a proceso (conf. Fallos: 299: 221). El agravio que entonces se trajo a esta Corte era definitivo ‘pues no se disiparía ni aun con el dictado de una ulterior sentencia absolutoria’ (del dictamen del entonces Procurador Fiscal ante la Corte en la causa citada por el recurrente).

En Fallos: 300: 417 por un exceso ritual manifiesto la resolución impugnada había declarado la nulidad de lo actuado en el proceso, mientras que en el antecedente de Fallos: 257: 132 la Corte decidió que procedía el recurso, aun cuando la materia del pronunciamiento sea de carácter procesal, pues lo resuelto revestía interés institucional, ello por cuanto, tal como lo destaca el dictamen del entonces Procurador General, se hallaba en cuestión la eficacia y objetividad de la justicia, comprometidas a raíz de la forma en que se había resuelto la recusación del juez de la causa.

Como vemos, en ambos casos, la naturaleza de las cuestiones que se plantearon motivó la intervención del Tribunal destinada a evitar perjuicios graves y concretos ya sea al procesado como a la administración de justicia.

Ahora, en cambio, pese a que el recurrente también alega que concurren esas circunstancias de excepción, tal afirmación no aparece suficientemente demostrada. En efecto, el planteo no excede el marco estrictamente procesal al limitarse a la discusión sobre el procedimiento a seguir, carece de entidad como para considerar que se halla en juego un interés institucional y los agravios esgrimidos resultan meramente hipotéticos y, de concretarse, podrán ser

29. Los artículos 14 de la ley 48 y 6° de la ley 4055 habilitan la interposición del recurso extraordinario respecto de las sentencias definitivas dictadas por los superiores tribunales de provincia, en el primer caso, y por las cámaras federales, en el segundo.

30. Ver, entre muchos otros, Fallos: 257: 301; 267: 363; 305: 1701; 306: 1014 y 1817.

solucionados en la etapa procesal correspondiente ya sea por el tribunal a que se refiere el art. 7º de la ley 23.049 o por ésta.”³¹

3. Distinciones improcedentes

Doce años después de fallados “Horta” y “Ercolano”, mencionados en el párrafo anterior, la Corte decidió la causa “Avico v. de la Pesa”.³² En esta oportunidad estaba en discusión la constitucionalidad de la ley 11.741, que concedía una moratoria hipotecaria y reducía los intereses pactados en los contratos de préstamo celebrados con aquella garantía. La Corte, con una integración diferente, vuelve sobre el distingo que ella misma había considerado relevante en “Ercolano”. Referido ahora a la reducción de los intereses pactados contractualmente con anterioridad a la vigencia de la ley 11.741 y a la postergación por tres años del pago del capital de los préstamos otorgados con garantía hipotecaria, en el caso, la mayoría del Tribunal sostuvo:

“Es indudable que la ley 11.741 que reduce el interés y proroga el plazo para el pago del capital del préstamo para los deudores hipotecarios es, desde el punto de vista constitucional, idéntica a la ley 11.157 que reducía el alquiler de las casas y prorrogaba el término de su ocupación a favor de los inquilinos (existiera o no contrato escrito como lo sostuvo en su disidencia el doctor Bermejo).

Un largo y meditado estudio de los fallos dictados por esta Corte con motivo de la impugnación hecha a la ley número 11.157 sobre alquileres, ... nos decide a mantener la jurisprudencia establecida en los casos Ercolano y otros análogos ... pues *la existencia o inexistencia de contrato escrito no cambiaba en lo más mínimo la situación del propietario cuya propiedad podía continuar ocupada por el inquilino por todo el término de la ley, y cuyo alquiler o renta se le restringía del mismo modo.*

31. *Idem*, pág. 895. La Corte, por su parte, sostuvo:

“4º) Que en punto a los precedentes jurisprudenciales de esta Corte que el apelante cita y considera análogos al *sub lite*, en los cuales se abrió el recurso al equiparar a sentencias definitivas aquellas otras cuya índole y efectos podían llegar a afectar el derecho federal invocado, es dable señalar, como lo hace el señor Procurador General en su dictamen con fundamentos que este Tribunal comparte, que en los mentados supuestos la naturaleza de las cuestiones que se plantearon motivó la intervención del Tribunal destinada a evitar perjuicios graves y concretos, ya sea al procesado como a la administración de justicia. En el caso, por el contrario, el planteo no excede el marco estrictamente procesal al limitarse a la discusión sobre el procedimiento a seguir, lo que carece de entidad como para considerar que se halle en juego un interés institucional (‘Lombardo, Juan J.’, considerando 8º *in fine*, ya citada).” En la causa “Lombardo” (Fallos: 306: 224, 237) El Tribunal había sostenido que “respecto de la decisión de aplicar a las actuaciones el procedimiento del juicio sumario en tiempo de paz, cabe recordar que las resoluciones que fijan el trámite que correspondiese imprimir a las causas no constituyen sentencias definitivas en los términos del art. 14 de la ley 48 (Fallos: 302: 189 y sus citas).”

En sentido análogo puede consultarse, entre muchos otros, el precedente de Fallos: 178: 443, 451, “Sánchez Fernández, José v. Provincia de San Juan”. Este tipo de análisis y las discrepancias acerca del alcance de los precedentes también puede ser hallada en los votos en disidencia. Cuando éstas existen, es frecuente que el disidente cuestione la interpretación que de los precedentes efectúa la mayoría. Ver, por ejemplo, Fallos: 312: 1725, 1801, “Compañía Azucarera Tucumana S.A. v. Nación Argentina”, disidencia del ministro Belluscio (considerando 15).

32. Fallos: 172: 21, 37 (1934), resuelto por los Ministros R. Repetto (en disidencia parcial), A. Sagarna, J. V. Pera (con ampliación de fundamentos), L. Linares y B. A. Nazar Anchorena.

La regulación o restricción de los derechos del propietario de la ley 11.157 en cuanto a la prórroga del plazo y al máximo del alquiler que podía cobrarse, es, pues, exactamente la misma; y si ella puede regularse en un caso, también puede serlo en el otro”.³³ (Énfasis agregado).

Es decir que, a juicio de la propia Corte Suprema -pero con nuevos integrantes- el distingo que en su oportunidad el Tribunal había hecho en “Horta” para diferenciarlo de “Ercolano”, no era válido. Ambas situaciones de hecho debían tratarse de igual manera, a pesar de las desemejanzas que la propia Corte, conforme su anterior composición, había destacado antes.

IV. CUATRO ADVERTENCIAS

Antes de continuar con el estudio de casos concretos quizá convenga tener presente cuatro advertencias importantes, fruto de la práctica del manejo de casos.

PRIMERA. A diferencia de las leyes -que, en general, estatuyen para más de un supuesto específico y para el futuro-, las sentencias resuelven concretamente un *caso o controversia*,³⁴ constituido por un grupo de hechos y circunstancias acaecidos en el pasado. Estos hechos o circunstancias, junto con lo pedido por las partes, es lo que define el caso a resolver y delimita la competencia del Tribunal. Éste no puede resolver ni más ni menos de lo que los litigantes oportuna y válidamente le solicitaron. En caso contrario, lesionaría el derecho de defensa de alguna de las partes del proceso.³⁵ Tampoco juzgan sobre cuestiones teóricas o que han devenido abstractas.³⁶

SEGUNDA. Hay sentencias que deben elaborar la solución que corresponde adoptar.³⁷ Ella no viene dada de antemano, explícitamente, por una norma jurídica (*stricto sensu*). En otros casos, dichas sentencias también crean pautas o *standards* de interpretación que no están establecidos en las leyes (*lato sensu*) que deben interpretar. Cuando esta labor se realiza *para* resolver el primer caso en su tipo, debe hacérselo a la luz de los hechos alegados y probados (o no). De aquí que, cuando procuramos establecer qué se *decidió* en un caso -en

33. Fallos: 172: 21, 68. Ver también, sobre el mismo tema de la contradicción de reglas o principios jurisprudenciales, Fallos: 306: 516, 519, 523 (1984), “Transportes Vidal S.A. v. Provincia de Mendoza”; Garay, Alberto F., *La igualdad ante la ley*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot 1989, págs. 60-63 (en cuanto a la contradicción de reglas jurisprudenciales en punto a la garantía de la igualdad ante la ley y las resoluciones administrativas contradictorias).

34. Artículo 116 de la Constitución Nacional; artículo 2 de la ley 27.

35. Ver, entre muchos otros, Fallos: 307: 1487, 2031 y 2445 (1985).

36. Fallos: 5: 316 (1868), “Agustín Vedia v. Poder Ejecutivo Nacional”; 65: 304 (1896), “Eduardo Zimmermann”; 155: 248 (1929), “Ricardo Bonevo”; 193: 260 (1942), “Guido Schwartz”; entre muchos otros. Aun si resolvieren una cuestión teórica o abstracta, difícilmente podrían obtener la ejecución de su sentencia. Pues, ¿qué ejecutarían si no existe conflicto? Esta observación, sin embargo, no debe ser tomada en un sentido absolutamente derogatorio. Puede ocurrir que, excepcionalmente, el Tribunal sienta la necesidad de expresar su opinión sobre el conflicto que ha devenido abstracto. En estos casos, obviamente, no resuelve el conflicto. Pero sus palabras pueden servir como advertencia para casos futuros. (ver Fallos: 310 (I): 819 (1987), “Antonio Jesús Ríos”, y sus citas).

37. Este distingo tiene presente una ley típica, que contenga no sólo el tipo de conductas que abraza sino también la sanción que se debe aplicar si se verifica alguna violación a las conductas que prohíbe. Como todo abogado sabe, sin embargo, no todas las leyes prevén expresamente sanciones para el caso de incumplimiento.

el primer caso-, debemos guardar apego a sus hechos y, en principio, ceñir la solución a esos hechos. Pues la sentencia tiene como antecedente ineludible e inescapable los hechos del caso. De lo contrario, si el intérprete prescinde de éstos o si los reformula de un modo demasiado genérico, estaría interpretando la sentencia “como si” fuera una ley, abstrayéndola de las específicas circunstancias que motivaron ese primer pronunciamiento. Esto sería un error grave.³⁸ Pues los jueces no pueden desentenderse de los hechos. Y si lo hacen, se están atribuyendo una competencia de la que carecen.

Estas observaciones precisan una breve aclaración. Hemos visto antes que no hay dos casos estrictamente iguales o idénticos. He dicho también que cuando se alude a la existencia de un precedente, quien lo hace tiene en mente un caso substancialmente análogo, similar o relativamente igual. Del mismo modo, cuando un juez resuelve un caso, tiene (o debería tener) razonablemente presente ese caso y otros substancialmente similares. La solución que él crea es (o debería ser) empleada, al menos teóricamente, para resolver ése y todos los casos substancialmente análogos a ése, que se le presenten en el futuro. Pues, como dijimos al comienzo, los asuntos substancialmente semejantes deben ser resueltos por los mismos principios.³⁹ Precisamente porque no existen dos situaciones idénticas o iguales, el juez, conciente o inconcientemente, lo exprese o no en la sentencia, tiene en cuenta el tipo genérico de hechos del cual “el caso” es un ejemplo. Además, y dada nuestra formación universitaria, en todos nosotros anida una fuerte tendencia a lo general. Hemos sido educados, fundamentalmente, en el manejo de normas generales, abstractas, y no en la resolución de conflictos individuales concretos. Dicha formación, como veremos más adelante, tiene su contracara negativa. Pues muchas veces nos lleva a formular generalizaciones excesivas e inadecuadas. Creo que hasta aquí existe consenso.

Por otro lado, creo también que en nuestra comunidad jurídica se vive como algo repugnante al ordenamiento jurídico vigente que se dicten sentencias *ad hoc* -sin que se tenga en cuenta que esa solución también será aplicada a los demás casos similares que se presenten- pues ello vendría a establecer una jurisprudencia para los amigos (o socios, accidentales o no; influyentes; jefes o caudillos de turno) y otra u otras para los que no gozan de esa gracia.

TERCERA. Sólo después de que se han acumulado una serie de casos considerados análogos y que fueron resueltos del mismo modo, podemos arriesgar la elaboración de una regla, un principio o proposición general (o varias) que abarque dentro de una misma categoría o clase a los diversos supuestos de hecho relevantes contenidos en todos ellos. Mas, cuidado. Aun cuando hayamos llegado a este punto, la cautela siempre será buena compañera.

38. Este error, sin embargo, es bastante frecuente en nuestro medio. Él fue destacado hace muchos años -pero desoído por la mayoría de los abogados y de los jueces- por Genaro R. Carrió en *Recurso de Amparo y Técnica Judicial*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, segunda edición aumentada, 1987, págs. 174-179, 125 (primera edición, año 1959) y “Sobre las creencias de los juristas y la ciencia del Derecho”, *Lecciones y Ensayos*, N° 6, pág. 27. Si el lector tiene por costumbre leer solamente los sumarios de las sentencias, fácilmente podrá experimentar la advertencia formulada en el texto. Si se acude a los propios sumarios del caso “*Siri*” de la Colección de Fallos, por ejemplo, se advertirá que ellos no permiten destacar que quien cometía la violación constitucional era un Comisario provincial.

39. *Ver supra*, Capítulos II y III.

Ese principio, regla o proposición general estará en continua formación -estará vivo-, expandiéndose y restringiéndose. Su vitalidad necesitará ser probada nuevamente. En nuestro nuevo caso o en el de otro.

CUARTA. Muchas veces encontraremos sentencias que dan como fundamento expreso pautas o principios generales (creados en esas decisiones) de excesiva latitud y que, por lo tanto, abarcan supuestos demasiado genéricos o excesiva o inconvenientemente alejados de los que el caso a resolver presenta. Este es un vicio bastante frecuente, como veremos más adelante, y contra el cual debemos estar prevenidos. Como abogados, no advertirlo puede conducirnos a formarnos falsas expectativas. Nuestro asesoramiento puede resultar en un fiasco. Y nuestro cliente puede sufrir pérdidas de todo tipo. Entre ellas, la de su confianza en nosotros. Como jueces, puede conducirlos a tratar del mismo modo casos diferentes o viceversa. Es decir que pueden dictar sentencias arbitrarias. Y que un juez sea arbitrario es grave.

V. QUÉ SE RESOLVIÓ EN EL PRECEDENTE: REGLA GENERAL Y *OBITER DICTUM*

1. *Introducción*

Como todos sabemos, en la mayoría de las sentencias los jueces no resuelven una cuestión sino una nutrida gama de ellas. Por de pronto ellos resuelven todas aquellas cuestiones (de hecho y de derecho) que se han controvertido entre las partes.⁴⁰ Deben analizar la demanda y su contestación, concentrarse en lo que ambas partes han pedido; valorar la prueba producida, resolver incidencias que hayan sido postergadas para el momento de dictar sentencia, etc. Si se trata de un tribunal de apelación, deben agregar a su lectura los diversos recursos deducidos.

Para arribar a la decisión en sí misma (la parte resolutive) no sólo deben relatar los hechos y el derecho alegado sino también expresar los fundamentos (justificativos) por los cuales se inclinan.⁴¹ Así, según la Corte Suprema, “la

40. Si un juez resuelve una cuestión que no integra la litis incurre en exceso de jurisdicción (Fallos: 310: 236, 999, 1371 y 1697 -año 1987-; 311: 696, 1189 y 1829 -año 1988-; 312: 741 y 1985 -año 1989-.)

41. Artículo 163, inciso 6° del Código Procesal Nacional. La parte resolutive o dispositiva de una sentencia suele contener la decisión del caso (v.gr., la condena al demandado a hacer, no hacer o dar algo, el rechazo de la demanda, la absolución del procesado, la inscripción en un registro, etc.). No faltaron casos en que los litigantes apelaran una sentencia que, si bien les era favorable, contenía en los considerandos pasajes que se consideraban desfavorables. Así, en Fallos: 28: 129, 130 (1885), “Urraco v. Santa Fe”, se dijo: “Que no es necesario decir, que la parte dispositiva de una sentencia, es la que constituye por sí sola el fallo”. En Fallos: 91: 368 (1901), “Tomás R. Sánchez”, se reiteró: “Que las declaraciones que puedan contenerse en los considerandos de ese auto no constituyen en sí una resolución y sólo importan establecer los antecedentes o razones que se han tenido en vista para motivar el pronunciamiento, por lo que no puede interponerse contra ellas recurso de apelación”. En sentido concordante, ver Fallos: 111: 339, 365 (1909), “Ferrocarril de Buenos Aires y Puerto La Ensenada v. Gobierno Nacional” (“Que el ministerio fiscal no estaba habilitado para apelar de los *considerandos* que juzgara desfavorables, contenidos en dicha sentencia y que ningún agravio podían causar legalmente en sí mismos, dado que es la parte dispositiva de ella lo que constituye el fallo”); Fallos: 132: 308: 311 (1920), “Provincia de Buenos Aires v. Otto

sentencia viene a constituir un todo indivisible en cuanto a la recíproca integración de su parte dispositiva con los fundamentos que la sustentan”.⁴²

Pero como todos hemos podido experimentar, en las sentencias se dicen cosas que son directamente aplicables a los hechos del caso o al derecho que los rige y otras que sólo guardan una relación indirecta y/o remota, ya con los hechos ya con el derecho. Unas veces se las expone ordenadamente y, otras, de modo enmarañado. En tales supuestos -que son bastante frecuentes- es evidente que, por un lado, debe precisarse *cuáles* eran los *hechos relevantes* del caso y, por el otro, *qué se resolvió y porqué*. Para ello es inevitable acudir a lo que el tribunal dijo en el fallo, a sus palabras. En tal investigación observaremos que una cosa es citar lo que se *resolvió* en un precedente. Otra distinta es citar lo que se *dijo* en él.

Acudamos a un ejemplo célebre: “*Siri*”.⁴³ Este caso es el primero en su tipo, razón por la cual deberemos tener presente las advertencias formuladas en el Capítulo anterior.

2. El caso “*Siri*”, sus hechos y la sentencia

En cumplimiento de una orden recibida de la Dirección de Seguridad de la Policía de la Provincia de Buenos Aires, el Comisario de la ciudad de Mercedes dispuso la clausura del diario homónimo, propiedad del Sr. Ángel Siri. Éste se presentó ante los tribunales locales denunciando el hecho, expresando que ello constituía una violación a la libertad de imprenta y de trabajo y solicitando que “se proveyera lo que correspondía, conforme a derecho y a las cláusulas constitucionales citadas”.⁴⁴ Esta vaguedad del petitório seguramente obedeció a que el letrado de Siri era conciente de que el tipo de acción a través de la cual canalizaba su pretensión -al estilo de un *habeas corpus*- no estaba instrumentada en texto legal alguno.⁴⁵ El juez interviniente solicitó informes acerca de la

Franke” (“...ya se trate de sentencias dictadas por los tribunales permanentes o de laudos arbitrales, los considerandos no pueden dar lugar a recursos”).

El principio que emana de estos precedentes fue reformulado por el Procurador General Andrés J. D’Alessio del siguiente modo: “En cuanto a los demás recursos, los apoyan sus firmantes, a pesar del fallo favorable en la afirmación de que “este pronunciamiento tiene considerandos que implican una objetiva amenaza a la libertad de prensa” ... Basta tal circunstancia, a mi juicio para descartar la procedencia del recurso sobre la base de la jurisprudencia establecida por el Tribunal desde antiguo y mantenida invariablemente hasta el presente (Fallos: 28, 129; 91: 368; 111: 330; 247: 111; 253: 463, sentencia del 10 de mayo de 1988 *in re* Giuliani, Juan Carlos ..., en el sentido de que no es recurrible el contenido de los considerandos mientras de él no se derive una resolución que cause un *gravamen actual y concreto*” (Énfasis agregado) (Fallos: 312 (I): 916, 926, año 1989).

42. Fallos: 311 (II): 2120, 2124 (1988), “Bartolomé Martín v. Fundación Universitaria Belgrano”; 311 (I): 509, 511 (1988), “Eloísa Martínez v. Provincia de Córdoba” (“Que ... cabe hacer notar que no resulta suficiente sostener que el fallo impugnado debe ser considerado ‘por lo que dice y no por lo que hace’, pues una sentencia judicial constituye un todo indivisible en cuanto a la recíproca integración de su parte dispositiva con los fundamentos que lo sustentan”). Ver también sentencias del 6 de abril de 1993, “Mario Abel Amaya”; 9 de agosto de 1992, “Fuertes v. Banco Español del Río de la Plata.”

43. Fallos: 239: 459 (1957); L.L. 89-531; J.A., 1958-II-476.

44. *Idem*, Considerando primero.

45. Ver *infra* nota 53.

clausura al Jefe de Policía, a la Comisión Investigadora Nacional y al Ministro de Gobierno de la Provincia. Estos órganos respondieron ignorar las causas de la clausura. Seguidamente el magistrado rechazó la petición del quejoso “por no tratarse de un recurso de habeas corpus, el cual sólo protege la libertad física o corporal de las personas”.⁴⁶

Éstos eran, básicamente, los hechos y antecedentes que integraban el caso a resolver.

Luego, la Cámara confirmó la decisión del inferior y el asunto llegó a la Corte.⁴⁷

El Alto Tribunal *resolvió* “revocar la sentencia...Y vuelvan los autos al Tribunal de origen a fin de que haga saber a la autoridad policial que debe hacer cesar la restricción impuesta al solicitante en su calidad de director-propietario del diario clausurado”. Por lo tanto, lo recién transcrito constituye *lo resuelto o decidido* por la Corte.

De los párrafos precedentes surge la descripción de cuáles eran los hechos y demás antecedentes del caso y qué decidió la Corte a su respecto. Pero, obviamente, esto no nos alcanza. Sabemos (parcialmente) qué dijo la Corte que había pasado y qué resolvió a su respecto. Pero no sabemos por qué ella llegó a esa decisión. Tampoco sabemos por qué la Corte admitió una petición de carácter sumarísimo como la de Siri, cuando no existía ley alguna que hubiera creado esa acción para tal propósito.

3. *Los fundamentos del fallo*

Para establecer por qué la Corte decidió resolver el caso de esa manera debemos acudir a los *fundamentos* expresados por ella. Éstos son variados. Los enumeraré a continuación, según su orden de aparición en la sentencia:

Primer Fundamento. “Que según resulta de los antecedentes antes relacionados, no existe constancia cierta de cuál sea la autoridad que ha dispuesto la clausura del diario ni cuáles sean, tampoco, los motivos determinantes de ella. En estas condiciones es manifiesto que el derecho que invoca el solicitante de publicar y administrar el diario debe ser mantenido.”⁴⁸

Segundo Fundamento. “El escrito de fs. 1 sólo ha invocado la garantía de la libertad de imprenta y de trabajo que aseguran los arts. 14, 17 y 18 de la Constitución Nacional, la que, en las condiciones acreditadas en la causa, se halla evidentemente restringida sin orden de autoridad competente y sin expresión de causa que justifique dicha restricción.”⁴⁹

Tercer Fundamento. “Que basta esta comprobación inmediata para que la garantía [*rectius*: derecho] constitucional invocada sea restablecida por los jueces en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la reglamente: las garantías constitucionales existen y protegen a

46. *Id.*, Considerando Tercero, pág. 462.

47. En lo que va dicho, ya he aplicado cierto tamiz a las circunstancias que rodearon al caso. Mi relato de los hechos y de los episodios judiciales no es idéntico al que hizo la Corte en su sentencia.

48. *Id.*, Considerando séptimo, pág. 463.

49. *Id.*, Considerando octavo.

los individuos por el sólo hecho de estar consagradas en la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias, las cuales sólo son requeridas para establecer ‘en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación’, como dice el art. 18 de la Constitución a propósito de una de ellas. Ya a fines del siglo pasado señalaba Joaquín V. González: ‘No son, como puede creerse, las <<declaraciones, derechos y garantías>>, simples fórmulas teóricas: cada uno de los artículos y cláusulas que la Constitución tiene poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación. Los jueces deben aplicarlas en la plenitud de su sentido, sin alterar o debilitar con vagas interpretaciones o ambigüedades la expresa significación de su texto. Porque son la defensa personal, el patrimonio inalterable que hace de cada hombre, ciudadano o no, un ser libre e independiente dentro de la Nación Argentina’⁵⁰.

Ahora, luego de las transcripciones precedentes, ya contamos con (i) los hechos y demás antecedentes del caso, según como los relató el Alto Tribunal; (ii) qué decidió la Corte a su respecto; y (iii) porqué arribó a tal decisión. Con la reunión de todos estos datos ya conocemos el contenido de la sentencia pronunciada en el caso “Siri”. Pero, por ahora, sólo poseemos eso.

Si queremos determinar cuál es la *regla general* o el *principio* que está implícito en la sentencia debemos continuar su análisis y explicitarlo.⁵¹

Esta tarea, conviene advertirlo, es una de las más complejas. Se trata de una actividad que solemos realizar aun sin darnos cuenta. Es una suerte de síntesis o conclusión del fallo. Y así como cuando leemos un libro no retenemos

50. *Id.*, Considerando noveno. En esta transcripción he suprimido el considerando donde la Corte anuncia que se aparta de la jurisprudencia vigente hasta ese momento.

51. La Corte Suprema no utiliza la expresión “regla general”. De ordinario alude a la “doctrina” del o de los fallos que cita. He preferido emplear la primera porque en los fallos citados *infra* no es unívoco el uso que del vocablo “doctrina” hace la Corte. A veces se refiere a un fallo y otras a varios. En oportunidades cita entre comillas y en otras no. Por último, en algunos de esos precedentes, la expresión “doctrina” podría reemplazarse por la de “regla general” o “principio”, según como los vengo empleando. Pero en otros no, pues se refiere a *dicta*. Ver, entre otros, Fallos: 178: 58, 62 (1937), “Frohman, Adolfo v. Grossi, Octavio”, 5º párrafo; Fallos: 178: 98, 101-102 (1937), “Consejo Nacional de Educación v. Rodríguez, Herminio”, 5º párrafo; Fallos: 178: 231, 241 (1937), “Bodegas y Viñedos Santiago Graffigna Ltda. S.A. v. Provincia de San Juan”; Fallos: 306: 779, 782, “Emilia Irma Frieboes de Bencich”, considerando 3º; Fallos: 306: 838, 841, “Marcos Seeber v. I.S.S.J.P.”, considerando 3º; Fallos: 306: 879, 881, “León Patlis”, considerando 2º; Fallos: 306: 908, 910, “Domitila Tadea Herrera”, considerando 3º; Fallos: 306: 928, 932, “Héctor Enrique Firpo v. Martha Haydeé Espeche”, considerando 2º; Fallos: 306: 1017, 1019, “Alfredo Moreno y otro”, considerando 2º; Fallos: 312: 1580, 1586, “Romina Paola Siciliano”, considerando 7º; Fallos: 312: 1656, 1664-65, “Tejedurías Magallanes S.A. v. A.N.A.”, considerando 10º; Fallos: 312: 1865, 1867, “Hugo Messina y otra v. B.C.R.A.”, considerando 4º; Fallos: 313: 507-508, “Carlos Eduardo Rosas y otro”, considerando 4º.

En Fallos: 313: 532, 537, “Provincia del Neuquén v. Y.P.F.”, considerando 12º, la Corte aludió a “una de las reglas jurisprudenciales ... que se definió en el caso ‘Saguir y Dib’ (Fallos: 302: 1284). Se dijo allí que los jueces, al tiempo de dictar sus sentencias, deben ponderar las consecuencias posibles de sus decisiones y -mientras la ley lo consienta- han de prescindir de aquéllas que verosímilmente sean notoriamente disvaliosas (considerandos 5º *in fine* y 12)”. Sin embargo, lo que la Corte denomina “regla” jurisprudencial dista del sentido con que ese término es usado en el texto principal. Lo que la Corte denomina en este caso “regla” tiene mayor parentesco con un standard.

todo su contenido sino lo que a nuestro juicio es lo más importante, del mismo modo solemos actuar cuando de lo que se trata es de una sentencia. Pues cuando decimos que en un caso un tribunal resolvió tal o cual cosa, conciente o inconcientemente estamos tamizando innumerables cuestiones y argumentos que se debatieron en la sentencia y postulamos una síntesis de ella. Lo importante es hacerlo bien. Y lo complicado de esta tarea es que, en general, no existen reglas específicas para ello. En este derrotero sólo se pueden formular advertencias o sugerencias. Y una de ellas es, como ya se anunció, estar prevenidos respecto de la fuerte tendencia que -por formación- poseemos y que nos lleva a generalizar, a veces, con exageración. Ello se debe a que, como se sostuvo al comienzo, gran parte de nuestra educación universitaria se ha basado en el estudio de códigos, leyes y autores que se refieren a esos cuerpos legales de modo extremadamente genérico. Rara vez, o sólo excepcionalmente, se nos ha ejercitado en analizar sentencias judiciales. Es obvio entonces que nuestro arsenal universitario se adecua sólo en parte a esta misión.

4. Explicitación de la regla general contenida en el fallo

Una de las primeras pautas que debemos tener presente es que este caso fue el primero en su género.⁵² En supuestos así, es evidente que la decisión está estrechamente vinculada a los específicos hechos que, según la sentencia, originaron el conflicto y al modo en que la Corte los encaró. A esta altura, téngase presente que en el fallo no se tuvieron en cuenta las condiciones particulares del Comisario (su nombre y apellido; si era soltero o casado, si tenía hijos; la antigüedad que poseía en la repartición; si había sido sancionado con anterioridad, si poseía bienes de fortuna, etc.). Tampoco se merituyó en qué consistía específicamente la clausura, más allá de la presencia de una consigna en la puerta del diario. Tampoco se dijo cuál era el domicilio del diario; si el Director era propietario del local donde aquél funcionaba; si éste era casado o soltero, con o sin hijos, o su edad; si el diario era crítico del gobierno; si su propietario tenía antecedentes penales, etc. Todas estas circunstancias son ignoradas en la sentencia, sea porque no se las tuvo en cuenta en las presentaciones iniciales, sea porque se las suprimió al momento de resolver. Por la razón que fuere, ellas no figuran en el decisorio analizado.

A partir de estas ausencias podemos comprobar que el Tribunal o las partes ya efectuaron su propio tamiz acerca de ciertas circunstancias o hechos que necesariamente se refieren a los personajes involucrados. Por lo tanto, en ese sentido, se está eliminando del caso un sinnúmero de características que hacían a su unicidad y que no fueron consideradas relevantes. Con tal proceder, el Tribunal ya estaba generalizando los específicos hechos del caso hacia una categoría más abarcadora.

En el mismo proceso de generalización, la sentencia ya no se refería a una “clausura” (que era la conducta concreta cuestionada) sino a una “restricción”. Una clausura bien puede ser vista como una restricción. Mas una restricción puede consistir en una clausura y en otras conductas que pueden

52. Además, en él la Corte Suprema se apartó expresamente de la jurisprudencia vigente hasta ese momento, que negaba la posibilidad de acudir o a una adecuación del recurso de hábeas corpus o a un supuesto recurso o acción de amparo, instrumento que no había sido sancionado legislativamente.

asimilarse o no a una clausura. Es poco debatible que el alcance del término restricción tiene una extensión mayor que el de lo que entedemos por una clausura.

Hechas estas advertencias, una buena pauta para comenzar a deshilvanar el ovillo es intentando precisar qué conflictos planteaba el recurso.

Uno de los temas que se debía resolver consistía en la vía intentada por Siri. Ninguna ley, como se dijo, instauraba este tipo de presentación sumaria. Los hechos del caso permitían encuadrarlo en diversas normas de derecho común. Pero ninguna de ellas establecía un procedimiento expeditivo, breve, como el deducido, al estilo del hábeas corpus. Fue por dicha causa que las instancias inferiores habían rechazado la pretensión del peticionante.⁵³

La Corte, por su parte, consideró que dicha ausencia legislativa no era obstáculo válido para proteger el derecho conculcado. Pues, cuando “*en las condiciones acreditadas en la causa*”, se restringe la libertad de imprenta y de trabajo “*no puede alegarse la inexistencia de una ley que la reglamente* [a esa libertad]: “*las garantías constitucionales*” involucradas (arts. 14, 17 y 18 de la Constitución) “*existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas en la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias*”.

El otro problema resuelto por la Corte fue el de la validez de la clausura. Un Comisario, se dijo, “*sin orden de autoridad competente y sin expresión de causa que justifique dicha restricción*”, no puede clausurar un diario. Ello configura una evidente restricción a las referidas libertades de imprenta y de trabajo.

Básicamente, éstas son las dos cuestiones centrales que resolvió la Corte y el sustento que les adjudicó. Y ellas son centrales puesto que, de acuerdo a como venía planteado el caso, para arribar a la decisión *necesariamente* debía resolver esas dos cuestiones. Si, a mérito de lo expuesto, intentáramos ansiosamente extraer la *regla general* o el *principio* jurisprudencial que emana del pronunciamiento -el que no está explícitamente formulado- es obvio que deberíamos ceñirnos muy prudentemente a los hechos del caso y a lo resuelto en él, a pesar de que mucho de lo dicho por el Tribunal permite formular una regla que trasciende los referidos hechos del caso. La existencia de un sólo precedente no es guía segura ni suficiente para generalizar conductas. A mi modo de ver, y provisionalmente, no podríamos excedernos de las siguientes formulaciones:

1º) La vía excepcional del amparo es procedente cuando (a) un Comisario provincial, sin orden de autoridad competente ni expresión de causa que la justifique, dispone la clausura de un diario y (b) no existe otro remedio sumarísimo para conjurar la restricción de derechos constitucionales.

2º) Constituye una violación a las libertades consagradas en los artículos 14, 17 y 18 de la Constitución Nacional la clausura de un diario dispuesta por un Comisario provincial sin orden de autoridad competente ni expresión de causa que la justifique.

53. En la causa “Bertotto” (Fallos: 168: 15) la Corte había sostenido que “el recurso de amparo de la libertad o de habeas corpus se otorga en favor de toda persona detenida o arrestada sin orden escrita de autoridad competente ... nunca se entendió que él alcanzara a la protección de todos los derechos y garantías ... Ni en la letra ni en el espíritu, ni en la tradición constitucional del habeas corpus, se encuentran fundamentos para aplicarlo a la libertad de la propiedad, del comercio, de la industria ... contra los abusos e infracciones de particulares y funcionarios respecto de esos derechos, las leyes y la jurisprudencia consagran remedios administrativos y judiciales que contemplan las respectivas situaciones ...”

5. Expresiones generales: *Obiter dicta*

Como ya habrá advertido el lector, el Tribunal no dijo textual y solamente lo que se destacó en las dos reglas generales precedentemente diseñadas. También sostuvo, como se transcribió más arriba en el llamado Tercer Fundamento, que los derechos constitucionales no son simples fórmulas teóricas. El solo hecho de estar consagrados en la Constitución evidencia su existencia y su cualidad protectora. Las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos independientemente de las leyes reglamentarias. Cada uno de los artículos y cláusulas que la Constitución tiene poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación. Esto también fue dicho por el Tribunal. Dichas expresiones, podría preguntarse, ¿no integran la sentencia?

Es evidente que dichas expresiones integran materialmente, físicamente, el fallo. Están escritas y forman parte integrante de él. No obstante, ellas no se refieren de modo especial y exclusivo a las circunstancias del caso (insisto, el primero en su género). Su generalidad es tal que en su literalidad quedan abrazados todos y “*cada uno de los artículos y cláusulas*” que la Constitución posee. Tanto excede los hechos del caso que incorpora, como sujeto pasivo de la mentada obligatoriedad, a los particulares. Y, como se recordará, en “*Siri*” el sujeto pasivo de la conducta reprochada era un Comisario de la Policía de la Provincia. Igual exceso se advierte cuando alude a que “*las*” garantías constitucionales protegen a los individuos “*independientemente*” de las leyes reglamentarias. Esta afirmación general parece exagerada a la luz de un solo caso que, obviamente, no involucraba a todas las garantías o derechos individuales sino a algunos de ellos. También, como se dijo más arriba, se habla de una restricción y no, específicamente, de una clausura de un diario.

Expresiones generales como las analizadas deben ser tomadas con mucha cautela. Esos dichos del Tribunal, si bien integran la sentencia, no constituyen en sí mismas *lo decidido*, ni el *principio* o la *regla general* que emana del pronunciamiento. Si bien pueden ser vistas, de hecho, como si fueran la premisa mayor de un silogismo, ellas *no son un presupuesto necesario* para arribar a la solución arbitrada. Y no lo son, porque no era necesario proceder a expresiones tan genéricas, cuando los hechos del caso “*Siri*” eran mucho más específicos. Más bien, esas manifestaciones constituyen una proposición apriorística (o varias) que -más allá de que se pueda coincidir con ella(s) o no- carece(n) de justificación expresa en el fallo a la luz de los hechos que debía juzgar. Pues, es conveniente reiterarlo, el caso no involucraba la violación de *todos* los derechos individuales a través de *todas* las “restricciones” imaginables, por parte de la Autoridad y de los particulares.

Además, como se dijo, tal generalización tampoco era *necesaria* para llegar al resultado al que se llegó. No era *necesario* referirse a “*los particulares*” ni “*a cada uno de los artículos y cláusulas de la Constitución*”.⁵⁴ Pues en nuestro caso teníamos la conducta de un Comisario (no la de un particular)

54. “[D]igamos que la afirmación de que las libertades constitucionales son oponibles a los individuos es claramente *dictum*, si se la formula al fundar la decisión de un caso en que se ventila un ataque a las mismas cometido por las autoridades” (Carrió, Genaro R., op. cit. *supra* nota 38, pág. 50 nota (1)).

que había procedido a la clausura un diario (y no a una genérica restricción), en alegada infracción a los artículos 14, 17, y 18 de la Ley Fundamental (y no de todos sus artículos y cláusulas).

Por último, no puede olvidarse lo dicho al comienzo del Capítulo III en cuanto a la competencia de los jueces. Éstos no resuelven todos los casos imaginables a partir de los hechos de un sólo caso. Resuelven, y solamente están autorizados a resolver, “el” caso o conflicto sometido a decisión. Y parece claro que ese asunto no versaba sobre la conducta inconstitucional de un particular ni involucraba a cada uno de los artículos y cláusulas de la Constitución. Estos temas no integraban los hechos controvertidos en el presente.

Consecuentemente, si se sostuviera que esas expresiones generales forman parte de *lo decidido* en “Siri” se estaría proponiendo o presuponiendo, necesariamente, que los jueces pueden ejercer su jurisdicción mucho más allá de la competencia que el ordenamiento jurídico vigente les ha reconocido.⁵⁵

Estas razones explican, creo que de modo aceptable, el lugar que corresponde adjudicar a estas expresiones generales. Como dijo la Corte en el año 1888 en el caso “Elortondo” -cuando una de las partes invocaba ciertos pasajes expresados en otros precedentes y que juzgaba aplicables al caso que tenía que resolver-:

Cualquiera sea la generalidad de los conceptos empleados por el Tribunal en esos fallos, *ellos no pueden entenderse sino con relación a las circunstancias del caso que los motivó*, siendo, como es, una máxima de derecho que *las expresiones generales empleadas en las decisiones judiciales deben tomarse siempre en conexión con el caso en el cual se usan, y que en cuanto vayan más allá, pueden ser respetadas pero de ninguna manera obligan el juicio del tribunal para los casos subsiguientes* (Énfasis agregado).⁵⁶

Este tipo de expresiones generales -que pueden adquirir diversas modalidades que luego veremos- es conocido con el nombre de *obiter dicta* (*obiter dictum*, en singular) o, simplemente *dicta* u *obiter*. Tal denominación ha sido empleada frecuente e indistintamente por la Corte Suprema, en oportunidad de ceñir o circunscribir el alcance de lo expresado en fallos anteriores.⁵⁷ En ciertas

55. Ver *supra* Capítulo IV.

56. Fallos: 33: 162, 196, “Municipalidad de la Capital v. Elortondo”, considerando 26 (1888). En este mismo considerando, antes del párrafo recién transcrito, dijo la Corte:

“Que no puede deducirse un argumento serio contra estas conclusiones de la decisión anterior de este Tribunal en los casos del Procurador Fiscal de la Sección de Santa Fe contra los señores Señorans y Rosas y contra don Francisco Ferré, invocados por el procurador municipal en estos autos. Primero: porque en el caso de esos fallos, dictados con motivo de las expropiaciones que fue necesario realizar para hacer efectiva la entrega de una legua de tierras al costado de la vía del Ferrocarril Central Argentino, estipulada en el contrato de construcción de dicha vía, *mediaba una circunstancia que no media en el presente y que hace desaparecer toda paridad entre ellos*, a saber: que la concesión de aquellas tierras fue hecha teniéndose en mira y fijándose como condición de ello, su población y colonización para proporcionar tráfico y vida a la vía proyectada, objetos en sí de verdadero e indisputable interés público, que justificaban legalmente la autorización conferida al Gobierno para expropiarlas ...” (Énfasis agregado)

57. Ver “Abaco, Compañía Financiera S.A.”, del 24 de marzo de 1992; “Santiago Omar Riveros y otros”, del 11 de diciembre de 1990, considerando 18 (voto de Petracchi y Oyhanarte); Fallos: 312 (I): 916, 930 (1989), considerando 5º, “Horacio Verbitzky y otros”; 311 (I): 460, 471 (1988), Raul Osvaldo Bruno (considerando 19, 5º párrafo); 306: 980 (1984), “Alberto L. Imposti v. María Cristina Peralta”; 305: 1694, 1697 (1983), “Eduardo Manuel Boccaccio”; 242: 280, 299 (1958), “Carlos Juan Madariaga Anchorena”; 219: 583, 591 (1951).

oportunidades ellas suelen ser muy útiles, o respetables, como dijo la Corte en “*Elortondo*”. Pero, en otras ocasiones pueden ser notablemente perturbadoras. Pueden alentar la creencia en que *lo decidido* se extiende mucho más allá de los hechos del caso.

Pero insisto una vez más que si lo que se pretende es establecer cuál es la *regla general* o el *principio* jurisprudencial que emana de un caso, en particular, del primero en su género, esas expresiones deben ser aisladas. Si se quiere, ellas pueden ser empleadas en citas posteriores, pero debe hacerse teniendo presente que sería inconveniente adoptarlas como si integraran la *regla general* o el *principio* jurisprudencial en base al cual se había decidido ese caso. Por hipótesis, ellas podrían ser útiles si, en un conflicto posterior, el abogado o el juez se enfrentaran a un supuesto de hecho análogo pero donde el infractor no es un policía sino un particular. En tal caso, gran parte de *lo dicho* por la Corte puede ser de utilidad para defender -con apoyo en *lo dicho* en un precedente- la extensión de *lo resuelto* en “*Siri*” a esa nueva causa.

Pero si, por ejemplo, el juez o el abogado pretendieran que lo que la Corte *decidió* en “*Siri*” fue que la Autoridad (en vez de un Comisario) no puede imponer restricciones (en vez de una clausura) a un diario, sin orden de autoridad competente ni causa que la justifique, estarían doblemente equivocados.

Por una parte, esto, como quedó expuesto más arriba (y como se acaba de destacar entre paréntesis), no fue lo que la Corte *decidió* en aquella causa. Por la otra, y dado lo abarcador del término Autoridad, podría llegar a incluirse dentro de ese vocablo al legislador y a los jueces. Y, dentro del vocablo restricción, podría llegar a comprenderse, genéricamente, a las leyes laborales y previsionales y las disposiciones municipales en materia de habilitación de locales. Creo que todos coincidiremos en que el caso “*Siri*” no consiente estas extensiones. Y una de las razones por las cuales existiría tal coincidencia es, precisamente, por la lejanía en que tales extensiones se hallan respecto de los hechos del caso “*Siri*”.

6. Recapitulación

A lo largo del presente Capítulo he intentado precisar de modo provisional qué fue lo que se resolvió en el caso “*Siri*”, porqué se adoptó tal decisión y cuáles expresiones constituyeron lo que se denomina *obiter dicta*. He insistido también en que al ser el primer caso de su género, lo resuelto está estrechamente ligado a sus hechos relevantes. Esa caracterización liminar, sin embargo, omitió el tratamiento de varias cosas importantes.

En dicho caso, la Corte Suprema abrió el surco de lo que hoy conocemos como la acción de amparo. Sin embargo, muchas cosas quedaban por resolver. Una de ellas, por ejemplo, era las características de la acción en sí misma. En vano se recorrerá el texto del fallo buscando pautas generales que pudieran ser de utilidad para resolver casos futuros. Ellas no se expresaron siquiera al pasar. Ante este silencio, todo lo que se extrae del fallo es que el Tribunal no objetó que este tipo de acción fuera deducida ante un juez penal local y que éste, y la propia Corte, solicitaran informes sobre los hechos a las autoridades policiales de la jurisdicción. También destacó el Tribunal las excepcionales circunstancias que se verificaban en la emergencia.

Por otro lado, como vimos en el Capítulo tercero, no existe un caso absolutamente igual (idéntico) a otro ya resuelto. Y si existiera, los jueces no podrían volver a fallarlo. Sin embargo, esta observación no nos es de mucha ayuda. Pues cuando los jueces y los abogados citan otros casos en apoyo de su decisión o del interés que defienden, no creen ni se proponen percibir identidades sino lo que de un modo bastante impreciso denominan semejanzas relevantes o ciertas analogías, similitudes o igualdades relativas en cuanto a los hechos o al tipo de cuestiones que allí se ventilaron.

La cita o remisión al caso precedente se puede hacer con el propósito de mencionar un ejemplo de lo que *se resolvió* en un supuesto semejante o relativamente igual al presente. Para ello, será necesario extraer del caso la *regla general* o el *principio* jurisprudencial que está implícito en él. Como el presente supuesto es esencialmente parecido o similar al anterior, la solución a adoptar debe ser la misma. Pues, como dijimos al inicio, los casos substancialmente análogos deben ser tratados del mismo modo.⁵⁸

Parejamente, si lo que se proponen es distinguir el o los precedentes del caso actual, destacarán las diferencias relevantes de aquéllos con éste. Quizá se proponga citar lo que se dijo (*dictum*) en el precedente, como cosa distinta de lo resuelto en él y que no constituye la *regla general* o el *principio* que de él emana.

Quien tiene que realizar esta tarea, que guarda semejanzas con la que he desarrollado en los capítulos anteriores, es, de modo ineludible, el tribunal que debe resolver un nuevo caso; o el autor que estudia esa decisión (o esas decisiones) en un ensayo o el abogado que necesita saber cuál es el derecho vigente.

Reconstruir este proceso es bastante complejo, pues está estrechamente vinculado a cada sentencia y, como sabemos, así como no hay dos casos iguales tampoco existen dos sentencias iguales.

Por lo general, cuando un juez encara esta tarea se enfrenta a diversos problemas.⁵⁹ Puede ocurrir que el relato de los hechos efectuado en la sentencia precedente sea muy escueto, demasiado genérico o muy específico. La sentencia precedente, por ejemplo, puede considerar expresamente como relevantes hechos que para el juez que debe decidir ahora no lo son. Es posible también que los fundamentos expresados en la sentencia sean muy nutridos.

Si acudimos al caso “*Siri*” veremos que, si bien los fundamentos no son muchos, en ellos se alude al artículo 14, al 17 y al 18 de la Constitución. Sin duda que la conducta policial interfería, por ejemplo, con la libertad de trabajo y con el derecho de propiedad del Sr. Siri. Pero en principio y tratándose del primer caso, parece más cercano, más ajustado a los hechos de la causa, el concentrarse en la libertad de imprenta y de publicación de las ideas sin censura

58. El lector quizá ya se haya preguntado qué sucede cuando el precedente, a juicio del tribunal que debe resolver un caso análogo, está mal resuelto. Pues bien, si los precedentes no son considerados obligatorios, es probable que el juez adopte sin más otra solución. Pero, a veces y por una multiplicidad de motivos, un tribunal siente cierta reticencia en apartarse abiertamente del precedente y lo que procura hacer es distinguir la situación de hecho de uno u otro. Otra estrategia puede consistir en ceñir al máximo el alcance de la norma contenida en el precedente, ajustándola estrictamente a los hechos del caso allí resuelto.

59. En términos generales, estos problemas también los enfrentan los abogados.

previa, dado que lo clausurado era, precisamente, un diario.⁶⁰ Estas libertades (de imprenta y de publicar las ideas sin censura) tienen una relación más directa con los hechos de ese caso.

Por otro lado, puede suceder que una sentencia, entre los numerosos fundamentos que contiene, posea uno que parezca condensar a todos. De modo más categórico, es posible que el fallo contenga la explicitación de una proposición general -su *regla general* o el *principio* jurisprudencial sentado-elaborada por el sentenciante que contenga a la norma individual del caso pero que, precisamente por su generalidad, abarque más casos que el resuelto. Si volvemos a la situación de Siri, es evidente que una norma general que realza el ataque a la libertad de imprenta y de publicación de las ideas (con lo cual ya quedarían incluidos un local donde se imprime, redacta o compone un periódico -diario, semanario, quincenal, mensual-, una revista -jurídica, cómica, política, etc.-) tendría un ámbito de aplicación más estrecho que una que se basara en la libertad de trabajo o en la propiedad.

Ante tales variantes, es evidente que el tribunal que tiene que resolver, hoy, un nuevo caso, debe *decidir* muchas cosas. Esta tarea evidencia uno de los momentos claves en lo que podríamos denominar “el arte de la cita”. La mayor o menor sofisticación que se emplee, la buena fe o la ausencia de ella y la capacidad de convicción que haya desarrollado el Tribunal en la sentencia permitirán analizarla críticamente.

VI. LA TAREA DE DISTINGUIR UN PRECEDENTE DEL CASO A RESOLVER

1. Introducción

En el capítulo anterior, hemos analizado, fundamentalmente, cuál es la regla general o el principio jurisprudencial que emana de un pronunciamiento judicial y cuáles expresiones pueden ser tomadas como *obiter dicta*. Ahora abordaré otra fase del manejo de los precedentes. Ésta consiste en distinguir el caso a resolver del precedente que se invoca.

Básicamente, existen dos formas de hacerlo. Una de ellas versa fundamentalmente sobre los hechos. En estos casos, lo que se busca es resaltar ciertos hechos del precedente que, comparados con los del caso sometido a decisión, se consideran (o deben considerarse) substancialmente diferentes.

60. Obsérvese cómo Carrió formula qué hechos eran relevantes en “Siri” y porqué:

“Tal como estaban planteadas las cosas, dejar librada la suerte del diario al éxito de los procedimientos legales ordinarios *hubiera significado condenarlo al silencio durante un largo tiempo, quizás años*. El *ataque a la libertad de prensa* era directo: el local del diario estaba clausurado con una consigna en la puerta. No se sabía quién había dispuesto la medida ni cuáles eran sus fundamentos. En esas condiciones, la actitud oficial equivalía, lisa y llanamente, al empleo absolutamente injustificado de vías de hecho.

Por otra parte, *estaba de por medio una libertad esencial*, íntimamente vinculada a nuestra estructura política. *La forma habitual de compensar los actos ilícitos -el pago de una suma de dinero- no resulta compensación suficiente para una lesión a la libertad de prensa*. Aunque en definitiva se hubiese llegado a declarar, en un proceso común, la responsabilidad del funcionario interviniente, y aun la indirecta del Estado, la lesión causada por *la clausura del diario habría tenido, en enorme medida, carácter irreparable*.” (Énfasis agregado). (op. cit., *supra* nota 38, págs. 151-152).

Ello proporcionará el sustento para que, dado que los casos no son esencialmente análogos, lo decidido en el precedente se aplique, en principio, a casos semejantes a éste y sólo a ellos. A partir de aquí, si el tribunal desea aplicar un principio jurisprudencial distinto deberá justificarlo, pero estará en mayor libertad que si el caso hubiera sido juzgado análogo al anterior.

La otra forma de distinguir el precedente del presente supuesto, es aislar el principio o la regla jurisprudencial explicitable del precedente de otras expresiones que son consideradas *obiter* y, por lo tanto, innecesarias a la luz del *thema decidiendi*. En estos supuestos los hechos del caso no suelen estar controvertidos ni jugar un papel preponderante. Más que discutirse cuestiones de hecho, se lo hace sobre lo que podríamos denominar, en lenguaje corriente pero no exento de ambigüedad, “cuestiones de puro derecho”.

2. Distinción entre los hechos del precedente y los del caso a resolver

a) El caso “Bazterrica”

El 29 de agosto de 1986, la Corte Suprema resolvió la famosa causa “Bazterrica”.⁶¹ El nombrado había sido condenado por violación del artículo 6º de la ley 20.771, que reprimía con prisión y multa al “que tuviere en su poder estupefacientes, aunque estuvieran destinados a uso personal.” Bazterrica había sido sorprendido con 3,6 grs. de marihuana y 0,06 grs. de cloridrato de cocaína en su poder.⁶² La Corte, por mayoría, declaró la inconstitucionalidad del artículo 6º, por violentar el artículo 19 de la Constitución Nacional. Pero “Bazterrica”, primer caso en que se declaraba la inconstitucionalidad de esa norma, era un mal precedente por varias razones de orden técnico.

En primer lugar, el voto mayoritario estaba fragmentado. Si bien tres ministros declaraban la inconstitucionalidad del art. 6º, no había unidad de fundamentos. Belluscio y Bacqué, coincidieron en el soporte argumental que llevaba a la no convalidación constitucional, en tanto que Petracchi lo hizo según su voto. En casos así, el valor de una sentencia como precedente queda muy debilitado. Pues es muy difícil explicitar un principio jurisprudencial que abarque la sustancia de los dos pronunciamientos sin incurrir en generalizaciones o simplificaciones excesivas.

En segundo término, lo dicho en ambos votos difiere en un aspecto trascendente. El énfasis de Belluscio y Bacqué está depositado en la interpretación que hacen del artículo 19 de la Constitución, el que impone “límites a la actividad legislativa consistentes en exigir que no se prohíba una conducta que se desarrolle dentro de la esfera privada entendida ésta no como la de las acciones que se realizan en la intimidad, protegidas por el art. 18, sino como *aquellas que no ofendan al orden o a la moralidad pública, esto es, que no perjudiquen a terceros. Las conductas del hombre que se dirijan contra sí mismo, quedan fuera del ámbito de las prohibiciones.*”

Luego, refiriéndose en concreto al artículo 6º, sostuvieron que la norma no distingue entre “las acciones que ofenden a la moral pública o perjudican a

61. Fallos: 308 (I): 1392 (1986).

62. Estas referencias surgen del voto del ministro Petracchi (*Id.*, pág. 1421).

un tercero, de aquéllas que pertenecen al campo estrictamente individual”. Por lo tanto “no castiga daños concretos a terceros y a la comunidad”. Finalmente declararon la inconstitucionalidad “*en cuanto incrimina la simple tenencia para uso personal*”.

El voto de Petracchi, en términos generales coincidente con lo recién expuesto, añade expresamente un elemento al momento de proponer la inconstitucionalidad, a saber: “se declara la inconstitucionalidad de esa disposición legal en tanto incrimina la tenencia de estupefacientes *para uso personal que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros*”.

El “*que se realicen en condiciones tales*” es la clave del asunto. Y tan clave era que, en el caso, quedó sin develar. Pues ninguno de los votos describió cuáles eran las circunstancias de hecho (o “condiciones tales”) bajo las que se produjo el hallazgo y secuestro de las drogas que poseía Bazterrica.

La sentencia (el voto plural y el individual) proporciona argumentos ostensibles y explícitos encaminados a justificar su desacuerdo global con la penalización de la tenencia de estupefacientes para consumo personal. Pero en ningún momento subsume los hechos del caso en sus declaraciones genéricas. Es más, de la lectura del fallo es imposible conocerlos. Ante tal ausencia de precisión es imposible determinar qué hechos fueron considerados relevantes por la mayoría. Por un lado, el voto plural admite ser interpretado como invalidando la norma -con sustento en el artículo 19 de la Ley Fundamental- por incriminar toda simple tenencia para uso personal. Pero por otro, pareciera que del juego del artículo 19 con el 18 de igual texto, la tenencia constitucionalmente válida de drogas para uso personal debiera ser ejercida solamente “en la intimidad”. El voto de Petracchi, según como lo he sintetizado más arriba, es más claro en este aspecto. Pero tampoco subsume los hechos del caso en las expresiones generales que enuncia. Consecuentemente, “*Bazterrica*” era un precedente demasiado frágil. Inclusive es cuestionable su valor como precedente. Es cierto que aun ante estas fragilidades podría elaborarse una regla general. Mas esa regla o principio serían una guía demasiado incierta y vaga. Es evidente que la mayoría de la Corte consideraba inconstitucional la tenencia de drogas para consumo personal. Pero como no se conocen las circunstancias bajo las cuales pudo establecerse que Bazterrica tenía droga, el precedente ofrecía un vacío que sólo los casos posteriores podrían llenar.

Todo ello, como era de prever, debió ser resuelto y reformulado con posterioridad. Era claro que la Corte había declarado la inconstitucionalidad del artículo 6° de la ley 20.771. No surgía con claridad, sin embargo, cuál era el principio jurisprudencial ni los hechos del caso.

b) Cuatro casos posteriores

En los cuatro casos que se relatarán a continuación, dictados en los dos años subsiguientes a “*Bazterrica*”, la Corte precisó el principio jurisprudencial que regía los supuestos de tenencia de drogas para consumo personal en los siguientes términos. Dijo en “*Von Wernich*”:

“Que, como lo destaca el Sr. Procurador Fiscal, corresponde concluir en la improcedencia del remedio federal intentado, pues la recurrente no ha rebatido los argumentos sustanciales del sentenciante, referentes a que *no se habría*

*vulnerado el ámbito de privacidad protegido por el art. 19 de la Constitución, habida cuenta de que el acusado fue sorprendido fumando marihuana en un sitio público -la plaza San Martín- y a que existió peligro cierto y concreto en la acción prohibida, pues conforme a las declaraciones indagatorias de von Wernich y del coprocesado Isidoro Julio Félix Martínez Platis, aquél indujo a éste a consumir marihuana en los instantes previos a su detención; a lo que se debe agregar que no resulta aplicable al caso la doctrina establecida por la mayoría de esta Corte en las causas ... "Bazterrica" ... y ... "Capalbo" ... falladas el 29 de agosto de 1986, pues el hecho imputado no puede ser considerado como restringido a la esfera de intimidad preservada por la norma constitucional antes mencionada."*⁶³ (Énfasis agregado)

En "*García*", agregó:

"5º) Que respecto al fondo del asunto, el Tribunal ha resuelto declarar la inconstitucionalidad de la norma citada en cuanto incrimina la tenencia de estupefacientes para uso personal que se realice *en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros* (causa "*Bazterrica*" ...) *por lo que la doctrina enunciada no resulta aplicable al caso*. Ello es así, por cuanto *el condenado fue sorprendido en la tenencia de marihuana en oportunidad en que transitaba por la vía pública en un vehículo, con tres acompañantes, a quienes no sólo había invitado a consumir la droga, sino que además había logrado que al menos uno de ellos aceptara el convite, situación que pudo ser observada por el personal policial, lo que motivó el procedimiento. En consecuencia, el hecho imputado no puede ser considerado como restringido a la esfera de la intimidad preservada por el art. 19 de la Constitución Nacional* (causa "*Von Wernich*" ...).⁶⁴ (Énfasis agregado)

De la lectura de ambos pronunciamientos surge con mayor claridad cuál era el principio jurisprudencial aplicable y cuáles sus límites externos.

Por un lado, es evidente que el Tribunal debió precisar la doctrina de "*Bazterrica*". A tal fin, la mayoría, ahora unificada (Belluscio, Petracchi y Bacqué) adoptaba la formulación de Petracchi ("tenencia de estupefacientes para uso personal que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros").

Por otro lado, se iban diseñando los límites externos del principio jurisprudencial al caracterizar la tenencia y consumo en una plaza y en un automóvil como ámbitos excluidos de su protección. Esos lugares estaban fuera de la esfera de su intimidad.

Unos meses después, en "*Gerstein*", la Corte, por unanimidad, ciñó aun más el alcance del principio:

"3º) Que según se desprende de las actuaciones, en el domicilio de la procesada se secuestró *cannabis sativa* ("marihuana"), que fue hallada en el interior de dos bolsos y en distintas cajas de fósforos en las que el vegetal se encontraba preparado en forma de cigarrillos. Además, Gerstein -en concordancia con Gabriel Pereyra-, quien ocasionalmente cohabitaba con ella- no sólo reconoce la posesión del estupefaciente sino que admite también que,

63. Fallos: 310 (III): 2836, 2839 (1987), "Gustavo Adolfo Von Wernich".

64. Fallos: 311 (II): 2228, 2231 (1988), "Alejandro Marcelo García".

parte de éste fue consumido en su departamento por distintas personas quienes, incluso, armaron algunos de los cigarrillos secuestrados.

4º) Que las circunstancias apuntadas hacen inaplicable la doctrina invocada por la recurrente toda vez que, tal como lo señala el a quo, *no se ha menoscabado el ámbito de privacidad protegido por el art. 19 de la Constitución Nacional en tanto la conducta que se le reprocha a aquélla ha trascendido la esfera protegida por dicha norma*”.⁶⁵ (Énfasis agregado)

Es evidente que la “esfera de protección” del artículo 19 poseía contornos cada vez más precisos y era más pequeña, mucho más pequeña que la masa un poco informe que había protegido a Bazterrica.

Posteriormente, la Corte restringió aun más el alcance del principio jurisprudencial. Así, en “*Dicapua*”, sostuvo:

“2º) Que ... el condenado fue detenido en oportunidad en que *se presentó en una dependencia policial para visitar a un amigo allí alojado, y al efectuársele la requisita de rigor se le secuestraron dos cigarrillos de “marihuana”*. Según expresa la misma defensa, *Dicapua portaba estos elementos para concurrir a una fiesta en el ‘Monumento a la Bandera’ (día de la primavera) con el evidente propósito de autoconsumo*”.

3º) Que la tenencia de la droga con el aludido propósito de ser consumida en un lugar público en el que se realiza un festejo juvenil, *constituye una situación de hecho diferente a la contemplada en el caso de Fallos: 308: 1392, por lo que su invocación como fundamento para impugnar el fallo apelado resulta insuficiente*.”⁶⁶ (Énfasis agregado)

Quizá, una de las mayores curiosidades de este caso -al margen de su brevedad y lenguaje críptico- consiste en la remisión a “*Bazterrica*”, omitiendo los casos posteriores a él. Creo que de las transcripciones realizadas surge claramente que fueron estos últimos los que rediseñaron con mayor precisión el principio. La Corte no podía decir, lacónicamente, que el presente constituye una situación de hecho diferente de aquél, porque (a) en “*Bazterrica*” no se describieron los hechos y (b) que los hechos difirieran no produce la exclusión automática de la solución adoptada en el precedente.

En la precisión de los alcances del caso “*Bazterrica*”, los hechos relevantes de cada caso y la realidad social fueron nutriendo al Tribunal. “*Bazterrica*” y su exagerada e imprecisa generalidad (a pesar de la seriedad de sus fundamentos jurídicos y filosóficos) había alimentado muchas resistencias. Gran parte de éstas, tan exageradas como la propia generalidad de “*Bazterrica*”. Éste, en varios pasajes, es un gran *obiter* y su evolución e impacto político muestran los inconvenientes de formular expresiones tan generales. Otros tribunales, la prensa, algunos autores y políticos lo consideraban un error. En septiembre de 1989 el Congreso de la Nación sancionó una nueva norma (ley 23.737) que hizo caso omiso de toda la elaboración jurisprudencial referida. La penalización de la tenencia de droga para uso personal, aun en la intimidad, volvía a recibir la bendición legislativa.

Al margen de estas consideraciones, creo que los casos reseñados son buen ejemplo de la modalidad que deseaba ilustrar. Por muy seguro que se esté, en abstracto, acerca de ciertos principios e ideas, otros factores aleccionan

65. Fallos 311 (III): 2721, 2724 (1988), “Myriam Noemí Gerstein”.

66. Fallos: 312: 1892, 1894-1895 (1989), “Sergio Héctor Dicapua”.

al Tribunal. Y si el Tribunal es permeable y conciente de su misión constitucional debe escucharlos y, eventualmente, rebatirlos. No hay dos casos iguales, decía al comienzo de esta monografía. El derrotero seguido por la Corte en los precedentes recién estudiados es ilustrativo de tal aserto.

3. Deslinde entre la regla o el principio y las expresiones generales

a) El caso “Esquivillón”

En el año 1957 la Corte Suprema resolvió la causa “Esquivillón”.⁶⁷ El asunto llegaba al Tribunal por recurso ordinario de apelación deducido por la Dirección General Impositiva. En él se discutía el alcance atribuible al decreto 14.342/46 que establecía el impuesto a las ganancias eventuales. La Cámara Federal había resuelto que en el presente caso no correspondía la aplicación de dicho gravamen sobre la diferencia existente entre la valuación fiscal de un inmueble y el monto de la expropiación del mismo. La D.G.I. defendía su pertinencia. Es importante destacar, como se dijo al inicio, que se trataba de un recurso ordinario y no de uno extraordinario. En el primero, a diferencia del segundo, la competencia del Tribunal es más extensa, pues no necesita que exista una cuestión federal. En casos como el presente, se trata de revisar si la interpretación de la norma federal efectuada por el tribunal inferior es correcta.

Luego de transcribir y analizar los artículos de ese decreto en los cuales se identificaban diversos hechos imponible, dijo la Corte:

“De la confrontación de este texto [artículo 3] con el anterior [artículo 2] aparece manifiesta la correlación de los enunciados beneficios del art. 2º⁶⁸ con la clasificación de las actividades (actos o hechos) productores de beneficio y enriquecimiento que se formula en el art. 3º.⁶⁹ Refiriéndose a las primeras ‘los beneficios obtenidos en la venta y permuta de bienes muebles e inmuebles’, y comprendidos en las segundas ‘los premios de lotería, juegos de azar y, en general, toda clase de enriquecimiento que no esté expresamente exceptuado’.

Que fijados estos presupuestos legales debe concluirse que *la indemnización que se acuerda al expropiado no corresponde a ninguna de las situaciones contempladas en ellos, desde que la expropiación en ningún caso puede ser causa de lucro para el expropiante o para el expropiado ni constituye una ganancia proveniente de actividades a que se refiere el art. 3º del decreto.*⁷⁰ Y ello debe ser así porque la expropiación es el ejercicio de una potestad

67. Fallos: 238: 335 (1957), “Matilde Leonie Juana Esquivillón de Igón y Elena Rita Igón de Almeyra v. Nación Argentina”.

68. Artículo 2º, decreto 14.342/46 (ratificado por ley 12.922):

“Están comprendidos dentro del presente gravamen, en cuanto no fueran alcanzados por la ley del impuesto a los réditos, los beneficios obtenidos en la venta y permuta de bienes muebles e inmuebles, premios de lotería, juegos de azar y, en general, toda clase de enriquecimiento que no esté expresamente exceptuado.” (*Id.*, pág. 350).

69. De acuerdo a la Corte Suprema: “Según el art. 3º se consideran beneficios derivados de fuente argentina: a) los que provienen ‘de bienes situados, colocados o utilizados económicamente en la República’; b) los que provienen ‘de la realización en el territorio de la Nación de cualquier acto o actividad susceptible de producir beneficios, o de hechos ocurridos dentro de los límites de la misma.’ (*Id.*).

70. Obsérvese que ninguno de los artículos transcritos en las notas anteriores aluden a “ganancias”. Mentan “beneficios”, “enriquecimientos” y “hechos ocurridos dentro de” la Nación.

irrenunciable del Estado, en el cual el expropiado no realiza ninguna actividad. Además, porque de acuerdo con [la ley de expropiación], la indemnización sólo comprenderá el valor objetivo del bien y los daños y perjuicios que sean una consecuencia directa e inmediata de la expropiación.”⁷¹ (Énfasis agregado)

Hasta aquí, la Corte sostenía la improcedencia del tributo, a la luz del lenguaje empleado en los artículos del decreto que se alegaban como aplicables. No obstante, sus argumentos se asemejan más a una conclusión que a una justificación de porqué se llega a tal resultado. La D.G.I. también había alegado que la expropiación es un acto de enajenación asimilable a la venta y, por tanto, el contribuyente estaba sujeto al impuesto. A ello la Corte replicó:

“Sería éste un argumento de mayor entidad que los ya examinados, como quiera que, en el concepto clásico -hoy superado- la expropiación es una enajenación forzosa por contraposición a la compraventa que es una enajenación voluntaria Aubry y Rau, 4 ed., t.4, p. 343, párr. 350).

Es verdad que este concepto *civilista* parece inspirado en el art. 1324 del Código Civil, que establece que nadie puede ser *obligado a vender* sino cuando se encuentra sometido a una necesidad jurídica de hacerlo y que ello puede ocurrir, entre otros supuestos, “cuando hay derecho en el comprador de comprar la cosa por expropiación por causa de utilidad pública”. Pero, desde luego, es indubitable la impropiedad de la terminología empleada, denominando comprador al expropiante y calificando de compra al acto expropiatorio. Es de advertir que el codificador argentino ... dejó aclarado que la ley especial fijará todas las condiciones de la expropiación para determinar y pagar el precio, como también lo que ha de expropiarse. Por lo demás, siempre en el país, en el orden nacional, la expropiación se ha regido por ley especial, desde la 189, anterior a la sanción del Código Civil ... y en el orden provincial por sus leyes locales, prescindiendo de las normas del Código Civil.

Es de señalar, a este respecto, que en la Ley Fundamental no exista disposición alguna que atribuya al Congreso la potestad de reglamentar la garantía de la inviolabilidad de la propiedad, que sólo mediante la indemnización previa y por causa de utilidad pública, puede extinguirse para su titular, reglamentación que en mérito de tal silencio ha quedado reservada a las provincias. Como lo tiene declarado esta Corte (Fallos: 93: 219; 97: 408), la expropiación no es materia regida por el Código Civil y las leyes que la regulan no están comprendidas en la atribución concedida al Congreso para sancionar los Códigos, pudiendo las provincias dictar las leyes que reglamenten el instituto expropiatorio.

Que la expropiación como institución de derecho público está regida por principios propios, y no por los de compraventa, figura jurídica exclusiva de derecho privado y a la cual se ha referido el decreto 14.342/46.”⁷²

71. *Id.*, págs. 350-351. A renglón seguido, la Corte agregó:

“A *mayor abundamiento*, la naturaleza jurídica del instituto expropiatorio quedaría desnaturalizada si se admitiese que el expropiado obtiene con la indemnización una ganancia ... El expropiado tiene derecho a una reparación integral, esto es, a un equilibrio de valores entre el valor del bien ... y de los daños y perjuicios emergentes de la desposesión y la indemnización. La ruptura de ese equilibrio en detrimento del expropiado significaría en algún modo entrar en el ámbito prohibido de la confiscación por parte del expropiante.”

72. *Id.*, pág. 352.

A continuación, la Corte definió las diferencias entre la compraventa y la expropiación, caracterizando a ésta como acto unilateral, por el cual el expropiante adquiere el bien a título originario, previo pago de una indemnización que no se identifica con las características del precio de una compraventa. A ello agregó:

“Que basta lo expuesto para poner de relieve la diferencia jurídica sustancial entre la expropiación y el acto voluntario de la venta que es el tenido en vista por el decreto 14.342/46 ... a estar a la letra de sus arts. 2 y 5⁷³, para gravar con el impuesto a las ganancias eventuales, la que resulta del mayor precio obtenido por el vendedor con relación al que obtuvo como comprador del bien vendido.

Y por ser notoria esta diferencia no es presumible que el legislador haya omitido la mención de la expropiación en la letra de la ley, de haber entrado en sus designios tenerla por comprendida entre los actos productores del ‘hecho imponible’; ni cabría en el caso la interpretación extensiva del art. 2 del decreto citado porque en él se hubiese dicho menos de lo que se quiso decir, pues las diferencias sustanciales entre las figuras de la compraventa y la expropiación, que quedan señaladas, no permitirían esa inteligencia.⁷⁴ (Énfasis agregado)

b) Explicitación provisional del principio jurisprudencial

Para proceder a la explicitación del principio que emana del precedente, me guiaré por las pautas que se establecieron al hacer lo propio en el caso “Siri”.⁷⁵ Dentro de las circunstancias del caso, las relevantes parecen ser las siguientes:

(i) Se trataba de un recurso ordinario de apelación, caso en el cual - como se dijo con anterioridad- la Corte interviene como tribunal de tercera instancia federal. A diferencia del recurso extraordinario, en el ordinario no es necesario que se cuestione la constitucionalidad de una norma.

(ii) Estaba en discusión el alcance de los artículos 2, 3 y 5 de un decreto nacional que establecía el impuesto a las ganancias eventuales respecto de la compraventa de inmuebles.

(iii) La D.G.I., con apoyo en esas normas, y considerando que la expropiación era una venta o, como mínimo, un acto de enajenación asimilable a ella, pretendía gravar con dicho impuesto parte de la indemnización obtenida por una expropiación del gobierno nacional.

La Corte, como vimos, *decidió* que conforme lo establecido en los artículos 2, 3 y 5 del decreto de marras, “la indemnización que se acuerda al expropiado no corresponde a ninguna de las situaciones contempladas en ellos, desde que la expropiación ... [no] constituye una ganancia proveniente de actividades a que se refiere el art. 3 del decreto”. Más adelante concluyó en que existía una “diferencia jurídica sustancial entre la expropiación y el acto voluntario de la

73. Según la Corte, el art. 5 establecía: “El beneficio neto obtenido en la venta de bienes se determinará deduciendo del precio de venta, el precio de compra, el importe de las mejoras efectuadas para conservar o aumentar su valor y el de los gastos necesarios ... Tratándose de inmuebles adquiridos con anterioridad al 1 de enero de 1946, se tomará como valor de costo (incluido mejoras) el de la valuación fiscal a esa misma fecha; sin embargo, si ésta fuere inferior al costo real se admitirá este último.” (*Id.*, pág. 349-350).

74. *Id.*, pág. 353.

75. Ver *supra*, Capítulo V.

venta que es el tenido en vista por el decreto 14.342/46 ... a estar a la letra de sus arts. 2 y 5, para gravar con el impuesto a las ganancias eventuales”.

Pero el presente caso –en este sentido, igual a “Siri”– era el primero que resolvía el Tribunal. Es evidente que éste dijo muchas más cosas que las destacadas en bastardilla. Mas la prudencia nos aconseja ceñirlo a sus específicas circunstancias. Si queremos establecer qué es lo que se *decidió* en él, como cosa distinta de qué es lo que se dijo, es evidente que deberíamos resaltar las circunstancias tenidas en cuenta anteriormente.

El principio jurisprudencial que podríamos extraer (tarea siempre provisional por ser el primer caso) dice que el impuesto a las ganancias eventuales establecido en los artículos 2, 3 y 5 de ese decreto nacional no recae sobre la indemnización obtenida por una expropiación nacional por causa de utilidad pública. Esto es, sin duda, lo que *se resolvió* en este caso. Como dijo la Corte, refiriéndose a ese decreto, “*a estar a la letra de sus arts. 2 y 5*” el impuesto no recae sobre la indemnización de la expropiación. “Y por ser notoria esta diferencia [entre la compraventa y la expropiación] *no es presumible que el legislador haya omitido la mención de la expropiación en la letra de la ley*, de haber entrado en sus designios tenerla por comprendida entre los actos productores del ‘hecho imponible’; *ni cabría en el caso la interpretación extensiva del art. 2 del decreto citado* porque en él se hubiese dicho menos de lo que se quiso decir, *pues las diferencias sustanciales entre las figuras de la compraventa y la expropiación, que quedan señaladas, no permitirían esa inteligencia.*” Los fundamentos que se expresaron deben ser ceñidos a este caso y a todo aquello que se circunscriba a sus circunstancias. Lo demás, es *dicta*. Y como tal, *puede* ser muy respetable (o no), nos *puede* estar anticipando el pensamiento de los ministros para futuros casos (o no), pero no hacen *necesariamente* a lo *decidido*.

Entre estos *obiter* he incluido aquella porción de la sentencia donde la Corte dice que “*la expropiación en ningún caso puede ser causa de lucro para el expropiante*”. La razón de tal exclusión, creo, es obvia. La Corte no podía referirse a que en “ningún caso” la expropiación puede ser causa de lucro. Esto consiste en una generalización innecesaria. Ella estaba resolviendo un supuesto en que el texto de la ley podía incluir o excluir a la expropiación dentro de sus términos, según cómo se lo interpretara. Para concluir en la exclusión no era ineludible expresar tal proposición general. El caso no hacía necesario llegar tan lejos. No se discutía de modo central si la Nación o las provincias pueden gravar las indemnizaciones obtenidas como consecuencia de una expropiación. El punto a dilucidar era si el impuesto creado por ese decreto incorporaba a la expropiación dentro de las descripciones del hecho imponible que contenía en su articulado.

c) El caso “Degó”

Al año siguiente, la Corte debió fallar el caso “Degó”.⁷⁶ En esta oportunidad, el conflicto venía por recurso extraordinario. Los integrantes de la Corte –a excepción de dos– habían variado, con motivo de la asunción del gobierno del Presidente Frondizi.

Ahora se discutía la *constitucionalidad* del artículo 44 de la ley provincial 5141 que disponía “en los casos de expropiación de inmuebles se retendrá de la

76. Fallos: 242: 73 (1958), “Félix Antonio Degó”.

indemnización el importe de los impuestos que deba satisfacer el vendedor conforme a la legislación vigente”.⁷⁷ ¿Era aplicable al presente caso *lo decidido* en “*Esquivillón*”?

Si nos guiamos por el *principio jurisprudencial* que de él he extraído, la respuesta es negativa. En aquel caso no se había *decidido* que esta ley provincial era inconstitucional. Tampoco se había *decidido* que el decreto nacional interpretado en esa sentencia era constitucionalmente válido o contrario a la Ley Fundamental. Además, el decreto referido no aludía -como en este caso- a la expropiación.

No obstante, esto no significa que no se pudiera declarar, por alguna causa, la inconstitucionalidad pedida. Lo que no se podía hacer era buscar la aplicación automática del principio extraído del primer caso.

