

La ciudad y el poeta *

Kenji Yoshino*

Introducción

Tres décadas después de que fuera inaugurada por *The legal imagination*,¹ de James Boyd White, la disciplina “derecho y literatura” presenta síntomas de salud contradictorios. Por un lado, el campo parece estar floreciendo como nunca antes. Años recientes han visto una avalancha de libros con enfoques de “derecho y literatura”.² La disciplina ha penetrado la academia jurídica.³ Con cierta frecuencia hay conferencias sobre el tema que atraen a renombrados académicos literarios, teóricos legales y juristas.⁴

Por otro lado, el área continúa plagada de escepticismo. Aunque “derecho y literatura” es contemporáneo de “derecho y economía”,⁵ y podría decirse que una respuesta a aquél, la producción académica en “derecho y la literatura” se ha quedado muy atrás de aquella

• Título original: *The City and the Poet*, publicado en *The Yale Law Journal*, 114. Reproducido bajo permiso de *The Yale Law Journal Company* y *William S. Hein Company*. Traducido por Fernando F. Basch, con la colaboración de María Eugenia Artabe, Fernando Racimo y Juan González Bertomeu. El traductor agradece la asistencia de Graciela Marcos.

* Profesor de Derecho, *Yale Law School*. Agradezco a Ina Bort, Peter Brooks, Robert Burt, Gene Coakley, Ariela Dubler, Robert Ferguson, Oren Izenberg, Carol Rose, Catherine Sharkey y a los participantes de los *workshops* en *Columbia University* y *Tel Aviv University*. Jessica Bulman-Pozen, Aaron Crowell, Mathew Faggin, Cary Franklin, Michael Gottlieb y Allegra di Bonaventura Hogan proveyeron una excelente asistencia de investigación.

1. WHITE, James B., *The Legal Imagination: Studies in the Nature of Legal Thought and Expression* (1973).

2. Por ejemplo, AMSTERDAM, Anthony G. & BRUNER, Jerome, *Minding the Law* (2000); BINDER, Guyora & WEISBERG, Robert, *Literary Criticisms of Law* (2000); BROOKS, Peter, *Troubling Confessions: Speaking Guilt in Law and Literature* (2000); BRUNER, Jerome S., *Making Stories: Law, Literature, Life* (2002); *Law's Stories: Narrative and Rhetoric in the Law* (Peter Brooks & Paul Gewirtz eds., 1996); NUSSBAUM, Martha C., *Poetic Justice: The Literary Imagination and Public Life* (1995); POSNER, Richard A., *Law And Literature* (rev. & enlarged ed., 1998); WARD, Ian, *Law and Literature: Possibilities and Perspectives* (1995); WEISBERG, Richard, *Poethics: And other Strategies of Law and Literature* (1992).

3. De acuerdo con Elizabeth Gemmette, de 135 facultades de derecho consultadas en 1987, 38 ofrecían cursos en “derecho y literatura”, mientras que de 196 facultades consultadas en 1993, eran 84 las que los ofrecían. GEMMETTE, Elizabeth Villiers, *Law and Literature: Joining the Class Action*, 29 VAL. U. L. REV. 665, 665-66 (1995). Esto representa un alza del 28 al 43 por ciento. No pude encontrar ningún estudio más reciente, pero hay expresiones anecdóticas de que esta moda no se ha apaciguado. Véase, por ejemplo, LUYSTER, Debora, *Lawyering Skills in Law and Literature*, Mich. B.J., Jan. 2002, p. 56-57 (apuntando el informe de Gemmette y señalando que hoy “los sitios de internet de las seis facultades de derecho de Michigan muestran la oferta de tres cursos relacionados con “derecho y literatura””); SOUTHERLAND, Harlod P., *Law, Literature, and History*, 28 VT. L. REV. 1, 8 n.21 (2003) (“Como el trabajo de Elizabeth Villiers Gemmette ha mostrado, las ofertas de “derecho y literatura” han aumentado significativamente en las facultades de derecho en los últimos veinte años o algo así. Hoy hay probablemente cerca de 100 cursos en esa área en las facultades de derecho a lo largo del país, cada uno de ellos distinto en orientación y estructura...” (citas omitidas)).

4. Por ejemplo, *Law Stories*, citado en la nota 2 (que publicó los procedimientos de una conferencia de 1995 sobre “Narrativa y retórica en el derecho”; Symposium, *Legal Storytelling*, 87 MICH. L. REV. 2073 (1989)).

5. BINDER & WEISBERG, citado en la nota 2, p. 3.

en “derecho y economía”, al menos en cantidad.⁶ Es elocuente que el libro más adoptado en cursos de “derecho y literatura”,⁷ *Law and Literature* de Richard Posner,⁸ fuera escrito por un académico mejor conocido por sus aproximaciones al “derecho y economía”. Este libro toma la severa postura de que el derecho y la literatura tienen menos que decirse entre sí que lo que podría pensarse,⁹ y observa que los cursos en dicha área todavía son considerados “blandos”.¹⁰

Toda disciplina tiene seguidores y escépticos. Pero la de “derecho y literatura” se ha quedado en un limbo por un tiempo particularmente largo. Ha alcanzado mayor estatus que otras curiosidades interdisciplinarias como “derecho y música”¹¹ o “derecho y matemáticas”.¹² Pero nunca ha logrado el estatus de “derecho y economía”, la historia del derecho y la filosofía del derecho. ¿Por qué?

Podríamos comenzar con un diagnóstico: la de “derecho y literatura” es una disciplina considerablemente esquizofrénica. En un ensayo crucial, Robert Weisberg contrasta dos ramas del área: “el derecho *en* la literatura” y “el derecho *como* literatura”.¹³ El derecho en la literatura “involucra la aparición de temáticas jurídicas o la representación de actores o procesos legales en la ficción o el drama.”¹⁴ El derecho como literatura, en contraste, “involucra el análisis gramatical de textos legales como legislación, constituciones, sentencias judiciales y ciertos tratados académicos clásicos como si fueran obras literarias.”¹⁵

Esta escisión deriva de dos concepciones del término “literatura” radicalmente diferentes. En *The Meaning of Literature*, Timothy Reiss distingue entre las concepciones del término anteriores y posteriores al siglo diecisiete.¹⁶ Derivada de la palabra latina para “letras”, literatura significaba, en tiempos clásicos, “escritura” o “alfabeto”.¹⁷ Para el siglo segundo, el término se estrechó un poco para significar erudición general, un sentido que predominó durante el Renacimiento.¹⁸ A esta concepción de la literatura la llamo “generalizante”, porque comprende todos los textos de valor académico o, en su mayor alcance, todos los textos. Según Reiss, el sentido actualmente dominante de literatura surgió recién en el siglo diecisiete tardío.¹⁹ Esta nueva definición sostuvo que la literatura era un discurso orientado a lo estético, que contenía “obras de belleza formal y efecto emotivo.”²⁰ A esta concepción de la literatura la llamo “particularizante”, porque

6. En recientes artículos de revistas jurídicas, “derecho y economía” fue citada entre seis y ocho veces mas que “derecho y literatura”.

7. GEMMETTE, citado en la nota 3, p. 671, n. 46.

8. POSNER, citado en la nota 2.

9. *Idem*, pp. 5-6.

10. *Id.*, p. 4.

11. Ver, por ejemplo, LEVINSON, Sanford & BALKIN, J.M., *Law, Music, and Other Performing Arts*, 139 U. PA. L. REV. 1597 (1991) (crítica de libro).

12. Ver, por ejemplo, ROGERS John M. & MOLZON, Robert E., *Some Lessons About the Law from Self-Referential Problems in Mathematics*, 90 MICH. L. REV. 992 (1992).

13. WEISBERG, Robert, *The Law-Literature Enterprise*, 1 Yale J. L. & Human. 1, 1 (1988).

14. *Id.*

15. *Id.*

16. REISS, Timothy J., *The Meaning of Literature* (1992).

17. *Id.*, p. 229.

18. *Id.*

19. *Id.*

20. *Id.*, p. 230.

limita su alcance a géneros como la ficción, el drama, la poesía y similares.²¹ La concepción particularizante está anidada en la generalizante, haciendo de la palabra “literatura” una sinécdoque de sí misma.

Aunque hoy la concepción particularizante domina el discurso popular, la definición generalizante no ha desaparecido. Cuando un académico de la economía habla de hacer una crítica de “la literatura” en su área, habla en el sentido antiguo, amplio. Además, la rueda histórica puede estar girando hacia atrás en dirección a la definición generalizante, al menos en la academia. Teóricos literarios post-estructuralistas han refutado la noción popular de que la literatura es “un objeto de conocimiento inconfundible y limitado” dado “que la teoría literaria puede manejar tanto a Bob Dylan como a John Milton.”²² La pregunta clave de qué, si algo, distingue a los textos literarios de los no literarios, es central para el academicismo literario moderno.²³

La distinción entre las concepciones particularizante y generalizante de la literatura domina el “derecho y literatura”, como puede verse en la distinción que Weisberg formula entre el derecho *en* la literatura y el derecho *como* literatura. El derecho en la literatura descansa en una definición particularizante de la literatura—el derecho está lo suficientemente afuera de la literatura como para despertar comentarios cuando está representado en ella. El derecho como literatura, por otro lado, descansa en un discurso generalizante de la literatura—el derecho es reconocido como una forma de literatura y, como tal, es visto como susceptible de ser aclarado a través de modos literarios. La diferencia entre las dos ramas radica no sólo en la preposición ubicada entre las palabras “derecho” y “literatura”, sino también en diferentes concepciones acerca de la palabra “literatura”.

Esta distinción entre las concepciones particularizante y generalizante de la literatura es más profunda que la distinción de Weisberg. Categorías que no pueden ser subsumidas dentro del binario de Weisberg sí pueden serlo bajo el binario particularizante/generalizante. La regulación legal de la literatura a través de las figuras de la obscenidad, la difamación y los derechos de autor—que podrían ser llamadas “derecho *de* la literatura”—no es derecho *como* literatura ni derecho *en* la literatura. Pero el derecho *de* la literatura puede ser clasificado como un discurso particularizante de la literatura, porque entiende al derecho como un discurso externo que, en esta instancia, toma a la literatura como su objeto.

La tensión entre las concepciones particularizante y generalizante del derecho y la literatura nos ayuda a comprender por qué “derecho y literatura” está anémico y por qué no morirá. En su forma particularizada, la literatura está marcada por cualidades estigmatizadas dentro del derecho, como la falsedad, la irracionalidad y la capacidad de seducción. Esto explica por qué “derecho y literatura” ha ido tirando detrás de “derecho y economía”, la historia del derecho y la filosofía del derecho: no suele pensarse que la economía, la historia y la filosofía sufran estas debilidades. La pregunta que entonces surge es por qué “derecho y literatura” tiene mayor vida que “derecho y matemáticas”.

21. La concepción particularizante, por supuesto, no ha permanecido estática en sus contornos a lo largo del tiempo. Ver, por ejemplo, EAGLETON, Terry, *Literary Theory: An Introduction* 1, 15-16 (2d. ed., 1996).

22. *Id.*, p. 178.

23. Ver KNAPP, Steven, *Literary Interest: The Limits of Anti-Idealism* 1 (1993). La obra de Knapp argumenta en contra de la concepción generalizante, sobre ciertas bases de las que me encargaré luego. Véanse las notas 104-108 y el texto que las acompaña.

Una respuesta es que la literatura tiene otra encarnación, más expansiva, una forma generalizada de la que el derecho es parte. El derecho es una máquina hecha de palabras, no de números.

La simultánea necesidad e inhabilidad del derecho para desterrar a la literatura hace de “derecho y literatura” una empresa inequívocamente peligrosa. Desterrada del derecho como un discurso contaminado, la literatura se mantiene a flote en el despertar de su partida obligada. En efecto, el fallido destierro de la literatura por el derecho es una inquietud tan básica que se ha convertido en una historia arquetípica. En este artículo tomo una versión de dicha historia: el destierro del poeta de la ciudad por Platón. Luego aplico el modelo desarrollado en ese contexto a dos casos modernos.

En la parte I analizo el destierro del poeta de la ciudad en los diálogos de Platón. En el Libro III de la *República*,²⁴ el Sócrates de Platón deporta al poeta de la ciudad por ser adverso a las funciones del Estado. Esta es una articulación clásica de la visión particularizante: la literatura debe ser desterrada por su falsedad, su irracionalidad y su capacidad de seducción. En el curso de subsecuentes diálogos,²⁵ como *Fedro*²⁶ y *Las leyes*,²⁷ surgen dudas acerca de si la poesía puede o debe ser desterrada. Implícitamente, Platón considera dos distintas defensas de la poesía –una defensa de la *inerradicabilidad* y una defensa de la *virtud*– que se corresponden con las concepciones generalizante y particularizante de la literatura. La defensa de la *inerradicabilidad* afirma que la literatura *no puede* ser desterrada porque es imposible separarla de otras prácticas escritas, incluyendo a la filosofía y el derecho. La defensa de la virtud afirma que, como es un discurso

24. PLATO, *The Republic of Plato* (BLOOM, Allan ed. & trans., 2nd ed., 1991). [N. de la T.: siempre que el autor haga referencia a esta obra, citaré su traducción al castellano: PLATÓN, *República*, en *Diálogos IV. República*, Gredos (Introducción, traducción y notas por Conrado Eggers Lan), Madrid, 1986 (en adelante PLATÓN, *República*).]

25. La cronología platónica es un sub-campo en sí misma. Ver, por ejemplo, BRANDWOOD, Leonard, *The Chronology Of Plato's Dialogues* (1990); THESLEFF, Holger, *Studies in Platonic Chronology* (Commentationes Humanarum Litterarum, No. 70, 1982). Thesleff lista 131 cronologías compiladas por académicos en los últimos dos siglos. Ver THESLEFF, citado, pp. 8-17.

La cronología de los diálogos asumida en este artículo –*Ion*, *República*, *Fedro*, *Las leyes*– es defendible. Haciendo un resumen de la opinión actual sobre la cronología de Platón, Graeme Nicholson divide los diálogos en tres grupos –colocando a *Ion* en el primer grupo, a *República* y a *Fedro* en el segundo (y también mostrando pruebas de que *Fedro* fue el primer diálogo en este grupo) y a *Las leyes* en el último grupo. NICHOLSON, Graeme, *Plato's Phaedrus: The Philosophy of Love* 6-8 (1999).

Sin embargo, no soy poco comprensivo respecto del punto de John Cooper, de que la incerteza residual acerca del orden de los diálogos significa que “las hipótesis cronológicas no deben descartar la interpretación independiente y la evaluación de los argumentos filosóficos que los diálogos contienen.” COOPER, John M., *Introduction to PLATO, Complete Works*, p. vii, xiv-xv (John M. Cooper ed. & G.M.A. Grube et al. trans., 1997). Como mi relato cronológico es buscado principalmente por propósitos expositivos, los argumentos sustanciales de este artículo sobreviven a la mayoría de los reordenamientos de los diálogos.

26. PLATO, *Phaedrus*, en *Complete Works*, citado en nota 25, p. 506. [N. de la T.: siempre que el autor haga referencia a esta obra, citaré su traducción al castellano: PLATÓN, *Fedro*, en *Diálogos III. Fedón, Banquete, Fedro*, Gredos (Traducciones, introducciones y notas por C. García Gual, M. Martínez Hernández y E. Lledó Iñigo), Madrid, 1986, p. 288 (en adelante, PLATÓN, *Fedro*).]

27. PLATO, *Laws*, en *Complete Works*, citado en nota 25, p. 1318. [N. de la T.: siempre que el autor haga referencia a esta obra, citaré su traducción al castellano: PLATÓN, *Las leyes*, Centro de Estudios Constitucionales (Edición bilingüe, traducción, notas y estudio preliminar de José Manuel Pabon y Manuel Fernández-Galiano), Madrid, 1983 (en adelante, PLATÓN, *Las Leyes*).]

diferenciado, la poesía *no debe* ser desterrada, porque tiene la capacidad de servir, más que meramente subvertir, a los fines correctos del Estado. Platón rechaza la primera defensa y, aunque deja la puerta abierta para la segunda, nunca la adopta completamente. Le niega al poeta un lugar en la ciudad.

Esta posición ha enfurecido a generaciones de sucesores de Platón. En la parte II defiendiendo la posición de Platón sobre la poesía, con un reparo significativo. Acepto los tres principios básicos de Platón: (1) no puede permitirse que la poesía entre en conflicto con las funciones básicas del Estado; (2) la poesía no puede evadir sus responsabilidades con relación a estas funciones fundándose en su imposible erradicación; (3) la poesía sólo puede defenderse demostrando que no entra en conflicto con dichas funciones, una demostración que a menudo supondrá confianza en sus virtudes. Mi única crítica a Platón es que falla en aplicar el tercer principio: si bien invita dos veces a la defensa de la virtud de la poesía, nunca la adopta. Llamo a este paradigma, incluyendo mi corrección, el “paradigma platónico”.

En la parte III muestro la relevancia contemporánea del paradigma platónico, al aplicarlo al tratamiento que la Corte Suprema de los Estados Unidos da a las “*declaraciones sobre el impacto en la víctima*”•. Una “*declaración sobre el impacto en la víctima*” es una declaración formulada por la víctima de un delito durante la fase del juicio donde se decide la pena.♦♦ En el caso *Booth v. Maryland*,²⁸ de 1987, la Corte Suprema desterró estas declaraciones “literarias” de los juicios susceptibles de finalizar con la imposición de una pena de muerte, sobre la base de que son falsas, irracionales y seductoras. Este destierro descansa en una concepción particularizante negativa de la literatura. Pero escasos cuatro años después, la Corte modificó la jurisprudencia en *Payne v. Tennessee*.²⁹ La Corte de *Payne* justificó su cambio de criterio recayendo en ambas defensas de la poesía. Algunas veces descansó en la defensa de la inerradicabilidad, manteniendo que las *declaraciones sobre el impacto en la víctima* son indistinguibles de narrativas rutinariamente admitidas en los juicios. Como yo nunca acepto la defensa de la inerradicabilidad, naturalmente la rechazo aquí. Otras veces, la Corte afirmó la defensa de la virtud, argumentando que las *declaraciones sobre el impacto en la víctima* no deben ser excluidas porque son útiles a las funciones del juicio dirigidas a determinar si procede la pena de muerte. Si bien creo que la cuestión es difícil, en última instancia también rechazo esta defensa de la virtud. En cambio, comparto con *Booth* que las *declaraciones sobre el impacto en la víctima* deben ser excluidas.

En la parte IV giro hacia un contexto final: el estatus del derecho y la literatura en la academia jurídica. Argumento que la cuestión que inaugura este artículo –por qué “derecho y literatura” es una disciplina tan elevada– está contestada por el paradigma platónico. Para mostrarlo me concentro en una tendencia de “derecho y literatura” particularmente polémica: el uso del relato de historias en el derecho. Los años ochentas y noventas vieron

• N. de la T.: “victim-impact statements”.

♦♦ N. de la T.: en el sistema de justicia penal de los Estados Unidos, la etapa del juicio penal donde se determina la pena a aplicar se desarrolla por separado del juicio donde se decide acerca de la inocencia o la culpabilidad del acusado. Dicha etapa se denomina “sentencing phase”.

28. 482 U.S. 496 (1987), revocado por *Payne v. Tennessee*, 501 U.S. 808 (1991).

29. 501 U.S. 808 (1991).

una emergencia del relato jurídico de historias, con académicos usando relatos personales para discutir conclusiones legales.³⁰ Este género ha provocado el predecible contragolpe platónico. Una respuesta que desplegara la defensa de la inerradicabilidad postularía que estos relatos son indistinguibles de la producción jurídico-académica clásica. Nuevamente, rechazo esta defensa. Otros han descansado en la defensa de la virtud, sugiriendo que estos relatos son útiles a los fines de la producción jurídico-académica. Como aquí acepto la defensa de la virtud, argumento a favor de la inclusión de dichas formas de literatura jurídica.

Por milenios, el destierro del poeta de la ciudad realizado por Platón ha sido casi uniformemente vilipendiado. Tales reacciones no advierten la fuerza perdurable del relato platónico. Platón no sólo diagnostica con habilidad nuestra ambivalencia contemporánea acerca del derecho y la literatura, sino que también diseña una manera viable de manejar esa ambivalencia. Nos ayuda a entender por qué la disciplina de “derecho y literatura” está enferma, y sugiere un método para curarla.

I. La parábola platónica

Es una de nuestras historias más antiguas. En el Libro III de la *República* de Platón, Sócrates destierra al poeta de la ciudad.³¹ Más precisamente, destierra a un tipo de poeta, porque el Sócrates de Platón distingue dos ramas de la profesión.³² La primera contiene al poeta imitador, que habita y actúa los roles que representa.³³ La segunda contiene al poeta narrador, que recita poesía desde la perspectiva de un tercero.³⁴ El poeta imitador simula ser Aquiles, mientras que el poeta narrador lo describe. Sócrates saca de la ciudad al poeta imitador, pero al poeta narrador le permite quedarse.

Sócrates hace esto a pesar de que, obviamente, quiere más al poeta imitador que al narrador. Observa que si un poeta imitador viniera a la ciudad, “nos prosternaríamos ante él como ante alguien digno de culto, maravilloso y encantador”.³⁵ Pero Sócrates declara que, luego, “le diríamos que en nuestro Estado no hay hombre alguno como él ni está permitido que llegue a haberlo”.³⁶ Sócrates nos haría expulsar al poeta de la ciudad, incluso honrándolo: “...lo mandaríamos a otro Estado, tras derramar mirra sobre su cabeza y haberla coronado con cintillas de lana. En cuanto a nosotros, emplearemos un poeta y narrador de mitos más austero y menos agradable, pero que nos sea más provechoso.”³⁷

30. Por ejemplo, BELL, Derrick, *And We are not Saved: The Elusive Quest for Racial Justice* (1987); DELGADO, Richard, *The Rodrigo Chronicles: Conversations about America and Race* (1995); WILLIAMS, Patricia J., *The Alchemy of Race and Rights* (1991); CALDWELL, Paulette M., *A Hair Piece: Perspectives on the Intersection of Race and Gender*, 1991 DUKE L.J. 365; MAHONEY, Martha R., *Legal Images of Battered Women: Redefining the Issue of Separation*, 90 MICH. L. REV. 1 (1991); MATSUDA, Mari J., *Public Response to Racist Speech: Considering the Victim's Story*, 87 MICH. L. REV. 2320 (1989).

31. PLATÓN, *República*, citado en nota 24, *398 a-b. A lo largo de este artículo, páginas estelares hacen referencia al tradicional sistema de numeración de Stephanus [*N. de la T.: conocido también, en los países de lengua latina, por su nombre completo: Henri Estienne*] para las obras de Platón.

32. Ver MURDOCH, Iris, *The Fire and the Sun: Why Plato Banished The Artists* 1 (1977).

33. PLATÓN, *República*, citado en nota 24, *397 a-b.

34. *Id.*, *397b.

35. *Id.*, *398a.

36. *Id.*

37. *Id.*, p. *398a-b.

La fuerza de la parábola platónica yace en la intensidad de expulsar a aquél que uno más quiere, un destierro que manifiesta el enredo de lo sagrado y lo expiatorio. La admiración de Sócrates por el poeta imitador le permite aprehender su poder retórico para dar forma a nuestras posturas en contra de nuestros juicios racionales. Este poder hace del poeta imitador una figura del desgobierno.

Yo leo el destierro platónico del poeta de la ciudad como un análogo antiguo del destierro de la literatura de la esfera del derecho. Debo conciliar mis términos, cosa que hago provisionalmente aquí y más extensamente luego. La concepción de la poesía de Platón no es igual que nuestra concepción moderna de la literatura. En la época de Platón, el discurso valioso, tanto escrito como oral, fue dividido en varios géneros. Entre ellos, los más relevantes para mis propósitos son la retórica, la poesía y la dialéctica. La retórica clásica incluía todas las artes desplegadas al servicio de la persuasión: como tal, incluía tanto los discursos de los sofistas como los argumentos de los abogados.³⁸ La poética clásica subsumió la mimesis verbal, incluyendo la épica, la lírica y formas dramáticas de tal imitación.³⁹ Finalmente, la dialéctica clásica trazó un discurso dirigido a la aprehensión sistemática de conocimiento, con la filosofía como caso paradigmático.⁴⁰

La poesía en tiempos de Platón fue, así, más amplia que la categoría actual de la poesía (incluyendo, por ejemplo, el drama) pero más restringida que la categoría actual de la literatura (excluyendo, por ejemplo, la novela). Más significativamente, la poesía clásica difirió de la poesía de nuestro tiempo en su prestigio social (lo que se desarrollará más adelante).⁴¹ Sin embargo, muchas de las preocupaciones de Platón acerca de la poesía aún existen hoy respecto de la literatura.

La ciudad de la *República* tampoco es una metáfora directa del derecho. Platón ve el destierro del poeta de la ciudad como un reflejo de la “vieja disputa” entre la poesía y la filosofía, no entre la poesía y el derecho.⁴² Aquí tengo menos reparos. Como sugiere la famosa figura del rey-filósofo, el Estado ideal de Platón compacta la función de la filosofía con la función del poder político.⁴³ Así, el destierro del poeta es justificado en el Libro III sobre la base de que su nacimiento en la ciudad no habría estado “permitido”.⁴⁴ En *Las leyes*, pensado como el último de los diálogos de Platón,⁴⁵ la *polis* es figurada claramente como un reino del derecho. En ese diálogo, los poetas trágicos vuelven a la ciudad para solicitar a los legisladores su readmisión.⁴⁶

Dicho eso, podemos explorar por qué Platón habría de ver al derecho y a la literatura como incompatibles. Platón destierra la poesía de la ciudad por tres razones: su falsedad, su irracionalidad y su capacidad de seducción. Aunque son distintas, estas objeciones están relacionadas, y se magnifican la una a la otra a través de sus interrelaciones.

38. NICHOLSON, citado en nota 25, pp. 35-55.

39. HAVELOCK, Eric A., *Preface to Plato* 3-31 (photo. Reprint 1980) (1963).

40. NICHOLSON, citado en nota 25, pp. 56-74.

41. Véanse las notas 95-103 y el texto que las acompaña.

42. Platón, *República*, citado en nota 24, *607b.

43. *Id.*, *473c-d.

44. *Id.*, *398a.

45. Véase COOPER, citado en nota 25, p. xi.

46. PLATÓN, *Las leyes*, tomo II, citado en nota 27, *817d.

En las formulaciones más radicales de Platón, el poeta siempre distorsiona la verdad. En la *República*, Platón describe la existencia de Ideas inmutables, abstractas e invisibles.⁴⁷ Estas Ideas son los ideales a los que Platón busca anclar el Estado y el alma humana, que es el microcosmos del Estado.⁴⁸ La máxima aspiración platónica para los seres humanos es acercarnos a estas Ideas.⁴⁹ La dificultad está en que nuestros modos normales de percepción –como nuestros sentidos– no pueden aprehenderlas.⁵⁰ Solo la razón correcta, ejercitada a través de la dialéctica, puede hacerlo de algún modo sistemático.⁵¹

A veces Platón describe la poesía, y por cierto todo el arte, como intrínsecamente incapaz de acercarnos a las Ideas. En el Libro X de la *República*, Platón explica las Ideas a través del caso de la cama. Observa que podemos concebir tres camas diferentes: la Idea de la cama hecha por los dioses, la cama material hecha por el carpintero y la pintura de la cama hecha por el artista.⁵² La Idea de la cama es lo que la cama es.⁵³ La cama material hecha por el carpintero no es, por todo su peso existencial, más que una sombra de la Idea. No es la cama, sino una cierta cama, y “algo oscuro en relación con la verdad.”⁵⁴ Esto aleja doblemente a la cama del artista de la verdad –es una imitación de una imitación–.⁵⁵

Por lógica, la representación artística no necesita estar más lejos de la verdad de las Ideas que la representación material.⁵⁶ El artista podría estar imitando directamente a las Ideas, en lugar de a sus representaciones materiales.⁵⁷ Si lo hiciera, él podría ser mejor que el carpintero en aprehender la Idea de la cama. Entonces Platón debe argumentar convincentemente que la representación artística es inferior a la representación material.

El caso radica en que la representación artística es tan amplia que debe ser superficial. Platón cree en la división del trabajo, sostiene repetidamente que un hombre puede hacer sólo una cosa bien.⁵⁸ Esto hace sospechoso al artista, porque el artista puede imitar muchas cosas. El virtuosismo del artista no fluye de una maestría universal, lo que es imposible, sino de una voluntad de hablar sin maestría. El Sócrates de Platón mantiene que como “el arte mimético está sin duda lejos de la verdad,” “produce todas las cosas pero toca apenas un poco de cada una, y este poco es una imagen.”⁵⁹ El pintor “retratará a un zapatero, a

47. Ver, por ejemplo, PLATÓN, *República*, citado en nota 24, *507b.

48. *Id.*, *500b-d.

49. *Id.*, *500b-e; ver LEVIN, Susan B., *The Ancient Quarrel between Philosophy and Poetry Revisited: Plato and the Greek Literary Tradition* 151 (2001).

50. PLATÓN, *República*, citado en nota 24, *509d-10d.

51. *Id.*, *511b.

52. *Id.*, *597b.

53. *Id.*, *597d.

54. *Id.*, *597a.

55. *Id.*, *597e.

56. *Id.*, *598e-99e (donde se cuestiona si Homero está alejado una o dos veces de las Ideas).

57. Ver NEHAMAS, Alexander, *Plato on Imitation and Poetry in Republic X*, en *Virtues of Authenticity: Essays on Plato and Socrates* 251, 260 (1999) (“Por mucho tiempo ha sido dicho, tanto por opositores como por defensores de los puntos de vista de Platón sobre el arte, que los artistas no necesitan imitar solamente objetos sensibles (lo que hacen, según Platón, reproduciendo su apariencia) sino que de alguna manera también pueden imitar directamente las Ideas.”). Luego Nehamas niega la proposición de que el propio Platón sostenía esta posición. *Id.*, pp. 260-261.

58. Ver, por ejemplo, PLATÓN, *Lesser Hippias*, en *Complete Works*, citado en nota 25, p. 922, *368b-69a; PLATÓN, *República*, citado en nota 24, *369e-70a, *398a.

59. PLATÓN, *República*, citado en nota 24, *598b.

un carpintero y a todos los demás artesanos, aunque no tenga ninguna experiencia en estas artes.”⁶⁰ No obstante, si es un buen imitador, él “engañará a niños y hombres insensatos, haciéndoles creer que es un carpintero de verdad.”⁶¹

Esta objeción a la falsedad de la poesía tiene un progenitor en *Ion*,⁶² un diálogo temprano en que Sócrates confronta a un rapsoda (un recitador de poesía épica) con ese nombre. Sócrates encuentra a Ion justo después que el rapsoda ha ganado una importante competencia de poesía con sus interpretaciones de poesía homérica.⁶³ Ion está lleno de soberbia, lo que Sócrates pincha al preguntar qué es lo que los rapsodas (y por implicación los poetas) realmente saben. Le pide a Ion que recite líneas de la *Ilíada* en las que Néstor aconseja a su hijo sobre cómo conducir carros.⁶⁴ Con entusiasmo, Ion cumple. “Y tu inclínate,” dice,”

“Y tu inclínate ligeramente, en la bien trabajada silla hacia la izquierda de ella, y al caballo de la derecha anímale aguijoneándolo y aflójale las bridas. Que el caballo de la izquierda se acerque tanto a la meta que parezca que el cubo de la bien trabajada rueda, haya de rozar el límite. Pero cuida de no chocar con la piedra.”⁶⁵

Incluso a través de las brechas del tiempo y de la traducción, podemos oír la flexibilidad de esta descripción. Pero Sócrates interrumpe con algunas preguntas tercas. ¿Quién podría evaluar mejor este consejo, pregunta Sócrates, Ion o un conductor de carros? Ion admite que el conductor de carros tendría más experiencia. Entonces Sócrates multiplica ejemplos: ¿Quién sabría más acerca de la precisión de la representación de la medicina formulada por Homero, Ion o un doctor? ¿Quién sabría más acerca de lo apropiado de la descripción de la pesca de Homero, Ion o un pescador? ¿Quién sabría más respecto de la veracidad de la descripción de la adivinación de Homero, Ion o un adivino?⁶⁶ En cada caso, Ion es forzado a confesar que sabe menos de estos temas que el conductor de carros, el doctor, el pescador o el adivino.⁶⁷

Entonces, pregunta Sócrates, ¿qué sabe el rapsoda? A diferencia de la *República*, *Ion* permite al artista defenderse. Ion responde que sabrá “sobre aquellas cosas que son propias de que las diga un hombre o una mujer, un esclavo o un libre, el que es mandado o el que manda.”⁶⁸ El rapsoda no es experto en ninguna de las artes que imita, sino en el arte de la imitación. Esta respuesta, sin embargo, no satisface a Sócrates. Cada una de las profesiones subyacentes imitadas por el poeta o el rapsoda representa una *technē* u oficio. Imitar estos

60. *Id.*, *598b-c.

61. *Id.*, *598c.

62. PLATO, *Ion*, en *Complete Works*, citado en nota 25, p. 937. [N. de la T.: siempre que el autor haga referencia a esta obra, citaré su traducción al castellano: PLATÓN, *Ion*, en *Diálogos I*, Gredos (traducción y notas por J. Calonge Ruiz, E. Lledó Iñigo, C. García Gual) p. 243.]

63. PLATÓN, *Ion*, *530a-d

64. *Id.*, *537a.

65. *Id.*, *537a-b (elipsis en el original) (con cita de HOMERO, *La Ilíada*, libro XXIII, II 335-40).

66. *Id.*, *538b-39d.

67. *Id.*, *538b (conductor de carros); *id.* *538c (médico); *id.* *538d (pescador); *id.* *539d (adivino).

68. *Id.*, *540b.

oficios sin poseerlos –y nadie podría poseerlos todos- no es un oficio en sí, sino una distorsión de los restantes.⁶⁹

La crítica de Platón no es absoluta. Si lo fuera, excluiría *toda* poesía. Pero Platón nunca apoya un desalojo a una escala tan grande.⁷⁰ Frena en seco una prohibición absoluta, en parte porque en algunos diálogos –como *Menón*⁷¹ y *Apología*⁷²- concede que a veces la poesía representa la verdad. Incluso en la *República*, en el Libro II, Platón distingue entre poesía verdadera y falsa, y dirige su preocupación casi completamente hacia la última.⁷³

Si bien la verdad podría ser una condición necesaria para la aceptación de la poesía, no es una condición suficiente. Si la verdad fuera el único criterio, la poesía podría ser juzgada solo por su contenido, y el Libro II sería la última palabra en la regulación poética. Pero como hemos visto, el Libro III introduce un criterio más. Allí, regulando de acuerdo con el estilo, Platón permite quedarse en la ciudad al poeta narrador pero no al poeta imitador. Esto sugiere una objeción diferente.

Platón objeta la irracionalidad de la poesía. El Sócrates de Platón reconoce repetidamente que los poetas pueden decir la verdad, lamentando que no puedan explicar la verdad que dicen. En *Menón*, Sócrates compara a los poetas con los adivinos, quienes “inspirados por la divinidad, dicen desde luego la verdad y con profusión, pero no saben nada de lo que dicen.”⁷⁴ En la *Apología* reitera que los poetas son como “los adivinos y los que recitan los oráculos. En efecto, también éstos dicen muchas cosas hermosas, pero no saben nada de lo que dicen.”⁷⁵

Como el poeta desterrado y venerado cual santo en el Libro III de la *República*, aquí nuevamente el poeta es una figura sagrada. Ahora aprendemos, sin embargo, que el poeta debe ser desterrado, en parte, por su inspiración divina. El poeta fracasa en el examen de racionalidad dialógica –no es dueño de lo que sabe-. Esto lleva a Sócrates a excluir a los poetas de la conversación dialéctica en *Protágoras*, sobre la base de que “no se puede preguntar de qué hablan.”⁷⁶

Platón explicita la crucial importancia de la racionalidad en el Libro IV de la *República*. Allí, Sócrates explica que el Estado y el alma se reflejan mutuamente: así como hay clases

69. La premisa inarticulada aquí es que las *technai* se refuerzan mutuamente. Por esto, una actividad que interfiere con una *technē* no puede ser una *technē*. Sabemos que la medicina y la pesca son *technai*, en parte porque la práctica de la medicina del doctor no interfiere con la práctica de la pesca del pescador. Y sabemos que la poesía *no es una technē*, en parte, porque las representaciones poéticas impiden al doctor ejercer su oficio.