Si, por el contrario, tomamos algunas expresiones (*dicta*) vertidas en ese fallo, es evidente que ellas nos pueden ser útiles como base o sustento para proponer la inconstitucionalidad del artículo 44 citado. Nos serviríamos de ellas para fundamentar nuestra posición, fundamentación que siempre adquiere mayor seriedad o fuerza cuando se invocan dichos de la propia Corte. Pero en tales casos debemos estar alertas al tipo de argumentaciones de las que deseamos servirnos. Por ejemplo, si vemos que lo dicho por la Corte en materia de reparación integral, del equilibrio de valores y de su ruptura sustenta la posición que vamos a defender o justificar, debemos tomarlas con conciencia de que fueron expresadas “a mayor abundamiento”.⁷⁸ Cuando una argumentación o fundamentación es precedida de tal expresión, es candidata a ser tratada como *obiter*.

d) Distinción entre lo decidido y lo dicho en el precedente

La causa fue resuelta por mayoría. Los tres ministros nuevos (Aráoz de Lamadrid, Boffi Boggero y Oyhanarte) se inclinaron por la constitucionalidad de la norma. Los dos restantes (Orgaz y Villegas Basavilbaso) -que habían fallado “*Esquivillón*”- propusieron su inconstitucionalidad. Luego de referenciar los hechos del caso, dijo la mayoría:

“Que, como se desprende de lo expuesto, la cuestión debatida difiere sustancialmente de la que motivara el caso “*Matilde Leonie Juana Esquivillón de Igón y Elena Rita Igón de Almeyra v. Nación Argentina*” (Fallos: 238: 335) en que esta Corte intervino como tribunal de tercera instancia y *se redujo a pronunciarse sobre la inteligencia de los arts. 1º, 2º, 3º y 5º del decreto-ley 14.342/46, ratificado por la ley 12.922. Su decisión no fue más allá de este punto aunque haya formulado apreciaciones que lo excedieron*. En la presente causa, en cambio, corresponde resolver si el art. 44 de la precitada ley 5141, al disponer que las indemnizaciones percibidas en los juicios expropiatorios están sujetas a gravámenes, infringe o no la Ley Fundamental. El planteado en autos es pues un problema de estricto derecho constitucional y no de mero derecho tributario.”⁷⁹ (Énfasis agregado)

Como se ve, la mayoría distinguió el presente caso del invocado precedente. Para ello se valió de las herramientas que se anticiparon al comienzo de este

77. *Id.*, pág. 86.

78. Ver transcripción, *supra* nota 71.

79. *Id.*, pág. 82 (3er. considerando).

parágrafo.⁸⁰ El derrotero seguido por la mayoría estaba en línea con lo sostenido en “*Elortondo*” -a pesar de que no lo cita-, en el sentido que “las expresiones generales empleadas en las decisiones judiciales deben tomarse siempre en conexión con el caso en el cual se usan, y que en cuanto vayan más allá, pueden ser respetadas pero de ninguna manera obligan al juicio del tribunal para los casos futuros”.⁸¹ La minoría, por su parte, sostuvo lo siguiente:

“Por aplicación de análoga doctrina, esta Corte declaró recientemente que la indemnización a recibir por el expropiado no estaba sujeta al impuesto al mayor valor o a las ganancias eventuales (Fallos: 238: 335) y aunque tal decisión fue adoptada en oportunidad de un recurso ordinario de apelación e interpretando el decreto ley 14.342/46 (ley 12.922), *los fundamentos entonces expuestos tuvieron también en vista el aspecto constitucional*. Se dijo allí: ‘*El expropiado tiene derecho a una reparación integral, esto es, a un equilibrio de valores entre el valor del bien objeto de la expropiación y de los daños y perjuicios emergentes de las disposiciones y la indemnización. La ruptura de ese equilibrio en detrimento del expropiado significaría en algún modo entrar en el ámbito prohibido de la confiscación por parte del expropiante*’ (p. 351).⁸² Y ‘si la expropiación es un acto de imperio del Estado expropiante *no sería justo ni razonable que el fisco se prevalga del ejercicio de esa potestad, extraña a la voluntad del expropiado, para cobrarle un impuesto que vendría a incidir sobre la indemnización que debe pagar al expropiado, mermada así en su provecho*’ (p. 353 *in fine*).

Estos fundamentos son literal y sustancialmente aplicables a la situación de la presente causa en que, por un lado, aparece el Estado provincial como obligado a abonar, por sentencia firme, una determinada suma de dinero ... y, por otro, el mismo Estado disminuyendo su obligación pecuniaria en perjuicio del expropiado por la vía de un impuesto que se hace recaer sobre la indemnización en esta expresa calidad”.⁸³ (Énfasis agregado)

De esta transcripción surge con claridad cómo la minoría se aferra a los *obiter* del pronunciamiento anterior y los aplica en éste porque, según dice, tales “fundamentos son literal y sustancialmente aplicables a la presente causa”.

A mi modo de ver, no es dudoso que los fundamentos aludidos -algunos expresados “a mayor abundamiento”- podían ser aplicables al caso “*Degó*”. Pero tal posibilidad no surgía del hecho que eso se hubiera *decidido* en el precedente. Pues, creo también indudable que *lo decidido* en este último no consistía en el debate y declaración de inconstitucionalidad de la norma entonces cuestionada. Además, el decreto cuya inteligencia estaba controvertida en “*Esquivillón*” no decía textualmente -como sí establecía el artículo 44 de la ley provincial sub examine en “*Degó*”- que la indemnización expropiatoria estaba sujeta a todos los tributos vigentes.

Es evidente que los integrantes de la mayoría y de la minoría participaban de ideas antagónicas. Si ambos hubieran visto el problema conforme un ideario

80. Este principio fue luego reiterado en Fallos: 242: 280, 299 (1958), “Carlos Juan Madariaga Anchorena”, en los siguientes términos:

“Que con respecto al tercer agravio, sobre las consideraciones formuladas *obiter dictum* en Fallos: 238: 335, debe prevalecer *la decisión expresa* del precitado caso ‘Degó, Félix Antonio’, del 20-10-58.”

81. Fallos: 33: 162, 196 (1888), citado *supra* nota 56.

82. Esta proposición integra el párrafo expresado “a mayor abundamiento” y destacado *supra* nota 71.

83. *Id.*, pág. 89.

común, la solución habría sido la propuesta por los disidentes. Pero tal solución, a no dudarlo, no hubiera venido predeterminada por *lo decidido* en el precedente. Sino por su coincidencia con expresiones generales (*dicta*) vertidas en él.

Estos dos casos son ilustrativos, además, de la flexibilidad que posee todo sistema que tenga en cuenta lo decidido en casos anteriores, como aspecto diferente lo dicho en ellos. Los principios jurisprudenciales y los *obiter* se van moldeando y explicitando de caso en caso, según los hechos y circunstancias que los configuran. En ello, el tribunal que debe resolver el nuevo asunto juega un rol preponderante.

VII. EFECTOS DEL ABANDONO DEL PRECEDENTE

1. *Introducción*

De los casos analizados hasta aquí y de los demás mencionados en las notas de pie de página antecedentes, surge con bastante claridad que la Corte Suprema, de modo habitual, tiene en cuenta sus propios precedentes, se apoya en ellos para justificar sus sentencias, distingue o asimila las situaciones de hecho contenidas en ellos y, frecuentemente, deslinda lo resuelto en el o los antecedentes, de otras expresiones generales vertidas en ellos.

Ahora estudiaremos qué puede ocurrir cuando, ante un caso dado, el Tribunal decide apartarse de la jurisprudencia vigente hasta ese momento y cuáles son los efectos de ese apartamiento sobre los casos análogos subsiguientes. Este abandono o apartamiento de la jurisprudencia y su reemplazo por una nueva línea decisoria que generalmente posee un sentido opuesto a la anterior, es un fenómeno que se ha repetido con cierta frecuencia en los últimos años. Es difícil afirmar, fundadamente, si la Corte Suprema ha variado su jurisprudencia con mayor asiduidad en los últimos seis años que en períodos anteriores. En mi opinión, la razón fundamental a la que obedece esta dificultad estriba en que, en términos generales, los autores contemporáneos de trabajos de Derecho Constitucional realizan un seguimiento mucho mayor y mucho más preciso de la jurisprudencia de la Corte si se los compara con el que se ha hecho en períodos anteriores. Además, y debido a esa ausencia anterior, es muy difícil poder determinar seriamente qué ocurrió en el pasado. Debido a nuestra formación, era muy poco frecuente que se hiciera hincapié en el hecho del cambio de jurisprudencia y en su estudio sistemático. Por último, con apoyo en los frecuentes gobiernos de facto ocurridos a partir del año 1930 y los cambios de integrantes de la Corte Suprema de un solo golpe, podría especularse que este fenómeno de los cambios de jurisprudencia se ha repetido más de lo que generalmente se cree. Sin embargo -y a pesar de que participo de esta creencia-, considero que ella debería ser fundamentada en un estudio serio, profundo, completo y sistemático que, al día de hoy, hasta donde conozco, no se ha hecho. En el análisis que sigue no he pretendido llevar adelante esa tarea ni abarcar todos los matices que presenta este nuevo aspecto. Simplemente, como en los capítulos anteriores, me propongo resaltar algunos casos recientes en los que la Corte Suprema ha debido lidiar con este complejo problema.

2. El caso “Strada”

El 8 de abril de 1986, el Alto Tribunal dictó sentencia en la causa “Strada”.⁸⁴ Los antecedentes de la cuestión eran los siguientes: la Sala Primera de la Cámara de Paz Letrada de Rosario (provincia de Santa Fe), había modificado el fallo de primera instancia favorable a la demanda de desalojo promovida por Juan Luis Strada. Contra dicho pronunciamiento, éste dedujo, por un lado, recurso local de inconstitucionalidad y, por el otro, recurso extraordinario federal. La Cámara rechazó ambas apelaciones. En cuanto al extraordinario federal, ella basó su rechazo en que el tribunal superior de la causa, a los efectos de la interposición del recurso extraordinario, era la Suprema Corte provincial y no ella. Esto motivó que la actora acudiera a la Corte Suprema Nacional por recurso de hecho. Como consecuencia del rechazo del recurso local de inconstitucionalidad -cuya motivación no viene al caso-, la accionante acudió en queja ante la corte suprema provincial, tribunal este que, en definitiva, desestimó la queja. Contra este pronunciamiento, la actora también dedujo recurso extraordinario federal el que, denegado por la Corte Suprema de la provincia de Santa Fe por considerar, entre otras razones, que los agravios expresados respecto de la sentencia de cámara podían encontrar adecuado remedio a través del recurso federal intentado respecto de esa decisión, motivó un nuevo recurso de hecho ante el Alto Tribunal Federal.

Hasta aquí, la apelante había seguido el camino más seguro que debía recorrerse en sede provincial para no perder el derecho de deducir apropiadamente el recurso extraordinario federal. El destino final de este periplo era, obviamente, acceder a la Corte Suprema Nacional. Para ello, el recurrente se había visto en la necesidad de deducir dos recursos de queja ante el tribunal federal. Como se infiere de lo expuesto, la cuestión central por la cual aquél se había visto en la necesidad de interponer esas dos presentaciones directas radicaba en cuál era el tribunal superior de la causa, a los efectos del artículo 14, primer párrafo, de la ley 48.⁸⁵ Si el recurso de inconstitucionalidad local era interpretado como incluyendo solamente determinadas cuestiones locales (y, consecuentemente, excluyendo las federales), el tribunal superior de la causa -a los efectos del extraordinario federal- era la Cámara de Apelaciones y no la Corte Suprema provincial.⁸⁶ Por su parte, la Corte Suprema Nacional entendía, generalmente, que en casos como el

84. “Juan Luis Strada v. Ocupantes del Perímetro Ubicado entre las calles Deán Funes, Saavedra, Barra y Cullen”, Fallos: 308 (I): 490 (1986); E.D., 117-587; L.L., 1986-B, 474. El análisis que sigue, referido a los casos “Strada” y “Tellez”, es una versión abreviada y, en parte, corregida, del artículo publicado bajo el título: “Efectos ‘ex Nunc’ de un Cambio de Jurisprudencia: El Caso ‘María Esther Tellez c. Bagala S.A.’”, E.D., Tº 146, pág. 967 (1992).

85. Dice el primer párrafo del art. 14 de la ley 48:

“Una vez radicado un juicio ante los tribunales de provincia, será sentenciado y fenecido en la jurisdicción provincial, y sólo podrá apelarse a la Corte Suprema de las sentencias definitivas pronunciadas por los tribunales superiores de provincia en los casos siguientes”.

86. En los últimos años, la cuestión del “tribunal superior” había motivado algunos pronunciamientos del Alto Tribunal que generaron ciertas dudas. Para una reseña de la jurisprudencia clásica, ver: Imaz, Esteban y Rey, Ricardo E., *El Recurso Extraordinario*, 2ª ed. actualizada por Ricardo E. Rey y Lino E. Palacio, Nerva 1962, 216; para su evolución posterior y enfoque global del tema, ver la serie de artículos publicados por: Lugones, Narciso Juan y Dugo, Sergio O., op. cit. supra nota 4, “El recurso extraordinario entre la Constitución y la ley. Primeros resultados de un diálogo: tribunales de justicia y tribunales administrativos”, L.L. 1990-E, 688 y “Tribunales superiores de la causa en el ámbito provincial. (Bases para una conclusión todavía no alcanzada como segundo resultado de la interpretación dialógica)”, L.L.

presente el tribunal superior de la causa era la Cámara. Pero, si además del federal se había interpuesto recurso ante la Corte provincial, lo que la Corte Nacional solía hacer era suspender el trámite del remedio federal hasta tanto se expidiera el Superior Tribunal provincial.

El abogado del Sr. Strada había sido extremadamente previsor, puesto que, como vimos, había deducido recurso extraordinario tanto respecto de la sentencia de cámara cuanto de la del superior tribunal santafecino. Con este proceder, los intereses de su cliente habían quedado bien protegidos, fuera lo que en definitiva resolviese el Alto Tribunal.

A través de una extensa sentencia, la Corte Suprema Nacional resolvió que el tribunal superior de la causa, a los efectos del artículo 14 de la ley 48, “*es el órgano judicial erigido como supremo por la constitución de la provincia, salvo que sea incompetente en el caso, circunstancia que no podrá extraerse del carácter constitucional federal de la materia que aquél suscite*”.⁸⁷

Como consecuencia de la declaración precedente, la Corte Suprema hizo lugar a la queja deducida por “*Strada*” contra el pronunciamiento del Superior Tribunal de la provincia de Santa Fe y rechazó la que había sido introducida contra la sentencia de la Cámara. Por lo tanto y merced a la diligencia del abogado del Sr. Strada, la jurisprudencia sentada en su caso, si bien modificaba la vigente hasta entonces, no repercutía desfavorablemente en su situación a los efectos de la correcta interposición del recurso extraordinario ante el tribunal superior de la causa.

3. El caso “*Tellez*”

El 15 de abril de 1986, siete días después de haber decidido “*Strada*”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó sentencia en los autos “*María Esther Tellez v. Bagala S.A.*”⁸⁸

La situación procesal en el caso “*Tellez*”, también vinculada a la cuestión del tribunal superior, ofrecía un matiz diferente. En este caso el abogado de la actora, siguiendo la jurisprudencia de la Corte vigente a ese momento, había interpuesto recurso extraordinario contra la sentencia del Juzgado Laboral de Primera y Única instancia de la Provincia de Buenos Aires y no había deducido recurso alguno ante la Suprema Corte de esa provincia (ello así en tanto, en el orden local, se consideraba que tal vía no era precedente). Dicho recurso, a diferencia de los deducidos en el supuesto anterior, había sido concedido.

Si la Corte aplicaba lisa y llanamente en “*Tellez*” los nuevos principios establecidos siete días antes en “*Strada*”, el recurso deducido en el primer caso debía ser declarado improcedente. Ello así en tanto el remedio federal intentado en “*Tellez*” -deducido contra la sentencia definitiva dictada por el juzgado laboral de primera y única instancia- se ajustaba, precisamente, a los principios jurisdiccionales dejados de lado en “*Strada*”. Sin embargo, la Corte no resolvió eso.

1991-A, 699; Morales Bustamante, María, “El Superior Tribunal de Provincia en la Corte Actual”, *J.A.*, 1989-IV-1039; Vanossi, Jorge Reynaldo, *Recurso Extradinario Federal. Control de Constitucionalidad*, Buenos Aires, Ed. Universidad 1984, 276.

87. Fallos: 308 (I): 490, 510, consid. 10. Este precedente debe ser complementado con “*Di Mascio*”, del 1º de diciembre de 1988, *J.A.*, 1988-IV, 682; L.L. 1989-B, 417.

88. Fallos: 308: 552 (1986).

El Tribunal decidió que “*las nuevas pautas jurisprudenciales contenidas in re: “Strada”, sólo habrán de ser puestas en juego respecto de las apelaciones extraordinarias federales dirigidas contra sentencias notificadas con posterioridad a ese precedente”*”.

Es decir que la Corte Suprema decidió no aplicar, en el caso, la nueva regla jurisprudencial que había inaugurado siete días antes. Además, anunció, con carácter general, que las “nuevas pautas jurisprudenciales” emergentes de ese fallo (vgr., “*Strada*”) serían aplicadas a todos aquellos casos en los cuales la sentencia apelada hubiera sido notificada con posterioridad a la fecha del fallo recaído en “*Strada*” (8 de abril de 1986).

El principio jurisprudencial, o regla general, establecido en la sentencia bajo comentario fue, sin duda, novedoso para el derecho judicial constitucional argentino. Más enfáticamente, puede afirmarse que la regla sentada en “*Tellez*” modifica la mecánica tradicional o clásica relacionada con los cambios de jurisprudencia de la Corte Suprema Nacional.⁸⁹

4. Exposición y análisis de los fundamentos de la decisión

a) Exposición.

Según expresó la Corte, la doctrina enunciada en la sentencia dictada en el caso “*Strada*” “*no es aplicable en el sub examine*”, y, refiriéndose a aquélla, aclaró que “*tendió al afianzamiento de la seguridad jurídica, y a evitar situaciones potencialmente frustratorias de derechos constitucionales*”.⁹⁰ Continuó diciendo el Alto Tribunal:

“Empero, no escapa al juicio del Tribunal, que la aplicación en el tiempo de los nuevos criterios asentados, ha de ser presidida con una especial prudencia con el objeto de que los logros propuestos no se vean malogrados en ese trance.

En mérito de ello, es necesario fijar la “línea divisoria” que bosquejaba Benjamín N. Cardozo, para el obrar de la nueva jurisprudencia, apoyándola en razones de conveniencia, de utilidad y en los más hondos sentimientos de justicia (Cardozo, Benjamin N., *The nature of the judicial process*, Universidad de Yale, 1937, p. 148 y sig.).

Tal necesidad entraña, a su vez, la de fijar el preciso momento en que dicho cambio comience a operar (Roubier, Paul, *Les conflits des lois dans le temps*, Recueil Sirey, Paris 1929, 1, pp. 27 y 28).

En este sentido se exhiben como puntos de referencia orientadores, las reflexiones formuladas por la Corte Suprema en casos vinculados con el tema en estudio.

El seguimiento de ellas conduce a afirmar, primeramente, que no puede soslayarse la situación a la que se verían reducidos los litigantes que apelaron por el art. 14 cit. con anterioridad a que se consagrara la doctrina del caso “*Strada*”, y a quienes, la actuación de ésta llevaría a verse impedidos de obtener la revisión de sentencias que, a su entender, irrogan agravios de naturaleza constitucional.

89. Sobre el caso “*Tellez*” puede consultarse: Martínez Ruiz, Roberto, “Jurisprudencia Jurídica”, *L.L.*, 1986-C, 167. Una mención al caso “*Tellez*” también fue hecha por Lugones, Narciso J. y Dugo, Sergio O., “Tribunal superior de la causa. Hacia una interpretación literal de su regulación legal (Artículos 14 de la ley 48 y 6° de la ley 4055)”, *L.L.*, 1991-C, 639, 658 nota 74; y Morello, Augusto M., “Posiciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (II). Perpetuación de la doctrina Strada-Di Mascio acerca del superior tribunal de la causa”, *J.A.*, 1990 -IV-, 61, nota 4.

90. Fallos: 308 (1): 552, 555, considerando 2°.

En efecto, la aplicación inmediata de dicha doctrina impediría la apertura de la instancia extraordinaria, en un momento en que el acceso ante los tribunales provinciales se encontraría clausurado por preclusión de la etapa pertinente.”

Acto seguido, la Corte apoya su conducta en la cita de dos casos:

“El descripto *mutatis mutandi*, no es un supuesto ajeno al examinado en el pronunciamiento que se registra en Fallos: 281: 95, según el cual no cabía reconocer carácter operativo a la ley 18.499, pues, de lo contrario, se hubiese producido la pérdida de la vía de impugnación ya empleada y que esa norma sustituía por otra, cuando tampoco era factible la utilización de la instituida por ésta.

De tal suerte es apropiado, en segundo término, reiterar el rumbo trazado por el Tribunal, de acuerdo con el cual, dada la naturaleza de la materia de que se trata, la autoridad institucional del precedente ‘Strada’, deberá comenzar a regir para el futuro (Fallos: 293: 531, considerando 9º).”

b) Análisis de las autoridades citadas en apoyo del nuevo rumbo

Como sostuvimos al inicio, el principio establecido por la Corte Suprema, relativo a los efectos *ex nunc* de las reglas contenidas en un precedente que cambia la jurisprudencia vigente a ese momento, es novedoso. Prueba de ello es que el Alto Tribunal debió acudir a la cita de dos autores extranjeros, de la cual la única realmente relevante es la de Cardozo, y (“*mutatis mutandi*”) a dos fallos, de los cuales sólo uno guarda cierto parecido (pero, a la postre es diferente) con el supuesto jurisprudencial *sub examine*.⁹¹

En efecto, en cuanto a los precedentes, en “Spika v. M.C.B.A.”,⁹² caso que había llegado a la Corte como conflicto de competencia, se discutió el momento a partir del cual debía considerarse que la ley 18.499 había entrado en vigencia. Dicha ley había modificado la competencia y el régimen aplicable a la impugnación judicial de los actos del Intendente de la Capital Federal en materia previsional. Si se juzgaba que la nueva ley era inmediatamente operativa, la demanda en sede

91. Sobre fines de la década del cuarenta, la Corte Suprema resolvió una serie de casos que se relacionan de modo directo con el tema bajo análisis. En esos casos la Corte Suprema resolvió que los acuerdos arribados extra-judicialmente, que se ajustaban a la interpretación judicial de las leyes aplicables, eran inmodificables posteriormente, aun cuando la interpretación judicial de iguales leyes hubiera cambiado y a pesar de que se trataba de leyes de orden público. (Ver, Fallos: 211: 1278 [1948], “Victorio Guarducci v. Instituto Biológico Argentino S.A.”, L.L. 51, pág. 186 y Fallos: 213: 34 [1949], “Luis Pesci v. The Patent Knitting Co. S.A.”, L.L. 54, pág. 351). Estos y otros fallos subsiguientes, de la Corte y de tribunales inferiores, dieron ocasión a una olvidada pero brillante serie de artículos y polémicas entre diversos autores y notables sentencias de Cámaras de Apelaciones. Al respecto, ver Martínez Ruiz, Roberto, “Amparo Constitucional del Efecto Liberatorio del Pago. Función de la jurisprudencia como fuente del derecho positivo.”, L.L. 51, pág. 186 (1949); Rayces, Federico, “La Jurisprudencia Plenaria: Esfera de su Obligatoriedad. Efectos en el Tiempo”, J.A. 1943-IV, pág. 501 y “Otra Vez sobre los Efectos de los Cambios de Jurisprudencia con Relación a los Actos Cumplidos en el Interin”, J.A. 1952-I, pág. 257; E.F.G., “Efectos de los Cambios de Jurisprudencia sobre las Obligaciones Derivadas de Relaciones Laborales”, L.L. 57, pág. 335 (1950); Imaz, Esteban, *Esencia de la Cosa Juzgada y otros ensayos*, Ed. Arayú 1954, Cap. VI; Dassen, Julio, “Alcance de los Fallos Plenarios”, J.A. 1946-III, pág. 333. Ninguno de estos antecedentes, a pesar de que algunos de ellos emanaban de la propia Corte Suprema, fueron mencionados por ésta en la decisión recaída en el caso “Tellez”. Ellos parecen haber sido olvidado por el Alto Tribunal e inclusive, por el propio Martínez Ruiz, quien, en su comentario a “Tellez”, no los cita.

92. Fallos: 281: 95 (1971).

civil deducida por Spika debía ser rechazada, porque el nuevo régimen había reemplazado la demanda civil por un recurso ante la Cámara de Apelaciones del Trabajo. Pero rechazar la demanda también hubiera implicado la pérdida de la nueva vía recursiva, dado que a ese momento había vencido el plazo para ejercer ese derecho ante la Cámara del Trabajo. La Corte, por remisión a los fundamentos del dictamen del Procurador General, declaró que no era aplicable al caso la ley 18.499.

En “*Ferrum v. C.A.P.E.A.*”,⁹³ la Corte entendía en la causa por segunda vez. En su primera sentencia,⁹⁴ dictada por los jueces nombrados por un gobierno de facto anterior, el Alto Tribunal había resuelto en favor del recurrente en función de una interpretación del artículo 167 del Código Procesal. Cuando el expediente volvió a la Cámara Federal para dictar nuevo pronunciamiento pero antes de que ello ocurriera, la Corte, compuesta por nuevos Ministros, decidió, en otra causa, cambiar la interpretación vigente de la norma procesal citada. La Cámara, al fallar nuevamente “*Ferrum*”, aplicó el nuevo criterio jurisprudencial (lo que implicaba prescindir del fallo de la Corte que había dispuesto, precisamente, que se dictara un nuevo pronunciamiento), volvió a rechazar la pretensión del recurrente y éste volvió a apelar al Alto Tribunal. En el considerando 6º, la Corte sostuvo criteriosamente que “*en virtud de los principios de preclusión y cosa juzgada es inadmisibles que se modifique una decisión judicial firme en virtud de un cambio de jurisprudencia posterior, aun cuando provenga de esta misma Corte, siendo por otra parte irrelevante alegar el origen de la composición del Tribunal cuando se dictó el fallo, pues el advenimiento de un régimen de derecho debe desecharse como fundamento de la prescindencia del valor definitivo de las sentencias firmes*”. Esta porción, a mi modo de ver, constituye la *ratio decidendi* del caso. El presente caso era un supuesto que involucraba, fundamentalmente, el principio de la cosa juzgada. Y, en este sentido, se distanciaba del caso “*Tellez*” donde, obviamente, no estaba en juego aquel principio. Si bien es cierto que en el considerando 9º de “*Ferrum*”, que es el citado por la Corte en “*Tellez*”, se sostiene que “*la autoridad institucional del precedente (Fallos: 9: 53; 183: 409; 192: 414) por la naturaleza de la materia de que trata, comienza a regir para el futuro*”, dicha afirmación no guarda relación alguna con los tres precedentes que allí se citan. Es más, en los dos últimos casos (Fallos: 183: 409 y 192: 414) la Corte había aplicado retroactivamente la nueva jurisprudencia.⁹⁵

En cuanto a las páginas citadas de Roubier, ellas se ocupan de la problemática del cambio de jurisprudencia y de la retroactividad de los nuevos principios en los Estados Unidos, pero haciendo la salvedad de que ello no era posible en Francia, donde no existe la doctrina del precedente.⁹⁶

Queda, por último, hacer mención a la referencia al ex Juez de la Corte Suprema norteamericana.

En 1921, Benjamin Cardozo pronunció una influyente serie de conferencias en la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale. A pesar de su extensión, me ha parecido apropiado recurrir a sus palabras:

93. Fallos: 293: 531 (1975).

94. Fallos: 285: 358 (1973).

95. El caso citado por Martínez Ruiz, op. cit. supra nota 89, págs. 171/172, “*de la Fuente v. FF.CC. del Estado*”, Fallos: 181: 138 (1938); L.L., t. 11, p. 228, aun cuando era un conflicto de competencia, guarda mayor relación con el tema en debate que los dos anteriores.

96. Roubier, Pual, *Les Conflits des Lois dans le Temps*, Recueil Sirey, 1929, 1, págs. 26-28.

“Digo, en consecuencia, que en la gran mayoría de los casos el efecto retrospectivo del Derecho Judicial (judge-made law) se siente porque no contiene ninguna injusticia, o porque contiene solamente aquellas injusticias que son inevitables cuando no hay ninguna norma establecida. Pienso que es importante observar que cuando se tiene la sensación de que la injusticia es demasiado grande, o innecesaria, ese efecto retrospectivo se detiene. Tomen los casos en que un tribunal de última instancia ha declarado nula una ley, y luego, volviendo sobre sus pasos, declara que esa ley es válida. Las transacciones realizadas en el tiempo que ha mediado entre ambas sentencias han sido regidas por la primera de ellas. ¿Qué se dirá sobre la validez de tales transacciones cuando la sentencia es derogada? Casi todos los tribunales, en una actitud realista, han sostenido que la vigencia de la ley ha sido suspendida en el intervalo. Puede resultar difícil conciliar tal manera de normar, con dogmas y definiciones abstractos. Cuando todo lo demás que hace un tribunal lo hace con efecto retroactivo, ¿porqué trazar la línea aquí? La respuesta es, según pienso, que la línea se traza aquí porque la injusticia y opresión que nacerían de rehusar trazarla, serían tan grandes que resultarían intolerables. Nosotros no vamos a socorrer al hombre que se ha confiado a la sentencia de algún tribunal inferior. En su caso la posibilidad de error es sentida como un riesgo normal en el juego de la vida, no diferente en grado, del riesgo de cualquier otro error en la concepción de los derechos o deberes. Él sabe que ha corrido un riesgo que la cautela podría haber aconsejado evitar. Se tiene la sensación de que la sentencia de un tribunal de última instancia se apoya en bases diferentes. No estoy seguro de que se pueda establecer ninguna distinción acertada entre el cambio de jurisprudencia con respecto al sentido o vigencia de una ley, o aun con respecto al sentido o vigencia del common law. No voy a hacer la tentativa de afirmar dónde se va a ubicar algún día la línea divisoria. Estoy seguro, sin embargo, que su ubicación, donde quiera que llegue a estar, va a ser regida, no por concepciones metafísicas sobre la naturaleza del Derecho Judicial ni por un fetiche o dogma inflexible: tal como el de la división de los poderes gubernamentales, sino por consideraciones de conveniencia, de utilidad y de los más profundos sentimientos de justicia.”⁹⁷

La preocupación de Cardozo era reflejo no sólo de su punto de vista.⁹⁸ Varios autores ya habían manifestado su opinión sobre el punto y existían

97. Cardozo, Benjamin N., *La Naturaleza de la Función Judicial*, traducido por Eduardo Ponssa, ed. Arayú 1955, págs. 119-121.

98. Cuenta Beryl Harold Levy que el “*interés recurrente de Cardozo sobre este problema puede ser explicado probablemente (según como me ha sugerido Edmond Cahn) por la injusticia que sufrió cuando era estudiante en la Facultad de Derecho de la Universidad de Columbia. Luego de haberse embarcado en los estudios de la carrera de abogacía conforme el plan vigente en ese momento que era de dos años, las autoridades decidieron que los requisitos debían ser extendidos a tres años de cursos. Cardozo no se sometería al nuevo régimen -y jamás obtuvo su título de abogado!*” (“*Realist jurisprudence and prospective overruling*”, *109 University of Pennsylvania Law Review* 1, 10 (1960), nota 31). Esta afirmación acerca de la no graduación de Cardozo contrasta con otra afirmación, pero de sentido exactamente opuesto, de Carlos Cossio, quien afirma que el nombrado se graduó en la Universidad de Columbia (ver op. cit. supra nota 14, xiv). E. Allan Farnsworth también afirma que Cardozo se graduó en Columbia (ver *An Introduction to the Legal System of the United States*, ed. Oceana Publications, inc., 2ª edición 1983, 46, nota 14). Tal contradicción me llevó a averiguar si Cardozo, finalmente, se había graduado o no. Autoridades de la Facultad de Derecho de la Universidad de Columbia me confirmaron que, efectivamente, nunca se había graduado.

sentencias de superiores tribunales estatales y de la propia Corte Suprema que se habían referido al tema.⁹⁹ Sin embargo, en el orden federal y a pesar de algunas esporádicas alusiones previas, estas ideas recién comenzaron a afincarse tiempo después, tarea a la que no fue ajena el propio Cardozo.¹⁰⁰

a) Las razones dadas por la Corte Suprema

Al margen de las citas recién comentadas, el Alto Tribunal ofreció como razón explícita de su proceder, que “*la aplicación inmediata de dicha doctrina impediría la apertura de la instancia extraordinaria, en un momento que el acceso ante los tribunales provinciales se encontraría clausurado por preclusión de la etapa pertinente*”.¹⁰¹ Esta aparece como la razón decisiva que inclina a la Corte a no aplicar la doctrina del precedente “*Strada*” en el presente caso.¹⁰²

El argumento expuesto, pese a su simpleza descriptiva, presenta algunas complicaciones.

Veamos, por ejemplo, lo que la Corte no dijo. La Corte no dijo explícitamente que la aplicación inmediata de su nueva doctrina colocaría al recurrente en estado de indefensión (artículo 18 de la Constitución Nacional), al resolver su caso en función del principio jurisprudencial contrario al que estaba vigente al momento de apelar.¹⁰³ Tampoco expresa que el recurrente tendría un derecho adquirido (artículo 17, *idem*) a apelar extraordinariamente contra la sentencia del tribunal de primera y única instancia impugnada, derecho que se apoyaba en el régimen anterior. Ni mención se hace al debido proceso (doctrina de los artículos 17, 18, 28 y 33, *idem*) o a la igualdad ante la ley (artículo 16, *idem*). Consecuentemente no puede sostenerse que la nueva doctrina, a la luz de esta sentencia de la Corte, tenga fundamento directo y explícito en la Ley Fundamental.

Sin embargo parece incontrovertible el estado de manifiesta indefensión (aun cuando no se la haya considerado explícitamente con base en la

99. Ver los casos jurisprudenciales y los trabajos de Canfield, Freeman y Wigmore citados por Beryl, op. cit. supra, nota 10. El propio Cardozo, en el párrafo transcrito, p. 120, citaba a Wigmore y a Freeman.

100. En *Great No. Ry. v. Sunburst Oil & Ref. Co.*, 287 U.S. 358 (1932) El juez Cardozo redactó la opinión unánime de la Corte Suprema, a través de la cual se convalidó una decisión estadual por la cual, si bien se resolvía ese caso conforme la jurisprudencia vigente hasta ese momento, al mismo tiempo se anunciaba que esos principios serían dejados de lado en lo sucesivo. Esta decisión del tribunal estadual es similar a la adoptada por la Corte argentina en “*Tellez*”.

101. Este problema fue advertido por Morello, en oportunidad de comentar “*Strada*” y cuando, aparentemente, aun no tenía conocimiento de la decisión en el caso “*Tellez*”. Ver Morello, Augusto M., “El fin de una incertidumbre: cuál es el tribunal superior de la causa”, en *J.A.*, 1986 -II-, 106, 107.

102. El caso “*Tellez*” sirve también como testimonio de que, en algunos casos, la Corte se ha sentido obligada por la doctrina que emana de sus propios precedentes. Obligación que la lleva a justificar aquellos supuestos en los que considera plausible hacer una excepción. Sobre el punto del la obligatoriedad de los precedentes de la Corte puede consultarse: Garay, Alberto F., “La Corte Suprema debe sentirse obligada a fallar conforme sus propios precedentes (Aspectos elementales del objeto y de la justificación de una decisión de la Corte Suprema y su relación con el caso “*Montalvo*”)”, *J.A.*, 1991-II-870.

103. En opinión de Martínez Ruiz, el criterio adoptado por la Corte persigue “*dejar incólume la garantía constitucional de defensa*”. Op. cit. supra nota 89, p. 171, 170 y 172. Este fue el sustento que, en casos posteriores, la Corte Suprema hizo explícito.

Constitución) en el que la Corte habría colocado al recurrente, en el caso que hubiera aplicado de modo inmediato su nueva regla. Tan incuestionable era ello, como que la descripción que el Alto Tribunal hace de la situación del apelante parece definir, precisamente, un supuesto de indefensión. En el caso y a estar a los dichos del Tribunal, el apelante no podía prever, razonablemente, que la Corte iba a cambiar su jurisprudencia, de modo de poder ajustar de antemano su conducta a dicho evento.¹⁰⁴ Si a lo dicho añadimos que el Tribunal, expresamente, aludió a su tarea interpretativa como estando presidida por una especial prudencia a fin de que los logros propuestos en “*Strada*” no se vean malogrados, vgr., “*afianzamiento de la seguridad jurídica*” y “*evitar situaciones potencialmente frustratorias de derechos constitucionales*”,¹⁰⁵ podría ser válido argumentar que, implícitamente, la Corte Suprema asentó su decisión en el artículo 18 de la Constitución Nacional.

Esta ausencia de explicitación del fundamento normativo concreto es uno de los aspectos más destacables de la sentencia bajo análisis. La Corte parece haber sido consciente de que ingresaba en una zona conflictiva e inexplorada del derecho judicial constitucional argentino. Apoyar en una cláusula expresa de la Constitución su decisión de reconocerle efecto prospectivo a lo resuelto en “*Strada*” era prematuro e innecesario. Decidirse por la retroactividad o por la prospectividad era una opción que podía ser resuelta a través de un juicio estimativo que balanceara los pros y los contras de una y otra solución. El Alto Tribunal optó por esta vía. Evaluó el propósito perseguido por la nueva jurisprudencia, el impacto que su aplicación automática podía producir sobre las apelaciones deducidas al amparo de la jurisprudencia anterior, y consultó su jurisprudencia en punto a casos que consideró que guardaban algún parecido. El balance final resultó, en el caso, favorable al efecto prospectivo. La sentencia se redactó en términos tales que señalan el camino sin delinear con precisión sus contornos. Fue una decisión prudente y, si se me permite el giro, con arte. El arte que es necesario para crear un remedio adecuado a las circunstancias del caso y, al mismo tiempo, justificar esa decisión con prudente firmeza y fuerza de convicción.

b) Contexto y características de las normas creadas por la Corte

Como destaca Martínez Ruiz,¹⁰⁶ en el presente caso, la Corte Suprema ha creado una norma. O, más precisamente, ha creado dos normas. Ninguna ley (en sentido estricto) establece (a) el efecto prospectivo de los precedentes de la Corte que modifican la jurisprudencia vigente hasta entonces, ni tampoco (b) admitida la prospectividad, el momento a partir del cuál dichos principios cobrarán operatividad. Ninguna ley dispone tampoco, y dicho sea de paso para quienes creen que los jueces ni crean ni deben crear normas (posición que, en términos generales, no comparto por considerarla equivocada -en sentido descriptivo y prescriptivo-, pero en cuyo debate no ingresaré aquí),

104. Este párrafo presupone que en la contestación del traslado del recurso extraordinario deducido por la Sra. de Tellez, la contraria no defendió la tesis que la Corte había implementado en el caso “*Strada*”.

105. Fallos: 308 (I): 552, 555, considerando 2º, segundo párrafo.

106. Op. cit. supra nota 89, págs. 167-168, 172.

que las reglas y principios que emanan de un precedente deben aplicarse siempre retroactivamente.¹⁰⁷ Esta ha sido y es, sin duda, la práctica judicial tradicional. Pero nada clausura la posibilidad de que, en ciertos casos, esa práctica tradicional pueda cambiar justificadamente.

Consecuentemente y dado que se trata del primer caso expreso sobre el punto, conforme hemos visto en capítulos anteriores, conviene atenerse al contexto dentro del cual se operó.

c) Ley Federal y recaudo jurisdiccional

En primer término, dicho acto de creación normativa ha tenido lugar en ocasión de interpretarse los alcances de una ley federal, estatuto este que regula su jurisdicción y competencia: el párrafo primero del artículo 14 de la ley 48.

Destacar este aspecto, en apariencia trivial, responde a un propósito clave tratándose de la interpretación de una sentencia de la Corte Suprema. Como hemos visto a lo largo de estas páginas, sea por formación o por deformación, muchos de nosotros nos sentiríamos inclinados a no reconocerle relevancia al distinguido efectuado precedentemente. Probablemente podríamos caer en el error de no advertir *ab initio* que existen ingentes pautas jurisprudenciales interpretativas de las normas, según sea la materia que traten (constitucional, laboral, impositiva, civil y comercial, administrativa, etc.) y la jerarquía que ocupen dentro del ordenamiento jurídico (constitución, ley federal, nacional o provincial, decreto, ordenanza municipal, derecho judicial, etc.). Más de uno podría tomar este antecedente “al bulto” o “al por mayor” y pretender (defensiva u ofensivamente) que los principios que de él emanan son aplicables, sin más, a todo caso en el cual la Corte cambie su jurisprudencia referida a todo tipo de normas y materias.¹⁰⁸

Tal proceder, en mi opinión, sería erróneo por una razón muy simple: nada de lo expresado en la sentencia bajo análisis -a la luz de las circunstancias

107. Sobre el debate acerca de si los jueces crean o no derecho, la polémica Soler-Carrió adquiere la talla de un clásico. Ver Carrió, Genaro R., *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, tercera ed. aumentada 1985, pag. 105-115, 133-168; ver también la posición de Martínez Ruiz y bibliografía citada, op. cit. supra nota 89.

108. Esta visión desaprensiva nos es bastante familiar. Hace ya varios años fue destacada por Genaro R. Carrió, en “‘La interpretación de la ley’ como tópico de la teoría general del derecho”, *Separata de la Revista Jurídica JUS N° 15*, 35 (1970).

La advertencia del texto principal se ajusta a lo decidido años después de “*Tellez*”, en la causa “Juan C. Albornoz”, Fallos: 315 (I): 276 (1992), L.L. 1992-E, 98. En dicha causa, el imputado había sido sorprendido por la Policía en posesión de escasa cantidad de clorhidrato de cocaína. Al momento de la detención la jurisprudencia de la Corte consideraba, por aplicación de los principios que emanaban del precedente “*Bazterrica*” y su progenie (analizados en el Capítulo anterior), que la sanción de la tenencia de droga para consumo personal era inconstitucional. Albornoz fue absuelto en primera instancia. Cuando el asunto llegó a la Cámara, la Corte había abandonado la jurisprudencia mencionada, a partir del caso “*Montalvo*” (Fallos: 313: 1333 [1990]; L.L. 1991-C, pág. 80). No obstante, la Cámara volvió a dictar sentencia absolutoria, con fundamento en la jurisprudencia sentada a partir del caso “*Bazterrica*” y asimilándola a la noción de ley más benigna. Llegado el caso a la Corte, ésta, por mayoría, decidió condenar a Montalvo, prescindiendo del análisis que se había efectuado en “*Tellez*”, a pesar de que ese y otro caso fueron invocados expresamente por la disidencia. Ver: GARAY, Alberto F., “Los cambios de jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema y la aplicación retroactiva de los nuevos criterios en materia penal”, L.L. 1993-A, pág. 786.

del caso- hace suponer que la Corte Suprema haya tenido en mira cubrir semejante generalidad. Esta conclusión, obviamente, no conduce a rechazar un planteo similar de prospectividad pero referido a otra jerarquía normativa y a otra materia. Pero, si eso es lo que se busca o postula, pues entonces habrá que justificar que una determinada situación -aun cuando en el caso contenga hechos diferentes- merece análoga solución.

En segundo lugar, y vinculado con lo anterior, cuadra destacar que ello ha ocurrido respecto de un requisito jurisdiccional, vgr.: la determinación del tribunal superior de la causa, a los efectos de la interposición del recurso extraordinario federal. Desde este punto de vista, lo decidido por la Corte también adquiere relevancia, porque la regla general jurisprudencial en materia de cambios legales sobre la jurisdicción y competencia de los tribunales nacionales, salvo disposición expresa en contrario, ha sido la aplicación inmediata de las nuevas normas.¹⁰⁹

d) Propósito perseguido por la nueva jurisprudencia y su impacto sobre las apelaciones ya deducidas. Retroactividad en “Strada” y prospectividad en los casos siguientes

Si se vuelve al caso “*Strada*” se recordará que la Corte estableció que el tribunal superior de la causa era, en el caso, la Corte Suprema de la provincia de Santa Fe. Además, y en consonancia con lo anterior, resolvió dejar sin efecto el pronunciamiento emitido por ésta, a la que le devolvió la causa para que dictara uno nuevo.

El relato precedente pone de manifiesto otro de los aspectos conflictivos de esta temática. La Corte Suprema, en el caso “*Strada*”, sí aplicó la nueva doctrina, la misma que luego no aplicaría en “*Tellez*” ni en aquellas causas notificadas con anterioridad a la fecha del caso “*Strada*”.

Este proceder, a primera vista incongruente, no es explícitamente justificado ni en “*Strada*” ni en “*Tellez*”. Más concretamente, la Corte no explicó porqué en el caso “*Strada*” aplicó la nueva regla.

Una primer justificación puede ser la siguiente. La Corte advirtió que, aplicando en “*Strada*” la nueva jurisprudencia -es decir, reconociéndole a ésta su tradicional carácter retroactivo-, no comprometía el derecho de defensa del apelante. En efecto, como el recurrente había deducido recurso extraordinario federal contra la sentencia de cámara y la de la suprema corte de la provincia, fuera cual fuese el concepto de tribunal superior de la causa que se empleara, alguno de sus recursos siempre iba a ser considerado correctamente interpuesto. En consecuencia, aunque en su caso se aplicara la nueva regla jurisprudencial, no se le privaba a Strada de acceder a la última instancia federal. Además, tal línea argumental sería congruente tanto con el propósito perseguido -vgr., afianzamiento de la seguridad jurídica y evitar situaciones potencialmente frustratorias de derechos constitucionales-, cuanto con la razón central esgrimida por el Alto Tribunal en “*Tellez*”, desde que -a la inversa de lo que ocurría en este último supuesto- la aplicación inmediata de

109. Excepción a esta regla la constituyó, por ejemplo, el caso de Fallos: 281:95 (1971), citado en la nota 92.

dicha doctrina no impedía la apertura de la instancia extraordinaria. Por último, esta hipótesis, en el caso, tampoco tenía efectos nocivos ni perjudiciales para la contraria. En conclusión, “*Strada*” presentaba el caso ideal para cambiar de jurisprudencia y aplicar los nuevos principios sin perjudicar al apelante.

No obstante lo expuesto, el razonamiento antecedente debe ser recibido con ciertas prevenciones. No debe olvidarse que esa línea argumental sólo contempla el asunto desde la perspectiva del recurrente y, en algunos casos, igual posición podría comprometer el derecho de la parte contraria. Obsérvese que la Corte no menciona, por ejemplo, si al contestarse el traslado del recurso extraordinario, la recurrida hizo alguna referencia sobre el particular. En el caso, es válido presuponer el silencio de la demandada sobre el punto, pues, si se hubiera verificado el caso opuesto, el auto del juez provincial que concedió el extraordinario algo hubiera expresado. Pero en tren de hipótesis no podríamos afirmar que uno y otro caso merecen, con igual fundamento, la misma solución.

e) Carácter sorpresivo del cambio jurisprudencial

El carácter “sorpresivo” del cambio jurisprudencial operado en el caso “*Strada*” merece un lugar destacado. En efecto, la doctrina sentada a partir de ese caso no fue consecuencia de un desarrollo jurisprudencial previo que, caso a caso, hubiera ido erosionando el principio general en cuanto a cuál era el tribunal superior de la causa y que sugiriera un previsible cambio de rumbo. Si bien habían existido algunos casos fronterizos,¹¹⁰ la regla general había permanecido inalterada durante más de cincuenta años y, además, representaba la jurisprudencia clásica del Alto Tribunal sobre el punto. Ante tal estado de cosas, es evidente que el giro jurisprudencial operado era sorpresivo.

Por otra parte, este cambio parece haber sido facilitado, entre otras circunstancias, por dos hechos que -si bien trascendentes- no debilitan la cualidad sorpresiva mentada.

El primero consistió en que con el advenimiento de la democracia constitucional en diciembre de 1983, la Corte Suprema pasó a estar integrada por cinco nuevos Ministros. Aun cuando a mi modo de ver no puede seriamente sostenerse que los nuevos magistrados deben sentirse obligados por los precedentes “constitucionales” y “federales” de una Corte Suprema integrada por jueces nombrados por un gobierno de facto, tampoco podría defenderse fundadamente que toda la jurisprudencia “constitucional” y “federal” elaborada durante los períodos de facto está sujeta -por esa única causa- a revisión. En un país donde los gobiernos de facto se transformaron -a despecho de la Constitución- en un mecanismo frecuente de alternancia en el gobierno, proponer la solución sugerida en último término sería algo así como sumirnos en un tembladeral jurídico-institucional. Además, y referido exclusivamente al caso que nos ocupa, la jurisprudencia dejada de lado no había sido establecida en el período cortesano inmediatamente anterior sino que, como quedó dicho, tenía más de cincuenta años de vigencia.

110. Esos casos son destacados por Lugones y Dugo, op. cit. *supra* nota 89, pág. 649-652.

El segundo hecho está constituido por la recarga de tareas por la que atravesaba la Corte y que esta jurisprudencia agravaba.¹¹¹ Como el lector ya habrá imaginado, más allá de la inadmisibilidad sustancial de este argumento, él tampoco serviría para minar la cualidad sorpresiva a que se ha hecho alusión más arriba.

f) Sobre el trazado de la línea divisoria

La Corte hizo suya la preocupación de Cardozo acerca de dónde trazar la línea divisoria que separara la vigencia de la vieja y la nueva jurisprudencia. Dicha tarea, conforme se sostuvo explícitamente, iba a estar apoyada en “razones de conveniencia, utilidad y en los más hondos sentimientos de justicia”. Estaba en la necesidad de determinar a partir de qué momento operarían los nuevos cambios y resolvió, como surge del párrafo transcrito precedentemente, que los principios establecidos en la causa “*Strada*” se aplicarían a las apelaciones extraordinarias notificadas con posterioridad al 8 de julio de 1986, fecha de ese pronunciamiento.

Al fijar esa fecha como la de entrada en vigencia de las nuevas pautas en cuanto a cuál era el tribunal superior ante el cual debía deducirse la apelación extraordinaria, la Corte “protegió” a los recursos basados en la jurisprudencia anterior. Pero, en realidad, no protegió a *todos* los recursos. La determinación de ese momento reconoce como antecedente el que es el del fallo donde se estableció la nueva interpretación legal. En este sentido, su elección no es caprichosa. Sin embargo, el que no sea caprichosa no hace desaparecer cierta arbitrariedad -en tanto adopción de una solución con preferencia a otra- en su elección. Si bien esa decisión favorecería (como, por otra parte, favoreció) a gran cantidad de apelantes, dejó desprotegidos a otros: todos aquellos que, por ejemplo, ignoraban esa sentencia porque no se publicó en las revistas especializadas sino hasta tiempo después, y que dedujeron sus apelaciones siguiendo los dictados de la jurisprudencia anterior. Esta inadvertencia, producto no necesariamente de la negligencia profesional, sino fundamentalmente de la imprevisión del sistema, tendría por consecuencia la improcedencia formal de esos recursos.¹¹² Por último, la elección de esa fecha y no otra posterior (como pudo haber sido la de la de notificación de las partes,

111. Ver, Lugones y Dugo, op. cit. *supra* nota 89, pág. 658 (“Con la sentencia dictada en el caso “*Strada*” comienza un verdadero programa jurisprudencial de racionalización de la competencia de la Corte ... Tal proceso, ...presentaría indudables ventajas. Por un lado, liberaría a la Corte Suprema de la Nación de un elevado número de causas de escaso interés institucional que obstruyen su adecuado funcionamiento”). En idéntico sentido, ver Fasciolo, Néstor A. y Lugones, Narciso J., “Interrogantes derivados del concepto actual de “tribunal superior” en el recurso extraordinario”, *E.D.*, 125-980, 984 (1988).

112. Hasta donde este autor conoce, no existe en nuestro medio una publicación que dé cuenta con celeridad de las decisiones de la Corte Suprema. En los últimos años ha existido mayor preocupación por parte del periodismo respecto de los fallos del Alto Tribunal. Pero -a nivel federal- no hay ningún medio gráfico que publique las sentencias dentro de un plazo perentorio. En Estados Unidos se cuenta con el *United States Law Week*, publicación privada que edita decisiones de órganos administrativos federales y de los tribunales federales de todo el país. Su tarea la cumple con gran celeridad (48 hs.). Y, en los casos muy importantes, como por ejemplo la sentencia de la Corte Suprema recaída en la causa sobre la quema de la bandera como acto protegido por la 1ª Enmienda (“*U.S. v. Eichman*”), resuelta el 11 de junio de 1990, fue publicada al día siguiente (58 LW 4744, 12 de junio de 1990). La numeración de las páginas de los boletines semanales es la misma que pertenecerá al volumen donde ellos serán encuadernados, de modo que la cita del boletín responde a la misma página que tendrá en el tomo. Igual mecanismo sigue la *Lawyers Edition* -que también edita los fallos de la Corte Suprema- y que posee boletines de aparición quincenal, conteniendo los últimos pronunciamientos.

o la de la publicidad de la sentencia) puede hallar sustento en una ficción -como tantas otras que nutren al Derecho (vgr., el conocimiento de las leyes, una vez publicadas en el Boletín Oficial, artículos 1 y 2 Del Código Civil)-, a saber: las sentencias de la Corte se presumen conocidas *iuris et de iure* a partir de la fecha de su dictado.

En síntesis, dentro del contexto jurídico-estimativo actual, la solución preferida por la Corte, en cuanto a la fecha de vigencia de su nueva jurisprudencia, es una entre varias. La elegida por la Corte reconoce serias razones y logra amortiguar de modo eficaz el impacto perjudicial del nuevo precedente respecto de aquellos que habían ajustado su conducta al derecho vigente al momento de apelar. Es cierto también que la fecha elegida puede no ser la óptima. Pero también es verdad que, como dijera alguna vez la Corte Suprema norteamericana, para que el sistema pueda funcionar es necesario que exista algún juego en sus engranajes.¹¹³

g) Límite al efecto prospectivo proclamado en “Tellez”

Como quedó dicho en el acápite precedente, la decisión del caso “*Tellez*” tuvo por consecuencia la protección de los recursos deducidos conforme los dictados de la jurisprudencia de la Corte, anterior al caso “*Strada*”. Pero, como también se expresó, este tema tiene muchas aristas diferentes. Estos dos casos cubren de modo directo un grupo de situaciones, mas no todas las que pueden presentarse con motivo de un cambio jurisprudencial. Por ejemplo, qué ocurría con aquellos supuestos en los que el apelante -antes de que se fallaran “*Strada*” y “*Tellez*”- había seguido el derrotero elaborado en el primero, sin deducir recurso extraordinario federal contra la sentencia de la cámara respectiva y agotando, previamente, todas las instancias recursivas locales. Imagínese que el quejoso había procedido de tal modo por considerar que el tribunal superior de la causa era, a los efectos del artículo 14 de la ley 48 y a pesar de la jurisprudencia local y federal vigente a ese entonces, la corte suprema provincial. Luego, una vez dictada sentencia por la corte suprema local, sentencia en la que ésta no se pronunciaba sobre las cuestiones federales planteadas, se deducía recurso extraordinario federal contra ella. Agréguese que, a este momento, la Corte Suprema de la Nación ya había fallado “*Strada*” y “*Tellez*”. Ante una situación tal, la no retroactividad proclamada en “*Tellez*” debía extenderse a este caso o, en atención a las diferentes circunstancias de uno y otro, correspondía distinguirlo. Pues no debe olvidarse que, en definitiva, nuestro recurrente imaginario planteaba anticipadamente la interpretación acogida en “*Strada*”.

El supuesto hipotético recién esbozado es muy similar al que la Corte Suprema debió resolver en autos “*Unión Cañeros Azucarera Ñuñorco Limitada S.A.*”¹¹⁴ En este caso, luego de que la cámara de apelaciones de Tucumán rechazara la pretensión del incidentista, éste dedujo recurso de casación local. Pese a que este tribunal concedió ese remedio, la corte provincial lo declaró formalmente inadmisibile. Contra esta decisión, se dedujo recurso extraordinario, el que la corte local también rechazó. Al respecto dijo la Corte Suprema:

113. Missouri, K. & T. Ry. v. May, 194 U.S. 267, 270 (1904).

114. Fallos: 311(I): 1003 (1988).

“Para así concluir, entendió que a pesar de que su sentencia [la de la corte provincial que declaraba inadmisibile el recurso de casación] había sido notificada con posterioridad al caso “Strada” a fin de no efectuar una aplicación retroactiva de ese precedente vedada por esta Corte en la causa “Tellez”, correspondía examinar la situación al momento de la interposición del recurso de casación. Como en esa época -a juicio del a quo- el criterio imperante determinaba que el Tribunal Superior a los efectos del art. 14 de la ley 48 era el que dirimía el litigio una vez agotados los recursos “ordinarios”, la apelación que ahora intentaba la recurrente resultaba extemporánea, pues debió haber sido oportunamente deducida contra la sentencia de la Cámara interviniente ... Tal resolución motivó la presente queja.”¹¹⁵

“Que, en un diverso pero afín orden de ideas, cabe también advertir que se ha realizado una equivocada interpretación de los alcances de la decisión de este Tribunal en la causa ... “Tellez ...” En efecto, allí se intentó preservar la situación de los litigantes que apelaron por el art. 14 de la ley 48 con anterioridad a que se consagrara la doctrina del caso “Strada”. Mas de ello no se sigue, según pareciera entender el a quo, que aquella doctrina no fuese inmediatamente aplicable en beneficio de los que, precisamente, habían recorrido el camino señalado como correcto en el ya aludido caso “Strada”.¹¹⁶

La solución a la que arribó la corte suprema tucumana era equivocada por varias razones. A mi modo de ver, el yerro más importante cometido por el superior tribunal local consistió en su incapacidad para advertir que los antecedentes del caso que debía resolver -si bien estaban relacionados con el concepto de tribunal superior- eran diferentes, en aspectos relevantes, de los antecedentes constitutivos del caso “Tellez”. El razonamiento provincial, conforme lo sintetizó la Corte Suprema, guarda un estrecho parentesco con esa particular forma de ver los problemas jurídicos “al bulto” o “al por mayor”, sin discriminar hechos, circunstancias relevantes y principios aplicables, a la que se aludiera más arriba.

Ello así, en tanto la aplicación retroactiva de “Strada” vedada en “Tellez”, cubría (y protegía) aquellos casos en los que el camino recorrido por el apelante no era el que ahora exigía la Corte Suprema. Contrariamente a ello, en el caso de la Unión de Cañeros se había respetado celosa pero anticipadamente los pasos anunciados en “Strada”, si bien contrariando -en un tramo de su recorrido procesal- la jurisprudencia vigente. Consecuentemente, el tema a resolver en este nuevo caso consistía en establecer si se aplicaría la regla general clásica, vgr., la retroactividad, o si existían circunstancias que hacían aconsejable aplicar la solución excepcional articulada en el caso “Tellez”. Si la corte provincial hubiera consultado los propósitos que habían guiado a la Corte Suprema tanto en este último precedente cuanto en “Strada”, lo previsible era resolver la cuestión en favor del recurrente y no a la inversa. Pues una de las características más sobresalientes de la variante elaborada por la Corte Suprema, y como ella misma lo destaca, era proteger a los apelantes que habían ajustado su conducta al derecho anterior. Respecto de otras situaciones, en principio, seguía rigiendo la regla general en favor de la retroactividad.

115. *Id.*, Considerando 5.

116. *Id.*, Considerando 7.

Así, lo hizo, criteriosamente, el Alto Tribunal. Pues, en definitiva, no puede pasarse por alto que la regla general sigue siendo el efecto retroactivo y, el prospectivo, la excepción. De lo contrario y de aceptarse la tesis tucumana, menudo favor hubiera hecho el más Alto Tribunal a la evolución del Derecho. Es difícil imaginar que alguien vaya a proponer un cambio jurisprudencial con el cual, al menos en principio, no se verá beneficiado. Sería difícil también sortear los escollos relativos a su legitimación o interés para tal pedido.

5. La obligatoriedad de los fallos de la Corte Suprema como presupuesto necesario del efecto prospectivo anunciado en “Tellez”

La admisión implícita por parte de la Corte de la teoría de la obligatoriedad de sus fallos, ha jugado un papel decisivo tanto en “*Strada*” cuanto en “*Tellez*”. En este trabajo no ingresaré en el análisis pormenorizado de la jurisprudencia referida a este tópico. Simplemente señalaré lo siguiente.

Esta teoría tiene fundamentalmente dos ámbitos de influencia. Uno horizontal, esto es, que la Corte Suprema, como regla general, debe sentirse obligada a fallar conforme los principios establecidos en sus precedentes.¹¹⁷ Como principio, parece inconcebible que un tribunal hoy diga una cosa y mañana diga otra. Semejante incongruencia no sería resistida por el ordenamiento jurídico vigente. El otro ámbito en el que opera la obligatoriedad de los precedentes, de sentido vertical, postula igual relación pero respecto de los tribunales inferiores (federales, nacionales y provinciales).¹¹⁸ El criterio que ha privado hasta la fecha ha sido uno laxo y errático. A veces, la Corte ha admitido explícitamente la obligatoriedad;¹¹⁹ en otras oportunidades ha dicho que sus fallos deciden únicamente el caso concreto sometido a su conocimiento y no obligan sino en él;¹²⁰ otras veces y refiriéndose al acatamiento de su jurisprudencia por parte de los demás tribunales, ha sostenido que los jueces tienen la obligación “moral” de conformar sus decisiones a la jurisprudencia del Alto Tribunal.¹²¹

Volviendo a los dos casos bajo análisis, es evidente que la Corte ha presupuesto necesariamente que los principios establecidos en el caso “*Strada*” la obligaban (a ella y a los demás tribunales del país), de allí su necesidad de fallar el caso “*Tellez*” de la forma en que lo hizo. Caso contrario, y como es obvio, hubiera omitido la cita de “*Strada*” y hubiera fallado el caso “*Tellez*” conforme la jurisprudencia anterior.

117. Ver Garay, op. cit. *supra* nota 102.

118. Ver, Garay, Alberto F., “Federalism, the judiciary, and constitutional adjudication in Argentina: A comparison with the U.S. constitutional model”, 22 *Inter-American Law Review* 161, 185-199 (1991); Garro, Alejandro M., “Eficacia y autoridad del precedente constitucional en América Latina: Las lecciones del derecho comparado”, *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1989-I, 12-27, 44-60; ver las distintas variantes comentadas por Sagües, Néstor P., *El Recurso Extraordinario*, Buenos Aires, ed. Depalma 1984, Tº 1, pág. 158 Nº 79 y sgtes.

119. Fallos: 183: 409 (1939), “Baretta v. Provincia de Córdoba”; Fallos: 212: 160 (1948), “Pereyra Iraola v. Provincia de Córdoba”.

120. Ver Fallos: 313 (I) 1010 (1990), “Villada, Juan Carlos y otros”, consid. 7.

121. Fallos: 25: 364 (1883), “Pastorino v. Ronillón”.

Finalmente y abonando lo expuesto, la declaración final que contiene la sentencia que resuelve el caso “*Tellez*” es la prueba más elocuente de la obligatoriedad referida y del impacto de lo resuelto con relación a los recursos extraordinarios futuros. En efecto, dijo entonces la Corte que “*las nuevas pautas jurisprudenciales contenidas in re: “Strada”, sólo habrán de ser puestas en juego respecto de las apelaciones extraordinarias federales dirigidas contra sentencias [de tribunales inferiores] notificadas con posterioridad a ese precedente”*”.

6. Extensión de la doctrina de “*Tellez*” en los casos “*Giroldi*” y “*Andrada*”

a) El caso “*Giroldi*”

En la causa “*Giroldi*”, fallada el 7 de abril de 1995, la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad del artículo 459 inciso 2º del Código Procesal Penal de la Nación.¹²² *Giroldi* había sido condenado por un tribunal oral de la Capital Federal a la pena de un mes de prisión en suspenso. Dicha sanción fue apelada ante la Cámara Nacional de Casación Penal por la defensora oficial. Desde esta presentación, la defensora cuestionó la constitucionalidad del artículo recién aludido, en la parte que impedía la revisión por la Casación, de las sentencias cuya condena fuera inferior a tres años de prisión. La inconstitucionalidad pedida se basaba en la alegada violación de los artículos 16 y 18 de la Constitución Nacional y 8, inciso 2, apartado h) de la Convención Interamericana aprobada por ley 23.954. Sin perjuicio de esta apelación, la defensora también dedujo recurso extraordinario contra la sentencia del tribunal oral. Éste concedió el recurso ante la alzada pero la Casación lo declaró inadmisibile en atención a que la sentencia, dado el monto de la condena, era inapelable ante ella. A su vez, este tribunal defendió la constitucionalidad del artículo 459, inciso 2º del Código de rito, en la medida que consideró que el límite de tres años era razonable. Contra esta decisión, la funcionaria pública interpuso recurso extraordinario. Éste fue denegado y la obligó a acudir en queja a la Corte. Sobre el punto constitucional comentado, dijo la Corte Suprema:

“10) Que lo expuesto determina que la forma más adecuada para asegurar la garantía de la doble instancia en materia penal prevista en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 8, inc. 2º, apartado h) es declarar la invalidez constitucional de la limitación establecida en el art. 459, inc. 2 del Código Procesal Penal de la Nación, en cuanto veda la admisibilidad del recurso de casación contra las sentencias de los tribunales en lo criminal en razón del monto de la pena.”

Como consecuencia de la declaración precedente, la Corte devolvió la causa al Tribunal de Casación a fin de que, por la Sala que correspondiera, se dictara un nuevo pronunciamiento.

Los casos “*Giroldi*” y “*Strada*” poseen similitudes y diferencias importantes. En cuanto a las primeras, las características comunes más destacables parecen ser tres, a saber: (i) En ambos casos, lo que la Corte resolvió incidía de modo directo en la noción de tribunal superior de la causa

122. “*Giroldi*, Horacio D. y otro”; L.L. 1995-D, pág. 461, con nota de Palacio, Lino E., “Las limitaciones legales del recurso de casación en el proceso penal y el derecho acordado por el ‘Pacto de San José de Costa Rica’ a la persona inculpada de delito”.

contra cuya sentencia debía interponerse el recurso extraordinario federal. (ii) En los dos casos, los apelantes habían recorrido el camino más seguro para llegar a la Corte. Fuera lo que en definitiva resolviere ésta en cuanto al tribunal superior, sus recursos no podrían ser considerado mal interpuesto. Y (iii) en ambos casos, la nueva jurisprudencia fue aplicada en su caso. Entre las diferencias más importantes, cabe destacar las dos siguientes: (i') En "*Giroldi*" el recurrente pedía la declaración de inconstitucionalidad de un artículo que le impedía gozar del derecho a la doble instancia judicial, cosa que no ocurría en "*Strada*". Y (ii'), en el primero, el fundamento de esa declaración se sostenía en una disposición de la Convención Internacional que aseguraba la doble instancia. En "*Strada*", en cambio, no se solicitaba tal inconstitucionalidad. El apelante había podido recorrer tres instancias y el cambio jurisprudencial surgió de oficio y no por pedido expreso del recurrente.

b) El caso "*Andrada*"

A poco de resuelto el caso "*Giroldi*", la Corte debió pronunciarse en el caso "*Andrada*" y otros análogos.¹²³ La característica que estos casos tenían en común era que en todos ellos el recurso extraordinario había sido interpuesto contra sentencias de tribunales orales y no se había cuestionado la constitucionalidad del artículo 459, inciso 2º del Código Procesal en lo Penal. Cuadra destacar que, al momento de interponer el remedio federal contra la sentencia del tribunal oral, la Corte aún no había resuelto el caso "*Giroldi*". Dijo entonces el Alto Tribunal:

2º) Que la apelante se excusó de haber deducido el recurso de casación previsto por el art. 456 y sgtes. del Código Procesal Penal, en razón de que la pena impuesta era inferior al límite establecido por el art. 459, inc. 1º de ese código (fs. 35/36).

3º) Que si bien esta Corte en la causa ...'Giroldi...' fallada el 7 de abril de 1995 declaró la inconstitucionalidad de la limitación establecida en la norma citada en el considerando anterior,¹²⁴ por los fundamentos desarrollados en el precedente de Fallos: 308: 552 -'Tellez'-, corresponde establecer que la autoridad institucional de las pautas jurisprudenciales contenidas respecto al recaudo del tribunal superior de la causa, en el ámbito de la justicia federal, deberá comenzar a regir para las apelaciones extraordinarias federales dirigidas contra sentencias notificadas con posterioridad a esta última decisión.

Lo contrario conduciría a un resultado adverso a aquél que se pretendió lograr ya que se impediría la apertura de la instancia extraordinaria en un momento en que el acceso a la Cámara Nacional de Casación Penal se encuentra clausurado por la preclusión en la etapa pertinente.

Por ello corresponde que este Tribunal se avoque al estudio de la admisibilidad del recurso de hecho deducido en autos."

123. "*Andrada, Claudia Angelina*", resuelta el 30 de mayo de 1995.

124. En realidad, el inciso declarado inconstitucional en "*Giroldi*" fue el segundo y no el primero. El límite de este último es de seis meses. El del otro, es de tres años. No obstante, en ambos se frustra la posibilidad de la doble instancia. Como salta a la vista, en el presente se vuelve a detectar el mismo error que el señalado en el Capítulo Segundo, al comentar el caso "*Bianchi*". Es cierto que el principio de la doble instancia que asegura la convención citada es tronchado por ambos artículos. Pero no pueden caber dudas de que el inciso primero de ese artículo no fue el declarado inconstitucional en "*Giroldi*".

c) Similitudes y diferencias entre los casos “Andrada” y “Tellez”

En “*Andrada*”, la Corte acude a los fundamentos del caso “*Tellez*”, a fin de no aplicar la nueva jurisprudencia sentada en “*Girolodi*”. Sin embargo, el resultado al que llega es paradójal. En efecto, en “*Tellez*” el empleo de ese recurso benefició al apelante y en “*Andrada*” lo perjudicó.

Si en el caso “*Tellez*” se interpretaba que el tribunal superior de la causa, ante el cual debía interponerse el recurso extraordinario, era la suprema corte provincial -criterio inaugurado siete días antes en “*Strada*”-su apelación habría sido declarada improcedente. Ello así, en tanto la sentencia allí recurrida era la pronunciada por un órgano intermedio, verbigracia, un juzgado laboral de instancia única. Este resultado -vgr., la desestimación del recurso por no provenir del tribunal superior- fue el que la Corte quiso evitar y evitó al declarar que las pautas jurisprudenciales contenidas en “*Strada*” respecto al recaudo del tribunal superior de la causa, recién se aplicarían a los recursos contra sentencias notificadas con posterioridad a esta última decisión. Hasta entonces, se respetaría la jurisprudencia anterior a la luz de la cual el remedio federal intentado por Tellez estaba correctamente deducido. Las razones fundamentales, en virtud de las cuales el Tribunal procedió de este modo, fueron (i) que “la aplicación inmediata de dicha doctrina impediría la apertura de la instancia extraordinaria, en un momento en que el acceso ante los tribunales provinciales se encontraría clausurado por preclusión de la etapa pertinente” y (ii) que ese mecanismo “tendió al afianzamiento de la seguridad jurídica, y a evitar situaciones potencialmente frustratorias de derechos constitucionales”.

En cambio, en “*Andrada*” y los demás casos análogos, la aplicación del mecanismo instrumentado en “*Tellez*” fue, a la postre, perjudicial para los apelantes y frustratoria del derecho a la doble instancia. Para ser congruente con los fundamentos de “*Tellez*” y de “*Girolodi*”, la Corte debería haber aplicado el mecanismo inverso al empleado en el primer precedente y actuar, en parte, como había actuado en “*Strada*” y “*Girolodi*”. Repasemos el supuesto concreto.

En “*Girolodi*”, la Corte resolvió que el inciso 2º del artículo 459 del Código de rito era inconstitucional pues impedía la doble instancia en materia criminal, recaudo éste impuesto por el llamado Pacto de San José de Costa Rica. En “*Andrada*” y su progenie, el Tribunal actuó “como si” ese artículo no hubiera sido declarado inconstitucional. Es decir que admitió considerar el recurso extraordinario. No obstante ello, la Corte lo desestimó, porque los agravios planteados remitían “al análisis de cuestiones de hecho, prueba y derecho común, propios de los jueces de la causa y ajenos” al recurso extraordinario.¹²⁵ Y aquí está el problema central. De hecho, lo que la Corte hizo, como se sostuvo más arriba, fue privar a *Andrada* de la doble instancia, posibilidad esta que se le reconoció a *Girolodi*, sin perjuicio del extraordinario posterior al pronunciamiento de la Casación. Pues, al resolver “*Girolodi*” ella misma había dicho que “en hipótesis como la de autos, el recurso extraordinario no constituye un remedio eficaz para la salvaguarda de la garantía de la doble instancia que debe observarse dentro del marco del proceso penal como ‘garantía mínima’ para ‘toda persona inculpada de delito’ (art. 8, párr. 2º, apart. h,

125. Causa citada, considerando 5º).

Convención)”.¹²⁶ Y no constituye un remedio eficaz, entre otras cosas, porque el recurso extraordinario inhibe al Tribunal de entender en cuestiones que sí puede considerar la Casación, vgr., cuestiones de derecho común.¹²⁷

Creo que la sentencia de la Corte no advirtió que entre “*Andrada*” y “*Tellez*” existía una diferencia substancial que exigía un tratamiento distinto. Y pienso que fue por inadvertencia puesto que se aplicó mecánicamente la doctrina emergente del caso “*Tellez*”, sin formular distingo, salvedad o asimilación expresa alguna. El caso “*Tellez*” -que no era penal-, a la luz de “*Strada*”, exigía exclusivamente la determinación relativa al tribunal superior de la causa contra cuya decisión podía interponerse recurso extraordinario. Esto era lo que se había discutido y resuelto en “*Strada*”. Entre el tiempo en que Tellez interpuso este recurso y el que transcurrió hasta que la Corte lo decidió, ella -de oficio, en “*Strada*”- había variado la jurisprudencia relativa a la interpretación del artículo 14, primer párrafo, de la ley 48. Es decir que, según el período jurisprudencial a la luz del cual se juzgara, la apelación de Tellez estaba bien o mal interpuesta. De aquí que la solución diseñada se ajustaba estrictamente a las particulares circunstancias del caso.

La situación de *Andrada*, si bien parecida en algún sentido, era distinta en un aspecto clave. Lo que la Corte había intentado salvaguardar en “*Girolodi*” había sido la doble instancia en materia penal, recaudo este exigido por el Pacto aludido. Esto, demás está decirlo, no estaba en juego en los casos “*Strada*” y “*Tellez*”. Por aquella razón fue que la Corte debió declarar la inconstitucionalidad de la norma que obstaba a la plena vigencia de tal garantía. En “*Andrada*”, igual que en “*Girolodi*”, no había existido posibilidad de que un tribunal intermedio revisara la condena impuesta. Es decir que si lo que la Corte perseguía era afianzar lo establecido en el Pacto de San José de Costa Rica -a lo que, por otra parte, ella misma se consideraba enfáticamente obligada-, la solución debía ser la misma en ambos.¹²⁸

126. *Idem*, considerando 8°).

127. El recurso involucra el cuestionamiento de la materialidad del hecho imputado, la autoría, la preexistencia de los objetos sustraídos y que éstos hubiesen estado en poder de la acusada al momento de su detención (considerando 5°). En el considerando 9°) del fallo bajo comentario la Corte agregó lo siguiente:

“Que, asimismo, las reformas introducidas por las leyes 23.984 y 24.050 respecto de los distintos órganos judiciales que conforman los ‘tribunales inferiores’ de la justicia nacional (art. 75, inc. 20, Ley Fundamental), incluyeron la creación de la Cámara Nacional de Casación Penal.

Esta circunstancia modificó la organización del Poder Judicial de la Nación ... La Cámara Nacional de Casación Penal ha sido creada, precisamente, para conocer, por vía de los recursos de casación e inconstitucionalidad -y aun de revisión- de las sentencias que dicten, sobre los puntos que hacen a su competencia, tanto los tribunales orales en lo criminal como los juzgados en lo correccional.”

128. En la causa “*Girolodi*” dijo la Corte:

“12°) Que, en consecuencia, a esta Corte, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde -en la medida de su jurisdicción- aplicar los tratados internacionales a que el país está vinculado en los términos anteriormente expuestos ya que lo contrario podría implicar responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional. En tal sentido la Corte Interamericana precisó el sentido del art. 1° de la Convención, en cuanto los Estados parte deben no solamente ‘respetar los derechos y libertades reconocidos en ella’, sino además ‘garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción’. Según dicha Corte, ‘garantizar’ implica el deber del Estado de tomar todas las medidas que sean necesarias

Aparentemente, la Corte parece haber juzgado -inadvertida o equivocadamente- que si adoptaba esta solución, habría perjudicado el derecho de Andrada porque el plazo para deducir el recurso de casación ya había vencido.¹²⁹ Sin embargo, ello no era necesariamente así. Toda declaración de inconstitucionalidad involucra dos pasos fundamentales. El primero, es la declaración en sí misma. El segundo consiste en establecer los efectos de tal declaración. En consecuencia, podía interpretarse que, una vez declarada la inconstitucionalidad del artículo 459, inciso 1º del código procesal -obstáculo que se oponía al derecho de recurrir a la Casación- recién entonces comenzaba a correr (renacía) el plazo para apelar ante este órgano intermedio (efecto de la declaración de inconstitucionalidad). Esta solución hubiera evitado a la Corte entrar en contradicción con lo afirmado por ella en “*Girolodi*”, en el sentido que “en hipótesis como la de autos, el recurso extraordinario no constituye un remedio eficaz para la salvaguarda de la garantía de la doble instancia que debe observarse dentro del marco del proceso penal como ‘garantía mínima’ para ‘toda persona inculpada de delito’ (art. 8, párr. 2º, apart. h, Convención)”.

VIII. CONCLUSIÓN

A lo largo de los capítulos precedentes, he intentado demostrar que las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ofrecen un riquísimo material digno de un estudio sistemático que, hasta el día de hoy, no se ha realizado. La Corte cita sus propios precedentes; se apoya en ellos, muchas veces, sin citar ninguna otra fuente normativa; distingue o asimila los hechos de un caso a otro; busca la regla general que ellos involucrarían y la distingue de otras expresiones generales contenidas en la o las sentencias citadas. Además,

para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación del art. 1.1 de la Convención (Opinión Consultiva N° 11/90 del 10 de agosto de 1990 -‘Excepciones al agotamiento de los recursos internos’ párr. 34-). Garantizar entraña, asimismo, ‘el deber de los estados parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos’ (Id., parág. 23).

13º) Que, síguese de lo expresado, que la solución que aquí se adopta permite, desde el punto de vista de las garantías del proceso penal, cumplir acabadamente los compromisos asumidos en materia de derechos humanos por el Estado nacional a la vez que salvaguarda la inserción institucional de la Cámara Nacional de Casación Penal en el ámbito de la justicia federal y respeta el sentido del establecimiento de órganos judiciales ‘intermedios’ en esa esfera, creados para cimentar las condiciones necesarias para que el tribunal satisfaga el alto ministerio que le ha sido confiado sea porque ante ellos pueden encontrar las partes la reparación de los perjuicios irrogados en instancias anteriores, sin necesidad de recurrir ante la Corte Suprema, sea porque el objeto a revisar por ésta ya sería un producto seguramente más elaborado...”

129. Recuérdese que la Corte, en el considerando 3º transcripto más arriba sostuvo que “[I]o contrario conduciría a un resultado adverso a aquél que se pretendió lograr ya que se impediría la apertura de la instancia extraordinaria en un momento en que el acceso a la Cámara Nacional de Casación Penal se encuentra clausurado por la preclusión en la etapa pertinente.

Por ello corresponde que este Tribunal se avoque al estudio de la admisibilidad del recurso de hecho deducido en autos.”

en determinados contextos, se ha sentido obligada a fallar conforme los principios establecidos en casos anteriores. Y, por último, en algunas circunstancias, ha prescindido de la fuerza de sus propios precedentes, postergando o suspendiendo temporalmente su vigencia.

Intencionalmente he eludido la mención de la doctrina del precedente que rige en los países anglosajones. En este ensayo, he preferido mostrar, primordialmente, que en la Argentina, la Corte Suprema, lo reconozca o no, está aplicando una (o varias) doctrinas del precedente. Alguno de los casos analizados muestran, sin embargo, que el procedimiento que se sigue es perfectible. La ausencia de un estudio analítico y sistemático serio de este fenómeno favorece muchos descuidos evidentes. Parece obvio entonces que, aparte de imponerse un examen más profundo de nuestra propia experiencia, el aporte de las distintas teorías en boga en los países anglosajones acerca de la doctrina del precedente y la práctica de sus tribunales pueden proporcionarnos un material fructífero.

Luego de la evidencia que arrojan las páginas antecedentes parecería una necesidad el obstinarse en desconocer que, a pesar de nuestra herencia romanista-justiniana, la Corte Suprema ha ido moldeando una práctica más parecida a la que se ejerce en los países del *Common Law* que la que indicaría la tradición de los países civilistas. Esto, obviamente, no es casual. No puede soslayarse que en los fallos analizados la Corte ejercía el control de constitucionalidad de las leyes y la introducción de este control en nuestro medio provino de los Estados Unidos de Norteamérica. Es decir, de un país perteneciente a la órbita del *Common Law* y cuyas sentencias, en particular las de su Corte Suprema, incontables veces fueron tenidas en cuenta por nuestro más alto Tribunal desde sus orígenes.

Abrigo la esperanza que este ensayo, a juicio del lector, haya cumplido con el propósito que anunciaba. Es incompleto, me apresuro a excusarme. Pero creo que puede ser de ayuda, al menos inicialmente, para aquéllos que estén dispuestos a encarar un trabajo de mayor envergadura. No sé si yo podría hacerlo.

Notas sobre la justificación del uso de sistemas alternativos *

Carlos Peña González **

El texto que sigue se propone dilucidar, de una manera inevitablemente ensayística, algunos de los principales aspectos conceptuales y políticos que subyacen en los sistemas alternativos al estrictamente jurisdiccional, para la resolución de conflictos. Como espero mostrar, algunos de esos sistemas (en particular la mediación y el arbitraje) poseen importantes ventajas para una política de justicia que desee ser eficiente y socialmente adecuada. Las palabras que siguen constituyen un intento de fundar conceptualmente y otorgar plausibilidad a esa conclusión en apariencia trivial. Su itinerario es el que sigue. En primer lugar (I) intentaré explicitar los puntos de vista desde los cuales es posible efectuar el análisis de los sistemas alternativos. Espero mostrar cómo los sistemas alternativos pueden ser encarados teniendo en cuenta o, en cambio, obviando, las externalidades que provocan. Argumentaré en favor del primer punto de vista y, a propósito de él, intentaré caracterizar el modo en que la dogmática procesal encara estos sistemas. Tengo la impresión -y el texto intenta fundar esa impresión- que la dogmática procesal resulta ciega para los aspectos interactivos del conflicto. Luego de ello, y esta vez en segundo lugar (II), expondré cómo la promoción y fomento de ciertos sistemas alternativos exige redefinir el objetivo público en materia de justicia. Como es sabido, la definición de la tutela judicial como la única forma de tutela es uno de los ideales vinculados a el surgimiento del Estado Moderno y al proceso de expropiación de competencias que se encuentra en su origen. Este objetivo de política -vinculado a ese fenómeno histórico- debe cambiarse, según creo, para alcanzar algún óptimo social que satisfaga los óptimos de eficiencia. Argüiré que las condiciones sociales inducidas por los procesos de modernización exigen redefinir el óptimo social en materia de justicia hasta incluir una oferta heterogénea de protección y de tutela. Todo ello exigirá algún rodeo teórico en derredor de lo que deba entenderse por óptimo en materia de justicia. Como el tema de los óptimos suele ser desconocido en el ámbito de quienes se ocupan del derecho, me veo obligado a efectuar una breve referencia teórica en ese ámbito. Establecido lo anterior -es decir, dilucidados los puntos de vista desde los cuales es posible encarar el análisis y redefinido el objetivo de bienestar que, en materia de justicia, ha de ser perseguido- el texto se interna en algunos de los principales sistemas alternativos que, a la luz de tal objetivo, ha de perseguirse. En esta parte (III) procuro mostrar cómo la consideración de sistemas alternativos se relaciona estrechamente con una conceptualización del conflicto que destaca los aspectos

* Estas notas forman parte de una investigación más general realizada bajo los auspicios, y el financiamiento, de la Corporación de Promoción Universitaria (Santiago, Chile). (N. del A.)

** Profesor de las Universidades de Chile y Diego Portales (Santiago, Chile). Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

de racionalidad estratégica y de interacción que involucran. El objetivo de esta tercera parte es poner de manifiesto cómo los sistemas alternativos vienen exigidos no sólo por una eficiente política de acceso, sino por la especial naturaleza de cierto tipo de conflictos. En la cuarta parte (IV), procuro destacar -en relación con lo anteriormente expuesto- las particulares ventajas de la mediación y el arbitraje. En favor de la primera, arguyo que se trata de la forma de resolución de conflictos que mejor combina la “juridificación de la vida” -provocada por el cambio en las pautas de movilidad social- y la necesidad de “desjudicializar los conflictos” -exigida por el óptimo de eficiencia. En favor del arbitraje, esgrimo como principal razón para preferirlo la internalización de los costos de litigar que ese sistema provoca y la posibilidad que brinda el arbitraje corporativo o institucional de que la sociedad civil autogestione institucionalmente sus propios conflictos a través de las posibilidades que este le brinda.

Como previamente lo anunciara, comenzaré examinando la cuestión metodológica relativa a los puntos de vista desde los cuales es posible efectuar el análisis.

I. CUESTIONES CONCEPTUALES Y METODOLÓGICAS

El examen de los sistemas alternativos de resolución de conflictos puede, a mi juicio, ser emprendido desde dos puntos de vista diversos. Por una parte, es posible asumir su examen desde la perspectiva de la dogmática procesal intentando, por ejemplo, situar a esos sistemas en el complejo de conceptos con que esta describe y, a la vez, optimiza los sistemas estatales de resolución de disputas. Es sabido que, desde esta postura,¹ los mecanismos alternativos conducen a múltiples figuras procesales (como la transacción o el avenimiento) y plantean algunos problemas técnicos relativos a su homologación con la sentencia a fin de dotarla de coercibilidad.² Desde otro punto de vista y, abandonando esa primer perspectiva, es posible examinar los mecanismos de resolución de disputas -o cualesquier otra figura procesal- desde la visión del análisis social y con miras a la formulación de una cierta política de justicia.

Si bien como ya lo adelantara, en la mayor parte de lo que voy a decir asumiré el segundo punto de vista, creo que podría resultar útil comenzar examinando los límites del primero.

Para la dogmática procesal más comúnmente recurrida y que suele enfatizar el mecanismo adversarial -pienso en autores como Calamandrei,³

1. Sobre las funciones sociales de la dogmática jurídica, puede verse Peña, Carlos *¿Qué hacen los civilistas?*, en: *Estudios de Derecho Civil*, Santiago: Cuadernos de Análisis Jurídico, 1993. Vid., también, Peña, Carlos *Los desafíos actuales del paradigma del derecho civil*, en: *Estudios Públicos*, N° 60, Primavera, 1995.

2. Fornaciari, M.A., *Modos anormales de terminación del proceso*, Buenos Aires: Depalma, 1988, tomo 2, p. 115 y ss..

3. El Concepto de litis en el pensamiento de Francesco Carnelutti, en: *Estudios de Derecho Procesal*, Buenos Aires, 1961, p. 266.

Carnelutti⁴ y los que habitualmente los siguen como Couture o Guasp- los mecanismos alternativos cumplen, desde la visión conceptual, un papel análogo al que, para un civilista, cumplen fenómenos como el contrato por adhesión o la estipulación a favor de un tercero. Por ejemplo, la conciliación en el ámbito del derecho procesal -del mismo modo que la figura del contrato por adhesión en el ámbito civil- constituye un fenómeno que excede, y hasta cierto punto transgrede, el sistema de conceptos construido en derredor del proceso. Permítanme que explique brevemente la analogía que intento trazar. La dogmática civil, como es sabido,⁵ erige el conjunto de sus conceptos sobre la base del principio de autonomía, de manera que los fenómenos que no se ajustan a él -como ocurre con la adhesión- sólo logran ser expuestos como excepciones o figuras anómalas con respecto a la limpia fisonomía del negocio jurídico. Algo de eso creo ver en la dogmática procesal con respecto a figuras alternativas para la resolución de disputas. Si, como acabo de decir, el derecho civil erige el conjunto de sus conceptos sobre el paradigma de la promesa autónoma, el derecho procesal, a su turno, construye su complejo entramado conceptual sobre la base del modelo adversarial y heterónimo representado por la figura de la jurisdicción tal como ella aparece en el estado moderno. De ahí que no exista, propiamente hablando, un examen positivo de los fenómenos alternativos al adversarial, sino que exámenes más bien marginales que los sitúan -incluso en los códigos- como un modo “anormal” de terminación del proceso. En mi opinión -pero no es este el tema del que ahora debo ocuparme- subyace en el derecho procesal una cierta representación del estado moderno -monopolización de la fuerza, legitimidad procedimental, concepción adversarial del debate- que explica esa forma con que se conceptualizan fenómenos como los que ahora examinamos.

A ese carácter conceptualmente tangencial y de excepción de estas figuras en el ámbito de la dogmática, también ha de sumarse la concepción que suele arrojar la dogmática procesal del propio procedimiento adversarial. Según una descripción ilustre (que se puede remontar a los orígenes de la ilustración y que desde el punto de vista ideológico aparece vinculada a la exégesis) el juez, según la definición de rol provista por el ordenamiento, concibe al litigio como una disputa en torno a derechos preexistentes contenidos en reglas. El derecho, según esta tesis, constituye un conjunto de reglas que instituyen títulos de propiedad o derechos de actuación exclusivos que, ex ante, confieren facultades. La violación de esas facultades da origen a una disputa que competará al juez decidir. Según esta visión, el ordenamiento equivale a una suerte de orden cósmico: la disputa implica su fractura. Por lo mismo, el proceso judicial -según lo han insinuado autores como Michel Foucault, por ejemplo- está dispuesto como un debate en pos de la verdad. Todo en él está previsto para develar o descubrir quien tiene la razón, la verdad o la justicia de su lado. Según lo ha sugerido Foucault, ello explicaría que el modelo adversarial haya servido de

4. Sistema de Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, 1944, p.11.

5. Peña, Carlos, ¿Qué hacen los civilistas?, en: Estudios de Derecho Civil, Santiago: Cuadernos de Análisis Jurídico, Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, N° 28, 1994.

base al paradigma de descubrimiento de la verdad que luego hizo fama en las ciencias duras.⁶

Un punto de vista distinto es el que supone el análisis social. Para éste, no se trata ya de conceptualizar a los modelos alternativos por referencia a un sistema deductivo de conceptos, sino que se trata de identificar las **ventajas relativas que diversas instituciones proveen respecto de una misma función**, en este caso, la de resolución de controversias; para, desde allí, y ese es mi específico interés, formular una cierta política de justicia.⁷ Si bien para los juristas el término “sistemas alternativos” posee un sentido estrecho -que alude, básicamente al arbitraje, la mediación y la conciliación- ello no ocurre desde el punto de vista del análisis social que ahora deseo asumir. Desde este punto de vista, todos los conflictos (desde la guerra a la discordia intrafamiliar) acaban por resolverse -sea mediante la violencia, el abandono de la relación social, la sumisión autoritaria, el mercado o el olvido- de manera que, en los hechos, toda sociedad presenta una amplia gama de formas alternativas, algunas de las cuales (pero no todas) son las que solemos denominar mecanismos alternativos. Desde esta perspectiva, la conciliación, la solución autoritaria o la solución adversarial de una misma disputa, son **funcionalmente equivalentes** y se pretende buscar la mejor decisión alternativa a la luz de un cierto ideal de moralidad política o social, entre esas varias formas posibles. Lo que interesa, entonces, desde esta segunda postura -y supuesta la amplia oferta social de mecanismos alternativos- es lo siguiente: ¿cuáles de esas varias formas alternativas socialmente disponibles y, en aspectos relevantes, funcionalmente equivalentes, son las que hemos de fomentar y porqué? La respuesta a esa pregunta configura una cierta decisión en materia de política de justicia y contribuye a diseñar lo que, más adelante, denominaré un óptimo.

Como cosa previa a la consideración de ese óptimo, resulta indispensable insistir en las características del análisis social de este tema.

El análisis social de las formas alternativas de resolución de conflictos puede ser emprendido desde un punto de vista que deseo denominar *externo* o desde otro que, a la inversa, podemos denominar *interno*. En el primer caso, se trata de indagar por la situación que le corresponde a los sistemas alternativos en una política de justicia definida en base a criterios de bienestar social. Aquí cabe destacar cuestiones como el menor costo relativo de estos sistemas o la ampliación del acceso que provocan. En el segundo caso, en cambio, ya no se trata de postular a los sistemas alternativos como medios eficientes para el logro de una práctica social que provoque bienestar, sino que se trata de resaltar a esos mecanismos como formas **interpersonalmente adecuadas de tratamiento del conflicto**. Aquí, por ejemplo, suele destacarse la mejor utilización que hacen estos sistemas del componente emocional ínsito a todo conflicto, o el menor grado de agresividad que suponen. Como es obvio, la

6. Michel Foucault: La verdad y las formas jurídicas, Gedisa, Barcelona, 1986.

7. Sobre análisis funcional, puede consultarse: Merton, R. Teoría y Estructura Social, México: F.C.E., 1964, páginas, 29-94; también, Luhmann, Niklas, Sistema y Función, en: Luhmann, N., Sociedad y Sistema: la ambición de una teoría, Barcelona: Paidós, 1990, página 41 y siguientes.

evaluación que uno haga de estos sistemas puede variar según el punto de vista que uno adopte y, en consecuencia, la evaluación global podría no ser consistente. Por ejemplo, la terapia psicoanalítica puede constituir, desde la posición de los partícipes, una espléndida forma de tratamiento del conflicto; pero no hay duda de que se trata de un método desastroso desde el punto de vista de las definiciones de una economía del bienestar que tenga en cuenta **todos** los intereses involucrados que, en cuestiones públicas, exceden, como es obvio, en mucho a las meras partes en conflicto. Así como desde la perspectiva de las decisiones sociales no estamos dispuestos a proteger la vida a cualesquier costo (y hacemos, como lo ha mostrado Calabresi,⁸ carreteras más baratas a sabiendas que alguien morirá en esa vía) tampoco estamos dispuestos a resolver los conflictos a cualesquier precio. Dada la escasez inevitable con que se adoptan las decisiones públicas, cualesquier decisión posee un costo alternativo que debe ser considerado.⁹ En lo que sigue, y como lo anuncié, comenzaré asumiendo este último punto de vista (es decir, el externo). Hacia el final agregaré algunas consideraciones relativas al interno.

Como lo acabo de explicar, la oferta de mecanismos alternativos al jurisdiccional para la resolución de disputas es amplia y heterogénea. Lo que ocurre es que no valoramos algunos de esos mecanismos porque, según creemos, contravienen nuestros ideales de moralidad o porque son ineficientes. En otros términos, contamos con razones prácticas (según la definición que de razón práctica daba Kant)¹⁰ para desechar o inhibir el uso de algunos de estos medios (por ejemplo, el uso de la violencia extraestatal o la mera sumisión autoritaria) y, en cambio, fomentar otros (por ejemplo, y para tomar un caso de moda, la mediación). Desde la constitución del estado moderno -definido como una asociación que reclama para sí, con éxito, el monopolio de la fuerza física-¹¹ existe un sólo tipo de mecanismo de resolución que el estado ha definido, diseñado y promovido, a saber, la solución adversarial a cargo de jueces que deciden quien tuvo -ex ante el conflicto- el derecho de su parte. En favor de esa definición más o menos explícita de política pública en cuestiones de justicia, se allegaron múltiples razones de legitimidad y de garantía. Ahora bien, el problema que, a continuación, me interesa explorar, es la redefinición de ese ideal en materia de política de justicia. Voy a sostener que existen dos motivos en favor de una ampliación del objetivo en materia de justicia, a saber, un **motivo de eficiencia** y un **motivo que denominaré social**. Es en ese orden como los examinaré. Lo que me interesa es presentar razones en favor de una redefinición del objetivo de bienestar en la política de justicia.

8. Guido Calabresi: *El coste de los accidentes*, Ariel, Barcelona, 1988.

9. Cfr. Coase, Ronald, *El problema del coste social*, en: *La empresa, el mercado y la ley*, Madrid: Alianza, 1994, páginas 121 y siguientes; vid., también, Nash, C., *La teoría de la medición del costo social*, en: Haveman (E), *Un análisis del gasto y de las políticas gubernamentales*, México: F.C.E., 1992, páginas 78-100.

10. Immanuel Kant: *La crítica de la razón práctica*, Losada, Buenos Aires, 1990.

11. Esa fórmula, como es sabido, pertenece a Weber, M. *La política como vocación*, en: *El político y el científico*, Madrid: Alianza, 1980, p. 89.

II. ¿CUÁNDO ES ÓPTIMO UN SISTEMA DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA? LOS OBJETIVOS DE LA POLÍTICA DE JUSTICIA

El tema de los óptimos en materia de decisiones públicas -y, por extensión, el tema de lo que es óptimo en materia de justicia-es una cuestión largamente debatida y la literatura sobre el tema es suficientemente amplia. Un planteamiento riguroso de la cuestión que, en definitiva, conduzca a justificar plenamente porqué los sistemas alternativos integran un óptimo en cuestiones de justicia, exige hacer una explicación teórica que permita comprender cabalmente el tema. Todo esto nos servirá, además, como una introducción a algunos aspectos relevantes de la teoría del conflicto.

En términos generales, el tema de los óptimos -es decir, el tema de qué es lo mejor desde el punto de vista del colectivo- se vincula con la teoría de la elección racional.¹² Se trata de esclarecer cuál es la mejor decisión posible para alcanzar un cierto estado de cosas definido como deseable. Desde el punto de vista de un actor individual, la elección -según lo ha sugerido Elster-¹³ puede ser vista como el encuentro de dos variables, a saber, los deseos del agente y el conjunto de sus oportunidades (o, como ha insistido Douglas North,¹⁴ el conjunto de creencias del agente acerca de sus oportunidades). “Dado el conjunto de acciones disponibles, expresa un autor, el agente escoge racionalmente si no está a su disposición otra acción cuyas consecuencias prefiera a las de la acción escogida”¹⁵. Otro autor¹⁶ denomina valor a la regla de elección entre varias acciones mutuamente excluyentes. Así, pues, la teoría de la elección sugiere que una elección es racional cuando es derivable de un ordenamiento. Entonces, el actor individual actúa racionalmente cuando, según una escala ordinal de preferencias escoge el medio más eficiente de los que dispone para alcanzarlas, supuesto un cierto conjunto de oportunidades.

De una manera análoga a ese concepto de racionalidad individual, es posible, ahora desde el punto de vista de sistemas interactivos más complejos, hablar de racionalidad social. “Dado que las acciones tienen una naturaleza colectiva o interpersonal -expresa Arrow-¹⁷ lo mismo debe ocurrir con la elección entre ellas. Un sistema de valores públicos o sociales en esencia es una necesidad lógica”. La racionalidad social equivaldría, desde este punto de vista, a un sistema social cuyos resultados fueran adecuados y coincidentes con un sistema de prioridades -o conjunto de valores, según la terminología de Arrow- bien establecido. Una colectividad o unidad social cualesquiera que contara con un sistema ordinal de preferencias que resultara coincidente con sus resultados sería, desde el punto de vista que he venido analizando, una unidad dotada de racionalidad social. Ahora bien, quedan planteados dos

12. Cfr. Sen, A., *Elección Colectiva y Bienestar Social*, Madrid: Alianza, 1976.

13. Jon Elster: *Tuercas y tornillos*, Barcelona: Gedisa, 1988, p. 23.

14. *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, Buenos Aires: F.C.E., 1993, p. 31.

15. Hahn, *Filosofía y Teoría Económica*, México: F.C.E., 1986, página 14.

16. Arrow, K., *Los valores y la toma de decisiones colectiva*, en: *Filosofía y Teoría Económica*, ob. cit., p. 218.

17. Ob. cit., p. 229.

problemas a partir de ese concepto de racionalidad social y los dos se encuentran en el centro del diseño de políticas públicas; a saber: cómo es posible construir un sistema de preferencias sociales a partir de preferencias individuales (problema éste del que se ha ocupado paradigmáticamente el utilitarismo) y, luego, el problema de establecer mediante qué mecanismos de coordinación es posible alcanzar el bienestar social definido por el sistema de preferencias. De ambos problemas se ocupa, como lo adelanté, la teoría de la elección social: cómo es posible construir un sistema de preferencias sociales, en primer lugar, y cómo es posible, luego, coordinar las acciones para alcanzar ese sistema de preferencias. En lo que sigue, revisaré brevemente el primero. Mi propósito, como ya lo advertí, es el de espigar algunas conclusiones relativas a las políticas públicas de justicia, en particular en lo que atañe a la utilización de sistemas alternativos. El interés de toda esta digresión teórica radica en que es esta la única manera de conferir carácter racional y técnico a las políticas públicas.

El problema que acabo de enunciar -esto es, el problema de cómo es posible adoptar una decisión social partiendo de preferencias individuales-intenta ser resuelto en la economía del bienestar por el conocido criterio del óptimo de Pareto¹⁸ (que subyace todavía en importantes teorías de relevancia jurídica y política como la de Rawls)¹⁹. Según el criterio de Pareto una situación social cualesquiera es óptima cuando es el caso que no se puede aumentar la utilidad de un miembro sin empeorar, por ese hecho, la situación de otro. El principio de optimalidad de Pareto define el momento de eficiencia (económica) como una situación de suma cero, es decir, como una situación tal que lo que uno gana inevitablemente el otro lo pierde o, dicho de otro modo, como una situación en la que sólo caben decisiones distributivas. Como observan Buchanan y Tullock,²⁰ el óptimo de Pareto posee una justificación ética consistente en que entre dos situaciones cualesquiera se considera superior aquella en que todos sus miembros están mejor o en la que alguno, al menos, está mejor sin que ningún otro esté peor (la razón de todo ello es que al darse a todas las preferencias individuales un peso equivalente, debe favorecerse, en la adopción de decisiones, la unanimidad). Desde el punto de vista del óptimo de Pareto, un sistema de administración de justicia es eficiente cuando es el caso que no se puede mejorar el nivel de tutela que proporciona sin desproteger a alguien. No es óptimo o ineficiente, cuando admite disminuciones de costos sin alterar el nivel de tutela disponible, es decir, cuando se puede aumentar el nivel de tutela, **a menor costo y sin desproteger a nadie que esté actualmente protegido**. Se ha observado que un estado social cualesquiera puede ser óptimo en el sentido de Pareto con algunas personas en la más grande de las miserias y con otras en el mayor de los lujos, en tanto que no se pueda mejorar la situación de los pobres sin reducir el lujo de los ricos.²¹ Así, por ejemplo, un sistema de

18. Cfr. Arrow, K. y Scitovsky, La economía del bienestar, México: F.C.E., 1974 (dos volúmenes); para un análisis crítico debe consultarse, Sen, A., Sobre Ética y Economía, Madrid: Alianza, 1989, p. 49.

19. John Rawls: Teoría de la justicia, pág. 87 y sgts. Fondo de Cultura Económica, México, 1992.

20. James Buchanan y A. Tullock: El cálculo del consenso. Fundamentos lógicos de la democracia constitucional, Espasa-Calpe, Madrid, 1980.

21. Cfr. Sen, A., ob. cit., p. 50.

administración de justicia -como el chileno, según es fácil demostrarlo- demasiado homogéneo en la composición del litigio y regresivo, por tanto, en la distribución del gasto público, puede ser un óptimo en el sentido de Pareto, es decir, una situación social eficiente, aunque puede no serlo desde el punto de vista de óptimos sociales distintos al que define la economía del bienestar y que obliguen, por ejemplo, a mejorar no la cantidad sino las oportunidades de acceso.

Lo que enseña ese principio de eficiencia es que, supuesto que la utilidad social es valiosa, algún óptimo de Pareto es indispensable para alcanzar eficientemente cualesquier óptimo social, o sea, que no hay óptimo social posible sin que se alcance un óptimo de Pareto.

Es necesario, pues, configurar un cierto óptimo social respecto del cual el óptimo de eficiencia sea un requisito necesario pero no suficiente. Ese óptimo social supone decidir un conjunto de cuestiones para las cuales los aspectos normativos del análisis económico -en la medida que no contienen decisiones distributivas- resultan inadecuados. Si bien ese óptimo exige decidir un conjunto de cuestiones -que he intentado revisar en otro lugar- hay una, ante todo, que debe ser tenida en cuenta aquí pues se relaciona estrechamente con el tema que venimos considerando.

Se hace necesario definir un valor público básico -para hablar como lo haría Arrow- y optar por uno de dos objetivos en materia de justicia. Por un lado, el objetivo a alcanzar puede ser definido como el de brindar a los sujetos de derecho la posibilidad de acceder a la tutela judicial. Por otro lado, ese mismo objetivo puede ser definido como la posibilidad de acceder, con el menor costo posible, a un procedimiento efectivo -no necesariamente judicial- de tutela de los propios derechos. La diferencia entre ambas formas de definir el objetivo de bienestar en estas materias, se aprecia fácilmente al advertir que la primera definición conduce, como objetivo de política pública, a la creación de más tribunales o a la mejora de su eficiencia, en tanto que la segunda definición puede conducir -y de hecho ha conducido en el derecho comparado- a diversificar las formas de resolución, alentando los mecanismos alternativos, y a desjudicializar el sistema de administración de justicia en su conjunto. Entre esas dos formas de definir los objetivos de una política pública en esta área -lo que he llamado el problema del óptimo social- creo que hay buenas razones para optar por el segundo objetivo en vez del primero. Es decir, creo que una política de justicia debe tener como objetivo el brindar a los ciudadanos una genuina posibilidad de protección, no necesariamente jurisdiccional, de los propios derechos. En otros términos, me parece a mí que es necesario tender a diseñar y alentar una protección accesible, plural y heterogénea, y no necesariamente jurisdiccional y estatal, de protección de derechos. Varias razones pueden ser esgrimidas en favor de esta definición de política y las más obvias son las que siguen.

Por lo pronto, y así ocurriría en Chile a la luz de los indicadores de eficiencia disponibles, la utilidad marginal que se obtiene de la creación de más tribunales es decreciente, es decir, dadas las actuales rutinas de gestión la creación de cada nuevo tribunal resulta, desde el punto de vista de su costo alternativo, más cara. Ello se vería acentuado por el aumento de litigiosidad que suele provocar la creación de tribunales. La razón de esto es que la demanda por justicia es elástica, de manera que la creación de más tribunales provoca

en el corto plazo una nueva dilación. Como es sabido, la demora opera como un precio de mercado que regula la tendencia a litigar. Al disminuir el tiempo de espera -es decir, al bajar los precios- se estimula inevitablemente la congestión. (Lo mismo, aunque de un modo más complejo y que introduce mayor cantidad de variables, es susceptible de explicarse de otra forma utilizando el concepto de “nivel de justicia disponible”. El nivel de justicia disponible -explica Urbiztondo²² es el resultado de la interacción entre la oferta y la demanda de justicia. La oferta de justicia puede aumentar -sobre la base de la litigación costo cero o sobre la base de errores judiciales- la demanda injustificada y, de esa manera, provocar congestión).

Existen, todavía, otras razones. La experiencia muestra que en las sociedades en curso de modernización las pautas de movilidad social se alteran, la subjetividad se exagera y las soluciones de mercado se generalizan, surgiendo entonces un tipo de contienda y de conflicto -como la familiar o el contencioso de masas o la criminalidad de bagatela- que requiere, según intentaré demostrarlo luego, soluciones cooperativas y para el cual la solución adversarial provista por la judicatura resulta inadecuada y genera nuevos conflictos.²³ Lo mismo ocurre en materia penal. Los procesos de modernización son asimétricos, y suelen, en sociedades duales como las latinoamericanas, provocar marginalidad. El efecto de demostración del mercado y el cambio en las pautas de consumo hace surgir formas de criminalidad de bagatela²⁴ respecto de las cuales la solución meramente punitiva arriesga el peligro de segregar y provocar nueva marginalidad. En las sociedades modernas -que experimentan lo que Charles Taylor ha denominado la ética de la autenticidad²⁵ el Estado debe proveer de equivalentes funcionales de los grupos primarios o de pertenencia deteriorados y debilitados por la exacerbación de la subjetividad que provocan los procesos de modernización. Paradójicamente, la pérdida de centralidad del estado y el abandono del padrón estatal de desarrollo como camino hacia la modernización de las estructuras económicas y sociales, acrecienta la función del Estado en zonas que, hasta ahora, están entregadas a las estructuras familiares o al vecindario. Esta explosión del litigio que provocan los procesos de modernización económica y social obligan pues a “juridizar” los conflictos y a “desjudicializar” el modo de resolverlos.

Así pues no sólo hay razones económicas para alentar el surgimiento de formas alternativas y la estructuración de un sistema plural y heterogéneo de resolución de conflictos. La naturaleza del contencioso y la juridización progresiva de todos los aspectos de la vida obligan a ello.

A más de lo anterior, todavía existen razones de justicia distributiva. Como lo explicaré más adelante, al contrario de lo que suelen pensar los abogados, la justicia no constituye, desde el punto de vista económico, un bien público sino

22. El análisis económico de la administración judicial (mimeo, borrador), Buenos Aires, 1994.

23. Aisenson, A., Resolución de conflictos: un enfoque psicosociológico, México: F.C.E., 1994, página 17 y siguientes.

24. Cfr. Armenta Deu, T. Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad, Barcelona: PPU, 1991.

25. Ética de la autenticidad, Barcelona: Paidós, 1994.

un bien privado.²⁶ Se trata de un bien que, al ser consumido o utilizado importa, necesariamente, exclusiones de otros sujetos que, por ese hecho, no pueden ya consumirlo o utilizarlo. Es decir, el uso del sistema de administración de justicia posee externalidades negativas (la exclusión) que se traducen en que los más pobres (los excluidos) subsidian a quienes logran acceder al sistema. Este carácter de los sistemas de administración de justicia permite que quienes acceden al sistema externalicen parte importante de sus costos de litigar en la clase de todos los potenciales litigantes. Pues bien: enfrente de esta característica de los sistemas de administración de justicia se hace necesario instituir mecanismos que permitan que cada litigante internalice buena parte de sus costos de litigar. De esa manera no sólo se introduce una estructura de precios en el litigio-permitiendo así que abandone la disputa el que valora menos el bien litigado y provocándose una ganancia social neta- sino que se corrigen los efectos regresivos que este fenómeno provoca sobre el gasto. Si bien como lo sugieren los estudios de Capeletti y Garth,²⁷ el sistema de costas puede operar aquí como un sistema correctivo, resulta también de utilidad el arbitraje. El arbitraje, como es obvio, más que un contrato o un equivalente funcional de la jurisdicción consiste, técnicamente hablando, en una privatización de la misma que internaliza en los partícipes del conflicto, los costos de la litigación que, de otro modo, se difundan con graves efectos regresivos, sobre todos los potenciales litigantes.²⁸

III. EL CONFLICTO Y LOS SISTEMAS ALTERNATIVOS PARA RESOLVERLOS

Como lo expresé ya al inicio de estas páginas -vid, supra I- los abogados o quienes participan de la llamada dogmática jurídica no suelen creer en el punto de vista del análisis social, el conflicto, ni tampoco en las formas de resolverlos. Desde luego, los sistemas de resolución de conflictos exceden en mucho al listado que manejan los juristas. Las soluciones de mercado -una forma de penalizar a quien tiene una conducta de free rider- constituyen una eficiente forma de resolver conflictos y sublimar importantes formas de agresividad. La sumisión autoritaria a los deseos de otro sujeto con el cual se

26. Due, John y Friedla, *Análisis Económico de los Impuestos y del Sector Público*, Madrid: Editorial de Derecho Financiero, 1990, p.31.

27. Access to Justice and the Welfare State, Bruylant- Le Monnier, 1981.

28. He dejado -ex profeso- pendientes algunas cuestiones. En primer lugar, resulta imprescindible confrontar la definición de política defendida en el texto con el “derecho al libre acceso a la jurisdicción” incluido en el derecho internacional de los derechos humanos y recogido en algunos instrumentos vigentes en Chile como, vgr., la Convención Americana o el Pacto de Derechos Civiles y Políticos. En segundo lugar, no he considerado tampoco las condiciones que en un sistema legal cualesquiera alientan o desalientan la propensión al litigio y que puede ser abordada extrapolando algunas de las tesis sostenidas en el área de la “economía del crimen” (donde, por ejemplo, Becker ha sostenido que la tasa de beneficio de cometer un crimen es el valor de los efectos del delito en relación a la pena esperada dividida por la probabilidad de que se imponga). En tercer lugar no he considerado, aún, la utilización de un sistema de tasas judiciales como parte de una política de justicia que regule la propensión a litigar. En cuarto lugar -y supuesto que sea necesario promover formas alternativas- es imprescindible examinar el sistema de incentivos en el que ella se desenvuelve y el surgimiento de intereses corporativos en su alrededor.

guardan permanentes relaciones de interacción, suele ser una eficiente forma de resolver lo que los teóricos llaman “disonancia cognoscitiva”²⁹ (una suerte de distancia o discordancia entre lo que deseamos y nuestras posibilidades). La negociación es una muy utilizada estrategia para alcanzar puntos de equilibrio entre intereses opuestos.³⁰ El olvido -como alguna vez lo anticipó Nietzsche-³¹ constituye el más importante remedio a nuestras frustraciones (la causa tal vez más importante de los conflictos). La violencia es otra forma muy recurrida para resolver conflictos y, bajo la forma de monopolio, es la que constituye a fin de cuentas y, desde el punto de vista del análisis social, a la jurisdicción y al estado moderno. Así, pues, y esto es lo que me interesa poner de relieve, existe una amplia gama de soluciones a los conflictos que pueden ser conceptualizadas como sistemas alternativos al jurisdiccional.

Al lado de esas diversas formas de resolver conflictos existe, paralelamente, una muy amplia gama de conflictos que admiten una muy variada caracterización y que incluyen desde la guerra de exterminio hasta los desacuerdos conceptuales entre dos abogados en una elegante sala de casación. Si bien no es fácil hallar descripciones o tipologías del conflicto confeccionadas con miras al análisis jurídico, es siempre posible extrapolar algunas observaciones con miras a reconstruir, a partir de la información conceptual y fáctica disponible, una escala de conflictos que luego ayude a discernir cuál es la mejor manera de resolverlos. De ello me ocupó inmediatamente en lo que sigue. Luego, volveré sobre los sistema de resolución y -por fin- me ocuparé de asuntos más cercanos a la preocupación de la dogmática. En lo inmediato, me referiré a los conflictos en general desde dos perspectivas que estimo iluminadoras; a saber, la de la sociología y la de paradigmas cercanos a la economía o la teoría de la racionalidad.

Uno de los más clásicos textos sobre el conflicto es el de Lewis Coser (Nuevos aportes a la teoría del conflicto social).³² Coser destaca, en particular, las vinculaciones entre el conflicto y el cambio. Como resulta evidente para un análisis funcional, el conflicto no es malo por sí, sino que, como lo afirma una larga tradición que culmina en Hegel y Marx,³³ constituye una importante fuente de dinamismo social -que acaba en el lugar común, decisivo para nuestros efectos, según el cual no importan los conflictos sino el modo de resolverlos. Desde ese punto de vista, Coser, haciendo pie en algunas distinciones efectuadas por Parsons,³⁴ sugiere distinguir entre conflictos conducentes a un cambio de sistema y conflictos conducentes a un cambio en el sistema social. Es obvio

29. Elster: *op.cit.*, primer capítulo; vid. también, del mismo Elster, *El cemento de la sociedad. Las paradojas del orden social*, Barcelona: Gedisa, 1994, p. 31.

30. Cfr. Bazerman y Neale, *La negociación racional en un mundo irracional*, Barcelona: Paidós, 1993; Raiffa, H., *El arte y la ciencia de la negociación*, México: F.C.E., 1992; Munduate y Martínez, *Conflicto y Negociación*, Madrid: Eudema, 1994; Serrano y Rodríguez, *Negociación en las Organizaciones*, Madrid: Eudema, 1994; Camerer y Loewenstein, *Information, fairness, and efficiency in bargaining*, in: Mellers (E), *Psychological Perspectives on Justice. Theory and Applications*, Cambridge: University Press, 1993, p. 155.

31. En la genealogía de la moral y lo recuerda Kundera en el *Libro de la risa y el olvido*.

32. *Nuevos aportes a la teoría del conflicto social*, Buenos Aires: Amorrortu Editores, 1970.

33. Cfr. Dahrendorf, R. *Elementos para una teoría del conflictos social*, en: *Sociedad y Libertad*, Madrid: Tecnos, 1971, p.184.

34. En *The social system*, Glencoe Press, 1959.

que para el análisis jurídico el primer tipo de conflictos (conducentes a un cambio de sistema) resulta irrelevante: el análisis jurídico (no obstante esfuerzos que alguna vez hizo Cossio) resulta insuficiente -como lo muestra Carrió-³⁵ para analizar las revoluciones (para hablar como lo hace el último autor citado, las revoluciones transgreden los límites del lenguaje normativo). Así, pues, si de análisis jurídico se trata, pareciera que sólo resultan relevantes, desde el punto de vista conceptual, los conflictos conducentes a cambios en el sistema.

Por otra parte -y establecido lo anterior, esto es, establecido que trataremos sólo con conflictos conducentes a cambios en el sistema- es todavía posible, de un modo paralelo, distinguir entre conflictos subjetivos y conflictos intersubjetivos.

El conflicto interior -lo que acabo de denominar conflicto subjetivo- es el tema fundamental del psicoanálisis y ha sido tratado también por otras escuelas como el estructuralismo y la reflexología. En los humanos, el conflicto típico es el que se plantea cuando sentimientos de odio, codicia o deseo sexual chocan con otros de temor, culpa o vergüenza. También hay incompatibilidades temporales, cuando simultáneamente motivan tentaciones o necesidades antagónicas. Cabría decir, para despachar rápidamente el punto, que el conflicto subjetivo es, desde el punto de vista de la teoría de la elección, o un conflicto entre reglas diversas de decisión (que es lo que el novel Arrow llama valores)³⁶ o un problema de debilidad de la voluntad (según la descripción hecha por Elster). En el primer caso -conflicto entre reglas- el sujeto padece de una deficiencia de racionalidad puesto que no dispone de una escala ordinal de preferencias (uno de los supuestos de lo que los economistas llaman racionalidad, según ya vimos en supra II). En el segundo caso, el sujeto dispone de una escala ordinal de preferencias -es decir, satisface un requisito de racionalidad- pero posee una voluntad débil que le impide perseguirlas consistentemente, o sea, siguiendo a Elster, su racionalidad es imperfecta. El caso paradigmático y famoso de este conflicto subjetivo es el de Ulises que quiere llegar a puerto pero, simultáneamente, sabe que se dejará seducir por los cantos de sirenas.³⁷ En cambio, en el conflicto intersubjetivo -que es el que en particular nos interesa- una o varias personas persiguen una meta única.

La descripción más famosa de los orígenes del conflicto intersubjetivo, nos la proporcionan unas bellas páginas de Hume, sobre las que vuelve una y otra vez Rawls, en las que se sugiere que la pluralidad de planes de vida, sumada a la escasez de medios para lograrlos, configura inevitablemente el conflicto.³⁸ Hobbes,³⁹ con un patetismo que hizo fama, representó esa omnipresente posibilidad del conflicto afirmando que en un mundo como ese -el estado de naturaleza- la vida sería “pobre, triste, solitaria y cruel”. El estado de naturaleza es un estado de conflicto generalizado carente de formas genuinas de resolución. Hobbes opinó que la superación del estado de naturaleza acacó

35. Genaro Carrió: *Sobre los límites del lenguaje normativo*, Astrea, Buenos Aires, 1973.

36. Los valores y la toma de decisiones colectivas, en: *Filosofía y Teoría Económica*, ob. cit.

37. Jon Elster: *Ulises y las sirenas. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad*, México: F.C.E., 1980.

38. David Hume: *Ensayos políticos*, Técnos, Madrid, 1992.

39. Hobbes, T., *Leviatán*, Editora Nacional, Madrid, 1979.

merced a una concentración de la fuerza cedida cooperativamente por los partícipes a un tercero -el Leviatán. Si bien las sugerencias de Hobbes no son fidedignas como descripción, pueden ser estimadas, a la luz del conocimiento hoy disponible, como una metáfora afortunada acerca del papel de las instituciones en la vida humana. Luhmann, en su sociología del derecho, defiende la idea que las reglas jurídicas disminuyen, de un modo contrafáctico, la contingencia de las acciones individuales en contextos interactivos.⁴⁰ Las instituciones permiten, en efecto, que la subjetividad no se exacerbe y, por la vía de disciplinar nuestros deseos y nuestras oportunidades, nos ayudan a resolver nuestros conflictos o a plantearlos de un modo susceptible de resolución.

Existe una larga tradición intelectual según la cual las instituciones ayudan, como lo acabo de recordar, a reprimir nuestra subjetividad y, por esa vía, a disminuir los conflictos. En este sentido, una de las explicaciones más famosas del papel de las instituciones, nos la proporciona Freud en el Malestar en la Cultura.⁴¹ La Cultura -esto es, la coexistencia pacífica en condiciones de escasez- se ha logrado al precio de sacrificar buena parte de nuestras pulsiones y deseos. Gehlen ha insistido desde la antropología⁴² en esos planteamientos y lo mismo puede decirse, en la tradición hispana, de Ortega.⁴³ Con todo, no es esa la vía que, en mi opinión, resulta más fructífera para comprender el papel de las instituciones en relación al conflicto. Las instituciones son -analíticamente expuestas- nada más que una de las formas socialmente disponibles para la resolución de conflictos. Examinar este punto nos conducirá, según creo, a comprender los conflictos, de mejor forma, y el modo plural y heterogéneo con el que es necesario contar para resolverlos. Para ello será necesario examinar algunos aspectos de la teoría de la decisión racional y la elección.

Según lo adelanté -en supra II- la racionalidad puede ser vista como la capacidad de maximizar, en un cierto contexto, una escala ordinal de preferencias. Esa noción de racionalidad ha recibido variados reproches que no es el caso que examinemos aquí. Con todo, uno de los impugnadores de ese concepto -Elster- ha introducido una distinción iluminadora para nuestros propósitos.

Elster ha sugerido distinguir entre dos tipos de racionalidad, a saber, la racionalidad paramétrica y la racionalidad estratégica.⁴⁴ La racionalidad paramétrica se caracteriza porque el agente considera que el medio en el que se desenvuelve es una constante. Para un actor con este tipo de racionalidad, los otros actores y el medio en su conjunto son nada más parámetros estables de su propia decisión, en tanto que su propia conducta es la única variable a considerar. La racionalidad estratégica, en cambio, se caracteriza porque el agente integra al ambiente en el que se desenvuelve -desde el punto de vista

40. Vid., por ejemplo, *Legitimação pelo procedimento*, Brasilia: Editora Universidade de Brasilia, 1980.

41. *Obras Completas*, XIX, Buenos Aires: Santiago Rueda, 1955, pp. 11-91.

42. Arnold Gehlen: *Ensayos de antropología filosófica*, Siglo Veintiuno Editores, México, 1978.

43. Cf. Me refiero, claro está, a su *Meditación de la Técnica*.

44. Jon Elster, en op.cit., sobrepone a esa distinción la de racionalidad perfecta e imperfecta.

económico, a su conjunto de oportunidad- las expectativas cambiantes de los demás. El actor estratégicamente racional se considera -según explica Elster- participante en un juego que, en el caso ideal, es definido como una información perfecta en el sentido que todos los jugadores tienen un conocimiento cabal de las preferencias y del conocimiento de los demás. En palabras de Elster, quien posee racionalidad estratégica “no sólo toma sus decisiones sobre la base de sus expectativas del futuro, sino también sobre la base de sus expectativas acerca de las expectativas de los demás”.⁴⁵ La racionalidad estratégica supone lo que ilustres sociólogos -como Luhman o Parsons- denominan el fenómeno de la doble contingencia.

Ahora bien, convencionalmente a las situaciones sociales de doble contingencia, suele denominárselas “juegos” y a la teoría que las examina la “teoría de juegos”.⁴⁶ Voy a sostener que la teoría de juegos constituye una preciosa herramienta para el análisis del conflicto.

El ejemplo más notable de la teoría de juegos -y que ha dado origen a una fructífera literatura en torno al conflicto y la cooperación- es el conocido dilema del prisionero.⁴⁷ La anécdota que da origen al dilema es la que sigue. Dos prisioneros -sospechosos de haber cometido un delito- son puestos en celdas separadas. El policía que los detuvo le dice a cada uno que será liberado si denuncia al otro sin que éste, por su parte, lo denuncie a él. Si ambos se denuncian mutuamente, cada uno será condenado a tres años de cárcel. Si él no denuncia, pero en cambio el otro lo denuncia a él, recibirá una condena de cinco años. Si ninguno denuncia, la policía podrá promover una condena de nada más un año. Ahora bien. En las condiciones definidas por el dilema -falta de comunicación entre las partes- cada actor, persiguiendo su propio interés y actuando racionalmente, debiera denunciar al otro y, de esa manera, ambos obtendrían un beneficio menor (una condena de tres años) a aquel que alcanzarían si cooperaran entre sí sin denunciarse (una condena de nada más un año). En términos generales, y dada la condición de racionalidad estratégica, cualesquier conflicto que reprodujese las condiciones del dilema conduciría a que los actores, movidos por su propia racionalidad, actuaran en contra de aquello que, en verdad, los favorece. En otros términos, el dilema del prisionero enseña que los actores, movidos por su propia racionalidad, tenderían a no cooperar entre sí y a defraudarse mutuamente.

Existen múltiples observaciones que es posible colegir de este dilema. Con todo, hay dos que me interesa destacar desde ya. Por lo pronto, y como es obvio, puede colegirse que al aumentar la comunicación entre las partes, la solución cooperativa se hace más posible; igualmente, la solución cooperativa se acrecienta cuando la interacción es ilimitada (o sea, cuando el futuro posee algún valor que ayude a relativizar el presente).

45. Jon Elster: op.cit., pág. 39; en el mismo sentido, pero en una consideración más amplia, Habermas, J., Aspectos de la racionalidad de la acción, en: Teoría de la Acción Comunicativa: complementos y estudios previos, Cátedra, 1994.

46. Cf. Howard Raiffa: op.cit., Prólogo, pág. 5 y sgtes.; también, Binmore, K., Teoría de Juegos, Madrid: Mc Graw-Hill, 1994, pp. 3-10; Davis, M. Introducción a la Teoría de Juegos, Madrid: Alianza, 1984.

47. Cf. Raiffa: op.cit., pág. 336; Cfr. Gauthier, D., Moral por Acuerdo, Madrid: Gedisa, 1994.

Lo primero suele ocurrir en el mercado. Desde el punto de vista del análisis que vengo realizando, los precios constituyen un sutil intercambio de información y de ahí se ha colegido que, supuesto un sistema de precios correcto, las partes negociarían hasta alcanzar la mejor solución según sus preferencias (así, por ejemplo, Coase, en el análisis económico del derecho, ha sostenido que supuesto un sistema de precios perfecto, es indiferente el sistema legal).⁴⁸ Desde el punto de vista jurídico, es fácil darse cuenta cómo buena parte de los actores que comparecen ante un tribunal van en busca de certeza o, lo que es lo mismo, de información para luego poder negociar. Los procesos declarativos de derechos, cumplen, básicamente, esa función.

Lo segundo se verifica en situaciones sociales que suponen una interacción permanente en el tiempo. Relaciones laborales, familiares y de vecindad presentan amplias posibilidades de soluciones cooperativas. Las partes no suelen alcanzar esa solución porque se hallan inmersas en una situación del tipo dilema del prisionero. Restablecer un sistema de comunicación puede, allí, facilitar la solución del conflicto.

Ahora bien, esas múltiples características que presentan los conflictos -y que yo he simplificado deliberadamente a fines del análisis- se ocultan cuando el conflicto del caso se transforma en litigio. Un litigio se caracteriza porque los intereses de las partes (el conjunto de sus expectativas) padecen tres transformaciones: en primer lugar, sus intereses y expectativas se estandarizan en base a reglas; en segundo lugar, se interpone entre los actores un representante (abogado) que guarda con los primeros asimetrías informativas y objetivos divergentes; en tercer lugar, el conflicto así presentado se resuelve echando mano a razones previas y adjudicando el litigio a uno y negándosele al otro. Lo que me interesa sostener es que tratándose de los dos tipos de conflicto que denantes distinguí, esta solución resulta insuficiente e ineficiente.

Dicho lo anterior, pretendo avanzar sobre algunas distinciones conceptuales entre los varios tipos de juego. Mi opinión es que, extrapolando un tanto los resultados de la teoría de juegos, podemos contar con una visión más acabada del conflicto.

La más importante distinción -de cara a los sistemas alternativos- debe ser trazada entre conflictos de suma nula y conflictos de suma diferente o no nula. El dilema del prisionero -que he asumido aquí como un caso de juego, es decir, de conflicto entre sujetos dotados de racionalidad estratégica- constituye un caso de un tipo específico de juego: un caso de juego de suma no nula y contrapuesto a los juegos de suma cero. La distinción entre juegos de suma no nula y juegos de suma cero -extrapolando: entre conflictos de suma no nula y conflictos de suma cero- radica en que en los primeros las ganancias de uno de los partícipes equivalen necesariamente a las pérdidas del otro, en tanto que en los segundos -es decir, los juegos de suma no nula- existen soluciones que maximizan por parejo la utilidad o el beneficio de los partícipes. Es posible, haciendo pie en la distinción que se acaba de esbozar, representarse los conflictos como un continuo que va desde los conflictos absolutamente

48. Es la tesis conocida como el teorema de Coase.

competitivos hasta los conflictos absolutamente cooperativos. Es posible, por ejemplo, representarse la disputa por el justo precio en una compraventa -me refiero a un caso de lesión enorme- como un conflicto de suma cero: la utilidad del vendedor es inversamente proporcional a la del comprador (medida la utilidad como la cantidad de precio que cada uno deberá pagar o ahorrará en definitiva). Como es obvio, un conflicto familiar o el interior de una empresa o una disputa vecinal, son conflictos que asumen soluciones cooperativas. Está demás decir que la solución adversarial es naturalmente adecuada para el primer caso e inadecuada para el segundo.

Así pues, lo que muestran los análisis precedentes, es que el tipo y grado de los conflictos que reclaman solución es altamente diferenciado, motivo por el cual el procedimiento “adversarial” o de adjudicación previsto por el sistema jurídico resulta, para un número relevante de conflictos, inadecuado, provoca insatisfacción y genera nuevos conflictos.

El conflicto -o la mayoría de ellos, al menos- no resulta ser equivalente al que subyace en el diseño de nuestros tribunales.

Por lo pronto, buena parte de los conflictos entre partes destinadas a interactuar indefinidamente en el futuro -vgr. los miembros de una familia, las partes de una empresa, los vecinos de un mismo barrio- no son de suma cero, sino que, según se acaba de explicar, admiten soluciones cooperativas. Los sujetos involucrados en ese conflicto no logran ajustar esa solución cooperativa porque suelen hallarse en situaciones del tipo dilema del prisionero. La solución de ese dilema (por la vía, vgr. de aumentar las posibilidades de comunicación entre las partes) tiende a facilitar la solución cooperativa. La oficina y el procedimiento jurisdiccional son obviamente inadecuados para la resolución de ese tipo de conflictos. Cuando un tribunal los resuelve -vgr. adjudicando derechos a alguna de las partes y negándoselos a la otra- se obtiene una tasa de beneficio menor que la que se lograría de alcanzar la solución cooperativa y a un costo mucho mayor que a veces se hace inútil cuando las partes, luego de la adjudicación judicial, deciden abandonarla por ineficiente o porque el conflicto, en vez de acabar, se exacerbó.

Lo anterior, conduce a otro rasgo de los conflictos que suele ocultarse en el modo que subyace a nuestras instituciones. El conflicto, tal cual se le define en el sistema legal, no es sólo una cuestión de justicia o de moralidad. Es también, y principalmente, una cuestión económica, o sea de distribución de costos y beneficios que posee importantes externalidades hacia sujetos que no son partícipes del conflicto. La solución de un conflicto conyugal de manera inadecuada (y resolverlo sobre la hipótesis de la suma cero es obviamente inadecuado) tiene costos hacia los hijos y hacia el sistema social total (los conflictos conyugales “resueltos” por los tribunales, vgr. en alimentos, suelen pauperizar a quienes participaron en él). Lo mismo puede decirse, en general, de los conflictos entre sujetos destinados a interactuar indefinidamente en el futuro.

El conflicto tampoco es, por cierto, un problema de racionalidad (aunque lo provoca, como vimos, la racionalidad y aunque, además, puede ser reconstruido conceptualmente sobre la base de decisiones racionales). En el concepto que del conflicto subyace en nuestro sistema legal, se

supone (en instituciones como la ultrapetita y el principio dispositivo) que **las partes saben lo que quieren y que lo saben racionalmente**. Por lo mismo, se entrega a ellas la iniciativa formal. Se supone, pues, que no hay opacidad entre intereses y razón. La verdad, empero, es que fuera de algunos conflictos donde los intereses son coincidentes con la racionalidad (la gran empresa competidora), en la mayoría de los conflictos que denantes ejemplificábamos, los sujetos poseen un grado de compromiso emocional con el conflicto que excede en mucho su racionalidad y que perjudica el conocimiento acerca de cuáles son sus verdaderas oportunidades.

Así, pues, no sólo existen razones de bienestar sino, además, razones que atañen a la naturaleza misma de los conflictos, para favorecer las formas alternativas de resolución de disputas. Como lo muestra la experiencia comparada -por ejemplo, la francesa- la utilización de formas alternativas tiene que ver con la privatización, pluralismo y multiformidad que adquieren los conflictos cuando se debilitan las formas espontáneas de control social y se deterioran los grupos de pertenencia.

IV. EL ARBITRAJE Y LA MEDIACIÓN

Lo dicho permite afirmar que una política pública de justicia debiera tener como directrices las que ahora paso a enunciar y a explicar. Me detendré en las decisiones de política que, según las estimaciones que explicito, resultan más rentables desde el punto de vista de una política de bienestar asociada a la justicia:

1. Las culturas que muestran bajas tasas de litigiosidad, pueden esconder graves deficiencias en sus políticas de justicia. La chilena, por ejemplo, es una cultura poco litigiosa que muestra una tasa muy deficiente de abogados y jueces por 100.000 habitantes y mecanismos demasiado homogéneos e ineficientes para la resolución de disputas.⁴⁹ No existe en Chile una correlación adecuada entre conflictividad y formas de resolución institucionalmente previstas. En términos de la sociología, puede afirmarse que nuestro sistema presenta una muy baja complejidad que no se corresponde, en absoluto, con la complejidad del medio en el que se desenvuelve. Razones de costo oportunidad, fundadas en obvias consideraciones provenientes de la economía del bienestar, y razones atinentes a la naturaleza de los conflictos y la diferenciación y complejidad social, obligan a considerar -es lo que he intentado dejar claro en lo que antecede- mecanismos alternativos al jurisdiccional.

2. Esos mecanismos alternativos no son, por su parte, uniformes sino variados y poseen distintas funciones según el tipo de conflicto o el área del ordenamiento al que se pretenda aplicar. Se extienden desde la autotutela a través del mercado hasta formas de jurisdicción delegada como el arbitraje.

49. Sobre el tema de la litigiosidad puede consultarse Blankenburg y Commaille (e), *Disputes and Litigation*, Oñati, 1991.

3. A la decisión anterior -la de diversificar las formas de tutela- debe sumarse todavía otra. Ella tiene que ver con el área del ordenamiento de que se trate. El tema de la tutela de los derechos se plantea, en efecto, de una manera distinta según se trate de cuestiones civiles en un sentido amplio o de cuestiones penales. Estas últimas, las cuestiones penales, suelen tener más directa relación con bienes indisponibles y con las garantías de un estado de derecho democrático, por lo mismo, interesa al estado disponer de un sistema de tutela y juzgamiento garantista. En el área criminal debe enfatizarse, como es obvio, la tutela jurisdiccional. En el área civil, en cambio, debe diversificarse la oferta de tutela.

A continuación, se analizan algunos de los sistemas alternativos más frecuentes. Primero, se trata el caso del arbitraje; luego el de la mediación; en fin, se formulan algunas observaciones generales acerca de el uso de estos sistemas en materia penal. A propósito del arbitraje, se considera especialmente su función económica: la de internalizar externalidades; a propósito de la mediación se considera su mayor adecuación en el tratamiento de conflictos de suma no nula.

La administración de justicia no constituye desde el punto de vista económico, un bien público, es decir, un bien que, como el aire o el sol, carezca de rivalidad para su consumo o no presente posibilidad de exclusiones. La justicia no es de aquellos bienes en los cuales el costo marginal inducido por un consumidor adicional es nulo. Cosa distinta, la justicia es un bien privado: por cada sujeto que litiga hay uno o más de uno que quedó excluido de la posibilidad de hacerlo y cada nueva demanda -atendido que el sistema carece de capacidad ociosa- introduce nuevos costos marginales. Todo esto plantea el problema de corregir la función regresiva que, en referencia a la distribución del gasto público, suelen provocar los sistemas de administración de justicia. Al analizar la composición del litigio es usual observar grados importantes de homogeneidad que evidencian importantes exclusiones: en Chile, por ejemplo, las fuentes primarias muestran que más del 75% de los litigios en los últimos veinte años equivalen a causas vinculadas al sistema crediticio, lo cual significa, dada la gratuidad de ingreso al sistema, que los excluidos subsidian la litigación de las empresas vinculadas al crédito, o lo que es lo mismo, que el gasto público en justicia se distribuye, aunque no deliberadamente, en términos discriminatorios. Este carácter de los sistemas de administración de justicia permite que quienes acceden al sistema externalicen parte importante de sus costos de litigar en la clase de todos los potenciales litigantes. Pues bien. Frente a esta característica de los sistemas de administración de justicia se hace necesario, como insistí más arriba, instituir mecanismos que permitan que cada litigante internalice buena parte de sus costos de litigar. De esa manera no sólo se introduce una estructura de precios en la litigación -permitiendo así que abandone la disputa el que valora menos el bien litigado y provocándose una ganancia social neta- sino que se corrigen los efectos regresivos que este fenómeno provoca sobre el gasto. Si bien como lo sugieren los estudios de Capeletti y Garth, el sistema de costas puede operar aquí como un sistema correctivo, resulta también de utilidad el arbitraje. El arbitraje, como es obvio, más que un contrato, o un equivalente

funcional de la jurisdicción⁵⁰ consiste, técnicamente hablando, en una privatización de la misma que internaliza, en los partícipes del conflicto, los costos de la litigación que, de otro modo, se difuminan, con graves efectos regresivos, sobre todos los potenciales litigantes.

Así, el arbitraje es un mecanismo eficaz para internalizar los costos de la justicia.

El derecho comparado permite, todavía, identificar una ventaja adicional de esta forma de resolución de conflictos. En el derecho comparado -y según se mostrará luego- es frecuente el arbitraje corporativo o institucional.⁵¹ Si bien este tipo de arbitraje surge como una eficiente forma de arbitraje comercial -y sus mayores desarrollos se encuentran a nivel internacional- también es posible, y de ello hay muestras en el derecho comparado, instalarlo como una forma en que la sociedad civil autogestiona sus propios conflictos. Si el estado moderno equivale a un proceso en el que se monopoliza la fuerza, se atribuye coercibilidad al derecho como nota distintiva y se entrega la resolución formal de conflictos a la jurisdicción, este camino -el del arbitraje institucional- permite relativizar ese proceso.

50. Desde el punto de vista funcional, el arbitraje constituye un equivalente funcional de la jurisdicción (para la noción de equivalente funcional, vid. Merton y Luhmann). Desde el punto de vista económico -que enfatizo en el texto- un mecanismo de internalización de costos, o sea, una manera de evitar externalidades negativas.

No son esos, por cierto, los problemas que se han discutido en la dogmática en torno al arbitraje. En la dogmática se ha discutido la naturaleza jurídica de él. Las tesis más usualmente citadas a ese respecto, son las que siguen.

Las tesis privatistas, como es fácil imaginar, equiparan el arbitraje a un contrato privado, como una manifestación más de la soberanía y poder de disposición de las partes sobre sus relaciones jurídicas. Hacen pie, principalmente, en el momento inicial del arbitraje: el contrato de compromiso, del mismo modo que las partes pueden transigir la controversia, pueden ellas comprometerla en árbitros.

Las tesis jurisdiccionalistas, por su parte, trazan una analogía entre arbitraje y jurisdicción. Para este grupo de autores, la decisión arbitral ostenta todas las notas esenciales de la cosa juzgada, tales como la obligatoriedad, ejecutoriedad, imperatividad, etc., y que si bien es cierto que los árbitros no ejercen potestas, si es que gozan de auctoritas. En general, se pone de relieve la similitud entre la función de los árbitros y la del juez, entre el laudo y la sentencia. En España, la tradición judicialista se inicia con el *Liber Iudiciorum* (en el *Breviario de Alarico* predominan los rasgos jurídico-privados sobre los jurisdiccionales), se recoge luego sin modificaciones en el *Fuero Juzgo*, aparece difuminada en el *Derecho municipal*, *Fuero Real*, *Espéculo* y en las *Partidas*, y tiene proyección en el *Derecho de la Codificación*. La LAP rompió con esta tradición atribuyéndole rasgos privatistas. (en Iberoamérica también ha predominado la tradición jurisdiccionalista, vgr. Aylwin: "El juicio arbitral", 1958.).

Las tesis intermedias, constatan, simplemente, cómo la institución en comento no se deja atrapar en la horma en que unos y otros intentan reducirla. Y luego de tal constatación, sostienen que la naturaleza jurídica del arbitraje es *sui generis*, o peculiar. Esta posición importa el fracaso de esta especie de averiguación pues se muestra impotente a la hora de atribuirle un conjunto de normas que la hagan operativa.

La jurisprudencia producida al amparo de la la LAP (ley de 22 de Diciembre de 1953), aunque vacilante, se inclina mayormente por una concepción privatista o contractual del arbitraje. Igual dirección ha tomado la jurisprudencia bajo la égida de la LA (ley de 5 de Diciembre de 1988). La doctrina española reciente, en cambio, se ha inclinado más por otorgarle naturaleza jurisdiccional al arbitraje, así vgr.: Montero Aroca, Gonzales Montes, Gomez Colomer, Font Serra, y Ramos Mendez.

51. Ver José María Roca Martínez: *El arbitraje y la mediación*, Editorial Bosch, Madrid, 1990.

En suma, puede afirmarse que el arbitraje como forma alternativa presenta al menos las siguientes ventajas: en primer lugar, y como se acaba de explicar, el arbitraje permite internalizar en los litigantes los costos del litigio. El arbitraje permite, en efecto, que quien litiga pague por hacerlo; en segundo lugar, el arbitraje procura, al ampliar las materias de arbitraje forzoso, facilitar las soluciones de mercado. Es probable que el arbitraje tienda, con mayor frecuencia que la jurisdicción ordinaria, a hacer coincidir los óptimos económicos y de justicia; en tercer lugar, el arbitraje constituye una forma indirecta de especialización jurisdiccional, en la medida que las partes, al tiempo de convenir el arbitraje, tenderán a escoger a aquellos sujetos en los que se reúnen las habilidades jurisdiccionales y las destrezas específicas que reclama la contienda; en cuarto lugar, el arbitraje -de la manera que el proyecto lo establece- constituye una manera eficiente de desjudicialización; en quinto lugar, en fin, el arbitraje facilita la autogestión de sus propios conflictos por parte de la sociedad civil.

Tratándose de conflictos cooperativos -o sea, conflictos entre partes destinadas a interactuar inevitablemente en el tiempo y como partícipes de un sistema de relaciones que no pueden abandonar- no es el arbitraje lo que presenta mayores ventajas, sino la mediación. Como es sabido, un buen ejemplo de este tipo de conflictos suele ser el conflicto familiar y lo es, a mi juicio, especialmente en Chile, donde las formas alternativas resultan requeridas por la naturaleza del conflicto y no sólo por objetivos de bienestar social.

El aumento de las uniones libres, familias monoparentales y de los nacimientos ilegítimos -todos esos fenómenos que, según lo muestran las fuentes, están acaeciendo en Chile-⁵² implican un cambio en las estructuras familiares. Cuando esos fenómenos ocurren, se verifica una exacerbación de la subjetividad, de manera que, al modo de lo que ocurre en *Madame Bovary*, la novela de Flaubert, la institución familiar depende preferentemente de las relaciones afectivas entre la pareja lo que incrementa los conflictos familiares.

En materia de familia la búsqueda de alternativas a la jurisdicción ha surgido, en el derecho comparado, principalmente del Estado. Ello se explica porque los procesos de modernización alteran las pautas de movilidad, exacerbando la subjetividad y deteriorando los grupos de pertenencia. **Paradójicamente, entonces, los procesos de modernización estatalizan los conflictos.** En una primera etapa, es el caso de Francia, se trató de una “desjuridización” de la vida familiar. Por ejemplo, en el caso del divorcio, la ley deja de regular las causas de disolución del matrimonio para limitarse a regular sus efectos (divorcio por mutuo consentimiento por ley de 1975). Algo de eso ocurre, de facto, en nuestro medio con la ruptura del matrimonio mediante las nulidades. Como es obvio, en nuestro medio la ruptura matrimonial está, de hecho, desjuridizada. La segunda etapa consiste en sustraer del sistema jurisdiccional los conflictos familiares. Esta etapa, poco desarrollada en Francia e inexplorada en Chile, ha consistido principalmente en que la jurisdicción tradicional delega funciones en otras instituciones públicas o que han trabajado largo tiempo en colaboración con el poder judicial. Un buen mecanismo para que ello ocurra es aumentar la complejidad orgánica y procedimental de la judicatura encargada

52. Vid. Informe Comisión Nacional de la Familia, Santiago: Sernam, 1994.

de cuestiones familiares, instituyendo la mediación a cargo de cuerpos profesionales diversos al jurisdiccional.

Aunque el crecimiento de la mediación en las últimas décadas es notable, no existe acuerdo acerca de las ventajas o beneficios que esta forma de resolver conflictos acarrea.⁵³ Se han esgrimido en favor de la mediación razones de eficiencia y se ha destacado, entonces, a la mediación como una herramienta destinada a aliviar la congestión judicial por la vía de hacer más heterogénea y diferenciada la oferta de tutela por parte del Estado. Se ha destacado, también, la mayor aptitud de la mediación para hacer partícipe a la comunidad en la búsqueda de acuerdos equitativos. Otros, se han ocupado de destacar los peligros que la mediación conlleva y han llamado la atención acerca del hecho que, dada la informalidad en que se desenvuelve, tiende a aumentar los desequilibrios de poder y a aumentar las posibilidades de coerción del fuerte sobre el débil. En fin -y es ésta la tesis que parece más plausible y con la que están de acuerdo tangencialmente autores como Habermas- se ha defendido a la mediación como una forma socialmente más adecuada de resolver conflictos en la medida que este sistema atiende al contexto biográfico en que el conflicto se desenvuelve, concibiéndolo, además, como un proceso interactivo.

Contrariamente al sistema jurisdiccional y, como es sabido, la mediación intenta asociar a las partes en la búsqueda de una solución al conflicto, poniendo en paréntesis la adscripción de responsabilidades para, en cambio, concentrar los esfuerzos en restablecer los canales de comunicación poniendo a las partes, en condiciones de superar el dilema del prisionero en que, vimos, se encuentran.⁵⁴ De esa manera, se facilita el logro de soluciones cooperativas que poseen menos riesgo de defección o transgresión, se aumenta la satisfacción y la autoestima de las partes y se favorece el cumplimiento de la solución alcanzada: estudios practicados en Canadá demuestran que en los casos de mediación, en materia de tuición, 47% de ellos terminaron en tuición compartida, mientras en el sistema jurisdiccional, que también admite esta solución, sólo un 5% llegaron a ella; asimismo, y siempre tratándose de Canadá, el 80% de los usuarios se declaran satisfechos con ese tipo de procedimiento, mientras que en USA ese porcentaje alcanza a un 78% de los partícipes en una mediación enfrente de, nada más, un 47% de los involucrados en un proceso estrictamente jurisdiccional de adjudicación. En fin, en Canadá las soluciones mediadas alcanzan un 97% de cumplimiento espontáneo, mientras que ese porcentaje es de sólo un 60% en las soluciones jurisdiccionales.⁵⁵ En el caso de Chile, al no existir mecanismos de mediación formales, no es posible indagar directamente en esos indicadores. Un estudio practicado en una muestra dirigida de trescientos expedientes en seis juzgados de menores de Santiago,⁵⁶ arrojó un 76.7% de soluciones autocompositivas

53. Vid., sobre el punto, Baruch Bush y Folger *La Promesa de Mediación*, Barcelona: Granica, 1996; Moore, C. *El Proceso de Mediación*, Barcelona: Granica, 1995.

54. En anexo, se discuten algunos de los dilemas teóricos que ha planteado la mediación en lo relativo a variables como la asimetría informativa en que se encuentran las partes y las características específicas de ciertos conflictos, como el familiar.

55. Bonafe- Schmitt, *Contentieux Familial et Mediation. Une Comparaison Internationale*, en: *Disputes and Litigation*, ob. cit. p.105.

56. Investigación no publicada de los Profesores Cerda y De la Fuente.

bilaterales, es decir, y generalizando un poco, más de las tres cuartas partes de la actividad de los tribunales de menores en Santiago, se dedican a actividades de mediación que se traducen en avenimientos o transacciones. Estudios de percepción en sectores pobres de la región metropolitana muestran, al mismo tiempo, como la justicia mejor evaluada y que produce mayores índices de satisfacción a la justicia de menores,⁵⁷ o sea, en los hechos, a la justicia “dulce” no jurisdiccional. Todo ello, no obstante, que el análisis estadístico sobre fuentes secundarias no permite acreditar menor duración entre el proceso estrictamente jurisdiccional y la solución autocompositiva que podría, como es obvio, haber introducido un sesgo en esa evaluación. Lo que parece seguro, sin embargo, es que hay factores asociados a la justicia de menores en Chile -que también se asocian a la búsqueda mediada- que favorecen su buena evaluación: hay menos presencia de abogados, mayor intervención de personal con entrenamiento terapéutico, menor formalización, mayor oralidad, etcétera, factores todos, como digo, mayoritariamente presentes en procesos de mediación.

Existen, todavía, otros motivos que, desde el punto de vista de una política de justicia socialmente adecuada, tienden a favorecer la mediación.

En efecto, como es sabido el Estado Social -que, aunque de una manera tímida ha estado presente en la región latinoamericana y lusitana; pero muy presente en las zonas de mayor desarrollo- ha tendido, o tiende, a juridificar y a judicializar los medios de asistencia y protección. Esto es especialmente relevante en los países de la subregión latinoamericana con las legislaciones de menores, pero aún sigue estando presente, incluso, en las políticas subyacentes a algunas de las reformas legales en actual curso. Esta juridificación y judicialización de los medios de asistencia a los grupos más vulnerables, muestra, sin embargo, varias deficiencias que urge investigar a fin de, si es necesario, encaminarse a la modificación de las políticas en esta parte.

Por lo pronto -y como lo pone de manifiesto una abundante información- la judicialización de los medios con que el estado brinda protección y tutela en los casos de conflicto o de carencia, extiende hacia los grupos vulnerables una zona del estado -la jurisdiccional- que es tradicionalmente deficiente y que, por múltiples motivos, parece no ser capaz de hacer frente a la explosión del litigio que experimentan en el mundo los sistemas jurisdiccionales. Hay, pues, razones atinentes a la economía del bienestar que han de conducir a hacer más heterogénea las formas de intervención estatal.

A ello también han de sumarse razones que atañen a la naturaleza del contencioso infantil o familiar. En términos generales, y como se ha afirmado con insistencia en múltiples estudios, la definición puramente adversarial de la mayor parte de los sistemas de administración de justicia se muestra inadecuada para los conflictos que, como los de familia, son de suma no nula. Como es suficientemente conocido, estos procesos reclaman, más bien, soluciones cooperativas. En fin -y como ha insistido Habermas⁵⁸ la excesiva juridificación

57. Correa y Barros (editores), *Justicia y Marginalidad. Percepción de los pobres. Resultados y Análisis de un Estudio Empírico*, Santiago: CPU, 1993.

58. Habermas, *Teoría de la Acción Comunicativa*, Madrid: Taurus, 1988, tomo II, páginas 502-503.

y judicialización del derecho de familia y de la infancia, obliga a violentar formas de vida y experiencias biográficas para las cuales la categorización meramente jurídica y adversarial resulta inadecuada. La solución jurídica y adversarial exige categorizar los conflictos violentando su contenido biográfico -su vinculación con el mundo de la vida. La mediación, en cambio, facilita recuperar, y tomar en cuenta, el contexto vital en que surge el conflicto y las variables que lo sustentan.

Existen, pues, razones para explorar, en el ámbito de las políticas hacia la infancia y la familia, mecanismos alternativos al jurisdiccional y el uso de formas no adversariales para la intervención estatal en los problemas de la infancia. Esto supone examinar políticas de la infancia que deleguen la intervención en la sociedad civil y que se enmarquen en una política de justicia socialmente adecuada y que, desde el punto de vista de los medios que ofrece, sea más heterogénea.

Así como hay razones económicas para promover ampliamente el arbitraje en sectores ricos y en conflictos individuales en los que se movilizan intereses corporativos -en lo fundamental, la internalización en un sistema de precios, del costo del litigio que, como se vio está parcialmente subsidiado en Chile- así, también, hay poderosas razones para promover la mediación en algunos conflictos de familia y la desjuridización en otros. Con todo, y supuesto que se adopte esa como decisión de política, surgen algunos dilemas y variables, de cara al diseño de la mediación, que se hace necesario considerar.

Las comparaciones internacionales sobre contienda familiar y mediación, muestran que la introducción de esta forma alternativa provoca algunos procesos sociales dignos de tener en cuenta. Por lo pronto, surge el problema de establecer **qué carácter específico ha de poseer la profesionalización del mediador**. Son frecuentes, en esta parte, los conflictos corporativos entre abogados, por una parte, y asistentes sociales y psicólogos, por la otra. Como es obvio, en Chile ese conflicto se planteará también con una gran intensidad corporativa y, sin duda, suscitará celos de parte de los jueces. De otra parte, resulta inevitable que la profesionalización del mediador conduzca al control del mercado, al surgimiento de corporaciones que certifican la aptitud del mediador y, en fin, que acaban, dentro de ciertos límites, rutinizando el carisma que, en sus inicios, posee esta actividad.

Fuera de esos procesos sociales asociados, existen algunas alternativas generales entre las que se hace necesario optar, a saber, **es necesario decidir por la mediación en el curso del proceso o por la mediación como una alternativa a ese proceso y, en cualquier caso, hay que decidir respecto de qué asuntos se adopta uno u otro camino**. Las experiencias comparadas parecen mostrar que respecto de lo que se denomina el “contencioso de masas” resulta útil la mediación como alternativa genuina. Respecto de asuntos familiares -donde la calidad de bien público del asunto es mayor- parece más apropiada la mediación en el curso del proceso. Igualmente, el acceso directo a la mediación debe favorecerse en el primer caso y el acceso indirecto en el segundo. Igualmente, en mi opinión, ha de preferirse un mediador profesional, no necesariamente abogado, para cuestiones que revistan el carácter de bien público y un modelo comunitario para el contencioso de masas o cotidiano,

donde, de otra parte, puede ser un sustituto funcionalmente adecuado para la justicia vecinal. En fin, me parece que, dadas las características de la cultura jurídica en Chile, debe revestirse a todo proceso de mediación de legitimidad jurídica.

Un caso especialmente anómalo es, en Chile, de cara a los sistemas alternativos, el problema penal, el cual se caracteriza por ser gravemente discriminatorio, ineficiente y poco garantista.

A ello se agrega que el proceso penal corresponde al modelo inquisitivo del estado indiano. Concepciones peligrosistas de los operadores jurídicos contribuyen a configurar un proceso autoritario y, como lo muestra la evidencia disponible, socialmente inadecuado. Enfrente de cuestiones penales, pues, más que introducir formas alternativas, se requiere modificar el proceso para, sobre la base de esa modificación, dar lugar a esas formas alternativas. Al modificarlo debiera abandonarse la obligatoriedad de la persecución penal para introducir criterios de oportunidad fundados en consideraciones político criminales. Como es obvio, y lo ponen de manifiesto múltiples estudios, todo proceso penal es selectivo y, en consecuencia, de lo que se trata es de hacerlo consciente y deliberadamente selectivo a fin de adecuar, política y criminalmente, la utilización del instrumento penal. Igualmente, y además de considerar la inclusión de ese principio de oportunidad, también ha de considerarse la suspensión del proceso penal a prueba dando así lugar a la posibilidad que el procesado, satisfaciendo ciertas condiciones impuestas por el órgano jurisdiccional, resarza las víctimas y, por esa vía extinga la acción penal. Finalmente, ha de considerarse la posibilidad del principio de autonomía en delitos de baja entidad que permitan acuerdos entre la víctima y el victimario, despejando así el instrumento penal para su utilización en delitos de más alta lesividad. A través de la aplicación de estos tres principios enunciados precedentemente se trata de concebir el instrumento penal como última ratio en un estado democrático lo que, por ejemplo, podría dar lugar a formas de mediación con participación hasta del ministerio público de la forma en que lo permite la ley italiana.