70. Cf. MURDOCH, citado en nota 32, p. 1 (“Para comenzar, por supuesto que Platón no destierra a todos los artistas ni sugiere siempre el destierro de alguno.”).

71. PLATO, *Meno*, en *Complete Works*, citado en nota 25, p. 870. [N. de la T.: siempre que el autor haga referencia a esta obra, citaré su traducción al castellano PLATÓN, *Menón*, Instituto de Estudios Políticos (Edición bilingüe. Estudio crítico, traducción y notas por Antonio Ruiz de Elvira), Madrid, 1970 (en adelante PLATÓN, *Menón*).]

72. PLATO, *Apology*, en *Complete Works*, citado en nota 25, p. 17. [N. de la T.: siempre que el autor haga referencia a esta obra, citaré su traducción al castellano: PLATÓN, *Apología*, en *Diálogos I*, Gredos, citado en nota 62, p. 137.]

73. PLATÓN, *República*, citado en nota 24, *377c-e.

74. PLATÓN, *Menón*, citado en nota 71, *99c.

75. PLATÓN, *Apología*, citado en nota 72, *22c.

76. PLATO, *Protagoras*, en *Complete Works*, citado en nota 25, p. 746, *347e. [N. de la T.: en adelante, cuando el autor haga referencia a esta obra, citaré siempre a PLATÓN, *Protágoras*, en *Diálogos I*, Gredos, citado en nota 62, p. 487.]

en la *polis*, hay clases en el alma.⁷⁷ Específicamente, Sócrates observa que hay partes del alma racionales, emotivas e impulsivas que luchan entre sí.⁷⁸ En el individuo o en la ciudad justos, la parte racional contiene a las partes emotiva e impulsiva.⁷⁹

Esta distinción tripartita consolida la decisión de Sócrates de desterrar al poeta imitador cuando vuelve al asunto en el Libro X: "...según me parece, ahora resulta absolutamente claro que no debe ser admitida [la poesía imitativa], visto que hemos discernido las partes del alma."⁸⁰ Sócrates reitera que la parte racional es "la mejor del alma,"⁸¹ y condena al poeta imitador por no hablar *de* o *a* esta parte racional. No habla *de* la parte racional porque "el carácter sabio y calmo... no es fácil de imitar, ni de aprehender cuando es imitado."⁸² No le habla *a* la parte racional porque se dirige a "la parte menor" del alma.⁸³ El poeta "despierta a dicha parte del alma, la alimenta y fortalece, mientras echa a perder a la parte racional, tal como el que hace prevalecer políticamente a los malvados y les entrega el Estado, haciendo sucumbir a los más distinguidos."⁸⁴

Aquí, Platón revela que no sólo le preocupa nuestro destino, sino también cómo viajamos. La verdad debe ser comprendida conceptualmente más que perceptivamente, linealmente más que metonímicamente. Una verdad encontrada por accidente o por inspiración no es –como *Apología*, *Menón* y *Protágoras* sugieren– suficiente. Esto nos acerca a la comprensión de por qué Platón se preocupa no sólo por el contenido de la poesía (como en el Libro II de la *República*) sino también por su estilo (como en el Libro III). La poesía imitativa puede trastornar las facultades racionales con mayor probabilidad que la poesía narrativa, porque involucra más profundamente a las emociones.

Decir que la filosofía es superior a la poesía porque la razón es superior a las emociones es dar por sentado por qué, para Platón, la razón goza de esa prioridad. No podemos responder esa pregunta sin comprender la visión griega de las artes y las ciencias racionales como un bastión en contra de las dimensiones fuera de control de la existencia humana. En su distinguido libro *The Fragility of Goodness*, Martha Nussbaum nota que el quinto siglo tardío en Atenas "fue un tiempo tanto de inquietud aguda como de confianza exuberante en el poder humano."⁸⁵ Por un lado, la confusión política de la época sugería que la vida humana estaba gobernada por fuerzas más allá del control humano, que los griegos llamaban *tuchē*, o "lo que sólo pasa."⁸⁶ Por otro lado, "los atenienses estaban más aferrados que nunca a la idea de que el progreso podría dar lugar a la eliminación de las contingencias incontroladas de la vida social."⁸⁷ Los griegos veían las *technai*, o artes humanas, como la manera de manejar aquellas contingencias.⁸⁸

77. PLATÓN, *República*, citado en nota 24, *435e-36a.

78. *Id.*, *436a-b.

79. *Id.*, *441e.

80. *Id.*, *595a-b.

81. *Id.*, *603a.

82. *Id.*, *604e.

83. *Id.*, *605c.

84. *Id.*, *605b.

85. NUSSBAUM, Martha C., *The Fragility of Goodness: Luck and Ethics in Greek Tragedy and Philosophy* 89 (rev. ed. 2001).

86. *Id.*, p. 89 n*.

87. *Id.*, p. 89.

88. Ver *id.*

La prioridad que Platón da a la razón sobre la emoción, es parte de una más amplia prioridad que da a las *technai* sobre el *tuchē*. Las *technai* eran diferenciadas por las características que asociamos al discurso racional –universalidad, posibilidad de ser enseñado, precisión y atención a las explicaciones.⁸⁹ La *technē* clásica fue tal vez la matemática,⁹⁰ como ejemplificara Menón, donde Sócrates guía a un chico esclavo hacia la verdad universal expresada en una prueba geométrica.⁹¹ Otras disciplinas fueron ponderadas en base a estas normas.

La poesía fracasa rotundamente en esa prueba. El conocimiento poético es personal más que universal, inspirado más que enseñado, variable más que preciso y preocupado por las sensaciones más que por las explicaciones. Intentos de pensar la poesía como una *technē* toman el tono de la parodia, como en la competencia entre Eurípides y Esquilo en *Las Ranas*,⁹² donde es colocada una balanza y los versos de cada poeta son puestos en cada uno de sus platillos para determinar cuál tiene mayor gravitación.⁹³ El mayor pecado de mimesis de la poesía ocurre al nivel del género – es *tuchē* haciéndose pasar por *technē*. No nos ayuda a vivir.

Aunque serias, las imputaciones de falsedad e irracionalidad parecen inadecuadas para ordenar el destierro del poeta. Si la poesía hubiese sido el emprendimiento decorativo que es hoy, su falsedad e irracionalidad habrían hecho poco daño. Platón todavía debe tener otra objeción, más fundamental.

La objeción final se relaciona con el poder seductor del poeta. Después de describir el aspecto irracional de la poesía en el Libro X, Sócrates afirma que “aún no hemos formulado la mayor acusación contra la poesía; pues lo más terrible es su capacidad de dañar incluso a los hombres de bien, con excepción de unos pocos.”⁹⁴ La poesía es peligrosa porque es irresistible, capaz de corromper a todos los hombres, salvo a los más virtuosos.

Para comprender este peligro debemos liberarnos de los prejuicios contemporáneos. Es difícil imaginarse a alguien censurando hoy la poesía (aquí definida como la clase de bellas artes que pueden encontrarse en la *American Poetry Review*)⁹⁵ porque es difícil

89. Ver *id.*, pp. 95-97.

90. Ver PLATÓN, *República*, citado en nota 24, *511b (haciendo análogo el proceso dialéctico usado para aprehender las Ideas a “la geometría y artes afines”).

91. PLATÓN, *Menón*, citado en nota 71, p. *82a-85c.

92. ARISTOPHANES, *Frogs*, en *The Complete Plays of Aristophanes*, 394 (Moses Hadas ed. & B.B. Rogers et. al. trans., 1962).

93. NUSSBAUM, citado en nota 85, p. 108 (donde describe esta escena como “ridícula”).

94. PLATÓN, *República*, citado en nota 24, *605c.

95. La limitación en la definición es importante. Si definiéramos a la poesía contemporánea con mayor amplitud para incluir las letras de canciones populares, encontraremos muchos intentos de censura. Ver, por ejemplo, *Yale Broad. Co. v. FCC*, 478 F.2d 594 (D.C. Cir. 1973) (ratificando la noticia y orden emitida por la FCC recordando a los licenciatarios su deber de controlar el material de transmisión y de determinar con anterioridad a la transmisión si las letras estaban “relacionadas con las drogas”); *Skywalker Records v. Navarro*, 739 F. Supp. 578 (S.D. Fla. 1990) (decidiendo que el disco *As Nasty as They Wanna Be*, de 2 Live Crew, violaba los estándares de obscenidad de la comunidad); David Bauder, *Ice-T Flap Casts Lingering Chill over Lyricists*, CHI. SUN-TIMES, 9 de Octubre de 1992, 2, p. 43 (que trata las decisiones de los artistas de borrar las letras de las canciones sobre la violencia contra las autoridades de aplicación de la ley, luego de que la policía protestara por la canción de Ice-T *Cop Killer*); Clea Simon, *Attacks Prompt List of ‘Banned’ Songs*, BOSTON GLOBE, 20 de septiembre de 2001, p. D3 (acerca de la lista de 150 canciones que el imperio radial *Clear Channel* recomendó sacar del aire luego de los ataques del 11 de septiembre de 2001). Esta observación apuntala la premisa intuitiva de que la urgencia por censurar discurso aumenta en proporción al poder que se percibe que el discurso tiene.

imaginar a alguien preocupándose lo suficiente como para hacerlo. Vivimos en la era que engendró el pronunciamiento de Auden de que “la poesía hace que nada pase.”⁹⁶ En total contraste, la poesía en tiempos de Platón era un discurso fundacional, a través del cual los jóvenes eran criados para convertirse en Guardianes.⁹⁷ En esa era, la poesía estaba consolidada y era central; la filosofía era el discurso advenedizo. Como señala Iris Murdoch, “[l]os poetas habían existido, como profetas y sabios, mucho antes de la aparición de los filósofos, y eran los proveedores tradicionales de información teológica y cosmológica.”⁹⁸ Y como observa Allan Bloom, “En la época del juicio a Sócrates, la filosofía era nueva en las ciudades, y podría haber sido fácilmente aplastada.”⁹⁹ Al imaginar el destierro del poeta, no deberíamos imaginar el pequeño desvanecimiento de una persona ya marginada. En cambio, deberíamos concebir a una figura destacada que es expulsada de la ciudad para permitir la supervivencia de residentes más débiles.

La poesía en la época de Platón, entonces, era menos como la poesía actual que como otros discursos contemporáneos de mayor popularidad. Como lo expone Alexander Nehamas, “la pelea de Platón con la poesía involucra una práctica que hoy es paradigmáticamente de las bellas artes, pero no está dirigida contra ella en ese carácter.”¹⁰⁰ Por el contrario, Platón objeta la poesía como un medio masivo, atractivo para los gustos más bajos y comunes.¹⁰¹ En esta dimensión, el equivalente moderno de la tragedia griega no es la poesía sino la televisión.¹⁰² Y de hecho, Nehamas nota que muchas de las objeciones contemporáneas a la televisión son “asombrosamente cercanas” a la actitud de Platón.¹⁰³

Lo que la poesía griega sí compartió con la poesía actual es lo que Steven Knapp llama “interés literario.”¹⁰⁴ El interés literario es la cualidad absorbente de la literatura (y de todas las artes miméticas), una red de asociaciones que nos lleva del mundo real al mundo de la representación. Ese interés nos hace estar “más interesados en una historia que en aquello que la historia trata, en un poema que en aquello que imita, en un símbolo que en aquello a lo que el símbolo ostensiblemente refiere.”¹⁰⁵ Explica por qué mirar una pintura de un paisaje puede mantenernos puertas adentro,¹⁰⁶ o por qué compadecernos de una víctima sobre el escenario puede prevenimos de compadecernos de gente realmente desgraciada.¹⁰⁷

96. AUDEN, W.H., *In Memory of W.B. Yeats*, en *The Collected Poetry of W.H. Auden* 48, 50 (1945). Como indica Posner, la afirmación está contradicha en el poema mismo, pero puede ser tomada como un diagnóstico de la percepción contemporánea. Ver POSNER, citado en nota 2, p. 305.

97. Ver HAVELOCK, citado en nota 39, p. 13; NUSSBAUM, citado en nota 85, pp. 124-125.

98. MURDOCH, citado en nota 32, p. 1.

99. BLOOM, Allan, *Interpretive Essay to Plato*, citado en nota 24, p. 307.

100. NEHAMAS, Alexander, *Plato and the Mass Media*, in *Virtues of Authenticity*, citado en nota 57, p. 279, 287.

101. *Id.*, p. 290.

102. *Id.*, p. 285.

103. *Id.*, p. 285, 285-287.

104. KNAPP, citado en nota 23, p. 2.

105. *Id.*, p. 49-50.

106. WIMSAT, JR., W.K., *The Verbal Icon: Studies In The Meaning Of Poetry* 273 (1954). Knapp discute este caso. KNAPP, citado en nota 23, p. 50.

107. ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Politics and the Arts: Letter to M. D’alembert on the Theatre*, 25 (Allan Bloom ed. & trans., 1960) (1758) (“Al dar nuestras lágrimas a estas ficciones, hemos satisfecho todos los derechos de la humanidad sin tener que entregar de nosotros nada más; mientras que gente desafortunada requeriría nuestra atención, ayuda, consuelo y trabajo, lo que nos involucraría en sus sufrimientos y requeriría al menos el sacrificio de nuestra indolencia, todo de lo que estamos bastante contentos de estar exentos.”).

No es un accidente que Knapp repare en *Ion* para argumentar contra el interés literario.¹⁰⁸ Platón se enfrenta con la literatura no sólo porque habla falsa e irracionalmente, sino porque hace a la falsedad y a la irracionalidad tanto más interesantes que sus contrarios. Dejamos *Ion* en el punto donde el Sócrates de Platón establecía que el poeta hablaba cosas no ciertas -que el poeta sabía menos de transportar carros que el chofer de carros, menos de la pesca que el pescador-.¹⁰⁹ No articulamos una respuesta importante a esta imputación -¿que podría no importarnos!-. Podría no importarnos que Homero sepa menos del transporte de carros que el chofer de carros, porque el discurso de Néstor de la *Iliada* tiene un interés literario que ningún discurso técnico de un chofer de carros podría tener jamás. Pero ésta, para el Sócrates de Platón, sería la más mordaz de todas las declaraciones: que la poesía pueda volvernos indiferentes a la verdad o falsedad de los testimonios, que la estética pueda actuar como una anestesia sobre la parte racional del alma.

Para peor, Platón cree que los poetas inescrupulosos están particularmente dotados de poder de seducción. En el Libro III de la *República*, el Sócrates de Platón nota que el poeta virtuoso sólo imitará a sus superiores.¹¹⁰ Entonces “cuando un varón cabal llega, en la narración, a alguna frase o acción propias de un hombre de bien, estará dispuesto a interpretar dicho pasaje, sin avergonzarse de tal imitación.”¹¹¹ Pero el mismo hombre “no estará dispuesto a imitar seriamente a alguien inferior a él...;... se avergonzará, en parte por carecer de práctica en la imitación de tales personajes, en parte por sentir repulsión hacia el amoldarse él mismo y adaptarse a los tipos de baja ralea.”¹¹² Sócrates aprueba esa limitación, observando que los hombres virtuosos no deberían imitar a mujeres, esclavos, hombres viles, locos, bestias u objetos inanimados.¹¹³ En contraste, cuanto más mediocre sea un hombre, dice Sócrates, “preferirá imitar todo y no considerará nada indigno de él, de modo que tratará de imitar seriamente... truenos, ruidos de vientos y granizo, de ejes de ruedas y poleas, trompetas, flautas, siringas y sonidos de todos los instrumentos, así como voces de perros, ovejas y pájaros.”¹¹⁴ Los hombres buenos suelen ser poetas narradores, los malos suelen ser poetas imitadores.

El contraste entre los poetas da lugar a una preocupación seria, porque significa que la decencia y el poder están desajustados. El poeta imitador es menos decente pero más

108. KNAPP, citado en nota 23, p. 54-60.

109. Ver notas 62-69 y el texto que las acompaña.

110. PLATÓN, *República*, citado en nota 24, *396c-e.

111. *Id.*, *396c.

112. *Id.*, *396d-e.

113. *Id.*, *395d-96e. Vale la pena detenerse para entender por qué Platón cree que los individuos no deberían “imitar hacia abajo”. En contraste con su enfoque general sobre los oyentes, Platón se preocupa aquí de los oradores de poesía. Aquellos que podrían ser Guardianes tienen prohibido imitar hacia abajo “para que no suceda que se compenetren con su realidad.” *Id.*, p. *395c-d. “Acaso no has advertido”, pregunta el Sócrates de Platón, “que, cuando las imitaciones se llevan a cabo desde la juventud y durante mucho tiempo, se instauran en los hábitos y en la naturaleza misma de la persona, en cuanto al cuerpo, a la voz y al pensamiento?” *Id.*, p. *395d; ver también MURDOCH, citado en nota 32, p. 5 (observando que, de acuerdo con los Libros III y X de *La República*, “al actuar o disfrutar un mal rol estamos infectados”). Aunque muchos actores temen ser incapaces de compenetrarse completamente en sus roles, Platón se preocupa por si no fueran a poder salirse de ellos. Esta es una concepción actoral [*N. de la T.*: en inglés, *performative conception*] de la identidad, en la que uno se convierte en lo que practica ser.

114. PLATÓN, *La República*, citado en nota 24, *397a.

poderoso que el poeta narrador, pues tiene un repertorio más amplio. La descripción de Sócrates anima el contraste, porque expone la presentación realmente monótona del poeta narrador contra las diversas representaciones de granizo, poleas, flautas y ovejas del poeta imitador. Experimentamos directamente que el poeta imitador es “mucho más agradable para los niños, así como para sus maestros y para la mayoría de la muchedumbre.”¹¹⁵ Este desajuste no puede ser recalibrado, porque el poder del poeta imitador proviene de su falta de decencia. Además, este desajuste no puede ser regulado durante su representación. El poeta imitador es como la sirena que con su canto seduce a barcos y los saca de sus recorridos: no podemos rechazar al poeta una vez que comienza a recitar, porque al escuchar carecemos de la razón necesaria para regular. Como la sirena, entonces, el poeta imitador debe ser controlado antes que comience a recitar. Ulises se protege de la seducción atándose al mástil de su barco. Sócrates elige no limitarse a sí mismo sino al poeta, desterrando al poeta imitador de la ciudad.

Las tres objeciones a la poesía –que es falsa, irracional y seductora- aparecen justo antes del destierro del poeta en el Libro III. En el Libro III, Sócrates objeta, principalmente, la poesía acerca de héroes y dioses involucrados en actos indignos. Él prohibiría las descripciones de héroes y dioses que los proyectaran como mentirosos;¹¹⁶ abrumados por la risa o el dolor;¹¹⁷ o sobredominados por apetitos excesivos como la lujuria.¹¹⁸ (Nótese que Sócrates objeta las representaciones que imbuyen a los héroes y dioses de rasgos *poéticos* –que son falsos, sensibles y (literalmente) seductores.) Esta prohibición implica la crítica de que la poesía es falsa –ya fuere que estos relatos de los dioses sean realmente inexactos, en cuyo caso serían blasfemos, o que sean exactos pero impíos, infieles al concepto de lo que un dios debería ser-.

En el Libro III Platón también objeta la irracionalidad de la poesía. Allí, Sócrates argumenta que toda poesía que retrate la muerte como temible debería ser expurgada. Comienza con el discurso de Aquiles en la *Odisea*: “Preferiría ser un labrador que fuera siervo de otro hombre, a su vez pobre y de muy pocos bienes, antes que reinar sobre todos los muertos.”¹¹⁹ Aquiles compara favorablemente ser el menos importante de los vivos con ser el más importante de los muertos. Sócrates halla este pasaje subversivo, porque hará estremecer a los hombres y “nosotros temeremos que, a raíz de un estremecimiento de esa índole, los guardianes se tornen más templados y suaves de lo necesario.”¹²⁰ El estremecimiento de Aquiles frente a la muerte es transmitido al oyente a través de estas líneas. A través de tal compromiso de empatía, el oyente deviene “más templado y más suave” que lo que debería ser, desviándose de la fría y dura regla de la razón.

115. *Id.*, *397d. Rousseau se hace eco de esta preocupación:

Deja que un hombre, recto y virtuoso pero sencillo y grosero, sin amor ni galantería y que no dice frases elegantes, sea puesto sobre el escenario francés; deja que un hombre prudente y sin prejuicios sea puesto sobre aquél, uno que, habiendo sido ofendido por un matón, se rehúsa a enfrentarse y termina con su garganta cortada por el agresor; y deja que todo el arte teatral se agote en la interpretación de estos personajes como si fueran atractivos para el pueblo francés como lo es el Cid: estaré equivocado, si triunfa.

116. PLATÓN, *La República*, citado en nota 24, *389b-d.

117. *Id.*, *387d-89b.

118. *Id.*, *390b-c.

119. *Id.*, *386c (donde se cita a HOMERO, *Odyssey*, libro XI, ll. 489-91)

120. *Id.*, *387c.

Por último, como lectores de la *República*, Platón nos permite experimentar la seducción de la poesía. La censura es marcada por una paradoja, en tanto es difícil discutir el material que uno quiere suprimir sin arriesgarse a su diseminación.¹²¹ Pero Sócrates hace que la poesía que él censuraría esté abundantemente disponible para el lector: el Libro III está más revestido de poesía imitativa que ningún otro libro de la *República*.¹²² Sócrates nos permite, y se permite a sí mismo, escuchar el canto de sirena de la poesía antes de expulsarla.

La poesía, entonces, está particularizada en el Libro III como un discurso fácilmente diferenciado de la dialéctica. Tales diferencias permiten y justifican el destierro del poeta. Aun mientras este argumento es formulado, sin embargo, surgen dudas acerca de la eficacia de este desalojo. Sabemos que quienes escuchan el canto de la sirena resultan incapaces de resistirla. Por esta razón, deberíamos dudar de si el Sócrates de Platón –incluso el Sócrates severo de la *República*– puede armarse de valor para desterrar al poeta imitador. Este escepticismo está estimulado también por el claro amor y la admiración de Sócrates hacia el poeta, a quien encuentra “digno de culto, maravilloso y encantador.”¹²³

Cuando cambiamos el foco del Sócrates de la *República* a su creador, encontramos más causas para el escepticismo. Está dicho que, para convertirse en filósofo, el Platón histórico rechazó una carrera prometidora como poeta trágico.¹²⁴ Podríamos cuestionar cuán categóricamente renunció a su temprana carrera. Philip Sydney observa que “quienquiera que considere bien [a Platón] habrá de encontrar que en el cuerpo de su obra, aunque el interior y la fuerza era la filosofía, la piel y la belleza dependían sobre todo de la poesía.”¹²⁵ Percy Shelley comparte que “Platón fue esencialmente un poeta: la verdad y el esplendor de sus imágenes y la melodía de su lenguaje es lo más intenso que se pueda concebir.”¹²⁶

Vivir internado en estas dudas por un tiempo suficientemente largo permite ver el punto más subversivo de todos: que el Sócrates que destierra al poeta imitador es, él mismo, nada más que el poeta imitador Platón simulando ser el Sócrates histórico.¹²⁷ Si Platón realmente fuera a desterrar a todos los poetas imitadores de la ciudad, tendría que desterrarse a sí mismo. Esto origina la pregunta de si alguno de los legisladores que destierran a los poetas puede ser diferenciado de ellos.

Visto con esta luz, el anonimato del poeta adopta nueva notoriedad. Como todas las lagunas escritas, ésta estimula la imaginación del lector.¹²⁸ Aunque a menudo los lectores

121. Ver BUTLER, Judith, *Excitable Speech: A Politics of the Perideative* 104 (1997) (donde se describe cómo “la regulación del discurso redobla el término que busca restringir”).

122. Ver, por ejemplo, PLATÓN, *República*, citado en nota 24, *386c (donde se cita a HOMERO, citado en nota 119, libro XI, ll. 489-91); *id.* *388c (donde se cita a HOMERO, citado en nota 65, libro XVIII, l. 54); *id.* (donde se cita a HOMERO, citado en nota 65, libro XXII, ll. 168-69).

123. *Id.*, *398a.

124. Ver MURDOCH, citado en nota 32, p. 14; SWIFT RIGINOS, Alice, *Platonica: The Anecdotes Concerning the Life and Writings Of Plato* 43-48 (1976).

125. SIDNEY, Philip, *A Defense of Poetry* 19 (Jan Van Dorsten ed., Oxford Univ. Press, 1966) (1595).

126. SHELLEY, Percy Bysshe, *A Defense of Poetry*, en *Shelley's Poetry and Prose: Authoritative Texts, Criticism* 509, 514 (Donald H. Reiman & Neil Fraistat eds., 2nd ed., 2002).

127. Agradezco a Carol Rose por este punto.

128. Ver BROOKS, Peter, *Storytelling without Fear?: Confession in Law and Literature*, en *Law's Stories*, citado en nota 2, pp. 114, 117.

la completan con Homero,¹²⁹ el más joven Platón podría ser un mejor candidato. En términos más generales, el poeta puede permanecer anónimo para permitirle al filósofo desterrarlo, pero todavía existe la posibilidad de que éstos sean aspectos de una misma persona.

En este espíritu, Sócrates revisita el destierro de la poesía de la ciudad en el último libro de la *República*. Allí reitera que la poesía imitativa es desterrada de la ciudad correctamente, observando que si “recibes a la Musa dulzona, sea en versos líricos o épicos, el placer y el dolor reinarán en tu Estado en lugar de la ley.”¹³⁰ Ramona Naddaff cree que esta “segunda censura” del Libro X es más severa que la “primera censura” del Libro III, porque excluye *toda* poesía mimética.¹³¹ Pero esta vez, Sócrates elabora su naturaleza provisional:

No obstante, quede dicho que, si la poesía imitativa y dirigida al placer puede alegar alguna razón por la que es necesario que exista en un Estado bien gobernado, la admitiremos complacidos, conscientes como estamos de ser hechizados por ella.¹³²

Como observa Bloom, “Sócrates destierra la poesía una vez más, pero esta vez le ofrece un regreso para el caso de que aprendiera a argumentar, a justificarse ante el banquillo de la filosofía.”¹³³

Dos diálogos subsecuentes –*Fedro* y *Las leyes*– demuestran que el caso de la poesía permanece en el expediente de Platón. Siguiendo el análisis de Nussbaum, yo argumento que al cuestionar cada imputación contra la poesía, *Fedro* formula el alegato para su readmisión en la ciudad.¹³⁴ Luego mantengo que *Las leyes* formula un veredicto sobre aquella discusión.

Sócrates presagia su propia transformación cuando deja la ciudad al comienzo de *Fedro*, en la búsqueda del hermoso joven por quien el diálogo es titulado. Fedro, un amante de la retórica, ha dejado la ciudad para caminar y pronunciar discursos.¹³⁵ Seduce a Sócrates para que lo siga con la promesa de un discurso que la amante de Fedro, Lisias, ha hecho sobre el amor.¹³⁶ Caminando y conversando con el joven, Sócrates da un paseo con él hacia la orilla del río Iliso.¹³⁷ Fedro persuade a Sócrates de meterse descalzo al arroyo con él, y luego, de tumbarse con él sobre el césped bajo un árbol de plátanos.¹³⁸

129. Ver, por ejemplo, ASMIS, Elizabeth, *Plato on Poetic Creativity*, en *The Cambridge Companion to Plato* 338, 349 (Richard Kraut ed., 1992) (“Todo apunta a Homero.”). Paul Shorey señala que Homero es citado más de 120 veces en la obra de Platón, en tanto ningún otro poeta es citado más de doce veces. SHOREY, Paul, *What Plato Said* 7-8 (1933). Como Homero mezcla los modos de las poesías narrativa e imitativa, sin embargo, podría decirse que no es el tipo de poeta que se encuentra en el corazón de la crítica de Platón.

130. PLATÓN, *República*, citado en nota 24, *607a.

131. NADDAFF, Ramona A., *Exiling the Poets: the Production of Censorship in Plato's Republic 2* (2002).

132. PLATÓN, *República*, citado en nota 24, *607c.

133. BLOOM, citado en nota 99, p. 434.

134. NUSSBAUM, citado en nota 85, p. 200-33.

135. PLATÓN, *Fedro*, citado en nota 26, *227a, *228b.

136. *Id.*, *227b-c.

137. *Id.*, *229a.

138. *Id.*, *229a-b.

Leer que este cambio de lugar refleja un cambio de mirada podría parecer sensiblero.¹³⁹ Pero Sócrates no participa de ningún otro diálogo fuera de las paredes de la ciudad.¹⁴⁰ El propio Fedro observa que Sócrates parece “un hombre rarísimo” –de hecho, según lo que Fedro sabe, Sócrates nunca ha, siquiera, traspasado las murallas de la ciudad-.¹⁴¹ Sócrates responde que esto es porque “[m]e gusta aprender. Y el caso es que los campos y los árboles no quieren enseñarme nada; pero sí, en cambio, los hombres de la ciudad.”¹⁴² Pero Sócrates no sólo está lleno de elogios hacia sus alrededores, que describe en erudito y sensual detalle, sino que se asienta en ellos confortablemente.¹⁴³ Se ha movido hacia la zona a la que desterró al poeta.

En esta composición bucólica y pastoral, Sócrates califica cada objeción que ha hecho a la poesía en la ciudad. Cuando llegan a un platanero en la orilla del río, Fedro pregunta si éste es el sitio donde Bóreas, la personificación del viento norte, llevó a la princesa Oritía.¹⁴⁴ La pregunta de Fedro contiene una insinuación incitante: preguntar *dónde* un evento tuvo lugar saltea la pregunta antecedente de *si* tuvo lugar del todo. Sócrates cae, diciendo que el sitio está algunos cientos de yardas río abajo.¹⁴⁵ Luego Fedro pregunta si Sócrates cree que el mito es cierto.¹⁴⁶ Sócrates responde que podría argumentar que la historia es falsa, “como hacen los sabios,” diciendo que el mito es una explicación extravagante de cómo una ráfaga de viento tiró a una princesa real sobre las rocas.¹⁴⁷ Después de suministrar esta explicación, sin embargo, Sócrates la retira. Observa que cualquiera que busque proporcionar la historia “real”, subyacente a los mitos, asumiría una tarea interminable, pues tendría que explicar una inacabable serie de quimeras, gorgonas y otros monstruos.¹⁴⁸ La tarea podría ser descrita como digna de Sísifo, y Sócrates la rechaza, observando que “necesitaría mucho tiempo” y “no me queda en absoluto para eso”, pues está buscando conocerse a sí mismo.¹⁴⁹ En cambio, Sócrates dice que está dispuesto a aceptar “lo que se suele creer.”¹⁵⁰

139. Para una extendida defensa de la importancia del lugar en este diálogo, ver FERRARI, G.R.F., *Listening to the Cicadas: A Study of Plato's Phaedrus* 1-25 (1987).

140. GRISWOLD, JR., CHARLES L., *Self-Knowledge in Plato's Phaedrus* 8-9, 33 (1996).

141. PLATÓN, *Fedro*, citado en nota 26, *230c-d. La acusación en *Critón*, cuya justicia Sócrates acepta, da largamente la razón a la proclama de Fedro:

En efecto, de ningún modo hubieras permanecido en la ciudad más destacadamente que todos los otros ciudadanos, si ésta no te hubiera agradado especialmente, sin que hayas salido nunca de ella para una fiesta, excepto una vez al Istmo, ni a ningún otro territorio a no ser como soldado: tampoco hiciste nunca, como hacen los demás, ningún viaje al extranjero, ni tuviste deseo de conocer otra ciudad y otras leyes, sino que nosotros y la ciudad eramos satisfactorios para ti.

PLATÓN, *Critón*, en *Diálogos I*, Gredos, citado en nota 26, *52b-c (comillas internas omitidas).

142. PLATÓN, *Fedro*, citado en nota 26, *230d.

143. *Id.*, *230b-c, *230e.

144. *Id.*, *229b.

145. *Id.*, *229c.

146. *Id.*

147. *Id.*, *229c, *229c-d.

148. *Id.*, *229d-e.

149. *Id.*, *230a.

150. *Id.*, *230a.

El fracaso de Sócrates en desechar los mitos puede ser en sí mismo explicado como una priorización. Él desacreditaría la mitología si tuviera suficiente mundo y tiempo, pero el auto-conocimiento tiene prioridad. Sin embargo, este intercambio no debería ser pasado por alto. Como el cambio en el escenario, augura transformación. En efecto, el punto de vista de que Sócrates aceptará “lo que se suele creer”, en lugar de buscar la verdad independientemente, es difícil de compatibilizar con los alegatos formulados por el Sócrates de la *República*. El Sócrates de la *República* parece más alineado con los racionalistas que buscan la verdad subyacente al mito. Sin embargo, aquí esos racionalistas son retratados como pedantes furiosos.

Al adentrarnos más en el diálogo, esta indiferencia hacia la verdad de los hechos gira hacia una crítica de la racionalidad.¹⁵¹ Fedro pronuncia el discurso de Lisias con el que atrajo a Sócrates de la ciudad. El discurso de Lisias argumenta, paradójicamente, que al elegir un compañero, un joven debería elegir al hombre que no lo ama en lugar de a aquél que sí lo ama.¹⁵² El discurso mantiene que el no-amante es superior al amante porque, entre otras cosas, el no-amante es más fiel, discreto y confiable.¹⁵³ En términos que recuerdan a la *República*, el discurso argumenta a favor de la prioridad de la racionalidad sobre las emociones o los deseos.

Después de recitar el discurso, Fedro desafía a Sócrates a hacerlo mejor.¹⁵⁴ Sócrates acepta y argumenta, en un estilo similar, que el no-amante debería ser preferido al amante.¹⁵⁵ Este discurso culmina clasificando al comportamiento sexual entre los deseos básicos: “la amistad del amante no brota del buen sentido, sino como las ganas de comer, del ansia de saciarse: ‘Como a los lobos los corderos, así le gustan a los amantes los mancebos’”.¹⁵⁶

El Sócrates de *Fedro*, como el Sócrates de la *República*, parece privilegiar, en estas palabras, la parte racional del alma por sobre sus contrapartes emotiva o impulsiva. No obstante, el modo en que Sócrates pronuncia el discurso es nuevamente una retirada. Sócrates asocia el sitio rural en que él y Fedro se recostaron con la inspiración divina de la poesía: “En realidad que parece divino este lugar, de modo que si en el curso de mi exposición voy siendo arrebatado por las musas no te maravilles. Pues ahora mismo ya empieza a sonarme todo como un ditirambo.”¹⁵⁷ El discurso que celebra la racionalidad tiene forma poética.

El estilo del primer discurso de Sócrates vuelve creíble el impresionante quiebre que ocurre directamente después. Después de terminar su peán a la racionalidad, Sócrates se prepara para dejar la orilla del río.¹⁵⁸ Pero luego es detenido. Girando hacia Fedro, Sócrates dice que cuando estaba por volver a la ciudad, le “pareció escuchar una especie de voz” que le impedía irse hasta que compensara algún mal.¹⁵⁹ Sócrates intuye inmediatamente

151. Ver NUSSBAUM, citado en nota 85, pp. 214-15.

152. PLATÓN, *Fedro*, citado en nota 26, *230e-234c.

153. *Id.*, *231a-b, *231e-32a, *232c-d.

154. *Id.*, *235d-e.

155. *Id.*, *237b-41d.

156. *Id.*, *241c-d.