Ensayos

Delitos sexuales y feminismo legal: [algunas] mujeres al borde de un ataque de nervios *

Alberto Bovino **

“El relevamiento de la existencia de prejuicios que hacen eclosión en el caso de una violación ‘machismo, patriarcalismo’ inserta un plano de lectura atractivo, pero ello no debe inducirnos a interpretar en otros casos que la inexistencia de esos mismos prejuicios implique la constitución transparente de la verdad judicial, ya que este procedimiento tortuoso se corresponde íntimamente con la propia raíz del sistema jurídico como instrumento mediatizador de conflictos sociales”.

(Christian COURTIS, comentario al libro *La voz tutelada. Violación y voyeurismo*)

“Pero de lo que estoy segura es de que no creería una forma legítima y eficaz de resolver esta clase de conflictos sumar otras violaciones a la ya acaecida...”.

(Mary BELOFF, comentario al libro *La voz tutelada. Violación y voyeurismo*)

“Y volvemos, entonces, a las garantías y derechos individuales, tanto de mujeres como de hombres. La otra objeción ya ha quedado expuesta: ¿por qué entender que sólo las mujeres se hallan expuestas al riesgo del Estado de Derecho?”

(Martín ABREGÚ, comentario al libro *La voz tutelada. Violación y voyeurismo*)

I. EL PROBLEMA

En los últimos años, el derecho penal ha sufrido un ataque intenso por parte de un movimiento que aboga por los derechos de las víctimas del delito.

* Este trabajo fue presentado en un Congreso Universitario de Criminología organizado por los estudiantes de la Universidad de Chile en 1995. Durante su presentación, una asistente (estudiante) realizó varias observaciones críticas. Algunas de esas observaciones fueron recogidas en la versión final que aquí se publica. Mi especial agradecimiento a esa estudiante, cuyo nombre, lamentablemente, no recuerdo.

** Abogado, Universidad de Buenos Aires; Master en Derecho 1995, Columbia University (Nueva York); Profesor Adjunto de Derecho Penal y Criminología, Universidad de Buenos Aires.

Reuniones científicas, publicaciones¹ y reformas legislativas² son expresión clara e inequívoca de esta tendencia.

El denominado movimiento por los derechos de la víctima, sin embargo, carece de coherencia política, y sólo puede ser considerado como una unidad en la medida en que todos los grupos, actores e instituciones que lo componen, se interesan por la justicia penal y por la posición que la víctima ocupa en ella. En efecto, a poco de analizar las distintas expresiones de este movimiento encontraremos propuestas que intentan consolidar el esquema punitivo de justicia penal, esta vez con cierta participación de la víctima,³ como también otras propuestas que, a través de la incorporación de los intereses concretos de la víctima, contienen respuestas no punitivas para el tratamiento de los casos definidos como penales.⁴ Dentro de este último marco, las propuestas con contenido no punitivo pueden ser diferenciadas según se pretenda mantener o no las características fundamentales propias de la administración de justicia penal. Así, el modelo de justicia reparatoria puede ser formulado por quienes siguen encontrando justificación para la justicia y el derecho penal, como también por quienes se oponen radicalmente a la utilización del derecho penal como instrumento de solución de conflictos y, por lo tanto, postulan la abolición del derecho penal que conocemos: los abolicionistas.⁵

Por otra parte, el movimiento feminista, que recientemente ha comenzado a interesarse por las relaciones entre la posición social del género femenino y

1. Cf., para el derecho continental, AA.VV., *De los delitos y de las víctimas*, Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, 1992. En el ámbito del derecho anglosajón, cf. McDONALD, William F., "Towards a bicentennial revolution in criminal justice: the return of the victim", en *The American Criminal Law Review*, 1976, vol. 13, p. 649.

2. La institución de la suspensión del procedimiento penal a prueba, por ejemplo, representa, en el derecho argentino, una reforma que permite el ingreso de la reparación del daño como tercera vía -junto a la pena y las medidas de seguridad- y, por lo tanto, de los intereses de la víctima. Cf. MAIER, Julio B. J., "El ingreso de la reparación del daño como tercera vía al derecho penal", en AA.VV., *El Derecho penal hoy*, Buenos Aires, Ed. Del Puerto, 1995. La solución prevista en el art. 14 de la ley 23.771 (ley penal tributaria y previsional), esto es, la posibilidad de poner fin a la persecución penal a través del cumplimiento de las obligaciones debidas al Estado, también representa el ingreso de la reparación del daño y de los intereses de la víctima, si bien en este caso, muy particular, la víctima es el estado mismo. Cf. MAIER, Julio B. J. y BOVINO, Alberto, "Ensayo sobre la aplicación del art. 14 de la ley 23.771", en AA.VV., *Delitos no convencionales*, Buenos Aires, Ed. Del Puerto, 1994.

3. Cf., como paradigma de esta propuesta, el trabajo de HIRSCH, Hans-Joachim, "Acerca de la posición de la víctima en el Derecho penal y en el Derecho procesal penal", y también, "La reparación del daño en el marco del Derecho penal material", ambos en AA.VV., *De los delitos y de las víctimas*, citado. En los EE.UU., la propuesta inicial de los partidarios liberales de los derechos de la víctima, cuyo contenido consistía en un modelo de justicia penal reparatoria, fue transformada por los conservadores, que utilizaron políticamente el valor simbólico de la víctima para provocar reformas en la justicia penal que terminaron por aumentar el carácter punitivo del modelo estadounidense y por perjudicar al imputado. Se ha sostenido que el resultado de este proceso ha dejado algunas preguntas sin respuesta: "si las reformas tienen alguna relación con las víctimas, o si esas reformas son deseables"; cf. HENDERSON, Lynne N., "The Wrongs of Victim's Rights", en *Stanford Law Review*, 1985, vol. 37, p. 953.

4. Cf., por ejemplo, como paradigma de esta propuesta dentro del derecho penal, ROXIN, Claus, "La reparación en el sistema de los fines de la pena", en AA.VV., *De los delitos y de las víctimas*, citado.

5. Sobre las propuestas del movimiento abolicionista, cf. CHRISTIE, Nils, *Los límites del dolor*, México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 1984; HULSMAN, Louk y BERNAT DE CELIS, Jacqueline, *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*, Barcelona, Ed. Ariel, 1984; AA.VV., *Abolicionismo penal*, Buenos Aires, Ed. Ediar, 1989.

el derecho,⁶ ha dirigido su atención, en especial, hacia el derecho penal en el ámbito de los delitos sexuales. Este súbito interés se explica a partir del hecho de que la gran mayoría de las víctimas de los delitos sexuales son mujeres.

El problema de los delitos de agresión o violencia sexual excede, en mucho, la excepcional gravedad que reviste el hecho concreto de la victimización. En los EE.UU., el 92 % de las mujeres han sido sexualmente atacadas de alguna forma o acosadas sexualmente,⁷ y el 44 % de las mujeres han sido víctimas de violación o tentativa de violación.⁸ Mientras las feministas se quejan de que no se hace nada para enfrentar el problema por el solo hecho de que las víctimas son, casi exclusivamente, mujeres,⁹ lo cierto es que este tipo de agresión sexual produce consecuencias que exceden ampliamente la agresión misma.

La situación de vulnerabilidad que genera el elevado índice de agresiones sexuales contra las mujeres condiciona profundamente sus vidas cotidianas. Así, se ha destacado que esta situación hace conscientes a las mujeres de su propio cuerpo y, por ello, que influye en su manera de vestirse, de caminar, de sentarse. Esta toma de conciencia sobre sus cuerpos, gestos y actitudes es la consecuencia necesaria del miedo a ser violada. En las palabras de una autora que se ha ocupado del tema: “*Todas las mujeres, incluso aquellas que nunca experimentaron una agresión sexual, han experimentado el miedo a la violación... El miedo a la violación está siempre con nosotras. Él afecta nuestras vidas de incontables maneras, no sólo en que sentimos miedo de caminar por la calle avanzada la noche, sino también en todas nuestras relaciones con los hombres, por superficiales que sean...*”¹⁰

La complejidad del problema no se agota en su gravedad cualitativa y cuantitativa, y en la sensación de desprotección y vulnerabilidad de las víctimas.

6. Si bien este movimiento tiene una larga tradición de relación con el uso del derecho y las reivindicaciones legales, la preocupación teórica por el derecho y el Estado corresponde a un desarrollo posterior. Cf. BERGALLI, Roberto y BODELÓN, Encarna, *La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico*, Barcelona, 1993, inédito, p. 2.

Hacemos referencia aquí a la corriente teórica feminista que se ocupa de analizar la vinculación entre el derecho y las relaciones de género. Si bien esta corriente tiene mucho más peso en los países del hemisferio norte (ver, por ej., MOSSMAN, Mary J., “Feminism and Legal Method: The Difference it Makes”, en AA.VV., *At the Boundaries of the Law*, 1991), en nuestro medio comienza a tener ciertas expresiones (ver, por ej., KRSTICEVIC, Viviana, “Otro revés al derecho”, en *No Hay Derecho*, Buenos Aires, s. ed., 1990, n.º 2, p. 21; OTERO, Lidia N., “Para la igualdad se necesitan dos”, en *No Hay Derecho*, Buenos Aires, s. ed., 1991, n.º 4, p. 12; CHEJTER, Silvia, *La voz tutelada. Violación y voyeurismo*, Montevideo, Ed. Nordam-Comunidad, 1990.

7. Cf. MACKINNON, Catherine, “Difference and Dominance”, en *Feminism Unmodified*, p. 119.

8. Cf. MACKINNON, “Difference and Dominance”, cit., p. 107. Porcentajes similares referidos a violaciones o tentativas de violación arrojan las investigaciones en países europeos como Holanda y Francia, cf. BERGALLI y BODELÓN, *La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico*, cit., p. 22 y siguientes.

9. Cf. MACKINNON, “Difference and Dominance”, cit., p. 107.

10. WEST, Robin, “The Difference in Women’s Hedonic Lives: A Phenomenological Critique of Feminist Legal Theory”, en *Wisconsin Women’s Law Journal*, 1987, vol. 3, p. 88 (traducción nuestra). La misma autora agrega, en una afirmación poco verosímil, que la influencia del miedo a la agresión sexual es tal que condiciona a las mujeres en el sentido de empujarlas a buscar y a mantener una relación afectiva estable, para sentirse protegidas y reducir la cantidad de situaciones que las exponen a la posibilidad de una agresión sexual; a pesar de la disminución de la sensación de exposición, estas mujeres sufren una sensación de pérdida de su propia identidad con esta “entrega” en busca de protección (p. 88).

A estas circunstancias se debe agregar el *proceso de revictimización* que tiene lugar cuando la justicia penal se hace cargo del caso, que se caracteriza por cuestionar a la propia víctima por su participación en el conflicto, es decir, en la revictimización de aquellas mujeres que deciden acudir a la justicia penal y en el carácter manifiestamente sexista de las prácticas de este tipo de justicia.

Sin embargo, los problemas no terminan aquí, pues a todos ellos “propios de los delitos sexuales” se debe sumar las consecuencias negativas que toda intervención penal provoca, independientemente del tipo de delitos de que se trate. Si, como creemos, el escenario de la justicia penal es un núcleo generador de prácticas que violan sistemáticamente los derechos humanos,¹¹ debemos ser, entonces, al menos cautelosos antes de proponer como solución al problema de los delitos sexuales una respuesta punitiva de tipo tradicional.

El panorama no puede ser más sombrío, estamos frente a un problema social grave, que genera un alto grado de sufrimiento sobre un grupo de víctimas, las mujeres, que presentan un elevado nivel de vulnerabilidad a comportamientos de agresión sexual. La existencia del problema, sin embargo, no ha generado, en la práctica, ninguna reacción seria para enfrentarlo, y el sistema de justicia penal se limita a intervenir repitiendo viejos esquemas. En la búsqueda de una solución se enfrentan las propuestas del abolicionismo y del feminismo legal que, en cierto modo, representan dos posturas posibles propias de todo movimiento por los derechos de la víctima: una propuesta de justicia reparatoria o un modelo de justicia punitiva.

II. LA DISPUTA

La propuesta del movimiento abolicionista excede ampliamente, en lo que a la justicia penal se refiere, el objeto de preocupación del movimiento por los derechos de la víctima, pues pretende una transformación completa de lo que hoy conocemos como la organización de la justicia penal. Ello no impide, sin embargo, que exista cierto grado de coincidencia entre sus objetivos y los del movimiento por la víctima “en su vertiente reparatoria”, pues la atención de los intereses de la víctima y el paradigma de justicia reparatoria siempre han sido preocupaciones centrales de los abolicionistas.¹² Los intereses de la víctima, de este modo, constituyen, genéricamente, un lugar de intersección entre los discursos del movimiento por los derechos de la víctima y del movimiento abolicionista.

El movimiento del feminismo legal, por su parte, parece tener poca vinculación, en términos generales, con la participación de la víctima en la justicia penal. Ello porque el feminismo legal tiene como objeto de análisis y acción la relación conflictiva entre la práctica jurídica y la pertenencia al género femenino, cuestión que, en cierto sentido, es mucho más amplia que la que preocupa a los dos movimientos ya nombrados, pues no se limita al derecho penal sino que se

11. Esta característica propia de todo sistema de justicia penal (cf., por todos, BARATTA, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, México, Ed. Siglo XXI, 1986, especialmente caps. XII a XIV, ps. 165 y ss.) se ve acentuada en el ámbito de América Latina (cf. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1984, vol. II).

12. Cf. CHRISTIE, Nils, “Los conflictos como pertenencia”; BOVINO, Alberto, “La víctima como preocupación del movimiento abolicionista”, ambos en AA.VV., *De los delitos y de las víctimas*, citado.

ocupa de todo el ordenamiento jurídico. Una razón adicional de la despreocupación del feminismo legal respecto del derecho penal está dada por la escasa utilización de esta rama del derecho como instrumento de control social de la población femenina en la actualidad.¹³ Sin embargo, una preocupación central del feminismo son las relaciones de sometimiento de las mujeres al poder masculino y, por ello, cuestiones tales como la violencia doméstica y la violencia sexual presentan gran relevancia.

Este nuevo interés del feminismo sobre el derecho penal ha provocado reclamos que, junto al de otros grupos (por ej., los ecologistas), tienden a “revalidar” la utilización del derecho penal como mecanismo idóneo para afrontar ciertos conflictos sociales.¹⁴ Este reclamo a favor del derecho penal de las feministas ha sido criticado por los abolicionistas, quienes predicán su inconveniencia política. La idea central del abolicionismo postula que en este ámbito de conflictos sociales “como en los demás en los cuales interviene el derecho penal”, esta rama del derecho se muestra incapaz de enfrentar y resolver los conflictos que originan su intervención.

En un trabajo reciente, Gerlinda SMAUS, en “representación” del feminismo, toma el guante arrojado por los abolicionistas y expresa lo que, según ella, significa el punto de vista feminista sobre la cuestión.¹⁵

La primera crítica de SMAUS consiste en la afirmación de que dar un tratamiento no penal a los casos de agresión sexual, como postulan los abolicionistas, no responde a las necesidades e intereses de las mujeres, básicamente porque el abolicionismo está integrado casi exclusivamente por hombres que analizan el derecho penal que se aplica, en general, a otros hombres. Este hecho, según la autora, genera un conflicto que impide a los abolicionistas comprender cuál es el interés de las mujeres en el caso de las agresiones sexuales.¹⁶ Desde esta particular óptica, el abolicionismo se ocupa de evitar los problemas originados por la aplicación del derecho penal: su objeto “son siempre ‘los otros’; la mayoría de las veces hombres de clases subalternas, hacia quienes ellos, a menudo sin que les sea reclamado, emprenden sus esfuerzos por liberarlos... Los adversarios de los abolicionistas en el conflicto son ‘hombres’ que ocupan posiciones en instituciones estatales, y por esto se trata de un conflicto intrasexual”.¹⁷

El conflicto generado por la violencia sexual contra mujeres es, en cambio, un conflicto intersexual que afecta a las mujeres, quienes, según SMAUS, aún no están representadas “en el Estado, en sus instituciones y en el mercado de trabajo en igual medida que los hombres... Es en consecuencia comprensible que [las

13. En la actualidad, el porcentaje de población femenina sobre el total de la población criminalizada, es mínimo: generalmente inferior al 10 %. Cf., por ejemplo, las cifras señaladas por Roberto BERGALLI (“La tentativa española para construir un sistema democrático de justicia penal”, en AA.VV., *El derecho penal hoy*, cit.) para los años 1985 y 1991. Sin embargo, con anterioridad a las revoluciones liberales, las mujeres fueron un grupo perseguido en forma mayoritaria respecto a delitos vinculados con hechos de brujería. Cf. ZAFFARONI, Eugenio R., *La mujer y el poder punitivo*, San Pablo, 1992, inédito; BARSTOW, Anne L., *Witchcraze. A New History of the European Witch Hunts*, San Francisco, Ed. Pandora, 1994.

14. BERGALLI y BODELÓN, *La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico*, cit., p. 3.

15. SMAUS, Gerlinda, “Abolicionismo: el punto de vista feminista”, en *No Hay Derecho*, Buenos Aires, s. ed., 1992, n.º 7, p. 10.

16. SMAUS, “Abolicionismo: el punto de vista feminista”, cit., p. 10.

17. SMAUS, “Abolicionismo: el punto de vista feminista”, cit., p. 11.

mujeres] se evadan de aquel mundo vital que a los abolicionistas parece el paraíso, y busquen ganar espacio también en el sistema, declarando públicos y políticos sus problemas, hasta ahora privados... Creo por lo tanto que las mujeres deberían primero alcanzar la situación que los colegas masculinos consideran digna de ser abolida”.¹⁸ La propuesta abolicionista, por otra parte, es decodificada por SMAUS como la repetición del “viejo cliché del rol femenino, según el cual las mujeres deberían poner en segundo plano sus propios intereses a favor de los intereses de los otros”, repetición que significa, para ella, que los abolicionistas se creen los dueños de la verdad.¹⁹

Luego de estas críticas, la autora expresa su desconfianza hacia las posibilidades de que el derecho penal, como instrumento patriarcal, pueda mejorar efectivamente la situación de las mujeres.²⁰ El reclamo feminista acerca de la necesidad de que la violencia sexual fuera redefinida como delito de violencia, de que se produzca un aumento de las penas y de que se logre un tratamiento igualitario de las víctimas mujeres, en este contexto, fue considerado por ese movimiento como paradójico:²¹ por un lado, resultaba muestra de una situación objetivamente crítica la necesidad de recurrir al derecho penal; por el otro, este mismo hecho significó el reconocimiento de las pretensiones feministas por parte del sistema político.²² Los efectos “beneficiosos” y paradójicos del reclamo, sin embargo, fueron el “efecto unificante del movimiento y también un efecto transformador de la conciencia del público”.²³

La justificación de esta apelación al derecho penal está dada por la necesidad de las mujeres, como las de otros grupos sociales, de recurrir con sus reclamos al Estado, por ser éste el encargado de decidir y componer los conflictos sociales. Dentro de esta estrategia, el planteo del tratamiento penal de las agresiones sexuales es el resultado de que, en palabras de SMAUS, parece “que determinados temas morales se convierten en públicos solamente cuando se sirven de un trasfondo jus-penalístico... Las mujeres que invocan la función simbólica del derecho penal son criticadas, pero tomadas en serio”.²⁴

El objetivo de la propuesta feminista planteada por SMAUS, entonces, es claro.²⁵ No se trata de una esperanza ingenua que pretende alterar substancialmente las prácticas sociales de agresión sexual contra las mujeres depositando su confianza en los órganos estatales de la justicia penal. Por el contrario, se trata de

18. SMAUS, “Abolicionismo: el punto de vista feminista”, cit., p. 10.

19. SMAUS, “Abolicionismo: el punto de vista feminista”, cit., p. 11.

20. “Desde un punto de vista meramente funcional sería necesario desaconsejar a las mujeres esperar del instrumento patriarcal que es el derecho penal alguna mejora de su situación”. SMAUS, “Abolicionismo: el punto de vista feminista”, cit., p. 11.

21. Señalan BERGALLI y BODELÓN (*La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico*, cit., p. 18): “Quizás esto parezca contradictorio con la visión del derecho penal como instrumento y parte del control social respecto de las mujeres. Parece haber una contradicción entre estas funciones que, según se ha afirmado, desempeña el derecho penal y el hecho de que el propio movimiento de mujeres lo utilice como instrumento de sus reivindicaciones, puesto que el derecho penal es utilizado como medio de control social respecto de las mujeres, ha reforzado la creación de un determinado significado y función de lo femenino”.

22. SMAUS, “Abolicionismo: el punto de vista feminista”, cit., p. 11.

23. SMAUS, “Abolicionismo: el punto de vista feminista”, cit., p. 11.

24. SMAUS, “Abolicionismo: el punto de vista feminista”, cit., p. 12.

25. En todo este trabajo sólo hacemos referencia a la propuesta feminista tal como fuera formulada por SMAUS, aun en aquellos casos que utilicemos términos genéricos como “feminismo” o “propuesta feminista”.

la utilización consciente del “potencial simbólico del derecho penal en cuanto instrumento que colabora a hacer reconocibles como problemas ciertas situaciones padecidas por las mujeres. Este poder criminalizador o asignador de negatividad social ha producido distintas consecuencias. Por un lado, ha afectado a situaciones que previamente no habían sido definidas como injustos penales; por el otro, ha logrado criminalizar de forma diferente actos que ya se encontraban recogidos de algún modo por la norma penal (violación)”.²⁶

III. LAS CONSECUENCIAS “SECUNDARIAS” Y LOS HOMBRES

Esta revalorización del derecho penal realizada por algunas feministas presenta diversos problemas. En primer lugar, no se comprende por qué razón para SMAUS los hombres abolicionistas son distintos de los otros hombres a los cuales el sistema penal criminaliza. A pesar de que la variable género resulta siempre decisiva en los análisis muchas veces reductores de algunas feministas,²⁷ esa variable es rápidamente descartada para poder transformar a los (hombres) abolicionistas en “empresarios morales” que intervienen sin reclamo alguno de esos “otros hombres”. No llegamos a comprender por qué razón las feministas académicas ‘como SMAUS’ no pueden ser definidas como “empresarias morales” que se consideran a sí mismas dueñas exclusivas de la verdad cuando se oponen a la pornografía (que no las afecta personalmente, ya que afecta a las “otras”). Esta utilización caprichosa y jamás explicada²⁸ del seccionamiento de la humanidad en categorías de género frente a todo problema social es sólo una aporía teórica de escasas consecuencias si la comparamos con el contenido concreto de la propuesta feminista formulada por SMAUS.

La propuesta de las feministas reconoce, en primer lugar, su desconfianza acerca de la efectiva posibilidad de que la práctica jurídica opere de modo no discriminatorio. Por lo tanto, el reclamo no se funda en la necesidad de que la ley penal se aplique de alguna manera que pueda ser considerada justa o equitativa. A pesar de esta manifestación expresa de desconfianza hacia el derecho penal, las consecuencias “secundarias” de la utilización práctica del derecho penal, según SMAUS, no constituyen un problema principal para la óptica feminista.²⁹ La no problematización de las consecuencias que la autora denomina, trivialmente, “secundarias”, representa el principal problema de la solución que ella ofrece.

26. BERGALLI y BODELÓN, *La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico*, cit., p. 14.

27. La afirmación acerca del carácter reductor del análisis se vincula con los enfoques que dan cuenta de toda realidad o problema social a través de la división en géneros. Ello sucede cuando se considera como variable especialmente importante al género sin tener en cuenta las demás variables y cuestiones que intervienen en el problema estudiado. Ello sucede, por ejemplo, si damos especial importancia al género para analizar los efectos que produce el encierro carcelario sobre el ser humano. En este caso, el género puede conducir a la consideración de aspectos especialmente relevantes para las mujeres como podría ser, entre otros, la relación con los hijos pequeños. Sin desconocer estas particularidades, sin embargo, es necesario señalar que los efectos deteriorantes del encierro son, en principio, independientes del género de la persona sometida a esta clase de pena.

28. Nos referimos a la distinción entre los “hombres abolicionistas” y los “hombres criminalizados”, distinción que no se repite cuando se trata del colectivo femenino, siempre presentado como un grupo indivisible, único y con intereses compartidos frente a toda situación o conflicto de la vida social.

29. SMAUS, “Abolicionismo: el punto de vista feminista”, cit., p. 10.

En primer lugar, entre las consecuencias “secundarias” quedan comprendidas todas las violaciones a los derechos humanos de las personas criminalizadas. En este sentido, la deuda del feminismo consiste en explicar por qué razones sus intereses deben ser realizados, necesariamente, al costo de exigir la violación sistemática de los derechos individuales de otras personas, para el caso hombres.

La preocupación de los (hombres) abolicionistas por los derechos de las personas criminalizadas, tal como afirma SMAUS, esta vez sin equivocarse, no incluye una diferenciación entre mujeres y hombres. Sin embargo, esta circunstancia no resulta cuestionable ‘como parece sugerir SMAUS’, sino, por el contrario, valiosa, pues si se trata de los derechos fundamentales de las personas afectadas por la arbitraria injerencia punitiva estatal, la variable de la pertenencia al género debería ser irrelevante, entre otras razones porque la irracionalidad y la violencia de la justicia penal afecta por igual, en los casos concretos, a hombres y mujeres. El encierro carcelario es un castigo inhumano porque afecta lo que tenemos de humano, no lo que los hombres podemos tener de masculino. La propuesta de SMAUS puede ser explicada (aunque no justificada) si atendemos al problemático enfoque con que las feministas como SMAUS analizan todas las situaciones de la vida, es decir, un enfoque reductor que sólo les permite ver el género de las personas sin apreciar realidades más complejas. Sólo esta perspectiva puede conducir a la afirmación de que los efectos de la intervención de la justicia penal son “consecuencias secundarias” del derecho penal, especialmente cuando se trata de alguien que, como muchas feministas, reconoce la arbitrariedad propia de la justicia penal.³⁰ Pero quizás la injusticia, cuando es sufrida por hombres, no preocupe demasiado a SMAUS. Veamos, entonces, las consecuencias “secundarias” de su propuesta feminista para las personas que ella representa, es decir, para las mujeres.

IV. DELITOS SEXUALES Y PRÁCTICA JUDICIAL

Todo proceso penal puede ser considerado desde diversas perspectivas. Una perspectiva posible consiste en considerar al procedimiento penal como un proceso de redefinición de un conflicto a través del cual se construye judicialmente a los actores de ese conflicto. Desde este punto de vista, en el escenario de la justicia penal tiene lugar un proceso de reconstrucción del caso que implica la atribución de ciertas calidades a los sujetos que fueron sus protagonistas. Uno de estos sujetos es, en la mayoría de los casos, la víctima.

El proceso de construcción de la víctima, esto es, el proceso a partir del cual las prácticas penales definen la calidad de víctima³¹ de ciertas personas, se caracteriza por su autoritarismo y, por ello, por no tener en cuenta los intereses concretos de la persona que ha sufrido una agresión.

El concepto de bien jurídico desarrollado por la dogmática jurídico-penal ocupa un lugar fundamental en esta práctica de la justicia penal que construye

30. Resulta paradójico, en este sentido, que los propios planteos feministas partan del reconocimiento de la injusticia de las prácticas de la justicia penal, al menos en el ámbito de los delitos sexuales.

31. Esa calidad no es un atributo físico o natural, sino que depende, necesariamente, de una definición normativa. Cf. BOVINO, Alberto, “Contra la legalidad”, en *No Hay Derecho*, Buenos Aires, s. ed., 1992, n/4 8.

(define) a la víctima. A través de este concepto se reifica un valor (la vida, el patrimonio, la integridad física) y, al mismo tiempo, se desprende ese valor de todo interés concreto de su efectivo portador.³² Así, el derecho no protege la vida de María, sino la “vida”. Es por ello que se afirma, sin sustento jurídico alguno, que la vida es un bien “indisponible”. Este mecanismo “produce” víctimas incluso allí donde no las hay, define un conflicto inexistente entre autor y víctima como conflicto entre el autor del hecho y el Estado. La idea de infracción a la norma estatal funda esta lógica e impide a la víctima decidir acerca de la existencia de un daño concreto a sus intereses.³³ El resultado de esta forma de intervención coactiva de los órganos estatales es la exclusión de la víctima de su propio conflicto, es decir, la “expropiación del conflicto”.³⁴

Estos patrones de actuación que configuran las prácticas de la organización de justicia penal, sin embargo, no coinciden con los que orientan el tratamiento de un grupo de delitos en particular: los delitos sexuales. Al contrario de lo que sucede en el caso anterior, en estos casos es la víctima la que se siente efectivamente ofendida y, al mismo tiempo, es el derecho penal el que le niega tal calidad.

La práctica jurídica posee diversas formas de negar o restringir la calidad de víctima a las mujeres que han padecido un acto de violencia sexual, formas que se vinculan no sólo con el texto legal, sino, además y especialmente, con las decisiones judiciales.

La importancia del lenguaje del mismo texto legal, por ejemplo, se puede apreciar cuando vemos el título que agrupa los comportamientos de violencia sexual en el Código Penal argentino: “Delitos contra la honestidad”. No se trata de proteger la integridad física y la libertad de decisión de las mujeres en torno a lo sexual, sino que se trata de proteger un valor moral que trasciende a la mujer. El acto no es considerado reprochable porque ha sometido a la víctima, contra su voluntad, a una agresión sexual -es decir, porque ha provocado un daño grave a un ser humano-, sino, en todo caso, porque se ha visto afectado algún valor moral que trasciende a la (mujer) víctima concreta. Adicionalmente, la referencia a la “honestidad” parece representar un intento de dejar sin protección a ciertas víctimas: las mujeres “deshonestas”.

Éste, sin embargo, no es el único problema, pues la construcción jurisprudencial del bien jurídico agrava la situación en perjuicio de las mujeres. Cuando se define el bien jurídico con términos tales como la “honestidad”, la “moral sexual”, el “honor”, la “honra”, el “pudor”, se hace referencia al lugar

32. Sobre el proceso de objetivación de la víctima y del conflicto a través de la utilización del concepto de bien jurídico, cf. BOVINO, “Contra la legalidad”, citado.

33. Esta falta de coincidencia entre la definición del conflicto por parte de la víctima y la que realiza el órgano estatal no es un problema vinculado a la mera intervención de un órgano del Estado, en el sentido de que mediatiza el conflicto en representación de la víctima, sino un problema originado en el hecho de que los intereses del Estado en la persecución penal y los intereses de la víctima concreta son intereses distintos que, incluso, pueden llegar a hallarse enfrentados. Piénsese en los casos de mujeres que se someten a una intervención quirúrgica de ligadura de trompas, en los cuales la intervención se realiza a pedido de quien es definida, a pesar de ello, como víctima por el Estado, que interviene a pesar de la voluntad de la supuesta víctima, pues se ha lesionado el bien jurídico “integridad física”.

34. Cf. el pionero trabajo de Nils CHRISTIE, de traducción reciente al castellano, *Los conflictos como pertenencia*, citado.

social atribuido a la mujer.³⁵ Miriam CUGAT, luego de realizar un análisis minucioso de la jurisprudencia española sobre la figura de la violación, señala las consecuencias de esta forma de construir el bien jurídico en términos macrosociales: “El vocabulario utilizado contribuye en primer lugar a *cosificar* el objeto de protección, que se relaciona con la ‘*virginidad*’ o ‘*pureza*’ de la mujer; tal cosificación explica el extendido uso de expresiones que presentan *la relación sexual como un acto de ‘entrega’* de la mujer... En último término, el espacio de libertad que se reconoce a la mujer parece reducirse a la libertad para decidir dejarse ‘*violar*’... En segundo lugar, y después de apartar (‘*expropiar*’) el objeto de protección de la mujer, se *traslada* no sólo fuera de su ámbito vital de relación, sino incluso por encima de éste, en el plano de los valores ‘*supraindividuales*’, con lo cual la mujer aparece como blanco de una agresión, que la afecta no tanto como sujeto de relación, sino como propietario y hasta garante de un valor ajeno y superior a ella”.³⁶

La objetivación del bien jurídico a un valor que trasciende a la víctima también produce otro efecto que aumenta el desconocimiento de la definición de la situación tal como fuera percibida por la víctima: “El pulso a favor de la protección de la moral, se aprecia de manera especial en el tratamiento del consentimiento, en el que de una manera prácticamente unánime, se tiende a una uniformización de los criterios aplicables a las diversas modalidades de violación, propia de la protección de la ‘*honestidad*’, predicable por igual a todos los sujetos pasivos del delito”.³⁷

Por lo demás, la inexistencia de consentimiento construida a partir de la protección de un bien jurídico que trasciende a la víctima convierte a la agresión “en un ‘*ultraje*’ ante el que debe reaccionar la mujer, con una contundencia” acorde con el trascendente bien macrosocial afectado.³⁸ Se exige, de este modo, una resistencia heroica, tal como claramente lo expresara, con total desverguenza, el Tribunal Supremo español, con las palabras siguientes: se exige una “resistencia seria y constante de la mujer atacada que tenaz y firmemente luchó para no dejarse avasallar ni vencer, aun a costa de su integridad física”.³⁹

Como conclusión de su análisis la autora citada afirma la irracionalidad y arbitrariedad de la aplicación del derecho a los casos de violación y de las decisiones judiciales fundadas en premisas implícitas cargadas de estereotipos y valoraciones culturales contrarios a los principios constitucionales y a la finalidad de protección de bienes jurídicos que supuestamente el derecho penal debe realizar. Los estereotipos utilizados, por otra parte, “acaban elevándose a la categoría de elementos ‘*típicos de hecho*’, o ‘*presunciones iuris et de iure*’ con efectos tan reales como discriminatorios”.⁴⁰

35. CUGAT, Miriam, “La ambivalencia de la protección de la libertad sexual. Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el delito de violación”, en *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, Madrid, Ed. de Jueces para la Democracia, 1993, n/4 20, p. 76.

36. CUGAT, “La ambivalencia de la protección de la libertad sexual. Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el delito de violación”, cit., p. 77.

37. CUGAT, “La ambivalencia de la protección de la libertad sexual. Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el delito de violación”, cit., p. 76.

38. CUGAT, “La ambivalencia de la protección de la libertad sexual. Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el delito de violación”, cit., p. 77.

39. STS 6/6/1972 (R.A. 2988), citado por CUGAT, “La ambivalencia de la protección de la libertad sexual. Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el delito de violación”, cit., p. 77.

40. CUGAT, Miriam, “La ambivalencia de la protección de la libertad sexual. Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el delito de violación”, cit., p. 83.

Esta construcción del bien jurídico en términos “macrosociales” no se vincula con la trascendencia social que las feministas atribuyen al problema de los delitos sexuales cuando afirman que este tipo de hechos son un aspecto más de la situación de sometimiento de las mujeres en el orden de todas las prácticas sociales, sino con la particular concepción de lo social que expresa el derecho penal para justificar su intervención coactiva. El derecho penal define lo social en términos de las necesidades estatales de control social punitivo que, en su propio discurso, obligan a la intervención cuando se trata de hechos que afectan no sólo a la víctima sino a la “sociedad toda”. La definición de estos hechos que afectan a la “sociedad”, como ya hemos destacado, dejan de lado, necesariamente, a la víctima.

El procedimiento penal basado en la persecución pública, en general, maltrata a la víctima del delito, pues no intenta satisfacer sus intereses concretos, sino cumplir con los intereses estatales de control social. Pero ese maltrato se limita a no darle una participación sustantiva en el desarrollo y decisión del caso, es decir, a no atender a sus intereses. En el caso de los delitos sexuales cuyas víctimas son mujeres, en cambio, a este maltrato propio de la justicia penal se agrega otro que puede ser mucho más grave para la víctima: la revictimización que para ella significa la exposición al procedimiento penal.⁴¹

Ello porque mientras quienes decidan el caso -jurados o jueces profesionales, hombres o mujeres- no comprendan que se trata de la libertad sexual que toda mujer tiene pleno derecho a ejercer, y no dejen de lado el cúmulo de prejuicios a través de los cuales estos casos son analizados, la mejor defensa del imputado consiste en atacar a la víctima por “provocativa”, por “libertina”, por “ser mujer de hábitos sexuales promiscuos”, o por “no ofrecer verdadera resistencia”. Se podría pensar que la intensidad del ataque quizá sea mayor en el ámbito del procedimiento anglosajón, dadas sus características de proceso de partes.⁴² Sin embargo, lo que sucede en nuestro procedimiento puede ser peor. En el procedimiento estadounidense la víctima tiene claro quién es su enemigo: el defensor del acusado; en nuestro procedimiento, en cambio, la tradición inquisitiva tan arraigada no sólo en los procedimientos antiguos (en Argentina, por ej., los Códigos de la provincia de Buenos Aires o Santa Fe, o el derogado Código federal), sino también en los llamados códigos “modernos” como el código de Córdoba de 1939-1970 -que, lamentablemente, sirviera de fuente a casi todas las demás provincias y al Estado federal-, el tribunal no cumple con el papel pasivo que exige el principio de imparcialidad, razón por la cual actúa como principal acusador y, en casos como éstos, puede actuar como el principal defensor (en otras palabras, como acusador de la víctima). Si ello sucede, la percepción sobre el hecho de que el ataque venga desde el propio tribunal puede ser evaluada como mucho más injusta por parte de la víctima.

41. Cf. BERGALLI y BODELÓN, *La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico*, cit., p. 21, donde se afirma: “El proceso de criminalización hizo que todos los elementos simbólicos que podían encontrarse expresados en la denuncia de la violencia sexual se vieran relegados... La expresión de dicha violencia mediante el sistema penal tiene la perversa consecuencia [respecto de las mujeres] de convertirlas en víctimas, más que ayudarlas a construir una subjetividad”.

42. Cf., sobre la estructura básica del procedimiento de los EE.UU., CARRIÓ, Alejandro D., *El enjuiciamiento penal en la Argentina y en los Estados Unidos*, Buenos Aires, Eudeba, 1990; BOVINO, Alberto, “Ingeniería de la verdad, Procedimiento penal comparado”, en *No Hay Derecho*, Buenos Aires, Ed. Del Puerto, 1995, n/4 12.

Si a esta circunstancia le agregamos el efecto traumático que puede significar la reconstrucción del suceso en el contexto de un juicio público -ámbito que no parece muy adecuado para realizar esta actividad sin efectos nocivos para la víctima-, comprenderemos claramente el significado de la afirmación de que la víctima de violación es “revictimizada” en el procedimiento penal.

Una propuesta como la de Smaus de penas más graves, por ejemplo, no tiene en cuenta la posibilidad de que ese aumento de las penas torne más agresivo aún el proceso de “revictimización” de la víctima, es decir, la posibilidad de que se agrave la situación para las mismas mujeres que dice representar.

La desconfianza que las víctimas de agresiones sexuales sienten respecto de la justicia penal, por otra parte, no es una teorización del abolicionismo, sino una realidad que se manifiesta en el hecho incontrastable del número de denuncias respecto de este tipo de hechos. Esta circunstancia, que expresa el voto silencioso de las (mujeres) víctimas, debe ser tomada en cuenta. A pesar de ella, algunas feministas, como SMAUS, insisten en ser las portavoces exclusivas del interés de las mujeres, al definir su posición de un modo autoritario, negando la opción evidente de innumerables víctimas que descartan la respuesta punitiva que el derecho penal les ofrece.

En este sentido, se puede afirmar que feministas como SMAUS, mediatizadoras de la voz de “las mujeres”, incurrn en la misma objetivación y reducción autoritaria que el derecho penal utiliza a través de la construcción del concepto de bien jurídico, que termina por proteger un interés diferente de aquél que declara. Así, SMAUS no expresa el interés de “las mujeres”, pues ella ignora el interés de las mujeres de carne y hueso que efectivamente han resultado agredidas sexualmente y no recurren a la justicia penal. Ello se ve claramente en las propias palabras de SMAUS, que destaca la importancia del reclamo penal para el “movimiento”.⁴³ Lo que no queda claro en su afirmación es cuál es la legitimación de SMAUS para definir arbitrariamente un colectivo social -las mujeres, todas y cada una de ellas- y sus “verdaderos” intereses por el mero hecho de la designación por género, cuando muchas personas que pertenecen a ese género han expresado sus intereses de un modo incompatible con los del propio movimiento que ella defiende.

V. UNA LÍNEA DE ACCIÓN POSIBLE

Las distintas perspectivas aquí analizadas expresan, de modo obvio, intereses diferentes. Mientras el abolicionismo manifiesta su oposición a toda forma de tratamiento penal de los conflictos sociales, por las consecuencias negativas que tanto para el autor del hecho como para la víctima produce la intervención penal, deja de lado el aspecto simbólico que el derecho penal representa en cuanto a la definición de ciertos valores y situaciones sociales. El feminismo, por su parte, rescata este valor simbólico que permite instalar el problema de las agresiones sexuales en el ámbito de lo político y de lo público, a partir de una propuesta que parte del enfoque punitivo y de la utilización del derecho penal.

Lo que la propuesta de SMAUS no tiene en cuenta es que el valor simbólico del derecho penal puede ser utilizado para instalar el problema de las agresiones sexuales en el ámbito de lo político y de lo público sin necesidad de fomentar

43. SMAUS, “Abolicionismo: el punto de vista feminista”, cit., p. 11.

el enfoque punitivo ni de recurrir a un aumento de las penas, e incluso con una reducción de las penas. Para ello, deberíamos buscar opciones que permitan, por un lado, la utilización positiva de la dimensión simbólica del derecho penal y, al mismo tiempo, que eviten las consecuencias negativas propias de las prácticas punitivas estatales.

En cuanto a los aspectos simbólicos que pueden ser considerados positivos, hacemos referencia al pesado contenido de expresión de disvalor que implica la definición de un conflicto determinado como hecho delictivo. La influencia de esta construcción “penal” del acto de agresión o de violencia -para el caso sexual- se relaciona con la forma en que la justicia penal reconstruye los hechos y, también, con la simple definición de un hecho como figura delictiva. De este modo, no es necesario, como parecen indicar las feministas, que la respuesta frente a este tipo de hechos deba consistir, necesariamente, en un aumento de penas ni, tampoco, que la respuesta deba ser la tradicional respuesta del modelo de justicia punitiva estatal propio del derecho penal moderno. Este efecto simbólico, que se produce con las prácticas cotidianas de la justicia penal, no se vincula, por otra parte, con el hecho de que, como sostiene SMAUS, la única manera de llamar la atención de ciertos problemas sea apelar a un aumento de la represión penal.⁴⁴ Se trata, en todo caso, de la profunda diferencia del contenido simbólico de los comportamientos definidos como ilicitudes penales frente a otros comportamientos definidos como ilicitudes civiles, independientemente de la solución ofrecida por la justicia penal.

Sin embargo, no basta con mantener estos conflictos en la órbita de la justicia penal pues, como hasta las mismas feministas lo aceptan, ello no significa que el derecho penal pueda contemplar efectivamente los intereses de las (mujeres) víctimas. Para que la lógica del derecho penal estatal no pervierta la respuesta que la justicia debe dar, es obvio que la propuesta no puede coincidir con la de las feministas,⁴⁵ en el sentido de aumentar o corregir la aplicación de la pena estatal, pues ese modelo es el que genera la situación crítica que abolicionistas y feministas discuten. Si, como se sostiene, la aplicación del derecho penal “al traducir las reivindicaciones de las mujeres, transforma la voz de éstas, siendo el producto resultante más un reflejo de la imagen de género que quiere ser construida que el producto de su propia voz”,⁴⁶ entonces, cómo hacer para que ello no suceda?

44. Las conquistas de las mujeres, obtenidas por el reconocimiento del sistema jurídico, de reivindicaciones tales como el voto, la igualdad de derechos subjetivos de contenido patrimonial, o los derechos vinculados a la tenencia de los hijos, no fueron el resultado de un reclamo de carácter penal.

45. Como señalan claramente BERGALLI y BODELÓN (*La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico*, cit., p. 14): “Aquí puede describirse tanto la crítica concreta de la criminalización de situaciones específicas, como la ejecución o desarrollo posterior de aquella por parte de los agentes que aplican dicha norma. La plasmación normativa de un conjunto de reivindicaciones sociales conlleva en muchos casos la pérdida de sentido originario de la reivindicación y su nueva reubicación en un contexto simbólico y semántico diferente... el mediador o aplicador de la norma sólo entenderá el sentido de ésta en ese contexto, en este caso del sistema penal, o sea, en la búsqueda de una víctima y un infractor, en la homogeneización de la situación (la cual ha perdido su valor de símbolo de una reivindicación más amplia o de problema complejo) al modelo de la norma”.

46. BERGALLI y BODELÓN, *La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico*, cit., p. 16.

El primer paso consiste en obtener una definición legislativa de los delitos sexuales cuyo texto defina la ilicitud a partir de la perspectiva de las víctimas (mujeres) y que sea expresiva de sus intereses. Sin embargo, la distancia que existe entre el texto legal y la práctica judicial es un espacio que permite la tergiversación del sentido del texto. Por este motivo, la necesidad de atenuar los efectos de una definición reductora del conflicto y la expropiación de sentido que el derecho penal realiza, se nos ocurre, se vincula con la “privatización” de la acción penal, pues el proceso de transformación semántica del conflicto es *consecuencia directa* del sistema de persecución penal pública.

Los órganos estatales de persecución penal, por representar a todos, terminan por no representar a nadie. A diferencia de lo que sucede con otros delitos mucho menos graves -por ej., los delitos contra la propiedad- en los cuales la justicia penal utiliza el mecanismo de objetivación del bien jurídico para perseguir agresivamente, en el caso de los delitos sexuales la objetivación del bien jurídico impide a las mujeres la definición de sus propios intereses, en el marco de una estrategia estatal sexista de escasa intervención que garantiza la impunidad. Con un sistema de persecución privada,⁴⁷ sería posible alterar substancialmente la situación, pues la víctima ocuparía un lugar que le otorgaría posibilidades efectivas de plantear sus puntos de vista y sus intereses en el marco del proceso penal, es decir, de presentar al tribunal su propia percepción del conflicto. Un sistema tal, además, estaría sustentado en la noción de daño a personas concretas y no en el concepto de infracción a una norma general y abstracta, circunstancia que también beneficiaría a la víctima, porque el bien jurídico ya no podría ser un valor que la trascienda sino que sólo podría estar representado por el daño concreto sufrido por quien ha sido agredida sexualmente. La participación de la víctima, por otra parte, ingresaría al procedimiento a la persona que más sabe acerca del papel que desempeñan los prejuicios y las valoraciones discriminatorias en la decisión del caso. De este modo, la exposición y discusión de esas variables, que ilegítimamente condicionan la resolución del caso, podrían constituirse en una buena estrategia para luchar en el escenario público y político del procedimiento penal contra las prácticas discriminatorias.

El sistema podría prever que, en primer lugar, sea la propia víctima quien actúe como acusadora particular (acción privada). Si la víctima estuviera interesada en la persecución pero no quisiera cargar con el esfuerzo acusatorio, podría recurrir a una asociación intermedia para que tome a su cargo el papel de acusador. En último término, la víctima debería tener el derecho de asignar la función persecutoria al ministerio público. La intervención de la víctima -o

47. A través de un sistema de persecución penal de acción popular, por ejemplo, se podría garantizar el derecho persecutorio de la víctima individual y también de las asociaciones intermedias que se dediquen a representar el interés de esa clase de víctimas. También se podría prever un régimen de acción privada a favor de la víctima y de aquellas asociaciones cuyo objeto se vincule con el hecho.

Este último sistema, por ejemplo, ha sido previsto para ciertos delitos por el Código procesal penal de Guatemala, que reconoce la calidad de agraviado legitimado para intervenir como querellante por delitos de acción privada o pública “a las asociaciones de los delitos que afecten intereses colectivos o difusos siempre que el objeto de la asociación se vincule directamente con dichos intereses (art. 117, inc. 4).

de un organismo no gubernamental dedicado al tema de la discriminación por género- no sólo posibilitaría la definición del conflicto desde la perspectiva de las víctimas, sino que, adicionalmente, impediría la intervención del acusador público. Se debe recordar que es la intervención de ese agente estatal una de las causas del proceso de redefinición semántica del conflicto que transforma un acto de agresión o violencia sexual en una ofensa contra la honestidad.

Un sistema tal no sólo serviría a los fines de las víctimas y de las agrupaciones feministas, sino que además podría alcanzar esos fines sin necesidad de aumentar las penas y, también, recurriendo a medidas alternativas. Ello pues el modelo debe ser orientado hacia un sistema de justicia penal no punitivo. Un modelo compositivo, opuesto al modelo punitivo, debe ofrecer respuestas alternativas, aun cuando conserve la sanción punitiva para casos en los cuales no resulta posible una respuesta diferente. Las feministas que, como SMAUS, exigen una respuesta punitiva como única y exclusiva alternativa, imponen su criterio autoritariamente a todas las mujeres, sin tener en cuenta la decisión personal de la víctima concreta. Un sistema compositivo ofrece varias alternativas a la víctima, incluso la respuesta punitiva. Pero no decide por ella de modo autoritario, sino que le ofrece diversas posibilidades para que la víctima, como ser humano autónomo, decida según sus propios intereses y necesidades. Las feministas como SMAUS deben comprender que las mujeres no son idénticas por el solo hecho de ser mujeres, y que tienen pleno derecho de decidir conforme a sus necesidades personales, es decir, que tienen todo el derecho de decidir no denunciar el hecho o de acordar una respuesta no punitiva, a pesar de que esa decisión personal no coincida con los intereses del “movimiento” que supuestamente la representa y de la única opción que SMAUS pretende imponerle autoritariamente.

Si la justicia penal estatal que se consolida con el proceso de formación de los Estados nacionales se ha caracterizado por la exclusiva respuesta punitiva, un modelo que se opone a él es el modelo de justicia compositiva que ha caracterizado a los sistemas fundados en la persecución penal privada.⁴⁸ El modelo compositivo presenta características que benefician tanto al autor del hecho como a la víctima. Una de sus características básicas es que permite evitar la respuesta punitiva y, al mismo tiempo, toda su actividad tiende a la solución del conflicto atendiendo a los intereses de los involucrados en él. La posibilidad de negociar es un elemento básico de todo sistema de persecución privada, pues son los actores que participan en él -los protagonistas del conflicto- quienes deciden cuál es la mejor actitud frente al problema. Es evidente que la composición en este tipo de delitos no permite la reparación objetiva del daño causado, pues es imposible que el autor regrese la situación al *statu quo* anterior; sin embargo, el sistema admite una respuesta reparatoria de contenido simbólico, y cuando ello no es posible o no resulta adecuado, no excluye otro tipo de respuestas (por ej., la terapéutica), incluso la punitiva. Sin duda, el mismo

48. Cf. FOUCAULT, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, México, Ed. Gedisa, 1988, Tercera conferencia, describe el procedimiento acusatorio basado en la acción privada y la composición; más detalladamente en MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Ed. Del Puerto, 1996, 2ª ed., t. I, ps. 264 y siguientes.

sistema implica que la reconstrucción del conflicto en el escenario del procedimiento será mucho más compleja y rica que aquella forma en que típicamente reconstruye el hecho la justicia penal en la actualidad.

El diseño del modelo debe incluir un procedimiento que permita la participación sustantiva de las personas involucradas en el conflicto y que posibilite instancias que impidan la respuesta punitiva.⁴⁹

El modelo sugerido permite atender, al menos en cierta medida, a los intereses legítimos de ambos movimientos. Se conserva el efecto simbólico buscado por las feministas, pero sin caer en una revalorización irresponsable del derecho penal que no sirve a las víctimas e implica, al mismo tiempo, el desconocimiento de las consecuencias terribles de la aplicación de la pena estatal. La participación sustantiva de la víctima significa la posibilidad de que ésta sea la mejor representante de sus propios intereses en el marco de un modelo compositivo que atienda a sus necesidades y que permita la búsqueda de respuestas alternativas para mejorar su situación y, también, la del presunto autor del hecho.

La extensión de este trabajo no permite el análisis de múltiples variables que deben ser analizadas en el diseño de cualquier propuesta político-criminal seria para atender al problema de actos tales como las agresiones sexuales. Por ello, sólo hemos intentado llamar la atención sobre algunos de los principales problemas y sobre los aspectos fundamentales del modelo que proponemos como posible. Sin embargo, existen otras circunstancias que no pueden ser dejadas de lado y que exceden ampliamente el objeto de este trabajo. En primer lugar, es necesario destacar que el problema de las agresiones sexuales está vinculado con la cuestión, indudablemente mucho más amplia, de la posición de las mujeres en todo el espectro de las prácticas sociales. Por esta razón, ninguna respuesta que limite su influencia a un ámbito reducido de estas prácticas sociales -como el de la justicia penal- puede ser suficiente para alterarlas profundamente. En segundo lugar, otra circunstancia relativiza las posibilidades de cualquier modelo posible de justicia penal: nos referimos a la inidoneidad intrínseca del derecho penal como instrumento de solución de conflictos sociales. Esta última circunstancia, por otra parte, debe guiar toda propuesta político-criminal, sea que se trate de actos de violencia sexual o de cualquier otra clase de conflictos sociales.

49. La creación de estas instancias, por otra parte, es independiente del hecho de que la respuesta punitiva, la pena, subsista como última posibilidad frente a la imposibilidad de llegar a otra solución para el caso.

Futuros posibles

El derecho laboral en la encrucijada

Victor Abramovich* y Christian Courtis**

1.

El nacimiento del derecho laboral es un acontecimiento marcado por una radical historicidad. El reclamo social inmediato, acuciante, por desplazar del mundo del trabajo industrial generalizado el viejo modelo de relaciones basadas en el modelo individualista del derecho civil, va acompañado de confrontaciones, movilizaciones, resistencia y, fundamentalmente, de la aceptación por parte de juristas, legisladores, gobernantes y empresarios, de que la pacificación de la turbulenta “cuestión social” implicaba algún tipo de concesión a los trabajadores y a sus organizaciones. La construcción de este nuevo derecho se forjó a través de la creación de un nuevo tipo de trama jurídica en el que se tuvieron en cuenta tanto la desigualdad de las partes contratantes como la subordinación de una parte a la otra; tanto la dimensión colectiva de los conflictos laborales como la posibilidad también colectiva de mediar frente a ellos; tanto la actuación de organizaciones colectivas de trabajadores y empresarios como la limitación de sus respectivas facultades de interrumpir el proceso de producción. El desarrollo de este derrotero histórico de creación de una nueva rama del derecho, con sus propios principios, su propia dinámica, su propio espacio teórico y judicial, se produce en los países industrializados de Europa continental entre fines del siglo pasado y mediados de este siglo. Recién después de la segunda posguerra puede describirse al derecho laboral como una rama sólidamente establecida en el universo de disciplinas jurídicas. En la Argentina, este desarrollo es aún posterior.

La intención de este artículo es la de describir los presupuestos contextuales que llevaron a la juridificación de las relaciones laborales de acuerdo a este primer modelo histórico del derecho laboral -el derecho laboral “clásico” continental europeo. En un momento posterior, confrontaremos ese contexto originario con la situación que presentan hoy en día aquellos presupuestos. La confrontación nos permitirá extraer algunas conclusiones acerca de posibles futuros hacia los que podría proyectarse el derecho del trabajo.

2. EL DERECHO LABORAL COMO RESPUESTA AL CONFLICTO INDUSTRIAL

Ante la contundencia de la evidencia histórica, pocas dudas quedan acerca de la correlación entre el desarrollo y expansión de la industria fabril y el nacimiento del derecho laboral.¹ El inicio de una tendencia legislativa que

* Abogado 1989, Universidad de Buenos Aires

** Abogado 1990, Universidad de Buenos Aires; Master en Derecho 1993, Universidad de Virginia. Profesor de la Universidad de Buenos Aires

1. Cfr. Hepple, Bob (comp.), *La formación del Derecho del Trabajo en Europa*, Madrid. Min. de Trabajo y Seguridad Social, (1994), pp. 30-4; Vardaro, Gaetano, “Tecnica, tecnologia e ideologia della tecnica nel diritto del lavoro”, pp. 246-8, en Vardaro, Gaetano, *Itinerari*, Franco Angeli, Milán (1989).

culminaría con la definitiva creación de una nueva rama del derecho, autosuficiente desde el punto de vista académico y técnico, puede identificarse justamente en las primeras respuestas que atina a ofrecer el Estado frente a la generalización de algunas de las consecuencias gravosas de la regulación del trabajo de fábrica a través de la ortodoxia económica liberal y de su correlato normativo iusprivatista. Dos polos de atención se destacan en este primer movimiento. El primero se centra en la necesidad de limitar y regular la jornada y las condiciones de trabajo para menores de edad y mujeres.² El segundo se vincula con la necesidad de modificar las bases de imputación de la responsabilidad civil para el caso de accidentes y enfermedades laborales.³ Como puede verse, la elección de estos temas no es casual. Una de las consecuencias de la creciente importancia del sector industrial en la estructura de empleo, y de la masiva mecanización de la producción, es la multiplicación de la exposición de un segmento cada vez mayor de la población a los riesgos causados por estas nuevas “tecnologías productivas”, hecho que tiene como consecuencia directa el ostensible aumento en términos absolutos de infortunios, accidentes, mutilaciones y fallecimientos en el ámbito laboral, y la multiplicación de una serie de enfermedades directamente vinculadas con el desarrollo de las labores asignadas. La primera tendencia común a toda esta legislación -tendencia que a la postre constituirá uno de los principios fundantes del derecho individual del trabajo- está dada por la sustitución de los corolarios de la ortodoxia iusprivatista (igualdad de partes, principio de autonomía de la voluntad, libre negociación de las cláusulas contractuales, culpa y dolo como factores de atribución de responsabilidad) por normas correctivas que extraen de la esfera de la libre disposición de las partes determinados ámbitos de la contratación,⁴ o bien modifican las reglas generales de responsabilidad,⁵ volcando las reglas de atribución o la carga de la prueba a favor de la parte de la relación contractual considerada más débil. Como ejemplos del primer caso, se destacan exclusiones con ciertos sujetos que no pueden ser objeto de la relación de trabajo más allá de determinados límites, como los niños o las mujeres. Rápidamente, las limitaciones temporales a la prestación de trabajo, como las disposiciones relativas a la duración de la jornada laboral y a la distribución semanal y anual de la carga de trabajo, o bien los límites a la discrecionalidad del empleador en la paga, como las disposiciones destinadas a establecer parámetros de igualdad en la remuneración ante tareas similares,

2. Cfr. Giugni, Gino, “Diritto del lavoro (Voce per un’enciclopedia)”, en *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali* (1979), pp. 11-3; Le Goff, Jacques, *Du silence à la parole. Droit du travail, société, Etat (1830-1989)*, Calligrammes, Quimper (1989), pp. 49-58; Martín Valverde, Antonio, “La formación del derecho del trabajo en España”, estudio preliminar a *La legislación social en la historia de España de la Revolución Social a 1936*, Madrid. Congreso de los Diputados, (1987), pp. LI-LV; Ramm, Thilo, “El *laissez-faire* y la protección de los trabajadores por parte del Estado”, pp. 104-26, en Hepple, Bob (comp.), *op.cit.*

3. Cfr. Ewald, François, *L’Etat providence*, París. Grasset, (1986), Livre 1; Hepple, Bob, “La legislación del bienestar y el trabajo asalariado”, pp. 158-82, en Hepple, Bob, *op. cit.*; Le Goff, Jacques, *op. cit.*, pp. 85-89.

4. Cfr. Giugni, Gino, “Juridification: Labor Relations in Italy”, p. 192-3, en Teubner, Gunther (ed.), *Juridification of Social Spheres*, Berlín- New York. Walter de Gruyter, (1987).

5. Cfr. Ewald, François, *op. cit.*, pp. 87-104 y 433-50.

se generalizan a todo trabajador dependiente.⁶ Entre los ejemplos del segundo caso, surgen nuevas reglas de atribución de responsabilidad del empleador por infortunios ocurridos durante la prestación laboral, basados en las teorías de la responsabilidad por el riesgo creado o la responsabilidad por la falta de vigilancia, que constituyen desarrollos muy libres de las clásicas teorías del dolo y la culpa.⁷ Del mismo modo, la inversión de la carga probatoria en materia de responsabilidad hace que, acreditado el hecho de que el infortunio se produjo en el ámbito de la prestación de trabajo, se presuma la responsabilidad del empleador, quedando a cargo de éste la prueba en contrario.

La evolución posterior del derecho laboral profundiza esta brecha. Los primeros desarrollos teóricos, tendentes a dotar esta rama naciente del derecho de un andamiaje conceptual capaz de justificar su separación con respecto al derecho civil, tienen en vista primordialmente fenómenos que caracterizan la formación de un proletariado industrial, tanto desde el punto de vista de sus condiciones de trabajo, como desde el de su auto-organización social y política. La formulación originaria del concepto que permite justificar el trato desigual de ambas partes de la relación laboral, es decir, la noción de subordinación, nace como expresión jurídica de la subordinación técnica a la cual se ve sometido el trabajador industrial que enajena su fuerza de trabajo a cambio de un salario.⁸ La elaboración del concepto de subordinación responde a la búsqueda de una nota que caracterice las formas de empleo de la mano de obra ante las cuales la utilización del marco conceptual de los contratos de derecho privado resulta ficticia y funcional para ocultar las diferencias de poder entre las partes contratantes.⁹ El paso posterior a la caracterización del trabajo subordinado o dependiente, es la extensión de las técnicas de protección de la parte débil de la relación desarrolladas originalmente para situaciones de excepción, como los ya mencionados trabajos de niños y mujeres. La principal preocupación teórica desarrollada en este período de formación del derecho laboral consiste en la conceptualización jurídica de la prestación de trabajo subordinado, asumida como crítica de la noción contractual individual del derecho privado a través de una contrastación sociológica de los efectos de la aplicación de la normativa civil a la nueva realidad del trabajo fabril.¹⁰ Como veremos, buena parte del resultado de este esfuerzo teórico culmina en la construcción de la noción de “relación de trabajo”. Esta noción va a relegar y estrechar el marco de la libertad contractual, fortaleciendo la preeminencia de la fuente normativa o legal por sobre la convencional en el diseño del derecho laboral continental.¹¹ Es en este orden de ideas donde adquirirán cohesión teórica y fundamento práctico las ya recordadas disposiciones en favor de la parte débil de la relación, las limitaciones a la libre

6. Cfr. Martín Valverde, Antonio, art. cit., pp. LXIV-LXVII.

7. Cfr. Ewald, François, *op. cit.*, pp. 87-104 y 351-8.

8. Cfr. Vardaro, Gaetano, art. cit., pp. 249-58; Treu, Tiziano, “Diritto del lavoro (Voce per il digesto 2000)”, en *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, (1987), p. 686.

9. V., por ejemplo, Sinzheimer, Hugo “La democratizzazione del rapporto di lavoro”(1928), pp. 53-78, y “La crisi del diritto del lavoro”(1933), pp. 79-87, en Arrigo, Gianni y Vardaro, Gaetano (eds.), *Lavoratorio Weimar*, Roma. Edizioni Lavoro, (1982).

10. Cfr. Baylos Grau, Antonio, *Derecho del trabajo: modelo para armar*, Madrid. Trotta,(1991), Parte I, Caps. 1 y 2, y abundante bibliografía allí citada.

11. Cfr. Baylos Grau, Antonio, *op. cit.*, Parte I, Cap. 2.

disposición contractual, las modificaciones al régimen de responsabilidad civil, las obligaciones de seguridad e higiene colocadas en cabeza del empresario, etc.

La constitución del otro gran pilar del derecho laboral, es decir, la aceptación de la proyección colectiva de las condiciones y de los conflictos de trabajo -que tiene como consecuencia el nacimiento del derecho colectivo del trabajo- se da a partir del reconocimiento normativo de los sindicatos, de su capacidad de negociar las condiciones de trabajo con el empleador, y de sus instrumentos de autotutela, tales como el derecho de huelga. La evidencia histórica muestra también que la organización de la actividad sindical está fuertemente ligada a la generalización del trabajo industrial en fábricas. Como se sabe, la formación de organizaciones colectivas de trabajadores, como los sindicatos, es un fenómeno social y político previo a su reconocimiento legal. El proceso de formación de los sindicatos se desarrolló en forma clandestina, debido al carácter ilegal de toda agrupación capaz de distorsionar la libre contratación por parte de los patronos, a la luz de la legislación entonces vigente. La generalización de la producción industrial en fábricas propulsó de modo significativo el agrupamiento sindical, ya que la concentración de un mayor número de obreros por fábrica resultó un factor determinante de contacto y homogeneización social y política de los trabajadores dependientes. La institucionalización de la legislación industrial como nueva rama del derecho supuso, en consecuencia, la legalización de las organizaciones obreras ya existentes, y su reconocimiento en tanto que actores sociales, políticos y jurídicos. Esta legalización importa una fuerte marca de origen, determinante del rol que jugarán los sindicatos en el marco del modelo clásico de derecho colectivo del trabajo.

En suma, gran parte de las disposiciones que moldearon las instituciones actuales del derecho laboral, está vinculada históricamente con las respuestas legales -aunque también sociales y políticas- que el Estado diera a la serie de nuevos conflictos sociales producidos por la expansión de la industria fabril. Dicho esto, queda abierto un espacio de análisis de interés, consistente en el estudio de las modificaciones de esta correlación entre el desarrollo del derecho laboral y la evolución del trabajo en el sector industrial.

3. LA CONSTRUCCIÓN DE LA NOCIÓN DE RELACIÓN DE TRABAJO

Sin duda el escenario económico y social descripto no podía retener al viejo contrato civil de arrendamiento de servicios como instrumento apto para regular la relación entre el obrero industrial y su empleador. Tampoco resultaba el medio jurídico eficaz para satisfacer el interés político del Estado de intervenir en esta relación, y mucho menos podía dar cuenta de la función del sindicato, al que se pretendía incorporar al espacio institucional.

El derecho del trabajo procuró entonces, desde el inicio de su proceso de autonomización, elaborar un concepto jurídico apto para conferir un nuevo rol a cada uno de aquellos sujetos interesados en la relación laboral, frente a los desafíos que implicaba el desarrollo de la producción industrial y los peligros de la “cuestión social” para la estabilidad del sistema capitalista.

La cuestión que motivó las elaboraciones teóricas más importantes sobre el sentido y la naturaleza del contrato de trabajo fue precisamente la oposición al empleo de la figura del contrato de arrendamiento de servicios del Código Civil alemán de 1896 como medio para regir la relación de trabajo. Entre estas

elaboraciones, se destaca fundamentalmente la obra de Otto Von Gierke.¹² Este autor cuestionó la inspiración romanista de la legislación civil, que veía en el contrato de servicios únicamente un contrato de obligaciones destinado sólo al intercambio de trabajo y remuneración. Sostuvo que esta concepción había avanzado triunfalmente en el siglo XIX al abandonarse la regulación policial-estatal de la relación de trabajo con la introducción de la libertad industrial, consolidándose una tendencia individualista. Frente a esa situación, Gierke juzgaba que “las consecuencias negativas que puso de manifiesto este sistema en el marco del moderno *desarrollo de la gran empresa* y de las *crecientes oposiciones de clase*, dieron lugar a una contracorriente social que condujo a una nueva ordenación de conjunto del contrato de trabajo en el espíritu del Derecho alemán rejuvenecido. De esta manera, la nueva legislación creó un Derecho del Trabajo en el que, a costa de libertad contractual, obtuvieron sólida validez la función organizativa-profesional del contrato de servicio, su valor personal y su fuerza comunitaria. Además las asociaciones gremiales libres tomaron en sus manos la regulación de los contratos de trabajo y en considerable medida, crearon un derecho comunitario profesional”.¹³

Quizás el valor de la obra de Gierke, y su principal huella en el derecho laboral posterior, consista en la reformulación del rol de los sujetos de la relación de trabajo dentro de lo que podríamos denominar una *utopía comunitaria*, entendida como proyecto de un escenario institucional dentro del cual se vincularan trabajadores, empresarios, sindicato y estado, con el trasfondo de la creciente expansión industrial y ante el temor de otros proyectos o utopías emancipatorias. Por eso, cuando la obra de Gierke, en tanto propia de un jurista clásico, no hace referencias claras al contexto social en que se elabora, es precisamente ese contexto (que asoma en expresiones tales como “*desarrollo de la gran empresa*” y “*creciente oposición de clase*”) el que explica y da sentido a su obra. Como fuera dicho, la masiva incorporación de mano de obra a la disciplina de la producción industrial profundizó el sometimiento del obrero al poder de mando que el patrón ejercía en el ámbito de la fábrica, al tiempo que aumentaron los riesgos para su integridad física y la necesidad de asegurar la reproducción de la fuerza de trabajo. Ello condujo a la imposición de numerosos deberes de protección a los empresarios, simultáneos a los que asumió el propio Estado. Este dato social fue traducido por Gierke en su conceptualización de la relación de trabajo como vínculo jurídico prioritariamente personal, no limitado al mero intercambio de trabajo por salario, sino signado por el deber recíproco de fidelidad en el que se contraponen el amplio poder de mando del empresario con el deber de protección de sus trabajadores. Poder y deber que exceden la órbita del contrato individual por cuanto resultan instituidos y garantizados por el propio Estado, lo que confiere a la relación un fuerte cariz público.¹⁴

La construcción de los nuevos conceptos dogmáticos de contrato y relación de trabajo se apoyó, con clara inspiración en la Escuela Histórica, en

12. Gierke, Otto von, *Las raíces del contrato de servicios*, Madrid. Civitas, (1983) (traducción del original alemán de 1914). V. también comentario crítico de Barreiro González, Germán, en pp. 56-127 del mismo volumen.

13. Gierke, Otto von, *op. cit.*, p. 35. Cfr. también Baylos Grau, Antonio, *op. cit.*, Parte I, Cap. 2.

14. Gierke, Otto von, *op. cit.*, pp. 48-9. Cfr. Rodríguez-Piñero, Miguel, *Contrato de trabajo y relación de trabajo*, Sevilla. Anales de la Univ. Hispalense, (1967), p. 5, con cita de Gierke.

el instituto germano del contrato de servicio fiel, cuya especie más conocida fue la *Kommendation*, celebrada por el señor con su séquito y vasallos, que según Gierke, era el principal antecedente de la prestación de trabajo en el ámbito fabril. El jurista alemán “descubrió” entonces en aquel viejo instituto casi todo aquello que quería ver consagrado en el contrato de trabajo de su época. El contrato de servicio fiel era un contrato del derecho de personas y no del de obligaciones: una unión duradera -en el caso del vasallaje, por toda la vida- similar al matrimonio, pues la aceptación del servidor en la comunidad de la casa generaba un vínculo de parentesco. Una clara idea de los roles asignados por la relación surge de la forma de concertación del contrato: el servidor de confianza presenta las manos atadas en señal de su entrega personal al poder del señor, y éste, en prueba de la aceptación de aquél bajo su protección, lo toma, rodeándolo con sus propias manos. El acto confiere al señor poder de ordenar y castigar, y a su vez la obligación de proteger y representar. El servidor queda sujeto a una limitación de su libertad por la que está sometido a la obediencia y a la prestación del servicio, al mismo tiempo que obtiene derecho a la protección y a la representación. El servidor se compromete a ser fiel al señor, y entre los deberes derivados de la fidelidad está el de prestar trabajo. El señor se compromete a proteger al servidor y entre los deberes derivados de la protección está el de retribuir el trabajo. El vínculo obligacional de índole patrimonial - trabajo por salario- es entonces claramente secundario. En la Edad Media el contrato de servicio fiel se transformó en un contrato del derecho de obligaciones, cuando el contenido primario del pacto tuvo la forma de una promesa de prestación de servicio frente a una contrapromesa de remuneración. Pese a ello, se mantuvo el carácter fuertemente personal del vínculo pues el señor tenía al servidor bajo su poder en el ámbito de su casa, y éste tenía una pretensión de protección y representación a través del señor.¹⁵ Junto a este tipo de relación en el ámbito doméstico, se desarrolla en las ciudades, como un tipo especial, el contrato de trabajo industrial, entre un maestro y el trabajador denominado ahora oficial (*Geselle*) en lugar de sirviente (*Knecht*). Una vez que se hizo independiente de toda vinculación con la casa, desaparecieron del contrato los rasgos del derecho de familia, pero éste mantuvo, sin embargo, rasgos jurídicos personales surgidos de la relación de dominio propia de la industria.

Es evidente el paralelismo que intenta trazar Gierke entre el contrato de trabajo y su “raíz medieval”, y cómo cada cita del antiguo derecho germano se proyecta con sentido prescriptivo sobre el contenido del nuevo contrato de trabajo que al mismo tiempo construye. Su postura es la de un simple observador que confronta la raíz con el árbol: observa la legislación especial de trabajo alemana, el tipo de relación que existe en su época entre los obreros y los patrones industriales, la fuente ancestral, y luego presenta los signos característicos del nuevo contrato laboral más que como el resultado de su talento creativo, como fruto del descubrimiento de su atenta mirada. Sólo que nuevos actores representan los viejos personajes. Por eso sostiene que el sujeto del poder del señor en la forma capitalista de empresa únicamente puede ser el empresario, pues “la organización jurídica de un conjunto viable es impensable sin el sometimiento de los miembros a un poder unitario que dirija hacia una meta. (...) Aún cuando el

15. Gierke, Otto von, *op cit.*, p. 24, que refiere entre los medios coactivos “adecuados” empleados por el señor la aplicación de castigos corporales.

ejercicio de los derechos de señorío del empresario estén limitados por una comisión de trabajadores o una representación de los sometidos al poder, el contenido del poder que obliga a cada trabajador, individualmente considerado, permanece intacto”.¹⁶ El obrero, como el siervo en la casa, es un miembro de esta organización comunitaria que es la empresa. Desde su incorporación a la comunidad de la empresa, como desde el ingreso del siervo a la comunidad doméstica, el obrero hace entrega de una parte de su personalidad, debe su trabajo, pero debe también obediencia y fidelidad. Por ello no sólo dispone de un derecho a exigir la paga adeudada, sino que puede requerir, además, del señor del servicio, el cuidado personal que a éste le incumbe.

Es interesante señalar que, como fuera anticipado, el poder del empresario -“señor del servicio”- no sólo se origina en el contrato, sino que es instituido esencialmente por el Estado. El Estado confiere al empresario un poder que se ejerce en el ámbito de la empresa, como la soberanía que el propio Estado ejerce en su territorio. El sometimiento del trabajador al poder de mando del empresario, si bien se vincula aún al contrato, proviene principalmente de su incorporación en el ámbito de la empresa, como un extranjero que se somete a la soberanía de un Estado al ingresar a su territorio. Paralelamente, el deber de protección del empresario -como los del señor- constituye, más que objeto de un derecho subjetivo de los trabajadores, una carga pública, una obligación frente al Estado.¹⁷

Queda claro de lo expuesto, que la llamada “utopía comunitaria” anticipada por Gierke no sólo implicaba una ruptura con el formalista y patrimonialista arrendamiento de servicios civil, sino que resultaba también incompatible con la imagen de intereses contrapuestos que proyecta cualquier figura contractual, peligrosamente asimilable a la posición dialéctica y confrontativa que el movimiento obrero de aquel tiempo había introducido en las relaciones de trabajo frente a los empresarios.¹⁸ Por ello, luego de desplazar a la *locatio operarum*, es el propio contrato de trabajo el que resulta desplazado por un concepto de relación de trabajo de características filocomunitarias.

El denominado “destronamiento” del contrato de trabajo significó su menoscabo tanto como fuente constitutiva cuanto como fuente normativa de la relación de trabajo. En el primer sentido, ya para Potthoff la pertenencia a la empresa, la efectiva ocupación en la misma del trabajador, se eleva a supuesto fundamental del Derecho del Trabajo, considerándose como secundaria la importancia del contrato.¹⁹ La incorporación del trabajador -y este concepto alcanzará luego notable relevancia- pasa a considerarse el “momento distintivo” de la relación de trabajo, derivándose del mismo no sólo efectos respecto al vínculo jurídico entre las partes, sino también efectos de considerable importancia hacia terceros. En cuanto al vínculo entre las partes, distintas cuestiones se resuelven sobre la base del predominio de la relación de ocupación efectiva frente al contrato, afianzando paulatinamente la tesis “relacionista”. Un ejemplo de ello es la existencia de una acción de reclamo salarial por trabajos prestados como consecuencia de un contrato de trabajo nulo. Esta

16. Gierke, Otto von, *op. cit.*, p. 39.

17. Gierke, Otto von, *op. cit.*, pp. 47 y 48, Baylos Grau, Antonio, *op. cit.*, p. 27, nota 18.

18. Baylos Grau, Antonio, *op. cit.*, p. 24.

19. Rodríguez-Piñeiro, M., *op. cit.*, p. 22.

acción deriva directamente de la relación de trabajo sin existir contrato válido, y no de los principios generales del derecho civil sobre enriquecimiento sin causa. Asimismo, el vínculo obligacional derivado de la relación fáctica de ocupación en la empresa obliga al empleador que adquiere la titularidad de esa empresa con todo su personal, con independencia de la celebración de nuevos contratos de trabajo. El trabajador está tan ligado a la empresa que un cambio de titular no supone alteración alguna de su situación jurídica, de modo que los contratos de trabajo se mantienen idénticos frente al adquirente de aquella. También aquí, la sola relación de ocupación origina derechos con prescindencia de la celebración expresa de un contrato. Por último, la prestación efectiva de trabajo a un empresario principal lo obliga frente a los trabajadores, aun cuando el contrato se hubiera celebrado entre éstos y un sujeto intermediario. La “relación mediata” de trabajo determina una vinculación jurídica entre trabajador y empresario aunque no existiere entre ellos un contrato. No es necesario insistir en que las tres cuestiones citadas, en cuya resolución comienza a emerger con fuerza normativa la relación de trabajo sobre el contrato, están estrechamente vinculadas con la dinámica de la expansión industrial: el problema del contrato de trabajo nulo (que involucra, por ejemplo, las consecuencias de la contratación prohibida de menores), la transferencia del establecimiento industrial y el fenómeno de la intermediación.