157. *Id.*, *238c-d.

158. *Id.*, *242b-c.

159. *Id.*, *242c.

su delito: él, como Lisias, ha formulado un discurso impío. El discurso es impío porque denigra al Amor, que es uno de los dioses.¹⁶⁰ En compensación, Sócrates sigue el ejemplo de un delincuente amigo, el poeta Estesícoro.¹⁶¹ Después de calumniar a Helena de Troya, Estesícoro fue cegado hasta que compuso una palinodia –un poema que retracta una declaración hecha en un poema anterior-. Sócrates afirma que ahora compondrá su propia palinodia para evitar ser cegado él mismo.¹⁶² La palinodia es una obra maestra platónica. Sócrates comienza observando que la demencia es el *sine qua non* de la profecía, el misticismo, la poesía y el amor.¹⁶³ Así, “[a]quel, pues, que sin la locura de las musas acude a las puertas de la poesía, persuadido de que, como por arte, va a hacerse un verdadero poeta, lo será imperfecto.”¹⁶⁴ Una vez más vemos que el poder de la poesía proviene de su irracionalidad. Aunque esto podría condenar a la poesía para el Sócrates de la *República*, *Menón*, *Apología* o *Protágoras*, el Sócrates de *Fedro* procede a celebrar tal locura, porque es enviada por los dioses. El giro en su actitud hacia el amor es un movimiento de protección para la poesía. Si el amor debe ser defendido porque es una locura enviada por Eros, la poesía debe ser defendida porque es una locura enviada por las Musas.¹⁶⁵

Esta revalorización del amor lleva a Platón a revisar su figuración del alma. En la palinodia, Sócrates compara el alma con un chofer de carros que controla dos caballos, uno blanco y dócil, el otro negro e intempestivo.¹⁶⁶ Estas tres figuras repiten la división del alma en razón, emoción e impulso del Libro IV de la *República*.¹⁶⁷ Pese a que la jerarquía entre los términos es preservada, mucho ha cambiado. En el Libro IV, Platón suena como si fuera a eliminar, si pudiera, los aspectos emotivo e impulsivo del alma. En la palinodia, Platón describe los tres aspectos como necesarios para la progresión hacia el bien. Además, los tres aspectos están integrados, la meta no es eliminar a ninguno de ellos sino armonizarlos a todos.

El cambio que ocurre en *Fedro* es de grado. El Sócrates de *Fedro* todavía sospecha de la poesía: en un punto describe a los poetas como muy inferiores a los filósofos.¹⁶⁸ Sin embargo, Platón está claramente de buen talante hacia la poesía.¹⁶⁹ El genio de la costa ha estado acercándose sigilosamente a Sócrates, haciéndole sucesivamente más poderosas demandas. Primero, le exige admiración por su belleza sensual; segundo, obtiene una indiferencia benigna hacia la verdad de sus mitologías; tercero, lo hace argumentar a favor de la racionalidad de una forma tímidamente poética. Cuando es detenido físicamente por el espíritu del río, la seducción de Sócrates es completa. Es particularmente irónico que un compromiso con la verdad lo haga retractar su argumentación por la racionalidad –el impulso hacia la verdad deja intactas las mitologías pero interrumpe su peán a la razón-.

160. *Id.*, *242d-e.

161. *Id.*, *243a.

162. *Id.*, *243a-b.

163. *Id.*, *244a-45c.

164. *Id.*, *245a.

165. *Id.*

166. *Id.*, *253d-e.

167. PLATÓN, *República*, citado en nota 24, *436a-b.

168. PLATÓN, *Fedro*, citado en nota 26, *248d-e.

169. MURDOCH, citado en nota 32, p. 35.

Entonces debemos preguntarnos qué pasa cuando Sócrates deja este *locus amoenus*, como hace al final del diálogo.¹⁷⁰ ¿Es *Fedro* un diálogo compuesto con ánimo de travesura, que se desvanecerá cuando Sócrates regrese a la ciudad?

Vayamos ahora a *Las leyes*, por consenso la última obra de Platón.¹⁷¹ El diálogo se extiende sobre la legislación para una colonia hipotética a ser establecida en Creta. Los protagonistas del diálogo son un ateniense anciano (que reemplaza a Sócrates como el avatar de Platón), Megilo el lacedemonio y Clinias el cretense. El diálogo ocurre mientras estos tres personajes viajan desde Cnossos hasta el Monte de Ida en un día de verano.

La ubicación de *Las leyes* al final de la carrera de Platón podría llevarnos a leerlo como un momento culminante de su obra. La crítica, sin embargo, no ha sido amable con *Las leyes*, y lo caracterizó como un producto de la senilidad de Platón: “Ha sido un lugar común de la crítica contrastar sus sermones prosaicos y sus monótonas e insignificantes recetas con el fresco y dramático encanto de los diálogos secundarios y el importante y poético idealismo de la *República*.”¹⁷² Si bien muchos pasajes de *Las leyes* son verdaderamente secos, dichas críticas se pierden un aspecto fundamental del diálogo.

La importancia de *Las leyes* descansa precisamente en su contraste con la *República*. Mientras la *República* imagina un Estado ideal, *Las leyes* representa uno real. *Las leyes* es en parte seco porque hace operativos los ideales de la *República*, considerando cómo habrían de ser plasmados en el derecho de daños, en los contratos y en el derecho penal. Platón no deja su utopía hilada en el espacio, sino que la baja a un mundo que podemos reconocer. El ateniense anciano dice que “quien reflexione y haga la experiencia” sabrá que “puede ser que la organización de la ciudad no resulte sino de segundo orden en relación con lo mejor.”¹⁷³ Por estas razones, “lo más recto es exponer el mejor sistema de gobierno, y luego el segundo, y luego el tercero, y una vez expuestos, permitir la elección a la máxima autoridad de la fundación.”¹⁷⁴ *Las leyes* busca, así, describir “el sistema que más sobresalga en excelencia, y luego el segundo y luego el tercero.”¹⁷⁵

El cambio del mejor al segundo mejor está reflejado en el escenario material. Como en *Fedro*, la locación es importante. Los personajes están, otra vez, no en la ciudad sino en un escenario pastoral. Pero esto no es idílico: no están viajando a la naturaleza sino a través de la naturaleza. Con una excepción,¹⁷⁶ sus alrededores no están estrechamente descritos; su caminata es decidida, una peregrinación. Este viaje literal desde Cnossos hasta el Monte Ida refleja la transición figurada que los personajes hacen desde la ciudad espléndida de la *República* hasta la Magnesia de *Las leyes*. Tanto la ciudad espléndida como Magnesia son ficciones, pero la primera es irrealizable mientras que la última no.

Las leyes, entonces, es una obra culminante, pese a ser también reprobadada. No es un rechazo de los ideales de la *República*, sino un intento maduro de considerar los distintos

170. PLATÓN, *Fedro*, citado en nota 26, *279c.

171. Ver COOPER, citado en nota 25, p. xi.

172. SHOREY, citado en nota 129, p. 355.

173. PLATÓN, *Las leyes*, citado en nota 27, tomo I, *739a.

174. *Id.*, *739a-b.

175. *Id.*, *739b.

176. *Id.*, *625b-c.

niveles en que esos ideales pueden ser alcanzados.¹⁷⁷ Aquí hago foco en cómo el diálogo funciona como un documento sintético y realista respecto de las actitudes platónicas hacia la poesía.

Las leyes comparte muchas de las duras actitudes de la *República* hacia la poesía. El ateniense anciano reafirma la conclusión de la *República* de que la poesía debe estar subordinada a la ética para proteger tanto a los oyentes como a los oradores. Para proteger a los oyentes, el ateniense anciano aboga por censurar toda la poesía contraria a los fines del Estado.¹⁷⁸ Dice que así como el médico debe hacer ricas las comidas sanas y feas las comidas insalubres, el poeta debe usar sus dones creativos para hacer atractiva la virtud e inatractivo el vicio.¹⁷⁹ *Las leyes* también se hace eco de la preocupación de la *República* por los efectos corruptores de la mimesis en los oradores. El ateniense anciano admite que, a veces, los malos personajes deben ser imitados con propósitos heurísticos. Sin embargo, afirma que tales personajes deberían ser retratados sólo por aquellos de bajo estatus, como los esclavos.¹⁸⁰

Podría parecer que Platón ha dejado su ánimo alivianado hacia la poesía en la orilla del Iliso. Sin embargo, en *Las leyes* articula una comprensión de la poesía discerniblemente distinta de su actitud patente en la *República*. Parte del realismo de Platón en su último diálogo consiste en que la poesía –en realidad todas las artes– es asumida como parte del Estado. El ateniense anciano también subraya los paralelos entre el derecho y las artes: compara a los legisladores con los pintores,¹⁸¹ describe la música como un tipo de ley¹⁸² y recomienda que las leyes tengan preámbulos como los proemios de los poemas o los preludios de la música.¹⁸³

El paralelo entre la poesía y el derecho pasa a un primer plano cuando el ateniense anciano considera la demanda de los poetas trágicos, que buscan admisión en la ciudad. Pregunta qué deberíamos hacer si los “poetas serios”, o trágicos, fueran a decir, “¿podemos, oh, extranjeros, visitar vuestra ciudad y territorio trayendo y llevando poesías, o no podemos, o qué habéis decidido hacer con todas estas cosas?”¹⁸⁴ Recordemos que Sócrates destierra a los poetas imitadores en el Libro III de la *República*, pero deja la puerta abierta para su regreso en el Libro X, para el caso de que pudieran defenderse filosóficamente.¹⁸⁵

Los poetas, habiendo hecho esta apelación, esperan el veredicto de los legisladores. El ateniense anciano lo pronuncia como sigue:

¿[C]uál sería ante esto nuestra recta respuesta a tan divinos personajes?
A mí me parece que la siguiente: ‘Nosotros mismos –diríamos– somos
¡oh, los mejores de los extranjeros!, autores en lo que cabe de la más
bella y también de la más noble tragedia, pues todo nuestro sistema político

177. Ver SHOREY, citado en nota 129, p. 307-59.

178. PLATÓN, citado en nota 27, tomo II, *816d-e.

179. *Id.*, tomo I, *659e-60a.

180. *Id.*, tomo II, *816e.

181. *Id.*, tomo I, *769b-e.

182. *Id.*, tomo II, *799e-800a.

183. *Id.*, tomo I, *722d-23b.

184. *Id.*, tomo II, *817a.

185. Ver nota 132 y el texto que la acompaña.

consiste en una imitación de la más hermosa y excelente vida, que es lo que decimos nosotros que es en realidad la más verdadera tragedia. Poetas, pues, sois vosotros, pero también nosotros somos autores de lo mismo y competidores y antagonistas vuestros en el más bello drama que el único que por naturaleza puede representar, según esperamos nosotros, es una ley auténtica. No creáis, por tanto, que jamás vamos a dejaros tan fácilmente que plantéis tablados en nuestra plaza ni que nos presentéis actores de buena voz que hablen más alto que nosotros, ni os permitiremos que os dirijáis en público a los niños y a las mujeres y al populacho entero diciendo, en relación con unas mismas prácticas, no lo mismo que nosotros, sino, por regla general, todo lo contrario. Vendríamos, pues, a estar completamente locos tanto nosotros como la totalidad de cualquier ciudad que os permitiera hacer lo que ahora decís sin que antes hayan decidido las autoridades si lo que habéis hecho es decible y apto para ser públicamente pronunciado o no. Así, pues, ¡oh, hijos y descendientes de las dulces Musas!, comenzad por mostrar a los gobernantes vuestros cantos comparados con los nuestros, y si resulta que lo dicho por vosotros es igual o incluso mejor, entonces autorizaremos vuestros coros; pero si no, amigos nuestros, no podremos hacerlo en modo alguno’.”¹⁸⁶

En este pasaje extraordinario, el ateniense anciano articula una posición que Platón ha sostenido con cierta consistencia a lo largo de su obra. Primero, no se permitirá a la poesía entrar en conflicto con las funciones básicas del Estado. Los estadistas impedirán que los poetas digan, “en relación con unas mismas prácticas, no lo mismo que nosotros”. Segundo, la poesía no puede evitar ser encontrada responsable por esas funciones imponiendo la defensa de que es inerradicable. Aunque los legisladores se llamen a sí mismos “autores de tragedias”, su representación política del Estado difiere claramente de la representación poética de aquellos que se mantienen suplicantes ante ellos. Finalmente, la poesía sólo será permitida si puede mostrar con seguridad que es capaz de cumplir las funciones estatales. Un modo a través del cual puede hacerlo es demostrando sus virtudes, mostrando que sus doctrinas son “igual[es] o incluso mejor[es]” que las del Estado. A estos tres principios los llamo el “paradigma platónico”.

II. El paradigma platónico

El trato que Platón dio al poeta ha resonado en los pasillos de la teoría estética, influenciando a pensadores como Aristóteles,¹⁸⁷ Sydney,¹⁸⁸ Rousseau,¹⁸⁹ Shelley,¹⁹⁰

186. PLATÓN, *Las leyes*, citado en nota 27, tomo II, *817a-d.

187. ARISTÓTELES, *Poetics*, en *The Complete Works of Aristotle: The Revised Oxford Translation* 2316 (Jonathan Barnes ed., 1984).

188. SIDNEY, citado en nota 125, pp. 57-61.

189. ROUSSEAU, citado en nota 107, pp. 116, 120.

190. SHELLEY, citado en nota 126, p. 514.

Nietzsche,¹⁹¹ Tolstoy¹⁹² y Gadamer.¹⁹³ La *Defensa de la poesía* de Sydney, de 1595, trata cuatro objeciones a la poesía. Tres son sustantivas: “La poesía es una pérdida de tiempo,” “los poetas son mentirosos” y “los poemas son fantasías pecaminosas”.¹⁹⁴ La cuarta dice que “Platón desterraba poetas”.¹⁹⁵ La única preparación conocida de Rousseau para su obra de 1758, *Carta a M. D’Alembert sobre el teatro*, fue haber hecho una paráfrasis del Libro X de la *República*.¹⁹⁶ La *Defensa de la poesía* de Shelley, de 1821, atribuye “la extinción del principio poético” al hecho de que “las tres formas en las que Platón distribuyó las facultades mentales sufrieron una suerte de apoteosis, y devinieron en objeto de culto del mundo civilizado.”¹⁹⁷

Con la notable excepción de Rousseau, estas obras han sido muy críticas de Platón. Los comentarios modernos también han tratado la censura de Platón con “horror y consternación condescendientes”.¹⁹⁸ Es hora de una defensa moderna del paradigma platónico.

El primer principio de Platón –que la poesía sólo puede estar permitida si no entra en conflicto con las funciones estatales- probablemente resulte polémico. Para residir en la ciudad, los poetas deben “mostrar a los gobernantes [sus] cantos” y demostrar que sus doctrinas son “igual[es] o incluso mejor[es]” que las del Estado.¹⁹⁹ Tal censura estatal sobre el arte evoca el fantasma del realismo socialista,²⁰⁰ o períodos oscuros de nuestra propia jurisprudencia sobre la obscenidad.²⁰¹ Menosprecia la autonomía del arte y la subordina al Estado.

Pero, ¿por qué la política y el arte deberían ser autónomos? En *Las esferas de la Justicia*²⁰², Michael Walzer provee un acercamiento a esta cuestión. Walzer argumenta que las esferas de la vida son plurales y que cada una tiene su propia integridad.²⁰³ Por esta razón, los principios de justicia también son plurales, y operan internamente en cada esfera.²⁰⁴ Aplicar los principios de una esfera a otra sería equivocar categorías, como cuando el sabio lucha con el fuerte.²⁰⁵ Walzer sugiere que muchas de nuestras intuiciones sobre la injusticia fluyen de tales discordancias entre las esferas.²⁰⁶ El nepotismo está mal porque junta incorrectamente las esferas del parentesco y de la oficina;²⁰⁷ la

191. NIETZSCHE, Friedrich, *Homer on Competition*, en *On the Genealogy of Morality* 187, 191-94 (Keith Ansell-Pearson ed. & Carol Diethe trans., Cambridge Univ. Press, 1994).

192. TOLSTOY, Leo, *What is Art?* 61 (W. Gareth Jones ed. & A. Maude trans., Bristol Classical Press, 1994) (1898).

193. GADAMER, Hans-Georg, *Plato and the Poets*, en *Dialogue and Dialectic: Eight Hermeneutical Studies on Plato* 39 (P. Christopher Smith ed. & trans., 1980).

194. SIDNEY, citado en nota 125, pp. 52, 54, 57.

195. *Id.*, pp. 57, 57-61.

196. Ver BLOOM, Allan, *Introduction to ROUSSEAU*, citado en nota 107, pp. xv, xxv.

197. SHELLEY, citado en nota 126, p. 524.

198. NADDAFF, citado en nota 131, p. xi (describiendo, en vez de apoyando, este punto de vista).

199. PLATÓN, *Las leyes*, citado en nota 27, tomo II, *817d.

200. Ver, por ejemplo, BEARDSLEY, Monroe C., *Aesthetics from Classical Greece to the Present* 360-61 (1966); STRUVE, GLEB, *Russian Literature under Lenin and Stalin*, 1917-1953, p. 253-313 (1971).

201. Ver, por ejemplo, SCHAUER, Frederick F., *The Law of Obscenity* 8-29 (1976).

202. WALZER, Michael, *Spheres of Justice: A defense of Pluralism and Equality* (1983).

203. *Id.*, p. 6.

204. *Id.*

205. *Id.*, p. 18.

206. *Id.*, p. 19.

207. *Id.*, pp. 146-48.

prostitución está mal porque mezcla el comercio y la intimidad;²⁰⁸ la simonía está mal porque junta el comercio y la oficina.²⁰⁹

Entonces, podríamos decir que la censura está mal porque mezcla las esferas de la política y el arte. La visión del conflicto de Platón como uno entre la ciudad y el poeta lo sugiere. La ciudad simboliza la esfera de la política no sólo al ser verdadera, racional y medida, sino también al ser colectiva, coactiva, tradicional, institucional y seria. El poeta simboliza la esfera del arte no sólo siendo falso, emotivo y seductor, sino también siendo individual, persuasivo, original, iconoclasta y productor de placer.

Como separa las esferas de la política y la poesía, podría parecer que el destierro del poeta de Platón respeta la autonomía de las esferas. Pero esto es incorrecto. Si las esferas de la política y el arte fueran verdaderamente autónomas, no sería obvio cuáles valores deberían ceder al entrar en conflicto. Para Platón, no obstante, es obvio que la política tiene prioridad sobre la poesía: siempre es el bienestar de la ciudad el que tiene en mente, y no el del poeta.

Pero la censura todavía puede estar justificada dentro de un esquema walzeriano, pues la censura involucra la esfera de la política. Para Walzer, la política es una esfera única porque no es sólo una actividad por su propio derecho, sino una que define los contornos de las otras esferas.²¹⁰ Es a través de la política que trazamos las fronteras de esferas tales como “el comercio” y “el arte”. Esto significa que la política no puede ser distinguida de ninguna otra esfera, y también que debe tener prioridad sobre cualquiera otra.

Por supuesto que *a través de* la política podríamos decidir delinear una esfera autónoma para el arte. El Estado podría elegir quedarse afuera del arte como se queda afuera de la religión. (La analogía es deliberada, porque la creencia de que el arte es una forma secular de religión ha sido bien ensayada).²¹¹ Pero será el Estado el que tome esa resolución. El arte, entonces, siempre existe sólo con la aquiescencia del Estado. Como estas esferas entran inevitablemente en conflicto, la censura también es inevitable. Como señala Michael Holquist, “[e]star en contra o a favor de la censura, como tal, es asumir una libertad que nadie tiene. La censura es”.²¹²

Podríamos buscar evitar esa realidad brutal reservándonos la palabra para casos de supresiones con las que no estamos de acuerdo: la supresión de *El amante de Lady Chatterley* será tildada de “censura” más probablemente que la supresión de la pornografía infantil.²¹³ Pero ambas son formas de censura estatal, formalmente definida como la

208. *Id.*, p. 103.

209. *Id.*, p. 9.

210. *Id.*, p. 281.

211. Ver EAGLETON, citado en nota 21, pp. 20-26; ver también BEEBE, Maurice; *Ivory Towers and Sacred Founts: The Artist as Hero in Fiction from Goethe to Joyce* (1964); BUCKNELL, Barbara J., *The Religion of Art in Proust* (1969); SCRUTON, Roger, *Death-Devoted Heart: Sex and the Sacred in Wagner's Tristan and Isolde* (2004).

212. HOLQUIST, Michael, *Corrupt Originals: The Paradox of Censorship*, 109 PMLA 14, 16 (1994).

213. Como lo expresa un abogado:

El concepto de censura es irrelevante respecto de la pornografía infantil. No es censura proscribir (y castigar) ciertas actividades...

En realidad, cuando se trata de pornografía infantil, cualquier discusión sobre censura es una farsa, típica de la prestidigitación de que echan mano los pedófilos organizados como parte de su intento en curso por elevar sus depredaciones sexuales al nivel de los derechos civiles.

Andrew Vachss, *Age of Innocence*, OBSERVER (London), 17 de Abril, 1994, p. 14.

supresión de expresión por parte del gobierno. Nuestra objeción, entonces, no es contra la censura en sí, sino contra la censura no respaldada por un interés estatal. Pero este punto de vista –que el Estado puede censurar el arte cuando tiene una razón de peso- es una simple reafirmación del paradigma platónico. Aquellos que rechazan el esquema platónico de la dimensión funcionalista, también están comprometidos a rechazar la jurisprudencia contemporánea sobre la primera enmienda.[•]

Se podría argumentar que la teoría estética de Platón no falla en su funcionalismo, sino en la elección que hace de la función. Platón cree que la función del Estado es acercar a los ciudadanos a las Ideas. El debate acerca de si esta visión es correcta está mucho más allá de mi investigación. Como considero que la función elegida por Platón es al menos convincente, asumo en favor de su argumento que es legítima.

Ahora la poesía está a la defensiva. Platón plantea un argumento, *pima facie* fuerte, de que la falsedad, la irracionalidad y la capacidad de seducción de la poesía impiden a los ciudadanos aprehender las Ideas. Esta es una visión particularizante negativa de la poesía. Se presentan dos defensas: la defensa de la inerradicabilidad y la defensa de la virtud.

La defensa de la inerradicabilidad sostiene que la poesía es inevitable, por lo que los argumentos para su destierro son dudosos. Responde a una concepción particularizante negativa de la poesía con una concepción generalizante neutral. Un partidario de la defensa podría parafrasear a Holquist: “Estar a favor o en contra de la poesía es asumir una libertad que nadie tiene. La poesía es”.

Una defensa así podría aprovecharse de la obra platónica. Podríamos observar que el propio texto de Platón está adornado de citas poéticas de Homero;²¹⁴ que el Sócrates que destierra al poeta es, él mismo, el poeta imitador Platón mimetizando al Sócrates histórico;²¹⁵ que Platón desarrolla sus argumentos haciendo uso de fábulas “poéticas”, como el relato del anillo de Giges,²¹⁶ la alegoría de la caverna²¹⁷ o el mito de Er;²¹⁸ y que los estadistas en *Las leyes* se refieren explícitamente a sí mismos como poetas trágicos.²¹⁹

Pero Platón desestima correctamente esta defensa. Aunque algunas veces se le confunde la poesía con la filosofía, en última instancia los dos discursos son distinguibles. En su nombre, podríamos responder a los planteos formulados arriba. Las citas de Homero hechas por Platón no avalan la imposibilidad de desalojar a la poesía. Aun si tales citas

• N. de la T.: *La primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica protege, entre otros derechos individuales, la libertad de expresión.*

214. Ver nota 122 y el texto que la acompaña.

215. Ver nota 127 y el texto que la acompaña.

216. PLATÓN, *República*, citado en nota 24, *359d-60c.

217. Ver *Id.*, *514a-517b.

218. Ver *Id.*, *614b-621d.

219. PLATÓN, *Las leyes*, citado en nota 27, *817b-d. En este artículo asocio la defensa de la inerradicabilidad con la concepción generalizante de la literatura. Sin embargo, hay ideas de la defensa de la inerradicabilidad que descansan en la concepción particularizante. Consideremos la comparación de Nehamas entre la poesía en la antigüedad y la televisión hoy. NEHAMAS, citado en nota 100, p. 293. Muchos podrían argumentar que la televisión debería ser desterrada de la comunidad política. Pero sabemos que tales argumentos serían fútiles, porque “la televisión ha vencido”. *Id.* (comillas internas omitidas). La inerradicabilidad de la televisión no proviene de que sea indistinguible de la filosofía o el derecho. Esto sugiere que a veces, la defensa de la inerradicabilidad puede formularse incluso sobre una concepción particularizante del discurso en cuestión. No trato esta versión de la defensa de la inerradicabilidad en este artículo.

selectivas son necesarias para prohibir la obra como un todo, esto no significa que la obra sea insusceptible de ser censurada. De modo similar, la imitación de Sócrates de Platón es un mal ejemplo de la inerradicabilidad de la poesía. Platón cree que el Estado no debería prohibir la imitación *per se*, sino solo la imitación que degrada al orador o al oyente. Platón está “imitando hacia arriba” en su mimesis de Sócrates; no hay pruebas de que Platón fuera a objetar esta forma de imitación, y entonces no hay pruebas de que haya tratado de echar a la poesía y fracasado. También podríamos distinguir fácilmente entre las parábolas de Platón y la poesía, como hace Nussbaum cuando contrasta el “teatro anti-trágico” de Platón con el teatro trágico de los poetas. Lo que hace a las fábulas de Platón “anti-trágicas” es que son actuadas en el “cristalino y puro teatro del intelecto”, atractivo a nuestra razón más que a nuestras emociones.²²⁰ Aun sus más encantadores relatos siempre son puestos al servicio de la argumentación. Por último, aunque los legisladores se describan a sí mismos como “poetas trágicos”, manifiestamente no se ven a sí mismos igual que a los “poetas trágicos” que están ante ellos. Al contrario, los legisladores pueden desterrar a los “poetas trágicos” a su gusto.

Mi rechazo de la defensa de la inerradicabilidad de la poesía, que repito en diferentes contextos, puede sugerir una antipatía por la literatura. Pero es al revés. No me gusta la defensa de la inerradicabilidad no sólo porque es falsa, sino también porque es enclenque. Tal defensa le consigue a la literatura un lugar en la *polis*, pero sólo de forma precaria. Reemplaza la celebración de la poesía como un bien positivo. No deberíamos responder a la concepción particularizante negativa de la poesía con una concepción generalizante neutral, sino con una particularizante positiva.

Platón deja espacio para una defensa tal de la virtud. Invita a los poetas a argumentar a favor de la poesía en el Libro X de la *República* y en *Las leyes*. Les promete un lugar en la ciudad a los poetas que puedan hacer esa defensa. Pero aquí está mi desacuerdo crítico con Platón: aunque (dos veces) invita a la defensa de la virtud de la poesía, nunca la adopta. Se concentra tan atentamente en los vicios de la literatura que se ciega respecto de sus virtudes.

Si queremos una defensa de la virtud de la poesía, debemos construirla nosotros mismos. Yo no construyo el edificio entero, sino uno en la escala de la crítica de Platón. No sólo adopto su punto de vista funcionalista, sino también (y esto sólo a favor de su argumento) la función que ha elegido. Supongo que la poesía puede tener un lugar en la ciudad sólo si acerca la comunidad política a las Ideas. Y presentando el argumento de que la poesía satisface esta función, me restrinjo a las tres dimensiones de la poesía que Platón considera relevantes, mostrando que cada vicio platónico puede ser aproximado a su virtud más cercana.

La primera tarea –mostrar que la poesía, que es falsa, nos puede acercar a la verdad de las Ideas– puede parecer propia de Hércules. Esa dificultad se disuelve cuando nos damos cuenta de que aquí están en juego dos variantes de la verdad. Los poetas mienten en tanto no dicen la verdad fáctica. Pero la verdad que Platón persigue es la verdad de las Ideas. Para tal fin, las “falsedades” dichas por los poetas podrían ser superiores a la verdad fáctica. Aristóteles observa que la poesía es más filosófica que la historia, porque la historia sólo nos muestra “la cosa que ha sido”, mientras que la poesía muestra “una

220. NUSSBAUM, citado en nota 85, p. 133.

especie de cosa que podría ser”.²²¹ Él distingue entre un mundo imaginario y uno real, y argumenta que el primero está más cerca de la verdad filosófica.

Sydney trabaja sobre esta distinción al mostrar cómo la poesía (el mundo imaginario) puede perfeccionar la naturaleza (el mundo real). Entre sus muchos ejemplos está el héroe literario. Aunque “la suma astucia” de la naturaleza es usada en la creación del hombre, ella nunca ha sido capaz de crear “un príncipe tan correcto como el Cirio de Jenofonte, un hombre así de excelente, en todo sentido, como el Eneas de Virgilio.”²²² Al refutar la postulación de que los hombres de la naturaleza son al menos reales, Sydney se introduce en un registro platónico: “Ni dejemos que esto sea concebido jocosamente, porque las obras de uno sean esenciales, y las otras imitación o ficción; pues cualquier entendimiento reconoce que la habilidad de cada artífice yace en la *idea* o preconcepto de la obra, y no en la obra misma.”²²³ No menos que el arte, la naturaleza está tratando de capturar una idea –una Idea- que le antecede. Y al responder la pregunta de cuál es la mejor modalidad para capturar ese “preconcepto”, Sydney sigue a Aristóteles: la poesía “no sólo funcionó para crear un Cirio, que fue una excelencia tan especial como sólo la naturaleza pudo haber creado, sino para que el otorgamiento de un Cirio al mundo permitiera, si se fuera a comprender correctamente por qué y cómo lo hizo, que se hagan muchos Ciro.”²²⁴

Podemos dirigir esta luz aristotélica hacia la cama de Platón. Recordemos que el argumento de Platón era que el carpintero está un paso apartado de la Idea de la cama, mientras que el poeta está a dos pasos.²²⁵ La refutación aristotélica propendría que, para descubrir la ontología de la cama, las representaciones miméticas son más apropiadas que las materiales. El carpintero, como el historiador, sólo nos puede dar las camas que existen, en lugar de las que podrían existir. En lugar de mirar la creación del carpintero, podríamos imaginar camas existentes y no existentes, modificando el concepto en nuestra imaginación hasta descubrir qué sería lo que éste tiene de invariable.

Para ser justo, Platón se preocupa menos por la poesía que busca la verdad que por aquella que le es indiferente. El blanco de Platón no es la poesía que representa un gran número de camas para encontrar La Cama Verdadera, sino la poesía que dice que una vaca es una cama. O, para tomar el blanco que Platón realmente golpea, su objeción es hacia las líneas de la Ilíada sobre la conducción de carros, recitadas por Ion sin preocupación por si reflejan la *technē* de la conducción de carros.

Pero asumiendo que el poeta, como Ion, no presenta lo que dice como la verdad, es difícil ver por qué debe cargar el peso de la confusión subsiguiente. Sydney contesta la imputación de que “los poetas son mentirosos” argumentando “que de todos los escritores bajo el sol, el poeta es el menos mentiroso y, aunque podría serlo, como poeta apenas puede ser mentiroso”.²²⁶ Para ser mentiroso, uno tiene que afirmar que algo es verdad. El poeta “no afirma nada, y entonces nunca miente”.²²⁷ Por supuesto, algunos pueden tomar estas mentiras

221. ARISTÓTELES, citado en nota 187, p. 2323.

222. SIDNEY, citado en nota 125, p. 24.

223. *Id.*

224. *Id.*

225. Ver notas 52-56 y el texto que las acompaña.

226. SIDNEY, citado en nota 125, p. 52.

227. *Id.*

por verdad. Pero en base a esta preocupación, Sydney cuestiona las afirmaciones del poeta: una persona que toma las fábulas de Esopo “como la verdad verdadera” debería “tener su nombre figurando entre las bestias de las que se ha escrito”.²²⁸ También pregunta cuánta gente de ese tipo hay: “¿Qué niño hay que, viniendo como espectador al teatro, y viendo *Tebas* escrito en letras grandes sobre una puerta vieja, cree realmente que se trata de *Tebas*?”²²⁹

Críticas contemporáneas comparten la mirada oscura de Sydney sobre aquellos que no pueden distinguir entre la ficción y los hechos. Posner compara el uso de la literatura jurídica como guía para la toma de decisiones legales con “la lectura de *Animal Farm* como un folleto sobre gestión de granjas”.²³⁰ Al observar el espacio que hay entre la representación y la realidad, esta comparación apoya a Platón. Una persona que lee *Animal Farm* como un folleto sobre gestión de granjas está confundida, tanto como la persona que lee la *Ilíada* como un folleto sobre la conducción de carros. Pero Posner, como Sydney, deposita la carga de hacer esa distinción en el lector. Orwell no es responsable por la confusión de “niños y hombres insensatos”.²³¹

Habiendo hecho de la falsedad la sierva de la verdad platónica, ahora podemos hacer lo mismo por la irracionalidad. Platón objeta la dimensión emotiva de la poesía, porque provoca que los poetas fracasen en el examen de racionalidad dialógica. La irracionalidad de la poesía le impide a ésta ser una de las *technai*, porque estas artes fueron marcadas por la universalidad, la posibilidad de ser enseñadas, la precisión y la atención a las explicaciones. Esto asume que las *technai* son siempre el mejor camino para aproximarse a las Ideas.

Pero incluso Platón invita al escepticismo sobre esa suposición. Lo hace en *Fedro*, el diálogo en que más se acerca a una defensa de la virtud de la poesía. El amor es una Idea, pero no es una Idea que pueda ser aprehendida a través de la razón. El amor ideal de Lisias –quien se aproxima al amor racionalmente y sin pasión– persigue hacer del amor una *technē*. Pero la palinodia de Platón muestra que este esfuerzo es contraproducente. No es ningún accidente que el amante de Lisias sea llamado “no-amante”, pues el amor no puede ser aprehendido a través de la racionalidad dialógica. De pie en el arroyo, Sócrates se da cuenta de que no puede ver, a través del joven y brillante Fedro, la abstracción descolorida que hay detrás de él. Amar a Fedro en su particularidad no es distraerse de la Idea, sino capturarla del único modo en que puede ser capturada.

Recaería sobre próximos comentaristas mostrar que el amor no es distintivo en este aspecto. Ahora es un lugar común, a lo largo de una gama de disciplinas, decir que las distinciones entre la razón y la emoción –como las trazadas por Platón o Kant²³²– han sido llevadas demasiado lejos. Neurólogos como Antonio Damasio argumentaron que “las emociones y los sentimientos no han de ser para nada intrusos en el bastión de la razón:

228. *Id.*, p. 53.

229. *Id.*

230. POSNER, Richard A., *The Ethical Significance of Free Choice: A Reply to Professor West*, en 99 *Harvard Law Review* 1431, 1433 (1986).

231. PLATÓN, *República*, citado en nota 24, *598c.

232. Ver, por ejemplo, KANT, Immanuel, *The Metaphysical Principles of Virtue: Part II of The Metaphysics of Morals* 67-68 (James Ellington trans., Bobbs-Merrill Co. 1964) (1797); ver también DILMAN, Ilham, *Free Will: An Historical and Philosophical Introduction* 142 (1999) (“Para Kant la ‘conformidad con la razón’ y la ‘sujeción a la pasión’ representan dos condiciones exclusivas y exhaustivas de la voluntad, y ciertamente de la humanidad”).

pueden estar enredados en sus redes, para peor y para mejor”.²³³ Filósofos morales como Nussbaum han argumentado, similarmente, que las emociones tienen una dimensión cognitiva que hace que el pensamiento ético sea imposible sin ellas.²³⁴ Bajo esta mirada, las emociones no son estúpidas, sino una parte profunda del conocimiento humano. El reconocimiento de Platón de que el amor no podría ser aprehendido a través de una razón purgada de emoción no es la excepción sino la regla.²³⁵

Resta mostrar que el poder seductivo del poeta puede ser puesto al servicio de las Ideas. Llamar al poder del poeta seductivo es proyectarlo como si nos persuadiera hacia un fin malo. Pero la persuasión puede ser usada también hacia fines buenos, como lo admite Platón en *Las leyes* al sugerir que los poetas puedan ser como doctores que hagan atractivas las comidas sanas.²³⁶ La objeción de Platón es más sutil: él cree que aunque la poesía pueda ser usada para fines buenos, es más probable que sea abusada. Porque sólo los poetas inescrupulosos tendrán poder persuasivo de verdad, pues sólo ellos estarán dispuestos a “imitar hacia abajo”. El acto de la imitación hace habitar personajes inferiores tanto a los oradores como a los oyentes. Pensadores posteriores verían la identificación empática estimulada por la literatura como su virtud cardinal. En su *Defensa de la poesía*, Shelley argumenta que “un hombre, para ser grandiosamente bueno, debe imaginar intensa y comprensivamente; debe ponerse en el lugar de otro y de muchos otros; los sufrimientos y placeres de su especie deben hacerse suyos propios”.²³⁷ Porque “extiende la circunferencia de la imaginación”, la poesía “fortalece la facultad que es el órgano de la naturaleza moral del hombre, del mismo modo que el ejercicio fortalece los miembros”.²³⁸

Similarmente, Tolstoy ve a la identificación empática como el quid del arte: “El arte es una actividad humana consistente en esto, que un hombre conscientemente, por medio de ciertos signos externos, pasa sentimientos que ha vivido a otros, quienes son infectados por estos sentimientos y también los experimentan.”²³⁹ Él reconoce que Platón repudia el arte porque “es tan altamente peligroso en su poder como para infectar gente contra su voluntad”.²⁴⁰ Pero luego Tolstoy observa que Platón “negó lo que no puede ser negado – uno de los medios de comunicación indispensables sin el cual la humanidad no podría existir”.²⁴¹ En la mirada de Tolstoy, la meta principal del Estado, o de la existencia humana,

233. DAMASIO, Antonio R., *Descartes' Error: Emotion, Reason, and the Human Brain*, p. xii (1994).

234. Ver en general NUSSBAUM, Martha, *Upheavals of Thought: The Intelligence of Emotions* (2001).

235. Además, si entendemos el anhelo de Platón por la racionalidad como un intento de controlar el *tuchê*, también podemos argumentar a favor de la inclusión de la poesía. *Tuchê* se traduce como “lo que simplemente pasa”, las contingencias ingobernables que las *technai* han de controlar. Aunque nunca podremos deshacernos de las contingencias ingobernables de la vida humana. A veces, nuestra única maestría de contingencia irreducible es la capacidad para describirla. Cuando Seamus Heaney elogia la capacidad de una canción para capturar “la música de lo que pasa”, está haciendo esa alegación. HEANEY, Seamus, *Song*, en *Opened Ground: Selected Poems 1966-1996*, p. 181, 181 (1998) (“Están los helechos del dialecto / Y las flores inmortales de perfecta inclinación / Y ese momento cuando el pájaro canta muy cerca / De la música de lo que pasa.”).

236. PLATÓN, *Las leyes*, citado en nota 27, tomo I, *659e-60a.

237. SHELLEY, citado en nota 126, p. 517.

238. *Id.*

239. TOLSTOY, citado en nota 192, p. 59 (énfasis omitido).

240. *Id.*, p. 61.

241. *Id.*

es “la unión fraternal entre los hombres”.²⁴² Como sólo el arte puede hacernos experimentar los sentimientos de otros como propios, “sólo el arte puede llevar esto a cabo”.²⁴³

A diferencia de los otros, este argumento nos exige actualizar la concepción de Platón de las Ideas. Platón cree que imitar hacia abajo está mal porque él apoya la jerarquía social ateniense. Cree en la empatía entre los ciudadanos, pero no entre ellos y otros. Si fuéramos a extender esa aspiración, sin embargo, la literatura sería crucial. Defensores contemporáneos de la literatura como un instrumento de la imaginación ética se involucran precisamente en esa extensión.²⁴⁴

Aun una forma modesta de la defensa de la virtud demuestra que el arte es completamente capaz de servir, en lugar de subvertir, la función estatal afirmada por Platón: acercar a los ciudadanos a las Ideas. En consecuencia, disiento con su destierro del poeta de la ciudad. Pero en tanto mi análisis ubica el error de Platón en su aplicación del paradigma, en lugar de ubicarlo en el paradigma en sí, esta crítica de Platón es también una defensa de su paradigma. Platón acierta en que el arte debe ser desterrado si entra en conflicto con las funciones estatales básicas. También acierta en que el arte no puede evadir aquel conflicto sosteniendo su inerradicabilidad. Por último, acierta en que el arte sólo puede defenderse demostrando que es consistente con las funciones estatales básicas. El único error de Platón está en no adoptar la defensa de la virtud.

Aunque el paradigma platónico puede relacionarse con cualquier número de contextos legales modernos, como la regulación de textos alegadamente obscenos, es más inmediatamente aplicable a casos en que el Estado juzga si un texto será admitido dentro de su propio discurso. Platón destierra al poeta en parte porque su lenguaje, si fuera admitido, devendría indistinguible del lenguaje del Estado. Esto no es lo que pasa en el contexto de la obscenidad: sin perjuicio de que la Corte Suprema considere obscena a *Fanny Hill*,²⁴⁵ nadie pensará que fue escrita por la Corte.²⁴⁶ Pero sí es lo que pasa cuando el Estado considera la admisibilidad de relatos producidos dentro del dominio del discurso jurídico.

III. Las declaraciones sobre el impacto en la víctima

Un equivalente moderno de la ambivalencia de Platón hacia la poesía, puede verse en el trato vacilante que la Corte Suprema ha dado a las *declaraciones sobre el impacto en la víctima*. Una *declaración sobre el impacto en la víctima* es una declaración introducida en la etapa de la determinación de la sentencia del juicio, que describe los efectos que el delito produjo sobre las víctimas. Todos los estados permiten la introducción de alguna forma de

242. *Id.*, p. 224.

243. *Id.*, p. 223.

244. Ver, por ejemplo, NUSSBAUM, citado en nota 2, p. xvi (“Defiendo la imaginación literaria precisamente porque me parece un ingrediente esencial de una postura ética que nos pide que nos preocupemos por el bien de otra gente cuyas vidas distan de las nuestras.”); WEISBERG, citado en nota 2, p. 46 (“La poesía, en su atención a la comunicación legal y a la situación apremiante de aquellos que son ‘otros’, busca revitalizar el componente ético del derecho.”).

245. CLELAND, John, *Fanny Hill, or, Memoirs of a Woman of Pleasure* (Meter Wagner ed., Penguin Books, 1985) (1749).

246. Ver *A Book Named “John Cleland’s Memoirs of a Woman of Pleasure” v. Attorney Gen.*, 383 U.S. 413 (1966).

prueba del impacto del delito en la víctima en casos donde no podría aplicarse la pena capital.²⁴⁷ Actualmente, treinta y cinco de los treinta y ocho estados que tienen la pena de muerte,²⁴⁸ como el gobierno federal²⁴⁹ y las fuerzas armadas,²⁵⁰ permiten el uso de prueba sobre el impacto del delito en la víctima en casos susceptibles de conducir a una condena a muerte.

A pesar de la actual ubicuidad, el uso de las *declaraciones sobre el impacto en la víctima* en casos con posible pena de muerte ha sido polémico. En el caso *Booth v. Maryland*, de 1987, la Corte Suprema prohibió las *declaraciones sobre el impacto en la víctima* para casos de posible sentencia capital, al encontrar que su naturaleza inflamante distraía al jurado, impidiéndole juzgar al acusado racionalmente.²⁵¹ La Corte extendió dicha prohibición a la prueba del impacto en la víctima alegada por los fiscales en el caso de 1989 *South Carolina v. Gathers*.²⁵² En 1991, sin embargo, la Corte Suprema revocó *Booth* y *Gathers* en *Payne v. Tennessee*.²⁵³

Imagino que muchos platonistas que lean estos casos por primera vez podrían experimentar lo que la literatura francesa llama *déjà vu*: la sensación extraña de que uno ya ha leído un texto, sabiendo que no lo ha hecho. La Corte de *Booth* piensa la sala de audiencias como un espacio del cual deben desterrarse los relatos con muchas cualidades literarias, y lo hace por razones platónicas. La Corte de *Payne*, en contraste, sostiene que las *declaraciones sobre el impacto en la víctima* deben ser readmitidas, con dos fundamentos distintos. Hace valer la defensa de la inerradicabilidad, argumentando que las declaraciones no pueden ser distinguidas de modo significativo de los relatos que componen el derecho. También levanta la defensa de la virtud, sosteniendo que las declaraciones sirven, en lugar de subvertir, a las funciones del Estado.

Comencemos por *Booth*. En 1983, John Booth robó y mató a sus ancianos vecinos, Irvin y Rose Bronstein, en su casa de West Baltimore. Booth ató a la pareja y los apuñaló repetidamente en el pecho con un cuchillo de cocina. El hijo de los Bronstein descubrió los cuerpos dos días después del homicidio. El fiscal acusó a Booth de homicidio en primer grado y robo, y solicitó la pena de muerte.²⁵⁴

247. TOBOLOWSKY, Peggy M., *Crime Victim Rights and Remedies* 84 (2001).

248. En 2003, John Blume dijo que treinta y tres de los treinta y ocho estados que aplicaban la pena de muerte permitían alguna forma de declaración sobre el impacto del delito en la víctima. John H. Blume, *Ten Years of Payne: Victim Impact Evidence in Capital Cases*, 88 en *Cornell L. Rev.* 257, 267 (2003). Montana fue omitido de su lista incorrectamente. Ver *Mont. Code Ann.* § 46-18-302 (1)(a)(iii) (2003) (donde se estipula la consideración "del daño causado a la víctima y a la familia de la víctima como un resultado del delito" en el sentenciamiento capital). De acuerdo con su relato, las declaraciones sobre el impacto en la víctima devinieron técnicamente inadmisibles pero prácticamente admisibles en Wyoming. Comparar *Olsen v. State*, 67 P.3d 536, 600 (Wyo. 2003) (donde se decide que, en ausencia de una norma estatal que lo autorice, la declaración sobre el impacto en la víctima es técnicamente inadmisibles) con *Harlow v. State*, 70 P.3d 179, 196, 196-99 (Wyo. 2003) (donde se decide que la declaración sobre el impacto en la víctima está permitida cuando se analiza el error que no ha causado daño, salvo que "inflame al jurado y fuera tan perjudicial como para volver al juicio fundamentalmente injusto"). Esto lleva la cuenta a treinta y cinco estados.

249. 18 U.S.C. § 3593 (2000).

250. *R. Courts-Martial* 1001(b)(4) (donde se permite la introducción de prueba del impacto en la víctima en los juicios); *id.* 1004 (b)(2) (donde se permite la introducción de dicha prueba en casos capitales).

251. 482 U.S. 496 (1987), invalidado luego por *Payne v. Tennessee*, 501 U.S. 808 (1991).

252. 490 U.S. 805 (1989), invalidado luego por *Payne v. Tennessee*, 501 U.S. 808 (1991).

253. 501 U.S. 808 (1991).

254. *Booth*, 482 U.S., pp. 497-98.

En ese momento, la ley de Maryland requería que el informe previo a la etapa de la sentencia incluyera, en todos los casos de delitos graves*, una *declaración sobre el impacto en la víctima*.²⁵⁵

La Corte de *Booth* describe estas declaraciones como teniendo dos aspectos –un elemento descriptivo que expone “las características personales de las víctimas y el impacto emocional que los delitos produjeron en la familia” y un elemento normativo que detalla “las opiniones y las caracterizaciones de los delitos y del acusado, formulados por los miembros de la familia.”²⁵⁶ En *Booth*, la *prueba sobre el impacto en la víctima* recurre a entrevistas con el hijo, la hija, el yerno y la nieta de los Bronstein.²⁵⁷

En las porciones descriptivas de esta prueba, el hijo describe cómo “sus padres habían estado casados por treinta y tres años y disfrutaban una relación muy cercana.”²⁵⁸ Nota “que su padre había trabajado duro toda su vida y había estado jubilado por ocho años”²⁵⁹ y que su madre “era joven de corazón y nunca pareció una mujer vieja”,²⁶⁰ habiendo aprendido a jugar al *bridge* en sus setentas. El hijo declara que como encontró a sus padres muertos a las 4.00 p.m., él “es consciente cada día cuando se hacen las 4.00 p.m., incluso cuando no está cerca de un reloj.”²⁶¹ Relata cómo “ve a su padre saliendo de sinagogas, ve el auto de sus padres y se siente muy triste toda vez que ve gente vieja”.²⁶² La hija describe cómo “había tenido que limpiar a fondo la casa de sus padres, lo que tomó varias semanas”.²⁶³ Declara que cuando vio la alfombra con las manchas de sangre “quiso agacharse a la alfombra y abrazar a su madre.”²⁶⁴ Sostiene que “no puede mirar cuchillos de cocina sin recordar los asesinatos.”²⁶⁵ La nieta declara que “durante un tiempo se ponía histérica cada vez que veía animales muertos en la ruta.”²⁶⁶ Sostiene que “asistió a un médico por varios meses pero paró porque sintió que nadie podía ayudarla.”²⁶⁷

En las porciones normativas de la declaración, el hijo de las víctimas declara que “sus padres no fueron matados, sino que fueron masacrados como animales.”²⁶⁸ Afirma que “piensa que nadie debería poder hacer algo semejante y salir impune.”²⁶⁹ La hija declara

* N. de la T.: el autor se refiere a la categoría de delitos que en los Estados Unidos de Norteamérica se denominan “felonies”.

255. Ver *id.* p. 498 (donde se cita Md. Code. Ann., Crim. Law §4-609(c) (1986)).

256. *Id.* p. 502. Esta es la distinción de la Corte. La ley de Maryland no distingue entre estas dos clases de prueba del impacto en la víctima, ver Md. Code. Ann., Crim. Law § 4-609(c) (1986), y la declaración en este caso no hace ningún esfuerzo por distinguirlas. *Payne* hace la distinción más relevante al revocar *Booth* con respecto a la primera clase de información pero no con respecto a la segunda. *Payne*, 501 U.S. p. 830 n.2.

257. *Booth*, 482 U.S. p. 499.

258. *Id.*, p., 510.

259. *Id.*

260. *Id.*

261. *Id.* p. 511.

262. *Id.*, p. 511-12.

263. *Id.*, p. 512.

264. *Id.*

265. *Id.*, p. 512-13.

266. *Id.*, p. 513.

267. *Id.*, p. 514.

268. *Id.*, p. 512.

269. *Id.*

que “no puede creer que nadie pudiera hacer eso a alguien”²⁷⁰ y “que ni siquiera animales harían esto”.²⁷¹ Declara que “no siente que la gente que hizo esto pueda alguna vez ser rehabilitada y no quiere que estén en condiciones de hacer esto nuevamente o poner a otra familia en esta situación.”²⁷²

Luego de escuchar la declaración, el jurado condenó a Booth a la muerte.²⁷³

En su voto por cinco miembros de la Corte, el juez Powell decidió que la introducción de *declaraciones sobre el impacto en la víctima* en casos capitales viola la octava enmienda,²⁷⁴ que proscribe “los castigos crueles e inusuales.” Powell basa este destierro en tres atributos del género excluido –su falsedad, su irracionalidad y su capacidad de seducción.

Powell sólo menciona la posibilidad de que las declaraciones puedan no ser ciertas. La analogía entre la poesía platónica y la *declaración sobre el impacto en la víctima* es aquí débil, porque las declaraciones son presentadas como verdaderas y generalmente así son supuestas. Esto es lo que se presenta difícil –presumiblemente, la Corte no tendría problemas en excluir obras puramente ficcionales que describieran el impacto de los homicidios en sus víctimas. Sin embargo, Powell observa que la defensa podría ser impedida de desplegar los mecanismos habituales de búsqueda de la verdad en juicio. Nota que “la información sobre el impacto en la víctima no es fácilmente susceptible de refutación”, por “los riesgos estratégicos de atacar el carácter de la víctima ante el jurado”.²⁷⁵ Podríamos leer estas frases tímidas como producto de la limitación que describen, porque sería igualmente impolítico que la Corte pusiera en cuestión la veracidad de una *declaración sobre el impacto en la víctima*. Podría ser un intento de la Corte de manifestar su preocupación a través de la defensa, en lugar de declararla directamente por su propia boca.²⁷⁶

La mayoría de *Booth* también argumenta que las *declaraciones sobre el impacto en la víctima* deben estar prohibidas por su registro emotivo. Como Platón, Powell cita extensamente el material que suprimiría:

[La hija de las víctimas] “nunca podría perdonar a nadie por haber matado [a sus padres] de ese modo. No puede creer que alguien pueda hacer eso. La hija de las víctimas declara que ni siquiera animales harían esto. [Los perpetradores] no tenían que matar porque no había nadie para impedirles el saqueo... Los homicidios mostraron el vicio de

270. *Id.*, p. 513.

271. *Id.*

272. *Id.*

273. *Id.* p. 501.

274. *Id.*, p. 509.

275. *Id.*, p. 506-507.

276. En *Gathers*, el imputado atacó una descripción sobre el impacto del delito en la víctima hecha por el fiscal, tildándola de “manipulación de la prueba y fabricación indiscutible.” *South Carolina v. Gathers*, 490 U.S. 805, 821 (1989) (jueza O’Connor, en disidencia) (donde se cita la presentación del acusado), revocado por *Payne v. Tennessee*, 510 U.S. 808 (1991). El hecho de que la prueba haya sido impugnada al ser presentada por un fiscal da crédito al punto de vista de Powell, de que las víctimas son difíciles de impugnar directamente. En *Booth*, el imputado no impugnó la prueba pero pidió al fiscal que leyera la declaración sobre el impacto en la víctima en lugar de poner a las víctimas en el estrado. Ver *Booth*, 482 U.S. p. 501. Esta distinción sigue la pista, aproximadamente, de la distinción platónica entre la poesía imitativa y la narrativa, en la medida en que toma el relato en tercera persona como menos volátil que el relato en primera persona. Para otra discusión sobre *Gathers*, ver notas 331-341 y los textos que las acompañan.

la ira de los asesinos. Ella no siente que la gente que hizo esto pueda ser rehabilitada jamás y no quiere que puedan hacer esto de nuevo o poner a otra familia en esta situación.”²⁷⁷

Después de dejar que el lector responda emocionalmente a este texto, la opinión predica su exclusión sobre la base de lo que imagina que esta respuesta es. Sostiene que “la presentación formal de esta información por el Estado no puede servir otro propósito que inflamar al jurado y desviarlo de decidir el caso sobre la base de la prueba relevante relacionada con el delito y el acusado.”²⁷⁸ Luego, el voto hace explícito que esta es una distinción entre la razón y la emoción: “Como hemos notado, cualquier decisión que impusiera la pena de muerte debe ser, y aparentar ser, basada en la razón en lugar del capricho o la emoción.”²⁷⁹ En aplicación de ese criterio, la mayoría concluye que “la admisión de estas opiniones emocionalmente cargadas... es claramente inconsistente con la toma de decisiones razonada que requerimos en casos donde está en juego la pena de muerte.”²⁸⁰

Tal como el Sócrates de Platón se preocupa porque la poesía sobre el miedo de Aquiles a la muerte infecte a sus oyentes con ese miedo, Powell se preocupa porque “el dolor e ira” de las víctimas infecte a los oyentes con dolor e ira.²⁸¹ Tal como Sócrates teme que la poesía emotiva temple a los ciudadanos más de lo que debieran, Powell teme que el testimonio emotivo “inflame” a los jurados.²⁸² Tal como Sócrates destierra la poesía imitativa por irracional e ilícita, Powell destierra la *declaración sobre el impacto en la víctima* por “inconsistente con la toma de decisiones razonada que requerimos en casos donde está en juego la pena de muerte.”²⁸³

El voto de Powell observa que la toma de decisiones razonada es un antídoto contra “el capricho o la emoción.”²⁸⁴ Es útil escuchar esas palabras separadamente. El compromiso de Powell con la razón no sólo es un compromiso de depurar al juicio de emoción, sino de depurarlo de otras formas de arbitrariedad. Powell describe tres diferentes formas de arbitrariedad que las *declaraciones sobre el impacto en la víctima* le inyectan al juicio. Cita la arbitrariedad de decidir que el acusado es responsable por cuestiones “completamente ajenas a su culpabilidad”, porque “a menudo el acusado no conocerá a la víctima, y entonces no tendrá conocimiento acerca de la existencia o características de la familia de la víctima.”²⁸⁵ También plantea la arbitrariedad creada por la habilidad diferenciada de las víctimas para articular su dolor, dado que “en algunos casos la víctima no dejará atrás a ninguna familia, o los miembros de la familia serán menos elocuentes en describir sus sentimientos.”²⁸⁶ Por último, él nota la arbitrariedad de dejar que la decisión de sentenciar “gire sobre la percepción de que la víctima fue un excelente miembro de la comunidad en

277. *Booth*, 482 U.S. p. 508 (segunda y tercera alteraciones y omisión en el original) (se cita la declaración sobre el impacto en la víctima).

278. *Id.*

279. *Id.* (se cita *Gardner v. Florida*, 430 U.S. 349, 358 (1977)).

280. *Id.* p. 508-509.

281. Comparar PLATÓN, *República*, citado en nota 24, *387c, con *Booth*, 482 U.S. p. 508.

282. Comparar PLATÓN, *República*, citado en nota 24, *387c, con *Booth*, 482 U.S. p. 508.

283. Comparar PLATÓN, *República*, citado en nota 24, *398a-b, con *Booth*, 482 U.S. p. 509.

284. *Booth*, 482 U.S. p. 508 (comillas internas omitidas).

285. *Id.*, p. 504.

286. *Id.*, p. 505.

lugar de alguien cuestionable.”²⁸⁷ Al buscar eliminar estas formas de azar, la Corte recurre a la concepción de un derecho depurado de contingencias, de una “bondad sin fragilidad.”²⁸⁸ El voto presenta al derecho como una *technē* que mantendrá al *tuchē* a raya.

El fallo *Booth* también discute la capacidad de seducción de las *declaraciones sobre el impacto en la víctima*. Nuevamente, si las declaraciones no fueran poderosas, no engendrarían tanta preocupación. De hecho, las declaraciones ocupan una posición mucho más cercana a la poesía de la época de Platón que a la poesía de la actualidad. La mayoría las ve como una cuestión de vida y muerte.²⁸⁹ Powell expresa preocupación porque estos relatos inflamantes se conviertan en el punto central del juicio: “La perspectiva de un ‘mini-juicio’ acerca del carácter de la víctima es más que simplemente no atractiva; bien podría distraer al jurado sentenciante de su tarea constitucionalmente requerida: determinar si la pena de muerte es apropiada...”²⁹⁰

Recordemos que Platón objeta a los poetas porque su poder es inversamente correlativo a su virtud.²⁹¹ La mayoría de *Booth* está similarmente conflictuada con la correlación imperfecta entre capacidad de persuasión y dolor. El fallo nota que aunque en este caso las víctimas fueron elocuentes, en otros casos los miembros de la familia podrían ser menos elocuentes.²⁹² Powell entiende que esta variación es peligrosa: “Ciertamente, el grado en que una familia está dispuesta y es capaz de expresar su pena es irrelevante respecto de la decisión de si un acusado.... debería vivir o morir.”²⁹³ No necesitamos leer muy profundamente entre líneas para ver la distinción platónica entre buenos y malos poetas: la familia buena podría estar menos “dispuesta” a hablar que la familia mala. Tal como el hombre bueno del Libro III de la *República* está menos dispuesto que el hombre malo a usar completamente su poder persuasivo.²⁹⁴ De hecho, en ese libro, el Sócrates de Platón declara específicamente que los hombres decentes no deberían llorar públicamente la muerte de sus amados.²⁹⁵

287. *Id.*, p. 506.

288. NUSSBAUM, citado en nota 85, p. 85.

289. *Booth*, 482, U.S. p. 505.

290. *Id.*, p. 507.

291. Ver notas 114-115 y el texto que las acompaña.

292. *Booth*, 482 U.S. p. 505.

293. *Id.*

294. Ver notas 110-115 y el texto que las acompaña.

295. PLATÓN, *República*, citado en nota 24, *387d. Luego, Platón declara que en la poesía, “será correcto que eliminemos los lamentos de los varones de renombre, y que los refiramos a las mujeres –y no a aquellas que no son valiosas– y a los hombres viles”. La preocupación es, nuevamente, no por el oyente sino por el orador, quien actuando ese rol podría convertirse en más que una víctima. Ver nota 113.

Powell no considera los efectos de las declaraciones sobre el impacto en la víctima sobre sus oradores. Él acierta al abreviar su discusión, porque el desafío constitucional se relaciona con los efectos de las declaraciones en los jurados, más que en las víctimas. Aunque si ésta fuera una cuestión de política en lugar de una de constitucionalidad, estos últimos daños seguramente ameritarían consideración.

En este debate de política, algunos argumentan que dichas declaraciones fortalecen a las víctimas proveyendo catarsis y clausura. Ver, por ejemplo, HECHT SCHAFFRAN, Lynn, *Mailing the Soul: Judges, Sentencing and the Myth of the Nonviolent Rapist*, en 20 *Fordham Urb. L.J.* 439, 451 (1993) (“Las declaraciones sobre el impacto en la víctima fortalecen a la víctima y ayudan a los jueces a apreciar el trauma invisible de la violación.”). Otros, sin embargo, argumentan, en un estilo platónico, que las declaraciones sobre el impacto en la víctima no son necesariamente fortalecedoras para sus oradores. Ver, por ejemplo, GEWIRTZ, Paul, *Victims and Voyeurs at the Criminal Trial*, en 90 *NW. U. L. Rev.* 863, 882 (1996) (“Relatar la historia del sufrimiento personal requiere que el hablante reviva ese sufrimiento, que se recupere de la represión y que

Al desterrar la *declaración sobre el impacto en la víctima* de la sala de audiencias por su potencial falsedad, irracionalidad y capacidad de seducción, la Corte de *Booth* argumenta que ellas son de un tipo distinto que los relatos que componen el derecho. Pero una lectura rigurosa de la parábola platónica sugiere la inestabilidad de esta visión particularizante negativa de la declaración “literaria”. Entonces, no debería ser ninguna sorpresa que la Corte Suprema haya revocado *Booth* sólo cuatro años después de haberlo decidido.

En *Payne v. Tennesse*, una mayoría de seis miembros de la Corte readmitió la *declaración sobre el impacto en la víctima* en un caso susceptible de la aplicación de la pena de muerte que involucraba el homicidio brutal de una madre y su hija de dos años.²⁹⁶ Como el juez Marshall observa en una ácida disidencia, poco había cambiado desde *Booth* con excepción de la composición de la Corte²⁹⁷ -dos miembros de la mayoría de *Booth* (los jueces Brennan y Powell) habían sido reemplazados por dos miembros nuevos (los jueces Kennedy y Souter)-. Estos dos miembros nuevos votaron en *Payne* con los cuatro disidentes de *Booth*.

En *Payne*, el voto de la mayoría, del presidente de la Corte Rehnquist, racionaliza heroicamente la revocación repentina, refutando los tres argumentos contra la *declaración sobre el impacto en la víctima*. Primero, Rehnquist hace a un lado la objeción de la mayoría de *Booth* de que la prueba del impacto en la víctima es difícil de refutar. Observa que este dilema táctico “no hace de este caso nada distinto a otros donde la parte es enfrentada con esta misma especie de dilema.”²⁹⁸

Rehnquist dedica más tiempo a la perspectiva de que las *declaraciones sobre el impacto en la víctima* son emotivas. Está de acuerdo en que, en el caso de Pervis Tyrone Payne, la declaración demostró los efectos del homicidio “bastante patéticamente.”²⁹⁹ Lo que Rehnquist rechaza es que la declaración sea distintiva en su patetismo, sosteniendo que el testimonio sobre el carácter del acusado fue igualmente emotivo. Observa que en *Payne*, el jurado escuchó el testimonio de la novia de Payne acerca de que se conocieron en la iglesia, el testimonio de sus padres respecto de que él era un buen hijo, y el testimonio de su psicólogo respecto de que era extremadamente educado.³⁰⁰ Habiendo permitido contar su propio relato emotivo al acusado, el derecho, en la visión de Rehnquist, debe permitir que la víctima haga lo mismo.

En *Payne*, el voto concurrente de la jueza O'Connor trata más directamente la preocupación de que las declaraciones inflamen al jurado. Ella observa,

El Estado llamó como testigo a Mary Zvolanek, la abuela de Nicholas. Su testimonio fue corto. Explicó que Nicholas lloró por su madre y su hermana bebé y que no pudo entender por qué no vinieron a casa. No

re-exponga heridas que pueden haber empezado a sanar.”); MINOW, Martha, *Surviving Victim Talk*, 40 *UCLA L. Rev.* 1411, 1429 (1993) (“Que la víctima hable puede tener una especie de cualidad de auto-realización, desalentando a la gente que es victimizada a desarrollar sus propias fortalezas o a trabajar para resistir las limitaciones que encuentran.”).

296. 501 U.S. 808 (1991).

297. *Id.* p. 844 (disidencia del juez Marshall).

298. *Id.* p. 823 (voto de la mayoría).

299. *Id.* p. 826.

300. *Id.*

dudo que los jurados se conmovieron con este testimonio – ¿quién no habría de conmoverse? Pero seguramente este corto testimonio no inflamó sus pasiones más que los hechos del crimen: Charisse Christopher fue apuñalada 41 veces con un cuchillo de carnicero y se desangró hasta la muerte; su hija de dos años Lacie fue asesinada con repetidas estocadas del mismo cuchillo; y Nicholas, de tres años de edad, sobrevivió a pesar de las heridas de las puñaladas que penetraron completamente su cuerpo desde el pecho hasta la espalda –sólo para presenciar los brutales homicidios de su madre y su hermana bebé-. A la luz de la inevitable familiaridad del jurado con los hechos del despiadado ataque de Payne, no puedo concluir que la información adicional provista por el testimonio de Mary Zvolanek haya privado al peticionante del debido proceso.³⁰¹

El punto de vista de O'Connor es más subversivo que el de Rehnquist. Rehnquist sostiene que la declaración no es más inflamante que otro relato *en* el derecho: los testimonios acerca del carácter del imputado. O'Connor señala que la declaración no es más inflamante que los relatos *del* derecho: los hechos del caso. Podemos imaginar un juicio penal sin testimonios de carácter, pero no uno sin hechos. El comentario de O'Connor sugiere que esta operadora del derecho no puede desterrar al poeta de la ciudad sin desterrarse a sí misma.

Recordemos que la Corte de *Booth* también objeta la irracionalidad de la *declaración sobre el impacto en la víctima*, por abrirle la puerta a tres diferentes tipos de *tuchē*. La Corte de *Payne* responde que un cierto grado de arbitrariedad es inevitable en el derecho. Por ejemplo, Rehnquist observa que el derecho penal rutinariamente pena de modo diferente a la gente, solamente por los efectos de sus actos, incluso si esos efectos son imprevisos.³⁰² Traza su concepto a partir de la disidencia del juez Scalia en *Booth*: “Si un ladrón de bancos apunta su pistola hacia un guardia, dispara y mata a su blanco, puede ser penado a muerte. Si el arma falla inesperadamente no. Su culpa moral es idéntica en ambos casos, pero su responsabilidad en el primero es mucho mayor.”³⁰³ Aquí Rehnquist reconoce que el derecho permite que esta forma de arbitrariedad importe, que el derecho no puede ser depurado de *tuchē*.³⁰⁴

301. *Id.* pp. 831-32 (voto concurrente de la jueza O'Connor).

302. *Id.* p. 819 (voto de la mayoría).

303. *Id.* (citando *Booth v. Maryland*, 482 U.S. 496, 519 (1987) (disidencia del juez Scalia)).

304. Rehnquist no trata la segunda forma de arbitrariedad –que las víctimas serán diferencialmente persuasivas. Pero en su disidencia en *Booth*, el juez White la llama “una consideración para llenar espacio”, por razones que resuenan a la argumentación de Rehnquist. *Booth v. Maryland*, 482 U.S. 496, 518 (1987) (disidencia del juez White), *revocada por Payne*, 501 U.S. 808. White argumenta que disparidades en la capacidad de persuasión se obtienen a lo largo de todos los géneros jurídicos: “No hay dos fiscales que tengan la misma habilidad para presentar sus argumentos al jurado; no hay dos testigos que tengan exactamente la misma habilidad para comunicar los hechos; pero no hay ninguna exigencia en casos de pena de muerte para que la prueba y los argumentos sean reducidos a su mínimo denominador común.” *Id.*

Rehnquist no considera la última impugnación de arbitrariedad –aquella acerca de la asignación de castigos basados en valoraciones diferenciales de las víctimas– pero la rechaza sobre otras bases. Usando *Gathers*, donde un hombre que no tenía hogar fue “valorado”, no obstante, en una declaración sobre el impacto en la víctima, apunta que esta forma de arbitrariedad no infecta al juicio. *Payne*, 501 U.S. p. 823-24 (citando *South Carolina v. Gathers*, 490 U.S. 805 (1989), *revocado por Payne*, 501 U.S. 808).

El cargo de arbitrariedad se presenta más profundamente con relación a la Corte de *Payne* que a la arbitrariedad introducida por la *declaración sobre el impacto en la víctima*. Al revocar *Booth* y *Gathers* tan poco tiempo después de haber sido decididos, la Corte provoca cuestionamientos acerca de la arbitrariedad de sus propias decisiones. En *Payne*, Marshall comienza su disidencia con una imputación de arbitrariedad dirigida al discurso de la Corte, en vez de al de las víctimas: “El poder, no la razón, es la nueva moneda de la toma de decisiones de esta Corte.”³⁰⁵ Observa que “ni el derecho ni los hechos que dan sustento a *Booth* y a *Gathers* sufrieron ningún cambio en los últimos cuatro años,” y luego opina que el revocamiento de esas decisiones es sólo atribuible a un cambio en el personal de la Corte.³⁰⁶

En su último análisis, Marshall se refiere repetidamente a Powell, quien fue autor de la sentencia en *Booth*, y a Brennan, autor de la sentencia en *Gathers*.³⁰⁷ Sus referencias elogiosas a estos jueces (en lugar de a los votos que escribieron) subrayan su objeción a *Payne*, porque estos fueron los juristas que se jubilaron de la Corte entre *Booth* y *Payne*. La disidencia de Marshall en *Payne* puede ser leída como una *declaración sobre el impacto en la víctima* formulada por su propio derecho. Dos precedentes han sido asesinados: Marshall acusa a la Corte de *Payne* de “enviar a *Booth* y *Gathers* a sus tumbas.”³⁰⁸ Ahora está en manos de Marshall vengar a sus autores enfrentando a los perpetradores con su crimen.

Ese crimen es el ostensible alejamiento de la Corte de la doctrina del respeto a los precedentes. Como señala Marshall, la doctrina plasma la concepción del “poder judicial como una fuente de juicios impersonales y razonados.”³⁰⁹ Marshall reconoce que dicha doctrina no es un “mandato inexorable.”³¹⁰ Sostiene, sin embargo, que el revocamiento de precedentes requiere una “justificación especial”, como un cambio en la ley, un cambio en los hechos o el descubrimiento de que el precedente es incoherente.³¹¹ Como Marshall cree que ninguna de estas justificaciones está presente en *Payne*, proyecta el alejamiento del precedente por parte de la Corte como una abrogación de la racionalidad en la toma de decisiones.

El voto de la mayoría, escrito por Rehnquist, responde que revocar *Booth* y *Gathers* es completamente consistente con la doctrina de respeto al precedente.³¹² Observa que el revocamiento de *Booth* en *Payne* tiene una justificación especial, en la medida en que *Booth* “desafió la aplicación consistente de los tribunales inferiores.”³¹³ Rehnquist agrega que los casos que involucran derecho constitucional

305. *Payne*, 501 U.S. p. 844 (disidencia del juez Marshall).