Paralelamente, el predominio de la relación de ocupación efectiva sobre la celebración del contrato como factor constitutivo del plexo de derechos y obligaciones de las partes, se vincula con los efectos que esa relación proyecta respecto de terceros. El Estado requiere certeza sobre el momento desde el cual el empresario se encuentra obligado con las prestaciones de la seguridad social y el trabajador es acreedor de éstas. También precisa individualizar al deudor real de las prestaciones de seguridad social en caso de intermediación o transferencia del establecimiento fabril. El sindicato requiere, a su vez, certeza sobre el inicio de su representación y sobre las personas alcanzadas por los convenios de empresa. Es en ese marco que el hecho de la ocupación efectiva, por la simpleza de su verificación, tiene ventajas comparativas sobre el contrato como fuente constitutiva de la relación laboral, y provoca paulatinamente su desplazamiento, hasta la consagración de la teoría “incorporacionista” presente, entre otras, en las obras de Siebert y Nikisch, según la cual el origen o la fuente de la relación de trabajo en tanto complejo de derechos y obligaciones entre trabajadores y empresarios, no es ya el contrato, sino la incorporación efectiva del trabajador a la empresa.²⁰

La caída del contrato como fuente constitutiva de la relación laboral acompaña su gradual retroceso como fuente normativa. Durante el protagonismo del arrendamiento de servicios civil, numerosa legislación estatal regulaba directamente aspectos parciales de la relación de trabajo. Pero, como se verá más adelante, es claramente con la consolidación del modelo de producción fordista y ante el surgimiento del Estado social cuando la autonomía individual expresada en el contrato resulta desplazada sustancialmente por la norma estatal, que reconoce tan solo un espacio restringido a la norma colectiva y a la norma de empresa.

En efecto, el fordismo en tanto modelo de desarrollo dentro del capitalismo requería el establecimiento de reglas uniformes de coordinación entre los agentes

20. Rodríguez-Piñero, M., *op.cit.*, pp. 50-4.

económicos, que más allá de cada empresa individualmente considerada, garantizaran la protección de los trabajadores y la reproducción de la fuerza de trabajo, y la vigencia de una relación salarial en la que se basaba la implicación de la clase trabajadora y la continuidad de la estructura de consumo masivo. Tan sólo la heteronomía estatal podía garantizar la igualación de las reglas de concurrencia de los actores económicos en el mercado de trabajo, al menos hasta que se estabilizara el nuevo modelo y se apagara el fervor de los sueños revolucionarios. La fuente estatal se impuso entonces como principal reguladora de la relación de trabajo, no sólo mediante la consagración de un núcleo indisponible de derechos y obligaciones protegidos bajo la noción de orden público, sino mediante el sometimiento del empresario a normas de derecho público relacionadas con la seguridad de sus trabajadores y su núcleo familiar.

La utopía comunitaria de la que hablábamos no sólo tuvo efectos sobre la relación individual de trabajo, sino que también influyó sobre la formación de las instituciones de derecho colectivo de trabajo. Hemos visto como el Estado en los albores del desarrollo industrial toma a su cargo la regulación de las relaciones laborales y sujeta al trabajador a su tutela activa y directa. En ese contexto, lo colectivo resulta reprimido. Desde la prohibición de los sindicatos hasta la criminalización de la huelga, se procura borrar hasta las mínimas insinuaciones de un conflicto de clases. Estas soluciones coinciden con lo que Baylos llama “Estado unitario”, dado que no permite la expresión del conflicto social, ni la formación de intereses colectivos al margen de los definidos estatal o empresarialmente. Existe pese a ello, en la República de Weimar, una concepción diferente del derecho del trabajo, que pone el acento no sólo en la acción reformista de las leyes sociales protectoras de los trabajadores subordinados, sino también en la acción colectiva de las asociaciones profesionales como factor de composición del conflicto social de manera contractual o negociada.²¹ De tal modo, durante este breve periodo histórico, el Estado reconoce un limitado poder de negociación colectiva que quizá no pueda calificarse aún de autonomía. Pese a que la actuación del sindicato -ahora legalizada y por lo tanto regulada legalmente- proyecta su influencia sobre las relaciones individuales de trabajo, se encuentra sujeta a los fines del Estado y a la satisfacción de intereses comunitarios. La denominada utopía comunitaria resulta en este nivel redefinida. Así se sostiene que los Consejos de Empresa cumplen una función social que es la de tutelar los intereses de los trabajadores empleados, y una función económica, que es la de colaborar con la dirección en la consecución de los fines empresariales.²² De igual modo los sindicatos dentro del Estado, al tiempo que representan a los trabajadores, colaboran con éste en la realización de los objetivos de su programación económica.

La imposición a los empresarios de fuertes obligaciones frente al Estado en relación a la protección de los trabajadores, es paralela al reconocimiento de un espacio reservado de poder autónomo en los reglamentos de empresa, normas que muestran una delegación estatal de poder disciplinario sobre los trabajadores, tendiente a garantizar el rendimiento y el orden en la producción. La propia existencia de un espacio reservado a los reglamentos de empresa, y

21. V. Baylos Grau, Antonio, *op. cit.*, p. 32.

22. V. Sinzheimer, H., “La concreta organizzazione dei consigli d’azienda”, en Arrigo, G. y Vardaro, G. (eds.), *Laboratorio Weimar*, cit, pp. 49-51.

su relación con el rol de “señor” asignado al empresario, confirma el desplazamiento de la noción de contrato del ámbito laboral.²³

En síntesis, el Derecho de Trabajo se distinguió en sus inicios por la asignación de roles a los sujetos de las relaciones de trabajo -trabajadores, empresarios, Estado y sindicatos- mediante la imposición de una “utopía comunitaria” que reemplazó la imagen de intereses contrapuestos representada por el contrato. El paulatino desplazamiento del contrato de trabajo por la noción de relación de trabajo -de naturaleza comunitaria-, acompañó el establecimiento de un orden jerárquico de las fuentes normativas del Derecho del Trabajo, en el que predominó la norma estatal. Tanto la asignación de roles cuanto el orden de prelación de las fuentes normativas en el incipiente Derecho del Trabajo, formaron parte del modelo de regulación que apuntaló la emergencia y consolidación de la producción industrial organizada, como veremos en seguida, bajo los postulados del fordismo.

4. LA INFLUENCIA DE LA PRODUCCIÓN INDUSTRIAL SOBRE EL DESARROLLO DEL MODELO CLÁSICO DEL DERECHO LABORAL

El desarrollo del derecho del trabajo como rama diferenciada del derecho civil comienza a gestarse en Europa entre la segunda mitad del siglo XIX y las primeras décadas del siglo XX, en coincidencia con el establecimiento de la “cadena de montaje” y sus consecuencias revolucionarias sobre la forma de organización de la producción fabril.²⁴ La incorporación de la mencionada línea de montaje y la producción masiva tuvo consecuencias importantes no sólo sobre la relación de poder en la fábrica y el desarrollo de un nuevo colectivo de obreros industriales, sino sobre el diseño de la organización del Estado y el funcionamiento del sistema económico capitalista. En consecuencia, la instalación del fordismo,²⁵ que acompaña el desarrollo del derecho del trabajo, debe ser pensado no sólo como una forma de organización de la producción industrial, o como un mero paradigma tecnológico, sino como un “modelo de desarrollo” diferente dentro del capitalismo. Este modelo de desarrollo requería, para alcanzar su estabilización, coherencia al menos entre los siguientes elementos: un principio de organización de la producción, un esquema de relaciones laborales, una estructura de consumo, una concepción social de progreso y un complejo de reglas de organización social definitorias de un tipo de Estado.²⁶ En los siguientes apartados destacaremos algunas características de la consolidación de este modelo de desarrollo, señalando el rol cumplido por el derecho laboral en ese proceso.²⁷

23. Sobre la dificultad conceptual de encuadramiento de los reglamentos de empresa en la noción de contrato, v. Fernández López, María Fernanda, *El poder disciplinario y la empresa*, Madrid. Civitas, (1991), pp. 19-33.

24. V. Fridenson, Patrick, “La llegada a Europa de la cadena de montaje”, en “Sociología del trabajo” n°2 (1987-8) pp. 125-142.

25. V. Coriat, Benjamin, *El taller y el cronómetro*, Siglo XXI, México (1982), caps. 3,4 y 5. Para una discusión del concepto de fordismo, v. Williams, K., Haslam C. y Williams, J., “Ford contra “fordismo” ¿el comienzo de la producción en masa?”, en *Sociología del Trabajo* n°21 (1994), pp. 3-47.

26. V. Aglietta, Michel, *Regulación y crisis del capitalismo*, México. Siglo XXI (1979), Cfr. también Leborgne, Danielle y Lipietz, Alain, “Ideas falsas y cuestiones abiertas sobre el postfordismo”, en *Doxa. Cuadernos de ciencias sociales*, N°11/12 (1994).

27. V. Grandi, Mario, “Diritto del lavoro e societa industriale”, en *Rivista di Diritto del Lavoro* (1977), pp. 3-21.

Si -como hemos dicho- el surgimiento de las primeras normas laborales continentales tiene estrecha relación con los problemas visibles del comienzo de la producción industrial masiva, el establecimiento de modelos de derecho laboral maduros se vincula más bien a la expansión y consolidación de formas modernas de organización de la producción. Desde este punto de vista, gran parte de los avances del derecho laboral clásico guardan una estrecha correlación con la cada vez más estandarizada gestión de la producción industrial, en los sectores económicos considerados “de punta” de acuerdo a la concepción de desarrollo sostenida en aquel momento -y de la que hoy en día aún se escuchan defensores. Evidentemente, la última novedad en materia de organización de la producción y gestión de la mano de obra tenía que ver con el sector industrial avanzado: fundamentalmente industrias automotrices, metalmecánicas y de producción masiva de implementos electrodomésticos. En este ámbito, racionalización de la producción significaba una combinación de los postulados de organización taylorista con métodos de organización empresaria y gestión de la producción inspirados en el fordismo.²⁸ Como principio general de organización del trabajo o “paradigma tecnológico”, el fordismo no es sino el taylorismo más la mecanización. El taylorismo implica una estricta separación entre la concepción del proceso de producción, que es la tarea de la oficina de métodos, y la ejecución de tareas estandarizadas y formalmente prescriptas. La mecanización es la forma de incorporación del saber colectivo de la oficina de métodos en la maquinaria, la incorporación de la cadena de montaje y la consecuente producción en masa. Pero mientras la cadena en sí depende de un sistema de máquinas paulatinamente más complejas, las tareas exigidas a los trabajadores se fragmentan en operaciones cada vez más sencillas. El trabajador se ve privado del muy escaso grado de control sobre el contenido, la velocidad y el ritmo de trabajo que le había dejado el taylorismo. La mecanización no sólo aumenta la intensidad en el uso de la mano de obra, sino que además disminuye su costo y la torna fácilmente reemplazable. Produce también su descalificación y con ello, altera sustancialmente la forma de organización de las relaciones laborales, al ejercer el capataz -delegado del patrón- un control estricto de los trabajadores.²⁹

En efecto, esta forma de organización del trabajo en la línea de montaje no sólo intensifica la facultad de dirección del empleador, sino que, como lógica consecuencia de ello, determina un fuerte control disciplinario sobre la mano de obra, que se ejerce primordialmente en el espacio o lugar físico en el que se presta el trabajo, y en íntima vinculación con el cumplimiento de las pautas sobre el cumplimiento de tareas, entre las que se destacan el ritmo y horarios de trabajo.³⁰ Se trata de un control disciplinario directo en el ámbito de la fábrica, ejercido primordialmente mediante la imposición de sanciones o multas previstas en los reglamentos de empresa, pero que se extiende a aspectos personales de la vida del trabajador fuera de la fábrica, hasta llegar a la imposición de reglas morales

28. Cfr. Aglietta, Michel, *op.cit.*, pp. 88-128; Coriat, Benjamin, *op.cit.*, pp. 23-47.

29. Coriat, Benjamin, *op.cit.*, Cap. 2.

30. Acerca de la vinculación entre régimen de trabajo fabril y control disciplinario, v. de Gaudemar, Jean-Paul, *El orden y la producción. Nacimiento y formas de la disciplina de fábrica*, Madrid. Trotta, (1991).

o pautas de comportamiento cotidiano.³¹ La relación laboral se convierte en un vínculo patrimonial (salario-trabajo), pero primordialmente personal, por el cual es la persona misma del trabajador la que se encuentra sometida al poder de dirección y mando del patrón industrial. Algunos autores han sostenido agudamente que existe una clara relación entre la imposición de pautas o hábitos de vida a los trabajadores y la formación de una norma social de consumo de masas. El ascetismo en el trabajo y en la vida del trabajador, corresponde al ascetismo en la forma de los bienes producidos.³² Esto conduce, como veremos en el próximo punto, a otro de los elementos del modelo, que es, precisamente, la estructura de consumo.

En resumen, el fordismo se caracteriza por la taxatividad en la carga de labor y hasta en los movimientos asignados por operario; segmentación de las fases de producción; organización espinal de la producción a partir de una cadena de montaje; extensión de la empresa hasta abarcar un porcentaje importante de los principales insumos; necesidad de niveles de capacitación y especialización variables pero no desechables; inconveniencia del ausentismo, de la alta rotación de la mano de obra y de la conflictividad laboral. Este panorama exige al capital una cierta estabilización de esa mano de obra, a efectos de impedir que la baja calificación, la conflictividad y otros factores de perturbación resulten gravosos desde el punto de vista económico. En términos jurídicos, el cuadro se traduce, en el nivel de la relación individual de trabajo, en la estandarización de una serie de derechos a partir de una figura contractual que -a diferencia sus precedentes de derecho privado- se caracterizará por su vocación permanente: el contrato de trabajo por tiempo indeterminado.³³ Como vimos, uno de los corolarios de la noción de “relación laboral” es la subordinación del contrato individual, en la medida en que la figura contractual es ostensiblemente modalizada por una estricta regulación legal. En el ámbito legislativo, una de las sendas concretas de este período de madurez del derecho laboral ha sido la concreción de leyes o estatutos que establecieran claramente el contenido mínimo, los requisitos formales y las presunciones que rigen el contrato individual de trabajo. La regulación de esta figura reunirá una serie de atributos de inequívoca inspiración taylorista-fordista³⁴: a) su pretensión de definir con claridad los tiempos de trabajo,³⁵ tanto en lo referente a su carga diaria, semanal, mensual y anual, como en lo relacionado con los descansos diarios, semanales, vacaciones anuales, etc.; b) su pretensión por definir las tareas a realizar, a través de la determinación de estratos o calificaciones profesionales

31. Cfr. al respecto la opinión de Antonio Gramsci en Gramsci, A., *Antología* (ed. de Manuel Sacristán), México. Siglo XXI, (1978), p. 255, y los comentarios de Capella, Juan Ramón, “Una lectura de *Americanismo y Fordismo* de Antonio Gramsci”, en *Mientras Tanto* n°47 (1991), pp.45-58.

32. V. Maldonado, Tomás, *El diseño industrial reconsiderado*, Barcelona. Gustavo Gili, (1977), p.51; cfr. también Aglietta, M., *op cit*, cap. 3. Con relación al surgimiento de un tipo de consumidor en relación a un modelo de producción, cfr. Callejo, Javier, “La construcción del consumidor global”, en “Sistema” n°126 (1995), pp. 77-96.

33. Cfr. Vardaro, Gaetano, art. cit., p. 260.

34. Cfr. Accornero, Aris, *Il lavoro come ideologia*, Boloña. Il Mulino, (1980), pp. 102-7; Aglietta, Michel, *op. cit.*, pp. 107-128; Coriat, Benjamin, *op. cit.*, pp. 98-102.

35. Cfr. Vardaro, Gaetano, art. cit., pp. 253-62.

definidas por el tipo de actividad asignada y por el nivel de responsabilidad, amén del establecimiento de límites a las facultades del empleador de decidir libremente el cambio en la asignación de tareas (límites al llamado *jus variandi*). Si se observa desde una perspectiva de conjunto la serie de contratos de trabajo de una empresa determinada constituirán su organigrama interno desde el punto de vista de la estructura jerárquica, calificaciones requeridas y tareas a realizar; c) su pretensión por cuantificar en forma exacta la paga, a partir del establecimiento de sistemas uniformes de cálculo salarial basados en el tiempo de trabajo y, complementariamente, en el rendimiento individual; d) su pretensión por definir otros gastos a realizar por el empresario, tales como los exigidos en materia de seguridad, higiene, capacitación, etc., relacionados con los costos mínimos de operación de la empresa. En este sentido, puede entenderse el contrato de trabajo “típico” o “clásico” como un instrumento técnico de regulación de la mano de obra, caracterizado por “individualizar” legalmente las condiciones de producción exigidas a cada trabajador por la organización fabril taylorista-fordista.³⁶ La regulación legal del contrato constituye una clara muestra del interés del Estado en promover un cierto tipo de relaciones industriales, complementarias, como veremos, de un modelo determinado de desarrollo, crecimiento económico y distribución. Cabe señalar, además, la estrecha correlación existente entre la relativa homogeneidad del tipo de trabajo consolidado por la expansión de la producción industrial masiva que responde a la organización taylorista-fordista, y la construcción de una figura contractual casi excluyente y de vocación también expansiva, como el contrato de trabajo por tiempo indeterminado.³⁷

De modo similar, toda la legislación laboral destinada a cubrir infortunios tales como accidentes y enfermedades laborales, fallecimientos, rupturas contractuales tiene como función la de establecer el costo de dichos eventos para el empresario, alentándolo a prevenirlos a través de mecanismos económicamente menos gravosos.

Desde otro punto de vista, tanto la política de salarios estables, como la cobertura de infortunios incapacitantes -base del sistema de seguridad social, que va a separarse progresivamente del derecho del trabajo- está relacionada con la necesidad de conservación y reproducción de la mano de obra. En épocas anteriores, la política de creación y mantenimiento de un proletariado industrial urbano se sostuvo con medidas de gran dureza, entre ellas la prohibición de emigrar y la exigencia de documentos o cartillas de trabajo como condición indispensable para ser contratado.³⁸ La segunda posguerra va a consolidar en Europa y en otros países como la Argentina, una política de integración social de la clase obrera industrial, consistente en la elevación de su nivel de vida, su incorporación al consumo masivo y la promoción de su acceso al sistema de salud y a regímenes capaces de aliviar las consecuencias nocivas de los infortunios y a reconstituir la mano de obra temporalmente incapacitada de trabajar.

36. Cfr. Jeanmeaud, Antoine, “Les fonctions du droit du travail”, pp. 209-35, en AA.VV., *Le droit capitaliste du travail*, Grenoble. Presses Universitaires de Grenoble, (1980).

37. Cfr. Romagnoli, Umberto, “Un diritto da ripensare”, en *Lavoro e diritto* n.3 (1995), pp. 470-2, y en *Il lavoro in Italia. Un giurista racconta*, Boloña. Il Mulino, (1995), Caps. 1-3.

38. Cfr. Veneziani, Bruno, “La evolución del contrato de trabajo”, pp. 64-9, en Hepple, Bob, *op. cit.*

La evolución del derecho colectivo del trabajo tiene desde esta perspectiva un rol fundamental en las posibilidades de expansión del desarrollo industrial. Efectivamente, el reconocimiento de facultades de organización obrera y de negociación de los sindicatos, implica una importante concesión, que actúa como contrapeso de los poderes del empresario sobre los trabajadores por él contratados.³⁹ Ahora bien, esta concesión no resulta indiferente frente a las necesidades de organización de la producción, sino que conlleva ciertos aspectos beneficiosos también para el capital. La primera consecuencia del reconocimiento del sindicato como parte negociadora en el ámbito de la producción industrial, es la legalización e institucionalización del conflicto industrial, ahora limitado y definido en términos jurídicos.⁴⁰ Esto disminuye la posibilidad de formas individuales de resistencia -como el sabotaje, la destrucción de maquinaria, etc.-, hace previsible los temas de discusión y negociación, excluyendo definitivamente algunos -tales como la propiedad de los medios de producción, y la decisión sobre la determinación concreta de la producción-, y, en términos horizontales, equilibra las condiciones de competencia entre productores industriales sometidos al mismo conflicto. La segunda consecuencia es la identificación del interlocutor colectivo de la negociación, hecho que transfiere al seno de la propia clase trabajadora las condiciones de su auto-organización, sin que el empresario deba hacerse cargo de reclamos provenientes de actores múltiples y diversificados. Desde este punto de vista, la carga de organización de la participación y el problema de la representatividad de los sindicatos -que en definitiva será medida de la efectividad de la negociación frente al capital- queda en manos de los propios trabajadores, y ya no corresponde al empresario responder a demandas formuladas fuera de los carriles legalmente establecidos. También aquí la institucionalización ordena y hace previsible el desarrollo y las posibles soluciones del conflicto colectivo. En tercer lugar, se hacen también transparentes los instrumentos de discusión autorizados a cada parte, y el alcance y consecuencia de las medidas de fuerza con las que se amenaza la falta de acuerdo en la negociación. En este sentido, queda también “legalizada” -y en consecuencia limitada, enmarcada en hipótesis normativas y sujeta a ciertas condiciones, subordinada a controles administrativos y judiciales- la realización de huelgas, factor de seria preocupación empresarial por la gravedad de las consecuencias económicas y productivas que acarrea su multiplicación indeterminada. La huelga, en tanto instrumento de autotutela colectiva de los trabajadores, sufre una transformación cualitativa: de ser un hecho de fuerza pasa a convertirse en un derecho con todas las consecuencias que acarrea esta modificación de status.

Se hace evidente, entonces, que la legalización del conflicto laboral responde histórica y sociológicamente a la transcripción en términos jurídicos de aquellos conflictos que por su importancia, volumen y por las previsible consecuencias políticas y económicas de su radicalización, suponían un mayor estado de alerta por parte de los empresarios y del Estado, es decir, de los

39. Cfr. Kahn-Freund, Otto, *Trabajo y derecho*, Madrid. Min. de Trabajo y Seguridad Social, (1987), p. 52.

40. Cfr. Romagnoli, Umberto, “La desindustrialización de los conflictos de trabajo y la ética de la responsabilidad”, p. 226, en Valdés Dal-Ré, Fernando (coord.), *Sindicalismo y cambios sociales*, Madrid. CES, (1994).

conflictos desarrollados en el marco de la creciente expansión de la industria. Esta perspectiva coincide, además, con la consideración por parte de los movimientos políticos y el pensamiento de izquierda, de que el conflicto industrial constituía el principal motor de la dialéctica social. La entonces creciente importancia de la industria en la estructura productiva y en la estructura de empleo resultaba un factor preponderante para esta evaluación coincidente. Desde el punto de vista histórico, el nacimiento de la legislación “obrera” excluyó su aplicación a los trabajadores rurales y a los empleados de la administración pública. La legislación iba dirigida a los trabajadores de “cuello azul”, es decir, a la mano de obra industrial urbana. La vocación expansiva de las normas laborales llevó a una primera ampliación de su aplicación a los empleados de “cuello blanco” de las propias empresas industriales. Una segunda fase implicó la generalización de este régimen a todo empleado de empresas comerciales bajo relación de dependencia. Por último, el modelo del derecho laboral se hizo extensivo -si no directamente, al menos como fuente principal de inspiración- al régimen de trabajo de la inicialmente excluida mano de obra rural y estatal.⁴¹

Finalmente, la consolidación del derecho laboral como una rama autónoma del derecho significa la constitución de un espacio teórico y práctico que reconoce una problemática específica, distinguible de otros sectores del ordenamiento jurídico. Constituir una nueva rama del derecho importa reivindicar una nueva racionalidad interpretativa sobre una determinada parcela de la realidad social: la creación de nueva legislación, el establecimiento de cátedras, bibliografía, espacios académicos, el nacimiento de tribunales diferenciados, que respondan a una nueva óptica o forma de entender los problemas.⁴² La constitución del derecho laboral como disciplina jurídica autónoma se enmarca en un movimiento de superación del “antiguo” derecho privado por un nuevo tipo de derecho, capaz de dar cuenta del problema vislumbrado como conflicto central de las sociedades emergentes -el conflicto industrial- de modo más adecuado.

5. LA EXPANSIÓN INDUSTRIAL FORDISTA, EL ESTADO SOCIAL Y EL TRABAJADOR-CONSUMIDOR

La definitiva consolidación de un derecho del trabajo autónomo en los países de Europa continental durante la segunda posguerra puede también ser reinterpretada a la luz de su correlación con la consolidación del Estado social, y con la generalización de un modelo específico de relaciones de producción y consumo, característico de la expansión de las sociedades industriales de acuerdo a los postulados fordistas. En este sentido, las contribuciones de Ford no se limitaron al proceso productivo. Incluyeron también la ampliación de un mercado de masas a través de productos estandarizados, precios bajos

41. Cfr. Treu, Tiziano, “Diritto del lavoro (Voce per il digesto 2000)”, en *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali* (1987), pp. 686-7; Bruno, Veneziani, art. cit., pp. 94-6.

42. En otro trabajo hemos comparado el surgimiento de nuevas ramas del derecho con la formación de paradigmas científicos, de acuerdo a la teoría desarrollada por Thomas S. Kuhn. V. Abramovich, Victor y Courtis, Christian, “Los anillos de la serpiente. Transformaciones del derecho entre el trabajo y el consumo”, en *Rev. Jueces para la Democracia* N°22 (1994), pp. 54-63, y en *No Hay Derecho* N°12 (1995), pp. 35-40.

y salarios altos. La cadena de montaje se asoció al establecimiento de normas sociales de consumo y, en consecuencia, los clientes principales de la oferta masiva fueron los propios trabajadores, devenidos consumidores de la producción industrial. En tal sentido el fordismo, como estructura macroeconómica (o “régimen de acumulación”), supone que los logros de la productividad resultantes de la producción en masa sean acompañados, por un lado, del crecimiento de las inversiones financiadas por las ganancias, y por el otro, del crecimiento del poder adquisitivo de los asalariados. Pero esta estructura no puede existir en una empresa aislada. Para obtener el crecimiento regular del poder adquisitivo es necesario establecer reglas de coordinación entre los agentes económicos. Por ello el fordismo, en tanto “modo de regulación”, implica una contractualización a largo plazo de la relación salarial, con límites al derecho de despido y una programación de aumentos salariales indexados en relación a los precios y a la productividad en general. Asimismo, se asegura un ingreso permanente a los asalariados a través de una vasta socialización de los ingresos por parte del Estado de Bienestar. Como contraparte, los sindicatos reconocen la autoridad patronal y el rol de intermediación del Estado de Bienestar, que se reserva el principal poder normativo sobre las relaciones laborales. De tal suerte, resultan respetados tanto los principios de organización del trabajo en la empresa, cuanto la estructura macroeconómica antes mencionada.

El aumento de salarios y las transferencias sociales del Estado (como, por ejemplo, las prestaciones de seguridad social) no sólo sostienen el nivel de demanda requerida, sino que actúan como método de implicación del obrero en la fábrica y de la clase trabajadora (y los sindicatos) en el Estado.

El desarrollo del derecho del trabajo es un elemento esencial en este esquema económico. “La lógica clásica del Derecho del trabajo presupone ciertamente la expansión económica o, al menos, la estabilidad del sistema económico. El Derecho del trabajo aparece entonces como un derecho de la redistribución de los recursos y en su seno se desenvuelve una negociación colectiva de mejora y una acción obrera de contestación”.⁴³ Desde una primera perspectiva, la legislación laboral constituye una nueva herramienta de política social, caracterizada por la promoción estatal de modificaciones en los costos de formación, conservación y reproducción de la mano de obra, en la determinación de las condiciones de prestación del trabajo, en la concertación de las decisiones de producción, etc. Desde el punto de vista de las relaciones de trabajo, la legislación laboral produce un desplazamiento de poder en detrimento del empresario y a favor del trabajador, con un consecuente desplazamiento de costos sobre el primero. Desde un punto de vista global, la incorporación de los trabajadores a la vida política y, más específicamente, la aceptación de las organizaciones de trabajadores como actores fundamentales en la toma de decisiones políticas, provocan una sustancial modificación de la agenda estatal: la mínima intervención en materia económica que caracterizaba al Estado de cuño liberal va a ser explícitamente reemplazada por la expansión

43. Palomeque López, Manuel, *Derecho del trabajo e ideología*, Madrid.Tecnos, 4ªed. (1989), p. 21.

de la actividad estatal a una serie de campos que se asumen como decisivos para el crecimiento equilibrado de las sociedades contemporáneas.⁴⁴ Queda claro que la definición de estos campos -salud, educación, prestaciones sociales en caso de vejez o invalidez, acceso a la vivienda, acceso a un standard de vida mínimo, formación profesional- responde fundamentalmente a las expectativas de los trabajadores, que resultan integradas como finalidades legítimas de la actividad estatal. Existe en este nivel un primer vínculo insoslayable entre la consolidación del derecho del trabajo y la generalización del tipo de política social que caracteriza al Estado social: la legalización de la organización colectiva de los trabajadores resulta funcional no sólo a los efectos específicos de la regulación de las condiciones de trabajo, sino que tiene también importantes consecuencias políticas en la medida en que resulta un factor de peso fundamental para la redefinición de la estructura y funciones del aparato estatal.⁴⁵

Desde una segunda perspectiva, el tipo de política social que caracterizó el surgimiento del Estado benefactor de tipo europeo, responde esencialmente a las ya referidas condiciones socioeconómicas características del modelo de crecimiento industrial establecido tras la segunda posguerra, y persistente en Europa hasta los primeros años de la década del setenta. Factores tales como la expansión económica, la generalización del crecimiento sostenido, el pleno empleo, el relativo apaciguamiento de los enfrentamientos sociales radicales, resultan determinantes para que la elección del centro de atracción de las distintas formas de política social recaiga sobre la figura del trabajador. Por un lado, como decíamos antes, la redistribución social de la riqueza que acompaña al crecimiento económico se convierte en un factor de aumento de las expectativas de consumo por parte de los asalariados y de correlativa expansión de la oferta, que responde obviamente a la ampliación del mercado consumidor y al aumento de la demanda. Por otro lado, la situación jurídica del trabajador asalariado se convierte en el *locus* privilegiado que elige el Estado para seleccionar los destinatarios de políticas sociales.⁴⁶ El trabajador -y por intermedio del trabajador, su familia- pasan a ser beneficiarios de subsidios en materia de salud, transporte, educación, créditos destinados a vivienda y a consumo, etc. En este sentido, resulta explicable la perdurable vinculación entre el derecho del trabajo y el derecho de la seguridad social,⁴⁷ sólo diferenciados en las últimas dos décadas. Análogamente, la posición jurídica de trabajador -es decir, la existencia de una relación de trabajo- va a transformarse en garantía suficiente para la adquisición de una importante número de bienes y servicios ofrecidos por el sector privado. La situación de pleno empleo y la expansión económica resultan en este contexto condiciones de efectiva democratización del mercado y de consecución de los objetivos igualitarios y de equidad social propugnados

44. Cfr. el análisis jurídico realizado por Reich, Norbert, *Mercado y derecho*, Barcelona. Ariel, (1985), Caps. II y III.

45. Algunos de estas transformaciones habían sido ya lúcidamente previstas por los jslaboralistas weimarianos en el período de entreguerra. V. Kahn-Freund, Otto, "Il mutamento della funzione del diritto del lavoro"(1932), pp. 221-53, y Fränkel, Ernst, "Il significato politico del diritto del lavoro"(1932), pp. 119-31, en Arrigo, Gianni y Vardaro, Gaetano (eds.), *op.cit.*

46. Cfr. Accornero, Aris, *op. cit.*, pp. 149-63; Ashford, Douglas, *La aparición de los estados de bienestar*, Madrid. Min de Trabajo y Seguridad Social, (1989), pp. 129-144.

47. Cfr. Hepple, Bob, art. cit., pp. 179-92, en Hepple, Bob, *op. cit.*

por el Estado benefactor. La “centralidad” del trabajo en el marco de sociedades industriales en expansión reúne, entonces, dos aspectos diferenciables: a) la función de integración individual y social del trabajo, en tanto factor de desarrollo de la personalidad, factor de autorrealización, y a su vez factor colectivo de identificación cultural y política; b) la función técnica de identificación de los destinatarios de políticas sociales de orientación igualitaria.

El crecimiento económico y la generalización del acceso al tipo de bienes y servicios ofrecidos por la producción industrial masiva resultan factores insoslayables para analizar los efectos del proceso de industrialización sobre las sociedades contemporáneas avanzadas. Hemos dicho que la consolidación del taylorismo-fordismo no sólo implica la imposición de un determinado sistema de producción y de organización del trabajo, sino que supone además la constitución de un nuevo tipo de relaciones económicas, en las que el trabajador deviene además consumidor de los bienes y servicios producidos en forma masiva.⁴⁸ Esta perspectiva arroja nueva luz sobre la correlación entre derecho del trabajo, consolidación del Estado social y consolidación del modelo taylorista-fordista de producción y de consumo.⁴⁹ En efecto, el tipo de redistribución social de la riqueza producido por el derecho del trabajo y en general por las políticas sociales del Estado benefactor resultó ampliamente funcional para la expansión de la producción industrial, incidiendo decididamente en el ya mencionado proceso de constitución de la clase trabajadora industrial en destinataria económica de una importante porción de la oferta de bienes y servicios que ella misma se dedicaba a producir.⁵⁰

En síntesis, la intervención del Estado benefactor como organizador de las relaciones de trabajo, orientada hacia la redistribución de la renta mediante la fijación de la ecuación salarial y el establecimiento de un sistema de accidentes de trabajo y seguridad social en beneficio de la clase trabajadora,⁵¹ resultaba funcional al modelo de desarrollo taylorista-fordista, al tiempo que lo dotaba de una importante legitimación política. Es por ello que, como sostiene Antonio Baylos, existía una significativa correlación entre los sujetos tutelados, la amplitud de la tutela y la relevancia político-económica de los diferentes segmentos de la población asalariada.⁵²

6. CRISIS Y REORDENAMIENTO DE LA PRODUCCIÓN INDUSTRIAL. LA EXPANSIÓN DEL SECTOR SERVICIOS

Hasta aquí hemos presentado un panorama del contexto de surgimiento y consolidación del derecho del trabajo continental, señalando su estrecha vinculación con un esquema determinado de crecimiento económico, producción y consumo,

48. Cfr. Aglietta, Michel, *op. cit.*, pp. 129-175; Bocock, Robert, *El consumo*, Madrid, Talasa, (1993), pp. 29-54; Coriat, Benjamin, *op. cit.*, pp. 52-65 y 75-102.

49. V. Navarro, Vicente, “Producción y Estado del bienestar. El contexto político de las reformas”, en *Sociología del Trabajo* n°12 (1991), pp. 3-39.

50. Cfr. Aglietta, Michel, *op. cit.*, pp. 133-9.

51. Cfr. Aparicio Tovar, Joaquín, *La seguridad social y la protección de la salud*, Madrid, Civitas, (1988).

52. Baylos Grau, A., *op.cit.*, p. 31. Cfr. también Balandi, Gian Guido, “Corporativismo e legislazione previdenziale negli anni’ 30. Note di ricerca”, en *Studi in onore de Tito Carnacini*, Milán. Giuffrè. (1983) vol. I, pp. 373 y ss.

un tipo específico de organización del trabajo, y un tipo de Estado. En este panorama, uno de los elementos centrales de la juridificación del trabajo asalariado es la preponderancia del trabajo industrial, que se convierte en eje o modelo para la construcción de las instituciones fundantes del derecho laboral. Gran parte de la actual crisis del derecho del trabajo se debe a la profunda modificación de la economía de los países capitalistas avanzados, y al ostensible cambio de sus estructuras de empleo. Intentaremos explicar a continuación algunas de estas transformaciones, señalando sus efectos sobre el modelo clásico del derecho laboral continental.

Un primer factor a señalar es la pérdida de importancia relativa de la industria como fuente de empleo. En efecto, en los últimos treinta años se ha producido un fenómeno generalizado de crecimiento de la incidencia del sector de servicios⁵³ en la estructura de empleo de las sociedades desarrolladas, en desmedro del sector industrial. Las consecuencias de este fenómeno sobre el derecho del trabajo son múltiples, pero podrían caracterizarse básicamente diciendo que el diseño institucional sobre el que reposaban gran parte de los equilibrios clásicos del derecho del trabajo, en especial los vinculados al derecho colectivo del trabajo, se ven fuertemente relativizados por la creciente importancia del empleo en un sector económico que no responde a la organización de la producción industrial y frente al que por ende no se adecua el tipo de organización colectiva de la clase obrera industrial que había tenido en vista el modelo clásico del derecho del trabajo.⁵⁴ Los sindicatos obreros tradicionales pierden peso político y representatividad, en la medida en que sus reclamos no se originan sino en un segmento limitado de la población asalariada. Desde el punto de vista de las relaciones individuales de trabajo, las necesidades del sector servicios tampoco se adecuan a los parámetros del modelo fordista, del que se distinguen por la distinta estructura organizativa de las empresas, la inexistencia de patrones comunes de medición de la productividad, la ausencia de elementos organizativos aglutinantes, como el espacio de la fábrica y la cadena de montaje, la gran diversidad de exigencias temporales e incluso espaciales, que responde a la diversa naturaleza de las prestaciones de cada tipo de servicio, etc.⁵⁵ La consecuencia de este distinto tipo de exigencias no es otro que el reclamo de un debilitamiento de figuras de vocación absorbente como el contrato de trabajo por tiempo indeterminado, a favor de una multiplicidad de formas de contratación segmentadas, que -se sostiene- deben tomar como punto de partida las características de los distintos tipos de prestaciones ofrecidas. En este sentido, se registra una marcada reivindicación de la fuente contractual individual, en detrimento de la heteronomía

53. Existen numerosas tentativas de conceptualizar el sector de servicios en las economías contemporáneas, pero existe coincidencia casi absoluta en señalar el crecimiento relativo del empleo en sectores que no son el primario y el secundario. V. la interesante discusión al respecto en *Zona Abierta*, n° 65/6 (1993), monográfico sobre “La economía de los servicios en la sociedad postindustrial”, compilado por C.E. García.

54. V. Tosi, Paolo, “Le nuove tendenze del diritto del lavoro nel terziario”, en *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, n°52 (1991), pp. 613-32.

55. Cfr. García, Clara Eugenia, “Los servicios en las economías industrializadas”, en *Zona Abierta*, 65/6, *cit.*, pp. 132-6.

estatal.⁵⁶ El contrato individual y, en sentido similar, la negociación colectiva por empresa (por oposición a la tradicional negociación por rama de actividad) resultan, entonces, ejes de un desplazamiento del poder de negociación hacia nuevos sujetos, en un proceso que debilita aún más la representatividad de los sindicatos tradicionales.

Un segundo factor de indudable relevancia en este contexto es el cuadro de aguda precarización del mercado de trabajo. Por un lado, se verifica un aumento generalizado del desempleo en los países que gozaron de un desarrollo considerable del modelo continental de derecho del trabajo. Lo relevante no es sólo que haya crecido el desempleo en términos cuantitativos, sino la instalación de un porcentaje estructural de desempleo, que ya no admite explicaciones del estilo del “ajuste automático de la demanda laboral a partir del ejército de reserva de mano de obra”.⁵⁷ Las políticas estatales de empleo resultan confesamente insuficientes para resolver el desajuste entre oferta y demanda de trabajo. Esta situación marca un agudo quiebre con respecto a los presupuestos contextuales de consolidación del derecho del trabajo comentados anteriormente. Como dijimos, un pilar del equilibrio institucional construido por el derecho del trabajo es la situación de pleno empleo, que fortalece la uniformización de intereses de la clase trabajadora, sustenta la posición de los sindicatos y da sentido al principal recurso de autotutela colectiva de los trabajadores, es decir, el derecho de huelga. La situación de desempleo estructural debilita todos estos presupuestos.⁵⁸ En principio, atomiza los intereses de los trabajadores, enfrentando la situación del trabajador empleado con la del trabajador desempleado.⁵⁹ Desde una perspectiva similar, modifica la función del sindicato, que, de representar los intereses generales del colectivo de trabajadores, pasa a representar los intereses del trabajador empleado, lo que no siempre resulta compatible con la defensa del trabajador desempleado. Por último, relativiza la eficacia del recurso a la huelga, en la medida en que al empresario le resulta más fácil el reemplazo de trabajadores disconformes debido a la constante oferta de mano de obra desocupada. El ejercicio del derecho de huelga ve así debilitada una de sus bases fundamentales, que es la amenaza de interrupción de la producción de la empresa. Por último, si parte de las políticas redistributivas del Estado social se canalizaban a través de la posición del trabajador asalariado, la estabilización de porcentajes de desempleo estructural va a generar nuevos problemas a la formulación de políticas sociales. Por un lado, el Estado social desarrolla una serie de políticas, en general poco fructíferas, orientadas a generar puestos de trabajo y fomentar el empleo.⁶⁰

56. Cfr. Simitis, Spyros, “Juridification of Labor Relations”, en Teubner, Günther (ed.), *Juridification of Social Spheres*, cit., pp. 113-61.

57. V., por ejemplo, Offe, Claus, “¿Es el trabajo una categoría sociológica clave?”, en *La sociedad del trabajo. Problemas estructurales y perspectivas de futuro*, Madrid. Alianza Universidad, (1984), pp. 17-51; Lallement, Michel (ed.), *Travail et emploi. Le temps des métamorphoses*, París. L'Harmattan, (1994); Perret, B. y Roustang, G., *L'Économie contra la société*, París. Seuil/Esprit, (1993). Cfr. la lectura cultural del fenómeno en número monográfico de la revista *Esprit*, 8-9 (1994), “La France et son chômage: crise économique ou crise culturelle?”.

58. V. la discusión sobre “Lavoro e non lavoro”, con participaciones de U. Romagnoli, G.G. Balandi y G. De Simone, en *Lavoro e Diritto* n°1 (1995), pp. 3-37.

59. Perret, B. y Roustang, G., *op. cit.*, pp. 90-121.

60. V. Preuss, Ulrich K., “La crisis del mercado de trabajo y las consecuencias para el Estado social”, en Corcuera Atienza, Javier y García Herrera, Miguel Angel (eds.), *Derecho y economía en el Estado social*, Madrid. Tecnos, (1988), pp. 71-94., y en general, Olivas, Enrique (ed.), *Problemas de legitimación del Estado social*, Madrid. Trotta, (1991).

Por otro lado, debe desarrollar una política específica de protección social al desempleado, que lo obliga a desdoblarse los objetivos de política social en segmentos de la población diferenciados, cuya experiencia e intereses no siempre son coincidentes.

Al problema del desempleo estructural, se suma el crecimiento de la economía informal, marginal, sumergida, o “negra”,⁶¹ que responde, entre otros factores, a una estrategia empresarial de abaratamiento de costos laborales, a la presión social forzada por el porcentaje estructural de desempleo, al surgimiento de emprendimientos económicos de monto reducido, bajos costos de instalación y altísima rotación, vinculados a la oferta paralela de bienes y servicios favorecidos por la elusión de cargas fiscales, previsionales y laborales, a la ampliación de una esfera de economía doméstica que, debido a la crisis, cumple un rol fundamental de subsistencia, etc. Es evidente que lo que caracteriza a la economía informal es el constituir una esfera de prestación de mano de obra ajena al derecho del trabajo, y, en algunos casos, superpuesta a él.⁶² Nuevamente, la existencia de este ámbito debilita la eficacia del modelo de derecho laboral clásico: en esta esfera desaparecen la importancia de la fuente legal, la posibilidad de articular organizaciones colectivas de trabajadores y, más aún, la de negociar o ejercer presión colectivamente.

Un tercer factor, vinculado estrechamente con los mencionados anteriormente, lo constituyen las modificaciones verificadas en el interior de la propia producción industrial. Ya hemos referido el desplazamiento de mano de obra del sector industrial al sector servicios. Ahora bien, parte de ese desplazamiento se explica por una serie de cambios en la organización industrial, derivadas de la evolución tecnológica y de modificaciones macroeconómicas de escala mundial. La crisis industrial de los años setenta, interpretada como crisis del modelo de desarrollo fordista, ha generado respuestas traducidas en una ostensible modificación del paradigma organizativo de la empresa industrial.⁶³ Un aspecto fundamental de esta reorganización está dado por la incesante incorporación de tecnología cada vez más sofisticada a la producción, que aumenta la productividad, expulsa mano de obra y modifica radicalmente las necesidades de calificación de la mano de obra ocupada. Se habla de una “segunda ruptura industrial”,⁶⁴ provocada por la aceleración de los cambios tecnológicos debida a la generalizada aplicación de la informática y robótica a la industria. Esta incorporación tecnológica permite superar las rigideces de la cadena de montaje fordista, con la consecuente modificación de pautas de organización interna de la empresa industrial. La rígida repartición de tareas, horarios y tiempos de trabajo, la jerarquía profesional de la empresa, las exigencias de calificación ascendente, ceden terreno ante fenómenos tales como una mayor flexibilidad temporal, cambios en la conformación de equipos de trabajo que requieren la polivalencia más que la

61. V. Mingione, Enzo, *Las sociedades fragmentadas*, Madrid. Min. de Trabajo y Seguridad Social, (1993), pp. 253-405.

62. Como en el caso de las empresas que contratan a trabajadores bajo un régimen “mixto”, formal-informal.

63. V. en general Coriat, Benjamin, *El taller y el robot*, México. Siglo XXI, (1982).

64. La referencia obvia es a la ya clásica obra de Piore, M.J. y Sabel, C.F., *La segunda ruptura industrial*, Madrid. Alianza, (1990).

especialización del trabajador, la dualización del tipo de tareas realizadas dentro de la empresa, que se reparte entre un eje de supercualificación profesional, en el que se requieren por ejemplo conocimientos de informática, y un eje de subcualificación, al que quedan relegadas las tareas más simples y repetitivas.⁶⁵ Algunos observadores de este proceso subrayan que no se trata sino de la exacerbación tecnológica de la pérdida de control del proceso productivo por parte de los trabajadores, perfilada ya durante el taylorismo-fordismo.⁶⁶

Estas modificaciones tecnológicas se producen en consonancia con una serie de importantes cambios macroeconómicos, que reorientan el sentido y contenido de la producción industrial. Entre mediados de la década del sesenta y principios de la década del setenta, la capacidad de oferta del sector industrial desborda completamente las posibilidades de demanda del mercado mundial. Este hecho será determinante de la redefinición del tipo de producción industrial ofrecida: la variedad de la oferta agota la posibilidad de seguir generando series ilimitadas de productos idénticos, típica del fordismo, que caracterizaba la política de generación de demanda, y de expansión del mercado consumidor a las clases trabajadoras. En contraposición, es la demanda la que va a cobrar un lugar definitorio del tipo de producto que se lanza al mercado.⁶⁷ Este fenómeno se traduce en la exigencia de “especialización flexible”, es decir, la posibilidad de generar múltiples series paralelas de productos, en lugar de una serie única de productos relativamente idénticos.⁶⁸ La determinación última de la producción es definida finalmente por el gusto del consumidor: en este sentido, es sugestivo el tipo de organización de la empresa debido a los industriales japoneses, denominado toyotismo, ohnismo, o bien método *kan ban*, en el que las decisiones acerca del volumen y variedad de la producción no vienen dadas *a priori* por un departamento de planificación, como en la empresa fordista tradicional, sino por los pedidos del departamento de ventas, es decir, desde el segmento final del ciclo productivo.⁶⁹ Por otro lado, el carácter errático de la demanda va a afectar el tamaño y las dependencias de la empresa industrial: la existencia de unidades industriales de gran volumen del tipo fordista, expandidas hacia los sectores primario y terciario, se revela como altamente costosa e ineficiente. El modelo de empresa que viene en su reemplazo se caracteriza por la externalización, es decir, por la expulsión de su seno de aquellas actividades y servicios que sólo se necesitan temporariamente, y cuyo mantenimiento permanente genera gastos inútiles. La consecuencia de este nuevo diseño de la empresa industrial es una disminución del tamaño de las unidades productivas, y una densa red de relaciones interempresarias de subcontratación de servicios, que se requieren de acuerdo a las exigencias de la demanda.⁷⁰ Como

65. Cfr., por ejemplo, el volumen colectivo de Castillo, J.J. (ed.), *La automatización y el futuro del trabajo*, Madrid. Min de Trabajo y Seguridad Social, (1983).

66. V. Coriat, Benjamin, *El taller y el robot*, cit., pp. 37-95.

67. V. Lancaster, Kelvin, *Modern Consumer Theory*, Brookfield. Ashgate, (1990).

68. V. Sabel, Charles F., “Flexible Specialization and the Re-emergence of Regional Economies”, en Amin, Ash (ed.), *Post-fordism* Oxford-Cambridge, Blackwell, (1994), ps. 101-57, y en general las contribuciones de ese volumen. Cfr. también Coriat, Benjamin, *El taller y el robot*, cit., pp. 142-76, y *Pensar al revés*, México Siglo XXI, (1992), pp. 19-22.

69. Cfr. Coriat, Benjamin, *Pensar... .cit.*, pp. 49-66.

70. Cfr. Coriat, Benjamin, *op. cit.*, pp. 98-123.

veremos, el menor tamaño de las unidades productivas y las posibilidades tecnológicas permiten a la empresa una movilidad espacial mayor, sensible a las ventajas comparativas en materia de costo de la mano de obra y de cargas fiscales, laborales, previsionales, etc.

El impacto de este panorama sobre el derecho del trabajo es considerable.⁷¹ En contraposición al cuadro de relativa uniformidad de la organización industrial fordista, ante la cual era suficiente la preeminencia de la fuente normativa estatal, complementada con la autonomía colectiva, nos encontramos con un panorama de altísima complejidad, en el que coexisten formas variables y altamente móviles de organización de la producción.⁷² La estricta organización de horarios, tiempos, tareas y descansos, llevada a cabo por la regulación legal del contrato de trabajo por tiempo indeterminado, resulta atacada bajo argumentos de excesiva rigidez e inadecuación a las nuevas necesidades de la producción industrial. En su lugar, se propone la flexibilización de horarios, descansos, determinación de tareas y del espacio de cumplimiento de la prestación laboral, modificaciones en el régimen de jerarquía y calificación, distintas formas de pago, cambios en el rol del sindicato dentro de la empresa, articulación de espacios de negociación novedosos,⁷³ en fin, la fractura de muchas de las certezas que resultaban de la transcripción en términos jurídicos de la organización fordista del trabajo. Paralelamente, se verifica un reclamo, gradualmente aceptado por el Estado, orientado al destronamiento del contrato por tiempo indeterminado como modelo de regulación absorbente de la prestación de trabajo, y a favor de una multiplicidad de institutos jurídicos alternativos, caracterizados por la falta de vocación permanente del vínculo laboral.⁷⁴ De este modo, se asiste a la legalización de una serie de figuras contractuales precarias, como las formas de contrato por tiempo determinado, contratos temporarios y eventuales, formas de trabajo a destajo y a domicilio, contratos de aprendizaje, formación o de fomento de empleo, contratos con período de prueba, diversas formas de subcontratación, contratos celebrados a través de agencias de empleo, etc., cuya utilización es discrecionalmente decidida por la empresa.⁷⁵ El efecto de la incorporación de estas nuevas figuras legales a varias legislaciones europeas ha sido, como era de esperarse, una modificación de la estructura de empleo signada por el notorio aumento de los trabajadores contratados a través de regímenes precarios e inestables.⁷⁶ Pero no terminan aquí los efectos del

71. V. Pérez-Pérez, Manuel, "Derecho del trabajo y nuevos sistemas tecnológicos", en *Relaciones Laborales*, T.II (1988), pp. 241-60.

72. V. Jeammaud, Antoine, "El derecho del trabajo en 1988: un cambio de orientación más que una crisis", en *Temas Laborales*, n°14 (1989), pp. 28-48.

73. V. Däubler, Wolfgang, "Contrattazione collettiva e nuove tecnologie: il caso de la RFA", en *Lavoro e Diritto*, n°2 (1987), pp. 301-19.

74. Casas Bahamonde, M.E., Baylos Grau, A. y Escudero Rodríguez R., "Flexibilización legislativa y contractualismo en el Derecho del Trabajo español", en *Relaciones Laborales*, (1987), pp. 315-44. Para la Argentina, v. Moreno, Omar, "Hacia la ley del más fuerte. Ideología y alcance de la reforma laboral", en *No Hay Derecho*, n°11 (1994), pp. 5-11.

75. V. la discusión sobre "Il lavoro e i lavori", con participaciones de U. Romagnoli, M. D'Antona, R. De Luca Tamajo, E. Ghera, G.G. Balandi, M. Grandi, F. Santoni, P. Ichino, M. Roccella, B. Veneziani, O. Mazzotta, M.V. Ballestrero, L. Gaeta, L. Mariucci, en *Lavoro e Diritto*, nos. 3 y 4 (1988) y 1 y 2 (1989).

76. V. para el caso español, de la Villa, L.E. y Montoya Melgar, A., "Problemas actuales del Derecho del Trabajo en España", en *Rev. de Trabajo*, n°81 (1986), pp. 10-15.

cambio tecnológico. Aumentan, además, las presiones a favor de la flexibilización de salida, consistente en la reducción o eliminación de las indemnizaciones por despido, ya que, se argumenta, la existencia de trabas a la extinción de la relación laboral desincentivaría la demanda de mano de obra. Por otro lado, los ya referidos cambios en materia de vinculación entre empresas⁷⁷ se traducen en la ruptura de la solidaridad del grupo empresarial, fragmentándose la responsabilidad entre las distintas empresas que participan de la segmentación de la producción a través de la cadena de subcontrataciones.⁷⁸ Además de ello, cobra vigencia el reconocimiento de situaciones de “emergencia económica de la empresa”, que autorizan la suspensión del régimen laboral convencional, permitiendo al empresario la toma de decisiones tendientes a superar circunstancias de crisis sin verse atado a las imposiciones del orden público laboral y de los convenios colectivos que lo vinculan.

El cuarto factor que subrayaremos lo constituyen algunos efectos de la globalización de la economía mundial. Como hemos apuntado antes, la mayor flexibilidad de la producción industrial contemporánea permite una movilidad espacial hasta ahora inédita en la historia económica mundial.⁷⁹ La posibilidad de radicación de unidades productivas en lugares distantes, el avance de las comunicaciones a nivel mundial, y la tendencia de apertura de las economías de gran parte de los países del mundo, han resaltado las ventajas comparativas de todo tipo a la hora de aumentar la competitividad de la producción. A la expansión de una producción globalizada, descentrada, altamente móvil, se suma la apertura de nuevos mercados que ofrecen la perspectiva de un consumo globalizado.⁸⁰ Si, como hemos dicho, el fordismo se caracterizó por invertir a los trabajadores del doble carácter de productores y consumidores, el proceso de globalización de la economía mundial tiende a producir un fenómeno de disgregación de ambos factores, en la medida en que los trabajadores que producen para el mercado globalizado raramente son consumidores de lo que producen. La búsqueda de ventajas comparativas incluye, como se ha dicho, el costo de la mano de obra, y la presión de las cargas fiscales, laborales y previsionales,⁸¹ además de otros factores menos tangibles como la seguridad jurídica e institucional de los países en los que se pretende invertir. La reacción de los países que procuran inversiones es, desde luego, la tendencia a la reducción o eliminación de niveles de protección laboral, bajo el argumento de que la situación de desamparo laboral de otros países coloca a éstos en una situación más ventajosa frente al potencial inversor. Evidentemente, esto se traduce, en el nivel de las propuestas legislativas concretas, en una gran gama de reclamos de flexibilización absoluta del régimen

77. V. Cruz Villalón, Jesús, “Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales”, en *Rev. de Trabajo y Seguridad Social*, n°13 (1994), pp. 7-32.

78. V. Monereo Pérez, J. L., “Grupo de empresas y subcontratación”, en Baylos Grau, A. y Collado, L., *Grupos de empresas y derecho del trabajo*, Madrid. Trotta, (1994), pp. 239-72.

79. Cfr. Sassen, Saskia, “La movilidad del trabajo y del capital. Un estudio sobre la corriente internacional de la inversión y del trabajo”, Madrid. Min. de Trabajo y Seguridad Social, (1993).

80. V. Callejo, Javier, *art. cit.*, pp. 77-85.

81. Cfr. Navarro, Vincent, “Protección social, flexibilización laboral y desempleo”, en *Sistema*, n°129 (1995), pp.

laboral, que van desde las propuestas de flexibilización de salida ya descritas, pasando por la transferencia del régimen de infortunios laborales a sistemas de seguridad social públicos o privados, hasta la eliminación, minimización o inoportunización de las posibilidades de organización y negociación colectiva.

Por último, y como consecuencia de la serie de factores presentados hasta aquí, se verifica un proceso de fuerte segmentación de la clase trabajadora asalariada.⁸² La relativa solidaridad horizontal generada por la uniformidad de la organización industrial fordista, que sirvió de base político-social para la juridificación de las relaciones laborales y para el sostenimiento de posiciones comunes de la clase trabajadora en la lucha política y en el conflicto industrial, se ha visto fuertemente debilitada por la fragmentación del colectivo asalariado y por la diversificación de sus intereses. La estrecha identificación de la clase asalariada con la cultura obrera industrial, característica de la iconografía de los movimientos de trabajadores de gran parte del siglo, ha quedado desactualizada y ya no responde a la composición de un colectivo de asalariados que se caracteriza por la diversidad más que por la uniformidad. Como hemos dicho, al problema del desempleo se le suma una transferencia de mano de obra al sector servicios, cuya identidad y experiencia difiere de la del trabajador industrial. Los comentados cambios en la organización de la producción industrial han modificado también la composición del colectivo obrero, segmentándolo notoriamente según ejes de calificación, participación sindical, tipo de tarea desarrollada, tipo de vínculo legal, edad, etc. La diversificación se produce en la propia empresa, entre trabajadores de distintas empresas de la misma rama de actividad, y entre trabajadores de ramas de actividad distintas, sometidas en diferente medida a la reconversión productiva. La segmentación producida por el tipo de vínculo laboral (permanente, temporario, eventual) atraviesa incluso los sectores económicos, constituyéndose en factor de conflictividad en el interior de la clase trabajadora. Como puede verse, el panorama plantea serias dificultades a la organización política de la clase trabajadora y al instrumento tradicional de representación de sus intereses, es decir, el sindicato. Prueba de esas dificultades es la generalizada baja en la afiliación sindical de la mayoría de los países europeos continentales, con la consiguiente pérdida de representatividad política y de peso negociador, que a su vez genera una estrategia patronal de fomento de formas de negociación e implicación del trabajador en la empresa que soslayan al sindicato.⁸³ De modo similar, entra en crisis la elevación de los intereses del trabajador a la agenda pública característica del auge del Estado social, y se estrechan los canales de participación de los representantes de los trabajadores en la toma de decisiones estatales.

En síntesis, puede decirse que el contexto económico de surgimiento y consolidación del modelo clásico del derecho laboral se ha modificado radicalmente, mientras que una cierta inercia mantenía la relativa identidad del

82. V. Bilbao, Andrés, *Obreros y ciudadanos. La desestructuración de la clase obrera*, Madrid. Trotta, (1993); Recio, Albert, "Trabajadores desiguales. Segmentación de la clase obrera y estrategias laborales", *Mientras Tanto* n°28 (1984) pp. 69-85 y "Trabajadores desiguales. Crisis y perspectivas", *Mientras Tanto*, n°29 (1985), pp. 45-68.

83. V. los distintos aportes recopilados en Lyon -Caen, A. y Jammeaud, A., *Derecho del trabajo, democracia y crisis*, Madrid. Min de Trabajo y Seguridad Social, (1989).

núcleo de instituciones laborales tradicionales. La exacerbación de los cambios económicos pone en evidencia la dependencia casi directa de la formulación clásica del derecho del trabajo con respecto a un modelo de producción, desarrollo, consumo y de orientación de la política estatal que sin embargo ya no responde a las actuales circunstancias históricas. La vinculación de gran parte de las instituciones laborales con la organización industrial de tipo fordista -que ha demostrado ser coyuntural- se ha tornado un lastre histórico que les impidió prever a tiempo y adecuarse a la gran diversificación de formas de trabajo que se presenta ante nuestros ojos. Una de las consecuencias de este choque es el resurgimiento de presiones orientadas a la eliminación de gran parte de las seguridades y conquistas básicas que los trabajadores habían obtenido hace casi medio siglo.⁸⁴

7. FUTUROS POSIBLES. ALGUNAS OBSERVACIONES FINALES

Una vez presentado el panorama que se cierne ante nosotros, cabe, a modo de conclusión, proyectar brevemente algunas perspectivas acerca del futuro del derecho del trabajo. Nos limitamos a trazar un perfil de las tendencias que -vislumbramos- parecen caracterizar la futura configuración de las normas reguladoras del trabajo.

Una primera tendencia parte de un hecho consolidado, como es la separación de un derecho del empleo con respecto a las normas destinadas a cubrir el desempleo, que quedan definitivamente desplazadas al ámbito de la seguridad social. Hacia ese ámbito tiende a moverse también la legislación vinculada con la flexibilidad de salida, es decir, la cobertura social por el despido y la correlativa conversión del trabajador empleado en desempleado. La importancia de este corrimiento no es menor, ya que significa excluir al despido de la lógica de la relación y el contrato de trabajo, remitiéndolo a una esfera que supone la consideración de los eventos como infortunios sociales.

La contracara de este desplazamiento es la consolidación de un derecho del empleo,⁸⁵ que se presenta como derecho de una pluralidad de formas de empleo, que incluye formas contractuales clásicas, como el contrato de trabajo por tiempo indeterminado, y formas de empleo precario o inestable, como los ya citados contratos por tiempo determinado, temporarios y eventuales, contratos de trabajo a destajo o a domicilio, contratos de aprendizaje, formación o fomento de empleo, contratos sometidos a un período de prueba, formas de subcontratación, contratos realizados a través de agencias de empleo, etc. Este panorama admite dos tendencias plausibles: a) el desarrollo de un marco teórico-dogmático que cubra la totalidad de las formas de empleo, y que las conceptualice a través de una lógica similar. Se trata de un desarrollo aún

84. V. Aparicio Tovar, J. y Baylos Grau, A., "Introducción", en *El Derecho del Trabajo y la Seguridad Social ante la crisis económica*, Madrid. Univ. Complutense, (1984); García-Perrote, I. y Tudela Cambroner, G., "El derecho del trabajo, entre la crisis y la crítica", en *Rev. del Trabajo*, n° 92 (1988), pp. 9-41; Giugni, Gino, "El desafío de la innovación en el Derecho del Trabajo", en *Relaciones Laborales*, T. II (1994), pp. 364-71.

85. V. Jeanmeaud, Antoine, "Diez años de Derecho de Trabajo en Francia", en *Relaciones Laborales*, n°1-2 (1996), pp. 206-222.

inexistente, ya que, hasta el momento, la incorporación de formas contractuales precarias asumió el carácter de excepción con respecto al contrato por tiempo indeterminado. La generalización de formas de trabajo precario lleva a pensar en su instalación permanente, como porción importante de la composición de la población empleada y no como excepción marginal. De modo que una tarea pendiente del derecho laboral es la de dotar a la pluralidad de formas contractuales de empleo de una teoría general común que responda a principios de interpretación únicos; b) alternativamente, una tendencia opuesta sería la conservación de la estructura y principios clásicos del derecho del trabajo para el empleo estable, es decir, para las formas de contrato por tiempo indeterminado y sus derivaciones directas, alcanzadas, eso sí, por las modificaciones propias de la flexibilidad interna, mientras se desplaza toda otra forma contractual de empleo hacia el ámbito del derecho civil y comercial. En este caso, la dualización de los puestos de trabajos se correspondería con la adscripción de formas de trabajo estable e inestable, respectivamente, a una lógica laboral clásica y a una lógica contractual civil, con todo lo que esta separación de ámbitos significa desde el punto de vista dogmático y práctico. Esto implicaría, naturalmente, un ostensible estrechamiento del ámbito de vigencia del derecho laboral, que invertiría la ya comentada vocación expansiva que caracterizó al derecho del trabajo desde su nacimiento.

Otra de las tendencias que se vislumbran es una modificación en la jerarquía de fuentes normativas del derecho laboral: un alejamiento y debilitamiento de la regulación estatal uniformizada, a favor del surgimiento de nuevos espacios para las fuentes convencionales. En este cuadro, parece perfilarse un resurgimiento del contrato individual como fuente privilegiada: se trata de un corolario de la lógica de diversificación de las formas contractuales, en la que se destaca la posibilidad de particularización de situaciones que respondan a necesidades específicas de la producción u oferta de bienes y servicios. Si bien esta reivindicación de la negociación individual difícilmente pueda ser observada sin desconfianza, por la amenaza de legalizar la potencial imposición de la voluntad de la parte más fuerte -el empleador- sobre la más débil, algunas consecuencias de este nuevo lugar asignado al contrato negociado individualmente merecen un estudio atento. Como hemos comentado, la noción de relación de trabajo está teñida de connotaciones comunitaristas o corporativas, y supone una dilatación de las obligaciones del trabajador,⁸⁶ no referidas exclusivamente a la prestación de trabajo sino relacionadas más bien al mantenimiento de la armonía de la comunidad constituida por la empresa. Así, por ejemplo, las obligaciones de fidelidad del trabajador con la empresa, claro vestigio de la mentada utopía comunitaria. El retorno de la fuente convencional individual implica desde el punto de vista económico el peligro de una precarización de derechos del trabajador, y potencia, desde una perspectiva política, la segmentación de la fuerza de trabajo, pero al mismo tiempo limita las obligaciones del trabajador a aquellas tipificadas específicamente en el contrato, vinculadas directamente a la prestación de

86. Martín Valverde, Antonio, "Ideologías jurídicas y contrato de trabajo", en *Ideologías jurídicas y relaciones de trabajo*, Univ. de Sevilla Anales de la Univ. Hispalense, (1967) pp. 83 y ss.

trabajo. Esta definición más estricta de las obligaciones laborales permite la aplicación del plexo de derechos fundamentales de la persona -cuya elaboración dogmática se debe al derecho constitucional y al derecho civil- al espacio de la empresa, fenómeno prácticamente vedado por la concepción comunitaria de ésta, regida por la metáfora de la soberanía territorial de la que habláramos antes. De este modo, se abren espacios para el desarrollo y defensa de la libertad de expresión, del derecho a la intimidad y a la privacidad, del principio de no discriminación, del respeto a las opciones personales del trabajador, del derecho a la información, en el propio ámbito de la empresa, hecho hasta ahora inédito en la historia de las relaciones laborales.⁸⁷

Por último, las perspectivas del derecho colectivo de trabajo son relativamente espinosas, en especial si se las compara con épocas de auge de las organizaciones colectivas de trabajadores. Una primera nota es el pasaje a ámbitos de negociación menos generales, sumado a una mayor libertad de elección de los sujetos de negociación por parte del empresario. El resultado de este cuadro será, seguramente, un aumento de la fragmentación y diversificación de las condiciones de trabajo pactadas colectivamente. Una segunda nota lo constituye el debilitamiento legal del rol de los sindicatos, que traslada al ámbito normativo la crisis de representatividad y participación, y la dificultad de negociación debida a la pérdida de factores de presión frente al empresario. A ello se suma el debilitamiento de herramientas de autotutela, tradicionales del sindicato en el conflicto laboral, como el derecho de huelga. Finalmente, la dificultad de dar cuenta a través de la estructura del sindicato tradicional de sectores de la economía que cobran mayor peso en la estructura de empleo, como los servicios, pueden aparejar una “descolectivización” de una gran serie de actividades que dan empleo a amplias capas de la población trabajadora. Se trata de un fenómeno de “segmentación o dualización colectiva”, por el que las instituciones clásicas del derecho colectivo del trabajo mantienen su vigencia en algunas ramas de actividad, mientras que en otras el grado de vinculación horizontal de los trabajadores es mínimo, configurando un panorama en el que existen “bolsones” de actividades en las que rige plenamente la autonomía colectiva, y otras actividades cuyas únicas fuentes normativas son la legal y la convencional individual.

87. Cfr. Aparicio Tovar, J. y Baylos Grau A. (eds.), *Autoridad y democracia en la empresa*, Madrid. Trotta, (1992); Baylos Grau, Antonio, *Derecho del trabajo: ..., cit.*, pp. 67-78; del Rey Guanter, Salvador, *Libertad de expresión e información y contrato de trabajo: un análisis jurisprudencial*, Madrid. Civitas, (1994); Goñi Sen, J.L., *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Madrid Civitas, (1988); Pedrajas Moreno, Abdón, *Despido y derechos fundamentales*, Madrid. Trotta, (1992), pp. 15-99.

De la crítica a la fe, a la fe en la autoridad: Una crítica a la teoría del ilícito fundada en el disvalor de la acción.

Alejandro Alagia *

Un tirador emboscado dispara sobre un caminante desprevenido. Un chico de catorce años puede envenenar a su padre alcohólico y ser víctima de una violación en un instituto de menores. Los bancos de la ciudad son saqueados por pistoleros y un shopping, usurpado por indigentes. Cualquier día también, un vengador dispara hasta matar al ladrón de su billetera, y un *skinhead* rompe los huesos de un inmigrante de frontera. Este escenario no es una utopía negra, no es una pesadilla urbana, es como dice H.M. Enzensberger, la trama de una guerra civil sin facciones ni ideología, un combate, una guerra en el fin de la modernidad.¹ Pero toda esta violencia como delito ha desaparecido. El delito, en adelante, no existirá como hecho prohibido, porque la caída de la modernidad ha derrumbado el muro de la seguridad moral y la incondicionalidad de la fe en la autoridad.

A diferencia de los criminales, bandidos y políticos de nuestros días, los de los tiempos pasados eran creyentes. Querían dejar bien sentado que mataban y morían por algún ideal. Acataban “férreamente”, “fanáticamente”, “inquebrantablemente”, las enseñanzas de un texto. En cambio, a los “actores” de esta época todo les parece superfluo. Se caracterizan por la falta total de convicción, son puro acto visual.

La fuerza de la moral que imaginó Kant y sus seguidores (Jellinek, Kelsen) se desvaneció en el aire, porque se desmoronó una línea de pensamiento que se empeñó en diferenciar el derecho de la espera de la naturalidad, la explicación del fenómeno jurídico como ordenador de los hechos, que los organizó como un deber ser a través de una prescripción moral constituida como norma fundamental con la posibilidad de ser ejercida coactivamente (derecho).² Asistimos al crepúsculo del deber y, por eso mismo, a la muerte del delito en tanto disvalor de acción, como violación a una norma de conducta.

Pero en esta desorientación por falta de un decálogo, de una guía teológica que señale el rumbo a los hombres sobre lo que es bueno, sobre lo que es posible y sobre lo que existe, se han fortalecido las agencias de seguridad, control y represión pública y privada. Cuanto más en peligro se halle la “seguridad”, cuanto más directamente se halle en juego la misma existencia individual, mayor fuerza tiene que cobrar, necesariamente, la credulidad supersticiosa en la coerción y el castigo.

* Abogado 1990, Universidad de Buenos Aires. Profesor Adjunto de Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal, Universidad de Buenos Aires.

1. Véase, Enzensberger, H. M., *Peripicias de la guerra civil*, Barcelona, Editorial Anagrama, 1994.

2. Cerroni, Umberto, *Marx y el derecho moderno*, Buenos Aires, Jorge Alvarez Editor, 1965, págs. 33/44.

Víctimas y victimarios desaparecieron del discurso penal, y en adelante las instancias de coerción y castigo ocupan la centralidad de cualquier discusión sobre la seguridad de la población en general. Es evidente con ello, que la tensión entre el Estado de policía (eficiencia) y el Estado de derecho (garantías), se decide en un desequilibrio en favor del castigo, comprometiendo la libertad, la vida y el patrimonio de todos y cada uno de los miembros de la sociedad civil. Y la historia nos ha señalado reiteradamente, que las épocas en que más se acentúa la lealtad incondicional en la autoridad, son aquéllas en las que la civilización y el pensamiento declinan.

La crisis presente del deber y del valor de las normas, coincide con la optimización del estado de policía; pero es una consecuencia natural del proceso de dominación y de la historia del poder, que sigue la regla de oro de todo proceso social: cuanto mayor sea la lucha por restaurar una moral con valor absoluto sobre la sociedad civil insegura en su existencia, mayor será el peligro para la vida, para la libertad y el patrimonio del pueblo. Porque si se instala esa fe narcotizante en la autoridad, lo suficientemente institucionalizada, se alientan conductas terriblemente dóciles y brutales en personas en apariencia inofensivas, como lo demostró Milgran en su experiencia sobre los torturadores obedientes.³

Por ello, la conciencia crítica como desafío a la autoridad puede evitar precisamente todo lo nocivo que la lealtad incondicional da al poder, provoca en el cuerpo psico-social de quienes obedecen. Sobre esa sensación de desesperación e inseguridad debe proponerse algo distinto a la autoridad milagrera, porque como en el experimento de Milgran, sólo la crisis en esa fe en la autoridad puede limitar la coerción y el castigo irracional. No debemos alarmarnos, entonces, con la caída de una moral dominante, ni creer que ello significará necesariamente, como pretende el funcionalismo sistemático, un peligro para la seguridad del organismo social, para la confianza en el derecho o en los roles del individuo en la sociedad.

Ahora, si en la ley penal no queda más resto de una obligación moral impuesta coactivamente (de la que nos hemos liberado), la norma dejará de ser prescripción moral y fuerza para quedar reducida al gran papel de control y regulador de la arbitrariedad y el abuso de poder, y el crimen en este nuevo paradigma del derecho deja de ser un problema moral; pasa de ser un hecho prohibido a convertirse en un hecho castigado racionalmente. Esta situación, por el contrario a lo que parece, es una gran oportunidad en la que deberá elaborarse una teoría del ilícito que regule el uso de la coacción y la pena estatal, para convertirla en un dispositivo amplio, integral, coherente y sistemático que discipline y establezca límites en el uso de la fuerza. Sólo de ese modo habremos conjurado la correlación entre crisis moral y violencia estatal. Y no parece una tarea difícil, porque la caída de la moral, como cuerpo fundante de las acciones correctas, permite un análisis menos supersticioso del derecho penal y sus normas, al quedar expuestas como normas asociadas y opuestas al poder.

3. Sobre esta experiencia, ver Milgran, S., *Obedience to Authority: An experimental view*, N.Y., Harper and Row, 1974; Moore, Barrington, *La injusticia: bases sociales de la obediencia y la rebelión*, México D.F., Instituto de Investigaciones Sociales, 1988; Dennet, Daniel, *La libertad de acción*, Barcelona, Gedisa, 1992.-

Este cambio en la teoría del ilícito, sugiere en primer lugar que ella tendría respecto del poder coactivo la función de: a) determinar las condiciones en las que el poder coactivo puede o debe ser ejercido (teoría del injusto y del reproche), b) indicar las personas que deben y pueden ejercerlo, c) el procedimiento con que debe ser ejercido en esas determinadas circunstancias y por esas determinadas personas (teoría del proceso penal) y d) establecer el *quantum* de fuerza como coerción administrativa directa y como pena (teoría de la pena), que puede y debe disponer quien, observando ciertos procedimientos, está encargado de ejercer en determinadas circunstancias el poder coactivo.⁴ Si estamos en lo cierto parecería correcto conceptualizar este derecho como el conjunto de normas que regulan el cuándo, el quién, el cómo y el cuánto del ejercicio del poder coactivo y de la pena, siempre que el centro de la problemática del injusto penal y sus normas, se ubique en el ejercicio de la fuerza. Se relativiza, en consecuencia, el valor o el disvalor de una acción según un imperativo normativo, y los destinatarios de las normas jurídicas penales, en adelante, no serán los ciudadanos sino los órganos del Estado encargados de la coacción y el castigo.

En el ámbito del derecho penal, esta formulación del ilícito no es del todo novedosa; el pensamiento revolucionario burgués del siglo XVIII creó los lineamientos de un derecho penal como derecho al control del poder, como límite al poder, donde el centro del ilícito lo ocupaba la lesión a un bien, y no el disvalor de acción de una voluntad contraria a una norma de conducta. Sobre esto me detendré más adelante, por ahora alcanza con decir que esta disposición de ánimo, no desconocida en el temprano penalismo, servía de límite al poder coactivo, pero nunca el disvalor de una acción confrontada con una norma etizante, tuvo una naturaleza fundante del ilícito. Sin embargo, se instaló en el dominio de la ciencia penal moderna, desde Binding a Welzel y Jakobs, un sistema de imputación construido sobre la base de normas de valor.

La fundamentación del ilícito sobre el disvalor de acción, que infringe una prescripción moral o ética de acción correcta, remite sin duda a la conciencia de la obligación de cada uno de conformar a la Ley. En este esquema, importa menos la lesión que el ideal del hombre bueno. Así, el derecho penal moderno enterró a la teología religiosa, pero inauguró en cambio, la teología penal, un mundo supersticioso de valores, voluntades y ánimos defectuosos, que condenó la autoridad de la fe para instaurar la fe en la autoridad.

En conclusión creo que no debe preocupar tanto el crimen como voluntad defectuosa, como el estudio para establecer los principios de una teoría del ilícito que normativice la tecnología estatal para reprimir el delito con su único elemento legitimante: el principio de lesividad.⁵

Por otro lado, tampoco debemos sentirnos amenazados por el crimen, ni ese sentimiento de inseguridad que produce en la autoridad y en nosotros

4. V. Bobbio, Norberto, *Contribución a la teoría del derecho*, Ed. Debate, 1990, pág. 531.-

5. V. von Humbolt, Wilhelm, *Los límites de la acción del Estado*, Madrid, Tecnos, 1995, pág. 122.-

mismos, debe justificar por sí solo cualquier punto de vista legitimante del castigo y menos una teoría del ilícito fundada en el hecho de calificar una conducta por su defecto normativo. Es natural que la práctica coercitiva y el castigo operen en la reproducción de la sociedad en un sentido ideológico, y en la conciencia de los hombres señalándoles lo que pueden y no pueden hacer en sociedad;⁶ pero el crimen como dato ontológico, su persecución y posterior castigo no ponen en crisis, ni al régimen ni al estado; al contrario, lo fortalecen y estabilizan, por el mero hecho de que la selectividad en el tratamiento el delito y en el castigo mismo, potencian las interpelaciones que se hacen a través de la práctica de las normas penales, independientemente del valor moral de las leyes penales afectadas. Creo que tiene razón Marx, cuando dice que “el criminal no sólo produce delitos, sino también legislación en lo criminal, produce alguaciles, jueces, verdugos y jurados. El crimen gracias a sus métodos constantemente renovados, crea nuevos métodos de defensa. El delincuente rompe con la monotonía de la vida burguesa; de esta manera le impide estancarse y engendra esa inquieta tensión sin la cual la competencia se embotaría.”⁷ Agregaría también, que gracias a la existencia de crimen en la sociedad, puede pensarse una sociedad justa, porque una sociedad sin conflicto y de hombres morales, sólo es posible donde la autoridad sea moralmente insoportable.

Podría agregarse que el delito se convierte en conflicto social, no precisamente cuando enfrentamos una conducta moralmente defectuosa, sino cuando nos hallamos frente a una violación del principio formal de justicia, es decir cuando las reglas y normas no se aplican continuada y consistentemente por igual a todos y cada unos de los miembros del grupo social. Una violación de este tipo al concepto de justicia produce una desorientación mayor de la que produce el propio crimen, y pone forzosamente en crisis la autoridad y al estado en su monopolio del ejercicio de la fuerza legítima, y a la clase dominante, como conducción “justa” (en sentido formal) del conjunto de la sociedad.⁸

Por esa razón, no hay equivocación posible cuando señalamos que la mayor o menor cantidad de crimen en una sociedad, no es una clave para individualizar algún peligro para el estado de derecho, ni la naturaleza el delito que predica la crisis de la moral dominante (como decálogo de las acciones buenas), incide en algo para la posibilidad de constituir una sociedad democrática y plural. En cambio, de la conclusión y el juicio que hagamos sobre el tratamiento y la tecnología que opera en una sociedad para combatir el crimen, sí podremos seguramente calificar a ese régimen de democrático o no democrático.

En nuestro país, el consenso y el acuerdo de la sociedad civil hacia el poder fueron la excepción. Nunca pudieron instalarse del todo reglas (una teoría del ilícito) del control del poder punitivo y un sistema racional de fines adecuados a medios, en el cual el poder de la autoridad estuviera legitimado en

6. V. Therbon, Goran, *La ideología del poder y el poder de la ideología*. Madrid, Siglo XXI, 1987, págs. 75/91.

7. V. Marx, Carlos, *Teorías sobre la plusvalía*, Tomo I, Buenos Aires, Ed. Cartago, 1974, págs. 327/8.-

8. V. Heller, Agnes, *Más allá de la justicia*, Barcelona, Ed. Crítica, 1990, pág. 131.-

el reconocimiento por parte de la sociedad civil del valor regulatorio del uso de la fuerza coactiva de las normas penales, ni se internalizó la creencia de que la sanción punitiva debe estar necesariamente asociada a una lesión efectiva de un bien relevante de otro. De este modo a la mentalidad común le es muy difícil advertir la justicia de los castigos, porque en esos casos, como advirtió Marx, el pueblo ve el castigo pero no ve el crimen, y por el mismo hecho de ver el castigo donde no hay crimen, dejará de ver crimen donde haya castigo.⁹

Esta angustia con el tiempo se vuelve entendimiento. Pero la autoridad, en ese contexto de inseguridad, se fundará más en la dominación que en el consenso.

En este orden de ideas, una teoría del ilícito y del castigo que no reconozca la centralidad en su sistema a la ley penal como mecanismo regulador de la fuerza estatal, como límite al poder punitivo, y donde el principio legitimante de la teoría no sea otro que el principio de lesividad, contribuye muy poco para que la autoridad en la sociedad descansa en el acuerdo y el consenso de todos y cada uno de sus miembros.

Paradójicamente, cuando la teoría del delito se separa del principio de lesividad y de una interpretación regulatoria de la norma penal y adopta, como justificación, el disvalor de la acción, el castigo se convierte en pura fuerza sin más sentido que instaurar la fe en la autoridad.

Eso último, es una práctica hegemónica del poder, esencialmente antidemocrática, porque la voluntad defectuosa en la teoría del ilícito no es un dato que sirva para limitar la imputación y el castigo, sino para fundarla, y por esa razón la lesión a un bien jurídico como conflicto, se excluye como relevante para limitar la coerción. Por lo tanto, si se extravía el conflicto como dato real de un castigo, nadie asociará el castigo a un crimen, y eso necesariamente lleva a la autoridad a una crisis de legitimación, porque no se tolerará que el gobierno descansa en el puro ejercicio de la violencia, sobre la imagen idealizada de un hombre bueno. En este escenario, el hombre real cuenta únicamente como cuerpo del castigo.

Pero denunciar la teoría del ilícito y del castigo como decálogo moral coactivo, no explica la razón de su constitución como teoría punitiva dominante. En este sentido, creo que el programa cultural del positivismo, cumplió un papel significativo para impedir que se constituyeran otros puntos de vista en el tratamiento del delito.

Como en otros países latinoamericanos, la ideología positivista desempeñó un considerable papel en el intento por dar una única explicación a la cuestión social y criminal, cuanto por articularse con las instituciones, que como las jurídicas, sanitarias y militares, tomaron a su cargo un conjunto de prácticas sociales de exclusión en el mismo momento de la formación del Estado Nacional. Existió así, toda una gama positivista destinada a diagramar un modelo de país, donde las instituciones trazaron un límite entre los asimilables o excluidos de la modernidad, a la paz y a la administración como horizonte de lo único real.

9. Citado por Pierre Vilar en *Economía, Derecho e Historia*, Ariel, 1993, págs. 107/137.-

La coerción extraeconómica, que el positivismo se propuso implantar, tendió a bloquear todos los caminos que conducían a la revuelta social o a la organización del robo, cuestión que fue crítica para la sensibilidad pequeño burguesa de las ciudades, fomentando un sentimiento colectivo de inseguridad que sirvió para implantar campañas de ley y orden, que ni el mismo estado pudo controlar.

En esta ideología del control social durante la instauración de un orden de estado, se cruzaron la ciencia médica y la moral media temerosa de ser víctima de la indecencia de los pobres e inmigrantes. La moralidad de esa época, resuena como una empresa de regeneración colectiva a través de medios violentos, como condición para la construcción de una nación moderna, y en el marco de una utopía médico moralista.

Esta forma de instaurar la obediencia en una sociedad civil débil, por no decir inexistente, cruzado con un discurso médico-pedagógico, conspiró contra la formación de un orden democrático, estimulando formas de poder oligárquicas (por excluyentes) que legitimaron una dominación hegemónica inhibiendo toda posibilidad de lograr cualquier consenso.¹⁰ Pero en la realidad, esta estrategia, que no pudo congelar la dinámica social sino apenas retardarla, tuvo su mejor dominio en el plano del discurso, que aunque en crisis radical, sigue predicando en el presente, como música de fondo del ejercicio del poder.

El diseño normativo del estado sobre esas bases nunca logró los resultados esperados; tal vez esa circunstancia pueda explicarse por el simple hecho de que la estructura social y económica del país deformaba incluso las mejores intenciones de la ciencia. Por eso, no es de extrañar que existieran dos tipos de justicia, o mejor dicho, dos formas de ejercicio del poder: el paternalismo moral que se quiso implantar en las ciudades, y del cual se hablaba en las cátedras universitarias, y la justicia local, donde la norma es la mera autoridad del caudillo ajustada a su carisma y a un intercambio recíproco de favores, sobre la base siempre de condiciones de desigualdad y sumisión de quienes obedecen por temor.¹¹

Pero no sería justo, no correcto, asociar la teoría del ilícito fundada en el disvalor de acción al impacto del programa cultural del positivismo, incluso, porque sus genealogías provienen de ámbitos distintos, el idealismo filosófico (neokantismo) y la sociología (J.M. Ramos Mejía, Agustín Alvarez, Carlos O. Bunge y José Ingenieros); pero lo cierto es que, frente al hecho de haberse constituido como el programa y discurso excluyente que asumió la autoridad, y los agentes del estado para la práctica de la coacción y la pena, la única teoría del ilícito que fue y sigue siendo funcional, permeable y dócil, al programa de regeneración moral del positivismo, es una teoría del delito basada en una conducta defectuosa frente a una norma de deber. Positivismo y dogmática del ilícito son las bases de un ejercicio autoritario del poder.

10. V. Terán, Oscar, *Positivismo y Nación en la Argentina*, Buenos Aires, Ed. Puntosur, 1987, pág. 31.-

11. V. Ansaldi, Waldo, "Frívolo y Casquivana, mano de hierro en guante de seda; para una conceptualización del término oligarquía en América Latina", policopiado, Flaco, 1991.-

Si analizamos la teoría del ilícito posterior a Welzel en una perspectiva más amplia, como fenómeno cultural, podemos concluir que la dogmática, como sistema de interpretación de un conflicto, es una obra clausurada.

Hace treinta años, Umberto Eco publicó un ensayo sobre la estética de la música instrumental clásica, en el que afirmaba que a diferencia de la música moderna, el intérprete de aquel ritmo no era libre de entender, con su propia sensibilidad, las indicaciones de la partitura, en la duración de las notas, en su intensidad, etc.¹² El intérprete era un esclavo del texto.

Esta comparación, me sugiere un paralelismo entre dogmática del ilícito y obra cultural hermética, por la incontrastable autoridad del texto, y la clausura a toda posibilidad de eludir la tiranía del deber en la fundamentación del ilícito, sin ser recusado de hereje en el intento de revisar los dogmas del derecho penal moderno, al cuestionar la verdad y la pretensión “científica” de certeza de soluciones.

La dogmática del ilícito, fundada desde el disvalor de acción, se presenta desde el comienzo, como una obra terminada. Lo único que queda al intérprete es revivirla, no hay posibilidad a la contradicción, a la ambigüedad, al pesimismo. La dogmática del ilícito se propone como una solución imperial, “racional”, únivoca para calificar el conflicto, al que interpelará no tanto por reconocer la existencia de una lesión o un daño y decidir la sanción, como por censurar una disposición de ánimo contraria a la norma de deber inscrita en la ley. Por ello, no reconocerá nunca la dogmática, que en materia de normas de conductas, la racionalidad es la incompletitud y la ambigüedad; y en esto puede tener razón Merleau Ponty quien creía que la conciencia que pasa por ser el lugar seguro de la claridad, es por el contrario el lugar mismo del equívoco.¹³ Esta ambigüedad, entonces, no es una imperfección de la conciencia, o de la moral de las acciones, sino su misma definición.

El carácter hermético de sus soluciones, el normativismo moral que funda el disvalor de las acciones (Binding), la precisión en la investigación sobre los estados mentales, su definición de obra pedagógica, de programa ético-social para mejorar la vida del hombre en la sociedad y para servir de instrumento de bienestar y seguridad (Welzel, Jacobs), como su falta absoluta de todo registro de historicidad, convierte el ejercicio de la teoría dogmática del ilícito, en un procedimiento de subsunción teológica de faltas con el único fin de instaurar una lealtad incondicional al poder.

Es un ejercicio teológico, porque sus métodos tienen todas las marcas de la dogmática jurídica medieval.¹⁴ Los lineamientos de la institución pontifical para censurar las acciones de los fieles, se elaboraron desde la dogmática, para que el pontífice encontrara respuesta a todo, a cualquier pregunta sobre cualquier tema, definiendo lo bueno, lo malo, lo falso y lo verdadero. No

12. V. Eco, Umberto, “La poética de la obra abierta”, en *Obra abierta*, Planeta-Agostini, 1992, pág. 71.-

13. V. Eco, ob. cit, pág. 93, citado en apoyo, Merleau Ponty, M, *Fenomenología de la percepción*, Paris, Gallimar, 1945, págs. 381/383.-

14. Véase Legendre, Pierre, *El amor del censor; ensayo sobre el orden dogmático*, Ed. Anagrama, 1979.-

dejaba nada al azar, como el dogmático contemporáneo, y creaba la ilusión de que no hay otra verdad fuera del texto. Por eso el dogmático teológico o secular nunca podrá ser un rebelde. Bajo el peso de su método, y de su obsesión, todos los hechos imaginables caen bajo la lógica de la subsunción. Cualquier escena de la vida social y todo acto humano, la anécdota más cotidiana, como los gestos más inofensivos, pueden ser objeto del caso y calificarse desde el deber normativo. Esto instaura la institución perfecta.

Esta búsqueda brutal por conocer el contenido de la voluntad, hace de la práctica dogmática una investigación irracional por juzgar las malas acciones. Sin embargo tempranamente el penalismo burgués, a través de un fuerte contenido de la filosofía política, señaló que el delito no es algo que pudiera fundarse moralmente. El delito para Bentham como para Beccaria, Mill o Von Humboldt, era puro daño social, y el derecho penal un sistema de garantías del sujeto, de limitación a la actividad del Estado.

Este pensamiento, sólo va a tener continuidad en Von Feuerbach hasta el advenimiento del clasicismo conservador de Carrara, que reacciona contra el liberalismo revolucionario de aquellos precursores, y quien, en su incondicionalidad al iusnaturalismo, propone al castigo no como consecuencia de una lesión, sino como un mal, porque cuando “Dios” castiga lo hace en retribución de una falta moral.

Pero quien cargó con la empresa de secularización del decálogo moral en una teoría del ilícito fue Binding, estableciendo como núcleo central del delito a la norma y fundando el castigo en su infracción. Sin embargo el positivismo, que reacciona contra la metafísica y la superstición del normativismo penal, indirectamente, por la vía de la observación como el único medio de acercarse a lo real, termina en la proposición del castigo como una empresa de regeneración moral. El positivismo por la vía de la pena, y el normativismo por la teoría del ilícito establecen el catálogo de las acciones correctas de un estado paternalista. De todas formas F.V. Liszt, pudo advertir que el derecho penal era el límite infranqueable de la política criminal. Es el primero en señalar desde la dogmática, y por la influencia seguramente de Von Ihering, el interés (conflicto y fuerza) que se esconde detrás de las normas penales; por eso puede plantear como fin del derecho penal la protección de bienes jurídicos, y por esa razón, para él, lo más importante en la fundamentación del ilícito era la producción de un resultado externo a la acción.

Pero el irracionalismo alemán fue terminante en no dejar avanzar al garantismo penal y a una teoría de control del poder; a través de la sistematización de las normas, realizaron el trabajo más sofisticado para destruir la idea del bien jurídico y con ello, el límite más valioso que el derecho penal tuvo para oponer al uso arbitrario del poder. Esta crítica radical contra el materialismo positivista (y contra la primacía de la razón y el progreso), terminó por asegurar las bases de una teoría del delito etizante, que suprimió y acabó definitivamente con un derecho penal que sirviera al individuo contra el abuso de la autoridad. En esta crítica antiliberal, hubo moderados y fanáticos, e incluso nazis. Welzel fue uno de los moderados. Pero otros como Schaffstein y Dham, hicieron dogmática entendiendo al delito como una pura infracción al deber de fidelidad al Estado.¹⁵

15. Bustos Ramírez, Juan, *Introducción al Derecho Penal*, Bogotá, Temis, 1986, pág. 71.-

Pero no fue una capitulación que comprendió únicamente a los intelectuales, toda la sociedad civil fue solicitada a un punto de vista no democrático de organización del poder. Y no precisamente, como consecuencia de una derrota de la cultura democrática, porque nunca la hubo verdaderamente, sino por el contrario, en razón de que el servilismo a la autoridad, cuyos orígenes pueden rastrearse en la reforma Luterana, es la coordinada que explica la irracional disposición histórica del pueblo alemán a la obediencia incondicional al poder, y de su filósofo, a excepción del momento crítico de Frankfurt, al contribuir ideológicamente a teorizar esa servidumbre. Los grandes acontecimientos producidos al comienzo de la época moderna y que echaron, en el Occidente, las bases para un desarrollo democrático del poder, acabaron en Alemania, con la plasmación secular de pequeñas tiranías, antes de la unificación, y luego de la unidad nacional, en gobiernos con puño de hierro. Ni la Reforma, ni las luchas por la independencia contra la opresión Napoleónica, ni siquiera la revolución de 1848, lograron modificar la psicología del súbdito alemán. Por esa razón Hugo Preuss pudo decir del pueblo alemán “que es el más gobernable del mundo, en el sentido de un pueblo activo y dinámico, con una habilidad y una inteligencia superiores en general a lo corriente, y con una tendencia crítica bastante desarrollada para todo lo que sea razonar; pueblo sin embargo que en lo tocante a los asuntos públicos, no está habituado, ni tampoco lo quiere, a obrar espontáneamente sin las órdenes de la superioridad o en contra de ellas, y que por lo tanto se siente perfectamente ensamblado, y casi actúa bajo la dirección de la autoridad como si obrase por su propia voluntad. Y esta actitud para dejarse organizar, unida a aquellas excelentes cualidades, ofrece un material extraordinariamente bueno para cualquier organización, pero sobre todo para la de tipo más puro, que es la militar.”¹⁶ Este semblante psico-social del pueblo alemán escrito en 1919, anticipa plásticamente la fuente de legitimación del poder nacional-socialista, pero también sugiere un punto de apoyo tanto para el irracionalismo filosófico de un Schopenhauer o de un Nietzsche, como para las teorías de lealtad y fidelidad al estado formuladas por los profesores de derecho penal de la escuela de Kiel. Ese carácter alemán, constituido históricamente, explica que al derrumbarse el régimen de los Hohenzollern, la sociedad civil cayera en la pérdida casi total del sentimiento de seguridad conservado desde la dominación feudal, y consecuentemente se exigiera el retorno supersticioso de la fe en la autoridad, sin advertir lo que más tarde testimoniaría Milgram en el laboratorio.

Sin llegar a tanto irracionalismo por la teoría de las normas, en general la teoría del ilícito de postguerra propone moderadamente como núcleo, una infracción de ese tipo (de fidelidad) pero sobre normas con otro contenido, aunque siempre de carácter moral. En ese esquema, también irracional, la acción es injusta porque afecta una norma de determinación, que prohíbe esa clase de acción, siempre sobre la base de un juicio de lealtad.

Es común, por consecuencia, que cualquier discusión acerca de los aspectos relevantes del injusto penal se inicie formulando la siguiente sentencia:

16. Citado por Georg Lukacs en *El asalto a la razón, la trayectoria del irracionalismo desde Schelling hasta Hitler*, México D.F., Grijalbo, 1983, pág. 48.-

“en las malas acciones decide la voluntad, no el resultado”. Este aforismo proviene del derecho romano, juega un papel significativo en la dogmática teológica y sobrevive actualmente como el espíritu que gobierna el cuerpo de la teoría del ilícito de Welzel, y en el ultrafinalismo de Kaufmann y Zielinski, quienes hicieron de ese fundamento el fetiche de la teoría: no es la producción del resultado ni su posibilidad, sino únicamente el querer producirlo, lo que constituye el delito en tanto se vulnera una norma de determinación.

La coerción legitimada en esa fundamentación, se apoya en ideales de manipulación moral, al no atender siquiera mínimamente a la corroboración de una lesión relevante en los derechos de los protagonistas en conflicto. Ese derecho interpela más a un súbdito reverente, que a un ciudadano libre y responsable.

No se sigue necesariamente de lo anterior, desconocer el valor de los elementos subjetivos de la acción injusta; por supuesto, no sólo en vista a una punición más justa, sino como reconocimiento a un pensamiento jurídico más elevado, pero no por sus características fundantes del ilícito, sino como límite para la punición.

Que en las sociedades tribales, la gravedad de un ilícito se mide por las consecuencias del hecho, y no por las intenciones del agente, no vuelve al derecho penal de lesión en un sistema mágico religioso. Una sanción en esas comunidades, dice Habermas, tiene el sentido de una compensación por el perjuicio causado, y no el sentido de un castigo que se inflige a un malhechor que se ha hecho culpable de la transgresión de una norma. No se distingue entre actuación intencionada y comportamiento negligente. Lo que cuenta es el perjuicio objetivamente causado: “...tales distinciones resultan posibles cuando surge un nuevo concepto que revoluciona al mundo de las representaciones morales”.¹⁷ Pero esa revolución, no fue el descubrimiento del valor de la intención en la producción de un resultado en el mundo físico, sino en la aparición de la ley “...independientemente de la situación, de la norma jurídica que está por encima tanto de las partes litigantes, como del juez imparcial, de una norma jurídica previa que se considera vinculante para todas”.¹⁸ Quiere decir, que la aparición de una norma por encima del conflicto y de las relaciones interpersonales en general, es la materia que permite el proceso de comunicación social. En el seno de cualquier grupo, las expectativas y acciones (incluidos los actos del habla) son simétricos: yo hago en relación a ti exactamente lo que espero hagas en relación a mí; por la simple razón de que se supone que ambos observamos las mismas normas y reglas.¹⁹

Es una interpretación supersticiosa de la historia la que hacen quienes asocian a una teoría del ilícito fundada en la lesión, con el pensamiento primitivo y mágico.²⁰ Una conclusión semejante puede atribuirse únicamente a la mala

17. V. Habermas, J., *Escritos sobre moralidad y eticidad*, Barcelona, Paidós, 1991, pág. 139.

18. *Ibid.*, pág. 140.-

19. Sobre las expectativas dotadas de sentido por el reconocimiento de una regla o símbolo, ver Habermas, J., *La lógica de las ciencias sociales*, Tecnos, 1988, págs. 347/348.-

20. Cnfr. Sancinetti, Marcelo, *Teoría del Delito y Disvalor de Acción*, Hammurabi, 1991, págs. 114/34.-

intención o a la más absoluta ingenuidad, porque contrariamente, el sentido de la aparición de una norma de castigo, desde una perspectiva natural o positiva, viene a resolver el problema de la venganza y la guerra en las sociedades que comienzan a dividirse en clases y en las que aparecen los rudimientos de un Estado moderno que tiende a monopolizar el ejercicio de la violencia, pero también a regularlo.

Por otro lado, el que el poder punitivo interfiera en los planes de vida individuales sólo y exclusivamente cuando se lesionan derechos ajenos, fue el principio del liberalismo burgués revolucionario, de sus filósofos y de sus políticos, formulados en textos de filosofía política, que servirán luego para construir las modernas teorías de la justicia. Lejos puede parecer esto como la forma de la organización del poder de una orda salvaje vestida con pieles y armadas con palos.

Claro que es un paso adelante, conocer qué es lo que una persona verdaderamente quiso hacer. Sirve para describir la acción punible, y si esa acción punible puede imputarse al autor. De modo que la indagación sobre los estados mentales constituye un límite a la punición, pero nunca al sustrato para un juicio de disvalor de esa acción por su infracción a una norma de determinación; porque como en el derecho natural, el mayor problema de estas normas de valor, es su inexistencia. No hay normas penales en este sentido. Por ello no hay razón alguna para enterrar el principio liberal que fundamenta el delito y el castigo en la existencia corroborable de un conflicto de lesión.

Naturalmente, un análisis diacrónico del proceso de producción de normas penales, las descartaría como instrumento jurídico motivacional principal; si son útiles al consenso, al hecho comunicacional para acordar colectivamente la obediencia a reglas de acción básicas (Jackobs), pues entonces, deberá reconocerse que siempre fracasan, porque el derecho penal interviene, por ahora, siempre frente a un conflicto como sanción. Si no tiene por objeto la motivación del autor, como ocurre evidentemente, y tiene por función la motivación normativa sobre los no-autores, entonces las normas penales son parte de un orden metafísico de valores que sobrepasa el interés de la ley penal.

Estas hipótesis suponen, irremediamente, una actitud omnipotente de la norma penal, que desconocen el valor de todas las instancias motivaciones de la sociedad civil previas a la intervención punitiva, por las cuales la autoridad logra la obediencia de los ciudadanos a la ley. En este sentido puede decirse que la ley penal como castigo es el resultado de la complejidad de las relaciones de la sociedad civil y el Estado, y no el origen del campo motivacional. Nos volvemos agentes del institucionalismo moral cuando queremos elevar las normas penales a un rango de valor pedagógico, pues es un dato irrefutable que el “alma” de la sociedad no son las normas penales o las del derecho privado, sino el hecho socioeconómico fundamental que el derecho privado y el público ritualizan.

Puede decirse, entonces, que la ley penal no describe una clase de acción elevada a modelo de conducta, sino una clase de acción punible, presupuesto del castigo. Si la ley penal es una norma, lo es por interpelar excluyentemente

a las instancias de aplicación del castigo para regular el ejercicio del poder. Ni la ley penal presupone la existencia de una norma metajurídica inmediatamente antepuesta al tipo legal, ni ella tiene por función motivar la voluntad del hombre al cumplimiento del derecho; el derecho público no es un orden equivalente en la tierra a un sistema moral natural, porque las malas intenciones del autor, porque la moral, la buena y la mala, es vital para la autonomía de la persona y para la configuración de un concepto de justicia formal. Nada puede esperarse de la ley penal más que el castigo racional, aunque la buena intención, o tal vez la mala conciencia del dogmático quiera ver al derecho como la fuente de toda obediencia.

No hay norma penal, ni castigo alguno que pueda pretender ubicarse en el campo social como un programa estimulante de las buenas acciones, y que quiera influir en la conformación y preservación de la convivencia humana.

No hay en la historia sociedad que haya perdurado, ni ciudadanía que aceptara obedientemente la autoridad a base de puro castigo.

Por ello creo que sólo cuando definitivamente la sociedad civil vea castigo donde hay lesión, podrá no temerle a la fe impuesta por la autoridad, por que ya no habrá fe sino justicia.

Me negarás tres veces (los militares y los infortunios) Horacio Fernández Madrid *

He tomado como hipótesis de trabajo la situación de los militares (me refiero tanto a los que componen el cuadro permanente, como a los soldados conscriptos) frente a las adversidades señaladas en el encabezado, respecto de los cuales se observa, en los últimos años, líneas jurisprudenciales encontradas en nuestro Máximo Tribunal.

Intento aquí poner de relieve esa nota y doy mi visión del asunto, tanto desde la perspectiva que, creo, surge de los fallos de la Corte -exégeta final de disposiciones federales-, como desde mi óptica personal.

En una primera aprehensión podría pensarse que la situación de quienes no se han sometido intencionalmente a la carrera militar (soldados conscriptos) debería ser diferente de aquellos que espontáneamente decidieron abrazar las Fuerzas Armadas o de Seguridad. Sin embargo, hasta el año 1986 (casos “Gunther” y “Luján”) la Corte Suprema de Justicia de la Nación vedaba al personal que revestía “estado militar”, los reclamos con fundamento en el derecho común. Ello así, con el alegado fin de evitar la acumulación de beneficios que, en la interpretación corriente entonces, respondían a la misma finalidad “resarcitoria” del daño producido;¹ esto era considerado impropio, a menos que una ley lo autorizara. Va de suyo que en este esquema se asignaba a la pensión o al haber de retiro, una función compensatoria.²

No es ocioso acotar que en el ámbito de la ley 19.101 los soldados conscriptos también tenían status militar.³

Tradicionalmente reputó la Corte que las relaciones de los hombres que integran las filas militares, entre sí y con la Nación, se gobiernan por los respectivos reglamentos que al efecto dicte el Congreso y en la medida y extensión que éste lo establezca,⁴ sin computar, como ya señalé, el consentimiento prestado. Todo esto, en virtud de haberse juzgado que en esos casos la responsabilidad del Estado ha sido especialmente legislada por una normativa especial, que contiene y agota la reparación de los daños sufridos por el personal militar.

Dijo concretamente la Corte, que la omisión de regulación de situaciones particulares no puede ser suplida transportando la solución del caso al campo del derecho común.⁵ Ello, claro está, en tanto se trate de actos de servicio y que el reclamante tenga estado militar,⁶ ya que así resultan aplicables las leyes sobre la materia; de otro modo, se desencadena la responsabilidad extracontractual del derecho común a la cual el Estado Nacional no es inmune.

* Abogado, alumno de la Maestría en Derecho de la Universidad de Palermo.

1. Fallos 291:280.

2. Conviene retener este concepto, porque es uno de los ejes en torno del cual se produjo un vuelco notable en la jurisprudencia del Alto Tribunal sobre el tema que nos ocupa.

3. Art. 6°.

4. Fallos 184:378; 204:428; 207:176; 291:280.

5. También es útil hacer un alto en esta definición, posteriormente reexaminada.

6. Fallos 204:428.

Si bien en la actualidad se ha eliminado el Servicio Militar Obligatorio, de modo que ahora los integrantes de la milicia adhieren libremente al estado militar, el tema que incumbe a los ex soldados conscriptos todavía tiene vigencia en la medida en que aún tramitan juicios promovidos por ellos.

Hecha esta digresión, continúo con la evolución de la jurisprudencia sobre el tema que motiva este trabajo.

En el caso “Gunther”⁷ la Corte viró 180° y revisó su posición inveterada sobre el tema. En efecto, por un lado dijo que el principio enunciado como *alterum non laedere*, entrañablemente vinculado a la idea de reparación, tiene raíz constitucional y la reglamentación que hace el Código Civil en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes, no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica.

Este punto de vista fue apuntalado al sostener que la relación de derecho público administrativo con el Estado, no inhabilita el mecanismo de las reglas de la responsabilidad extracontractual cuando no sólo la ley especial no contiene disposición prohibitiva o limitativa que impida su aplicación, sino que, además, otros ordenamientos legales atinentes a esta materia, incluyen al Estado como destinatario de aquélla (por ejemplo, art. 2° de la ley 9688 hoy derogada, pero vigente en la época de este precedente).

Recordemos que tradicionalmente, con distinta integración, la Corte argumentó la posición contraria al sostener que la exclusiva sujeción de los militares a las reglamentaciones específicas está condicionada a la inexistencia de una disposición legal que disponga lo opuesto; es decir que aun bajo la óptica de la tesis restrictiva anterior, se admitía la aplicación supletoria de normas de derecho común en ausencia de una legislación propia en el campo del derecho público que prescribiera el modo de establecer la indemnización debida; pero, como regla, ésta se consideraba adecuadamente satisfecha en las diversas disposiciones de la ley 19.101. Con el nuevo punto de vista el razonamiento es al revés: antes, ante la falta de una previsión legal que permitiera otro tipo de reparación, solo cabía ceñirse a lo dispuesto por las leyes militares, no pudiendo buscarse otra solución fuera de ellas. A partir de “Gunther” y “Luján” se interpretó que la relación de derecho público administrativo con el Estado, no invalida el funcionamiento de las reglas propias de la responsabilidad extracontractual, siempre que no haya una norma que lo impida.

Para completar la explicación, se concluyó que los vocablos “retiro” y “pensión” no se asocian con la idea de resarcimiento, reparación o indemnización sino que poseen una notoria resonancia previsional, y no cabe asignarles una función resarcitoria del daño. Esta exégesis posibilita superar la valla resumida en la máxima latina *non bis in idem*, al brindar un marco lógico-jurídico en el

7. Fallos 308:1118. Gunther era un conscripto que se cayó del techo de la cantina del batallón del que formaba parte, mientras orientaba una antena de televisión. A consecuencia de ello, sufrió seccionamiento de la médula y parálisis de la mitad inferior de su cuerpo. El ejército encuadró el hecho como un acto de servicio; le reconoció una incapacidad de 100% de la total obrera y le otorgó el haber de retiro previsto por los arts. 77 y 78 de la ley 19.101, consistente en la percepción, de por vida, del sueldo y suplementos generales del grado de cabo. El mismo día (5.8.86) la Corte decidió el caso “Luján”, relativo a un cabo de la Policía Federal, remitiendo a los principios sentados en “Gunther”.

Me negarás tres veces (los militares y los infortunios)

que no hay superposición de ventajas que atiendan un mismo propósito: pensión y haber de retiro por un lado, y reparación de los daños según las reglas del derecho común por otra parte, apuntan a diferentes finalidades.

Este criterio fue extendido a todos los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Seguridad, con los mismos argumentos (caso “Luján”, decidido el mismo día que “Gunther”).⁸

Posteriormente, en la causa “Valenzuela” (agosto de 1992),⁹ nuestro Máximo Tribunal, con otra integración, reconvirtió su postura y retornó a su jurisprudencia anterior, respecto de los integrantes voluntarios de las Fuerzas Armadas o de Seguridad (Valenzuela era un Sargento Ayudante) al decidir que éstos únicamente tienen derecho a la reparación del daño conforme con las normas que reglamentan la actividad, a las cuales asignó función resarcitoria. Volvió así sobre los pasos de “Luján”.

En la época de este precedente, la Corte ya estaba integrada por 9 miembros. Dicho decisorio recibió la adhesión de 5 de ellos (Levene - Barra - Fayt - Nazareno - Moliné O'Connor); 2 votaron en disidencia, remitiéndose a los precedentes “Gunther” y “Luján” (Belluscio y Boggiano), y otros 2 (Petracchi y Cavagna Martínez) no suscribieron la sentencia.

Luego se fallan una serie de causas atinentes a soldados conscriptos. Así en el caso “Bertinotti”,¹⁰ decidido unos meses más tarde (octubre de 1992);¹¹ la Corte introdujo una variante: dijo que el art. 76 inc. 3 ap. c) de la ley 19.101 (texto según ley 22.511) es aplicable a los supuestos en que los conscriptos presenten una disminución de su capacidad *menor que 66%* (el resaltado no está en el original) para el trabajo en la vida civil. Sostuvo que dicha norma busca establecer un *resarcimiento* y no un *haber de carácter previsional*, lo que se compadece con lo expresado en la nota de elevación del proyecto de la ley 22.511, según la cual se persigue la sustitución del retiro por una adecuada indemnización al personal de la reserva incorporada y de alumnos de escuelas militares que sufran una mengua de aptitudes como producto de actos de servicio.

Esta postura fue defendida incluso por los jueces Belluscio y Boggiano, tradicionalmente apegados a “Gunther”. Es que a mi modo de ver, no hay contradicción en la medida en que la doctrina que admite la aplicación supletoria de normas de derecho común, tiene como presupuesto la falta de una legislación propia en el área del derecho público que determine el modo de establecer la *indemnización* (el destacado es mío) debida, supuesto que no concierne a los conscriptos que al ser dados de baja presenten una minoración en las condiciones ya señaladas, toda vez que en esos casos la normativa citada establece un resarcimiento tasado (hasta 35 haberes mensuales del grado de cabo o cabo 2º) y no un crédito de carácter previsional.

Este criterio fue refirmado luego en la causa “Perrotta” del 22.12.94 a la que haré referencia a continuación, “Fiakosky”, del 24.8.95, “Cañete” y “Mengual” -sobre ésta también me detendré especialmente- ambas del 19.10.95.

8. Fallos 308:1109

9. Fallos 315:1731.

10. Conscripto que perdió la 2da. falange del pulgar derecho. Reclama por el derecho común.

11. Fallos 315:2207.

Perrotta era un conscripto que fue herido de bala en una pierna durante el ataque al Regimiento de la Tablada, de la que resultó una incapacidad de 45 %. Este porcentaje motivó que la Corte estableciera que le correspondía únicamente la indemnización que referí cuando mencioné la causa “Bertinotti”. El fallo fue suscripto por 8 de los 9 integrantes del Tribunal (el Dr. Nazareno no lo firmó), quienes se remitieron a los distintos votos emitidos en “Bertinotti”, excepto el Dr. López que, además, sostuvo que el supuesto se diferenciaba de esa causa y de “Gunther”, debido a que se trataba de perjuicios causados por 3os. extraños por los que el estado no debe responder. Dijo además que si los daños se producen en el contexto del cumplimiento del cometido específico de la fuerza a la que pertenece la víctima -esto es, lesiones sufridas en acciones bélicas o en la lucha contra el delito- falta el elemento esencial que habilita la imputación jurídica al estado, salvo que concurren los recaudos establecidos en los arts. 1112 o 1113 del Código Civil.¹²

La aclaración del juez López, como así también el voto de los jueces Nazareno, Petracchi y Bossert en la causa “Mengual” que refiero enseguida, resultan útiles a la labor del intérprete de hallar una secuencia en la línea jurisprudencial de nuestro Más Alto Tribunal, que permita algún grado de previsibilidad sobre la solución que corresponde a determinadas categorías de casos.

Así las cosas, resulta que Juan Roberto Mengual se desempeñaba como voluntario de segunda cuando recibió varios impactos de bala en su pierna derecha durante el transcurso de la instrucción sobre el uso de ametralladora, que motivaron la posterior amputación de ese miembro, habiéndose determinado una incapacidad parcial y permanente de 80%.¹³

Es oportuno recordar que el caso “Valenzuela”, como dije antes, significó el abandono de la doctrina de “Luján”; y que en ese esquema, vigente el 19 de octubre de 1995 (fecha en que se firmó “Mengual”), el damnificado hubiera debido atenerse al standard imperante que, como regla, excluía el derecho privado. Pues bien, en esta causa la corte efectuó un nuevo examen de la cuestión (así lo dijo explícitamente, conf. cons. 8º), y rectificó su jurisprudencia por 3ra. vez, al recalcar de nuevo en la doctrina “Gunther-Luján”; por ende repitió el concepto de que la percepción de un beneficio previsional no deviene incompatible con el reconocimiento simultáneo de una reparación fundada en normas del derecho común (cons. 11).

Resulta valioso y no puede soslayarse el hecho de que el juez Petracchi, que en su oportunidad suscribió las sentencias recaídas en las causas “Gunther” y “Luján”, en un caso posterior (“Román”, fallado cuando la Corte todavía era de 5 miembros¹⁴ relativizó los términos estereotipados de esos precedentes, al señalar que corresponde distinguir supuestos en que la lesión reconoce un origen “típicamente accidental”, en cuyo resarcimiento resultan de aplicación -a falta de régimen indemnizatorio federal específico- las normas de derecho común que rigen a los restantes agentes de la administración, de aquellos en que la lesión es derivación del cumplimiento de misiones específicas de las Fuerzas Armadas o

12. Art. 1112: obrar irregular de los funcionarios públicos. Art. 1113: responsabilidad objetiva por vicio o riesgo de la cosa. Responsabilidad por el hecho de los dependientes.

13. El Estado fue condenado a pagar \$ 80.000.- por daño material y \$ 130.000.- en concepto de daño moral.

14. Fallos 312:989.

Me negarás tres veces (los militares y los infortunios)

de Seguridad, característicos de la prestación del “servicio público de defensa”. Sólo en el primero estarían vigentes los principios acuñados en “Gunther”.

En “Mengual” recordó esa postura y fue acompañado por los jueces Nazareno y Bossert.

Los jueces Fayt y Moliné O’ Connor votaron en desacuerdo. El primero de los nombrados, coherente con su discrepancia de “Gunther” que conduce a cerrar la vía indemnizatoria civil incluso a los soldados conscriptos. El segundo se remitió a su voto en “Valenzuela”.

Los Dres. Belluscio y Boggiano suscribieron la posición de la mayoría, sin aclarar o ampliar fundamentos, lo cual resulta consecuente con su actitud adherente a la doctrina de “Gunther-Luján”. También abonaron el voto principal, los jueces Levene (hoy reemplazado por el Dr. Vázquez) y López.

Resumiendo, advierto las siguientes categorías de casos:

1) Ex conscriptos incapacitados en menos que 66%,¹⁵ sólo tendrían derecho a un monto que no puede exceder la suma de 35 haberes mensuales del grado de cabo o cabo 2º, ya que así resulta de la ley específica (art. 76 inc. 3 ap. c) de la ley 19.101 -texto según ley 22.511-) que establece el resarcimiento pertinente y lo agota. Esto no sólo por “Bertinotti”, sino por “Perrotta” y otros fallos posteriores.¹⁶ Sobre el punto, existe una posición coincidente de los miembros del Tribunal.

Aclaro que no conozco hasta la fecha de redacción de esta nota¹⁷ la postura del Dr. Vázquez sobre el tema, como integrante del Supremo Tribunal, pero en atención a cómo se han ido agrupando los votos de sus colegas, cualquiera sea su sentido, cabría asignarle valor doctrinario ya que no incidiría en la formación de mayoría en las diferentes soluciones.¹⁸

15. También personal superior y subalterno del cuadro permanente que pase a situación de retiro por inutilización no producida por actos de servicio y no tuviere computados 15 años de servicios simples militares, y el personal de la reserva (no procedente del cuadro permanente) que estando incorporado y como consecuencia de actos de servicio resultare con una disminución similar a la correspondiente a los conscriptos, que le impida continuar prestando servicios en actividad; art. 76 inc. 3 aps. a), b) y c) de la ley 19.101 -texto según ley 22.511-.

16. Sena, A. c/ Estado Nacional del 5.3.96; Pappalardo, J. c/ Estado Nacional de la misma fecha; Villaverde, G. c/ Estado Nacional del 26.3.96.

17. Marzo/96.

18. Con fecha 20.8.96 se expidió en una causa promovida por un marinero de primera con fundamento en la ley de accidentes del trabajo en virtud de un accidente calificado por la autoridad administrativa como “acto de servicio”. Como señalé, cabe asignarle valor doctrinario, ya que la postura expresada -contraria a que el personal “voluntario” obtenga reparaciones que se sumen al beneficio previsional- no contó con el número de votos necesarios para formar mayoría. En efecto, nuestro Más Alto Tribunal reiteró los principios establecidos en “Mengual” en el sentido de que no existe óbice para otorgar una indemnización basada en normas del derecho común a integrantes de las Fuerzas Armadas o de Seguridad, cuando las normas específicas que rigen a esas instituciones no prevén una indemnización sino un haber de retiro de carácter previsional. Este fallo lleva la firma de los Dres. Nazareno, Belluscio, Petracchi, Boggiano, López y Bossert. No fue firmada por los Dres. Fayt y Moliné (recuérdese que ellos no comparten esta postura) y el Dr. Vázquez, como ya expuse, votó en disidencia. En esta ocasión, solo mencionaré dos conceptos que introduce el Ministro Vázquez: uno, consiste en asignar carácter polivalente (previsional y resarcitorio al mismo tiempo) a los beneficios acordados por el régimen específico; el otro, está dado por tomar como pauta distintiva de casos, la previa determinación de si el siniestro es consecuencia del riesgo propio de la actividad militar o de seguridad (hay que establecer si las causas responden a un agravamiento culposo o doloso del mencionado riesgo, originado en una conducta imputable a un miembro del arma), que luce muy valioso para determinar la responsabilidad al Estado cuando se trata de discernir estos supuestos.

2) Si la incapacidad de los ex conscriptos es mayor que 66%, o cualquiera sea el grado de minusvalía (mayor o menor que esa cifra) si se trata de oficiales y suboficiales,¹⁹ corresponde analizar los hechos que ocasionaron los daños y reflexionar sobre la posible decisión de la Corte, porque en atención a la variedad de matices que ofrece la realidad y lo controvertido de la materia, parece más apropiado hablar de “mayoría circunstancial respecto de hechos puntuales”, que de “Corte en su actual composición”.

a.- Si son lesiones “típicamente accidentales”²⁰ nuestro Más Alto Tribunal, por mayoría, acordaría una reparación fundada en el derecho común, sin perjuicio del beneficio previsional pertinente. En efecto, los jueces Belluscio y Boggiano porque se sujetan rígidamente a “Gunther-Luján” que, como ya expuse, acepta la tesis amplia. Los Dres. Nazareno, Petracchi y Bossert porque así lo precisaron al votar en “Mengual” señalando que corresponde atenerse a los acontecimientos para discernir los supuestos en que la lesión es consecuencia del cumplimiento de misiones específicas, características de la prestación del servicio público de defensa. Asimismo, recordemos que el Ministro López votó en sentido análogo en “Perrotta” bien que aclarando que la indemnización igualmente correspondería si concurren los recaudos establecidos en los arts. 1112 o 1113 del Código Civil.

Suman así 6 las opiniones proclives a conceder una reparación sustentada en normas del derecho civil en estos casos, con lo cual se obtiene la mayoría necesaria para darle validez a una sentencia: Dres. Belluscio, Boggiano, Nazareno, Petracchi, Bossert y López. Por ello aquí carece de relevancia práctica que 2 Ministros no compartan el criterio: el Dr. Fayt expresó su discordancia ya desde “Gunther”, y el Dr. Moliné O’Connor propugna la antigua jurisprudencia según expuso en “Valenzuela”.²¹

b.- Es diferente cuando el hecho origina en los ex soldados conscriptos una incapacidad como la señalada (mayor que 66%) o de cualquier entidad en el personal voluntario, si ella fue consecuencia de la prestación del “servicio público de defensa”, y no se aplican los arts. 1112 o 1113 del Código Civil.

Por ejemplo, ese podría haber sido el caso si Pablo S. Perrotta²² hubiera sufrido una incapacidad mayor que 66%, o el de un oficial o suboficial herido en Malvinas; o, yendo a supuestos más actuales y probables, el de un policía herido por delinquentes o un bombero de esa repartición quemado en un incendio.

En el bosquejo -mayoritario en este tema- de los jueces Nazareno, Petracchi, Bossert y López (conforme su voto en “Mengual”) y Fayt y Moliné O’Connor (tradicionalmente adversos a admitir la acumulación de beneficios en cualquier caso) ninguno de los sujetos nombrados podría obtener indemnización con base en el derecho civil.

Quedarían en minoría los Dres. Belluscio y Boggiano.

c.- Si en el transcurso de hechos como los descriptos precedentemente, la lesión encuadrara en los arts. 1112 o 1113 del Código Civil la tesis denegatoria

19. En la medida en que la normativa militar no instituye una indemnización.

20. Retengamos que este concepto fue introducido por el juez Petracchi al votar en “Román” (Fallos 312:989), caso en el que el actor sufrió daños al resbalar de una escalera.

21. Fallos 315:1731.

22. Recordemos que Perrotta era soldado conscripto durante el ataque al Regimiento III de la Tablada y que su incapacidad fue menor -45%-.

Me negarás tres veces (los militares y los infortunios)

de la indemnización seguramente perdería la adhesión del Dr. López, ya que así parece surgir de su voto en “Perrotta” (cons. 9º, 2º párrafo *in fine*). Este integraría la minoría en pro del resarcimiento, junto con los Dres. Belluscio y Boggiano. Continúa la superioridad numérica de la postura restrictiva: Dres. Fayt, Moliné O’Connor, Nazareno, Petracchi y Bossert.

Me pregunto si cabría la posibilidad de que se verificara una lesión “típicamente accidental” durante la prestación del “servicio público de defensa”. Al respecto se me ocurre el caso de un oficial o suboficial que sufriera lesiones graves al resbalarse por pisar un resto de comida en la cantina en la que se hallaba en las Islas Malvinas, cuando se dio un alerta de ataque y se incorporó para ir a su puesto de combate. ¿Podría hablarse de lesión típicamente accidental? A su vez, se aplicaría el art. 1113 del Código Civil porque el accidente fue ocasionado con la intervención de un objeto riesgoso (sobra de alimento resbaladizo ubicada en un lugar de tránsito de personas); o en el supuesto de que un oficial de la Prefectura Naval Argentina resultara con una fea cicatriz al golpear su cara con una escotilla de la embarcación que tripulaba cuando estaba en curso de navegación para interceptar un buque pesquero, todavía distante.

Como hecho anecdótico, destaco que la admisión de reclamos con fundamento en el derecho civil, posibilita que se engrose la cuenta indemnizatoria con el rubro “daño estético”, actitud que parece contrastar con los principios propios de la actividad militar.

EX SOLDADOS CONSCRIPTOS

Dije al principio que intuitivamente podría pensarse que la situación de quienes integran los cuadros permanentes de las Fuerzas Armadas o de Seguridad debería ser diferente de la que corresponde a los ex soldados conscriptos; sin embargo ambos poseen “estado militar”, con las secuelas que ello implicó, según ya describí. Dije también que el interés en el tema excede lo meramente académico porque todavía tramitan demandas promovidas por ex soldados conscriptos.

Pues bien, en mi criterio ambos merecen tratamiento distinto. No sólo por razones extrajurídicas basadas en sentimientos, sino por una interpretación fundada en concretas disposiciones legales.

En cuanto a las primeras, bastaría señalar lo arbitrario que significaba el hecho de que el Estado, es decir, la comunidad, pudiera tomar sano a un joven para cumplir el servicio militar, y devolverlo minusválido a la vida civil. Empero, esta razón tiene connotaciones efectistas, más que reales, si las normas que regulan la cuestión establecen los límites del derecho indemnizatorio.

En lo que atañe a los motivos jurídicos que determinan un tratamiento diferenciado, haré las siguientes consideraciones:

Como señalé antes, la tesis restrictiva admite soluciones fuera de las normas militares, solo en el caso de que una ley lo autorice. En mi opinión, existe tal dispensa legal: la ley 24.028, posterior a la 19.101 y su modificatoria 22.511, contempla expresamente²³ que el Estado Nacional, Provincial y Municipalidades

23. Art. 20.

deban responder por los daños que sufrieran en su integridad psico-física las personas obligadas a prestar un servicio de carga pública, por el hecho o en ocasión del servicio que dicha carga implique.

De este modo, a partir de la entrada en vigencia de esa ley (dic./91), quienes cumplían con la carga pública del servicio militar obligatorio, estuvieron amparados por una disposición que admitía un resarcimiento especial que desplazó al establecido en general para aquellos alistados por mandato legal y no por sometimiento voluntario.²⁴ Tal temperamento, como ya expresé, está formalmente admitido, e incluso es uno de los presupuestos de la postura limitativa.²⁵ En mi criterio, la reparación del infortunio con sustento en la ley 24.028 substituiría también la indemnización prevista para los conscriptos que al ser dados de baja, presenten una incapacidad menor que 66%,²⁶ siempre que los hechos estén comprendidos en el plazo de vigencia de esa norma.

De todos modos, este razonamiento también es merecedor de observaciones, que puedo enunciar así: se trata de un conflicto entre una disposición general (la mención genérica a la “carga pública” hecha en la ley 24.028) y otra especial (la ley 19.101 y su modificatoria n° 22.511); otra es el siguiente interrogante: ¿comprende esa norma las acciones bélicas contra enemigos extranjeros? (Ingleses en Malvinas). El interés práctico de esta pregunta pierde substancia a medida que transcurre el tiempo, ya que las acciones de los ex-conscriptos prescriben a los dos años (el vínculo que los une al Estado es extracontractual),²⁷ el servicio militar obligatorio fue eliminado, y la nueva Ley de Riesgos del trabajo no contempla el supuesto.

PERSONAL INCORPORADO VOLUNTARIAMENTE

Distinto es el caso de quienes se incorporaron espontáneamente a la milicia, respecto de los cuales se dijo -hasta que se falló el caso “Luján”- que estaban sujetos a un régimen distinto al cual habían adherido libremente y sin reservas. Como ya señalé, se consideró que dicho sistema resarce los eventuales daños mediante un régimen específico excluyente del común que consagra el derecho civil; aunque, como describí en esta nota, los últimos pronunciamientos del Alto Tribunal, ciñen la tesis restrictiva a los perjuicios padecidos en el contexto del cumplimiento del cometido específico de la fuerza a la que pertenece la víctima (reitero: esto es, lesiones sufridas en acciones bélicas o en la lucha contra el delito), salvo que confluyan las condiciones exigidas en los arts. 1112 o 1113 del Código Civil (Dr. López) o, más genéricamente durante la prestación del “servicio público de defensa” (Dres. Nazareno, Petracchi y

24. CNFed. Civ. y Com., Sala 2, causa 3830 del 22.2.96 .

25. Téngase presente que la Corte dijo que a falta de disposiciones legales expresas para hacer efectivos los resarcimientos (y este no es el caso que concierne a los ex soldados conscriptos porque una norma -la ley 24.028- contempla expresamente a quienes deben cumplir una carga pública) cabe remitirse a los principios generales del derecho y a disposiciones que rigen situaciones análogas (Fallos 195:66; 274:432; voto del Dr. Fayt en “Gunther”, cons. 6°).

26. Si es mayor, desde luego.

27. Plenario de la Cámara Civil y Comercial Federal *in re* “Cade, R.A. c/ Gobierno Nacional”.

Me negarás tres veces (los militares y los infortunios)

Bossert). Ambos supuestos (recordemos que en ellos no se habilitaría la acción de derecho común) contarían además con el apoyo de los Dres. Fayt y Moliné O'Connor, quienes tradicionalmente han defendido el esquema restringido.

Cuadra añadir que, a diferencia de lo que ocurre con los ex soldados conscriptos, la ley de accidentes del trabajo (antes la 9688 y sucesivas reformas, hoy la n° 24.028) no resulta aplicable en ningún caso. Ello así, porque ésta no ha dejado sin efecto el régimen que para los accidentes vinculados al tipo de personas al que me estoy refiriendo ahora (oficiales y suboficiales de las Fuerzas Armadas y de Seguridad) prevé en forma puntual la ley especial para ellas, que se han incorporado voluntariamente a la milicia y aceptan sujetarse al régimen cerrado y autónomo que rige en forma específica y excluye la aplicación de normas ajenas.²⁸ Aclaro que para una más sencilla comprensión, he simplificado los casos haciendo alusión a “ex soldados conscriptos” y a “personal voluntario”. Ambos se vinculan a personal damnificado como consecuencia de “actos de servicio”; pero es menester señalar que las normas referidas contemplan asimismo al personal superior o subalterno del *cuadro permanente* que pase a situación de retiro debido a inutilización *no* producida por actos de servicio y no tuviere computados 15 años de servicios simples militares; al personal superior y subalterno del *cuadro de la reserva* (no procedente del cuadro permanente) y a los alumnos de escuelas militares, colocándolos en situación análoga a los conscriptos, en tanto les reconoce una única *indemnización* de hasta 35 haberes del grado de cabo o cabo 2º.²⁹ Tampoco he considerado las distintas alternativas que podrían presentarse en caso de fallarse los casos estando alguno de los integrantes de la Corte en uso de licencia: según de quien se trate y el número de ausentes, podría alterarse la formación de mayoría para decidir casos puntuales.

Las normas que mencioné a lo largo de este trabajo, tienen carácter “Federal”; es decir que los juicios en los que están involucradas pueden llegar a la Corte por vía del recurso extraordinario (art. 14, inc. 3º, ley 48). Dicho Tribunal es intérprete final de esta clase de disposiciones; de modo que su alcance no será otro que el que determine ese órgano y de allí la importancia de analizar sus precedentes a fin de extraer la pertinente *ratio decidendi* que permita establecer determinadas categorías de casos; el hallazgo de enunciados generales que posibilite encuadrar los distintos supuestos.

En la evolución jurisprudencial descrita a lo largo de este trabajo, se puede observar que el denominado “factor temporal” adquirió ribetes

28. Del voto de la Dra. Mariani de Vidal en la causa 6182 del 17.8.94.

29. La ley 19.101, establece definiciones en cuanto al personal que integra las Fuerzas Armadas. Distingue esta norma (arts. 2º y 3º), *cuadro permanente*, de *reserva*. El primero, integrado por el personal que voluntariamente se encuentra incorporado para prestar servicios militares, y está en actividad; la segunda se refiere tanto a la denominada “*reserva incorporada*” (personal no perteneciente al cuadro permanente que se encuentra incorporado para prestar servicios militares), como a la “*reserva fuera de servicio*” (constituida por personal proveniente del cuadro permanente por retiro o por baja que conserve su aptitud para el servicio militar; el que habiendo recibido instrucción, conserva su aptitud para el servicio militar, y está en situación de fuera de servicio; o aquél que sin haber recibido instrucción, sea destinado de conformidad con las correspondientes leyes de la Nación.

dramáticos. Por ejemplo, para quien demandó estando vigentes los precedentes “Gunther-Luján” y durante la tramitación del pleito la Corte cambió esa dirección con “Valenzuela”. A fin de evitar innecesarias repeticiones, me remito a lo ya expuesto cuando mencioné los distintos trastueques.

Como expuse al principio, uno de los argumentos en virtud del cual en su momento se apoyó el cambio jurisprudencial que admitió el resarcimiento de los daños con sustento en el derecho común, consistió en concluir que no hay superposición de ventajas que atiendan un mismo propósito: pensión y haber de retiro por un lado (se asignó a éstos una notoria resonancia previsional, y no función resarcitoria) y reparación de los daños según las reglas del derecho común por otra parte, apuntan a diferentes finalidades.

En contra de esa conclusión, citaré un pasaje de H.W.R. Wade.³⁰ Dice este autor que lo que se pretende es evitar que en caso de accidente los contribuyentes paguen el doble: una vez en concepto de daños y perjuicios, y otra a modo de pensión por incapacidad, a la persona lesionada o a los que dependen de ella.³¹ Es que no puede obviarse el hecho de que el haber de retiro constituye un monto que el Estado Nacional paga a los damnificados de por vida.

En síntesis, más allá de los efectos que se le asigne, dicho haber constituye por su propia naturaleza y por la fuerza misma de la realidad, una indemnización vitalicia del infortunio.³²

Admito que la cuestión es opinable, pero considero que aun a partir de la posición amplia, habría que verificar en cada caso de qué incapacidad se trata, la edad y grado militar que reviste el damnificado, porque en algunos supuestos la pensión podría exceder largamente la indemnización que fijan los jueces en nuestro medio,³³ por lo que me parece claro que el monto percibido y a percibir en concepto de pensión debería ser tenido en cuenta; aunque este temperamento introduciría objeciones de tipo lógico-jurídico en el esquema de “Gunther-Luján”, una de cuyas premisas consiste precisamente en la afirmación de que haber de retiro o pensión no se vinculan con la noción de resarcimiento, reparación o indemnización y no cabe atribuirles cometido resarcitorio.

En este estado, quiero aclarar que aprecio dos circunstancias decisivas en los vaivenes jurisprudenciales: una estuvo dada por el paso de distintos ministros por el Alto Tribunal (recambio de jueces y aumento de miembros). No siendo aquél un órgano con voluntad independiente de sus integrantes, sino un ente complejo en el que sus decisiones se conforman por la compatibilización de las distintas opiniones, resulta inobjetable que los jueces fijen su postura personal, no necesariamente coincidente con la de sus colegas, o con anteriores fallos del órgano que integran.

Por su parte, el tema de la reparación debida a los militares lesionados en actos de servicio, no está exento de controversia; y ello no sólo aquí. Por ejemplo, en los Estados Unidos de Norteamérica, en diciembre de 1950, la

30. Profesor de la Universidad de Oxford.

31. “Derecho administrativo”, Madrid, 1971, trad. de M. Baena de Alcázar y E. Bardón Fernández, p. 427.

32. CNFed. Civ. y Comercial, Sala 2, causa 6182 del 17.8.94

33. id. nota anterior.

Me negarás tres veces (los militares y los infortunios)

Corte Suprema de ese país falló el caso “Feres, Executrix, v. United States”³⁴ que dio origen a la corriente conocida como “doctrina Feres”, limitativa en extremo. Decidió en esa causa que los individuos en servicio militar activo no pueden demandar al Estado en virtud de daños ocurridos durante su prestación.³⁵ Este concepto está en evolución,³⁶ y su análisis no constituye objeto de este trabajo, pero menciono el asunto porque considero útil la noticia de que también en otras partes el tema dista mucho de encontrarse agotado. En lo que concierne a nuestro medio, quedan varias cuestiones pendientes acerca de las cuales los distintos miembros de nuestro Alto Tribunal no coinciden exactamente, tal como describí a lo largo de esta obra.

Para concluir, quiero compartir una hipótesis: si en un mismo hecho (por ejemplo, la explosión de un artefacto) resultan heridos un soldado conscripto y un oficial del Ejército, determinándose en ambas personas una incapacidad de 60% (menos que 66%, conf. “Bertinotti” y fallos posteriores), el 1º únicamente tendrá derecho a una indemnización de hasta 35 haberes mensuales del grado de cabo o cabo segundo,³⁷ en tanto que el que se enroló voluntariamente tiene la facultad de obtener un resarcimiento por la vía del derecho común. La diferencia, como se puede apreciar, es irritante.³⁸

34. 340 U.S. 135.

35. H.P. Mc. Clure “Liability of Administrative Officials”, *The George Washington Law Review*, vol. 53, n° 1-2, nov. 84/ en./85, p.223.

36. T. E. Szykowny “Duty to warn as an inroad to the Feres Doctrine: a theory of tort recovery for the veteran” *Ohio State Law Journal*, 267; C.W. Howland “The hands-off policy and intramilitary torts”, *Iowa L. Review Rev.* 93. Agradezco a Jenifer Madrid, de NYU, su colaboración para obtener estos antecedentes.

37. Art. 76, in. 3), ap. c), ley 19.101 (texto s/ ley 22.511).

38. Al solo fin ilustrativo, ya que se trata de un % distinto de incapacidad, ver indemnizaciones mencionadas en la nota n° 13.

La argumentación jurídica en el control constitucional *

Una comparación entre la *judicial review* y el control preventivo y abstracto de constitucionalidad

Gabriel Bouzat **

Mi intención en este trabajo es analizar el sistema de control judicial de la constitucionalidad de las leyes (*judicial review*) que tiene vigencia en la República Argentina. Analizar luego la justificación y legitimidad de dicho sistema. Y por último compararlo con los sistemas en los cuales tribunales constitucionales pueden declarar la inconstitucionalidad de las leyes en forma abstracta, y con carácter preventivo.

I). El sistema de control constitucional en la República Argentina es judicial, remedial y difuso. Cualquier juez, nacional o provincial, puede declarar la inconstitucionalidad de una ley o de otro acto de gobierno.

La inconstitucionalidad puede ser planteada por vía de acción o de excepción. Lo primero ocurre cuando la parte actora fundamenta su pretensión directamente en la Constitución, cuestionando una ley o acto de gobierno que desconoce esa pretensión. Lo segundo, cuando la parte demandada rechaza un reclamo alegando que el mismo se fundamenta en una norma que viola la Constitución, solicitando al juez que declare su inconstitucionalidad.

En la Argentina tiene vigencia la doctrina expuesta por el juez Marshall en el famoso fallo *Marbury vs. Madison*. Cuando una ley contradice la Constitución, el juez debe aplicar la Constitución y dejar de lado la ley.

El control judicial de constitucionalidad nació en forma pretoriana, en distintos fallos de la Corte Suprema de Justicia que reprodujeron la doctrina de *Marbury vs. Madison*.¹ Se considera, no obstante, que tiene base constitucional, la que se deriva de una cláusula que establece la supremacía de la propia constitución, y otra que dispone la competencia de la Corte Suprema para entender en todas las causas sobre puntos regidos por la constitución.

La reforma constitucional de 1994 incorporó una norma expresa que admite el control judicial de constitucionalidad, al autorizar en las acciones de amparo, que los jueces puedan declarar la inconstitucionalidad de las normas que vulneran derechos fundamentales.

* El presente trabajo es una versión modificada de una exposición presentada en el Seminario “La Jurisdicción Constitucional”, organizado por la Universidad Diego Portales de Chile en el mes de noviembre de 1995. La presentación original tuvo por objeto comparar el sistema argentino de control judicial de constitucionalidad -*judicial review*-, con el sistema chileno de control constitucional, que atribuye a un Tribunal Constitucional la facultad para declarar la inconstitucionalidad de leyes y otras normas en forma abstracta y preventiva.

** Abogado 1985, Universidad de Buenos Aires; Master en Derecho 1988, Universidad de Yale. Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Palermo.

1. Ver fallo “Sojo”, CSJN, Fallos, 32:120 y fallo “Municipalidad de la Capital c/ Elortondo”, CSJN, Fallos, 33:162.

La declaración de inconstitucionalidad de una norma no implica su derogación, ni supresión, sino que la torna inaplicable en el caso de que se trate. Los alcances de la declaración de inconstitucionalidad se limitan exclusivamente al caso concreto, con independencia de la relevancia que dicha declaración pueda tener por razones extra-jurídicas.

En la Argentina han perdurado muchas normas que han sido declaradas inconstitucionales por la Corte Suprema. Ello ha sucedido, por ejemplo, con ciertas cláusulas de la ley de estupefacientes, del servicio militar obligatorio y de emergencia previsional.

No existe control preventivo, ni control en abstracto. El control siempre se ejerce en un caso o controversia concreta. El poder judicial puede declarar la inconstitucionalidad de una ley o de un acto de gobierno sólo en el marco de un proceso judicial y a expreso pedido de parte.

Dicha exigencia requiere que una persona alegue la violación de un derecho constitucional, como consecuencia de la aplicación de una ley o de un acto de gobierno que considera inconstitucional.

II). Las enormes facultades que se le reconocen al poder judicial para la revisión de la constitucionalidad de las leyes, han sido ejercidas en la Argentina de una manera muy modesta. Diversas razones explican este hecho.

1. La necesidad de que exista un caso o controversia determina que el poder judicial solo actúa a pedido de parte. Quien plantea la inconstitucionalidad de una ley debe demostrar un perjuicio como consecuencia de la violación de un derecho constitucional. No se puede solicitar la inconstitucionalidad de una norma, por más clara que esta pueda parecer, si no se invoca un perjuicio como consecuencia de la violación o alteración de un derecho constitucional propio.

La única excepción a este principio, a partir de la reforma constitucional de 1994, se da en el caso de los derechos contra la discriminación, el medio ambiente, y el de los consumidores y usuarios de servicios públicos, para cuya defensa se encuentran también legitimados el Defensor del Pueblo, y las asociaciones inscriptas en un registro que tengan por principal objeto la promoción de esos derechos.

2. Otra limitación deriva del hecho que los tribunales suelen apelar a distintos tecnicismos jurídicos para evitar la declaración de inconstitucionalidad de una norma.² Cuando la ley cuestionada puede ser interpretada en forma compatible con la constitución, los tribunales difícilmente la declaran inconstitucional, sino que la interpretan de manera que no contradiga la Constitución, muchas veces modificando la interpretación que hacen las autoridades administrativas encargadas de aplicarla.³

2. Las limitaciones que deben respetar los jueces antes de declarar la inconstitucionalidad de una ley en los sistemas de "judicial review" han sido lúcidamente expuestas por el Justice Brandeis, de la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica, en el caso "Ashwander vs. Tennessee Valley Authority" 297 U.S. Ellas son: 1. La declaración de inconstitucionalidad debe declararse en un procedimiento contencioso; 2. no se puede adelantar una decisión de inconstitucionalidad antes de la necesidad de decidirla; 3. no se debe formular una regla de constitucionalidad más amplia que la requerida por los hechos concretos a los cuales ha de aplicarse; 4. no se puede declarar la inconstitucionalidad de una norma a pedido de quien se ha beneficiado con ella; 5. las normas deben ser interpretadas de forma de evitar su posible inconstitucionalidad.

3. Ver Fallos, 270:74.

“La argumentación jurídica en el control constitucional”

3. Otra limitación se deriva de la llamada teoría de las cuestiones políticas no judiciales. De acuerdo a esta teoría, en todos aquellos casos en que se cuestionan aspectos que entran dentro del ámbito de discrecionalidad de los poderes legislativo o ejecutivo, los jueces se abstienen de fallar. Ello ha sucedido en materia electoral, de declaración de estado de sitio, de intervención federal de provincias, de reconocimiento de autoridades provinciales,⁴ etc.

4. Otra limitación relevante es la doctrina de la deferencia hacia el legislativo y la presunción de validez de los actos administrativos. En función de estas doctrinas, los tribunales han adoptado un criterio restrictivo para determinar la inconstitucionalidad de las leyes u otras normas, basándose en la presunción de validez de los actos de gobierno.⁵

5. Por último, se debe mencionar que la falta de independencia del poder judicial y la sumisión a los dictados del poder político han determinado, durante largos períodos de la historia argentina, que los tribunales hayan aceptado las leyes y actos de gobierno sin mayores cuestionamientos.

Esta tendencia cambió a partir del restablecimiento de la democracia en 1983, iniciándose una nueva era en el control de constitucionalidad de las leyes, en especial, por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

La década del ochenta fue inusualmente rica en la discusión y renovación de la tradición constitucional argentina. A partir del restablecimiento de la democracia se debatieron en los tribunales cuestiones fundamentales relativas a la vigencia y alcance de los derechos constitucionales.

Se debe destacar el nuevo tratamiento que la Corte Suprema dio a las normas de facto dictadas durante la dictadura militar, rechazando la validez de las mismas, salvo que sean ratificadas por los órganos democráticos.

La Corte Suprema tuvo un gran activismo y declaró la inconstitucionalidad de la ley de matrimonio civil, en cuanto prohibía el divorcio vincular, de estupefacientes, en cuanto castiga la tenencia de droga para consumo personal, y de servicio militar obligatorio por no admitir la objeción de conciencia.

Esta situación cambió radicalmente con la ampliación de la Corte realizada por el gobierno del presidente Ménem, y la elección de seis de sus miembros en una noche. Este cambio puso fin a la independencia de la Corte Suprema del poder político.

III). Se han ofrecido distintos argumentos a favor del control judicial de constitucionalidad.

El principal es el de la Supremacía de la Constitución:

Este argumento fue brillantemente expuesto por el Juez Marshall, en el leading case *Marbury vs. Madison*:⁶

La lógica del argumento es la siguiente: 1) la función del Poder Judicial es la de aplicar el derecho, 2) la Constitución es la ley suprema de la Nación, 3) por consiguiente, los jueces deben aplicar la Constitución, 4) es por eso que, si los jueces determinan que una ley contradice a la Constitución, la deben

4. Fallos, 4:311; 53:420; 154:192.

5. CS, junio 92, La Ley, 1993 A, 546; CS, abril 93, La Ley, 1993 D, 118.

6. 5 U.S. 137 (1803).

declarar inconstitucional. De acuerdo a este razonamiento, el control de constitucionalidad de las leyes forma parte de la función institucional del Poder Judicial de resolver los casos concretos aplicando las normas jurídicas.⁷

Esta idea que parece tan simple oculta problemas de enorme dificultad. El control judicial de constitucionalidad implica mucho más que resolver un problema de correspondencia lógica entre las normas constitucionales y las legales o administrativas. Salvo en raras ocasiones, una contradicción clara entre la constitución y la ley es difícil de identificar.

Diversas circunstancias explican esta afirmación. En primer lugar, las constituciones se caracterizan por contar con cláusulas y declaraciones muy generales, ambiguas y vagas. Segundo, frente a un caso concreto, suelen plantearse conflictos entre las propias normas constitucionales. Por último, puede darse la circunstancia que el caso que el juez deba resolver no esté previsto por las normas constitucionales, pero que cuente con propiedades relevantes semejantes a otros casos que sí están previstos por las normas constitucionales.

Lo dicho anteriormente nos debe llevar a la conclusión de que para determinar si “verdaderamente” una ley contradice la constitución, las normas constitucionales -al igual que las legales- deben ser interpretadas y precisadas por los jueces. Pensar que los preceptos constitucionales pueden ser aplicados a los casos particulares sin una previa precisión interpretativa es una ilusión.

Para interpretar la constitución los jueces deben realizar una tarea de determinación y reconstrucción del sentido y alcance de las normas constitucionales aplicables al caso. Sólo después de interpretadas las cláusulas correspondientes se puede señalar la existencia o no de una contradicción entre la constitución y la ley, o el acto de gobierno cuestionado. Esta tarea interpretativa es ineludible dada la generalidad y ambigüedad de las cláusulas constitucionales.

Ahora bien, para precisar el sentido y alcance de las normas constitucionales, los jueces recurren a diversos criterios de interpretación. En ciertos casos apelan al significado “literal” del texto constitucional. En otros a la intención “histórica” del constituyente. También apelan a la llamada intención “presunta” o “dinámica” del constituyente, es decir a cómo hubiese legislado si hubiese previsto las nuevas circunstancias sociales. En este sentido la Corte Suprema Argentina ha sostenido cosas tan vagas como decir que “el valor de la Constitución no está en su texto escrito sino en su obra práctica, realista, de conciliación de intereses que exige, para que se la siga cumpliendo, una interpretación flexible y elástica, a fin de adaptarla a las nuevas ideas y circunstancias”.

En muchos casos se apela a valores o principios “implícitos” en la constitución, o a “valores sociales”, o cierta idea de lo que se entiende por el “bien común”. Se recurre además a valores ideales o del “derecho natural”, o al criterio de “razonabilidad en la interpretación del derecho.

7. Se debe tener presente que la llamada “lógica de Marshall” no es un razonamiento estrictamente lógico ya que presupone valoraciones políticas. De la función institucional que cumplen los jueces no se puede derivar lógicamente la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes. La función institucional que cumplen los jueces depende del diseño constitucional adoptado. Los ejemplos de Francia y Gran Bretaña muestran que los jueces pueden cumplir su función institucional sin estar autorizados para declarar la inconstitucionalidad de las leyes.

“La argumentación jurídica en el control constitucional”

Otros criterios utilizados son los de recurrir a las interpretaciones que en el pasado hicieron los tribunales en casos análogos, o a la manera en que considera que las distintas alternativas interpretativas pueden influir en la vida social y económica del país.

Para resolver los conflictos entre diferentes cláusulas constitucionales los jueces apelan a lo que denominan una interpretación “armónica” de la constitución.

La apelación a tan diversos criterios de interpretación lleva inevitablemente a diferentes soluciones -sobre la constitucionalidad o no de las leyes- según sea el criterio que se utilice, y como se relacione un criterio con otro.

Sin embargo, a pesar de la relevancia que para la solución de los casos constitucionales tienen los criterios de interpretación a los que los jueces recurren, la determinación del criterio correcto de interpretación constitucional no ha preocupado demasiado a los juristas ni a los jueces argentinos. Da la impresión de que en la Argentina no se tiene conciencia clara de la proyección práctica, ni de la relevancia institucional, de la interpretación de la constitución en el control judicial de la constitucionalidad de las leyes.

Esto nos lleva a concluir que el problema de la legitimidad democrática del control judicial de constitucionalidad no puede ser resuelto sin analizar los criterios y valores a los cuales deben recurrir los jueces al interpretar la constitución.

La dogmática constitucional tiende a pensar, al menos en la Argentina, que los jueces pueden interpretar la constitución de una manera valorativamente neutra, recurriendo al texto constitucional o a la intención del constituyente.

La extensión de esta exposición no permite profundizar la crítica de esta pretensión. La doctrina constitucional norteamericana, en especial Dworkin⁸ y Ely,⁹ han mostrado que la apelación a los criterios gramaticales o de la intención del constituyente conlleva siempre una opción valorativa.

El control judicial de constitucionalidad exige necesariamente que los jueces realicen valoraciones de profunda relevancia política y moral, valoraciones que muchas veces no son hechas en forma expresa, sino que se ocultan utilizando diversos tecnicismos jurídicos.

El problema se convierte entonces en determinar el criterio de interpretación constitucional correcto, y compatible con el legítimo papel que en un sistema democrático de gobierno debe cumplir el poder judicial cuando se le asigna la facultad de ejercer el control de constitucionalidad de las leyes.

A mi entender, dicho criterio no puede ser determinado sin tener en cuenta la estructura de la argumentación jurídica -entendida como un caso especial del razonamiento práctico-, y la función institucional que deben cumplir los poderes del estado, en especial los poderes legislativo y judicial.

Si se obvia el problema, o se llega a la conclusión de que los jueces pueden apelar discrecionalmente al criterio interpretativo que consideren conveniente, de acuerdo a las circunstancias del caso, la argumentación jurídica en materia constitucional carecería de reglas que sirvan para distinguir los

8. Ver R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Mass. 1977.

9. Ver, John H. Ely, “Democracy and Distrust”, Harvard U. Press, 1980.

razonamientos correctos de los incorrectos. Tendrían entonces razón aquellos “realistas” que consideran que el “razonamiento jurídico” es una mera racionalización que pretende justificar decisiones que los jueces adoptan por motivos personales. Ello traería como consecuencia la distorsión del sistema de separación de poderes, porque se admitiría que los jueces interpreten la constitución con tanta libertad como para imponer su voluntad a la voluntad del legislador.

IV). Este problema nos debe llevar a reflexionar sobre las críticas al control judicial de constitucionalidad, y en especial a la llamada dificultad contra-mayoritaria.

La crítica más sólida que se le hace al control judicial de constitucionalidad de las leyes es la que sostiene que conlleva el ejercicio de una práctica contra-mayoritaria o antidemocrática.

Se afirma que los jueces no tienen legitimidad democrática para evaluar las graves cuestiones valorativas que plantea la declaración de inconstitucionalidad de una ley.

El carácter antidemocrático que algunos atribuyen al control judicial de constitucionalidad depende, a su vez, del tipo de justificación de la democracia que se defienda.

Quienes siguiendo las ideas expresadas por Madison en “El Federalista”,¹⁰ justifican la democracia como un sistema pensado para desconcentrar el poder y evitar la tiranía, pueden sostener con coherencia, que el control judicial de constitucionalidad es democrático porque implica un importante control a los demás poderes.

En cambio, quienes adhieren a una teoría de la democracia que se justifica en el ejercicio de la soberanía del pueblo, expresada a través de la voluntad de la mayoría, difícilmente puedan considerar que la declaración de inconstitucionalidad de una ley por parte de un juez no es antidemocrática.

Desde mi punto de vista la democracia implica algo más que la expresión de la voluntad de la mayoría. La democracia es una compleja combinación de voluntad y razón, de preferencias y principios, de medios y fines.

La democracia es un sistema que se desarrolla en una atmósfera de libertad donde se asume que no es posible proveer una justificación suficiente de las decisiones políticas apelando sólo a la voluntad de alguien, aunque sea la voluntad de la mayoría.

La democracia se identifica con el gobierno a través de la discusión, y las decisiones democráticas deben ser el resultado de esos debates públicos en los que se obtiene un consenso mayoritario a partir de la expresión y discusión de ideas encontradas.

A mi entender, a la luz de los análisis de Habermas,¹¹ Ackerman¹² y Nino,¹³ la justificación de la democracia se basa en los valores de la autonomía personal y de la imparcialidad, presupuestos en la práctica social de construir consensos

10. Ver, Hamilton, Madison y Jay, “The Federalist Papers”, N° 10.

11. Ver, Jurgen Habermas, “Struggles for Recognition in the Democratic Constitutional State”, en “Multiculturalism”, editado por Charles Taylor, Princeton U. Press, 1994.

12. Ver Bruce Ackerman, “Social Justice in the Liberal State”, New Haven, 1980.

13. Ver, Carlos S. Nino, “Ética y Derechos Humanos”, Buenos Aires, 1989.

“La argumentación jurídica en el control constitucional”

en forma argumentativa. Lo que justifica la democracia no es la sola voluntad mayoritaria, sino la manera en que dicha voluntad se construye.

Siguiendo este razonamiento podemos afirmar que la legitimidad de una decisión mayoritaria depende, en buena medida, del grado de amplitud, libertad y participación que alcance el debate público que precede a la decisión, de forma tal que los valores de la autonomía y la imparcialidad presupuestos en el procedimiento democrático sean respetados por la decisión en cuestión.

Esto determina que los jueces no incurrirían en una decisión ilegítima cuando invalidan una decisión mayoritaria que limita los derechos fundamentales, o que no reglamenta de manera imparcial los derechos e intereses constitucionales de ciertos grupos o personas.