306. *Id.*

307. Ver, por ejemplo, *id.* p. 845 (“Hablando por la Corte como estaba entonces constituida, los jueces Powell y Brennan expusieron los fundamentos para excluir la prueba del impacto en la víctima de los procedimientos de sentencia en los casos de pena de muerte”); *id.* (“La introducción de prueba del impacto en la víctima por el Estado, explicaron los jueces Powell y Brennan, viola este principio fundamental.”); *id.* p. 846 (“Yo sigo encontrando estas consideraciones completamente persuasivas, y no veo razón para tratar de mejorar la exposición de los jueces Powell y Brennan.”).

308. *Id.* p. 844.

309. *Id.* p. 852 (comillas internas omitidas).

310. *Id.* p. 848 (comillas internas omitidas).

311. *Id.* p. 849 (comillas internas omitidas).

312. *Id.* pp. 827-28 (voto de la mayoría).

313. *Id.* p. 830.

o que tienen que ver con reglas de procedimiento o de prueba, tradicionalmente han recibido menos deferencia de la Corte.³¹⁴ También provee la cita de una serie de treinta y tres casos, en los veinte períodos anteriores, en los que la Corte revocó decisiones previas.³¹⁵

Este catálogo asombroso de vacilación podría verse como una demostración vívida de la arbitrariedad de la toma de decisiones de la Corte. Pero Rehnquist la cita para lo contrario. Marshall está acusando a la nueva mayoría conservadora de la Corte de torcer la doctrina del respeto al precedente para servir a sus propósitos ideológicos. Marshall ve *Payne* como un desalentador precursor de lo que vendrá: “Hoy están siendo dejados de lado aquellos condenados a enfrentar el último castigo de la sociedad. Las víctimas de mañana pueden ser las minorías, las mujeres o los indigentes.”³¹⁶ El punto de Rehnquist es que incluso antes del cambio en el personal de la Corte, la doctrina del respeto al precedente era maleable. Hay precedentes para la práctica de revocar precedentes.

Por último, discutiendo la capacidad de persuasión de las *declaraciones sobre el impacto en la víctima*, Rehnquist rechaza la idea de que las declaraciones sean inexorablemente seductoras. Esa afirmación es difícil de sostener en el nivel del género. Como observa Marshall, en *Payne* la Corte Suprema de Tennessee aprobó la admisión de la *declaración sobre el impacto en la víctima* sin intentar conciliar ese resultado con *Booth*. Al no revocar la decisión del tribunal inferior, argumenta Marshall, la Corte Suprema de los Estados Unidos hace de su decisión algo así como una desobediencia civil.³¹⁷ Similarmente, el juez Stevens advierte la “presión hidráulica de la opinión pública” que “ha jugado un rol no sólo en la decisión de la Corte de resolver este caso, y en su decisión de llegar a la cuestión constitucional..., sino incluso en su resolución del asunto constitucional involucrado.”³¹⁸ La *declaración sobre el impacto en la víctima*, como género, simplemente tiene demasiado peso como para ser dejada afuera.

Sin embargo, Rehnquist cree que la Corte podrá excluir declaraciones individuales. Afirma que si la prueba introducida fuera tan perjudicial como para infectar los procedimientos, la cláusula del debido proceso proveería un mecanismo en su alivio.³¹⁹ El cambio del análisis de la octava enmienda• de la Corte de *Booth*, por el análisis de la decimocuarta enmienda•• de la Corte de *Payne*, es un cambio desde una prohibición *per se* hacia una determinación caso por caso. Ese cambio refleja la confianza de la

314. *Id.* p. 828.

315. *Id.* p. 828 n.1.

316. *Id.* p. 856 (disidencia del juez Marshall).

317. *Id.* p. 855.

318. *Id.* p. 867 (disidencia del juez Stevens) (nota al pie y comillas internas omitidas).

319. Ver *id.* p. 825 (voto de la mayoría). Separadamente, O'Connor apoya esta solución. Ver *id.* p. 831 (voto concurrente de la jueza O'Connor).

• N. de la T.: la octava enmienda a la Constitución de los Estados Unidos proscribe los castigos crueles e inusuales.

•• N. de la T. la decimocuarta enmienda a la Constitución de los Estados Unidos garantiza, entre otros derechos, el debido proceso de ley.

Corte de *Payne* en que los tribunales pueden escuchar el canto de sirena de la declaración y aún permanecer impasibles.³²⁰

Habiendo descrito el conflicto entre estos dos casos, aplico ahora el paradigma platónico para prescribir una solución. El primer principio del paradigma señala que el relato “literario” debe estar siempre subordinado a las funciones del Estado. Tanto *Booth* como *Payne* satisfacen este requisito, porque ambos fallos concuerdan en que la *declaración sobre el impacto en la víctima* sólo puede ser permitida si sirve a las funciones del juicio. Esto no es un seminario universitario sobre qué distingue a los textos literarios de los no literarios. En lugar de ello, es un intento por ver si un relato en particular sirve a un fin jurídico concreto.

Como Platón, la Corte de *Booth* hace una poderosa afirmación *prima facie* de que las declaraciones “literarias” no sirven a los fines del Estado. Esta es una concepción particularizante negativa de las declaraciones, que las proyecta como falsas, irracionales y seductoras. La víctima, como el poeta, podría verse inicialmente como una figura marginal, merecedora de nuestra compasión. En realidad, ella es inmensamente poderosa y destructiva. Por estas razones, la víctima, como el poeta, debe ser desterrada.

En respuesta, la Corte de *Payne* despliega tanto la defensa de la inerradicabilidad como la defensa de la virtud. La defensa de la inerradicabilidad de la Corte de *Payne* sostiene que las *declaraciones sobre el impacto en la víctima* no son significativamente distinguibles de otros relatos que impregnan el juicio. El voto de Rehnquist argumenta que las declaraciones no son distinguibles de otras formas de testimonio en sus enunciados de “verdad”,³²¹ que no son menos emotivas que el testimonio de carácter proferido por el acusado,³²² que no son distintivas al requerir al acusado que se haga responsable de las consecuencias imprevistas de su delito,³²³ y que no son más seductoras que las otras formas de testimonio que la Corte revisa, rutinariamente, bajo su jurisprudencia sobre debido proceso.³²⁴ Y Rehnquist no está solo –White,³²⁵ O’Connor³²⁶

320. El debate entre *Booth* y *Payne* acerca de la declaración sobre el impacto en la víctima refleja el debate entre Rousseau y D’Alembert sobre el teatro. Mostrando sus colores platónicos, Rousseau quiere prohibir el teatro en Génova del todo, porque piensa que sería difícil de regular una vez admitido. ROUSSEAU, citado en nota 107, pp. 65-66. D’Alembert, por otro lado, cree que sería más fácil regularlo que excluirlo completamente. *Id.* p. 4. Como la jurisdicción defendida siempre es pensada como un espacio físico, no puedo resistirme a observar que un prominente teórico de la propiedad ha emitido opinión a favor de los platonistas. Ver ELLICKSON, Robert C., *Property in Land*, 102 *Yale L.J.* 1315, 1327-28 (1993) (“Una ventaja clave de la titularidad individual de la tierra está en que detectar la presencia de un intruso es mucho menos demandante que evaluar la conducta de una persona que tiene el privilegio de estar donde está. Vigilar los pasos fronterizos es más fácil que vigilar el comportamiento de personas situadas dentro de las fronteras.” (énfasis omitido)).

321. Ver *Payne*, 501 U.S., p. 823 (voto de la mayoría).

322. Ver *id.*, p. 826.

323. Ver *id.*, p. 819.

324. Ver *id.*, p. 825.

325. Ver *Booth v. Maryland*, 482 U.S. 496, 518 (1987) (disidencia del juez White) (sosteniendo que las declaraciones sobre el impacto en la víctima no crean diferenciales basados en la capacidad de persuasión distinguibles de diferenciales que ya impregnan las partes no discrecionales de los juicios), *revocado por Payne*, 501 U.S. 808.

326. Ver *Payne*, 501 U.S. p. 831-32 (concurencia de la jueza O’Connor) (sosteniendo que las declaraciones sobre el impacto en la víctima no son distinguibles en su fuerza emotiva de los hechos del caso).

y Souter³²⁷ argumentan separadamente que no existe una distinción de principio entre las declaraciones y otros relatos indispensables para el juicio penal.

Como sugiere el segundo principio del paradigma platónico, sin embargo, no deberíamos aceptar esta defensa de la inerradicabilidad. Para comenzar con el punto básico, las declaraciones *son* un género diferenciado que puede ser desterrado del juicio. No se opone a esto la comparación que hace O'Connor de las declaraciones con los hechos del caso –quizás la forma más fuerte de la defensa de la inerradicabilidad-. Las declaraciones no pueden ser simplemente redundantes respecto de otros relatos del juicio, porque eso sería un argumento para retirarlas más que para conservarlas. Las declaraciones son distintas, y hacen una contribución distintiva a nuestra comprensión del juicio.

Antes observé que por el sólo hecho de que Platón usara ficciones, esto no lo hacía indistinguible de los poetas trágicos que buscó desterrar. Un argumento similar podría ser formulado aquí: que la Corte despliegue relatos que son altamente dramáticos en su naturaleza no significa por sí solo que sus relatos sean indistinguibles de las *declaraciones sobre el impacto en la víctima*. Esta es una forma especial de un argumento general. El derecho es un género dramático, pero se distingue del drama real, de la misma manera en que los diálogos de Platón son altamente dramáticos pero se distinguen de la tragedia. La naturaleza adversarial del derecho americano lo ha hecho un tema obvio de “dramas de sala de audiencias” en la televisión,³²⁸ pero la prohibición de las cámaras de televisión en las salas de audiencias³²⁹ puede ser entendida como un intento de impedir que los procedimientos judiciales sean retratados como un drama. Podría decirse que el drama de un juicio real se parece más a lo que Nussbaum llama un “teatro anti-trágico”, un “teatro del intelecto cristalino” que impone limitaciones sobre sus actores: “Sentimos que sería muy inapropiado lagrimear, sentir miedo o compasión. La serenidad del diálogo nos vuelve absolutamente avergonzados de estas reacciones.”³³⁰ Las *declaraciones sobre el impacto en la víctima*, en contraste, se parecen más a los poemas de los trágicos: no pueden ser protegidas por la defensa de la inerradicabilidad.

Como el tercer principio sugiere, las declaraciones sólo pueden ser protegidas a través de una defensa de la virtud. Como Platón, sin embargo, Rehnquist sólo presenta una versión irregular de esta defensa. Recae sobre nosotros completar los vacíos.

En el contexto de un juicio, podría parecer difícil argumentar que la potencial falsedad de las declaraciones es una virtud. Es ciertamente comprensible que la mayoría de *Payne* elija, sobre todo, negar que las declaraciones sean falsas. Pero la Corte de *Payne* también explica, sutilmente, cómo los relatos falsos podrían servir a los fines de la justicia penal. Consideremos su tratamiento de *Gathers*, el caso que intermedió entre *Booth* y *Payne*. En

327. Ver *id.*, pp. 840-41 (concurrencia del juez Souter) (sosteniendo que las declaraciones de impacto en la víctima no son distinguibles de las declaraciones hechas al jurado en la fase del juicio donde se evalúa la culpabilidad).

328. Ver GOLDFARB, Ronald L., *TV or not TV: Television, Justice, and the Courts* (1998).

329. Ver, por ejemplo, *Fed. R. Crim.* P. 53 (“Excepto indicación en contrario en la ley o en estas normas, el tribunal no debe permitir... la transmisión de los procedimientos judiciales desde la sala de audiencias.”); *United States v. Hastings*, 695 F.2d 1278 (11th Cir. 1983) (confirmando la norma 53 contra impugnaciones en base a la primera y la sexta enmiendas).

330. NUSSBAUM, citado en nota 85, p. 131, 133.

Gathers, la defensa impugnó la veracidad de la *declaración sobre el impacto en la víctima* hecha por la fiscalía, tratándola como una forma de “manipulación y fabricación de la prueba indiscutible.”³³¹ El acusado, Demetrius Gathers, había matado a Richard Haynes, un hombre desempleado con “problemas mentales” que se refería a sí mismo como “Ministro Reverendo” aunque no tenía ninguna formación religiosa formal.³³² Poco era sabido acerca de Haynes más allá de las cosas que tenía en aquel momento, que incluían una credencial de inscripción como votante y un folleto titulado “La oración del tipo del juego.”³³³ Sin embargo, el fiscal desarrolló un extenso relato que, en el mejor de los casos, podría considerarse un “guitarreo” de los hechos. El fiscal se refirió repetidamente a la víctima como “Ministro Reverendo Haynes” y describió a Haynes —aparentemente sólo en base al folleto con la oración que se le encontró— como un hombre que “tomó las cosas como vinieron” y que “estaba preparado para lidiar con las tragedias que se fueran a cruzar en su vida.”³³⁴ Además, de la credencial de inscripción para votar, el fiscal infirió que “el Reverendo Haynes creía en esta comunidad. Tomó parte. Y creía ello en Charleston County, en los Estados Unidos de América, creía que en este país podías ir a un parque público y sentarte en un banco sin ser atacado por quienes son como Demetrius Gathers.”³³⁵

En *Payne*, Rehnquist celebra la declaración del fiscal en *Gathers*, al responder el cargo de que las *declaraciones sobre el impacto en la víctima* introducen disparidades entre distintos individuos lesionados. Observa que “la prueba del impacto en la víctima no es ofrecida para fomentar juicios comparativos de este tipo —por ejemplo, que el asesino de un padre trabajador y leal merece la pena de muerte pero que el asesino de un perverso no-.”³³⁶ Las declaraciones están “diseñadas, en cambio, para mostrar la unicidad de *cada* víctima como un ser humano individual.”³³⁷ Encuentra “los hechos de *Gathers*” como “una ilustración excelente de esto: la prueba mostró que la víctima era una persona sin empleo, un individuo mentalmente discapacitado; quizás no era, a los ojos de la mayoría, un contribuyente significativo para la sociedad, pero no obstante era un ser humano asesinado.”³³⁸ Aquí Rehnquist coincide con la concurrencia de O’Connor, en que el homicidio es “el acto máximo de despersonalización”, por la transformación que hace de “una persona viva con esperanzas, sueños y miedos, en un cadáver, llevándose de ese modo todo lo que es especial y único acerca de la persona.”³³⁹ También está de acuerdo con ella en que “la Constitución no impide a los estados decidir devolver algo de eso.”³⁴⁰

La acción de reconstruir un ser humano de un cadáver será siempre imaginativa. Pero *Gathers* muestra que es un acto de recuperación que admite distintos grados. Rehnquist alaba la capacidad de la declaración de borrar la distinción entre Richard Haynes, acerca de quien

331. *South Carolina v. Gathers*, 490 U.S. 805, 821 (1989) (citando el informe del acusado), *revocado por Payne*, 501 U.S. 808.

332. *Id.* p. 807 (comillas internas omitidas).

333. *Id.* (comillas internas omitidas) [*N. de la T.: el título original del folleto era “The Game Guy’s Prayer”*].

334. *Id.* P. 809 (comillas internas omitidas).

335. *Id.* p. 810 (comillas internas omitidas).

336. *Payne v. Tennessee*, 501 U.S. 808, 823 (1991).

337. *Id.* (comillas internas omitidas).

338. *Id.* pp. 823-24.

339. *Id.* p. 832 (concurrencia de la jueza O’Connor) (comillas internas omitidas).

340. *Id.*

no era sabido casi nada, e Irvin Bronstein (una de las víctimas en *Booth*), cuya biografía fue provista por su extendida y elocuente familia. Pero si esa diferencia ha sido salteada, es sólo porque el fiscal en *Gathers* se involucró en una recreación profundamente imaginativa del “Reverendo Ministro Haynes”. No fueron los “hechos de *Gathers*”³⁴¹ sino las ficciones del caso las que establecieron “la unicidad como ser humano individual” de Haynes de un modo comparable al de Bronstein. Como sugiere la celebración de Rehnquist de este caso, una recreación así de ficticia puede no ser una cosa tan terrible. Nosotros sabemos que Haynes fue un ser humano único, y esta recreación imaginativa accede a esa verdad fundamental más directamente que los hechos que conocemos. Aristóteles lo aprobaría.

También podríamos señalar que la naturaleza emotiva de las *declaraciones sobre el impacto en la víctima* podría ayudar, en lugar de entorpecer, la búsqueda de justicia en el juicio. La Corte de *Payne* busca minimizar nuevamente la naturaleza emotiva de las declaraciones. Es fácil ver por qué: como práctica ostensiblemente basada en la razón, el derecho podría resultar afectado si admitiera su confianza en la emoción. O, como alguna vez dijo el juez Frankfurter, “frágil como la razón y limitado como el derecho —como expresión del medio institucionalizado de la razón— así es todo lo que tenemos entre nosotros y la tiranía de la mera voluntad y la crueldad del sentimiento desenfrenado, indisciplinado.”³⁴² La Corte de *Booth* sigue a Frankfurter al insistir en que la condena a muerte esté basada más en la razón que en la emoción.³⁴³ La Corte de *Payne* no responde a esa demanda.

Sin embargo, parece ingenuo pensar que las emociones no pueden jugar un rol positivo en el derecho, al menos de modo general. Antes elegí a Nussbaum como una de mis autoridades para la inteligencia de las emociones,³⁴⁴ en parte porque ella ha aplicado aquel entendimiento al derecho.³⁴⁵ Nussbaum observa justamente que un “derecho sin apelaciones a la emoción es virtualmente impensable.”³⁴⁶ Ausente una “apelación a una concepción aproximadamente compartida acerca de qué violaciones son intolerables, qué pérdidas dan lugar a dolores profundos, qué seres humanos vulnerables tienen razones para temer, es muy difícil entender por qué dedicamos tanta atención a ciertos tipos de daños y perjuicios en el derecho.”³⁴⁷ Implícita en la afirmación de la mayoría de *Payne* de que la *declaración sobre el impacto en la víctima* demuestra los efectos del delito “bastante patéticamente”,³⁴⁸ hay una aprobación de que la emoción es un punto de referencia apropiado para evaluar la magnitud de un delito. Inherente a la concurrencia de O’Connor, que pregunta “quién no habría de estar” conmovido por la declaración,³⁴⁹ hay un llamado a compartir una concepción sobre nuestra vulnerabilidad como seres humanos.

Por último, la opinión de Rehnquist impugna la idea de que las *declaraciones sobre el impacto en la víctima* son seductoras. Recordemos que en *Las leyes*, Platón sugiere que

341. *Id.* p. 823 (voto de la mayoría) (énfasis agregado).

342. FRANKFURTER, Felix, *Between Us and Tyranny*, en *Time*, 7 de septiembre de 1962, p. 15.

343. *Booth v. Maryland*, 482 U.S. 496, 508 (1987), revocado por *Payne*, 501 U.S. 808.

344. Ver nota 234 y el texto que la acompaña.

345. Ver NUSSBAUM, Martha C., *Hiding from Humanity: Disgust, Shame, and the Law* (2004).

346. *Id.* p. 5.

347. *Id.* p. 6.

348. *Payne v. Tennessee*, 501 U.S. 808, 826 (1991).

349. *Id.* p. 832 (concurrencia de la jueza O’Connor).

la poesía puede acercar a la gente a la virtud, una seducción hacia el bien que no es, en realidad, ninguna seducción.³⁵⁰ Similarmente, Rehnquist toma la posición de que el cambio en la atención del acusado a la víctima, provocado por las declaraciones, solo puede ser caracterizado como una distracción si creemos que el foco del juicio penal debe permanecer fijo sobre el acusado. Rehnquist rechaza resonadamente esa visión, afirmando que “no hay nada injusto en permitir al jurado tener en mente ese daño [en la víctima] al tiempo que considera la prueba atenuante introducida por el acusado.”³⁵¹ En efecto, sería injusto excluir la *declaración sobre el impacto en la víctima*. Rehnquist cita el fallo de la Corte Suprema de Tennessee:

“Es una afrenta a los miembros civilizados de la raza humana decir que al fallar en un caso susceptible de merecer la pena de muerte, un desfile de testigos pueda elogiar el origen, el carácter y los actos heroicos del acusado (como sucedió en este caso) sin ninguna limitación de relevancia, pero nada se pueda decir relacionado con el carácter de, o el daño provocado sobre, las víctimas.”³⁵²

La *declaración sobre el impacto en la víctima* puede ser necesaria para sobreponerse a las seducciones de los testimonios de carácter introducidos por la defensa.

Si aplicamos el paradigma platónico, entonces, podemos responder a la visión particularizante negativa con una particularizante positiva. Queda por arbitrar entre estas dos visiones. Esta es una cuestión fina. Fue observado que a los académicos de izquierdas no les gustan los casos de *declaraciones sobre el impacto en la víctima*, porque desbaratan un nexo percibido entre la literatura y el liberalismo.³⁵³ Los relatos literarios en la academia jurídica tienden a ser “historias desde el fondo”, esto es, historias de grupos oprimidos acerca de su situación apremiante.³⁵⁴ Las *declaraciones sobre el impacto en la víctima* seguramente podrían ser descritas como tales historias, pero al desplegarse contra los acusados en juicios penales, están despojadas de su valor liberal. El relato jurídico de historias puede ser visto como un caso de “deriva ideológica”,³⁵⁵ en la que una herramienta de la izquierda ha derivado hasta convertirse en una herramienta de la derecha.

Precisamente esta dimensión de las *declaraciones sobre el impacto en la víctima* es lo que me atrajo hacia ellas. Como señala Susan Bandes, las “declaraciones proveen un punto de partida particularmente útil para un examen más amplio de los usos de la

350. PLATÓN, *Las leyes*, citado en nota 27, tomo I, *659e-60a.

351. *Payne*, 501 U.S. p. 826 (voto de la mayoría).

352. *Id.* (citando *State v. Payne*, 791 S.W.2d 10, 19 (Tenn. 1990), *aff d.*, 501 U.S. 808).

353. Ver POSNER, citado en nota 2, p. 348.

354. Ver, por ejemplo, ESKRIDGE, William N., Jr., *Gaylegal Narratives*, en 46 *Stan. L. Rev.* 607, 608 (1994); GROSS, Ariela, *Beyond Black and White: Cultural Approaches to Race and Slavery*, en 101 *Colum. L. Rev.* 640, 645 (2001); MATSUDA, Mari J., *Looking to the Bottom: Critical Legal Studies and Reparations*, en 22 *Harv. C.R.-C.L. L. Rev.* 323, 324 (1987).

355. Ver, por ejemplo, BALKIN, J. M., *Ideological Drift and the Struggle over Meaning*, en 25 *Conn. L. Rev.* 869 (1993).

narrativa y la emoción en los procesos legales”, porque “generan preguntas incómodas, tanto acerca de los movimientos de empatía como de los narrativos.”³⁵⁶ Las declaraciones muestran que no nos podemos comprometer categóricamente con las narrativas sobre bases ideológicas, porque las narrativas pueden ser usadas para apoyar cualquier ideología. Esto nos lleva a un análisis funcional: “Si una narrativa particular debe ser escuchada, o una particular emoción debe ser expresada, depende del contexto y de los valores que buscamos proponer.”³⁵⁷

La Corte de *Booth* cree que la función del juicio donde se decide la aplicación de la pena de muerte es trancar la relación triangular entre el Estado, el acusado y la víctima, para convertirla en una confrontación directa entre el acusado y el Estado. La Corte de *Payne*, en contraste, cree que la víctima no puede ser excluida de esa confrontación. Bajo la visión de la Corte de *Booth*, las *declaraciones sobre el impacto en la víctima no pueden* ser permitidas, mientras que bajo la mirada de la Corte de *Payne*, *deben* serlo (como una cuestión moral sino constitucional), para mantener el balance entre la víctima y el acusado. No podemos elegir entre *Booth* y *Payne* sin hacer una elección entre estas visiones acerca de la función del juicio donde se decide la procedencia de la condena a muerte.

Ambas visiones tienen algún apoyo histórico. Partidarios de las declaraciones podrían señalar que en el *common law*, la norma era la persecución privada: “La víctima agraviada, o un amigo o familiar interesado, arrestaban y acusaban personalmente al delincuente, después de lo cual los tribunales decidían el caso como en una disputa contractual o un agravio por daños.”³⁵⁸ Los oponentes a esta mirada podrían contestar que los Estados Unidos rompieron estupendamente con esa práctica del *common law*: “El factor fundamental y diferenciador del derecho penal americano descansa en la adopción de un sistema de persecución pública.”³⁵⁹ Y nuevamente, sus partidarios podrían replicar que la incapacidad de las víctimas para perseguir delitos no significa que no tengan ningún rol en el juicio penal.

Este es un debate complejo, cuyos giros y vueltas están más allá del alcance de este artículo. Me reservo mi pronunciamiento para el contexto del juicio donde se decide la procedencia de la pena de muerte, el contexto de *Booth*, *Gathers* y *Payne*. La postura del acusado sobre la narrativa es aquí la de Scherezade, quien cuenta historias al Estado para mantenerse con vida.³⁶⁰ En este contexto, creo que la función de sentenciar incluye permitirle al acusado que cuente su historia sin restricciones provenientes de otras voces. La Corte Suprema ha articulado su aguda preocupación por esa postura narrativa en su jurisprudencia sobre la pena de muerte. En efecto, probablemente el intenso enfoque sobre el acusado

356. BANDES, Susan, *Empathy, Narrative, and Victim Impact Statements*, en 63 *U. Chi. L. Rev.* 361, 363 (1996).

357. *Id.* p. 365.

358. KRESS, Jack M., *Progress and Prosecution*, en 423 *Annals Am. Acad. Pol. & Soc. SCL.* 99, 100 (1976).

359. JACOBY, Joan E., *The American Prosecutor: A Search for Identity* 7 (1980).

360. Ver *The Arabian Nights: Tales from a Thousand and one Nights* (Richard E. Burton trans., Modern Library, 2001) (1884-1887); ver también BYATT, A. S., *The Greatest Story Ever Told*, en *On Histories and Stories: Selected Essays*, 165, 165 (2000) (“Y la curiosidad narrativa de la princesa la mantuvo viva, días tras día. Ella narró un aplazamiento de la sentenciaY finalmente el rey revocó la sentencia a muerte...”).

fuera la precondition para la reinstalación de la pena de muerte, que la Corte decidió en *Gregg v. Georgia*³⁶¹ y su proge. ³⁶²

Se dirá que mis predilecciones liberales me están empujando hacia *Booth*. Quizás. Pero notemos la coyuntura en que esas inclinaciones salieron a la superficie. No me aliaron con la literatura como un género, una alianza que me habría empujado hacia *Payne*. En cambio, salieron a la superficie en el punto en que estábamos debatiendo si los relatos en cuestión servían al fin estatal de decidir con justicia la procedencia de las condenas a muerte. Esta es una virtud del paradigma platónico –canaliza la política donde debe ser canalizada. Revela que no tenemos objeciones políticas contra la literatura *per se*. Tenemos objeciones políticas contra las políticas objetables.

A menudo, los tribunales son vistos como seguidores, en vez de líderes, en la teoría legal, pues su situación generalmente los lleva al análisis pragmático. En este caso, sin embargo, esa disposición acerca a los tribunales, más que a muchos teóricos académicos, al tipo de análisis funcionalista representado por el paradigma platónico. Ahora, el saber judicial representado en *Booth*, *Gathers* y *Payne* puede ser exportado a la academia.

IV. El relato de historias en la academia jurídica

Deseo contar la historia del destierro del poeta una última vez. Esta vez el foro no es la comunidad política como un todo, como en Platón, ni la sala de audiencias, como en la jurisprudencia sobre la *declaración sobre el impacto en la víctima*. Es el reino de la literatura académica, el reino del “derecho y literatura”. Ahora estamos equipados para entender por qué la del “derecho y literatura” es una disciplina tan polémica, y para llegar a un juicio normativo para saber si sus detractores tienen un punto.

Para mostrar que las preocupaciones platónicas sobre la poesía se repiten en la academia, tomo el ensayo sobre narrativas jurídicas de 1993 de Daniel Farber y Suzanna Sherry.³⁶³ Estos académicos comienzan remarcando el florecimiento del relato jurídico de historias en las páginas de las revistas jurídicas.³⁶⁴ Toman la historia de Benetton, de Patricia

361. 428 U.S. 153 (1976); ver *id.* p. 189 (“*Furman* manda que cuando un órgano sentenciante tenga discreción en un asunto tan grave como la determinación de si una vida humana debería ser tomada o dejada, esa discreción deba ser dirigida como es debido y limitada, de forma de minimizar el riesgo de la acción enteramente arbitraria o caprichosa.”); *id.* p. 198 (“Brevemente, los nuevos procedimientos de Georgia para sentenciar requieren, como un prerrequisito para la imposición de la pena de muerte, hallazgos específicos del jurado sobre las circunstancias del delito o el carácter del acusado.”).

362. Ver, por ejemplo, *Zant v. Stephens*, 462 U.S. 862, 879 (1983) (“Lo importante en la etapa de la decisión es una determinación individualizada sobre la base del carácter del individuo y de las circunstancias del delito.”); *Lockett v. Ohio*, 438 U.S. 586, 604-05 (1978) (“Concluimos que las enmiendas octava y decimocuarta exigen que el sentenciante, en casi todos los tipos de casos donde puede aplicarse la pena de muerte, no esté impedido de considerar, como un factor atenuante, cualquier aspecto del carácter del acusado, o un registro o cualquier circunstancia del delito que el acusado mencione como razón para obtener una pena menor que la de muerte... Dado que la imposición de la muerte por la autoridad pública es tan profundamente diferente que cualquiera otra pena, no podemos evitar la conclusión de que, en casos de pena de muerte, es esencial que haya una decisión individualizada.”) (nota al pie omitida).

363. FARBER, Daniel A. & SHERRY, Suzanna, *Telling Stories out of School: An Essay on Legal Narratives*, en 45 *Stan L. Rev.* 807 (1993).

364. *Id.* p. 807.

Williams,³⁶⁵ como su caso inicial y paradigmático.³⁶⁶ En dicho relato, Williams, una profesora de derecho afro-americana, describe su intento por ir de compras a un local de ropa *Benetton* en Manhattan.³⁶⁷ Quienes querían entrar al negocio debían solicitarle el ingreso a un empleado. Éste, un adolescente blanco, le negó la entrada a Williams aunque había otros compradores, blancos, en el local. Williams infiere que la entrada al local le fue negada por su raza.³⁶⁸

En su ensayo, Farber y Sherry practican tiro al blanco con la canonización de tales relatos como grandes obras académico-jurídicas, manifestando las tres objeciones platónicas. Primero, observan que “una gran dificultad con el relato de historias es verificar la veracidad de las historias relatadas”, resaltando “el relato del sufrimiento en primera persona” como un caso particularmente controvertido.³⁶⁹ “Así como normalmente los abogados no tienen permitido ofrecer testimonio en juicio, o responder por los testigos -dicen-, no debería permitirse fácilmente que los académicos ofrezcan sus propias experiencias como prueba.”³⁷⁰ La analogía es inexacta. Una analogía más cercana al académico relatando su sufrimiento en una revista jurídica sería la de la víctima relatando su dolor en la corte. Al momento en que el ensayo fue escrito, *Payne* ya había sido decidido, lo que significa que las víctimas estaban autorizadas a hacer tales discursos. Un argumento mejor hubiese hecho notar que aunque la Corte ha encontrado que esos discursos no son constitucionalmente problemáticos, las preocupaciones que manifestó en *Booth* mantienen sin embargo vigencia –que esos discursos no son susceptibles de sujetarse a los procedimientos normales de verificación de la verdad usados en juicio. Y de hecho, Farber y Sherry formulan el argumento, o al menos la conexión: “las normas de la civilidad académica dificultan a los lectores impugnar la exactitud del relato del investigador; sería bastante difícil, por ejemplo, criticar un artículo de una revista jurídica cuestionando la estabilidad emocional o la veracidad del autor.”³⁷¹

Farber y Sherry también atacan la naturaleza emotiva del relato jurídico de historias. “Razonamiento y análisis”, observan, “son los sellos tradicionales no sólo de la academia jurídica, sino de la academia en general.”³⁷² El que cuenta historias “desafía esta visión de la academia”, privilegiando “la fuerza emotiva de las historias” sobre “el análisis o los argumentos razonados”.³⁷³ Farber y Sherry objetan esta priorización porque impide el diálogo.³⁷⁴ Recordemos que Platón objeta incluso la poesía verídica porque su registro emotiva la hace fallar en el examen de racionalidad dialógica: los poetas decían verdades pero no podían explicar las verdades que decían.³⁷⁵ De modo similar, Farber y Sherry se

365. WILLIAMS, citado en nota 30, p. 44-51.

366. FARBER & SHERRY, citado en nota 363, p. 808.

367. WILLIAMS, citado en nota 30, p. 44-46.

368. *Id.* pp. 44-45.

369. FARBER & SHERRY, citado en nota 363, p. 835 (comillas internas omitidas).

370. *Id.* pp. 835-36 (nota al pie omitida).

371. *Id.* p. 836.

372. *Id.* p. 849.

373. *Id.*

374. *Id.* p. 851 (“Sin argumentos razonados, probablemente ni la comprensión ni el diálogo florezcan.”).

375. Ver notas 74-84 y el texto que las acompaña.

quejan de que los partidarios del relato jurídico de historias escriben sobre el “inequívoco shock de reconocimiento” inspirado por las historias, o sobre su “resonancia”.³⁷⁶ Advierten que para aquellos que permanecen inmovibles, esas historias pueden funcionar como una “movida autoritaria para terminar la conversación.”³⁷⁷

Por último, Farber y Sherry atacan el poder de tales narrativas, un poder que puede ser visto no sólo en su proliferación sino en su capacidad para aplastar mejores formas de prueba. Los relatos literarios pueden ser tan intensos como para ser favorecidos por sobre datos más sistemáticos y típicos. Aunque, “si la historia está siendo usada como fundamento para la recomendación de cambios de política, debería ser típica de experiencias de aquellos afectados por la política.”³⁷⁸

Incluso los más complacientes con el “derecho y literatura” toman esta postura. Elaine Scarry advierte que no deberíamos asumir que las historias son siempre una modalidad más compasiva que las no-historias.³⁷⁹ En cambio, argumenta, podríamos distinguir entre dos formas diferentes de compasión –compasión narrativa y compasión estadística.³⁸⁰ Da el ejemplo del presidente Reagan, quien “tenía una gran compasión individual (respondió a algunos relatos en *Sixty Minutes* • con inmediata sensibilidad y diligencia) pero carecía de compasión estadística (era incapaz de percibir en un grupo de cifras relativas a salarios, o vivienda, las realidades concretas allí incrustadas).”³⁸¹ A veces, para sentir verdadera compasión, podemos necesitar despojar a la gente de sus historias para reducirla a estadísticas. Y al argumentar que la gente “supone que los eventos dramáticos o fácilmente recordables son típicos”,³⁸² Farber y Sherry sugieren que la sensibilidad de Reagan es más típica.

Luego de haber planteado su argumento, Farber y Sherry dicen que el relato jurídico de historias sólo debería estar permitido si cumpliera el criterio que ellos exponen. Esto querría decir, presumiblemente, que en primer lugar, la historia de Williams no debería haber sido publicada, o que luego de publicada, no debería haber sido diseminada por los profesores en la academia.

Una respuesta predecible al argumento de Farber y Sherry es la defensa de la inerradicabilidad. Tal defensa podría señalar que las historias relatadas por académicos como Williams no son distinguibles de otras narrativas aceptadas como parte integrante de la producción académica. La defensa podría decir que Farber y Sherry eximen expresamente de su ataque a los casos hipotéticos, sin proveer ningún fundamento para dicha excepción.³⁸³ Podría señalar que esto es curioso, dado que los casos hipotéticos son, en cierto modo, más “literarios” que la historia de Williams –por cierto, usualmente son claramente falsos-.