Siguiendo este razonamiento, los jueces están sólo legitimados para declarar la inconstitucionalidad de las leyes apelando a valores presupuestos en los procesos democráticos. En esos casos, no se antepone la voluntad personal del juez a la voluntad mayoritaria expresada por la legislatura, sino que se refuerzan los procedimientos democráticos, al protegerse las precondiciones y presupuestos que dan fuerza moral a la democracia misma.

Se puede sostener entonces que los jueces pueden apelar a argumentos basados en razones democráticas para invalidar aquellas decisiones mayoritarias que contradicen la fuente misma de su propia legitimidad democrática. Cuando ello ocurre se debe entender que el procedimiento democrático no ha funcionado correctamente y que la tarea del juez ha sido de corrección y ampliación de los procedimientos democráticos.

V). Estos argumentos vertidos a favor de la legitimidad del control judicial en casos concretos, y a modo de remedio, no alcanzan, a mi entender, para justificar el control abstracto y preventivo a cargo de un tribunal constitucional.

En primer lugar, debemos tener presente que el poder legislativo realiza un control constitucional de las normas que sanciona, y que se autolimita al legislar adecuando sus decisiones a lo que dispone la constitución. En general los cuerpos legislativos cuentan con una comisión de asuntos constitucionales que evalúan la constitucionalidad de los proyectos de ley.

Por eso, hasta que algún ciudadano no se sienta afectado por una norma que considere inconstitucional, no parece que existan razones para desechar una decisión del Parlamento sosteniendo que la misma es inconstitucional.

En relación a los derechos constitucionales, se debe partir del principio que no hay mejor juez de sus propios intereses que uno mismo. Por consiguiente, autorizar a ciertos funcionarios a presentarse en defensa de supuestas inconstitucionalidades, por nadie alegadas, plantea un problema de legitimación muy difícil de resolver.

El control preventivo y abstracto de constitucionalidad, en manos de un tribunal constitucional, que analiza las normas sin tener en cuenta la incidencia de la aplicación de las mismas en un caso particular, se maneja en un grado de abstracción similar al que tuvo en cuenta el legislador al sancionar la ley. Dicho tipo de control implica una suerte de elitismo que presupone que un reducido grupo de expertos están mejor capacitados que el Parlamento para solucionar los conflictos valorativos que plantea la declaración de inconstitucionalidad de una ley.

A mi entender, se le debe otorgar prioridad a la decisión legislativa porque cuenta con mayor legitimidad democrática. A pesar de que en ciertos casos pueda surgir una clara contradicción entre una ley y la constitución, ello no es lo que ocurre en la mayoría de los casos, especialmente en los casos difíciles, siguiendo la terminología de Dworkin.

Debemos tener presente que el consenso democrático que legitima las normas jurídicas se da a un nivel de abstracción distanciado de las situaciones concretas en que las normas son aplicadas. Sólo si fuese posible prever detalladamente, durante el proceso de discusión previo a la sanción de la norma, todas las situaciones posibles en las cuales las normas pueden ser aplicadas, se podría llegar a la conclusión de que el procedimiento democrático ha respetado el principio de universalización. Como decía el gran Juez Norteamericano Oliver W. Holmes, “generalizar es omitir”.

En verdad, el principio de imparcialidad que legitima las decisiones democráticas, no se satisface plenamente en discusiones generales acerca de cual es la norma correcta para resolver determinada cuestión, puesto que es imposible prever la riqueza de detalles y circunstancias que pueden darse en un caso concreto de la realidad.

El principio de imparcialidad exige que se tengan en cuenta todas las circunstancias relevantes de un caso, y no se puede considerar que ha sido plenamente respetado cuando sólo se lo tuvo presente en la justificación de una norma general, y no en la aplicación de esa norma a un caso particular.

Esta exigencia no puede lograrse en el control abstracto y preventivo. Los tribunales constitucionales al realizar este tipo de control, se manejan a un nivel de abstracción y generalidad similar al de la legislatura, sin tener en cuenta las particulares circunstancias de un caso concreto. No aplican normas sino que juzgan normas. Ello determina la dificultad práctica de establecer en general y a priori el peso relativo de cada valor o argumento que entran en conflicto al evaluarse la constitucionalidad de una ley.

En cambio, cuando la decisión legislativa es cuestionada por una persona que alega que sus derechos constitucionales son afectados, los jueces pueden revisar la decisión legislativa analizando si la pretensión de esa persona es compatible con los presupuestos valorativos que justifican la democracia.

Se debe tener presente que las legislaturas han sido pensadas para dictar normas generales que han de regir las futuras conductas individuales. En cambio, los jueces investigan los hechos pasados y tienen con exclusividad la facultad para determinar las circunstancias fácticas del caso. Por eso, cuando frente a un caso concreto advierten que un derecho constitucional de una persona ha sido afectado, por una ley que no contempla imparcialmente la situación de la persona en cuestión, si amparan su pretensión, están ampliando y no restringiendo los valores que justifican la democracia.

El procedimiento al que nos referimos puede ser visto como una suerte de diálogo entre los órganos representativos y el poder judicial. El diálogo se inicia cuando la legislatura sanciona una ley que reglamenta un derecho constitucional. Dado que en las legislaturas están representados los grupos políticos y los sectores de opinión más relevantes, y que las decisiones se toman por mayoría después de un amplio debate, se debe presumir que lo establecido por la legislatura es legítimo.

Sin embargo, atento a que la democracia no es un procedimiento perfecto, y puede desconocer puntos de vista moral y constitucionalmente relevantes,

“La argumentación jurídica en el control constitucional”

los jueces pueden corregir dicho error apelando a los mismos valores que justifican la democracia y dan validez a las decisiones legislativas.

La postura que defiende considera que existen diferencias entre el razonamiento justificatorio de normas generales y el que justifica la aplicación de una norma a un caso determinado. Dado que las normas son justificadas de acuerdo a criterios generales, abstraídos en buena medida de las particulares circunstancias en que van a ser aplicadas, no se puede sostener que una norma pueda aplicarse mecánicamente a un caso concreto.

La aplicación de las normas constitucionales para la resolución de casos concretos, supone en general, una actividad creadora y no mecánica. La tarea del juez no debe limitarse a descifrar lo que ha querido decir el legislador a través de la expresión empleada, sino también a determinar si el legislador hubiese querido proteger la situación que no pudo prever, en el caso de haberla efectivamente previsto. Debe también revisar si la ley cuestionada por alguna de las partes por considerar que viola sus derechos constitucionales, contradice los presupuestos valorativos que dan fuerza legitimadora a los procedimientos democráticos que le dieron origen.

En virtud de que el Poder judicial tiene la última facultad en la determinación de los hechos, una vez que los hechos han sido determinados, los jueces pueden revisar si el legislador ha tenido en cuenta al legislar de manera imparcial las particulares circunstancias probadas en el caso concreto planteado por el actor.¹⁴

Sólo frente a un caso concreto, y en virtud de las específicas condiciones de ese caso, puede un juez revertir una decisión legislativa, sin vulnerar los principios y valores que justifican la democracia.

El procedimiento judicial debe compensar la generalidad y universalidad de las normas jurídicas garantizando, frente a las circunstancias concretas del caso planteado, la realización de los valores perseguidos por la constitución, y con un alcance limitado al caso de que se trate.¹⁵

14. En el razonamiento jurídico justificatorio las normas juegan como razones *prima facie* excluyentes. Esto es, como razones independientes de su contenido y, por consiguiente, desvinculadas de sus justificaciones morales últimas. El carácter de razón excluyente de las normas impide -en principio- apelar, en el razonamiento jurídico justificatorio, a todos los aspectos relevantes que deberían tomarse en cuenta si se pretende una justificación plena de la decisión a adoptar. Sin embargo, el control judicial de constitucionalidad posibilita que se cuestionen las normas legales o administrativas que lesionan derechos constitucionales. Ello determina que el planteo de una cuestión de constitucionalidad elimina el carácter de razón excluyente de la norma cuestionada, posibilitando se deje de lado lo dispuesto en la norma en virtud de su falta de fundamento constitucional. Y, atento a que las cuestiones constitucionales plantean complejos problemas valorativos de carácter moral y político, la determinación de la constitucionalidad de una norma exige tomar en cuenta todos los aspectos valorativos relevantes que hacen a la justificación de la norma.

15. Esto no quiere decir que una norma no pueda ser inconstitucional frente a todo caso concreto que se plantee. Puede haber normas que sean siempre inconstitucionales, y normas que sean inconstitucionales en ciertos casos y constitucionales en otros casos. Esto último sucede porque resultan aplicables a más o a menos casos de a los que deberían ser aplicables. La generalidad de las normas determina que a veces resulten sobre-incluyentes y otras veces infra-incluyentes. Como explica Frederick Schauer, en “Playing by rules”, Oxford University Press 1994, las generalizaciones son selectivas y se realizan sobre la base de cierto número de propiedades, que excluyen necesariamente otras propiedades. En otras palabras, son selectivamente inclusivas y selectivamente exclusivas simultáneamente.

Todos estos problemas determinan que la constitucionalidad de la norma debe ser evaluada frente a las circunstancias particulares de un caso concreto.

Ello no sucede en el control preventivo y abstracto, en el que la actividad interpretativa, como expliqué antes, se limita a la comparación de dos normas, la constitución y la ley.

Quienes piensan que las normas generales permiten en todos los casos hacer la reducción de la norma general a los límites de una decisión particular incurren en una falsa ilusión. El discurso o razonamiento de aplicación de normas tiene una estructura diferente del de creación y justificación de normas.

El procedimiento de aplicación debe visualizar las precondiciones de imparcialidad necesarias para una aplicación correcta de la norma.¹⁶

Vuelvo a repetir, los jueces deben apelar al interpretar la constitución, a los mismos valores y presupuestos que justifican la democracia. De esta forma, al declarar la inconstitucional de una norma no imponen su voluntad por sobre la voluntad del legislador, sino que promueven los valores que justifican las decisiones democráticas frente a casos en los que las decisiones legislativas atentan contra los propios presupuestos que las legitiman.

En este sentido se debe ver al control de constitucionalidad como un control del proceso democrático, que amplía la discusión democrática, al permitir que quienes se consideran afectados por una ley que sostienen viola la constitución, puedan expresar su punto de vista y discutir la aplicación de dicha ley. De esta manera se abre una instancia más de debate acerca de la legitimidad de las decisiones que son respaldadas con la fuerza coactiva del Estado.

Las personas que cuestionan la constitucionalidad de una norma deben fundar la inconstitucionalidad en razones convincentes. Deben articular razones de manera de poder convencer a los jueces sobre la plausibilidad de su postura. Los jueces, al fallar deben justificar su decisión dando respuesta a las razones esgrimidas.

Esta cuestión de invocar razones a favor y en contra de determinada cuestión constitucional plantea la pregunta acerca de cuales son las buenas razones constitucionales.

Así como cuando uno participa en un discurso justificatorio debe mostrar que su postura es aceptable desde el punto de vista de todos los involucrados, los jueces cuando controlan la constitucionalidad de las leyes, deben revisar si el punto de vista general receptado en la norma es aceptable desde el punto de vista de la persona que lo cuestiona en el caso concreto, a la luz de los principios constitucionales.

Como ejemplo de este punto de vista me parece relevante analizar unos fallos recientes de la Corte Suprema Argentina. El Congreso argentino dictó una ley por la que se dispuso que la deuda que el Estado mantiene con los jubilados y pensionados sea pagada con bonos públicos que tienen un plazo de vencimiento de 16 años. Muchos jubilados plantearon la inconstitucionalidad de dicha ley alegando la violación del derecho de propiedad y de los derechos de la seguridad social. La Corte Suprema consideró que la ley es constitucional, porque en el marco de la emergencia económica y los recursos con que cuenta el estado, el Congreso legisló teniendo en cuenta de manera imparcial los

16. Ver J. Habermas, "Justification and Application", The M.I.T. Press, 1993.

“La argumentación jurídica en el control constitucional”

intereses de los jubilados en relación a la situación financiera y recursos públicos. Sin embargo, en el caso planteado por una jubilada que tenía 92 años de edad, la Corte varió su posición, y declaró la inconstitucionalidad de la norma, para ese sólo caso, en virtud de que, por razones biológicas, dicha señora muy difícilmente iba a vivir para cobrar su crédito, y que por consiguiente, el punto de vista particular de esa señora no había sido tenido en cuenta por el legislador al sancionar la ley.¹⁷

Como explica Wittgenstein, las palabras generales, como las normas generales, nivelan la comprensión y corren el riesgo de pasar por alto lo especial y concreto, sin lo que lo general ni siquiera existe. “La idea de que para aclarar el significado de una expresión general, hay que encontrar el elemento común de todos sus usos, ha entorpecido las investigaciones filosóficas. Se interpreta frente a las circunstancias de un caso concreto, todo interpretar llega siempre hasta un último comprender. Una interpretación deja abierta muchas posibilidades si no se efectúa frente a un caso concreto”.

La tarea de interpretar el derecho debe adecuarse a la estructura del discurso a través del cual se legitiman los acuerdos sociales. El problema de la interpretación del derecho no puede dilucidarse sin tener presente la cuestión de la aplicación del derecho. Cuando se interpreta una norma se presupone su aplicación. Interpretar implica determinar las condiciones de su aplicación. Cuando se interpreta una norma en abstracto, como hacen los tribunales constitucionales, se presuponen ciertas condiciones genéricas de aplicación. Ello resulta insuficiente porque es imposible prever a priori todas las circunstancias en las que la norma puede ser aplicable, e ilegítimo, porque se atenta contra una decisión de un órgano con mayor legitimidad democrática -el legislativo- que realizó el mismo tipo de evaluación.

La teoría del derecho, y la teoría de la interpretación constitucional, deben ser compatibles con una teoría de la legitimación. Esto es, con una teoría de la democracia.

Por ello no puede construirse una teoría constitucional, ni diseñarse instituciones democráticas, sin una teoría sobre la fundamentación de la democracia.

17. Ver fallo “Iachemet, María L. c Armada Argentina. CS, abril 29-993, en revista jurídica La Ley, Tomo 1993 D, pag. 118.

Revista Jurídica de la Universidad de Palermo

Decisiones Judiciales y Comentarios

Traducción parcial del fallo del Tribunal Constitucional Alemán sobre la constitucionalidad de colocar crucifijos en las escuelas públicas (1 BVR 1087/91, sentencia del 16/5/95) *

[Los actores -niños en edad escolar y sus padres- plantearon ante el Tribunal Administrativo de la Provincia de Baviera -República Federal de Alemania- acciones de inconstitucionalidad contra el parágrafo 13, apartado 1, inciso 3, de la Ordenanza Escolar para las Escuelas Primarias de Baviera (VSO). Esta disposición está redactada en los siguientes términos: “La escuela apoya a los encargados de la educación de los niños en la educación religiosa de éstos. Los rezos, el servicio religioso y la devoción religiosa practicadas en la escuela son alternativas de ese apoyo. En cada aula escolar debe colocarse una cruz. Los maestros y alumnos están obligados a respetar los sentimientos religiosos de todos”. Los planteos constitucionales se basaron en que la norma transcrita era violatoria, entre otros, del derecho a la libertad religiosa, tutelado por el art. 4 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania. Como dichos planteos fueron rechazados por el tribunal administrativo, los actores interpusieron un recurso ante el Tribunal Constitucional Federal. Luego de resolver que el recurso era formalmente admisible, el Tribunal Constitucional examinó el fondo del asunto. A continuación se transcriben sus argumentos sobre dicha cuestión]

I

1. El art. 4, parágrafo 1, de la Ley Fundamental¹ protege la libertad de creencia. Por consiguiente, la decisión a favor o en contra de una creencia es una cuestión del individuo y no del estado. El estado no puede prescribir o prohibir a aquél una creencia o una religión. Sin embargo, no solamente pertenece al ámbito de la libertad de creencia sostener una creencia sino también vivir y actuar y conforme las propias convicciones religiosas...La libertad de creencia garantiza especialmente la participación en las actividades del culto,

* Traducción, selección y notas de Hernán Víctor Gullco. Los párrafos entre corchetes y en negrita pertenecen al traductor.

1. Esta disposición está redactada en los siguientes términos: “Son inviolables la libertad de creencia, de conciencia y la libertad de credo religioso e ideológico”.

prescriptas por una creencia o en las cuales ésta se encuentra expresada. Inversamente, ello significa la libertad de mantenerse alejado de actividades de culto de una creencia que no se comparte. En todo caso, esta libertad se vincula con los símbolos a través de los cuáles se expresa la creencia o la religión. El art. 4, parágrafo 1, de la Ley Fundamental deja en manos de los individuos el decidir qué símbolos religiosos reconocen y veneran y cuáles rechazan. Por cierto que, en una sociedad que deja espacio libre a convicciones religiosas diferentes, no existe el derecho de verse libre de manifestaciones de fe, de actividades de culto y de símbolos religiosos que resultan extraños. Sin embargo, debe distinguirse aquéllas de la situación creada por el estado, en la cual el individuo se ve sometido -sin posibilidad de escapatoria- a la influencia de una creencia determinada, a las actividades a través de las cuáles ésta se manifiesta o a los símbolos que la representan. El art. 4, 1 de la Ley Fundamental ejerce su efecto garantizador de la libertad precisamente en los ámbitos que no han sido dejados en manos de la auto-organización de la sociedad sino que han sido tomados bajo la protección del estado...Esto ha sido tenido en cuenta por el art.140 de la Ley Fundamental, en conexión con el art.136, parágrafo 4 de la Constitución de la República de Weimar,² que expresamente prohíbe obligar a alguien a participar en una actividad religiosa.

El art. 4, 1, de la Ley Fundamental no se limita a prohibir al estado inmiscuirse en las convicciones, conductas o representaciones religiosas de los individuos o de las comunidades religiosas. Le impone, asimismo, la obligación de asegurar a aquéllos un ámbito de actividad en el cuál la personalidad se pueda desarrollar en el campo ideológico o religioso y de protegerlos de los ataques o impedimentos de los partidarios de otras tendencias confesionales o de grupos religiosos rivales. Sin embargo, el art. 4, 1, L.F. no otorga al individuo o a las comunidades religiosas ningún derecho de expresar sus convicciones religiosas con apoyo estatal. De la libertad religiosa del art. 4, 1, L.F., surge -por el contrario- el principio de la neutralidad estatal respecto de las diferentes religiones y creencias. El estado, bajo el cual conviven los partidarios de diferentes -y hasta opuestas- convicciones religiosas y filosóficas, sólo puede asegurar la coexistencia pacífica [**entre ellos**] en tanto conserve la neutralidad en cuestiones de creencias. Por lo tanto, no está autorizado a poner él mismo en peligro la paz religiosa en una sociedad. Este mandato encuentra su fundamento no sólo en el art. 4, parágrafo 1, L.F. sino también en el art.3,3 así también en el art.33, 140, todos de la Ley Fundamental, en conexión con los arts.136, 1 y 4 y 137, 1 de la Constitución de Weimar.³ Estas disposiciones

2. El art.140 de la Ley Fundamental -sancionada en 1949- dejó vigente al art.136, 4 de la Constitución de Weimar (1919) que dice lo siguiente: "Nadie puede ser obligado a participar en una actividad o en una festividad de una iglesia o a participar en un ejercicio religioso o a utilizar un juramento religioso".

3. Art. 3,3: "Nadie puede ser perjudicado o beneficiado en razón de su sexo, su origen, su raza, su idioma, su nacionalidad y procedencia, sus creencias o sus convicciones religiosas o políticas". Art. 33,1: "Cada alemán posee en cada provincia los mismos derechos y obligaciones políticos". Art.136, 1 de la Constitución de Weimar: "Los derechos civiles y políticos no se verán ni condicionados ni limitados en razón del ejercicio de la libertad religiosa". Art.137, 1, Weimar: "No existe una religión del estado". Para las demás normas, ver nota anterior.

prohiben la introducción de formas jurídicas que tengan el contenido de una religión de estado, y vedan el privilegiar determinadas convicciones así también como la exclusión de las personas con otras creencias...Es irrelevante la fuerza numérica o la relevancia social...Antes bien, el estado debe observar un comportamiento orientado en el principio de tratamiento igualitario respecto de las diferentes asociaciones religiosas o confesionales...Aun cuando colabore con ellas o cuando las patrocine, ello no puede llevar a una identificación con determinadas comunidades religiosas...

Junto con el art. 6, apartado 2, de la L.F., que garantiza a los padres el cuidado y la educación de sus hijos como un derecho natural,⁴ el artículo 4, apartado 1, de la Ley Fundamental también comprende el derecho a la educación de los niños en el aspecto religioso y filosófico. Queda reservado a los padres transmitirles a sus hijos las creencias en cuestiones religiosas o filosóficas que ellos consideren correctas...Ello se corresponde con su derecho de mantener apartados a los niños de creencias que a los padres parezcan falsas o dañinas.

2. El parágrafo 13, apartado 1, párrafo 3 de la VSO, como así también las decisiones impugnadas que se fundan en esa norma, interfieren en ese derecho fundamental.

a) El parágrafo 13, apartado 1, párrafo 3 de la VSO dispone la instalación de cruces en todas las aulas de las escuelas primarias bávaras. El concepto de la cruz comprende, conforme a la interpretación de los tribunales que intervinieron en el proceso, a las cruces con y sin la imagen [de Cristo]. Por tal razón, al examinarse la norma se deben incluir ambos significados. Por cierto que los recurrentes, conforme al significado literal de su presentación, solicitaron únicamente el retiro de los crucifijos. Sin embargo, el tribunal administrativo admitió expresamente que con ello también podía entenderse la cruz sin figura, y rechazó la presentación con este significado amplio.

Junto con el deber genérico de concurrir a la escuela, la existencia de cruces en las aulas de clase tiene como resultado que los alumnos, durante la clase y a resultas de la intervención del estado y sin posibilidad de escapatoria, se ven confrontados con este símbolo y se ven obligados a aprender “bajo la cruz”. En ello se diferencia la instalación de cruces en las aulas con la confrontación que ocurre a menudo en la vida cotidiana con los diferentes símbolos religiosos de las más diversas corrientes de creencias. En primer lugar, éstas no parten del estado sino que son la consecuencia de la difusión de las más diversas creencias y de comunidades religiosas en la sociedad. Por otra parte, no poseen el mismo grado de inevitabilidad. Por cierto que el individuo no puede decidir si va a encontrarse o no, en los letreros callejeros, en los medios públicos de transporte o al ingresar a edificios, con símbolos o manifestaciones religiosas. Sin embargo, por lo general se trata de un encuentro pasajero y, aún en confrontaciones más prolongadas, éstas no se fundan en una coacción cuyo cumplimiento se obtenga, en caso de necesidad, por medio de una sanción.

4. Dicha norma establece: “El cuidado y la educación de los niños son el derecho natural de los padres y su deber más preeminente. La comunidad estatal supervisa su ejercicio”.

Conforme con su duración y con su intensidad, el efecto de las cruces en las aulas escolares es aun mayor que el de las cruces en las salas de los tribunales. Empero, el Tribunal Constitucional Federal ya ha visto en la coacción de llevar a cabo un litigio judicial bajo una cruz en contra de las propias convicciones religiosas o ideológicas, una interferencia en la libertad de creencia de un participante judío en el proceso, quien consideraba tal circunstancia como una identificación del estado con la fe cristiana (conf.BVerfGE 35, 366, 375).⁵

La inevitabilidad del encuentro con la cruz en las aulas escolares tampoco se ve eliminada con el establecimiento, autorizado por el art.7, apartado 4, de la L.F., de escuelas privadas.⁶ En primer lugar, la instalación de escuelas primarias privadas se encuentra supeditada, precisamente, a exigencias particularmente severas en el art.7, apartado 5, de la L.F.⁷ Por otro lado dado que esas escuelas, por lo general, se financian con los fondos que son aportados por los padres, una gran parte de la población carece de la posibilidad de desviarse a esas escuelas. Tal ha sido el comportamiento del recurrente en el presente caso.

b) La cruz es un símbolo de una determinada convicción religiosa y no simplemente la expresión de la cultura occidental impregnada de cristianismo.

5. En dicha oportunidad, el Tribunal Constitucional señaló: "...Al resolver el presente caso a la luz de la Constitución debe partirse del hecho de que amplios sectores de la población no tienen objeción alguna respecto de la colocación de cruces en las salas de los tribunales. Por lo demás, dicha colocación no constituye una "identificación" con determinada creencia cristiana de forma tal que la participación de personas de otras creencias (partes, representantes de éstas o testigos) en las actuaciones realizadas en la sala de un tribunal que posea dicho símbolo, vaya a ser considerada por aquéllas, como regla general, como inaceptable. En efecto, la sola existencia de una cruz no exige de esas personas, ni una identificación con la idea o las instituciones corporizadas por el símbolo, ni un comportamiento determinado. Sin embargo, debe reconocerse que algunos participantes en el proceso pueden verse lesionados en su derecho fundamental del art.4, 1 de la Ley Fundamental ante la inevitable coacción de llevar adelante un proceso bajo una cruz que va en contra de sus convicciones religiosas o ideológicas y por tener que tolerar la exhibición [de dicho símbolo], que es considerada por ellos como una identificación en un ámbito puramente temporal. El derecho a la libertad de creencia y de confesión, que ha sido otorgado con carácter inviolable por el art.4, 1 de la Ley Fundamental, se encuentra en estrecha relación con la dignidad humana como valor supremo en el sistema de los derechos fundamentales. El derecho allí incorporado de no verse perturbado por la coacción estatal en materias religiosas y filosóficas puede justificar la tutela de una minoría aún en supuestos de interferencias relativamente leves cuando -tal como ocurre con el ejercicio de la jurisdicción estatal- la adopción de esa tutela no colisiona con los derechos de la mayoría de la población en el ejercicio de su libertad de creencia..." (sentencia del 17/7/1973, BVerfGE 35, 366,375/376).

6. Esta disposición establece: "Queda garantizado el derecho a establecer escuelas privadas. Las escuelas privadas como sustitutos de las escuelas públicas requieren la autorización del estado y están subordinadas a la legislación de las provincias. La autorización se concederá cuando las escuelas privadas no se encuentren en inferioridad respecto de las escuelas públicas en lo referente a sus objetivos de enseñanza e instalaciones así también como en la formación científica de su personal docente y cuando no lleven a cabo una selección de los alumnos teniendo en cuenta los medios económicos de los padres. Debe rehusarse la autorización cuando no se encuentre asegurada en forma suficiente la situación económica y jurídica del cuerpo docente".

7. Esta norma expresa: "Una escuela primaria privada solo será autorizada cuando la administración escolar reconozca un interés pedagógico especial o cuando, a pedido de las personas encargadas de la educación [de los niños], aquélla va a ser establecida como una escuela comunitaria, confesional o ideológica y cuando no exista en la comunidad una escuela primaria pública de esa clase".

Por cierto que a través de los siglos numerosas tradiciones cristianas han ingresado en los fundamentos culturales generales de la sociedad, respecto de las cuáles no se han podido sustraer aun los mismos opositores del cristianismo y los críticos de su herencia histórica. Sin embargo, debe distinguirse estas últimas de los específicos contenidos confesionales de la religión cristiana o de una específica confesión cristiana, incluidos sus recordatorios rituales y su representación simbólica. Una profesión de fe respecto de estos contenidos confesionales, a los cuales también se ve expuesto el tercero que se encuentra en contacto con el estado, afecta la libertad religiosa. El Tribunal Constitucional Federal ya se fundó en este punto de vista en su decisión acerca de la constitucionalidad de las escuelas interconfesionales de características cristianas en la provincia de Baden, al resolver que la expresión autorizada de cristianismo se vinculaba, en primer lugar, al reconocimiento del factor cultural y educativo determinante y no, en cambio, a las verdades de fe de la religión cristiana. Únicamente con tal limitación quedaba legitimada dicha expresión, aún respecto de los no cristianos, a través del efecto continuo de una realidad histórica (conf.BVerfGE 41, 29,52).⁸

Tal como ha sido en el pasado, la cruz es un símbolo confesional específico del cristianismo. Es su símbolo confesional por excelencia. Simboliza la liberación del ser humano del pecado original, consumada a través del sacrificio de la muerte de Cristo y al mismo tiempo, empero, la victoria de Cristo sobre Satán y la muerte y su reino sobre el mundo: sufrimiento y muerte al mismo tiempo...Por tal razón, para el cristiano creyente, la cruz es, en muchos aspectos, objeto de veneración y de práctica piadosa. La instalación de una cruz en un edificio o en una habitación es considerada hasta nuestros días como una acentuada profesión de fe de su propietario respecto de la confesión cristiana. Para el no cristiano o para el ateo, la cruz constituye la expresión simbólica de determinadas convicciones religiosas, y el símbolo de su difusión proselitista precisamente por el significado que le otorga el cristiano y que ha tenido en la historia. Sería una profanación de la cruz, que trivializaría al cristianismo y que sería contraria a la iglesia cristiana, si se viera en aquella -tal como se dice en el fallo apelado- una simple expresión de la tradición occidental o un signo del culto sin un carácter específicamente religioso. El significado religioso de la cruz también aparece claramente del contexto del parágrafo 13, apartado 1, VSO.

c) Tampoco se puede negar, como lo hace la decisión impugnada, el efecto que la cruz tiene sobre los alumnos.

8. En el caso citado, el Tribunal Constitucional rechazó los planteos de padres de alumnos que se oponían a que en distintas provincias alemanas los respectivos gobiernos establecieran escuelas confesionales comunales. El Tribunal fundó su decisión en la circunstancia de que la Ley Fundamental alemana había otorgado a los gobiernos locales amplias facultades para determinar por sí las características de las escuelas en las provincias. Sin embargo, el Tribunal agregó que, por más amplias que fueran dichas facultades, los gobiernos provinciales debían respetar, al organizar el sistema escolar, el derecho constitucional a la libertad religiosa de los niños. Así, si el legislador se decidía en favor de la creación de escuela comunales cristianas, no debía afectar los derechos fundamentales de los niños, cuyos padres no deseaban educación religiosa en la escuela (conf. Richter y Schuppert, "Casebook Verfassungsrecht", 2a. ed., Munich, editorial C.H.Beck, 1991, págs. 212/213).

Es cierto que la instalación de una cruz en el aula escolar no conlleva una coacción a una identificación o a determinados homenajes, o formas de comportamiento. Tampoco se sigue de ello que la enseñanza de las materias profanas vaya a verse influida por la cruz o que la enseñanza vaya a ser realizada conforme a las verdades de fe y las exigencias de comportamiento que aquélla simboliza. Sin embargo, las posibilidades de la cruz para ejercer influencia no se agotan allí. La enseñanza escolar no sólo sirve para el aprendizaje de técnicas culturales fundamentales y el desarrollo de facultades cognoscitivas. Debe también llevar al desarrollo de las estructuras emocionales y afectivas de los alumnos. La experiencia escolar está destinada a promover el desarrollo de la personalidad de aquéllos en forma amplia y, especialmente, también a influir en el comportamiento social. En tal contexto aparece la importancia de la cruz en el aula. Tiene un carácter de llamamiento y señala como ejemplificadores y dignos de ser seguidos a los contenidos de fe por ella simbolizados. Ello ocurre, especialmente, respecto de aquellas personas que, en razón de su juventud, no están seguras en sus convicciones y que recién deben adquirir la facultad crítica y la elaboración de sus propios puntos de vista y que, por tal razón, son fácilmente accesibles a la influencia mental...

Tampoco las decisiones impugnadas niegan totalmente el carácter de llamamiento de la cruz. Por cierto que niegan que la cruz posea, respecto de los alumnos de otras creencias, un significado específicamente cristiano. Sin embargo, en lo que respecta a los alumnos cristianos, ven en ella una expresión esencial de sus convicciones religiosas. En forma similar opina el primer ministro de Baviera, al sostener que la cruz posee, en la enseñanza general, un valor simbólico indeterminado en tanto que, en los rezos escolares y en la enseñanza religiosa, aquélla se transforma en un símbolo de fe específico.

3. El derecho fundamental de la libertad de creencia ha sido otorgado incondicionalmente. Ello no significa, empero, que no pueda ser objeto de ninguna restricción. Pero dichas restricciones tienen que surgir de la propia constitución. El legislador no está facultado para crear restricciones que no aparezcan ya previstas en la constitución. Pero en el caso no existen fundamentos constitucionales que puedan justificar tal interferencia.

a) Tampoco surge del art.7, apartado 1, de la L..F. tal justificación.⁹

Por cierto que el art.7., apartado 1, de la Ley Fundamental otorga al estado una misión educativa...No sólo debe organizar el sistema escolar y establecer él mismo escuelas sino que debe asimismo fijar los objetivos de enseñanza y los cursos educativos. En ello, es independiente de los padres...Por tal razón, no sólo puede producirse un conflicto entre la educación escolar y familiar. Es más bien inevitable que en la escuela colisionen en forma particularmente intensa las distintas convicciones religiosas e ideológicas de los alumnos y sus padres.

Este conflicto entre distintos titulares de un derecho fundamental acordado incondicionalmente, así también entre este derecho fundamental y otros bienes protegidos constitucionalmente, debe ser resuelto conforme al principio de la

9. Esta norma dice: "Todo el sistema escolar está bajo la supervisión del estado".

concordancia práctica. Este exige que no se privilegie o que se reconozca en toda su extensión a una de las posiciones jurídicas en conflicto sino que todas sean respetadas lo más posible por medio de un compromiso...

Tal compromiso no exige del estado que éste, al cumplir la tarea educativa encomendada por el art.7, apartado 1, de la Ley Fundamental, renuncie completamente a todos los aspectos religiosos e ideológicos. Ni siquiera un estado, que otorga en forma amplia la libertad de creencia y que se compromete él mismo a la neutralidad religiosa y filosófica, puede borrar las convicciones y actitudes valorativas que vienen a través de la cultura y que se encuentran enraizadas históricamente, sobre las que se apoya la cohesión social y de las que él también depende para el logro de sus propias tareas. La fe cristiana y las iglesias cristianas poseen, en dicho ámbito, una extraordinaria fuerza formativa, con independencia de los juicios que merezca actualmente la herencia de aquéllas. Las tradiciones de pensamiento, las experiencias vitales y los patrones de conducta que se remontan a aquéllas no pueden serles indiferentes al estado...El estado, que obliga a los padres a mandar a sus hijos a la escuela estatal, debe respetar la libertad religiosa de aquellos padres que desean una enseñanza impregnada religiosamente. La Ley Fundamental ha reconocido esto al autorizar, en el art.7, apartado 5, la existencia de escuelas estatales confesionales o ideológicas y al establecer a la enseñanza religiosa como materia regular (art.7, apartado 3, de la Ley Fundamental) y además ha permitido un espacio para el ejercicio activo de la fe¹⁰...

Por cierto que en una sociedad pluralista es imposible tener totalmente en cuenta a todos los concepciones educativas al momento de diseñar la escuela pública obligatoria. Especialmente, no es posible desarrollar sin conflictos los aspectos negativos y positivos de la libertad religiosa en una misma institución estatal. De ello se sigue que, en el ámbito escolar, el particular no puede remitirse en forma irrestricta al art.4, apartado 1, de la Ley Fundamental.¹¹

Le corresponde al legislador provincial resolver la inevitable relación de tensión entre la libertad religiosa negativa y positiva. Este debe buscar, en un proceso público de formación de voluntad, un compromiso que sea aceptable para todos. Al efectuar su regulación puede orientarse teniendo en cuenta que, por un lado, el art.7 de la Ley Fundamental admite, en el ámbito de la escuela, influencias religiosas e ideológicas y que, por el otro, el art.4 de la Ley Fundamental dispone, en la adopción de una determinada forma de escolaridad, eliminar tanto como sea posible coacciones de tipo religioso e ideológico. Ambas disposiciones deben ser vistas en conjunto y, al ser interpretadas, deben ser armonizadas la una con la otra porque sólo la concordancia de los bienes jurídicos tutelados en ambos artículos será conforme a la decisión de la Ley Fundamental...

10. El art.7, apartado 3, de la Ley Fundamental dice así: "La enseñanza religiosa en las escuelas públicas, con excepción de las escuelas no confesionales, será materia regular. Sin perjuicio de la facultad estatal de supervisión, la enseñanza religiosa será impartida de acuerdo a los principios de las comunidades religiosas. Ningún maestro será obligado a impartir enseñanza religiosa en contra de su voluntad". Por su parte, el art.7, apartado 2, dispone: "Los encargados de la educación tienen el derecho de decidir acerca de la participación del niño en la clase de religión". Para el art.7, apartado 5, ver nota 7 "supra".

11. Ver nota 2 "supra".

De allí que el Tribunal Constitucional Federal haya concluido que al legislador provincial no le está completamente prohibido la introducción de aspectos religiosos en la conformación de las escuelas públicas primarias, aun cuando los encargados de la educación, que no tienen posibilidad de evitar esas escuelas al educar a sus hijos, no deseen ninguna educación religiosa. Es requisito, sin embargo, que ello esté acompañado con el mínimo indispensable de elementos coactivos. Ello significa, especialmente, que la escuela no considere su tarea en el campo religioso e ideológico como una labor proselitista y que no pretenda que los contenidos de fe cristiana tengan carácter vinculante. La afirmación del cristianismo se refiere a su reconocimiento como factor cultural y educativo determinante y no a ciertas verdades de fe. Forma precisamente parte del cristianismo, en su carácter de factor cultural, el mandamiento de la tolerancia para las personas que piensan distinto. Su confrontación con una visión del mundo impregnada por el cristianismo no lleva en todo caso a un desprecio discriminatorio de las concepciones no cristianas, pues no se trata de un mediación en materia de fe, sino de la búsqueda para desarrollar la personalidad autónoma en el campo religioso y filosófico conforme a la decisión fundamental del art.4 L.F. (conf. BVerfGE 41, 29, 51; 41, 65,85).

La instalación de cruces en las aulas de clase va más allá de los límites mencionados en materia de organización religiosa e ideológica de la escuela. Tal como ya se ha señalado, la cruz no puede ser despojada de su relación específica con el contenido de la fe cristiana y ser reducida a un signo general de la tradición cultural de Occidente. Simboliza el núcleo fundamental de la convicción de fe cristiana que, por cierto, ha moldeado al mundo occidental en variadas formas, pero que de ninguna forma es compartida por todos los miembros de la sociedad sino que, en ejercicio del derecho fundamental del art.4, apartado 1, de la Ley Fundamental, es rechazada por muchos. Por lo tanto, su instalación en la escuela pública obligatoria es incompatible con el art.4, apartado 1, de la Ley Fundamental, en tanto no se trate de escuelas de confesión cristiana.

b) La instalación de la cruz tampoco se justifica con fundamento en la libertad positiva de creencia de los padres y los alumnos de fe cristiana. La libertad positiva de creencia le es acordada a todos los padres y alumnos en la misma medida, no únicamente a aquéllos que sean cristianos. El conflicto resultante no puede ser resuelto conforme al principio mayoritario pues, precisamente, el derecho fundamental a la libertad de creencia tiene como especial objetivo la protección de las minorías. Además, el art.4, apartado 1, de la Ley Fundamental no otorga en forma ilimitada a los titulares del derecho fundamental la facultad de ejercer sus creencias religiosas en el ámbito de las instituciones estatales. En tanto que la escuela, conforme a la constitución, deja el campo libre para dichas actividades en la enseñanza religiosa, en lo que respecta a los rezos escolares y otras manifestaciones religiosas aquéllas deben estar impregnadas por el principio de la voluntariedad y deben otorgar a las personas de otras creencias posibilidades soportables de evitarlas. Ello no ocurre con la instalación de cruces en las aulas de clase, cuya presencia y exigencia no pueden ser evitadas por las personas de otras creencias. Por último, no sería compatible con el mandato de la concordancia práctica reprimir

completamente los sentimientos de las personas de otras creencias con el objeto de que los alumnos de confesión cristiana puedan estudiar, más allá de la clase religiosa y de las devociones voluntarias, las materias seculares bajo el símbolo de su creencia.

Por tal razón, la disposición del párrafo 13, apartado 1, inciso 3, VSO, que se encuentra en discusión en el presente caso, es contraria a los mencionados derechos fundamentales y corresponde declarar su invalidez...

Voto en disidencia de los jueces Seidl, Söllner y Haas.

[En primer lugar, los citados magistrados sostuvieron que, conforme lo disponía la Ley Fundamental alemana, lo referente a la organización escolar primaria era materia reservada a los gobiernos provinciales y no al gobierno federal. Y, en lo que respecta al estado provincial de Baviera, señalaron que su constitución establecía que la educación primaria la enseñanza debía ser realizada, en escuela comunitarias cristianas, conforme a los principios de la fe cristiana. Agregaron, sin embargo, que tal disposición no debía entenderse en un sentido confesional sino como la enseñanza de los valores, que eran comunes a la fe cristiana, y las normas éticas que se desprendían de éstos. A continuación, examinaron el caso a la luz de estos principios]...

3. Le corresponde a las provincias de la federación, como responsables del sistema escolar primario conforme al art.7, apartados 1 y 5, de la Ley Fundamental,¹² adoptar las disposiciones necesarias acerca de la organización de las escuelas primarias. En tal ámbito, el correspondiente legislador provincial posee un amplio ámbito discrecional. La regulación del párrafo 13, apartado 1, inciso 3, de la Ordenanza Escolar para las Escuelas Primarias de Baviera, según la cual debe instalarse una cruz en cada aula escolar, no va más allá de los límites de dicho ámbito discrecional. Dado que el legislador provincial está facultado a introducir, de manera inobjetable desde el punto de vista constitucional, el tipo escolar de las escuelas comunitarias cristianas, no le puede estar vedado simbolizar en las aulas escolares por medio de la cruz las representaciones valorativas que conforman a estas escuelas.

a) La disposición del párrafo 13, apartado 1, inciso 3, de la ordenanza escolar primaria es parte de la organización de las escuelas cristianas comunitarias. Por medio de la cruz en el aula se pone en forma concreta ante los ojos de los maestros y alumnos los valores y normas éticas supraconfesionales de la tradición occidental y cristiana, que deben ser transmitidos en ese tipo de escuelas. Al sancionar esa disposición, el legislador provincial estaba autorizado a tener en cuenta el hecho de que la mayoría de los ciudadanos que viven en su ámbito pertenecen a una iglesia cristiana...También podía él dar como supuesto que la instalación de una cruz en el aula, debido a su carácter simbólico para los valores y normas éticas cristianos y occidentales supraconfesionales, iba a ser bien recibida, o al menos respetada, por la mayoría de las personas que no pertenecían a iglesia alguna. En favor de esta posición, también debe señalarse que las disposiciones de la

12. El art. 7, apartado 1 dice: "Todo el sistema escolar se encuentra bajo la supervisión del Estado". El texto del apartado 5 está transcrito en la nota 8 "supra".

constitución de Baviera acerca de las escuelas comunitarias cristianas han obtenido la aprobación de la mayoría de la población...

b) El estado, que interviene profundamente en la educación que los niños reciben a través del hogar familiar al imponerles la obligación de concurrir a la escuela, depende en gran parte de la aceptación que los padres muestren al sistema escolar por él organizado. No le puede estar vedado mantener, tanto como sea posible, la coincidencia de la escuela y del hogar familiar en lo que respecta a las concepciones valorativas básicas...A ello puede contribuir también la instalación de cruces en las aulas de clase, que en Baviera expresa una larga tradición que sólo encontró oposición en la época del nacionalsocialismo.¹³

4. Por medio de la instalación de cruces en las aulas de clase no se viola la obligación del estado a la neutralidad en materia filosófica y religiosa. Bajo la vigencia de la Ley Fundamental el mandato de neutralidad en materia filosófica y religiosa no puede ser entendido como un compromiso del estado a la indiferencia o al laicismo. Mediante la remisión del art.140 de la Ley Fundamental al artículo sobre la iglesia de la Constitución de Weimar,¹⁴ la obligación de neutralidad ha sido organizada en el sentido de una colaboración del estado con las iglesias y las sociedades religiosas, la cual también incluye la promoción de éstas por medio del estado.

En las decisiones acerca de la admisibilidad constitucional de las escuelas comunitarias cristianas, el Tribunal Constitucional Federal ha declarado, en conexión con la obligación de neutralidad, que la escuela -si bien puede influir en las decisiones de creencia y conciencia de los niños- sólo puede contener un mínimo de elemento coactivo. Además, tampoco puede convertirse en una escuela misionera y tampoco puede reivindicar un contenido de fe cristiana vinculante. Debe estar también abierta a otros contenidos y valores filosóficos y religiosos...

La regulación del parágrafo 13, apartado 1, inciso 3, de la Ordenanza Escolar de Baviera para las Escuelas Primarias, que la mayoría de la Sala considera inconstitucional, satisface todas esas exigencias: la mera existencia de una cruz en el aula no obliga a los alumnos a realizar determinadas formas de comportamiento y no convierte a la escuela en una organización misionera. La cruz no modifica el carácter de las escuelas comunitarias cristianas sino que sirve, en su carácter de símbolo común para las confesiones cristianas, en una forma especialmente idónea, como emblema para el contenido educativo, constitucionalmente admisible, de esa forma escolar. La instalación de una cruz en el aula no excluye el respeto de otros contenidos y valores ideológicos y religiosos en la educación. La conformación de la enseñanza se encuentra también sometida al mandato del art.136, apartado 1, de la constitución de Baviera, de acuerdo con la cual se deben respetar los sentimientos religiosos de todos los alumnos.

13. En 1941 el gobierno nazi ordenó el retiro de los crucifijos en las escuelas. La medida encontró tal resistencia entre la población civil de Baviera que, en el mismo año, aquélla fue anulada (conf. Wolfgang Michalka, compilador, DAS DRITTE REICH, Munich, dtv Dokumente, 1985, tomo 2, pags. 338/339).

14. Ver nota 3 "supra".

II

Contrariamente a la opinión de la mayoría de la Sala, los recurrentes no se encuentran afectados en su libertad religiosa (art.4, apartado 1, Ley Fundamental y art.4 apartado 1 en relación con el art.6 apartado 2, inciso 1, de la Ley Fundamental) por la existencia de cruces en las salas de enseñanza.

1. Con la obligación de asistir a la escuela y con la adopción del sistema escolar primario como propia responsabilidad, el estado ha tomado bajo su tutela un ámbito que resulta relevante para la educación de la juventud. Ello tiene como consecuencia que él debe crear en dicho ámbito un espacio para el desarrollo de los derechos a la libertad. Por cierto que éstos pueden ser restringidos, teniendo en cuenta el legítimo objetivo de su organización -en este caso la escuela- pero no eliminados. La escuela pública, que el estado ha puesto bajo su control en lo que respecta a su conformación organizativa y, en gran parte, también a su contenido, es un ámbito en el cual se enfrentan el accionar estatal y la libertad civil. En tal ámbito el estado se encuentra facultado, también a través de la existencia de símbolos valorativos accesibles a los sentidos que se correspondan a las prácticas difundidas en la correspondiente provincia de la federación, a crear un marco organizativo en el cual se puedan desarrollar las convicciones religiosas de gran parte de los alumnos y de sus padres...Por el contrario, la instalación de cruces en las salas de audiencia de los tribunales, la cual puede violar el derecho fundamental -art. 4, apartado 1, de la Ley Fundamental- de un participante en el proceso (conf. BVerfGE 35, 366),¹⁵ cae dentro del ámbito de las originarias funciones estatales soberanas y, por tal razón, está sometida a otras obligaciones constitucionales que la instalación de cruces en las aulas de clase de las escuelas estatales...

La libertad religiosa del art. 4, apartado 1, de la Ley Fundamental, se ve aun más fortalecida y puesta de relieve -lo que la mayoría de la Sala no ha tenido en cuenta- por el otorgamiento del libre ejercicio religioso en el art.4, apartado 2, de la Ley Fundamental¹⁶...Los arts. 4, apartados 1 y 2 L.F. aseguran conjuntamente al individuo un ámbito para el ejercicio activo de su convicción religiosa. Si el rezo en la escuela, voluntario y supraconfesional, es constitucionalmente inobjetable (conf.BVerfGE 52, 223),¹⁷ entonces también ocurre lo mismo con la cruz en el aula de clase. Con ello, el estado otorga un ámbito a la libertad positiva de creencia en un campo que él ha puesto completamente bajo su cuidado y en el cual las orientaciones religiosas y filosóficas han sido desde siempre relevantes...

2. Con ello no se ha interferido en la libertad religiosa de los recurrentes.

a) Los recurrentes no se remiten al ejercicio de libertad religiosa del art., apartado 2, L.F. Tampoco invocan una violación de la libertad positiva de

15. Ver nota 6 "supra".

16. Esta norma establece: "Queda otorgado el libre ejercicio religioso".

17. En el caso citado el Tribunal Constitucional rechazó los planteos de varios padres de alumnos contra la constitucionalidad de la realización de oraciones religiosas en escuelas públicas fuera de la clase de religión. El Tribunal consideró que los alumnos no tenían el derecho a impedir dichas oraciones y que la libertad religiosa negativa de aquéllos no se encontraba afectada por el hecho que éstos tuvieran que expresar en forma abierta su negativa a participar en dichos ejercicios religiosos (conf. Richter y Schuppert, op. cit., pág.55).

creencia del art.4, apartado 1, L.F. sino que alegan únicamente una violación de la libertad religiosa negativa, también protegida por el art. 4, apartado 1, L.F. Así, ellos no exigen la instalación de un símbolo de su propia creencia en el aula junto con la cruz o en el lugar de ésta, sino el retiro de crucifijos, a los que consideran como símbolos de convicciones religiosas que ellos no comparten y que no desean tolerar. En su resolución del 5/11/1991..., en la que la Sala rechazó un pedido de los recurrentes para que se dictara una medida cautelar, esta Sala había formulado -de manera más correcta que ahora- la cuestión constitucional de la siguiente forma: “Si, y en caso afirmativo bajo qué circunstancias, la utilización de símbolos religiosos en una escuela afecta la libertad religiosa negativa y hasta qué punto la minoría debe tolerarlo pues ella debe tener en cuenta la libertad religiosa de la mayoría”...

Por cierto que no se trata de un problema de la relación entre mayoría y minoría, sino en qué forma, en el ámbito de la escuela estatal obligatoria, se puede conciliar en general la libertad religiosa positiva y negativa de los alumnos y de sus padres. La solución de esta inevitable relación de tensión en el campo escolar entre la libertad religiosa negativa y positiva le corresponde al legislador democrático provincial quien, en el proceso público de formación de voluntad, debe buscar un compromiso que sea aceptable para todos respetando las diferentes concepciones... En dicha búsqueda, la libertad religiosa negativa no es un derecho superior que excluya el ejercicio positivo de la libertad religiosa positiva en caso de conflicto. El derecho a la libertad religiosa no es un derecho para impedir la religión. El necesario compromiso entre ambas manifestaciones de la libertad religiosa debe ser llevado a cabo en el camino de la tolerancia...

b) El legislador provincial bávaro ha respetado estos principios con la sanción del parágrafo 13, apartado 1, inciso 3 de la ordenanza escolar primaria. La obligatoria ponderación de los intereses de los no creyentes y de las personas de otras creencias no permiten advertir una violación constitucional.

aa) Al examinarse y valorarse estos intereses no puede utilizarse como punto de partida, como lo hace la mayoría de la Sala, la concepción cristiana teológica del significado y sentido del símbolo de la cruz. Antes bien, es decisivo cuál es el efecto que produce la observación de la cruz en los alumnos en particular, especialmente cuáles sentimientos puede provocar la observación de la cruz en las personas de otras creencias... Es posible que en un alumno de convicciones cristianas se puedan despertar, en parte, al observar la cruz, aquellas representaciones que la mayoría describe como el contenido de significado de la cruz... En cambio, ello no puede ser aceptado para el caso del alumno no creyente. Para él, la cruz en el aula no puede tener el significado de un símbolo que contenga a la creencia cristiana sino sólo el de un símbolo de los objetivos de las escuelas cristianas comunitarias, esto es, de la transmisión de los valores de la cultura occidental conformada por el cristianismo y, junto con ello, también del símbolo de una convicción religiosa que el no comparte, rechaza y hasta combate.

bb) Si se tiene en cuenta el significado que la cruz en el aula tiene para los alumnos no cristianos, ellos y sus padres tienen que aceptar la existencia de la cruz. A ello los obliga el mandato de la tolerancia. Ello no les provoca molestias intolerables.

El menoscabo psicológico y la molestia mental, que deben ser soportados por el alumno no cristiano, por la observación forzada de la cruz en la sala de clase, tiene un peso relativamente pequeño. No se sobrepasa el mínimo del elemento coactivo que en este contexto debe ser aceptado por los alumnos y sus padres... Los alumnos no se ven obligados por la cruz a realizar especiales formas de comportamiento o ejercicios religiosos. Por consiguiente, no están obligados -a diferencia de lo que ocurre con el rezo en la escuela (conf. BVerfGE 52, 223, 245 y ss.)¹⁸- a manifestar su convicción ideológica o religiosa disidente por medio de la no participación. Por tal razón, no existe desde el principio el peligro de su discriminación.

Tampoco los alumnos se ven influenciados indebidamente desde un punto de vista proselitista a través de la escuela en el aula (conf. BVerfGE 41, 29, 51). No surge de la cruz en el aula una influencia inmediata en el contenido de aprendizaje y en los objetivos de enseñanza en el sentido de una propaganda de los contenidos de la fe cristiana. Además, se debe tener en cuenta las especiales circunstancias de Baviera. Allí el alumno se ve confrontado diariamente -también fuera del ámbito estrecho de la iglesia- con la visión de la cruz en muchos otros ámbitos. Basta con mencionar, como ejemplo, las cruces que a menudo aparecen en los caminos de Baviera, las numerosas cruces en edificios seculares (como hospitales y hogares de ancianos, pero también en hoteles y posadas) y, por último, las cruces que existen en las viviendas particulares. Bajo tales circunstancias, la cruz en el aula está dentro del marco de lo usual; no posee un carácter proselitista.

III

Por consiguiente el legislador provincial bávaro, al instalar cruces en las aulas primarias, ha hecho uso en forma aceptable de su facultad de organizar el sistema primario sin sobrepasar los límites de su ámbito discrecional. En este sentido, las decisiones de los tribunales administrativos impugnadas no merecen reparos constitucionales.

[Se ha omitido la traducción del voto de la juez Haas]

18. Ver nota 17 "supra".

Revista Jurídica de la Universidad de Palermo

Fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso “*Liquormart, Inc. and Peoples Super Liquor Stores, Inc., Petitioners v. Rhode Island and Rhode Island Liquor Stores Association*”*

[En el presente caso, dos empresas que se dedicaban a la venta de bebidas alcohólicas al por menor, cuestionaron ante un juez federal la validez constitucional de una ley del estado norteamericano de Rhode Island que prohibía efectuar publicidad comercial respecto del precio de venta al público de bebidas alcohólicas. Luego de que la Cámara Federal revocó la decisión del juez de primera instancia que había declarado que la ley local era contraria a la Primera Enmienda de la Constitución estadounidense,¹ las empresas apelaron ante la Corte Suprema Federal que habilitó su jurisdicción para examinar los argumentos de las partes. A continuación se transcribe parcialmente el voto del juez Stevens quien expresó la opinión de la mayoría del Tribunal]

III

...La publicidad ha sido parte de nuestra cultura a través de nuestra historia. Aun en la época colonial, el público confiaba en el “discurso comercial” para obtener información vital acerca del mercado. Los primeros periodicos exhibían avisos de bienes y servicios en sus paginas centrales y los pregoneros voceaban los precios en las plazas públicas...

De acuerdo con el papel que los mensajes comerciales han jugado desde antiguo, el derecho se ha desarrollado para asegurar que la publicidad brinde a los consumidores información correcta acerca de la disponibilidad de bienes y servicios. En los primeros años, el derecho judicial y, posteriormente, las leyes, sirvieron el interés de los consumidores en la recepción de información exacta en el mercado comercial al prohibir avisos fraudulentos y engañosos. Sin embargo, no fue hasta la década de los setenta que esta Corte resolvió que la Primera Enmienda protegía la diseminación de mensajes comerciales veraces y no engañosos acerca de productos y servicios legítimos...

En el caso *Bigelow v. Virginia*, 421 U.S.809 (1975), resolvimos que era un error suponer que el discurso comercial no merecía protección alguna de la Primera Enmienda o que carecía de todo valor en el mercado de las ideas²...Al año siguiente, en el caso *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens*

* Traducción, selección y notas de Hernán Victor Gullco. Sentencia del 13/5/1996. Publicada en *United States Law Week* del 14/5/96 (64 LW 4313).

1. Esta norma está redactada, para lo que al caso interesa, en los siguientes términos: “El Congreso no dictará leyes que...restrinjan la libertad de expresión o de prensa”.

2. En la jurisprudencia estadounidense el concepto del “mercado de las ideas” se remonta a un voto disidente del juez Holmes en el caso *Abrams v. United States*, 250 U.S.616 (1919). Esta teoría parte de la premisa de que la verdad acerca de una cuestión controvertida surgirá de la libre discusión entre las ideas en conflicto, que se lleva a cabo “en el mercado de las ideas”. La teoría supone que el mercado terminará eligiendo la “mejor” idea. (conf. Stone, Geoffrey R. y otros, *Constitutional Law*, 2a.ed., Little, Brown and Company, pags.1017 y ss.).

Consumer Council Inc., 425 U.S.748 (1976), expandimos nuestra doctrina y resolvimos que una prohibición estadual absoluta en la publicidad del precio de medicamentos violaba la Primera Enmienda.

El caso *Virginia Pharmacy Bd.* reflejaba la conclusión de que el mismo interés que justifica la regulación de la publicidad potencialmente engañosa, esto es el interés del público de recibir información comercial exacta, también justifica una interpretación de la Primera Enmienda que otorgue protección constitucional a la disseminación de mensajes comerciales exactos y no engañosos. Dijimos **[en esa oportunidad]**:

“La publicidad, por mas vulgar y excesiva que pueda parecer a veces, constituye sin embargo la disseminación de información acerca de quien está produciendo y vendiendo un producto determinado, por qué motivo y a qué precio. En tanto y en cuanto mantengamos una economía que sea predominantemente de libre empresa, la distribución de nuestros recursos será realizada en gran medida a través de numerosas decisiones económicas privadas. Es una cuestión de interés público que esas decisiones sean, en su conjunto, inteligentes y bien informadas. A este fin, el libre flujo de información comercial es indispensable...”

Dicha opinión explicaba, además, que la suposición paternalista del Estado de que el público utilizará en forma poco inteligente la información comercial veraz y no engañosa no podía justificar la decisión de eliminarla:

“Existe, por supuesto, una alternativa a este enfoque altamente paternalista. Esta alternativa consiste en suponer que esta información no es en sí misma dañina, que la gente se dará cuenta cuales son sus mejores intereses únicamente si están lo suficientemente informados y que la mejor manera para alcanzar ese objetivo es abrir los canales de información y no cerrarlos. Si éstos están verdaderamente abiertos, nada impide que el farmacéutico ‘profesional’ comercialice su producto supuestamente superior, contrastándolo con el minorista de medicamentos que vende a bajo costo y en grandes cantidades. Pero la elección entre estos enfoques alternativos no debe ser hecha por nosotros o por la Asamblea Legislativa de Virginia. Es precisamente esa clase de elección -la que existe entre los peligros de suprimir información y los peligros de su abuso si ésta se encuentra disponible libremente- que la Primera Enmienda ya hace por nosotros...”

Con base en estos principios, en nuestros primeros casos se invalidaron en forma uniforme varias prohibiciones genéricas -que tenían objetivos no relacionados con la protección del consumidor-de discurso comercial veraz y no engañoso. En verdad, en uno de esos casos se puso de relieve la similitud del fundamento empleado en *Virginia Pharmacy Bd.* al utilizado por el juez Brandeis en su voto concurrente en *Whitney v. California*, 274 U.S.357 (1927)³...Allí, el

3. En el caso *Whitney*, la Corte Suprema estadounidense resolvió (con un voto concurrente del juez Brandeis) que era constitucional la legislación de un estado que sancionaba a toda persona -en el caso, la acusada pertenecía al partido Comunista del Trabajo- que formara parte de una organización que propugnara la modificación por la fuerza del sistema económico o social. Esta jurisprudencia fue dejada de lado por la Corte Suprema en el caso *Brandenburg v. Ohio* (395 U.S.444), resuelto en 1969, en el cual el Tribunal resolvió que “las garantías constitucionales de la libertad de expresión y de prensa no autorizan a un Estado a prohibir o proscribir la defensa del uso de la fuerza o de la violación de la ley excepto cuando dicha defensa está dirigida a incitar o producir una inminente acción ilegal y es probable que incite o produzca tal acción” (conf. *Stone*, op.cit., pag.1072 y ss.)

juez Brandeis escribió, al explicar su objeción a la prohibición del discurso *político*, que “el remedio que debe aplicarse es la existencia de más discurso, no el silencio obligado. Sólo una emergencia puede justificar la represión”...

Al mismo tiempo, en nuestros primeros casos se reconoció que el Estado está facultado para regular ciertos tipos de publicidad comercial con mayor libertad que otras formas de discurso protegido. Específicamente, explicamos que el Estado puede requerir que los mensajes comerciales “aparezcan en una forma determinada o que incluyan determinada información adicional, advertencias y renunciaciones, que sean necesarios para impedir que se conviertan en engañosos”, *Virginia Pharmacy Bd.*,...y que puede restringir ciertas formas de prácticas de ventas agresivas que tienen la potencialidad de ejercer “influencia indebida” sobre los consumidores...

En el caso *Virginia Pharmacy Bd.*, se fundó la autoridad del Estado de imponer esas regulaciones, en parte, en las “diferencias de sentido común” que existen entre los mensajes comerciales y otros tipos de expresión protegidas... Nuestra opinión señaló que la mayor “objetividad” del discurso comercial justificaba otorgar al Estado mayor libertad para distinguir avisos comerciales falsos de los verdaderos y que la mayor “audacia” del discurso comercial, en tanto estaba inspirado por el motivo de lucro, disminuía en gran medida el efecto disuasivo⁴ que puede llegar a acompañar su regulación, id.

En los casos posteriores se explicó que el poder del Estado para regular transacciones comerciales justificaba su poder concomitante para regular el discurso comercial que está “vinculado en forma inseparable” con esas transacciones... Tal como lo ha explicado un autor, “Después de todo, toda la doctrina del discurso comercial representa una conciliación entre el derecho a hablar y escuchar expresiones *acerca* de bienes y servicios y el derecho del gobierno a regular la venta *de* tales bienes y servicios”, L. Tribe, *American Constitutional Law* par.12-15... Sin embargo, tal como lo explicamos en el caso *Linmark* [1977], el Estado retiene menos autoridad para regular cuando su restricción del discurso comercial afecta “la sustancia de la información que se comunica” y no “su aspecto comercial ...”

En el caso *Central Hudson Gas & Elec. Corp. v. Public Serv. Comm'n of N.Y.*, 447 U.S.557 (1980), examinamos el desarrollo que había tenido nuestra jurisprudencia acerca del discurso comercial. En ese caso, analizamos [la **validez de**] una regulación que “había prohibido completamente toda publicidad

4. “chilling effect” en el original. En el caso *New York Times v. Sullivan* (376 U.S.254; 1964), la Corte Suprema estadounidense se basó en este concepto para resolver que el autor de una falsedad difamatoria que afectaba a un funcionario público solo podía ser condenado civilmente a pagar daños y perjuicios si el actor probaba que el autor había propalado la información inexacta con “conocimiento de la falsedad o con total despreocupación acerca de tal circunstancia” (conf. *Stone*, op.cit., pag.1145 y ss.) El profesor Laurence Tribe explica de la siguiente forma el alcance de esta doctrina judicial: “[L]as actividades que están protegidas por la Primera Enmienda son vulnerables y deben ser protegidas de la amenaza de sanciones casi con la misma intensidad que la aplicación concreta de sanciones. Ello es así pues el temor de equivocarse provoca el peligro de la autocensura -el temor de que el juez de los jueces, actuando conforme al proceso normal de prueba y refutación, rechazará -con posterioridad al hecho- la valoración individual acerca de la verdad...” (*American Constitutional Law*. 2a.ed., The Foundation Press, 1988, pags.863/864).

realizada por las empresas de servicios públicos de electricidad...Sin bien en nuestra decisión se reconoció las características especiales que tenía el discurso comercial, se señalaron, al mismo tiempo, las serias cuestiones, vinculadas con la Primera Enmienda, que planteaban las prohibiciones genéricas de publicidad que no tenían por objeto proteger a los consumidores de daños comerciales.

Cinco miembros del Tribunal reconocieron **[en dicha oportunidad]** que el interés del estado en la conservación de la energía era sustancial y que existía “una conexión inmediata entre la publicidad y la demanda de electricidad”...Sin embargo, concluyeron que la regulación era inválida porque la Comisión no había logrado probar que una regulación más limitada del discurso no hubiera satisfecho adecuadamente el interés del estado...

Al llegar a esa conclusión, la mayoría explicó que si bien la especial naturaleza del discurso comercial podía requerir un examen de la correspondiente regulación que no fuera tan estricto,⁵ la existencia de “regulaciones que suprimían totalmente el discurso comercial con el objeto de alcanzar una política de gobierno que no estaba relacionada con el discurso”, planteaba problemas graves...En tales circunstancias, “una prohibición del discurso podía ocultar de la vista del público una política gubernamental subyacente, y señaló expresamente que “en los últimos años esta Corte no ha aprobado prohibiciones generales del discurso comercial a menos que el discurso mismo se encuentre viciado en alguna forma, ya que sea porque era engañoso o porque estaba relacionado con alguna actividad ilegal”...

IV

Tal como lo demuestra nuestra reseña de la jurisprudencia, el estado de Rhode Island se equivoca cuando concluye que *todas* las regulaciones del discurso comercial se encuentran sujetas a una forma parecida de revisión constitucional por el sólo hecho todas tienen como objetivo una parecida categoría de expresión. El mero hecho de que los mensajes propongan transacciones comerciales no determina, por sí mismo, la clase de análisis constitucional que debería aplicarse a la decisión de suprimirlo...

Cuando un estado regula mensajes comerciales para proteger a los consumidores de prácticas de venta equívocas, engañosas o agresivas, o requiere la difusión de información benéfica para el consumidor, el objetivo de su regulación es consistente con las razones para otorgar protección constitucional al discurso comercial y, por lo tanto, justifica una revisión que no llega a ser estricta.⁶ Sin embargo, cuando un estado prohíbe completamente la diseminación de mensajes

5. Normalmente, la Corte Suprema estadounidense utiliza un criterio de “escrutinio estricto” para determinar la validez constitucional de las normas que restringen el ejercicio de la libertad de expresión. Sin embargo, cuando se trata de la publicidad comercial, el Tribunal reconoce que no es necesario un criterio tan rígido a los fines de examinar la constitucionalidad de la regulación. Así, mientras que en el citado caso *New York Times* la Corte resolvió que la mera inexactitud de la información no era suficiente para fundar una condena civil del autor de la misma cuando el tema en cuestión tenía relevancia política, en la jurisprudencia acerca del discurso comercial el citado tribunal parte de la premisa que, como principio general, la información comercial *inexacta* no merece protección constitucional (conf. el caso *Virginia Pharmacy Bd.*, cit., transcripto en *Stone*, op.cit., pág.1182 y ss.)

6. Ver nota 5 “supra”.

comerciales veraces y no engañosos, fundado en razones que no están vinculadas con la preservación de un proceso de negociación leal, existen muchas menos razones para apartarse de la revisión estricta que, por lo general, exige la Primera Enmienda.

Sólidas razones justifican revisar este último tipo de regulación del discurso comercial en forma más cuidadosa. En una forma muy obvia, las prohibiciones totales del discurso comercial, a diferencia de las restricciones que son neutrales desde el punto de vista del contenido, ver *Kovacs v. Cooper*, 336 U.S.77, 89 (1949),⁷ son particularmente peligrosas porque excluyen completamente formas alternativas de diseminar cierta información.

En nuestros casos acerca del discurso comercial se ha reconocido los peligros que acompañan a los intentos gubernamentales de seleccionar ciertos mensajes con el objeto de excluirlos. Por ejemplo, en el caso *Linmark*, 431 U.S., págs.92-94, concluimos que una prohibición de los signos “Se vende” estaba “basada en el contenido” y omitía dejar abiertos canales alternativos de comunicación “satisfactorios”...⁸. Además, el año pasado reconocimos la validez de una prohibición de treinta días de duración respecto de cierto tipo de publicidad jurídica, fundados, en gran parte, en que aquella dejaba numerosos canales de comunicación abiertos a los abogados del estado de Florida. Caso *Florida Bar v. Went For It, Inc.*, 515 U.S....(1995)...

Los especiales peligros que acompañan a las prohibiciones totales del discurso comercial veraz y no engañoso no pueden ser justificados con apelaciones a la “distinción basada en el sentido común” que existe entre el discurso comercial y el no comercial... Las regulaciones que suprimen la verdad no son menos preocupantes porque tengan como blanco información que sea objetivamente verificable, ni son menos efectivas porque apunten a mensajes duraderos. En consecuencia, ni la “mayor objetividad” ni la “mayor audacia” del discurso comercial veraz y no engañoso justifican examinar con especial deferencia su total eliminación...

7. En este caso, la mayoría de la Corte resolvió que no resultaba violatoria de la Primera Enmienda una ordenanza municipal que prohibía la utilización de equipos en la vía pública que emitiesen sonidos “fuertes y estridentes”. Al fundar su decisión el tribunal dijo, en parte, lo siguiente: “...La ordenanza no restringe la comunicación de ideas o la discusión de temas por medio de la voz humana, los periódicos, panfletos o volantes. Creemos que la necesidad de una razonable protección en los hogares o en los locales comerciales de ruidos que distraigan, difundidos por vehículos equipados con aparatos amplificadores de sonido, justifica la ordenanza” (conf. *Stone*, op.cit., págs.1259/60).

8. En este caso, la Corte declaró la inconstitucionalidad de una ordenanza que prohibía la exhibición pública de signos que decían “Se vende”. Según *Stone* (op.cit.págs.1192/93), “...el objetivo de la ordenanza era impedir ‘ventas provocadas por el pánico’ en una comunidad residencial que estaba integrada racialmente, y que había experimentado recientemente la ‘huída de blancos’ en respuesta al brusco aumento de la población no blanca en el barrio. Si bien la Corte reconoció que el objetivo de ‘promover un sistema de vivienda estable y racialmente integrado’ era ‘vital’, resolvió sin embargo que la municipalidad no había logrado acreditar que la ordenanza ‘era necesaria para lograr dicho objetivo’. De cualquier forma, ‘el defecto constitucional de esta ordenanza es mucho más fundamental’, ya que la municipalidad ‘ha intentado restringir la libre circulación de esos datos porque teme que, de otra manera, los propietarios de viviendas tomarán decisiones contrarias -según la municipalidad- a su propio interés y al de la municipalidad: los residentes decidirán abandonar la ciudad. Si la diseminación de esta información puede ser restringida, entonces cualquier localidad en el país puede suprimir todo hecho que haga quedar mal a la localidad, en tanto y en cuanto se argumente en forma plausible que la difusión va a determinar que los destinatarios actúen ‘irracionalmente’...”.

Es el interés del Estado en proteger a los consumidores de los “daños comerciales” lo que funda la “razón típica del por qué los mensajes comerciales pueden quedar sujetos a una mayor regulación estatal que el discurso no comercial”...Sin embargo, las prohibiciones que están dirigidas a mensajes comerciales veraces y no engañosos raramente protegen a los consumidores de tales daños. En lugar de ello, tales prohibiciones sirven a menudo únicamente para ocultar “una política oficial subyacente” que podía haber sido llevada a cabo sin regular el discurso... De esta forma, estas prohibiciones de discursos comerciales no solo obstaculizan la elección de los consumidores, sino que también impiden el debate acerca de cuestiones centrales vinculadas con el interés público...

Precisamente, porque las prohibiciones del discurso comercial veraz y no engañoso rara vez buscan proteger a los consumidores del engaño o del exceso, a menudo se fundan únicamente en la ofensiva suposición de que el público responderá “irracionalmente” ante la verdad... La Primera Enmienda nos obliga a ser especialmente escépticos de las regulaciones que intentan mantener a las personas en la oscuridad con el fundamento de asegurar el bien de éstas, tal como lo entiende el gobierno. Dicha enseñanza se aplica igualmente a los intentos estatales de privar a los consumidores de información exacta acerca de los productos que han elegido:

“El mercado comercial, al igual que otras esferas de nuestra vida social y cultural, otorga un foro en el cual florecen las ideas y la información. Algunas de las ideas y de la información son vitales, otras de escaso valor. Pero la regla general es que son el autor del mensaje y su audiencia, y no el gobierno, los que determinan el valor de la información presentada. Así, aun una comunicación que no haga más que proponer una transacción comercial, tiene derecho a la protección de la Primera Enmienda”. Ver *Virginia State Bd.of Pharmacy, supra*, pág.762...

V

En este caso, no hay duda de que la prohibición aplicada por el estado de Rhode Island acerca de la publicidad en materia de precios constituye una prohibición genérica respecto de un discurso veraz y no engañoso respecto de un producto lícito. Tampoco existe duda de que la prohibición satisface un objetivo que no está relacionado con la protección del consumidor. En consecuencia, debemos examinar la prohibición de publicidad en materia de precios con “especial cuidado”, ..., siendo conscientes de que prohibiciones de esta naturaleza rara vez pueden sobrevivir al control constitucional...

El Estado argumenta que la prohibición debería, sin embargo, ser validada porque ayuda en forma directa el interés sustancial del Estado en promover la sobriedad y porque no es más amplia que lo necesario **[para alcanzar dicho objetivo]**...⁹ Si bien existe cierta confusión respecto de lo que el Estado de

9. En el caso *Central Hudson*, cit., la Corte sostuvo que una pauta fundamental para determinar la validez constitucional de las normas que restringían el discurso comercial era determinar si el objetivo estatal buscado por dicha restricción podía o no ser igualmente alcanzado por “otras restricciones que fueran menos amplias” (conf. Stone, op.cit., págs.1193/94).

Rhode Island quiere significar con sobriedad, suponemos que el Estado invoca un interés en reducir el consumo de alcohol.

Al evaluar la efectividad de la prohibición en promover el interés invocado por el Estado, notamos que una regulación del discurso comercial “no puede ser autorizada si sólo aporta un fundamento ineficiente o lejano en favor del objetivo estatal...Por tal razón, el Estado tiene la carga de la prueba de demostrar, no simplemente que su regulación promoverá dicho interés, sino que lo hará “en forma sustancial”...La necesidad de que el Estado realice tal demostración es particularmente grande dada la drástica naturaleza del medio por él elegido -la supresión total de información veraz y no engañosa. En consecuencia, debemos determinar si el Estado ha demostrado que la prohibición de publicidad en materia de precios reducirá *significativamente* el consumo de alcohol.

Podemos coincidir en que es una conclusión de sentido común que una prohibición respecto de la publicidad en materia de precios, al igual de lo que ocurre con un acuerdo colusivo entre competidores de no efectuar tal publicidad, tenderá a mitigar la competencia y mantener los precios a un nivel superior que el que prevalecería en un mercado completamente libre. A pesar de la ausencia de prueba sobre este punto, podemos hasta coincidir con la afirmación del Estado de que es razonable suponer que la demanda, y consiguientemente la competencia en el mercado, es algo menor cuando existe un precio más elevado y no competitivo. Sin embargo, no existiendo constancias de hecho o, directamente, ningún apoyo probatorio, no podemos coincidir con la afirmación de que la prohibición de la publicidad en materia de precios ayudará en forma significativa al interés del Estado en promover la sobriedad.

Si bien sería posible sugerir, del examen del expediente, que la prohibición de publicidad en materia de precios puede tener cierto impacto en las pautas de compras de bebedores moderados de medios económicos modestos..., el Estado no ha presentado prueba alguna que sugiera que su prohibición de mensaje reducirá *significativamente* el consumo en el mercado. En verdad, la meditada conclusión del juez de primera instancia sobre esta cuestión -que no se encuentra contradicha- llega a un resultado opuesto... Además, la prueba sugiere que la persona que bebe excesivamente probablemente no se verá disuadida por un incremento marginal en el precio y que el verdadero alcohólico reducirá sencillamente su adquisición de otros productos.

Por otra parte, tal como lo señaló el juez de primera instancia, el Estado no ha señalado qué reducción de precio llevaría a una reducción significativa en el consumo de alcohol y tampoco ha señalado el monto de reducción en el precio que, en su opinión, se produciría sin la prohibición. Así, la propias pruebas del Estado revelan que cualquier conexión entre la prohibición y un cambio significativo en el consumo de alcohol sería puramente fortuita.

Resulta evidente que cualquier conclusión en el sentido de que la eliminación de la prohibición aumentaría significativamente el consumo de alcohol requeriría involucrarnos en una especie de “especulación o conjetura”, que constituye un medio inaceptable para demostrar que una restricción del discurso comercial promueve directamente el interés invocado por el Estado... Ciertamente, tal especulación no basta cuando el Estado apunta, con fines paternalistas, contra información comercial exacta.

El Estado tampoco puede satisfacer el requisito de que su restricción del discurso no es más amplia que la necesaria. Es perfectamente obvio que otras formas alternativas de regulación -que no conllevarían restricción alguna del discurso- tendrían mayores probabilidades de alcanzar el objetivo del Estado de promover la sobriedad. Tal como lo admitió el propio experto del Estado, los precios más elevados pueden ser alcanzados ya sea por medio de regulación directa o a través de un aumento en los impuestos...Las compras per capita podrían ser limitadas, tal como ocurre con los medicamentos en los que se exige receta. Aun las campañas educativas, que pusieran su acento en los problemas de la ingesta excesiva (o hasta moderada) de bebidas alcohólicas podrían demostrar ser más efectivas.

En consecuencia, aun bajo un estandar menos estricto que el que se aplica generalmente en los casos de discurso comercial, el Estado no ha podido establecer la existencia de una “adecuación razonable” entre su restricción del discurso y su objetivo de lograr la sobriedad... Se sigue necesariamente que la prohibición de publicidad en materia de precios no puede sobrevivir la revisión constitucional más estricta que, según el caso *Central Hudson*, era apropiada para el supuesto de una supresión total de un discurso comercial veraz y no engañoso...