376. FARBER & SHERRY, nota 363, p. 851 (comillas internas omitidas).

377. *Id.* (citando a Gerald Torres).

378. *Id.* p. 838.

379. SCARRY, Elaine, *Speech Acts in Criminal Cases*, en *Law's Stories*, citado en nota 2, p. 165.

380. *Id.* p. 166.

• N. de la T.: “*Sixty Minutes*” es un programa de noticias, entrevistas e historias documentales de la televisión norteamericana.

381. *Id.*

382. FARBER & SHERRY, citado en nota 363, p. 839.

383. *Ver id.* p. 831 (“Una historia puede ser extendida hipotéticamente, usada para resolver detalladamente las consecuencias de una posición dada. Esta forma de producción académica no plantea ningún desafío inherente a los estándares intelectuales convencionales.” (nota al pie omitida)).

Pero una vez más, la defensa de la inerradicabilidad falla por una cuestión de sabiduría práctica. Sabemos que la historia de Williams puede ser distinguida de la tendencia de los casos jurídicos hipotéticos del mismo modo en que la poesía trágica puede ser distinguida del teatro anti-trágico de Platón. Esto es cierto incluso para casos hipotéticos de mucha elaboración, relacionados con escenarios altamente emotivos. Consideremos *el caso de los exploradores de cavernas*,³⁸⁴ un caso hipotético tan inspirador que motivó un simposio en la *Harvard Law Review* en el quincuagésimo aniversario de su publicación.³⁸⁵ El texto de Fuller concierne a un grupo de exploradores de cavernas que se quedan atrapados por un deslizamiento de tierras, y terminan comiéndose a uno de ellos mismos para sobrevivir.³⁸⁶ El caso hipotético toma la forma de una serie de cinco opiniones judiciales que deciden acerca de la persecución penal de los sobrevivientes por homicidio.

El artículo de Fuller ha sido caracterizado como “el caso hipotético más famoso que haya sido usado para ilustrar pensamiento jurídico.”³⁸⁷ Y este es el punto: es difícil imaginar a alguien que lo lea sin entenderlo como algo no heurístico. Como las parábolas de Platón, sin duda los lectores sentirán placer con el relato de Fuller, que está bien dotado de “interés literario”.³⁸⁸ Pero también será entendido como arte al servicio de una iniciativa racional. Como tal, es fácilmente distinguible del relato de Williams.

La defensa de la inerradicabilidad también podría recurrir más ampliamente a las reivindicaciones imperialistas de la academia literaria moderna, que busca deconstruir los límites putativos entre la literatura y otras prácticas escritas, incluyendo al derecho. Knapp abre su libro reconociendo el consenso cada vez mayor a favor de esta concepción generalizante: “Recientemente, la dificultad por llegar a cualquier criterio extensamente persuasivo para distinguir la literatura de otras formas de discurso ha ayudado a abrazar un acuerdo creciente, entre críticos y teóricos literarios, de que la unicidad de la literatura es una ilusión.”³⁸⁹ Knapp podría estar pensando en la celebrada intervención de Ferry Eagleton, en la que éste menciona una serie de potenciales diferencias entre lo literario y lo no-literario antes de derribarlas como discos de arcilla.³⁹⁰

El intento de Eagleton de transformar un discurso particularizante en otro generalizante, sin embargo, tiene un tufillo al peor error analítico del enfoque deconstructivo. El método de la argumentación es tomar una afirmación convencional –“la literatura es falsa”- y encontrarle una excepción –“los ensayos de Bacon, que son literatura, son verdaderos”-

384. FULLER, Lon L., *The Case of the Speluncean Explorers*, en 62 *Harv. L. Rev.*, 616 (1949).

385. *The Case of the Speluncean Explorers: A Fiftieth Anniversary Symposium*, en 112 *Harv. L. Rev.*, 1834 (1999).

386. FULLER, citado en nota 384, pp. 616-18.

387. BURNHAM, Scout J., *The Hypothetical Case in the Classroom*, en 37 *J. Legal Educ.* 405, 406 (1987).

388. Los personajes de Fuller (tanto en la caverna como en la corte) son “redondos” más que “chatos”, WIMSATT, citado en nota 106, pp. 77-78. Su narrativa está llena de ironía dramática –el hombre que propone la idea macabra es la víctima final. FULLER, citado en nota 384, p. 618. También está cargado de tensión narrativa –la condena a muerte es confirmada porque el tribunal se divide en partes iguales, y el caso termina sin resolución del potencial *deus ex machina* (el Jefe Ejecutivo). *Id.* p. 645.

389. KNAPP, citado en nota 23, p. 1.

• *N. de la T.*: el autor se refiere a los discos que son utilizados como reemplazo de los pichones en la práctica de la caza al pichón.

390. Ver EAGLETON, citado en nota 21, pp. 1-14.

para invalidar la afirmación *tout court*.³⁹¹ Aunque las excepciones pueden probar reglas: decir que nos podemos detener en la entrada de una librería preguntándonos si buscar la colección de ensayos de Bacon en la sección de “literatura” no significa que no sigamos creyendo que la mayor cantidad de obras de esa sección son de ficción.

La cuestión, entonces, es si el relato de Williams puede ser defendido por sus virtudes. Para responder esa pregunta debemos identificar cuál es la función de la literatura académico-jurídica, porque las narrativas tendrán virtudes respecto de algunas funciones pero no de otras. Aquí deberíamos ser precavidos, porque la función de la literatura académico-jurídica no es tan obvia como las funciones que hemos considerado en el contexto platónico (acercar a los ciudadanos a las Ideas) o en el contexto de la *declaración sobre el impacto en la víctima* (justicia en la decisión sobre si procede aplicar la pena de muerte).³⁹² Philip Kissam enumera al menos cuatro funciones para las que la literatura académico-jurídica podría servir, incluyendo “el juego” (la literatura académica como “juego o ritual” que da “puro placer”), la comprensión (“la aclaración de un problema interesante y difícil”), el avance teórico (“la literatura académica que cambia nuestra forma de pensar los principios básicos involucrados en los temas intelectuales difíciles”) y la “utilidad práctica directa”.³⁹³

Una de estas cosas se distingue de las demás. La “utilidad práctica directa” –la función de ayudar a los actores jurídicos a hacer su trabajo– es vista por la mayoría como la función dominante de la literatura jurídico-académica. No es sólo la función que está en todas las listas, sino la que muchos defienden como principal. Edgard Rubin dice que “el rasgo más distintivo de la literatura jurídico-académica estándar” es “su deseo deliberadamente declarado de mejorar el rendimiento de los actores jurídicos.”³⁹⁴

Por supuesto, algunos han desafiado esta visión. El libro de Paul Kahn *The Cultural Study of Law* exhorta a los académicos jurídicos a resistir la atracción hacia el análisis normativo y doctrinario.³⁹⁵ Pero incluso reconoce que está discutiendo a contracorriente³⁹⁶ –su subtítulo, *Reconstructing Legal Scholarship*, se coloca arqueadamente contra el propósito canónico de reconstruir la toma de decisiones jurídicas–. Además, cuando la literatura jurídico-académica se desvíe de su función práctica, se alzarán voces para volverla a su lugar. En un artículo que responde a la moda que tiene en el libro de Kahn su

391. Ver *id.* pp. 1-2.

392. La meta-literatura académica acerca de la literatura jurídico-académica es voluminosa. Una bibliografía de 1998 sobre “literatura académica sobre la literatura jurídico-académica” contiene referencias a aproximadamente trescientos artículos y diecinueve simposios sobre el tema, cuya mayoría fue publicada en los últimos veinte años. BEAZLEY, Mary Beth & EDWARDS, Linda H., *The Process and the Product: A Bibliography of Scholarship About Legal Scholarship*, en 49 *Mercer L. Rev.* 741 (1998). Edward Rubin ha argumentado que la ausencia de una metodología básica en el derecho ha llevado a la literatura jurídico-académica a debatir continuamente sus propias metas y funciones. RUBIN, Edgard L., *Legal Scholarship*, en *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory* 562, 562 (Dennos Paterson ed., 1996).

393. KISSMAN, Philip C., *The Evaluation of Legal Scholarship*, en 63 *Wash. L. Rev.* 221, 224, 226-27 (1988).

394. RUBIN, Edward L., *The Practice and Discourse of Legal Scholarship*, 86 *Mich L. Rev.* 1835, 1847 (1988).

395. KAHN, Paul W., *The Cultural Study of Law: Reconstructing Legal Scholarship* (1999); ver también SARAT, Austin & SILBEY, Susan, *The Pull of the Policy Audience*, en 10 *Law & Pol’y* 97 (1988).

396. Ver KAHN, citado en nota 395, p. 91.

punto culminante, el juez Harry Edwards expresa preocupación por la “creciente disyuntiva entre la educación jurídica y la profesión jurídica.”³⁹⁷ Él defiende un regreso a la producción académica práctica, que define como aquella que “analiza el derecho y el sistema jurídico con la meta de instruir a los abogados en la consideración de los problemas jurídicos; a guiar a los jueces y otros decisores en su resolución de las disputas jurídicas; y a aconsejar a los legisladores y otros políticos en la reforma legal.”³⁹⁸

A favor de esta postura, y en contra de mi propia sensibilidad académica, aquí adopto esta función para mi análisis. Lo hago no sólo por su inserción en la literatura jurídico-académica, sino también porque se trata de la función que es más *coloridamente estatal*. En la medida en que la producción jurídico-académica es puesta al servicio de los decisores jurídicos, está sirviendo un fin estatal, un punto que está claro en otros países donde la producción académica es una fuente de derecho explícitamente reconocida.³⁹⁹ El funcionalismo de Platón nos pide que midamos la poesía contra las funciones del Estado. Aunque *mutatis mutandi* podríamos extender su análisis a las funciones de otras entidades, no parece sabio hacerlo cuando una función estatal está de hecho presente. Por último, elijo esta función porque es aquella que resulta más desafiante para justificar el relato de historias. Si adoptáramos la función de “jugar”, por ejemplo, el relato de historias sería reivindicado desde el momento de su adopción.

Ahora podemos averiguar si el relato de historias en las revistas jurídicas puede servir a la función de ayudar a los decisores jurídicos a hacer su trabajo. Otra vez, mi defensa de la virtud es limitada y sólo busca revertir el efecto de los vicios aparentes de la literatura: su falsedad, su irracionalidad y su capacidad de seducción.

Mirando el caso hipotético jurídico, podemos ver que la potencial falsedad de las historias no es un vicio en sí mismo en la literatura jurídico-académica. La defensa de Paul Gewirtz de este alimento de la literatura jurídico-académica observa que “los casos hipotéticos son suplementos útiles para la vida. Si la vida fuera un generador más prolífico de patrones de hechos, o si nuestras investigaciones sobre los reales patrones de hechos fueran suficientemente vastas, no necesitaríamos casos hipotéticos. Usan la imaginación para proveer lo que la vida todavía no ha presentado.”⁴⁰⁰ Aquí Gewirtz está canalizando a Aristóteles, pues toma la imaginación cual instrumento al servicio de la verdad. Gewirtz muestra claramente esta lealtad, al buscar “construir un pequeño cementerio” para un particular tipo de caso hipotético: el inverosímil caso hipotético que niega implícitamente la premisa subyacente a la doctrina que cuestiona.⁴⁰¹ Su objeción no es a las falsedades sino a las falsedades que no nos ayudan a acercarnos a la verdad.

La historia de Williams puede aprovechar parcialmente esta defensa. Su relato ejemplifica vívidamente las formas contemporáneas del racismo americano: una mujer negra de alto nivel social todavía puede estar sujeta a humillación racial por alguien con menor estatus socio-económico y, más sutilmente, puede estar sujeta a un constante estado de

397. EDWARDS, Harry T., *The Growing Disjunction Between Legal Education and the Legal Profession*, en 91 *Mich. L. Rev.* 34, 34 (1992).

398. *Id.* pp. 42-43.

399. Ver KAHN, citado en nota 395, pp. 18-19.

400. GERWIRTZ, Paul, *The Jurisprudence of Hypotheticals*, en 32 *J. Legal Educ.* 120, 120 (1982).

401. *Id.*

incertidumbre respecto de sus interacciones con blancos.⁴⁰² Estoy dispuesto a respaldar estos puntos como verdades del relato. Pero Williams no puede ceñirse completamente a este blindaje aristotélico. Irónicamente, el verdadero problema con el relato de Williams no es que sea falso, sino que no es *claramente* falso. Si el relato de Williams fuera presentado como un “caso hipotético extendido” —o sea, una ficción—, Farber y Sherry retirarían su objeción.⁴⁰³ Pero Williams presenta su relato como real, y a Farber y a Sherry, como al juez Powell, les preocupa que seamos incapaces de examinar su veracidad con precisión.⁴⁰⁴

Esta crítica tiene mucho menos peso en el contexto de la literatura jurídico-académica que en el de un juicio. Normas de civilidad nos pueden dificultar, en algún grado, impugnar a las víctimas sin tener en cuenta el contexto. Pero las posibilidades de hacerlo en la corte son limitadas, con respecto tanto al tiempo como a los individuos capaces de presentar esas impugnaciones. En la literatura jurídico-académica, la historia está disponible para el debate y la controversia a perpetuidad.

Hay buenas posibilidades de que la civilidad no amordace todas las impugnaciones a las historias jurídicas. Posner, por ejemplo, parece no experimentar ningún tipo de dificultad para cuestionar la veracidad de la historia de Williams.⁴⁰⁵ Después de reconocer su fuerza, derrama un párrafo de preguntas:

¿Pero la historia es cierta? Williams, que no es una nena, que es una mujer madura, ¿*realmente* presionó su rostro contra la vidriera (¿no es eso lo que “acercarse a la vidriera” significa?)? ¿O está exagerando los hechos para su efecto dramático, haciendo que el insulto hacia ella parezca más grave porque destrozó una impaciencia e inocencia propia de una niña? Y ¿cómo *sabe* que el empleado de ventas le negó la entrada al local porque es negra?⁴⁰⁶

Son buenas preguntas. Como señala Posner, “Benetton no es una ficción. Es una compañía real. Williams la ha acusado en una publicación por un comportamiento ilícito. Es una acusación seria, especialmente cuando está hecha por un abogado. De hecho, es potencialmente difamatoria.”⁴⁰⁷ Pero precisamente porque Posner es tan efectivo, no deberíamos estar preocupados por que las historias de Williams sean aceptadas así como son relatadas.

Como su apelación imaginativa, la apelación emotiva de estas historias también puede colaborar con el trabajo de los decisores jurídicos. La defensa canónica del “derecho y literatura” dice que éste ayuda a los jueces a ser más empáticos y humanos.⁴⁰⁸ Esta

402. POSNER, citado en nota 2, p. 356 (donde se comenta la rabia de Williams como un posible reflejo de “una incertidumbre dominante que confronta a los negros en sus encuentros con blancos”).

403. Ver FARBER & SHERRY, citado en nota 363, p. 831.

404. Ver *Booth v. Maryland*, 482 U.S. 496, 506-07 (1987) (donde expresa preocupación porque las consideraciones tácticas puedan impedir a los abogados defensores impugnar las declaraciones sobre el impacto en la víctima), revocado por *Payne v. Tennessee*, 501 U.S. 808 (1991).

405. POSNER, citado en nota 2, p. 356.

406. *Id.*, p. 355-56.

407. *Id.* p. 356.

408. Ver en general NUSSBAUM, citado en nota 2; WEST, Robin, *Narrative, Authority and Law* (1993).

defensa se aplica a la historia de Williams, en la medida en que la historia estimula nuestra facultad para la compasión narrativa. Tan relevantemente, la historia desafía los predicamentos de la literatura jurídico-académica. A través de la educación jurídica, los estudiantes y los abogados son socializados fuera de sus emociones en el proyecto de aprender a “pensar como abogados.”⁴⁰⁹ Depositar una narrativa emotiva en el contexto de la literatura jurídico-académica deshace el proceso de aprendizaje. El efecto puede ser como “colocar una jarra en Tennessee”:⁴¹⁰ el artefacto de la emoción puede transformar el paisaje preexistente, de manera que nunca lo veamos del mismo modo otra vez. Por ello, como recién he argumentado, la emoción es un componente fundacional del derecho,⁴¹¹ y tales revisiones académicas han de ser premiadas.

Por último, la fuerza de las historias jurídicas sólo puede ser caracterizada como seducción si están dirigidas a una finalidad mala. Ésta podría ser la suspensión de nuestra incredulidad. Kathryn Abrams afirma que no tiene problemas con que tales historias puedan no “seguir la pista de las experiencias de vida de los narradores en todas sus particularidades.”⁴¹² Esto enfurece a Farber y Sherry,⁴¹³ como habría enfurecido a Platón.⁴¹⁴ Pero Farber y Sherry no señalan ni un sólo resultado jurídico dependiente del relato de Williams. Ninguna decisión judicial, por ejemplo, cita la historia de Benetton.⁴¹⁵

De hecho, los decisores jurídicos pueden ser meticulosos en distinguir fuentes de autoridad. Consideremos la limitada respuesta que tuvo la historia de 1917 de Susan Glaspell, *A Jury of Her Peers*.⁴¹⁶ La historia es sobre un homicidio misterioso en una comunidad rural. Un hombre, John Wright, es hallado estrangulado en su cama, y su esposa es detenida. El alguacil, el Sr. Peters, está visitando la escena del crimen con el Sr. Hale (cuyo hijo descubrió el cuerpo de Wright) y el fiscal del condado.⁴¹⁷ Tanto el Sr. Hale como el Sr. Peters traen a sus esposas, a fin de que recolecten algunos de los efectos personales de la Sra. Wright.⁴¹⁸ Las esferas separadas de hombres y mujeres son rápidamente establecidas. Las mujeres se preocupan por el estado de la cocina de la Sra. Wright y son burladas por los hombres por preocuparse por “nimiedades”.⁴¹⁹ Los hombres

409. Ver BUTLERITCHIE, David T., *Situating “Thinking like a Lawyer” Within Legal Pedagogy*, en 50 *Clev. ST. L. Rev.* 29 (2002-2003); ELKINS, James R., *Thinking like a Lawyer: Second Thoughts*, en 47 *Mercer L. Rev.* 511 (1996).

410. STEVENS, Wallace, *Anecdote of the Jar*, en *Wallace Stevens: Collected Poetry and Prose* 60, 60 (Frank Kermode & Joan Richardson eds., 1998) (“Coloqué una jarra en Tennessee,/ Y allí estaba, sobre una colina./ Hizo al desierto despolijo/ Alrededor de aquella colina.”).

411. Ver las notas 345-347 y el texto que las acompaña.

412. ABRAMS, Kathryn, *Hearing the Callo f Stories*, en 79, *Cal. L. Rev.* 971, 1025 (1991).

413. Ver FARBER & SHERRY, citado en nota 363, pp. 834-35.

414. Ver el texto que acompaña la nota 109.

415. Se dirá que los relatos pueden afectar los resultados jurídicos aun si no fueran reconocidos por haberlo hecho, porque moldean la cultura donde la toma de decisiones judicial ocurre. Esto es cierto, pero es igualmente cierto con novelas que con el relato jurídico de historias. Como Farber y Sherry sólo hablan contra las últimas, no pueden hacer uso de esta contrarréplica.

416. GLASPELL, Susan, *A Jury of Her Peers*, en *Trial and Error: An Oxford Anthology of Legal Stories* 139 (Fred R. Shapiro & Jane Gary eds., 1998). [*N. de la T.: título en castellano: “Un jurado de sus pares”*].

417. *Id.*, p. 143.

418. *Id.*, pp. 416-17.

419. *Id.* p. 145 (comillas internas omitidas).

empiezan a recorrer la casa en busca de pistas, dejando a las mujeres solas, juntas en la cocina. Al encontrar una colcha que la Sra. Wright estaba reparando, se preguntan si ella trataba de “acolcharla, o solo de anudarla.”⁴²⁰ Momentáneamente, los hombres se burlan de esta discusión antes de irse a registrar el granero.⁴²¹

Las mujeres arman una historia. Observan que la costura de la colcha va de puntadas parejas a otras irregulares, notan que la puerta de una jaula vacía ha sido arrancada y, por último, encuentran el cadáver de un pajarito en la canasta de costuras de la Sra. Wright.⁴²² Reconstruyen cómo la Sra. Wright, aislada y sin hijos, se vengó furiosa de su marido cuando él estranguló al canario, que era su único consuelo.⁴²³ En este punto regresan los hombres, más inclinados a creer que un vagabundo podría haber cometido el homicidio por la ausencia de pruebas contra la Sra. Wright.⁴²⁴ Después de un momento de vacilación, la Sra. Peters, esposa del alguacil y descrita como “casada con la ley”,⁴²⁵ se alía con la Sra. Hale y la Sra. Wright antes que con su marido, al permitirle a la Sra. Hale robarse el pájaro dentro del bolsillo de su saco.⁴²⁶ El fiscal del condado vuelve burlesco a la pregunta de si la Sra. Wright había querido acolcharla o anudarla. En la última línea de la historia, la Sra. Hale responde: “Decimos—anudarla.”⁴²⁷

La historia trata cómo las mujeres y los hombres pueden tener diferentes modos de percepción y de razonamiento moral, que surgen de sus distintas experiencias. Las dos mujeres, a diferencia de los hombres, descubren las “nimiedades” que les permiten reconstruir la historia porque están, como la misma Sra. Wright, confinadas a la cocina. Sus propias experiencias de género, con la soledad y el abandono, también las llevan a juzgar la prueba de otro modo. Su decisión de ocultar la prueba a los hombres es una anulación de la culpabilidad de la Sra. Wright hecha por “un jurado de sus pares”. La última línea de la historia pronuncia el veredicto, pero nuevamente es un lenguaje de género, opaco para los hombres. Los hombres les piden a las mujeres que arbitren si la Sra. Wright quiso “acolcharla o anudarla”,⁴²⁸ un juego de palabras inconsciente de un pedido al jurado para que decidiera si ella era “culpable” o “inocente”. Al declarar “anudarla”, la Sra. Hale pronuncia un veredicto descansando en el mismo lenguaje común que le permitió, en primer término, reconstruir el delito.⁴²⁹ El peligro mismo abriga el poder de rescate: sólo aquellos que se identifiquen suficientemente con el delito, como para perdonarlo, podrán detenerlo. A diferencia de la historia de Williams, la historia de Glaspell lleva

420. *Id.*, p. 149 (comillas internas omitidas).

421. *Id.*

422. *Id.* pp. 149-50, 152.

423. *Id.* p. 153.

424. *Id.* p. 154.

425. *Id.*, p. 155.

426. *Id.*, p. 156.

427. *Id.* (comillas internas omitidas).

• N. de la T.: el autor utiliza un juego de palabras irreproducible. La pregunta sobre si la Sra. Wright “acolchó o anudó” la colcha es la traducción de “to quilt it, or to knot it”, que fonéticamente es muy similar a “guilty or not guilty”, es decir, culpable o inocente. “Decimos –anudarla” es la traducción literal de “We call it –knot it”, es decir, una expresión semejante, fonéticamente, a “la declaramos inocente”.

428. *Id.*, p. 152 (comillas internas omitidas).

429. *Id.*, p. 156.

directamente a una proposición jurídica –que las mujeres podrían tener derecho a “un jurado de sus pares”, porque los hombres y las mujeres podrían razonar distinto acerca de la moralidad o la culpabilidad jurídica. No es sorpresa, entonces, que la historia salga a la superficie en el debate moderno sobre las recusaciones perentorias basadas en el sexo. • En 1986, la Corte Suprema prohibió el uso persecutorio de recusaciones perentorias basadas en la raza.⁴³⁰ Esto motivó la pregunta de si las recusaciones perentorias basadas en el sexo serían sostenibles –esto es, si las mujeres podrían tener una acción disponible por ser privadas de “un jurado de sus pares”. Los estudios jurídicos sobre las recusaciones perentorias basadas en el sexo, como sobre el servicio del jurado más generalmente, mencionan la historia de Glaspell con frecuencia.⁴³¹ Los tratamientos judiciales del tema, sin embargo, evitaron escrupulosamente la historia de Glaspell.⁴³² A menudo, los tribunales limitan cuán alto las ficciones tienen permitido subirse a las estructuras jurídicas.⁴³³

¿Cómo se compara esta defensa de la virtud del relato de historias en la academia con la defensa de la virtud de las *declaraciones sobre el impacto en la víctima* en la sala de audiencias? Posner observa que algunos comentarios han ligado el relato jurídico de historias a las *declaraciones sobre el impacto en la víctima* y que “a los narratologistas no les gusta este punto”, porque “no les gusta la pena de muerte.”⁴³⁴ Él sugiere que las *declaraciones sobre el impacto en la víctima* y los relatos externos deberían ser tratados consistentemente, y que lo serían si estuvieran ausentes las distorsiones de la ideología.

Esta visión olvida una diferencia importante en cuanto a las funciones. Para decirlo suavemente, la función de una revista jurídica es distinta de la función de un juicio donde se decide la procedencia de la pena de muerte. La literatura jurídico-académica puede ser vista como un espacio donde la reflexión y la experimentación pueden ocurrir sin amenazar

• N. de la T.: “sex-based peremptory challenges”. Se trata de las recusaciones basadas en el sexo de los miembros del jurado, que todo imputado podría formular en un juicio penal.

430. Bastón v. Kentucky, 476 U.S. 79 (1986).

431. Ver, por ejemplo, FORMAN, Deborah L., *What Difference Does It Make? Gender and Jury Selection*, en 2 *UCLA Women's L. J.* 35, 53 & n.106 (1992) (donde cita la historia de Glaspell para la proposición de que “los hombres y las mujeres pueden percibir y recordar los hechos y los eventos de manera diferente.”); MARDER, Nancy S., *Juries, Justice & Multiculturalism*, en 75 *S. Cal. L. Rev.* 659, 698 n.177 (2002) (donde se cita el “relato ficticio” de Glaspell “sobre cómo los hombres y las mujeres verían los hechos de manera diferente de acuerdo con las distintas esferas que ocupan”); UNDERWOOD, Barbara D., *Ending race Discrimination in Jury Selection: Whose Right Is It Anyway?*, en 92 *Colum. L. Rev.* 725, 747 (1992) (donde se describe la historia de Glaspell como “un clásico de la literatura sobre discriminación del jurado”); NOTE, *Beyond Batson: Eliminating Gender-Based Peremptory Challenges*, en 105 *Harv. L. Rev.* 1920, 1929 (1992) (notando que antiguas feministas como Glaspell “tenían conciencia de la conexión entre la habilidad de la mujer para servir como jurado [y] el tema de asegurar el sufragio femenino”).

432. Ver, por ejemplo, J.E.B. v. Alabama ex rel. T.B., 511 U.S. 127, 135-36 (1994) (citando Note, citado en nota 431, p. 1921).

433. Este no es invariablemente el caso. Ver, por ejemplo, *Floyd v. Lykes BROS S.S. Co.*, 844 F.2d 1044, 1047-48 (3d Cir. 1988) (donde en parte se descansa en la novela *White-Jacket*, de Melville, para sostener que el capitán de un barco mercante tenía discreción para llevar adelante un entierro en el mar, para un marinero que murió a ocho días del siguiente puerto); *In re Carlos P.*, 358 N.Y.S.2d 608, 609 (N.Y. Fam. Ct. 1974) (que se apoya en parte en la novela *Invisible Man*, de Ellison, para ordenar al Departamento de Educación que admitiera en una escuela secundaria vocacional a un delincuente juvenil).

434. POSNER, citado en nota 2, p. 348.

la consistencia del derecho. Si conserva esa función, siempre será más permisiva con el relato literario que el juicio donde se decide la procedencia de la aplicación de la pena de muerte. El valor del paradigma funcionalista de Platón radica en permitirnos, tanto como requerimos, hacer esas distinciones de acuerdo con el contexto jurídico en que tales relatos son introducidos.

Conclusión

El destierro del poeta es una de las ideas más vilipendiadas de Platón. Pero es hora de revisitar su estructura, que ilumina muchos de nuestros debates contemporáneos acerca del derecho y la literatura. Rigurosamente aplicado, también puede ayudarnos a mejorar esos debates.

Los desalojos contemporáneos de la literatura del derecho enmarcan a la literatura en términos particularizantes negativos. La tentación para aquellos que defienden a la literatura será siempre responder con una defensa de la inerradicabilidad, que extiende la definición particularizante de la literatura a una generalizante. El paradigma platónico sugiere que deberíamos resistir esa jugada, porque es tanto equivocada como débil. No necesitamos adoptar una visión firme acerca de la ontología real de la literatura para estar de acuerdo con Platón. Solo necesitamos señalar que por una cuestión social y práctica, generalmente podemos distinguir entre el derecho y los textos que llamamos literarios. Argumentar en contra del desalojo sobre la base de que el derecho ya es, siempre, literatura, no alcanza frontalmente las objeciones de aquellos que critican la literatura.

Lo que se necesita es una defensa de la virtud que responda a la visión particularizante negativa de la literatura con una visión particularizante positiva. Aquellos que se suben a esa defensa aceptan que la literatura no puede existir en la comunidad política si entra en conflicto con una función estatal básica, pero argumentan que no necesariamente ese tipo de conflictos vaya a surgir. Nos alientan a proceder caso por caso, preguntando en un contexto particular si las virtudes de la literatura realmente colisionan con el fin estatal en cuestión.

He aplicado este paradigma platónico tres veces, mostrando cómo la literatura fue desalojada equivocadamente en el contexto platónico, correctamente en el contexto de la *declaración sobre el impacto en la víctima* e incorrectamente en el contexto del relato de historias. Mi compromiso, sin embargo, es menos con un conjunto de resultados que con la forma de análisis plasmada en el paradigma platónico. Lejos de ser un enemigo de la poesía, Platón debería ser visto como su defensor más pragmático. Nos presiona para que pensemos en los diversos poemas que habríamos de recitar en las muchas ciudades que podríamos habitar.

Reflexiones sobre el texto “La ciudad y el poeta”¹

Leonardo Pitlevnik

1. Introducción

En este trabajo me propongo desarrollar algunos temas en torno a la relación entre derecho y literatura a partir del texto “La ciudad y el poeta”, de Kenji Yoshino, publicado en *The Yale Law Journal* vol. 114 y traducido en este volumen.

En dicho texto, el autor pone de resalto la conflictiva relación que existe entre ambos discursos y toma como uno de los ejemplos iniciales y paradigmáticos de dicho conflicto a la visión negativa que Platón tenía sobre la poesía. Luego de un profundo análisis de los textos del filósofo griego, Yoshino traza un paralelo entre el pensamiento platónico y el modelo de análisis mediante el cual la Corte de los EEUU decidió el rechazo de las *declaraciones sobre el impacto en la víctima* (desde ahora, DIV).² Las razones por las que el discípulo de Sócrates rechaza la poesía serían las mismas que las utilizadas por la Corte para rechazar las DIV.

En el parágrafo 2, explicaré por qué, aunque se haya tomado muchas veces a Platón como un ejemplo de incompatibilidad entre polis (o derecho) y poesía (o literatura), la condición poética de sus diálogos se convierte en la cabal demostración de su imposibilidad de desembarazarse del discurso que pretende expulsar.

Luego, siempre tomando como punto de partida el trabajo de Yoshino, dedicaré el parágrafo 3 a describir las DIV, categoría inexistente en el derecho argentino. Debido a su permanente cita en la doctrina norteamericana reseñaré los fallos dictados al respecto por la corte de ese país y expondré cuáles han sido los motivos a favor y en contra de su admisión señalados por los jueces y por la doctrina.

Analizados el modelo platónico y los caracteres de las DIV, en los párrafos 4, 5 y 6 describiré la difícil relación entre la racionalidad de una decisión judicial y los discursos con alto contenido emotivo que intervienen en el proceso que lleva a esa decisión. Expondré, además, de qué manera dicha relación se vuelve compleja a la luz de ciertas justificaciones de la pena.

Luego intentaré establecer un diálogo entre el texto del profesor de Yale y el libro “Tiempo pasado” de Beatriz Sarlo³ en el cual se analiza la relación entre memoria subjetiva y narración histórica. Ello me permitirá reevaluar, en el final del trabajo, la idea de que un discurso literario sea exclusivamente emotivo y desprovisto de toda racionalidad, concepción que parece haber llevado, a mi criterio, a la equivocada idea de su absoluta incompatibilidad con el mundo del derecho.

1. Agradezco a Julieta Di Corleto, Jaime Malamud Goti y Juan González Bertomeu su lectura crítica de la versión inicial del presente texto.

2. El autor extiende su análisis comparativo a las narraciones autobiográficas en el ámbito académico, punto sobre el que no ingresaré en el presente trabajo.

3. El título completo es *Tiempo pasado. Cultura de la memoria y giro subjetivo. Una discusión*, Ed. Siglo XXI, Bs. As., 2005.

2. Platón, los poetas y la *polis*

Entiende Yoshino que el criterio conforme el cual la corte estadounidense rechazó la inclusión de los VIS en los fallos Booth y Payne⁴ por su carácter seductor, falso e irracional, es similar a las razones expuestas por Platón en su rechazo de la poesía. Para llegar a tal conclusión, analiza los textos platónicos en los que se expone con mayor claridad la actitud de ese autor hacia un discurso poético (especialmente el *Ion*, los libros II y X de *La República* y *Las Leyes*) al cual el filósofo califica de falso, irracional, seductor y alejado de la verdad debido a su condición mimética o imitativa.

Según Yoshino, una nueva lectura del pensamiento del discípulo de Sócrates permitiría correrlo de una posición exclusivamente expulsiva de la poesía y reconocer un vínculo con ella que hasta ahora habría sido menospreciado. Esta nueva lectura pondría en evidencia el reconocimiento de Platón hacia las virtudes del discurso poético y pondría en tela de juicio el peso que siempre se ha asignado a uno de los modelos clásicos del conflicto entre derecho y literatura.

Yoshino desarrolla lo que denomina el paradigma platónico en tres postulados: 1) no debe permitirse que la poesía entre en conflicto con las funciones esenciales del Estado; 2) la poesía no puede evadir responsabilidades con relación a esas funciones sobre la base de su imposible erradicación; 3) la poesía solamente puede ingresar a la *polis* demostrando que no entra en conflicto con las funciones estatales esenciales. Esta demostración importa, forzosamente, un reconocimiento de las virtudes poéticas; lo cual, según Yoshino, aunque haya sido poco profundizado por el propio Platón, pone en evidencia el reconocimiento y la afirmación de las cualidades poéticas.

La postura contraria a la aceptación de la poesía en la *polis* de parte de Platón ha sido largamente discutida y aparece profundamente analizada en el artículo cuya traducción se publica en esta misma revista. Platón despreciaba el carácter imitativo o mimético del discurso poético, al que consideraba falso, irracional y seductor.

Lo cierto es que las duras afirmaciones “anti-poéticas” del filósofo se vuelven problemáticas por la condición poética del lenguaje en que son formuladas. El propio Yoshino acepta este extremo y alude a las numerosas citas que el discípulo de Sócrates hace de Homero, su utilización de los mitos, las alegorías y las fábulas e incluso a la circunstancia de que su pensamiento aparezca en la gran mayoría de los casos articulado en diálogos protagonizados por Sócrates, creando así una suerte de ficción en la que uno habla por boca del otro.

En cuanto a la utilización de fábulas, mitos o alegorías, Yoshino sostiene que en el caso de Platón son anti-trágicas, pues dentro de su esquema funcionaban en el puro y cristalino teatro del intelecto, “apelando más a las razones que a las emociones”, todo lo cual las mantendría a salvo de los defectos propios de la poesía.

Esta diferenciación entre razones y emociones parece querer afirmar que la obra platónica es capaz de soportar la exclusión del material poético sin perder fuerza argumental. Basta leer *El Banquete*, sin embargo, para constatar que no es fácil pensar al texto como

4. Ambos casos se analizarán más adelante.

un conjunto de imágenes instrumentales o recursos estilísticos utilizados para conocer una realidad cuyo peso es independiente de la estética de su presentación.