VI

[A continuación, la Corte examinó los argumentos del estado de Rhode Island en defensa de la constitucionalidad de la norma. Entre otros planteos, el Estado invocó el precedente de la misma Corte en el caso *Posadas de Puerto Rico Associates v. Tourism Co. of P.R.*, 478 U.S.328 (1986).¹⁰ En dicha oportunidad, el Tribunal había resuelto que era válida la prohibición efectuada por el Estado Libre Asociado de Puerto Rico de efectuar publicidad -dirigida a los habitantes de esa jurisdicción- de apuestas en los casinos. La mayoría fundó dicha solución con el siguiente razonamiento: En primer lugar, sostuvo que la finalidad alegada por la Legislatura local de reducir el juego entre los habitantes de Puerto Rico constituía “un interés estatal sustancial”. En segundo lugar, consideró que la restricción respecto de la publicidad de los casinos “promovía directamente” dicho interés. Sobre el punto señaló expresamente: “La Legislatura de Puerto Rico creyó obviamente que la publicidad de apuestas en los casinos dirigida a los residentes de Puerto Rico iba a servir para aumentar la demanda del producto publicitado. Creemos que la creencia de la Legislatura es razonable”. Por otra parte, con cita de su fallo anterior en el caso *Central Hudson*, cit. consideró que la restricción del discurso comercial en el caso “no era más extensa que lo necesario”. Al respecto, dijo lo siguiente: “El apelante sostiene que la Primera Enmienda requiere que la Legislatura de Puerto Rico no reduzca la demanda de apuestas entre los residentes de Puerto Rico por medio

10. Conf.Stone, op.cit., pags.1195/1197.

de la supresión del discurso comercial que podría fomentar tales apuestas, sino creando un discurso adicional destinado a desalentarlo. Rechazamos este argumento. Creemos que le corresponde a la Legislatura decidir si tal política de “contradiscorso” sería tan efectiva para reducir la demanda de efectuar apuestas en los casinos como lo es una restricción de la publicidad”. Por último, la Corte consideró que, dado que estaba dentro de la facultad de la Legislatura el prohibir directamente el juego en el territorio, aquélla estaba autorizada a llevar a cabo una medida menos restrictiva, como lo era la simple prohibición de la publicidad relacionada con las apuestas: “Sería, ciertamente, una extraña teoría constitucional la que otorgara a una legislatura la facultad de prohibir totalmente un producto o actividad pero le denegara la facultad de prohibir la estimulación de la demanda del producto o de la actividad a través de la publicidad”.

En el presente caso, la Corte se apartó de la doctrina reseñada por las siguientes razones:]

...Estamos ahora convencidos de que en *Posadas* se efectuó un análisis erróneo de la Primera Enmienda. La prohibición de efectuar publicidad de casinos está destinada a mantener fuera del alcance del público un discurso veraz y no engañoso, con base en el temor de que habría mayor posibilidad de que aquél apueste al recibir dicha publicidad. En consecuencia, la prohibición de publicidad sirvió para proteger la política del Estado -contraria al juego- de un escrutinio público que hubiera sido mayor si hubiera existido una regulación directa que no hubiera estado basada en el discurso...

Si se tiene en cuenta nuestra antigua hostilidad respecto de este tipo de regulación del discurso comercial, es claro que en *Posadas* se incurrió en un error al concluirse que “era una decisión de la Legislatura” el elegir la eliminación **[del discurso]** sobre una política que fuese menos restrictiva del discurso. La conclusión de la mayoría en *Posadas* en ese punto no puede ser conciliada con nuestra ininterrumpida línea de decisiones anteriores que había invalidado regulaciones de amplitud similar respecto de publicidad veraz y no engañosa cuando existían alternativas que no estaban relacionadas con **[la eliminación del]** discurso...

Debido a que la decisión de cinco votos contra cuatro en *Posadas* constituyó un apartamiento tan brusco con nuestros anteriores precedentes y, dado que ella estaba vinculada con una cuestión constitucional respecto de la cual esta Corte es el árbitro definitivo, nos negamos a aceptar este enfoque tan diferente **[respecto de la decisión del gobierno de restringir la publicidad comercial]**. En lugar de ello, coincidentemente con nuestros fallos anteriores, concluimos que una legislatura estadual no posee la amplia discrecionalidad de eliminar información veraz y no engañosa con base en los objetivos paternalistas, que la mayoría en *Posadas* estaba dispuesta a tolerar. Tal como explicamos en *Virginia Pharmacy Bd.*, “Es precisamente esta clase de elección, esto es, entre los peligros de eliminar información y los peligros de su abuso cuando aquélla se encuentra disponible libremente, que la Primera Enmienda hace por nosotros”...

Tampoco podemos aceptar el segundo argumento del Estado, que está basado totalmente en el razonamiento del “que puede lo más puede lo menos” utilizado hacia el final de la opinión mayoritaria en *Posadas* **[se refiere al**

argumento, utilizado por la mayoría en dicho precedente, y que se reseñó supra, de que si la Legislatura de Puerto Rico estaba facultada para prohibir totalmente el juego en dicha jurisdicción, también debía estarlo para adoptar una medida menos restrictiva como lo era la publicidad de dichos establecimientos]

Si bien no cuestionamos la proposición de que los poderes mas amplios incluyen a los que lo son menos, no alcanzamos a ver de que manera ese silogismo requiere que concluyamos que el poder del Estado para regular la **actividad** comercial es “más amplio” que su poder para prohibir el **discurso** comercial veraz y no engañoso. Contrariamente a lo que se supuso en *Posadas*, creemos que es muy claro que la prohibición del discurso puede a veces ser más intrusiva que la prohibición de la conducta. Tal como lo enseña un venerable proverbio, puede llegar a ser mas dañino impedir a la gente enseñar a otros a pescar que impedir que el pescado sea vendido. En forma similar, una ordenanza local que prohíba dar lecciones de conducción de bicicleta puede llegar a restringir la libertad mucho más que el prohibir la conducción de bicicletas dentro de los límites de la ciudad. En resumen, rechazamos la suposición de que las palabras son necesariamente menos importantes que las acciones, o que la lógica pruebe de alguna forma que el prohibir una actividad es necesariamente “mayor” que la facultad de eliminar el discurso a su respecto...

VIII

Dado que el Estado de Rhode Island no ha satisfecho la pesada carga de justificar su prohibición total de la publicidad en materia de precios, concluimos que... [**las normas estadales impugnadas**] restringen el discurso de manera violatoria de la Primera Enmienda, que resulta aplicable a los Estados por la Clausula del Debido Proceso de la Enmienda 14*¹¹. Por lo tanto, se revoca el fallo de la Cámara de Apelaciones.

Así se resuelve.

[En su voto concurrente, el juez Thomas cuestionó la tradicional distinción, en la jurisprudencia de la Corte, entre el discurso comercial y el político a efectos de otorgar menor protección constitucional al primero. En parte, dijo lo siguiente:

...Yo no veo un fundamento filosófico o histórico a fin de poder afirmar que el “discurso comercial” posee “menos valor” que el discurso “no comercial”.

11. La Enmienda 14* de la Constitución norteamericana establece, en la parte relevante, lo siguiente: “...ningún Estado privará a persona alguna de la vida, la libertad, o la propiedad, sin debido proceso legal; ni le negará a persona alguna en su jurisdicción la protección equitativa de las leyes”. Con base en esta enmienda, la Corte Suprema ha resuelto, a lo largo de muchos años, que la mayoría de las disposiciones de la Carta de Derechos de la Constitución -concebidas originariamente únicamente como límites al poder del gobierno federal- constituyen también restricciones al accionar de los gobiernos locales. Respecto del supuesto específico de la Primera Enmienda, la Corte reconoció por primera vez, en el caso *Gitlow v. New York* (268 U.S.652) resuelto en 1925, que aquélla podía ser invocada por los individuos para impugnar asimismo las restricciones aplicadas por los gobiernos estadales al ejercicio de la libertad de expresión (conf. Stone, op.cit., pág.1040 y ss.)

En verdad, algunos antecedentes históricos sugieren lo contrario.,ver, p.ej..., *Ex parte Jackson*, 96 U.S.727,...(1878) (en el que figura un “obiter”, según el cual el Congreso no estaría facultado, no sin violar la libertad de prensa, a impedir la circulación de publicidad de loterías); ver también *In re Rapier*, 143 U.S.110,...(1892) (se mantiene la presunción de que la libertad de prensa impide al Congreso prohibir la circulación de periódicos que contienen publicidad de loterías)...; ver, en general, el escrito presentado por la Federación Americana de Publicidad y otros en su carácter de *amici curiae*¹² (en el que se citan autoridades en favor del punto de vista que la actividad comercial y la publicidad eran parte integrante de la vida en los Estados Unidos de la época colonial y que la filosofía política de los Constituyentes equiparaba la libertad y la propiedad y no distinguía entre mensajes comerciales y no comerciales). Tampoco creo que que la única explicación que la Corte ha formulado para tratar al discurso “comercial” en forma diferente a otra clase de discurso puede justificar restringir el discurso “comercial” con el objeto de impedir que los compradores legítimos tengan acceso a información, de forma tal de frustrar sus elecciones en el mercado¹³...

[Se ha omitido transcribir los restante votos concurrentes]

12. El *amicus curiae* es una persona que tiene un fuerte interés en la cuestión que se discute en la causa, pero que no es parte. Está facultada a solicitar al tribunal autorización para presentar un escrito con el objeto aparente de formular argumentos en favor de una de las partes pero, en realidad, con el fin de sugerir una solución que sea compatible con su punto de vista (conf. *Black's Law Dictionary*, 6* ed., p.82).

13. Tal como se señaló “supra”, los fundamentos invocados para diferenciar el discurso “comercial” de otro tipo de discurso son: (1) que la verdad del discurso “comercial” supuestamente es mas verificable, y (2) que el “discurso comercial”, que es una resultante del autointerés comercial, es supuestamente “un tipo de expresión vigorosa que no es particularmente susceptible de ser aplastada por una regulación excesiva” *Central Hudson, supra*,... La posibilidad de que esos argumentos justifiquen verdaderamente el tratar al discurso “comercial” en forma diferente que otra clase de discurso (o, directamente, si es posible trazar de alguna forma la necesaria distinción) resulta, en mi opinión, opinable. Ver Kozinski y Banner, *Who's Afraid of Commercial Speech*, 76 Va.L.Rev.627, 634-638 (1990) (en donde se cuestiona el fundamento para trazar distinciones), 638-650 (en donde se cuestiona la coherencia de la distinción). De cualquier forma, ninguno de estos fundamentos otorga base alguna para permitir al gobierno a mantener a los ciudadanos en la ignorancia como una forma de manipular sus elecciones en los mercados comerciales o políticos **[nota del juez Thomas]**

Un nuevo fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre *commercial speech*

Enrique Tomás Bianchi* y Hernán Víctor Gullco**

I. INTRODUCCIÓN

Recientemente, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha dictado un fallo en el que, una vez más, aborda el tema de la protección constitucional -a la luz de la libertad de expresión- de la “commercial speech”.¹

A fin de poder entender el alcance que ha tenido esta decisión, es necesario efectuar una reseña de la jurisprudencia anterior del mencionado tribunal sobre esta cuestión.

En primer lugar, corresponde realizar una definición de lo que se entiende por “commercial speech”. Según *Nowak y Rotunda*,² aquélla sería el discurso que, de cualquier forma, anuncia o publicita un producto, o un servicio, con un fin de provecho, o con un propósito de negocio.

En una primera etapa, la jurisprudencia de la Corte estadounidense consideró, sin dar mayores razones, que esta clase de expresiones no merecía protección de la Primera Enmienda.³ En dicha oportunidad, el tribunal, en relación a la prohibición de distribuir volantes en la vía pública con publicidad comercial, estableció que dicha restricción -que habría sido inválida si el tema de los volantes hubiera sido de naturaleza no comercial- no estaba vedada por la Primera Enmienda cuando se refería a publicidad puramente comercial.⁴

Si bien es cierto que ya en 1975 la Corte había reconocido que algunos aspectos de la publicidad comercial podían merecer protección constitucional,⁵ fue recién en el caso *Virginia Pharmacy Bd. v. Consumer Council*⁶ que se consideró que la publicidad comercial gozaba de una protección autónoma

* Profesor de Postgrado, Universidad de Buenos Aires; Secretario Letrado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

** Abogado 1982, Universidad de Buenos Aires, Master en Derecho 1992, Universidad de Miami; Profesor de las Universidades de Palermo, de Buenos Aires (postgrado) y Nacional de La Pampa.

1. Se trata del caso *Liquormart, Inc.*, resuelto el 13/5/1996, publicada en 64 LW 4313, que se encuentra traducida en el presente número. Para conocer los textos constitucionales pertinentes, ver la traducción citada.

2. *Constitutional Law*, 4ta. ed., West Publishing Co. 1991, pág.1011.

3. Caso *Valentine v. Chrestensen*, 316 U.S.52 (1942).

4. Pág. 54 del fallo citado.

5. Conf. *Bigelow v. Virginia*. 421 U.S.809 (1975). En dicha oportunidad, la Corte declaró la invalidez de una ley del estado de Virginia con base en la cual se había condenado al editor de un periódico en el que se había publicado un aviso promocionando abortos legales que se realizaban en el estado de Nueva York. Cabe remarcar que, a la fecha del fallo de la Corte, ya se había dictado el caso *Roe v. Wade* (1973) que, bajo ciertas condiciones, admitía el derecho constitucional de las mujeres a realizarse abortos. En tales condiciones, la Corte consideró que no podía prohibirse la publicidad comercial de una actividad que se encontraba amparada por la Constitución.

6. 425 U.S.748 (1976).

por parte de la Primera Enmienda. En esa ocasión, se declaró la inconstitucionalidad de una ley del estado de Virginia que consideraba ilegal que los farmacéuticos hicieran publicidad de los precios de los medicamentos que se vendían bajo receta.

Para llegar a esa conclusión, la Corte señaló, en primer lugar, que la circunstancia de que el interés del avisador fuera meramente económico no lo dejaba sin protección constitucional en los términos de la Primera Enmienda. Luego, como argumento central del fallo, indicó que, en una economía de mercado, la asignación de recursos, en gran medida, dependía de numerosas decisiones económicas privadas. Por tal razón era necesario -a juicio del tribunal- que dichas decisiones fueran, en el conjunto, inteligentes y bien informadas, lo cual era incompatible con una situación en la que el público fuera mantenido en la ignorancia. Por tal razón, la Corte concluyó que la Primera Enmienda aseguraba el libre flujo de información comercial, a condición de que aquella fuera veraz y concerniera a actividades legales.⁷

Este criterio tan protector del discurso comercial sufrió importantes modificaciones a partir del caso *Central Hudson Gas v. Public Service Comm'n*.⁸ En esa ocasión, la Corte declaró la inconstitucionalidad de una regulación dictada por un órgano de contralor de los servicios públicos del estado de Nueva York, que había prohibido completamente todo tipo de publicidad que propiciara el consumo de energía eléctrica, por considerar dicha restricción contraria a la Primera Enmienda. Sin embargo, sentó ciertas pautas que indicaban una actitud restrictiva respecto de la libertad que debía otorgarse al discurso comercial.

La Corte mantuvo la jurisprudencia anterior en el sentido de que constituía una clase de expresión protegida constitucionalmente. Sin embargo, reiterando un criterio que había expuesto en *Ohralik v. Ohio State Bar*,⁹ declaró que ésta merecía una protección menor, en comparación con otras expresiones constitucionalmente tuteladas. En primer lugar, la Corte determinó que sólo la “commercial speech” que estuviera relacionado con actividades legales y que -además- fuera veraz y no engañosa, merecía la citada protección. En segundo término, el tribunal creó un “test” con tres requisitos con el objeto de determinar en qué supuestos era constitucionalmente admisible una restricción a la publicidad comercial. Ellos eran:

7. Fallo citado. En lo que respecta al discurso no comercial (específicamente, el de naturaleza política), la Corte ha elaborado -en cambio- doctrinas más protectoras de la libertad de expresión. Ver, al respecto, la nota de la versión castellana del fallo aquí comentado.

8. 447 U.S.557 (1980).

9. 436 U.S.447 (1978). En dicha oportunidad, la Corte había expresado que “Nosotros fuimos cuidadosos [en no descartar en *Virginia Pharmacy*] la distinción de sentido común entre el discurso que propone una transacción comercial [y] otras variedades de discurso. [Verdaderamente] requerir una paridad en la protección constitucional entre el discurso comercial y el no comercial podría, igualmente, invitar a la dilución, simplemente por un proceso de nivelación, de la fuerza de la garantía de la Enmienda con respecto al segundo tipo de discurso. Antes que someter a la Primera Enmienda a tal pérdida de vitalidad, hemos preferido proporcionar al “commercial speech” una medida limitada de protección conforme con su posición subordinada en la escala de valores de la Primera Enmienda...”.

A) que existiera un interés estatal sustancial en la restricción de la “commercial speech”.

B) que la restricción estatal promoviera directamente el aludido interés.

C) que la regulación restrictiva no poseyera una extensión mayor que lo estrictamente necesario (*no more extensive than necessary*).

Respecto del punto “A”, la Corte admitió que la política perseguida por el estado (conservar energía eléctrica), constituía -ante una situación de crisis energética- un “interés sustancial”. Asimismo, y respecto del punto “B”, la prohibición de publicidad promovía, sin duda, el objetivo de la autoridad de disminuir el consumo de energía eléctrica. Sin embargo, el tribunal consideró que no se cumplía en el caso el requisito “C”, pues la autoridad estatal no había demostrado que no existieran otros medios menos restrictivos de la libertad de expresión e igualmente aptos para alcanzar el mencionado objetivo de conservación de energía. En consecuencia, se invalidó la decisión estatal prohibitiva de la publicidad comercial.

Con un criterio aun mas restrictivo, en un caso posterior,¹⁰ la Corte estadounidense declaró válida a una ley del Estado Asociado de Puerto Rico que había prohibido la publicidad comercial de casinos y otros lugares de juego dirigida a residentes portorriqueños pero que, al mismo tiempo, autorizaba ese tipo de publicidad cuando era realizada en el exterior. La citada legislación perseguía la obvia finalidad de reducir la concurrencia de la población local a lugares de juego. Nuevamente, la Corte aplicó el “test” que había desarrollado en el mencionado caso *Central Hudson*. En primer lugar, admitió que la publicidad comercial que se prohibía era, por hipótesis, veraz y no engañosa. Por otro lado, interpretó que el “interés sustancial” existía en tanto el Estado de Puerto Rico buscaba reducir el juego y sus peligros resultantes¹¹ entre la población local. Además, la Corte entendió que era razonable la creencia del estado en el sentido de que las citadas restricciones a la publicidad comercial servirían para desalentar la concurrencia a los lugares de juego. En tal sentido, el tribunal hizo un razonamiento parecido al efectuado en *Central Hudson*: ni la compañía de electricidad ni los dueños de casinos en *Posadas* hubieran hecho planteos constitucionales contra la prohibición si no creyeran que aquella iba a traducirse en la disminución de la demanda de los servicios prestados por ellos. Finalmente, también consideró la Corte que se había cumplido con el último recaudo del “test” mencionado: esto es, la restricción de la publicidad no tenía en el caso una extensión mayor que la necesaria para alcanzar el objetivo estatal de reducir el juego entre la población.

En este punto, la Corte rechazó un argumento de los dueños de los casinos (los apelantes) según el cual el estado, si se proponía reducir la asistencia de los residentes locales a los casinos, no debía suprimir la publicidad que pudiera

10. *Posadas de Puerto Rico Associates v. Tourism Company of Puerto Rico*, 478 U.S.328 (1986).

11. Según los argumentos expresados por la oficina local de turismo en su presentación ante la Corte, dichos peligros consistían, entre otros, en “efectos dañosos sobre la salud y bienestar de los ciudadanos de Puerto Rico, tales como la dislocación de las pautas morales y culturales, el incremento del crimen local, la promoción de la prostitución, el desarrollo de la prostitución y la infiltración del crimen organizado” (pág. 341 del fallo).

alentar esa concurrencia -como lo hacía la legislación impugnada-, sino que debía llevar a cargo un discurso educativo destinado a desalentar esos juegos de azar (*counterspeech*). Al respecto, el tribunal señaló que le correspondía a la legislatura determinar qué medio era mas efectivo -el “contradiscurso” o la prohibición de la publicidad- para desalentar el juego.

Por último, la Corte tampoco admitió otro argumento de los apelantes, quienes sostenían que, al ser legal la concurrencia de los portorriqueños a los lugares de juego, la autoridad carecía de facultades -a la luz de la Primera Enmienda- para restringir la publicidad relativa a esa actividad legal. Respondió el tribunal que, precisamente porque el gobierno *podía haber prohibido completamente la actividad de juegos de azar*, le estaba autorizado adoptar una medida considerada menos intrusiva, como lo era el permitir la actividad pero prohibir su publicidad.¹²

En dos decisiones posteriores, la Corte acentuó aun más su criterio restrictivo en lo que respecta a la libertad de expresión en los temas vinculados con la “commercial speech”.

Así, al resolver el caso *Board of Trustees State Univ. of N.Y. v. Fox*,¹³ la Corte declaró válidas las restricciones impuestas por la Universidad de Nueva York a la realización de actividades comerciales en sus dependencias. El juez Scalia, quien expresó la opinión de la mayoría del tribunal, minimizó el alcance de la expresión empleada en el “test” de *Central Hudson* de que la restricción no debía “ser más extensa que lo necesario”. En opinión del magistrado, ello no significaba que la regulación estatal debía ser la medida menos restrictiva que pudiera proteger efectivamente el interés gubernamental alegado: “...Lo que nuestros precedentes requieren es una adecuación entre los fines de la legislatura y los medios elegidos para alcanzar dichos fines; una adecuación que no es necesariamente perfecta sino que sea razonable; que no represente necesariamente la mejor disposición existente, pero una cuyo objetivo se encuentre en proporción con el interés que sirve; que emplee no necesariamente el medio menos restrictivo, pero un medio que se ajuste estrechamente al objetivo deseado. Dentro de esos límites, dejamos a los órganos gubernamentales encargados de tomar las decisiones que juzguen qué forma de regulación puede ser empleada de la forma mejor...”¹⁴

La Corte volvió a utilizar el citado concepto de “adecuación razonable entre los medios y los fines” en el caso *City of Cincinnati v. Discovery Network, Inc.*, 113 S.Ct.1505 (1993). La diferencia con el caso anterior es que aquí dicho criterio fue empleado para invalidar una ordenanza municipal que había prohibido la colocación en las veredas de aparatos expendedores de publicidad comercial, que había sido autorizada un año antes. La norma en cuestión había dejado subsistente, sin embargo, el permiso para que siguieran colocados aparatos análogos, destinados -esta vez- a la venta de periódicos. Para el juez

12. En la terminología legal de nuestro medio, se suele expresar con la frase “quien puede lo mas puede lo menos”.

13. 492 U.S.469 (1989).

14. Transcripto por Stone, Geoffrey R. y otros, en *Constitutional Law*, 2da. ed., Little Brown and Company, 1991, pág.1197.

Stevens, quien redactó el voto de la mayoría, no existía la “adecuación razonable”, entre la ordenanza y el objetivo alegado por la municipalidad, de aumentar la seguridad y la estética de la ciudad, pues no había motivo alguno para distinguir -como lo hacía la disposición impugnada- entre aparatos destinados a la entrega de publicidad comercial y los otros aparatos, dado que ambos afectaban de igual modo los objetivos alegados por la municipalidad cuando dispuso la prohibición de la publicidad comercial, máxime siendo el número de los aparatos destinados a esta última mucho menor al de los otros expendedores.

II. EL CASO *LIQUORMART, INC.*

Tal como se ha señalado anteriormente, la Corte Suprema norteamericana dictó un nuevo fallo vinculado con la cuestión de la libertad de expresión aplicada a la publicidad comercial.¹⁵ La importancia de esta decisión consiste en que, tal como se verá en el examen que a continuación se hará, la Corte ha modificado su criterio en este tema, reforzando a su respecto la garantía constitucional de la libertad de expresión.

Hechos: Se trataba en el caso de una ley del estado de Rhode Island que había prohibido a empresas minoristas de venta de bebidas alcohólicas que hicieran publicidad respecto de los precios de sus productos. El objeto alegado por los poderes públicos al imponer tal prohibición era el de disminuir el consumo de bebidas alcohólicas entre la población del estado.

Al invalidar la restricción, el juez Stevens -quien expresó la opinión de la Corte-¹⁶ señaló en primer lugar, en forma similar a los argumentos expresados en *Virginia Bd.*, la importancia fundamental que tenía la publicidad comercial en una economía basada en la libre empresa. Para el magistrado, dicha circunstancia determinaba que las prohibiciones estatales en los supuestos en que la publicidad fuera veraz y no engañosa estaban sujetas a una *presunción de inconstitucionalidad* en razón de su carácter claramente “paternalista”, al intentar mantener al público en la oscuridad acerca de la comercialización de productos legítimos.

La Corte entendió, así, que al ser la publicidad del caso veraz y no engañosa, no existía una razón suficiente para justificar la restricción impugnada.

Al fundamentar su decisión, se apartó expresamente de la doctrina expuesta en *Posadas*. En tal sentido, rechazó la posición adoptada en dicho precedente basada en el principio “*el que puede lo más puede lo menos*”.¹⁷ Por el contrario, sostuvo que la circunstancia de que los poderes públicos estuvieran facultados a prohibir una actividad determinada en forma alguna constituía un fundamento suficiente como para prohibir la *publicidad respecto de aquella*, cuando el estado ha decidido mantener a la actividad dentro de la legalidad.

15. Conf. nota 1 “supra”.

16. Cabe aclarar que la opinión de Stevens no mereció la adhesión de los otros magistrados del tribunal en todas sus partes.

17. Conf. nota 12 supra.

Para declarar la inconstitucionalidad de la ley impugnada, el juez Stevens también aplicó el test de *Central Hudson*. Así, si bien reconoció que el objetivo perseguido por el estado era sustancial (reducir el consumo de alcohol), estimó que aquél no había probado que la medida en cuestión ayudara en forma significativa al interés del estado en promover la sobriedad, lo que determinaba que no estuviese satisfecho en el caso el segundo requisito de *Central Hudson*.

Pero, además, tampoco consideró cumplido el último requisito de dicha doctrina judicial (que la restricción no fuera mas extensa de lo necesario). En tal sentido, estimó que era "...obvio que otras formas alternativas de regulación -que no conllevarían restricción alguna del discurso- [más impuestos sobre las bebidas alcohólicas, limitación de la cantidad de alcohol que una persona puede comprar, etc.] tendrían mayores probabilidades de alcanzar el objetivo del estado de promover la sobriedad..."

También en el voto concurrente de otros cuatro jueces (O'Connor, Rehnquist, Souter y Breyer) se utilizó el test de *Central Hudson*. Estos jueces, a diferencia de Stevens, no descalificaron directamente la doctrina de *Posadas* pero reconocieron que, desde ese fallo en adelante, la Corte había mostrado más estrictez en la apreciación de si estaba cumplido o no el último requisito de *Central Hudson*: esto es, si existía una alternativa menos gravosa para la libertad de expresión que fuera idónea para alcanzar el objetivo estatal.

Hay finalmente dos votos individuales: uno del juez Scalia y otro del juez Thomas.

A ambos no les convenció el test de *Central Hudson*, pero por razones distintas. Así, el primero de los nombrados pareció mostrarse escéptico respecto de la posibilidad de incluir la "commercial speech" dentro de la protección de la Primera Enmienda. Sin embargo, aceptó aplicarlo en el caso, dado que era la jurisprudencia vigente de la Corte.¹⁸

Por su parte el juez Thomas, basado en una interpretación histórica de la Constitución, sostuvo que no habría razón alguna para otorgar menor valor al discurso comercial que a otras clases de discurso.

III. SÍNTESIS DE LAS DISTINTAS POSTURAS

A) La posición más protectora del commercial speech es, en primer lugar, la de Thomas, por las razones que se acaban de indicar supra. También la opinión de Stevens es fuertemente garantista pues, a pesar de aplicar *Central Hudson*, parece estar inspirado en la misma filosofía que *Virginia Pharmacy Bd.*:

18. Podrá resultar extraño a un lector argentino la circunstancia de que el juez Scalia decida aplicar un precedente con el que no está de acuerdo. Sin embargo, ello es fácilmente explicable a la luz de la doctrina angloamericana del *stare decisis*, según la cual los tribunales deben fallar con arreglo a la jurisprudencia existente en la materia, a menos que existan circunstancias muy graves que justifiquen apartarse de aquélla. Un ejemplo significativo de esta postura fue el voto de los jueces O'Connor, Kennedy y Souter en el caso "*Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania et al. vs Robert P. Casey*" en que se abordó una vez mas el delicadísimo tema del aborto. Ver sobre este caso, el comentario de Alberto Garay, "La independencia intelectual y funcional de tres jueces de la Corte Suprema norteamericana" (El Derecho 150-887).

sólo la publicidad no veraz o engañosa puede ser objeto de restricción estatal. No puede existir prohibición absoluta de la publicidad que es veraz y no engañosa.

B) En el otro extremo, se encuentra insinuada la posición de Scalia quien, también fundado en un análisis histórico del texto constitucional, parece dudar de que la Primera Enmienda comprenda a la “commercial speech”.

C) La posición intermedia es la de aquellos jueces que siguen adhiriendo al test de *Central Hudson*: la publicidad comercial está tutelada por la Primera Enmienda, pero tiene un valor menor, comparada con otra clase de discursos. Por lo tanto, aceptan la posibilidad de que, cumplidos ciertos requisitos, se pueda prohibir incluso la publicidad que sea veraz y no engañosa.

IV. PROBLEMAS QUE PLANTEA EL CASO LIQUORMART, INC.

El caso suscita los interrogantes que a continuación se reseñarán, sin la intención -por cierto- de dar respuestas asertivas.

A) El criterio para diferenciar el discurso comercial del no comercial.

Como punto de partida, parece necesario descartar como criterio clasificatorio el que pretende encontrar la distinción en la existencia -o inexistencia- de un ánimo de beneficiarse económicamente. En efecto, gran cantidad de mensajes, respecto de los cuales no se dudaría en categorizarlos como no comerciales, están movidos por un ánimo de esa naturaleza. Por ejemplo, la publicación de una solicitada empresarial en la que se requiere se otorguen subsidios a cierta clase de productores, o la de un gremio en la que se reclaman aumentos salariales. En realidad ambos mensajes, a pesar de su innegable finalidad de autointerés, plantean cuestiones que poseen un innegable interés público, lo que los hace acreedores de la protección plena de la libertad de expresión.¹⁹

Por tal razón, nos parece un criterio más adecuado de diferenciación el que considere como publicidad comercial aquellos mensajes cuyo objetivo *directo e inmediato* sea el de ofrecer determinados bienes o servicios contra una prestación.

B) ¿Qué tipo de protección constitucional merece la publicidad comercial?

Ello significa preguntarse, en primer lugar, si la publicidad se encuentra de alguna forma amparada por la garantía constitucional de la libertad de expresión, o -por el contrario- es sólo subsumible dentro de la libertad genérica de comerciar. La respuesta que se dé es de enorme importancia práctica pues, conforme a la jurisprudencia constitucional argentina, las restricciones a la

19. Precisamente, uno de los justificativos clásicos en favor de la libertad de expresión consiste en su contribución fundamental para esclarecer a la opinión pública respecto de cuestiones de interés general (conf. Stone, op. cit, págs.1019 y ss). En sentido coincidente, se ha expresado la Corte Suprema argentina en tanto sostuvo que sin el debido resguardo de la libertad de prensa: “...existiría tan sólo una democracia desmedrada o puramente nominal...” (caso Abal c/La Prensa, Fallos: 248:291; 1960).

libertad de comercial están sometidas a un test constitucional más laxo que las relativas a la libertad de expresión.²⁰

Si se acepta que la publicidad comercial es “expresión” a los fines de la protección constitucional,²¹ se plantea a continuación otro interrogante: si aquella merece la misma protección -o una más atenuada- que la brindada, p. ej., al discurso político. A pesar de que -como ya hemos visto- existen entre los jueces de la Corte Suprema estadounidense discrepancias acerca de los alcances de la libertad de expresión en materia de publicidad comercial, hay un consenso entre ellos de que ésta merece una menor protección constitucional que el discurso que, por concernir a materias de interés público, está “en el corazón de la protección de la Primera Enmienda”.²²

Algo similar es lo que sucede con la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos. En efecto, si bien es cierto que dicho tribunal reconoce que la publicidad comercial se encuentra comprendida en la tutela brindada por el art. 10 de la Convención del año 1950, también lo es que el nivel de protección es inferior al otorgado al discurso político.²³

La Corte Europea decidió recientemente que el art. 10 era aplicable en el caso de un abogado que había sido sancionado por el Colegio de Abogados de Barcelona por publicar anuncios en periódicos, consignando -con ánimo

20. Así, por ejemplo, la Corte Suprema argentina ha aceptado la validez de leyes que restringían fuertemente distintas libertades económicas aplicando un criterio poco exigente respecto de los requisitos que debía cumplir la restricción para ser declarada constitucional (conf. entre muchos otros, los casos *Avico c/ De La Pesa*, Fallos: 172: 21, 1934: constitucionalidad de la legislación que establecía una moratoria de las deudas hipotecarias y *Cine Callao*, Fallos: 247:121, 1960: validez de una ley que establecía la obligación de incluir espectáculos de variedades en los programas de las salas cinematográficas). En cambio, cuando se trata de restricciones a la libertad de expresión, los criterios utilizados han sido mucho más estrictos (conf. caso *Pérez*, Fallos: 257:308, 1963).

21. Como hemos visto de la reseña efectuada, esta es la posición adoptada por la jurisprudencia de la Corte norteamericana. Sin embargo, existen autores de ese país que rechazan la posibilidad de que la publicidad comercial se encuentre amparada por la libertad de expresión (ver, en tal sentido, a Baker, “Human Liberty and Freedom of Speech”, Oxford University Press, 1989, capítulo 9; Blasi, “The Pathological Perspective and the First Amendment”, 85 *Colum.L.Rev.*449, 486, 488 (1985), transcripto en Stone, op. cit.,p.1190 y Tushnet, “Corporations and Free Speech”, en “The Politics of Law”, 253, 258-260 (transcripto en op. y loc. cit.).

22. La expresión en *Un & Bradstreet, Inc vs. Greenmoss Builders, Inc.* 472 US, 749,758-759 (1985).

23. El art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos dice: “ 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”.

publicitario- su nombre, profesión dirección y teléfono, en una época (años 1982-1983) en que las normas de aquella entidad lo prohibían. Ello no condujo, empero, a la admisión de la pretensión del letrado, que aducía violaciones al Convenio.²⁴

En la opinión de un autor, el que la Corte Europea haya reconocido que el art. 10 del Convenio se aplica también a la publicidad comercial ha tenido -hasta ahora- un impacto más bien simbólico, pues ha coexistido con una gran tolerancia hacia las limitaciones y condicionamientos que aquélla, en concreto, puede sufrir.²⁵

C) Relación entre la prohibición de la actividad y la prohibición del discurso:

Uno de los puntos fundamentales de diferencia entre el fallo en *Posadas* y la sentencia en *Liquormart* es el rechazo que se hace en este último del criterio -adoptado en el primero- de que el estado, en aquellos casos en que puede prohibir una actividad por razones de interés público, puede preferir autorizarla, pero vedando la publicidad que a ella se refiera.

La posición de *Posadas* (“quien puede lo más, puede lo menos”) presupone que “lo más” es la conducta regulada y “lo menos” el discurso sobre ella. Ya antes del explícito rechazo que efectúa el juez Stevens en su voto,²⁶ la doctrina había cuestionado el citado enfoque de *Posadas*. Así, el profesor Abrams dijo sobre el punto: “En razón de que las apuestas de casinos podrían ser prohibidas, se concluía, por lo tanto [en *Posadas*] que la publicidad de aquéllas podía ser prohibida. Ello configura, sencilla y completamente, una inversión de la teoría de la Primera Enmienda. Por lo general, decimos que podemos controlar el discurso en último y no en primer lugar; que controlamos la conducta en primero y no en último lugar. Por lo general le decimos a las legislaturas: ‘decídanse. Si ustedes están lo suficientemente preocupados, hagan algo respecto de la **cosa** respecto a la cual están preocupados’. Esa cosa no es el discurso, son las personas que se dedican a apostar en los casinos”.²⁷

1) A modo de reflexión se podría señalar que tanto la postura de Stevens como la del profesor Abrams son un tanto simplistas, porque confunden dos tipos de discursos.

Uno es el dirigido a cuestionar que la ley considere ilícita una conducta: por ejemplo, una persona puede expresar su rechazo a que el contrabando sea un delito del Código Aduanero y considerar, por lo tanto, como injustificada la condena de un contrabandista.

24. Caso “*Casado Coca vs. España*” (sentencia del 24-2-1994). El tribunal decidió que pese a que el art. 10 era aplicable al caso, no se lo había violado, pues la sanción tomada contra el abogado -con base en las normas restrictivas de la publicidad comercial de los abogados vigentes en 1982/1983- no era irrazonable ni desproporcionada, a la luz de lo dispuesto en el art. 10.2 del Convenio.

25. Conf. Dirk Voorhoof, “Critical perspectives on the scope and interpretation of Article 10 of the European Convention on Human Rights”, Council of Europe Press, 1995, pág. 36/37.

26. Ver supra traducción del fallo, capítulo VII.

27. Abrams, “Commercial free speech in the Marketplace of Ideas”, 41 Rutgers L. Rev. 737, 739 (1989); transcripto por William B. Lockhart y otros “*Constitutional Law*”, 7a. ed., pág. 861.

Otro tipo de discurso, en cambio, sería el emitido por un despachante de aduana con el objeto de informar al público que sus oficinas están disponibles para realizar contrabando a través de ellas.

En tanto que el primer discurso parece estar completamente protegido por la garantía constitucional de la libertad de expresión,²⁸ el segundo puede ser sancionado sin mengua de la garantía, por constituir -en realidad- la participación en la comisión de un delito.

2) Otro reparo a la postura indicada supra -y ahora vinculado con actividades lícitas- podría ser el siguiente: hay casos -como en *Virginia*- en los que la actividad (venta de medicamentos bajo receta) se ha considerado siempre como socialmente útil. Es por ello que parece convincente el argumento de que “no se debe mantener al público en la ignorancia”, que hizo la Corte norteamericana en ese fallo.

Hay otros casos, en cambio, en que la actividad es tradicionalmente mirada como disvaliosa (el juego: *Posadas*) y tal vez por ello no resulta tan irrazonable la restricción de la publicidad relativa a aquélla.

En la apuntada diferencia podría, tal vez, encontrarse un justificativo de las distintas soluciones de *Virginia* y de *Posadas*. Tal como lo señala el profesor Tribe:²⁹ “Quizás la base más plausible para reconciliar ‘Posadas’ con la invalidación de la prohibición del estado de Virginia de la publicidad realizada por farmacéuticos acerca de los precios de medicamentos vendidos bajo receta..., es la proposición de que, cuando un estado ha determinado que una actividad es intrínsecamente dañosa y debería ser frenada pero sería demasiado impráctico o intrusivo en la intimidad prohibirla completamente, el estado puede elegir prohibir la publicidad que promovería directamente la continuación de la actividad...”

Esta última posición parece más plástica y adecuada a la realidad. Supongamos que, después de un intenso debate en todos niveles de la sociedad, se decide la legalización de la tenencia para consumo personal de las llamadas “drogas blandas”. Conforme a la postura reseñada, no habría obstáculo constitucional en permitir la comercialización para el consumo personal y, sin embargo, prohibir al mismo tiempo la publicidad de dicha comercialización. Una postura tipo *Virginia* o *Liquormart* no parece ofrecer matices, por lo que, una vez permitida la comercialización habría que autorizar la publicidad, en tanto ella fuera veraz y no engañosa.³⁰

28. Esto hace dudar de que la aplicación del tipo penal del art. 213 del C.P. (apología del crimen) sea constitucionalmente válida, al menos en algunos supuestos.

29. Tribe Laurence H. “*American Constitutional Law*”, 2da. ed., pág. 904, nota 92.

30. Lo expuesto supone aceptar la validez y procedencia de una diferenciación entre lo “socialmente útil” y lo “socialmente pernicioso”, aun cuando esta última categoría incluya actividades que afecten sólo a adultos que han prestado su consentimiento. Tal posibilidad plantea un “elegante problema constitucional” al decir del juez Stevens (conf. su disidencia en *Posadas* 478 US 328, 359), problema que en nuestro país gira en torno a la interpretación del art. 19 de la Constitución. Por cierto la enorme complejidad de la cuestión no puede ser abordada en el ámbito de este trabajo.

Comentarios Bibliográficos

Owen Fiss, *The Irony of Free Speech* Cambridge, Oxford University Press, 1996

Por Roberto Saba

La discusión acerca de cuánto o qué tipo de regulación estatal es la adecuada, puede llegar a ser considerada anacrónica o incluso completamente fuera de lugar en el contexto actual de nuestro país y en el de muchos otros países. El estado pasó de tener un rol intervencionista, casi omnipresente, a una situación de retrotraimiento cercano a la desaparición. El estigma, bien ganado por cierto, de ser un obstáculo permanente para el desarrollo económico y el emprendimiento privado de todo tipo, logró que la regulación estatal sea tachada, casi indiscriminadamente, como nociva, perniciosa, ineficiente e innecesaria. La corrupción, el subdesarrollo económico y la mala calidad de los servicios públicos proveídos por el estado son fenómenos que fueron y son fuertemente asociados con la interferencia de regulaciones emanadas de este último.

Sin embargo, la tendencia hacia los extremos (intervencionismo estatal vs. ausencia de estado) que caracteriza a la Argentina en esta materia, no encuentra un paralelo ni siquiera en aquellos países que se toman como modelo de referencia para procesos de desregulación. La discusión acerca de la regulación e intervención estatal no necesariamente debe instalarse alrededor de posiciones que las abrazan sin cuestionamientos o las rechazan en forma absoluta. Problemas tales como la discriminación, la protección del medio ambiente, las fallas del mercado o el buen funcionamiento de las instituciones democráticas, son algunas de las razones que permiten o autorizan algún tipo de regulación estatal sin escandalizar a la gran mayoría de la ciudadanía o de los principales actores políticos.¹

En su último libro, Owen Fiss nos acerca una discusión en este sentido al examinar las razones que existen para que el estado intervenga (regule, en el lenguaje del derecho administrativo) en aquellas actividades públicas o privadas que tienen relación con la libertad de expresión. Corriendo el riesgo de simplificar demasiado la cuestión, podríamos resumir el debate alrededor del tema de la libertad de expresarnos, como la confrontación entre aquellos que la consideran

1. En este sentido, ver Sunstein, *After the Rights Revolution*, Harvard University Press, Cambridge, 1990 o el artículo de Susan Rose Ackerman titulado "Desregulación y privatización en los Estados Unidos. Críticas desde un enfoque progresista", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 1, Nro. 1, Buenos Aires, 1996, p. 45 o su libro *Rethinking the Progressive Agenda. The Reform of the American Regulatory State*, The Free Press, New York, 1992.

un derecho del individuo que exterioriza sus ideas y los que la ven como un presupuesto esencial de la democracia entendida como autogobierno de los ciudadanos. Los primeros son denominados genéricamente *libertarios* y protegen fuertemente el derecho a la libertad de expresión contra cualquier tipo de interferencia estatal o privada. Los segundos, que algunos llaman “comunitarios”, más preocupados por la calidad del autogobierno, no se ven en absoluto limitados de proponer algún tipo de regulación estatal justificada.

Fiss está claramente ubicado en el segundo grupo y los tres capítulos centrales de su trabajo apuntan a desarticular los argumentos libertarios de la libertad de expresión. Para ello, propone una lectura de la Primera Enmienda que le permite justificar con fuertes argumentos la intervención del estado para que la mayor cantidad posible de personas o grupos de una sociedad tenga la posibilidad igualitaria de expresar sus ideas (*Capítulo 1: The Silencing Effect of Speech*), para poder decidir cómo el estado asigna los recursos destinados a promover el arte (*Capítulo 2: Art and the Activist State*) o qué nivel de regulación es aceptable en lo que se refiere a la libertad de prensa, considerando que la misma tiene una misión central en el sistema democrático (*Capítulo 3: The Democratic Mission of the Press*).

Fiss toma como presupuesto de su posición una idea que atraviesa todo su libro: la que asigna sentido a la democracia mediante su identificación con el autogobierno de los ciudadanos. Los autogobernados deben tomar decisiones acerca de lo que desean en términos de políticas públicas y, para ello, deben conocer la mayor cantidad de puntos de vista posibles. Si los ciudadanos tomaran decisiones en el marco del autogobierno sin haber considerado algún punto de vista o determinada información relevante, es muy probable que opten por un camino o política pública equivocada. No saber, no conocer, no poder percibir un determinado enfoque de un problema, contribuye a aumentar las posibilidades de tomar una decisión errónea. En este sentido, se torna no sólo importante sino fundamental, contar con lo que Fiss llama un “debate público robusto y amplio”. “La expresión (speech) -dice Fiss- es valorada de un modo tan enfático en nuestra Constitución (...) no porque ésta sea una forma de autoexpresión o autorealización, sino porque ella es esencial para la autodeterminación colectiva. La democracia le permite a la gente elegir la forma de vida que ella desea y presupone que esta opción es hecha en el contexto de un debate público que es, utilizando una famosa fórmula del Juez Brennan, “totalmente libre, robusto y amplio” (*The Irony...*, p. 3).

La expresión de algunos puede, a veces, silenciar o inhibir la expresión de otros. El carácter limitado de los recursos de los que el estado dispone en ciertas áreas conduce a que la promoción de una idea o expresión artística necesariamente desplace a otras. La propiedad privada de los medios de comunicación, de no estar sujeta a regulación alguna, puede desarrollarse perdiendo de vista su misión democrática de contribuir a robustecer el debate público. En todas estas instancias aparece como necesario el rol del estado como “parlamentario”, como moderador de una asamblea en la que alguno de los participantes habla demasiado y agota el tiempo del que disponen otros para expresar sus pensamientos; como proveedor de megáfonos a aquellos que no logran hacer escuchar su voz mientras otros se expresan a los gritos.

De este modo, Fiss identifica al estado como un amigo de la libertad de expresión en lugar de un enemigo (la metáfora es del autor). Si la libertad de expresión del Ku Klux Klan en una comunidad determinada inhibe la expresión de los afroamericanos o los judíos que temen participar de la discusión, ¿debe el estado asumir un rol supuestamente neutral y ver cómo la expresión de unos impide la de otros? Si asumimos que no podemos confiar sólo en el mercado para promover las ciencias y las artes (en esto coincide Fiss en forma explícita), ¿cómo debe el estado tomar la decisión de qué tipo de arte debe ser promovido? Si la propiedad privada de los medios de comunicación (especialmente aquellos que utilizan el limitado ámbito de las ondas hertzianas) impide que otros puedan expresarse y que el resto tenga la posibilidad de conocer acerca de sus ideas, ¿debe el estado permanecer en un rol pasivo como en el caso, que parece ser aceptable, del policía que no impide el desarrollo del discurso del que comunica a viva voz sus ideas en una esquina cualquiera de la ciudad?

En síntesis, Fiss relocaliza al estado en el centro de la escena y, por consiguiente, la necesidad de regulaciones que impidan que la libertad de unos dañe la libertad de otros. Esta es otra inteligente movida del autor. Usualmente, la discusión en torno al tema de la libertad de expresión se manifestó como un enfrentamiento de aquellos que, defendiendo la libertad, ponían en riesgo la igualdad, y aquellos que, protegiendo la igualdad, no asignaban ningún valor a la libertad. Si la expresión de los grupos racistas oponía una fuerte restricción a la expresión de los afroamericanos en los Estados Unidos, defender la libertad de expresión de los primeros impedía hacer algo contra el acto discriminatorio que esa expresión significaba de hecho. Proteger la igualdad racial y el derecho a no ser discriminado de los negros, en este caso, fácilmente nos llevaría a relegar la libertad de expresión de grupos como el Ku Klux Klan. Esta discusión sitúa a la Primera Enmienda en franca oposición con la Catorceava. Una disyuntiva insoluble, un camino que se bifurca y que divide a los liberales que eligen la ruta libertaria frente a los que optan por la igualitaria.² Sin embargo, Fiss ofrece una salida menos maniquea. No se trata, dice, de una tensión entre libertad e igualdad sino, más bien, entre libertad y libertad (*The Irony...*, p. 15). Libertad de unos y otros a expresarse. La libertad de unos que no puede anular la de los otros. Fiss propone ver estas regulaciones como expandiendo la libertad de expresión en lugar de restringiéndola. Su esfuerzo no está dirigido a hacer desaparecer las tensiones sino a ponerlas bajo lo que él llama una “matriz común” (*The Irony...*, p. 15).

Finalmente, algunos pensamientos acerca de dos puntos que Fiss menciona y que encuentran mayor desarrollo en otros trabajos del autor.³ El primero tiene que ver con la forma en la que Fiss identifica a los actores de esa enorme asamblea en la cual el estado jugaría el rol de moderador. Los participantes de esta discusión no son individuos, al menos en la casi totalidad de los ejemplos que se presentan en el trabajo. Son grupos homogéneos de personas que parecen pasar a constituir un nuevo ente que se expresa, merece

2. Esta es la idea de otro libro de Fiss titulado *Liberalism Divided*, Westview Press, 1996

3. Ver Fiss, Owen, “Groups and the Equal Protection Clause”, *Philosophy and Public Affairs*, 5, no. 2, 1976.

protección o es susceptible de ser silenciado. Pornógrafos, mujeres, gays o afroamericanos son, en realidad, los actores que Fiss tiene en cuenta para plantear su interpretación de la Primera Enmienda. Mapplethorpe no es un fotógrafo cuya obra, que mostraba homosexuales y enfermos terminales de SIDA, fue auspiciada por el estado y atacada por el Senador Jesse Helms de Carolina del Norte. Mapplethorpe, según Fiss, era la voz de los homosexuales o de los enfermos afectados de un virus mortal cuyo mayor antídoto es la información para la prevención. La revista pornográfica no es el vehículo de expresión de una persona sino el modo en que “los pornógrafos” (como actor colectivo) degradan o denigran a otro actor multiindividual, el grupo de “las mujeres”. La expresión de “los pornógrafos” (no de un individuo determinado) impide la expresión de “las mujeres” (no de alguna en particular, sino de ellas como grupo). Esta visión del debate público pierde algo de lo mucho que había ganado cuando sus participantes se funden en grupos supraindividuales o visiones globalizantes que los van ubicando en casilleros y poniéndoles etiquetas. Esta perspectiva encierra algunos riesgos que no son nuevos y que son los mismos a los que se ven sometidas otras posiciones de tipo, llamémosle tentativamente, colectivista. El problema se suscita cuando acercamos un poco la lente de aumento y descubrimos que el grupo aludido se compone de personas de carne y hueso, algunas de las cuales no se ven a sí mismas bajo el rótulo que les fue adjudicado. ¿Qué nos asegura que la visión de Mapplethorpe acerca de la homosexualidad es la visión de “los homosexuales”?; ¿cómo justificar el límite a la expresión de algunos pornógrafos por el excesivo volumen en que se expresaron otros componentes de la clase?

El otro problema es más evidente en el caso de la facultad del estado de asignar recursos a la promoción de cierto tipo de obras de arte. Para Fiss, parece ser fundamental poder definir la importancia de la contribución de la obra a la robustez del debate público. El apoyo a la creación de Mapplethorpe no se debe sólo a su calidad artística sino también y definitivamente a su aporte como visión homosexual de algunos temas y la información que suministra sobre una enfermedad no muy conocida al momento de la exposición financiada por el *National Endowment for the Arts*. Agrega que estas cualidades, definitorias del apoyo estatal, casi no existirían hoy en día en un caso similar, dado que el debate público cuenta hoy con mucha más información sobre el SIDA que la que existía en tiempos de la exhibición Mapplethorpe. La pregunta sería entonces, si es posible subsumir todo -en este caso, el arte- a su intersección con la manifestación de tipo político o informativo. ¿Es posible acaso pensar que sólo vale la pena que el estado promueva aquel arte que aporta a la robustez del debate público? ¿Es que acaso el arte que no logra este fin no merece ser promovido desde el estado? Hoy en día parece ser aceptado por muchos de nosotros que el estado, incluso en su versión raquítica de finales de siglo, debe seguir poseyendo y financiando museos, exposiciones y artistas, ya que la mano invisible del mercado no sabe mucho de arte. Sin embargo, no parece ser tan claro que cuando coincidimos en este punto lo hacemos pensando en el aporte que una obra determinada hace a la discusión pública.

Fiss nos ubica así frente a un interrogante. Los fuertes y convincentes argumentos a favor de la intervención estatal en materia de libertad de expresión se entrelazan con el avance améxico de lo que podríamos llamar la posibilidad de politización de todas las esferas de acción de los miembros de una sociedad. La expresión artística cobra relevancia para el estado cuando es, también, una manifestación política o cuando aporta información relevante para la tarea de autogobernarse. El moderador estatal del debate público parece tener un control absoluto sobre la cualidad “política” de la agenda. El interrogante, para aquellos que creemos que aún existe mucho en lo que el estado debe intervenir para evitar violaciones de derechos y el dominio de los más poderosos, es si esta empresa se encuentra necesariamente asociada a una idea comunitaria que identifica a las personas como pertenecientes a grupos y a las actividades humanas relevantes con las actividades de connotación política (o que aportan algo a la discusión democrática).

Anthony T. Kronman, *The Lost Lawyer. Failing Ideals of the Legal Profession.* Cambridge, Harvard University Press, 1995

Por Santiago Colombres

Kronman emprende una tarea titánica al rescate de los viejos ideales que inspiraban el ejercicio de la profesión hasta hace una generación atrás, en medio de los embates y el fuego cruzado de los discípulos del realismo científico.

Luego de repostular, en sus términos, el ideal del abogado-estadista (*lawyer-statesman*), al que considera sólo débil y parcialmente defendido, en tiempos recientes, por Llewellyn¹ y Bickel,² desarrolla un extenso y detallado cuadro de situación sobre las realidades que padece hoy en día su ideal en los distintos ámbitos de ejercicio de la profesión —el académico, el de la práctica profesional y el de los tribunales— en los Estados Unidos.

La conclusión no es demasiado esperanzadora, ya que, según el autor, aquellos que se propongan seguir los ideales por él planteados —lo que promete devolverá a los abogados el profundo sentido que otorga a su vida el ejercicio de su profesión—deberán de alguna manera dar un paso al costado más que nadar tozudamente contra la corriente, dictada hoy por el análisis económico del derecho y los estudios críticos del derecho. Ni siquiera el movimiento denominado neorepublicanismo parecería ser el refugio apropiado para el cultivo de dichos ideales.

El abogado-estadista que, dice Kronman, dominó claramente la escena durante casi dos siglos y hasta aproximadamente la década del '30, ya había perdido terreno frente a la corriente de la reforma científica del derecho iniciada hacia fines del siglo pasado, y para mediados de los '60 agonizaba casi sin remedio ante el asedio del análisis económico del derecho, que dio al movimiento de la reforma científica la metodología que había estado buscando desde hacía décadas.

Este abogado-estadista, es una persona que se destaca por tener una virtud, la de la prudencia o sabiduría práctica, notoriamente más desarrollada que la de sus conciudadanos. Eximio en el arte deliberativo, lo que requiere una combinación en dosis exactas de dos disposiciones manifiestamente antagónicas como son el poder de empatía y la capacidad de ser imparcial, el abogado-estadista es un ciudadano devoto que tiene como meta insoslayable y constante de su accionar la preocupación por el bien público, al punto de estar dispuesto a renunciar a sus propios fines y bienestar en pos de la consecución de ese bien público.

La extinción de dicha especie, sostiene Kronman con toda lógica, no dejará de sentirse en ámbitos más amplios que los del derecho, ya que la participación de los abogados en la vida política del país ha sido intensa y

1. Karl Llewellyn, *The Common Law Tradition: Deciding Appeals* (Boston: Little, Brown, 1960).

2. Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics* (Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962).

destacable desde los tiempos fundacionales, y provocará, seguramente, una seria crisis de liderazgo político.

El mayor obstáculo que enfrenta el intento de restablecer a la prudencia o sabiduría práctica como virtud esencial a la deliberación en el ámbito de la política o la cosa pública es, según Kronman, el neto contenido elitista y no igualitario que surge de la exposición de su mejor adalid, Aristóteles, quien la considera distribuida en forma desigual entre los hombres en razón de su edad, sexo y raza. Las inclinaciones innatas del hombre, dice Aristóteles, se educan a través de la enseñanza y la experiencia a las que todos tenemos distintas posibilidades de acceso. Consecuentemente, sólo algunos alcanzan a ser excelsos en el arte de la deliberación y pueden, por tanto, ocuparse de la cosa pública. Más aún, según Aristóteles, un hombre no puede realizarse plenamente como tal si no interviene en el manejo de la cosa pública y desarrolla en ese ámbito el arte de la deliberación. Ahora bien, ¿cómo podría aceptar semejantes planteos cualquier persona medianamente imbuida de la filosofía kantiana? ¿Cómo admitir que la participación en el debate público pueda requerir de algo más que la sola voluntad? ¿O que nuestro nacimiento, posición, entorno familiar o educación puedan habilitarnos o no para el debate?

Kronman realiza denodados esfuerzos para poder sostener, sin pecar de inigualitario, la necesidad de una teoría de la excelencia en el arte deliberativo. Luego de describir los procesos de elección entre distintas alternativas que se presentan habitualmente en la vida de las personas y las comunidades, luego de distinguir entre la deliberación acerca de medios y la deliberación acerca de fines y de señalar aquel campo en el que la opción ha de hacerse entre bienes incommensurables entre sí, se sumerge de lleno en el análisis de la virtud de la prudencia y de su calidad de rasgo distintivo de la personalidad, y no pierde la oportunidad de destacar que “los abogados, en particular, tienen buenos motivos para valorar [dicha virtud] y pueden razonablemente esperar que su experiencia profesional la promueva en una medida fuera de lo común.”⁷³

Así como Sócrates explica la virtud de la justicia individual estableciendo una relación de correspondencia entre ésta y la justicia política, Kronman intenta explicar la virtud de la sabiduría en lo político o para el debate público, por medio de la analogía con la sabiduría para deliberar acerca de cuestiones individuales.

Como se dijo más arriba, dos disposiciones opuestas y combinadas son las que conforman la virtud de la prudencia. Por un lado, el poder de empatía necesario para esforzarse por ver los valores asociados con las distintas alternativas en su presentación más atractiva, no desde cerca sino “desde dentro”, comprometiéndose con dichos valores. Por el otro, la imparcialidad necesaria para, simultáneamente, sopesar dichas alternativas con igual distancia, reserva y objetividad. Esta combinación es la que permite anticipar imaginariamente la experiencia de haber efectuado cierta elección, es la que permite “ver” las distintas posibilidades futuras, las distintas instancias en las que desembocará dicha elección. Pero estas actitudes o disposiciones

3. Anthony Kronman, *The Lost Lawyer ...*, pág. 52.

pertenecerían, aparentemente, al ámbito de los sentimientos tanto como al del pensamiento. Por lo que, según Kronman, aquél que se destaca en el arte de la deliberación, aquél que sabe combinar ambas disposiciones de modo superlativo, podría ser, más bien, un virtuoso de los sentimientos, ya que si su imaginación le permite comprender más allá que a los otros, se debe en gran parte a que puede sentir lo que otros no pueden sentir.

El centro de la cuestión es que estas disposiciones o capacidades afectivas, no serían innatas o connaturales a la mayoría de los hombres, los que, más bien, tenderían en los comienzos de su vida a sentir afecto por aquello que les es cercano y desinterés o temor por lo que les resulta remoto. Por lo que incorporar como hábito la compleja combinación de disposiciones de que se compone la sabiduría práctica necesariamente requiere de un proceso de aprendizaje. La adquisición de este hábito afectivo da a la persona una identidad en lo sustancial diferente de la de otros, marca su personalidad de una manera que influencia nuestro entendimiento acerca de quién es esa persona. Sus desarrolladas capacidades imaginativas y la facilidad con que accede al mundo de la experiencia vicaria lo hacen estar mejor informado al enfrentar opciones entre distintas alternativas que definirán su identidad.

Pero a Kronman también le preocupa demostrar que la virtud de la prudencia no tiene un valor meramente instrumental a la hora de sopesar alternativas que decidirán el futuro en uno u otro sentido —ya sea de la persona o de la comunidad. Puesto que de ser este el caso, la deliberación carecería de valor en aquellas situaciones en las que no logra producir una decisión acerca de cuál es la alternativa que predomina sobre las otras. Por lo tanto, dedica un largo pasaje, que abreva en las enseñanzas de Aristóteles,⁴ Platón,⁵ Freud⁶ y los existencialistas,⁷ a exponer acerca de la función esencial que disposiciones tales como la empatía y la imparcialidad cumplen en la obtención de la integridad o, en términos aristotélicos, la amistad con uno mismo, lo que representa el mayor bien al que un alma puede aspirar. Amistad, por otra parte, que no es otra cosa que la contracara de la deliberación acerca del futuro, a través del prisma de la empatía y la imparcialidad, en lo que respecta a cómo uno repasa o rememora su pasado y aquellos intereses, inclinaciones y proyectos que han quedado abandonados a partir de la continua e inevitable cadena de opciones que uno ha ido tomando a lo largo de la vida.

Finalmente, cierra su círculo discursivo tendiendo un puente entre lo que la integridad es a la persona y lo que la fraternidad política es a la comunidad, a la cual preserva de la desintegración, atento que de la presencia o no de

4. Aristóteles, *Nicomachean Ethics*, 1166a1-1166b28; y también *Eudemian Ethics*, 1240a8-1240b37.

5. Platón, *Republic*, 430e, 441d, 573b; *Gorgias*, 506d-508a.

6. Sigmund Freud, *Civilization and Its Discontents*, (New York: Norton, 1939), pág. 17; "The Psychotherapy of Hysteria," en *The Standard Edition of the Complete Psychological Works of Sigmund Freud*, (London: Hogarth Press, 1955), vol. 2, pág. 305, ambos editados y traducidos por James Strachey.

7. Max Weber, "The Social Psychology of the World Religions," en *From Max Weber: Essays in Sociology*, editado por H. Gerth y C. Wright Mills (New York: Oxford University Press, 1946), págs. 147-148.

dichos bienes depende la misma existencia, y sostiene que el estadista no es aquel que determina qué es lo correcto ni el que descubre oportunidades para la componenda, sino aquel que promueve en forma más confiable el bien de la fraternidad política.

Con una descripción del método de casos y de los modos en que la empatía y la imparcialidad juegan un papel preponderante en los distintos aspectos y actividades de la vida profesional, Kronman cierra la primera parte de su libro, “Ideales”, e inicia su extenso relato acerca de las “Realidades”, lo que constituye la segunda y última parte del mismo.

El capítulo sobre la situación en las facultades y en la enseñanza del derecho contiene una interesantísima relación de la manera en que se fueron sucediendo unas a otras las distintas escuelas y corrientes acerca de la ciencia del derecho, desde la segunda mitad del siglo pasado, y deja planteada la cuestión acerca de cuál ha de ser la finalidad que debemos atribuir al derecho, y cuál la función del juez. Allí se ve cómo el prudencialismo se afirma o pierde terreno en el ámbito académico a lo largo de más de un siglo, y cómo su principal rival es el intento de sistematización.

Seguidamente, el autor describe los avatares sufridos por el ejercicio de la profesión, especialmente en los grandes estudios que son los que marcan el ritmo, y señala importantes diferencias entre la práctica profesional de la generación anterior —treinta años atrás— y la de la contemporánea. Básicamente, el problema radica en que los abogados de esta última se encontrarían prácticamente imposibilitados para dar un asesoramiento que vaya más allá de lo meramente técnico. La excesiva especialización, la falta de contacto asiduo con las cuestiones de su cliente, le impiden entrar a discutir con él sobre fines, ayudarlo a elegir entre distintas alternativas que no sean exclusivamente de método, interiorizarse acerca de sus asuntos como lo haría un consejero que es, a la vez, hombre de confianza. El punto central es que los abogados, ante esta realidad, deben renunciar a ciertas expectativas en lo que respecta a su realización personal a través de su profesión por lo que, en principio, como es obvio, deberían depositar sus expectativas de realización fuera de su trabajo, durante los momentos que comparten con su familia y que dedican a sus afectos. Sólo que el mismo sistema les impide gozar de estos momentos en una gran proporción, dadas las pautas que impone en lo que respecta a la facturación y al *cursus honorum* hacia la admisión como socio de la firma. Las conclusiones de este capítulo son realmente desalentadoras y no surgen del mismo alternativas que permitan pensar en la “rehumanización” de la práctica profesional llevada a cabo en los grandes estudios jurídicos.

Uno podría esperar, entonces, que el ámbito del Poder Judicial, con su tradicionalismo y costumbrismo característicos, es el reducto en donde estos valores e ideales de otrora han encontrado refugio. Pero la lectura del capítulo 6 enseguida nos devuelve a la realidad. Territorio asolado por los *clerks*, actualmente encargados de la preparación de las sentencias, poco margen queda para la deliberación en el ámbito de los tribunales. Un estudio de la evolución de la jurisprudencia muestra claramente la marcada influencia de los claustros —promotores de la rama científica, contraria a la prudencial, del realismo jurídico— en el lenguaje, las citas y la estructura del discurso. Resulta

entonces que la búsqueda frenética de certidumbres que han acometido los juristas, obsesionados con la metodología de las ciencias sociales, ha relegado al ideal del abogado-estadista a reducidísimos reductos, cuando no al fuero interno de aquellos propensos a elegir el camino de la nostalgia.

Sin embargo, Kronman insiste en que “quienes vean el ideal, y se aferren a la oportunidad de ponerlo en práctica en sus trabajos, ganarán para sí un premio de infinito valor, como el marino que, en medio de la tormenta, se las ingenia, de algún modo, para salvarse él y a su más preciada carga.”⁸

En cuanto al déficit igualitario presuntamente manifiesto de la teoría aristotélica, que tan categóricamente la descalificaría, creo que seríamos injustos con el filósofo si dejáramos de lado las cuestiones históricas y de contexto de su tiempo. Es evidente que los menores, las mujeres y los esclavos no eran sujetos de derechos cívicos para él, pero tampoco lo eran hace poco menos que un siglo —¡amén del hecho de que todavía existían esclavos!— ni lo son, aún, los menores. Si hoy podemos sostener como valor indiscutido el derecho irrestricto a la participación en el debate político, no debiéramos por ello descartar, todo aquello de valioso que la teoría política de Aristóteles nos ha legado. Y entre ello, la teoría sobre la excelencia en la deliberación pública se destaca sin lugar a dudas.

Por último, cabría preguntarse en que medida juega una escuela como la prudencial en un sistema jurídico como el nuestro, tan alejado de la tradición del *common lawyer*, sujeto reactivo a las abstracciones, y tanto más cerca del movimiento de la reforma científica con sus ideas de sistematización y codificación.

Considero que la respuesta podría bien ser dual, como en el libro de Kronman: Por un lado, las “realidades”, en las que los puntos de contacto y las similitudes —a pesar de las significativas diferencias entre ambos sistemas— son sorprendentes, e igualmente preocupantes. Parecería ser, a juzgar por los resultados, que el provenir de una u otra tradición es casi del todo indiferente.

Por otro, los “ideales” del prudencialismo, como cuestión antecedente, incluso, a cuál sea el sistema jurídico escogido. Ideales que importan una revalorización de la prudencia como disposición deseable ante un proceso de toma de decisiones y que conllevan un restablecimiento del bien público en el centro del debate político. Ideales que, vivamente, promueven la educación del ciudadano para el debate, y enfáticamente sugieren la necesidad de un entrenamiento, un trabajo y un esfuerzo cotidianos en pos de la adquisición de ciertos hábitos personales que, inevitablemente, redundarán en frutos en beneficio de la comunidad. Esfuerzos conducentes, en definitiva, a la formación de una personalidad de liderazgo comprometido que siempre representará algún aporte, por muy insignificante que sea, al bien de la humanidad.

8. Anthony Kronman, *The Lost Lawyer ...*, pág. 381.

Clínicas Jurídicas

Una crítica muy común que se dirige a la enseñanza del derecho en nuestro país consiste en la excesiva importancia que ésta le asigna a los aspectos teóricos de su objeto en desmedro de los conocimientos considerados “prácticos”.

Esta crítica, si bien resulta en parte acertada, es parcial y puede llevar a confusión. Es cierto que en la enseñanza tradicional del derecho en la Argentina se pone un énfasis desmesurado en cuestiones teóricas. Pero hay que aclarar cual es la “teoría” que, en nuestra opinión, es la que normalmente se imparte en las facultades de derecho. Las cuestiones que allí se discuten son aquellas típicas de lo que en nuestro medio se conoce como “dogmática jurídica”. Al examinar críticamente este enfoque teórico, Carlos Santiago Nino señalaba que su objetivo consistía en reformular las vaguedades del derecho positivo, resolviendo sus incoherencias y ajustando sus normas a determinados ideales axiológicos.¹ Sin embargo, tal como lo señala el autor mencionado, “...la característica distintiva de la dogmática es que, al igual que en el caso de los jueces, esa función de reconstrucción del derecho se realiza no en forma abierta, sino en forma encubierta, utilizando un aparato conceptual retóricamente efectivo que cumple la función de hacer aparecer las soluciones originales que ella propone como si derivaran de algún modo, a veces misterioso, del derecho positivo...”²

La lectura de este párrafo indica uno de los aspectos más cuestionables de la dogmática jurídica: el de encubrir la existencia de problemas morales (que los juristas deberían resolver) mediante la discusión de cuestiones de clasificación jurídica que, en la mayoría de los casos, no son más que “cuestiones verbales”.

De lo dicho surge en forma clara que la actitud crítica reseñada no desprecia el estudio de los problemas “teóricos” sino que, por el contrario, intenta distinguir entre cuestiones teóricas reales (como, por ejemplo, de qué forma es posible justificar la potestad estatal de regular la conducta de los individuos) de las ya mencionadas “cuestiones verbales”, como la discusión entre los expertos del derecho penal acerca de si el dolo *está* en el tipo o en la culpabilidad.

Esta propensión de los juristas tradicionales a concentrarse en cuestiones verbales ha dado como resultado que los estudiantes de las facultades de derecho de nuestro país estén muy mal preparados para llevar a cabo la función típica del abogado, que consiste en resolver problemas concretos.

1. *Introducción al análisis del derecho*, 2a.ed., Buenos Aires, 1987, pág. 326 y ss.

2. Op.cit., págs. 326/327.

Así, a diferencia de sus pares en otras partes del mundo, los estudiantes argentinos no están, por lo general, acostumbrados a desarrollar principios teóricos a partir del estudio de casos concretos sino que, como consecuencia casi inevitable de su formación académica, apenas si se encuentran capacitados para resolver casos concretos con las pobres herramientas que les otorgan las vagas generalizaciones que se suelen encontrar en los libros de texto. Aparece así, en parte justificada, la célebre frase del juez estadounidense Oliver Wendell Holmes: “Las proposiciones generales no resuelven casos concretos.”

El problema señalado no se limita, por supuesto, a los estudiantes. Si bien es cierto que la práctica del derecho permite a los abogados y jueces adquirir en forma empírica los principios básicos destinados a resolver casos concretos, no es inusual encontrar escritos y sentencias judiciales que muestran los defectos señalados. El más común entre ellos consiste en aplicar, por ejemplo, la doctrina que surge de un precedente sin explicitar las razones del empleo de dicha doctrina, esto es, sin comparar las circunstancias fácticas del precedente judicial y del caso a resolver a efectos de determinar si el primero resulta relevante para la solución del segundo.

Pero las deficiencias señaladas en la educación jurídica tradicional también tienen consecuencias muy poco satisfactorias en el campo teórico al esconder los verdaderos problemas morales que plantean los casos reales y crear la idea, engañosa, de que pueden resolverse mediante un procedimiento meramente clasificatorio.

Las consideraciones que se acaban de formular parecen indicar cuales son las falencias más notorias de la enseñanza tradicional del derecho y la posible solución de aquéllas, que consiste en tratar de integrar los aspectos teóricos y prácticos del derecho.

Es por tal razón que en la Maestría en Derecho de la Universidad de Palermo se ha creado, como una de las materias regulares, una clínica jurídica que comenzó a funcionar en 1995.

El objetivo de las clínicas consiste en discutir con los estudiantes de la Maestría casos jurídicos reales con el fin de elaborar una argumentación sólida que permita discutir exitosamente dicho caso ante los tribunales.

Las clínicas jurídicas de la Maestría se reúnen periódicamente. En estas reuniones se distribuye el trabajo de los casos en curso y se analizan nuevos casos para representar.

LAS FUENTES DE CASOS

Los profesores a cargo de la coordinación de esta actividad están en contacto con Organizaciones No Gubernamentales (ONGs) que suministran casos para las clínicas. Así, existen contactos con la Asociación por los Derechos Civiles (ADC), la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos (APDH), el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), la Asociación Mutual Israelita Argentina (AMIA), CAREF, Poder Ciudadano, FARN, etc. Estas ONGs son fuentes de casos en temas varios como discriminación de discapacitados motrices o mentales, mujeres, problemas de medioambiente, inmigración, arbitrariedad policial, etc.

Los casos también llegan a las clínicas en forma azarosa, a través de individuos que conocen la actividad y sus fines.

METODOLOGÍA DE TRABAJO

Su mecánica es la siguiente: se plantea en la clase un caso real (el caso puede ser propuesto por el profesor a cargo de las clínicas o por cualquiera de los estudiantes). Por lo general, debe tratarse de un caso en el que se alegue la violación de derechos humanos fundamentales y que afecte no sólo a la persona directamente involucrada en él sino que posea también una repercusión social considerable. Si existe consenso entre los participantes del curso en que el caso reúne los requisitos mencionados, se decide entonces redactar una presentación judicial con el objeto de defender ante los tribunales los derechos de la persona afectada. A tal fin, en la clase se discuten las posibles estrategias y argumentos. Luego, en los días subsiguientes, cada uno de los participantes prepara una parte del escrito, concentrándose en un tema determinado de la presentación. Dicha preparación presupone una profunda investigación de los materiales jurisprudenciales y doctrinarios que podrían ser relevantes y -muy especialmente- la aplicación concreta que dichos materiales podrían tener para el éxito de las pretensiones del actor. Sin embargo, la citada investigación no sólo comprende los antecedentes que sirvan para fundar el éxito de la acción sino también aquellos argumentos que podrían ser utilizados por la parte contraria, de forma tal de estar en condiciones de rebatirlos con anticipación. En la clase siguiente, cada uno de los estudiantes presenta el resultado de su investigación, el cual es debatido exhaustivamente entre los asistentes. Finalmente, se realiza un trabajo de compaginación con los distintos aportes, se redacta un escrito definitivo y se lo presenta ante el órgano judicial o administrativo correspondiente.

CASOS ACTUALES

Las clínicas se encuentran trabajando en la continuación de un caso en el que se discutió la declaración judicial de inconstitucionalidad de los edictos policiales. El caso tuvo origen cuando una persona, junto con otras de su conocimiento, fue condenada por la Policía Federal Argentina, en ejercicio de sus “facultades jurisdiccionales”, a una pena de multa o, en su defecto, a prisión, por la supuesta infracción al Edicto Policial de Ebriedad. La naturaleza claramente inconstitucional del procedimiento originó un recurso de apelación ante la justicia correccional de la Capital. El Juez Correccional a cargo del juzgado n° 19 hizo lugar a la apelación interpuesta y, en consecuencia, declaró la inconstitucionalidad del edicto sobre ebriedad y otras intoxicaciones en razón de que el procedimiento aplicado por la policía era violatorio del derecho al debido proceso (art.18 de la Constitución Nacional). Dado que la Policía no apeló el fallo, se interpuso una acción declarativa de inconstitucionalidad a favor de nuestros clientes.

Se inició una acción contra la obra social de los funcionarios públicos de la Provincia de Buenos Aires (IOMA) por discriminación de género. Los alumnos investigaron los siguientes temas: Jurisprudencia de la Corte Provincial sobre igualdad en la Constitución de la Provincia antes y luego de la reforma, jurisprudencia de la Corte Nacional sobre igualdad a partir del artículo 16 de la

Constitución Nacional, operatividad de los Tratados Internacionales relevantes incorporados al nuevo texto de la Constitución Nacional, la vía del amparo en la Provincia de Buenos Aires, la necesidad del agotamiento de la vía administrativa, etc.

Se ha iniciado una demanda contra el Estado por la conducta de una jueza que confinó, sin las garantías del debido proceso, a una mujer a un hospital psiquiátrico.

Se han comenzado conversaciones con el departamento de discapacitados de la AMIA para ayudarlos a trabajar con los nuevos contratos laborales para discapacitados y para identificar casos que permitan aplicar las obligaciones positivas que tanto el Estado como los particulares asumen a partir de una serie de leyes y reglamentaciones protectoras.

Alumnos de la Maestría están trabajando con expertos en inmigración analizando las leyes relevantes y examinando casos posibles para litigar en diferentes áreas: educación, salud, debido proceso, derecho de defensa, etc.

LAS CONEXIONES INSTITUCIONALES

Las clínicas se encuentran vinculadas con diversas instituciones nacionales e internacionales:

- Con la Asociación por los Derechos Civiles (ADC), asociación civil sin fines de lucro creada por varios abogados dedicados al derecho de interés público.

- Con el Poder Ciudadano, la Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN), el Centro de Apoyo al Desarrollo Local (CEADEL), que junto con la ADC forman parte del Proyecto de Fiscalización Ciudadana y Acciones de Interés Público, llevado adelante con el apoyo de la Fundación Ford.

- Con la Fundación ASHOKA, *Innovators for the Public*.

- Con clínicas de Universidades americanas. En la conferencia de la American Association of Law Schools llevada a cabo el pasado mes de mayo en Miami, se comenzaron a programar formas de intercambio y apoyo entre las distintas universidades de Estados Unidos, Canadá, India, Australia, etc. En esa ocasión, la Universidad de Palermo fue representada por el coordinador de las clínicas, Prof. Martín Böhmer.

CONCLUSIÓN

La reseña efectuada es una clara muestra de que las clínicas de la Maestría ya son una realidad y no un mero proyecto. Los que participamos de ellas -estudiantes y profesores- tenemos la plena confianza de que esta realidad tendrá importantes consecuencias para el futuro, al facilitar un cambio positivo en la forma de pensar el derecho y en la jurisprudencia destinada a la tutela de los derechos humanos.

Clínicas Jurídicas
de la Universidad de Palermo