Debe tenerse en cuenta que no nos encontramos ante un autor que utiliza excepcionalmente recursos literarios para explicar o clarificar algún concepto. Por el contrario, sus textos se hallan tan empapados de expresiones poéticas, fábulas, alegorías y ficciones, que la regla resulta incumplida por quien la sostiene.

Pero no es sólo la utilización del mito lo que permite afirmar la condición poética de Platón. Como quedara dicho, basta advertir que la gran mayoría de sus diálogos han sido escritos bajo la máscara de Sócrates; esto es, una imitación dentro de otra imitación en la que Platón finge ser Sócrates, quien dice aquello que Platón sostiene. El juego de imitaciones es potenciado de manera que los espejos reflejan imágenes cuya autenticidad es difícil descubrir.⁵

En su crítica a los poetas, el filósofo menciona que "todo imitador no tiene sino un conocimiento muy superficial de lo que imita, que la imitación es un puro entretenimiento sin seriedad alguna, y que los que se dedican a la poesía trágica... son tan imitadores como es posible serlo" y que "la imitación, vil de suyo y en relación con una parte vil, sólo puede engendrar cosas viles".⁶ En el *Ion*, Platón se pregunta cómo podemos saber mejor qué es un sillón. ¿Por lo que dice el rapsoda o lo que dice un constructor de sillones? ¿No es un rapsoda imitador de imitadores?

El mismo argumento puede volverse contra el filósofo. ¿Cómo podemos saber a ciencia cierta lo que dijo Sócrates si siempre lo conocemos por boca de otro? A veces incluso por lo que otros relatan con relación a un tercero (es decir, cadenas de personas que imitan lo que otros han dicho). En el inicio de *El Banquete*, Platón escribe que Apolodoro cuenta aquello que había antes narrado a un tercero, lo que a su vez sería lo que el mismo Apolodoro había escuchado de "un cierto Aristodemo" que estuvo presente cuando Sócrates protagonizó un diálogo durante un banquete ocurrido hace más de tres años.

El valor poético de los textos de Platón no es una novedad. Refiere Carpio que "si se debiera señalar otra actividad en la cual alcanza idéntica genialidad a la que logra en el campo filosófico, es preciso decir en seguida que Platón fue uno de los más grandes artistas de la palabra, uno de los escritores más grandes de todos los tiempos, un genio literario con el que muy pocos pueden compararse; de modo tal que en definitiva no se sabe a quién admirar más, si al filósofo o al artista, por la riqueza imaginativa, la multiplicidad de recursos a que hecha mano, el dominio de la lengua y la capacidad soberana para alcanzar las máximas posibilidades expresivas de la belleza y la flexibilidad de la prosa griega".⁷

5. "Imposible precisar en qué medida las ideas que le atribuye Platón corresponden a su propio pensamiento" dice Luis Farre, en su introducción a PLATÓN, *República* (trad. por Antonio Camarero), Eudeba, Bs. As. 2006, p. 29.

6. PLATÓN, *República*, cit. pp. 592 y 594. Menciona Joseph Pieper que Platón critica al poeta que venera. El autor alemán refiere la tendencia de los filósofos anteriores como Jenófanes y Heráclito que también criticaban a Homero, pues "la crítica a la doctrina homérica de los dioses constituye uno de los elementos de la doctrina de los filósofos varios siglos antes ya de Platón" (PIEPER, Joseph, *Sobre los mitos platónicos*, Herder (trad. C. Gancho), Barcelona, 1998, p. 65). En similar sentido, Luis Farré, en su estudio preliminar a *República*, cita a Heráclito al decir: "Homero debería ser suprimido de los certámenes y azotado" (FARRÉ, Luis, *Introducción a República*, cit., p. 100).

7. CARPIO, Adolfo, *Principios de Filosofía*, Ed. Glauco, Bs. As., 1998, p. 79.

Para Auerbach, Platón “traspuso el abismo entre poesía y filosofía, ya que, en su obra la apariencia, despreciada por sus predecesores eleáticos y sofistas, se convirtió en una imagen refleja de la perfección”. Platón “comprendió el arte de la mimesis más profundamente y lo practicó de manera más consumada que cualquier otro griego de su tiempo”. Señala Auerbach que, con excepción de Homero, ningún otro poeta de la antigüedad clásica tuvo una influencia superior a la suya.⁸

Castoriadis señala que Platón juega con aquello que él mismo denuncia, atacando a los retóricos con procedimientos retóricos y abrumando a los sofistas siendo él mismo “un sofista incomparable”.⁹ Lo mismo podría decirse aquí con relación a los poetas.

Tan antigua es esta asociación de Platón con el arte poético que Aristóteles alude a la posibilidad de asignar dicho carácter a los textos escritos por aquél. Se ha dicho que en “la inclusión de los diálogos platónicos dentro de la mimesis hay, de parte de Aristóteles, una sutil ironía hacia su maestro, que había expulsado a los poetas de su Estado ideal justamente por ser *mimetaí* imitadores”.¹⁰

Platón afirmaba la necesidad de erradicar aquello que se había vuelto para él inerradicable. Su discípulo, en cambio, prefirió no afirmar el carácter irracional, seductor y falso de los discursos poéticos dentro de los cuales incluyó al pensamiento de su maestro. Lo erróneo puede ser adecuado a los fines perseguidos por la narración, señala Aristóteles, de manera que es poco relevante que el artista pinte a una cierva con cuernos o narre la persecución de Héctor en términos que la hagan imposible.¹¹

Quizás la severidad con que Platón trata a la poesía es consecuencia, justamente, de su imposibilidad para desembarazarse de ella. Como bien menciona Yoshino, el protagonista de los libros platónicos (no obstante su posición expulsiva) expresa también su amor y su admiración hacia los poetas, a quienes a pesar de echar de la ciudad también consideraba sagrados, maravillosos y deleitables. Refiere Yoshino que el propio Platón habría abandonado una promisorio carrera de poeta trágico antes de dedicarse a la filosofía. Sus

8. Dice más adelante que “es erróneo, y por otra parte imposible, ver a la poesía de Platón como una especie de subterfugio o artificio del cual debamos librarnos con el fin de llegar al verdadero sentido de su pensamiento”. AUERBACH, Erich, *Diario de Poesía*, Nro. 47, primavera de 1998, p. 28. (“La idea del hombre en la literatura”, de Erich Auerbach, trad. de R. Ibarlucía y V. Joubert, extraído del libro “Dante, poeta del mundo secular”). Yoshino refiere que Sidney marcaba que aunque la fuerza y el material de su discurso es filosófico, la piel que lo recibe y su belleza depende de la poesía, y que Shelley refería que Platón era esencialmente un poeta.

9. CASTORIADIS, Cornelius, *Sobre El Político de Platón* (Trad. Horacio Pons), Fondo de Cultura Económica, Bs. As., 2003, p. 20.

10. La mención es de SINNOT, Eduardo (con cita de Rostagni), en ARISTÓTELES, *Poética*, Colihue, Bs. As., 2004, pp. 8/9.

11. ARISTÓTELES, *Poética* (trad. de Eduardo Sinnot), cit., p. 194. Conforme refiere Sinnot, se considera que en el capítulo XXV de su *Poética*, Aristóteles contesta a las críticas que Platón dirige a la poesía en los libros II, III y X de *La República*. Allí trata, entre otras cosas, las cuestiones relativas a si la poesía debe mostrar el mundo como es o como debe ser. Afirma que al artista no se le debe exigir el conocimiento de aquello de lo que habla, como pretende Platón. El propio Platón fue objeto de críticas en cuanto a la verdad histórica de sus expresiones. Se menciona, por ejemplo, la inclusión en un diálogo de personas que cronológicamente nunca pudieron haber estado juntas (ver FARRÉ, Luis, cit., p. 29, quien relativiza el cuestionamiento pues señala que basta con que los personajes mencionados hayan tenido la actitud que Platón describe).

diatribas de converso son quizás intentos frustrados de quien no puede dejar de ser quien es.¹² De esta manera, el propio filósofo produce el mejor argumento para afirmar la imposibilidad de erradicar al discurso poético.

3. Declaraciones sobre el impacto en la víctima

El trabajo de Yoshino traza un paralelo entre el rechazo platónico a la poesía y la jurisprudencia de la Corte estadounidense con relación a las DIV. Corresponde, entonces, adentrarse en el significado de este instituto.

Se entiende por DIV a las declaraciones orales o escritas que dan cuenta del impacto que el crimen ha tenido en la víctima y en sus familiares. Su objetivo principal es señalar a la corte o el jurado el costo humano del delito y brindar a la víctima la posibilidad de participar en el proceso. Su utilización depende de la regulación estadual y federal. Aparecen principalmente en la etapa del juicio destinada a la fijación de pena, aunque en algunos estados también son utilizadas en las decisiones sobre libertad condicional, en el trámite del *plea bargaining* (negociación de la pena entre fiscal y defensor), fijaciones de caución, audiencias de preparación del debate, e incluso para cualquiera de las decisiones que puedan tener lugar en un juicio. Algunos estados permiten a la víctima expresar su opinión acerca de la pena que creen adecuada al caso.¹³

La jurisprudencia de la corte se ha centrado exclusivamente en su valoración en la fase del juicio (*sentencing*), que es aquella en la que el jurado debe evaluar la aplicación de la pena de muerte a quien ya ha sido declarado culpable.

La información proveída por las DIV consiste, en primer lugar, en las declaraciones acerca de las características personales de las víctimas y el impacto emocional producido por el crimen en sus familiares sobrevivientes y en la comunidad. En segundo lugar, abarca las opiniones que los miembros de esa familia tienen del autor del hecho, del crimen que ha cometido y de la pena que debería aplicársele.

Reseñaré a continuación los fallos en los que la corte norteamericana se ha pronunciado sobre el particular. En los dos primeros rechazó la utilización de las DIV, mientras que en el tercero modificó su criterio, admitiendo su ingreso (aparentemente en forma parcial) a la etapa del juicio antes mencionada.

El primero de ellos es *Booth*, del año 1987. El hecho fue descrito de la siguiente manera: John Booth y Willie Reid ingresaron al hogar del matrimonio formado por Irvin y Rose Bronstein, de 78 y 75 años de edad, con el aparente propósito de apoderarse de dinero a fin de comprar heroína. Booth era vecino de los moradores de la vivienda y sabía que podrían identificarlo. Es por ello que los ató, los amordazó y luego los apuñaló en el pecho con un cuchillo de cocina. Sus cuerpos fueron hallados por uno de sus hijos dos días más tarde dentro de la casa.

12. Indicativo de ello es la circunstancia de que el libro X de *La República*, en el que se desarrolla la argumentación más fuerte contra la poesía, se cierra con la fábula de Er. Luego de haber intentado expulsar a la poesía, la recurrencia a una ficción poética para cerrar el libro convierte a Platón en su propio contradictor, como si él mismo fuese Anístenes y Zenón, el primero poniéndose a caminar alrededor del segundo, para demostrar sin palabras la existencia del movimiento que Zenón cuestionaba en términos teóricos.

13. Fuente: The National Center for Victims of Crime, <http://www.ncvc.org/ncvc/Main.aspx>

En *Gathers*, dos años más tarde, se discutió el alcance de una información similar a la de las DIV, aunque en este caso no se trató de las declaraciones de familiares sino de comentarios del fiscal sobre las características personales de la víctima. El hecho había quedado probado de la siguiente manera: Demetrius Gathers y tres sujetos que lo acompañaban encontraron a un extraño, Haynes, en un banco en el parque. Lo golpearon y patearon con violencia y le rompieron una botella en la cabeza. Gathers también golpeó a Haynes con un paraguas que luego le introdujo por el ano. Abandonó la escena para volver más tarde y clavarle un cuchillo. Haynes era una persona sin hogar, con antecedentes de internaciones psiquiátricas y que se hacía llamar “reverendo”. El Fiscal lo había descrito como un hombre de fe, se refirió a él como “el reverendo Haynes” durante el juicio y lo calificó como una “persona preocupada por la vida de la comunidad” a raíz del hallazgo entre sus ropas de un carnet de votación.

En 1991 se dictó *Payne*, el último fallo de la trilogía. El hecho ocurrió en el domicilio de la víctima, Charisse Christopher, quien luego de haberse resistido a los intentos de Payne de mantener relaciones sexuales con ella, fue apuñalada 41 veces con un cuchillo de carnicero. Christopher murió desangrada, su hija de dos años fue muerta con diversas heridas realizadas con el mismo cuchillo y Nicolás, el hijo de tres años, sobrevivió a pesar de varias cuchilladas que atravesaron su cuerpo.

Cabe una aclaración: en *Payne*, el fallo que modifica el criterio sostenido en los dos primeros, sólo se admitieron aquellas declaraciones que dieran cuenta de las características de la víctima y el dolor provocado por la pérdida, pero nada se dijo acerca de las opiniones que los miembros de la familia de la víctima pudiesen tener del hecho, de su autor o de la pena que debiera corresponder.¹⁴ Es por ello que el cambio de la jurisprudencia introducido por *Payne* no alcanza a la prohibición fijada en *Booth* con relación a los supuestos que no fueron materia de estudio en el último caso.

A continuación expondré los argumentos que en los fallos referidos y en la profusa doctrina surgida a raíz de ellos se han esgrimido a favor (a) y en contra (b) de la inclusión de las DIV en la etapa del juicio en la cual se decide la aplicación de la pena de muerte:

a) Nada obsta a la introducción de la información aportada por las DIV como elemento de juicio para resolver la aplicación de la pena de muerte.

14. Los magistrados votantes en *Payne* expresamente refieren que su decisión no alcanza a la mencionada información. Conf. GREENBERG, Joshua, *Is Payne Defensible?: The constitutionality of Admitting Victim-Impact Evidence at Capital Sentencing Hearings*, Indiana Law Journal, 2000, vol. 75:1355.

A pesar de ello, las declaraciones en *Payne* incluían tópicos que parecen corresponderse con los que siguen excluidos por la doctrina de *Booth*. El jurado escuchó decir al Fiscal en su alegato a favor de la pena de muerte que, a pesar de que nada podían hacer por los muertos, sí podían hacerlo respecto del niño que sobrevivió a la muerte de su madre y de su hermana. Mencionó en su alegato (y esto es recogido por la sentencia) que cuando el niño creciera, querría saber qué había sucedido, y qué tipo de justicia se había hecho. “Con vuestro veredicto, ustedes le darán la respuesta”, había dicho el acusador. Obviamente, hablaba de cuál entendía que debía ser la pena que satisfacía al hijo sobreviviente. Señala John Blume en *Ten years of Payne: victim impact evidence in capital cases* (88 CNLLR, pag. 269 y 271, enero de 2003) que a pesar de quedar claro que las opiniones sobre la pena que podría corresponder al acusado no fue modificado por *Payne*, algunas cortes estatales aceptan este tipo de evidencia. Lo mismo surge de la fuente citada en la nota 13.

Tan válido es escuchar la historia de vida y las características personales del acusado, como admitir el relato de las características y la vida de la víctima. Nada habilita a permitir el desfile de numerosos testigos dispuestos a declarar en favor del acusado, pero al mismo tiempo impedir que sean escuchados quienes pueden testimoniar acerca de la calidad humana de los damnificados.

El ingreso al juicio de las DIV ha venido a revertir la ausencia de la víctima durante el proceso y ha logrado que su voz pueda ser finalmente oída.¹⁵

La evidencia destinada a describir a la víctima permite percibirla en su condición de ser humano único y, de esta manera, comprender acabadamente el significado de su pérdida. Las DIV no inflaman al jurado de prejuicios y emociones irracionales sino que simplemente permiten apreciar en su real crudeza lo que implica, por ejemplo, un asesinato y todas las ramificaciones dolorosas que provoca.¹⁶

No existe razón *a priori* para excluir a las DIV del juicio y, en todo caso, si en un supuesto determinado, los elementos aportados atentaran contra una correcta apreciación de lo sucedido o desviarán inapropiadamente el objeto del juicio, bastaría la garantía de debido proceso para permitir su exclusión.

El hecho de que las DIV sean difícilmente rebatibles por su contenido emotivo es una circunstancia que puede alcanzar a otras pruebas cuya inclusión en el juicio nunca se ha cuestionado. Como ocurre con todo elemento de difícil refutación, dicha característica no es argumento suficiente para excluirlos del debate. Las secuelas dejadas en la familia y las circunstancias particulares de la víctima deben ser comprendidas dentro del daño infligido por el acusado, en función del cual se le debe fijar la pena que corresponda.

Resulta irrelevante argumentar que el acusado no sabía cuánto dolor provocaría, pues aunque no conociera a la víctima, es previsible para cualquiera que comete un homicidio la existencia de un grupo de allegados o familiares a quienes esa muerte les provoca un daño irreparable. Más aún, puede resultar imposible no hacer alusión a las circunstancias personales de la víctima o de su familia a lo largo del debate, pues se trata de elementos que, en muchos casos, surgen inevitablemente en las descripciones de los hechos que se juzgan. En esos supuestos nada puede hacerse contra la inclusión de la prueba cuestionada.

La circunstancia de que el dolor de los familiares pueda articularse de mejor o peor manera y la consecuencia de que ello pueda incidir en la decisión de la pena a cumplir no es un argumento definitorio para rechazar las DIV. Lo mismo ocurre con las declaraciones relacionadas con las condiciones personales del imputado producidas con la finalidad de favorecerlo. En esos casos, cada familiar, amigo o el propio condenado pueden presentar habilidades distintas para mostrarse ante el jurado o el juez, y provocar de esa manera que la condena a muerte dependa exclusivamente de cuánto puedan cautivar o "inflamar" a quien debe decidir. Basta con imaginar el caso de quien se exprese tan mal o tan inverosímilmente que pueda terminar provocando el efecto contrario al que desea.¹⁷

15. Entre otros, TWIST, Steven J., *The crime victims' rights amendment and two good and perfect things*, 1999 UTLR 369.

16. Conf. CASSELL, Paul G., en *Barbarians at the gates? A reply to the critics of the victims' rights amendment*, en 1999 UTLR 490.

17. CASSELL, cit. p. 494.

Se ha sostenido, también, que la participación de las víctimas promueve su cooperación con la persecución penal y agiliza el sistema de enjuiciamiento.¹⁸ No se ha demostrado hasta ahora que su intervención implique efectivamente una mayor probabilidad de agravamiento de las penas impuestas. Además, aunque ello se probara, no indicaría que el jurado se ha visto bloqueado por un discurso emotivo sino que ha tenido una visión más acabada del horror del delito enjuiciado.¹⁹

Se ha considerado también que más allá de las opiniones a favor o en contra de las DIV, es competencia estadual decidir si ese tipo de evidencia puede ser incluida en el juicio, pues cada Estado debe fijar los medios de prueba que considere adecuados en el debate para habilitar la fijación de la pena que corresponda por el hecho cometido.²⁰

b) La especial calidad de la pena de muerte impide la utilización de las DIV como antecedente de la decisión. Sólo la responsabilidad personal, las características del hecho y la culpabilidad del autor deben ser los parámetros que –en caso de que ese castigo pueda ser considerado legítimo– justifiquen la pena capital. Las DIV se alimentan de emociones humanas, como la pasión o la venganza, ambas ajenas a la responsabilidad del autor.²¹ El sufrimiento de los familiares o las calidades personales del fallecido son elementos ignorados por el autor, que en la mayoría de los casos desconoce el entorno de la víctima.

Por su carácter emotivo, las DIV obstaculizan una resolución racional y permiten decisiones arbitrarias basadas en el capricho y la emoción. El dolor que la familia pueda articular en el juicio nada tiene que ver con las finalidades de la pena.²² Por otra parte, la admisión de las DIV lleva a las familias a verse compelidas a mostrar el mayor dolor posible para lograr la pena máxima. En la práctica, los fiscales terminan llevando a juicio los casos en los que encuentran parientes que logren transmitir mejor su sufrimiento, pues de esa manera obtienen más fácilmente la pena capital, y recurren en los otros supuestos al *plea bargaining*.²³

Por diferentes razones que son acentuadas por las DIV, los jurados tienden a condenar a la pena máxima cuando se trata de víctimas de raza blanca, e imputados de raza negra.²⁴ Entre esas razones están: la composición del jurado a partir de la selección de las listas para conformarlo, la facultad de excluir como miembro del jurado, incluso en la fase del proceso destinada a resolver la culpabilidad, a quien se encuentra contra la pena de muerte.²⁵ Los jurados suelen tener una mayor empatía con las víctimas que con los imputados, generalmente

18. GREENBERG, cit., p. 1380, nota 163.

19. CASSEL, cit., p. 493.

20. Señala Rhodes que esta posición importa una renuncia de la corte federal a cumplir su función de intérprete de la constitución (RHODES, Cecil A., *The victim impact statement and capital crimes: trial by jury and death by character*, en 21 SOULR, p. 30).

21. BANDES, Susan, *Empathy, narrative, and victim impact statements*, en 63 UCHILR, p. 378.

22. Conf. BLACK, Robert, *Forgotten penological purposes: a critique of victim participation in sentencing*, en 39 Am. J. Juris., pp. 230 y ss.

23. Menciona el Jueza Stevens (en su voto en minoría en *Payne*) que los Fiscales deciden llevar hasta la sentencia de muerte un caso en el que la víctima es de raza blanca, pero aceptan un *plea bargaining* cuando es de raza negra.

24. Muchos autores coinciden en este punto, entre ellos, BLUME, cit., p. 279, BANDES, cit., p. 408.

25. Esto fue llevado sin éxito a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por considerar que se viola el derecho a ser oído por un tribunal imparcial (Resolución N° 23/89, caso 10.031, de los EEUU, del 28 de septiembre de 1989).

provenientes de sectores socioeconómicos diferentes y a los que ya la comisión del hecho criminal sitúa emocionalmente lejos de quienes deben decidir la pena a imponer.²⁶ Una vez condenado por un crimen atroz, lo más probable es que la fase destinada a determinar la pena se inicie con una corriente de empatía hacia la víctima y que el autor del hecho, cuya vida depende de la decisión del jurado, necesite de reglas destinadas a que quienes resuelven, puedan conectarse de la misma forma con él. Finalizado el debate destinado a la declaración de culpabilidad del acusado, la información proveída en la última etapa del juicio debe estar destinada exclusivamente a determinar la necesidad de imponer o no la pena de muerte.

En el proceso de decidir una pena capital, las DIV introducen o exaltan los prejuicios y los estereotipos no conscientes.²⁷ Ello, contrario a lo que pueda suponerse, no sucede solo cuando decide un jurado, sino que alcanza también a magistrados profesionales.²⁸

Las DIV violan la VII enmienda de la Constitución de los Estados Unidos conforme la cual el castigo debe ser proporcional al crimen cometido. La evaluación de las DIV en la imposición de una pena de muerte viola el principio que prohíbe penas crueles (VIII enmienda), afecta el debido proceso (XIV enmienda)²⁹ y una igual protección ante la ley (XIV enmienda), por la endeble posición en que se encuentran quienes carecen de afectos o que, teniéndolos, no sean capaces de articular su posición ante el jurado.³⁰

La especial elocuencia con la que un familiar de la víctima expresa su dolor puede desviar al jurado de la evaluación de los únicos extremos que deben ser tenidos en cuenta para decidir una sentencia de muerte. La aceptación de las DIV provoca que la decisión sea tomada a partir de la percepción de la víctima como miembro respetado o querido por su comunidad y para desvirtuarlo requiere de "mini-juicios" destinados a probar sus cualidades morales. Los abogados encargados de la defensa se ven así obligados a "ensuciar" a la víctima, cual si fuesen reporteros de un periódico amarillista.³¹ Ello puede importar un

26. BANDES, Susan, cit., p. 403.

27. BANDES, Susan, cit., p. 407 (con cita de Angela Harris).

28. Si bien se sostiene que el riesgo de las DIV es mayor cuando quien debe decidir la aplicación de la pena de muerte es un jurado lego, pues los jueces se encuentran más acostumbrados a lidiar con este tipo de cuestiones, Amy Philips cita un fallo de un juez de Texas en el cual se aprecia de qué manera los estereotipos en cuanto al mayor o menor valor de la vida de la víctima, alcanzan también a magistrados profesionales. PHILLIPS, Amy K., *Thou shalt not kill any nice people: the problem of victim impact statements in capital sentencing*, en 35 Am. Crim. L. Rev. 104.

29. Mark Stevens señala que a los efectos de salvaguardar el debido proceso, la regla 403 de las Reglas Federales en materia de prueba, postula que aunque fuere relevante, la evidencia debe ser excluida si su valor probatorio es superado por el riesgo de un prejuicio injusto, confusión de puntos a decidir, error en el jurado o provoca demoras injustificadas, pérdida de tiempo o prueba sobreabundante e innecesaria. Las DIV, señala, no pasan esta prueba ni el test de debido proceso postulado por la propia Corte en los precedentes *Matthews v. Eldredge* y *Ake v. Oklahoma*. STEVENS, Mark, *Victim impact statements considered in sentencing: constitutional concerns*, 2 Cal. Crim. L. Rev. pp. 27/28.

30. Sobre este punto particular, Joshua Greenberg expone con agudeza la diferente valoración que la Corte ha realizado cuando excluye las DIV porque agregan motivaciones irracionales como la bondad de la víctima o la identificación del jurado con la persona fallecida, pero en un conocido precedente (*Mc Klesky*), niega relevancia a las estadísticas que indicarían que la raza de homicida y víctima parecen incidir en la decisión de imponer una pena capital. GREENBERG, Joshua, cit., pp. 1362 y ss. Dicho precedente fue citado también por el Juez Stevens en la minoría de *Payne*.

31. PHILLIPS, Amy K., cit., p. 93. Señala Bandes que la introducción al debate de la calidad de las víctimas podría llevar a demostrar en el juicio la condición de traficante de drogas del muerto para mitigar la pena. BANDES, cit., p. 407.

boomerang para la familia sobreviviente, pues el defensor debe someterlos a interrogatorios destinados a poner en evidencia los costados más oscuros de los que pueda valerse.³²

Al acusado le es prácticamente imposible rebatir la evidencia proveída por las DIV pues raramente estará en condiciones de demostrar que los familiares de la persona fallecida exageran su sufrimiento, la depresión u otras dificultades producidas por el hecho.³³

La inclusión de las DIV no debe ser aceptada bajo el supuesto de una hipotética igualdad de las partes pues lo cierto es que sólo el acusado está sometido a juicio, no los damnificados. La contienda, como lo ha señalado Yoshino en su trabajo, es entre el Estado y el imputado, y no entre el imputado y la víctima.³⁴ Desde esta perspectiva el hecho de que cada víctima sea un ser único es una obviedad que no requiere ser alegada y cuando ello es traído al juicio, solo puede indicar que se pretende diferenciar la protección de la ley de acuerdo con la calidad de cada persona.

Si bien es cierto que hay pruebas destinadas a acreditar el hecho que pueden tener que ver con la calidad de la víctima y, por lo tanto, no deben ser excluidas de la prueba de lo ocurrido, sí deben serlo cuando son aportadas exclusivamente para decidir la imposición de la pena máxima en la etapa de “*sentencing*”.

La aceptación de la tesis de la mayoría en *Payne* es un efecto de la presión de una sociedad, influenciada por el poderoso movimiento de “derechos de las víctimas”, que aboga por mayor cantidad y severidad de las penas.

En la práctica, las DIV han extendido desmedidamente el concepto de víctima, proyectando este calificativo más allá del directamente implicado para incluir a los familiares cercanos o a sus afectos más próximos e, incluso, a la comunidad en general.³⁵

No ha quedado claro a partir de la decisión mayoritaria en *Payne* cuál es el tipo de prueba que permitiría dar una rápida visión de la persona damnificada, de manera que no aparezca como un ser anónimo o sin rostro. Se han registrado casos en los que la prueba aportada supera ampliamente la mera referencia oral o escrita de un familiar cercano.³⁶

4. Poesía y derecho

De todas las argumentaciones detalladas precedentemente, aquella que ha sido tomada como eje por Yoshino para compararla con la actitud platónica hacia la poesía es la que vería en las DIV un discurso irracional, seductor, no verificable, que aparentando aportar

32. WALLACE, Megan M., *The ethical considerations of defense strategies when confronted with a victim-impact statement—give us dirty laundry?!*, en 13 TMCOOLLR, pp. 1010 y s. Blume cita casos en que los tribunales no han aceptado evidencias destinadas a probar que la víctima tenía mal carácter, o que estaba involucrada en la prostitución y la droga. BLUME, cit., nota 115.

33. Blume se pregunta cómo cuestionar a una madre cuando declara que a su hijo “lo quería todo el mundo”. BLUME, cit., p. 281.

34. PHILLIPS, Amy, cit., p. 114.

35. Rhodes menciona que lo que hasta hace unos años eran damnificados civiles fueron incluyéndose en el concepto penal de víctima. RHODES, cit., p. 22.

36. Así, las cortes han aceptado declaraciones de vecinos o amigos, se han aportado poemas escritos por la persona fallecida, fotos, videos; e incluso se ha llegado a utilizar una fotografía de un feto vestido con la ropa que habría usado cuando volviera del hospital, entendiéndose que así se mostraba “la individualidad del niño por nacer”. Conf. BLUME, cit., pp. 271/272.

elementos necesarios para una decisión racional, interfiere y entra en conflicto con una función esencial del Estado.

En el párrafo segundo del presente trabajo, expuse por qué entiendo que la manifiesta actitud platónica expulsiva hacia la poesía se frustraría en los propios términos propuestos por su autor. Esta idea conforme la cual Platón era incapaz de desprenderse de aquello que proponía expulsar, no pretende erigirse en una crítica a uno de los mayores filósofos de la historia, sino en una reflexión destinada a entender las condiciones en que tienen lugar determinados fenómenos discursivos en el presente.

Menciona atinadamente el juez White, uno de los jueces de la minoría en *Booth*, que en un debate oral existen diferentes formas de relato que podrían ser tildadas de falsas, irracionales y seductoras. Sin embargo, su exclusión se vuelve imposible sin afectar el propio sistema de enjuiciamiento. Ejemplifica con la disparidad de la fuerza persuasiva de diferentes voces dentro de un juicio: dos fiscales poseen distinto poder para convencer al jurado, los testigos no tienen la misma capacidad para comunicar los hechos.

La manera de alegar y de dirigir las preguntas, la provocación de determinadas reacciones, la presentación de alegatos involucrando emocionalmente mediante artilugios retóricos a quien deba decidir, la utilización de metáforas, comparaciones o metonimias, todo ello pone en evidencia que en el debate oral hay un peso en las características del discurso más que en su contenido, que lleva muchas veces a que triunfe no el que más sabe o más razones tiene, sino el que mejor dice.

Toda narración es portadora de algún contenido poético "inerradicable".³⁷ Esa "inerradicabilidad" es un hecho que no puede ser modificado. En lugar de pretender su exclusión parece más razonable evaluar las condiciones en las que esa presencia poética ha adquirido una intensidad tal que desdibuja aquello a cuyo servicio ese discurso debe someterse.

Ello no implica necesariamente aceptar la inclusión de las DIV como sostiene la mayoría en *Payne*, pero permite iniciar el análisis desde un punto de partida distinto de aquél que sirve de base al paradigma platónico. Si el contenido poético es inescindible de todo discurso, debemos identificar y excluir aquellos supuestos en los cuales su densidad impide al Estado alcanzar sus objetivos. Ante la imposible erradicación de determinados lenguajes, cada discurso debe ser analizado en función del contexto en el que se produce, cuál es su contenido, sus condiciones de emisión, su recepción, las circunstancias en que se realiza, por qué medio y con qué finalidad.³⁸

Las DIV son evaluadas en el contexto de un proceso en el que se decide la pena de muerte aplicable a un condenado. El juicio oral es un espacio de narraciones en conflicto,

37. Al analizar las relaciones de la poesía con otra disciplina que necesita de la palabra, como el periodismo, María Teresa Gramuglio refiere que dichas actividades parecen reunir dos funciones incompatibles del lenguaje: la función referencial por oposición a la función poética. Mencionando el modelo de Jakobson y el hecho de que en toda expresión lingüística se puede encontrar una función poética, refiere que se trata de relaciones que no son excluyentes sino de énfasis o predominios. GRAMUGLIO, María T., *Diario de poesía*, Nro. 71, Bs. As., diciembre de 2005, p. 12.

38. En las palabras exactas de Aristóteles en *Poética*: "En cuanto a si lo que alguien ha hecho o lo que ha dicho está bien o no está bien, no ha de considerarse solamente lo hecho o lo dicho en sí mismos para ver si son cosas elevadas o bajas, sino también al que actúa o dice, a quién se dirige, cuándo, por qué medio y con qué finalidad lo hace". ARISTÓTELES, *Poética*, cit., pp. 207/208.

donde las partes luchan para que su versión sea aceptada por el tribunal y aprobada por el Estado, que a partir de ese momento fijará qué es lo que debe ser tenido por verdadero.³⁹ El debate es una construcción coral cruzada por versiones contrapuestas, voces en las que los participantes difieren siempre al menos en un punto.

Nadie cuestiona hoy la circunstancia de que dentro de este conjunto de relatos hay algunas voces cuyo ingreso al juicio se encuentra vedado, que desafinan de manera intolerable con la base armónica proporcionada por la Constitución y las leyes. Ello ocurre, por ejemplo, con las declaraciones extraídas al imputado mediante el uso de la fuerza, las imputaciones penales que puedan realizarse padres e hijos con relación a hechos que afectan a terceros, o las versiones recogidas violando la intimidad del acusado.

Los relatos contenidos en las DIV presentan como particularidad su apelación directa a la emotividad, la casi imposibilidad de someter su contenido a debate y –en los casos comentados en este trabajo– su inclusión en una etapa que decide la aplicación de la pena de muerte. Esa particular emotividad de las DIV obliga a preguntarse cuál es su contenido de verdad, qué cualidades los vuelve admisibles en el escenario del debate y de qué manera son o no articulables con el tipo de relato a partir del cual se construyen las decisiones en un juicio.

5. La reparación como fundamento del castigo

Mientras entendamos que la sanción debe adecuarse exclusivamente al injusto cometido y a la culpabilidad del autor, como señalaba la mayoría en *Booth y Payne*, la interferencia de las DIV en el debate es evidente. El dolor de los familiares sobrevivientes o su voluntad vindicativa nada tienen que ver con la finalidad de la pena. Su inclusión en el proceso penal carece de fundamento.⁴⁰

La cuestión se vuelve más compleja si se reconoce, en la redignificación de la víctima, una de las finalidades del castigo, pues conforme esta idea, mediante el acto de penar, el Estado restauraría una dignidad dañada, de manera que la pena y los deseos reparadores del damnificado irían de la mano.

Cierto es que aun cuando se aceptara la inclusión de esa finalidad reparadora, ello no obligaría a incluir en el juicio preguntas como “¿qué pena le gustaría que tuviera el acusado?” o “¿cree Ud. que quien mató salvajemente a su esposa podría ser socialmente reeducable?” Pero es indudable que ambos universos se acercan de una manera que vuelve compleja la distinción.

Obsérvese lo que ocurre con la parte de las DIV más cuestionada: la exposición acerca de cuál es el castigo que la víctima cree adecuado al autor.⁴¹

39. Dice Posner que “en un juicio, el querellante y el imputado cuentan, cada uno, una historia –en realidad una traducción de sus historias *reales* o crudas, dentro de las formas retóricas y narrativas autorizadas por la ley– y los jurados eligen la que prefieren. (Si se trata de un juicio criminal y la confesión del imputado forma parte de la evidencia, nos encontramos con una historia dentro de la historia)”. POSNER, Richard, *Law and Literature*, Harvard University Press, Cambridge, 2000, p. 346.

40. Aunque pueda aparecer repetitivo, debe recordarse que no se trata de la participación de la víctima en el proceso, sino de una especial forma de participación que articula a través de las DIV. De manera que su exclusión no es sinónimo de expulsión de la víctima.

41. Acerca de su aceptación en el proceso estadounidense, aunque haya sido rechazada en *Booth*, ver lo expuesto al inicio del parágrafo 3.

Mediante esta práctica, el Estado refuerza la validación de su respuesta punitiva. Encuentra su fuente de legitimidad en una pérdida que antes no supo o no pudo evitar y cuya exposición luego promueve. Las manifestaciones del dolor operan habilitando la puesta en funcionamiento de su castigo más extremo.⁴²

En este marco se volvería problemático el supuesto de una víctima que repudiara la pena capital y se opusiera a su aplicación. El Estado difícilmente podría responder mediante un tipo de castigo que es rechazado por el propio damnificado, quien se convertiría así en una suerte de César cuyo pulgar determina la vida o la muerte de quien ha sido declarado culpable.⁴³

La idea de una función reparadora de la pena y del derecho de la víctima al castigo se ha puesto especialmente de manifiesto en lo que hace a las violaciones a los derechos humanos del sistema interamericano.⁴⁴ En el caso *Bulacio vs. Argentina*, por ejemplo, la Corte Interamericana resolvió que "La investigación de los hechos, satisface el derecho a la verdad que tiene toda víctima. La imposición de una pena al culpable de lo sucedido... también posee un inequívoco sentido reparador para la víctima y/o sus familiares. En efecto, la violación de todo derecho humano supone una afrenta a la dignidad y respeto que merece todo ser humano como tal, por ello la aplicación de una pena a quien cometió el hecho, reestablece la dignidad y la estima de la víctima frente a sí misma y a la comunidad. Repara en alguna medida el mal que ha sufrido."

"La impunidad... impide el efecto reparador que tiene para la víctima la sanción penal. Investigación, averiguación de la verdad, castigo al culpable, acceso a la justicia, recurso judicial efectivo, son los elementos que configuran las obligaciones básicas de todo Estado ante la violación del derecho humano, para procurar su reparación y como garantía de que no se repetirá."⁴⁵

En *Caballero Delgado y Santana*, la Corte Interamericana había resuelto ya que el castigo de los responsables importaba también la reparación a la víctima. Algo similar sostuvo en *Castillo Paez*.

42. De esa manera, la ausencia del Estado en instrumentar modelos que atenúen la violencia social aparece travestida en una exagerada respuesta posterior, una sobreactuada presencia en el momento de repartir castigos. En esa instancia, el Estado se encuentra con víctimas que exigen desde el sitio indiscutible del dolor. Conforme señala Pastor en una cita de SILVA SÁNCHEZ y JEROUSCHECK si "la sociedad no ha sido capaz de evitarle a la víctima el trauma causado por el delito, tiene, al menos en principio, una deuda frente a aquélla, consistente en el castigo del autor". PASTOR, daniel, *La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa de desprestigio actual de los derechos humanos*, en *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, 2005/A, p. 98.

43. Señala Blume que los familiares contrarios a la pena de muerte se ven, además, ante el dilema de ejercer su derecho a expresar su dolor en un juicio cuando saben que ello es instrumental a la búsqueda de la pena capital por parte del acusador. BLUME, cit. P. 279, Wallace menciona que un familiar de la víctima que se oponga a la pena de muerte es un excelente declarante para la defensa. Refiere un caso de estas características en que se impidió su inclusión en el juicio. WALLACE, ob. cit.

44. En sentido equivalente se pronunció la Comisión Interamericana. Para una reseña de la jurisprudencia interamericana sigo a Julieta Di Corleto en *El derecho de las víctimas al castigo a los responsables de violaciones graves a los derechos humanos: Su reconocimiento en el orden internacional y sus consecuencias en el orden interno*, en LL-2004-A-702. Malamud Goti refiere entre los fines del castigo con relación a los delitos de lesa humanidad -y reflexionando incluso sobre su plausibilidad para ciertos casos de delitos comunes-, la reparación de la dignidad de la persona de la víctima. En *Terror y Justicia en la Argentina*, Ed. de la Flor, Bs. As., 2000, p. 228

45. Cf. Corte IDH, "Caso Bulacio vs. Argentina", voto del juez Ricardo Gil Lavedra, párrafo 3.

Para Daniel Pastor, se trata de una de las características propias de la tendencia que califica como “neopunitivismo” que invierte los valores de la cultura penal olvidando la prioridad de los derechos del acusado “para pasar a ceder el paso a una jurídicamente inconcebible prioridad de la víctima” a la cual sólo se la protege “castigando y haciéndolo como sea”.⁴⁶

Dice el autor citado que “esta visión neopunitivista del derecho penal de los derechos humanos se descompone en tres secuencias analíticas: la trasnochada idea de un derecho constitucional al castigo penal, un estado de ánimo irracionalmente propenso a otorgar satisfacción punitiva a la víctima y el insensato repudio absoluto de toda solución que no sea penalmente condenatoria”. Se distorsiona así el rol del derecho penal y el derecho procesal penal “en tanto que instrumentos del Estado y no de las víctimas (que a través de Estado y derecho han quedado convenientemente mediatizadas en una sociedad civilizada).”

En el caso de violaciones a los derechos humanos, la situación del Estado frente a las víctimas es mucho más compleja que en el derecho penal común. Se trata de casos extremos donde generalmente confluyen la actuación del aparato estatal, situaciones de total indefensión, hechos aberrantes, imposibilidad de acceder a protección judicial y una inveterada tradición de impunidad.

Sin embargo, más allá de que esos supuestos puedan ser pensados como excepcionales, no parece irrazonable prever el derrame de esa tendencia sobre otras áreas del derecho penal. El mismo criterio podría comenzar a esbozarse como forma de respuesta del Estado a quien cometió un asesinato, una violación, a quien atropelló al niño en la calle y luego huyó, para tomar algunos de los casos que más parecen afectar las opiniones del público.

De hecho, aún cuando puedan rastrearse causas y desarrollos diferentes, fuera del caso extraordinario del derecho penal de los derechos humanos, se ha vuelto habitual el surgimiento de reclamos grupales o individuales que aparecen como representantes de las víctimas y que han logrado un peso indiscutido. Basta pensar lo ocurrido en la Argentina con el endurecimiento del código penal a raíz de las llamadas “leyes de Blumberg”,⁴⁷ motorizadas por el reclamo del padre de un joven muerto luego de un secuestro extorsivo y que tuvieron como consecuencia descomunales aumentos de penas, la creación de nuevos tipos penales, la fijación de obstáculos legales para el acceso a la libertad condicional, entre otros efectos.

El fenómeno también ha tenido lugar en el derecho anglosajón. Refiere Robert Black que en pocos años se convirtió en un cliché afirmar que la víctima era el sujeto olvidado del sistema de justicia criminal y que el tratamiento para con ella importaba una segunda victimización. Señala el desarrollo de una fuerte tendencia destinada a enfatizar la desventajosa situación de las víctimas frente al aparato estatal.⁴⁸ Refiere además que el movimiento en pro de los derechos de las víctimas es ideológicamente ambiguo, pues

46. PASTOR, cit. p. 89.

47. Leyes 25886, 25892 y 25928.

48. BLACK, Robert, cit. p. 225. En los EEUU se ha discutido la inclusión de una nueva enmienda a la constitución que imponga los derechos de la víctima, entre los que se hallarían las DIV (a favor de esta tendencia ver: TWIST, Steven J., *The crime victims' rights amendment and two good and perfect things*, 1999, UTLR 369).

constituye simultáneamente un movimiento de derechos humanos y un movimiento a favor de la ley y el orden.⁴⁹

La preocupación se refleja también en uno de los fallos comentados. Uno de los jueces de la minoría en *Payne* lamentaba la popularidad alcanzada por la pena de muerte y la fuerza adquirida por los movimientos en pro de los derechos de las víctimas, lo que llevó a la idea de que un aumento de penas era la mejor cura para extirpar el "cáncer" del delito. Aunque muchos ciudadanos saluden contentos el fallo, decía, lo trágico es que haya sido la presión hidráulica ejercida por la opinión pública la que determinó la decisión adoptada por la mayoría. Una presión demasiado poderosa como para dejar a las DIV fuera del debate.⁵⁰

Existe una variante de reparación ligada a las DIV, que podría escindirse de la finalidad del castigo, y es aquella que valora una suerte de catarsis o recomposición en el solo hecho de que el Estado brinde un espacio para que el damnificado pueda ser oído. Las DIV serían en sí mismas reparadoras pues proveerían a las víctimas un medio para curar sus heridas y clausurar un capítulo terrible de su historia.⁵¹ Yoshino menciona a diversos autores que aluden al poder catártico y de cierre de este tipo de declaraciones.⁵²

Decía Nino, con relación a los procesos seguidos contra perpetradores de delitos de lesa humanidad, que "los juicios permiten a las víctimas de los abusos de derechos humanos recobrar el respeto por sí mismas como sujetos de derechos jurídicos". Agregaba que "lo que contribuye a restablecer su auto-respeto es el hecho de que su sufrimiento es escuchado en los juicios con respeto y empatía, que la historia verdadera recibe un reconocimiento oficial, que la naturaleza de las atrocidades se discute abierta y públicamente, y que quienes perpetraron estos actos son oficialmente condenados."⁵³

Más allá de la indispensable presencia del Estado destinada a escuchar y brindar espacios de reparación a la víctima, es dudoso que el lugar indicado sea el juicio oral, o al menos la instancia en la que se decide la pena del acusado. En las duras palabras de Robert Black, para el sistema judicial hacer justicia es más importante que administrar una terapia; el espacio simbólico del juicio no debiera ser escenario de nuevas ceremonias como lo es la alocución de la víctima.⁵⁴

La escisión, sin embargo, no deja de ser difícil. Aunque sus efectos justifiquen la exclusión de un juicio oral, es comprensible la presión destinada a que ese dolor provocado por el delito ingrese y tenga un espacio en la composición de un relato que pretende ser la

49. BLACK, Robert, cit., p. 227.

50. Voto del Juez Stevens. Muchos comentaristas acuerdan en cuanto a que la decisión de la Corte en *Payne* es un triunfo de los grupos políticos en pro de los derechos de las víctimas (BLUME, cit., p. 267); WALLACE, Megan, cit., p. 1002, RHODES, Cecil A., cit., p. 20 y ss.).

51. STEVENS, Mark, cit., p. 7.

52. Ver su *nota 295*. En el mismo sentido, ver CASSEL, cit., p. 497.

53. NIÑO, Carlos S., *Juicio al Mal Absoluto* (trad. de M. Böhmer), Emecé, Bs. As., 1997, p. 229. Se aprecia en la cita precedente de qué manera confluyen ambas finalidades: tanto el castigo como la simple escucha contienen efectos reparadores.

54. BLACK, Robert, cit., p. 230.

verdad de lo ocurrido, pues verdadero es el dolor de quien ha sobrevivido y verdadera su necesidad de reconocimiento.

Apenas podemos estar seguros de cuáles son los motivos por los que aplicamos una pena. Más aún cuando descubrimos que el carácter eminentemente emotivo de lo que es llevado al debate no puede ser mensurado por la razón y resulta imposible someterlo a una discusión cuyo objetivo es construir una narración que, además, es operativa. Es decir, cuya función es la de dar a luz un relato con pretensión de verdad destinado esencialmente a la producción de determinadas consecuencias.

Ni el jurado ni el juez intentan dar por cierto un relato con el único objeto de conocer el pasado. Su conocimiento de lo ocurrido tiene como finalidad declarar o no la culpabilidad de una persona y, en caso de llegar a la conclusión que la versión del fiscal es aquello que realmente ocurrió, imponerle un dolor. La sentencia judicial constituye un mandato para que otros hagan, sus palabras son “gatillos virtuales para la acción”.⁵⁵

6. Más acá de la pena de muerte

El elemento poético, inevitablemente presente en todo relato, debe ser reducido a su mínima expresión cuando impide apreciar el escenario con la racionalidad instrumental propia del juicio criminal.

La mayor o menor calidad personal de la víctima, su raza, su belleza física, las sonrisas con las que saluda a su vecino al salir a trabajar cada mañana con el maletín en la mano, no es lo que debe ser cargado en el platillo de la balanza que determina la vida o la muerte del acusado.⁵⁶ De otro modo, cualquier teoría que intente postular una finalidad de la pena puede darse por perdida, pues esas circunstancias nada tienen que ver con aplicar un castigo adecuado al injusto o a la culpabilidad del autor.

Señalaba Bandes que quien debe enfrentarse ante un jurado que decidirá una pena de muerte luego de haber sido hallado responsable de un crimen, no inicia la partida con las mejores cartas a su favor. La voz de quienes han muerto o fueron víctimas de su accionar ya han sido escuchadas y resta solamente resolver la sobrevida del condenado. En esto, ninguna otra cuestión que su persona y su acto pueden ser examinados. Decía la autora mencionada que aunque sea imposible determinarlo en muchas otras manifestaciones dentro del juicio, es aquí donde con más claridad se corre el riesgo de que los prejuicios y estereotipos no conscientes se apoderen de una decisión de mínima racionalidad. Cuando se trata de una resolución tan extrema tomada por el Estado como lo es la de matar, éste tiene el deber de neutralizar todo riesgo de que fundamentos irracionales determinen una ejecución.

Cierto es también que si solamente se tratara de expulsar del debate a los elementos emotivos, tampoco deberían tener cabida aquellas manifestaciones que en sentido similar son traídas al juicio en beneficio del condenado. No es el carácter emotivo del discurso lo que determina su expulsión, sino el signo que lleva impresa esa emoción en la determinación

55. COVER, Robert, *La violencia y la palabra*, en *Derecho, narración y violencia* (trad. de Cecilia Ross), ed. a cargo de Christian Courtis, Gedisa, Barcelona, 2002, pp. 129 y 132.

56. En realidad nada debe serlo para quienes rechazamos la pena de muerte, pero se trata de pensar la cuestión para el caso en que se la considere legítima, pues desde ese punto de vista es planteada la cuestión.

de una pena capital. De otra manera, tampoco la mayor o menor calidad personal del condenado, su raza, su belleza física, las sonrisas con las que saluda a su vecino al salir a trabajar cada mañana con el maletín en la mano, deberían ser elementos a evaluar en la fijación del castigo; a menos que se considere que en la decisión de la pena de muerte, el acusado debe someterse a la angustiosa tarea de dar muestras al Estado de por qué, a pesar del atroz hecho cometido, su vida es valiosa y merece ser preservada.

El hecho de que la crítica a las DIV se haya centrado exclusivamente en los casos de aplicación de la pena capital, ha llevado a Posner a afirmar que dichas impugnaciones ocultan en verdad una censura dirigida al tipo de castigo, que pretende ser limitado mediante argumentos procesales. El rechazo a las DIV intenta reducirlas a su mínima expresión, pues la prohibición pretendida sobre ese tipo de relatos disminuye la aplicación efectiva de la pena de muerte.

Es común que determinados razonamientos parezcan definitorios por su fuerza argumental, cuando en realidad parecen apuntar a solucionar otras cuestiones encubiertas involucradas en el conflicto. Algo similar ocurre en nuestro país, por ejemplo, con la jurisprudencia que nulifica las actuaciones en casos de aborto cuando se trata de una mujer que luego de haber iniciado maniobras clandestinas con ese fin, llega necesitada de atención urgente a un hospital público. Una de las razones utilizadas para dicha declaración de nulidad es que validar el proceso significaría imponer a la mujer la obligación de declarar contra sí misma (pues su urgencia para salvar la vida la obliga a aportar prueba en su contra).⁵⁷

Esa jurisprudencia encubre un cuestionamiento a la punición del aborto o a la desigualdad de persecución entre quien concurre a un hospital público y quien posee medios para acceder a un servicio pago.⁵⁸ De otra forma no se explica por qué ese mismo argumento, no es sostenido para nulificar lo actuado en el caso de quien concurre herido al hospital después de haber matado a otro en un tiroteo callejero.

Para comprender la razonabilidad de la crítica de Posner basta con advertir que las DIV se excluyen únicamente en los casos en que se decide si el condenado tiene o no derecho a seguir con vida. ¿Por qué no se utiliza el mismo cuestionamiento para otras penas?⁵⁹

57. El plenario "Natividad Frías Segura", del 26/8/1966 de la CNCrim. y Corr. es citado aún hoy y sentó la doctrina que sigue alimentando gran parte de la jurisprudencia. En los votos de los magistrados intervinientes podía leerse que "El art. 18 CN. dice que "nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo", y una forma larvada, cruel e innoble de conculcar el precepto es utilizar el ansia vital de la abortada para la denuncia de su delito" (voto de Lejarza). "El art. 18 ley suprema, establece de manera indubitable que nadie está obligado a declarar contra sí mismo, y no podría negarse que en tales casos, la obligación es urgida por el derecho a vivir" (voto de Amallo). "Si es injusto obligar a quien delinquir a que provoque, acusándose, su propia condena, es igual y, consiguientemente, injusto condenarla sobre la base de una autoacusación a la que se vio forzada nada menos que por la inminencia de perder su humano derecho a sobrevivir a su delito"(voto Romero Victorica). "La mera presencia ante el médico de la mujer autora o coautora de su propio aborto implica una autoacusación forzada por la necesidad impuesta por el instinto natural de la propia conservación, puesto que acude a él en demanda angustiosa de auxilio para su salud y su vida" (Frías Caballero). El plenario es reiteradamente citado en fallos posteriores, un ejemplo de ello es el dictado por la SCBA el 7/6/2006 en la causa P:86052 "E., A. T., s/aborto".

58. "El art. 88 CPen. se aplica exclusivamente a las menesterosas a quienes la sociedad les cobra su altruista socorro hospitalario entregándolas convictas de ese delito", decía Lejarza en el inicio de su voto.

59. Conforme surge de la fuente indicada en la nota 13, en algunos estados se permite la utilización de las DIV en la fase en que se decide la culpabilidad del acusado. En el mismo sentido informa BLUME, cit., p. 273.

Si ese tipo de declaraciones tiene el riesgo de inflamar al jurado de deseos de venganza o de provocarle un impacto emotivo que obstaculiza una decisión racional, su inclusión en un juicio destinado a determinar la culpabilidad del acusado o cualquiera de las penas que pudieren corresponderle, es igualmente problemática. ¿Cómo asegurarnos que no es el dolor de los hijos, el llanto de la mujer abusada, la desesperación de quien sufrió un hecho violento, lo que determina el dictado de una sentencia condenatoria o la fijación de una larguísima pena de prisión?

7. La víctima narra en primera persona

En un ensayo de reciente aparición, Beatriz Sarlo reflexiona sobre la competencia entre la memoria y la historia con relación a su mirada del pasado. Mientras que “la historia no siempre puede creerle a la memoria”, “la memoria desconfía de una reconstrucción que no ponga en su centro los derechos del recuerdo”.⁶⁰

El planteo ubica al binomio Historia/Memoria en un escenario similar al que se presenta en Derecho/Literatura en el trabajo de Yoshino. En el primer caso, la cuestión central es de qué manera narrar una historia sin que se vea prisionera de un testimonio del cual no puede prescindir. En el segundo, de qué forma el Estado puede tomar una decisión y llevar adelante un proceso sin que el protagonismo de un discurso emotivo teñido por el dolor desvíe el cumplimiento de su función.⁶¹

Refiere Sarlo que luego de las dictaduras que gobernaron América del Sur, el relato en primera persona de la víctima pasó a ocupar el centro de la escena “para conservar el recuerdo o para reparar una identidad lastimada”. El testimonio se convirtió en un ícono de la verdad.⁶²

Señala que la amenaza de la pérdida de la memoria no es un miedo al efectivo borramiento de recuerdos sino al de su significado político en países donde hubo violencia, guerra o dictaduras militares. Se pregunta Sarlo de qué manera un espacio protagónico necesario para conservar un recuerdo o reparar una identidad lastimada, permite a su vez la narración de una historia con la capacidad de apartarse de esos testimonios como única fuente de verdad.⁶³

Puede apreciarse aquí la similitud con el análisis del profesor Yoshino respecto de las DIV y de la forma en que Platón se oponía a la poesía en la *polis*. Cuando de lo que se trata es de realizar una reconstrucción histórica, cabe preguntarse cuánto es el peso que se atribuirá al relato de las víctimas que han visto en el reconocimiento y en el respeto por ese relato una forma de curar su identidad dañada.

Sarlo menciona la intangibilidad de ciertos discursos autobiográficos y sostiene que terminadas las dictaduras en esta parte del mundo, “recordar fue una actividad de restauración de lazos sociales y comunitarios perdidos en el exilio o destruidos por la violencia del

60. SARLO, Beatriz, *Tiempo pasado. Cultura de la memoria y giro subjetivo. Una discusión*, Siglo XXI, Bs. As., 2005, p. 1.

61. Similar también a lo que Gramuglio refiere en las relaciones Periodismo/Poesía y que fuera mencionado en la nota 37. En este caso, la cuestión es cuánto obstaculiza un lenguaje emotivo la comunicación de un hecho.

62. SARLO, cit., pp. 22 y 23.

63. Idem, pp. 25 y 26.

Estado”. En ese primer momento la confianza en los testimonios de quienes recuperaban la voz era necesaria “para la instalación de regímenes democráticos y el arraigo de un principio de reparación y justicia”. La desconfianza en la memoria se suspendió en los casos de la víctima que narraba su sufrimiento.⁶⁴

Señala que el testimonio que narra una muerte o una vejación es en sí mismo reparador de la subjetividad, “establece también una escena para el duelo, fundando así comunidad allí donde fue destruida”. Menciona como ejemplo la Comisión de Verdad y Reconciliación del Perú, en la cual el testimonio habría importado una forma de procesar un duelo largamente postergado.⁶⁵

También refiere que “las organizaciones de derechos humanos politizaron su discurso porque fue inevitable que buscaran un sentido sustancial en las acciones de los militantes que sufrieron el terrorismo de estado. Las víctimas necesitaron además de la justicia, un reconocimiento positivo de sus acciones”.⁶⁶

Guardando las distancias entre un fenómeno colectivo como lo fueron los crímenes de lesa humanidad cometidos bajo las dictaduras en América Latina y los crímenes juzgados en los casos *Booth*, *Gathers* y *Payne*; es posible preguntarse algo del mismo orden en cuanto a la admisión de las DIV en el debate. Tan incomprensible son los homicidios descriptos, que la idea de bucear en lo que eran las vidas de quienes fueron asesinados parece ser una manera de hacerlas presentes y confirmar la injusticia de sus muertes; de reivindicar aquello que fue destruido por el acto que está siendo juzgado. Una forma de hacer que el discurso afirme la justificación de una existencia que el asesinato ha negado.

Sarlo menciona también que el discurso de quienes sufrieron la violencia estatal transmite la verdad de la experiencia y la verdad del propio sufrimiento, de manera que el cuestionamiento a esa verdad es un cuestionamiento a ese sufrimiento. ¿Como someter el testimonio a las reglas de la crítica en esta situación?⁶⁷

El contenido emotivo, la imposibilidad de discutir con un hijo el tipo de castigo que merece la persona que mató a sus padres, por ejemplo, introduce en el juicio elementos ajenos a la discusión racional y por ello su ingreso debe ser limitado. Decía uno de los jueces de la mayoría en *Booth* que la información vertida en una DIV no es fácil de rebatir, debido “al riesgo estratégico que puede importar atacar el carácter de la víctima ante el jurado”. Señalaba incluso lo incómodo que resulta para el propio tribunal poner en tela de juicio el relato de la víctima. Es difícil cuestionar al dolor en los estrados judiciales, mucho más cuando quien lo cuestiona es aquél que lo ha provocado.

8. Un argumento literario

Para Yoshino, la inclusión de las DIV modificó la posición que la izquierda progresista tenía con respecto a las relaciones entre derecho y literatura, en la medida que los estudios

64. Id., pp. 26, 59 y 62.

65. Id., pp. 67 y 68.

66. Id., pp. 93.

67. SARLO, cit., p. 49.

vinculados a la narración habían ingresado al mundo jurídico como una forma de entender a los grupos oprimidos o desaventajados, a los individuos que aparecen como víctimas del sistema. Las DIV, en cambio, son utilizadas como elemento en contra de quien es condenado a muerte escuchando el clamor de víctimas con características diferentes.

Parece haber en este punto dos sujetos con algún grado de vulnerabilidad, más allá de las razones por las que hayan llegado a esa situación: la víctima, que debió enfrentar una injusta agresión del acusado, y éste, que ahora debe enfrentar la violencia organizada del aparato estatal.

Uno de los argumentos de Yoshino contra la admisión de las manifestaciones de las víctimas, es su interferencia en la etapa donde solamente el condenado debe ser escuchado; es decir, cuando se decide a su respecto la imposición de la pena de muerte. Sostiene que “la defensa del discurso del imputado es la defensa de Scherezade contando historias al Estado para lograr mantenerse con vida.” Llamativamente, el autor acude a una comparación literaria: aceptar la inclusión de las DIV en un juicio en el cual se decida la aplicación de una pena de muerte es atentar contra uno de los personajes que de manera más pura representan a la ficción.⁶⁸

En su alegato a favor de la inclusión de las DIV, Posner menciona que a la víctima ausente debe reconocérsele el derecho a clamar por justicia, como lo hace el fantasma del padre en Hamlet o el Comendador en Don Giovanni.⁶⁹

Es significativo cuán literarias son las argumentaciones de dos exponentes de la academia. Las mil y una noches o Hamlet, ésa es la cuestión. Aunque quizás las habría utilizado él mismo, muy probablemente Platón expulsaría de la *polis* a exposiciones destinadas fundamentalmente a conmover al auditorio.

9. La razón literaria

Si bien considero que Yoshino no pretende identificar de manera absoluta a las DIV y con la literatura, el paralelo planteado entre los argumentos que fundan la exclusión de los primeros con los que permitirían la exclusión de la poesía en los textos platónicos, conduce a su asimilación. Como bien indica en su trabajo, las razones expuestas por la corte estadounidense en *Booth y Gathers* despiertan un *deja vu* platónico. La tensión es entre derecho, por un lado, y ficción, teatro, poesía, por el otro; géneros estigmatizados por considerárselos falsos, irracionales y seductores.⁷⁰

68. Para señalarlo en términos borgeanos, se trata de “un libro ilustre, uno de los libros más ilustres de toda las literaturas”, “un libro “inagotable” pues “*las mil y una noches* siguen creciendo, o recreándose”, “un libro que es tan vasto que no es necesario haberlo leído, ya que es parte previa de nuestra memoria” (BORGES, Jorge Luis, *Las mil y una noches*, en *Siete Noches*, Fondo de Cultura Económica y Ediciones Nuevo País, Bs. As., 1987, pp. 57 y ss.). De nuevo se aprecia que no es la emotividad lo que deslegitimaría a las DIV, sino el hecho de que esa emotividad tenga un determinado sentido.

69. POSNER, *Law and literature*, cit., p. 348.

70. Se trata de la visión particularizada de la literatura que es expuesta en la introducción del artículo de Yoshino.

Las DIV imbrican una decisión racional en una madeja de sentimientos y dolor. Sin embargo, la imaginación poética no es un mero acto emotivo desprovisto de racionalidad.⁷¹ Menciona Sarlo que la imaginación literaria requiere de un esfuerzo para salir de los límites de la memoria y explorar más allá de la propia experiencia mediante un ejercicio de distancia. Debe entrenarse para "salir de visita", alejarse de la inmediatez de las propias percepciones.⁷²

La imaginación literaria importa un ejercicio de representación y de búsqueda de sentido. Aunque no resulte fácil saber cómo y de qué manera trabajar en conjunto, el mundo del derecho sólo se empobrecería si dejara de bucear en ella.

La literatura crea universos y el derecho los regula, les asigna un significado. Podríamos pensar al primer libro de la Biblia no como la descripción de un acto de creación efectiva del universo sino como la aparición de la palabra que dio un significado al caos. Dios crea al mundo nombrándolo: la luz aparece luego de que su nombre es pronunciado donde únicamente había tinieblas. La palabra divina ordena, permite diferenciar y comprender. Un mundo es creado cuando adquiere el sentido que la historia narrada nos ayuda a asignarle. Señala Magris que "los antiguos, que habían comprendido casi todo, sabían que puede existir poesía en el acto de legislar; no por casualidad muchos mitos dicen que los poetas fueron, también, los primeros legisladores".⁷³

La ficción también crea por medio de la palabra; es búsqueda de significados y un intento por sostenerlos. Si el Génesis es un relato de la creación, el complejo código de normas del Levítico que le sigue constituye la regulación de esa fábula. Primero es necesario contar una historia (en la cual hay una serpiente que habla, el mundo se hunde cuarenta días bajo la lluvia y en un instante se crean los idiomas para hacer imposible la comunicación entre los hombres) y luego, formular las reglas que permiten su permanencia.

La ficción no sólo crea universos, sino que además permite, en ese ejercicio de "salir de visita", la comprensión de lo existente. Sarlo, por ejemplo, señala que encontró en la literatura "las imágenes más precisas del horror del pasado reciente y de su textura de ideas y experiencias".⁷⁴ "La literatura, por supuesto", agrega, "no disuelve todos los problemas planteados, ni puede explicarlos, pero en ella un narrador siempre piensa *desde afuera* de la experiencia como si los humanos pudieran apoderarse de la pesadilla y no sólo padecerla".⁷⁵

Menciona Manguel que para entender el horror de la guerra que azotó al mundo entre 1939 y 1945 son más iluminadoras y convincentes *La Piel*, *El manto* o *Los silencios del mar* de Malaparte, Ozick y Vercors, que los seis volúmenes de la Historia de la Segunda Guerra Mundial de Winston Churchill.⁷⁶ Decía Saer en una entrevista que, cuando uno lee a autores como Dostoievsky, no lo hace para enterarse de qué modo vivían en la Rusia del

71. Es decir, no es sólo madeja de emociones. Aristóteles menciona que la poesía es más filosófica y más elevada que la historia pues dice más bien lo universal. ARISTÓTELES, cit., p. 66.

72. La imagen es tomada por Sarlo de una cita de Hanna Arendt.

73. MAGRIS, "Los poetas y los legisladores", en diario La Nación, Cultura, p. 1, Bs. As., 12 de marzo de 2006.

74. SARLO, cit., p. 163. Menciona las novelas *Glosa* de Saer, *Dos veces junio* de Kohan y *Los Planetas* de Chejfec.

75. SARLO, cit., p. 166.

76. Revista Ñ, Nro. 134, p. 1, sábado 22 de abril de 2006, *Libros de historia e historia Libresca*.

siglo XIX, sino para saber más de uno mismo. White toma obras literarias (Shakespeare, Austen e incluso a Platón) para comprender de qué forma se construye y sustenta la autoridad en una sociedad determinada.⁷⁷

En su estudio sobre las relaciones entre derecho y literatura, Yoshino ha puesto de resalto que determinadas manifestaciones de las víctimas en el juicio oral no pueden convivir con las finalidades del derecho. Ha mostrado también de qué manera ese conflicto que se manifiesta en las decisiones de la corte estadounidense, se remonta a la dura posición que un filósofo griego esgrimía con relación a la poesía cinco siglos antes de Cristo.

Tomando a su trabajo como base, he intentado desarrollar algunas consideraciones acerca de la imposibilidad de desconocer el carácter poético de todo discurso narrativo, he presentado una visión del discurso platónico y expuesto qué es lo que en el derecho estadounidense se conoce como declaración sobre el impacto en la víctima. También he intentado poner de resalto el quiebre que los discursos emotivos pueden producir en una construcción racional y la difícil, necesaria e inevitable relación entre el discurso del derecho y la literatura, habida cuenta de la imposibilidad de erradicar a lo poético del mundo del derecho.

Mejor la verdad que la poesía, fingía el discípulo de Sócrates.

77. WHITE, *Acts of Hope, Creating Authority in Literature, Law and Politics*, en The Univesity of Chicago Press, 1994.

Las instituciones informales y el estado de derecho

Poder Judicial y violencia policial en Buenos Aires y San Pablo durante la década de los '90*

Daniel M. Brinks

Sin negar que su mera estabilidad frente a complejas crisis es un gran logro, las democracias latinoamericanas han sido criticadas durante las últimas dos décadas por ser incompletas, no consolidadas, o carentes de un verdadero estado de derecho.¹ Los sistemas legales de la región han contribuido a esta desilusión por su aparente tolerancia de la corrupción, el favoritismo y la persistente represión por parte del estado. Guillermo O'Donnell describe esta deficiencia en materia de ciudadanía democrática universal con su metáfora de las "áreas marrones".² Un aspecto importante de estas áreas marrones es la incapacidad de los sistemas de justicia en Brasil y Argentina, en diversos grados, de proteger ciertos derechos básicos. Un ejemplo de esta incapacidad es la impunidad en la que queda el gran número de homicidios que continúa siendo cometido por policías.

El problema es serio. En la década de los noventa, por ejemplo, la policía de San Pablo mató más gente que la dictadura de Pinochet en todo Chile.³ Sin embargo, un policía que mata en el transcurso de su rutina policial en San Pablo tiene un 94 por ciento de posibilidades de escapar a una sanción judicial. Y esta incapacidad no parece afectada por la capacidad institucional del poder judicial. Se han gastado decenas de millones de dólares en programas de reformas judiciales para combatir la debilidad de los sistemas judiciales en toda Latinoamérica. Aun así, el consenso es que el dinero gastado en reformas judiciales no ha producido una mejora acorde en los servicios de justicia. Tampoco parece dar resultado la proliferación de normas de derechos humanos. Las violaciones a los derechos persisten a pesar de la adopción de normas legales destinadas a prohibirlas.⁴ Esta paradoja

* Originalmente publicado como "Informal Institutions and the Rule of Law. The Judicial Response to State Killings in Buenos Aires and Sao Paulo in the 1990s", *Comparative Politics*, October 2003. Publicado bajo autorización de la revista mencionada. Brinks, Daniel M. *Inequality and the Rule of Law: The Judicial Response to Police Violence in Latin America*. New York: Cambridge University Press (a ser publicado en 2007). Traducido por María Eugenia Artabe, bajo supervisión del autor. El autor agradece el aliento y las sugerencias de Rossana Castiglioni, Michael Coppedge, Tulia Falleti, Andrew Gould, Scott Mainwaring, Guillermo O'Donnell y dos referís anónimos; la asistencia financiera del *Social Science Research Council* y *Kellogg Institute*, la Universidad de *Notre Dame*; y la invaluable ayuda de la gente de CORREPI en Buenos Aires y Córdoba, CELS en Buenos Aires, y la *Ouvidoria da Polícia* de San Pablo.

1. Véase, por ejemplo, Scott Mainwaring, "The Surprising Resilience of Elected Governments", *Journal of Democracy*, 10 (Julio de 1990); Guillermo O'Donnell, "On the State, Democratization, and Some Conceptual Problems: A Latin American View with Glances at Some Postcommunist Countries", *World Development*, 21 (Agosto 1993).

2. O'Donnell, "On the State".

3. Paul Chevigny, *Edge of the knife: Police Violence in the Americas* (New York: The New Press, 1995), p. 145.

4. María Dakolias, "A Strategy for Judicial Reform: The Experience in Latin America", *Virginia Journal of International Law*, 36 (Otoño 1995); Nibaldo H. Galleguillos, "Judicial and Legal Reforms in the Democratic Transition: An Assessment of the Changing Roles of the Judiciary in Chile", trabajo presentado en la reunión de La Asociación de Estudios Latinoamericanos, Washington, D.C., 2001; Linn Hammergren, "Fifteen Years of Justice and Justice Reform in Latin America: Where We Are and Why We Haven't Made More Progress", <http://darkwing.uoregon.edu/~caguirre/papers.htm> (1999).

se hace evidente en el caso de la respuesta judicial a los asesinatos de parte del estado en San Pablo y Buenos Aires: es evidente que ninguno de estos dos sistemas es muy efectivo, pero las instituciones aparentemente más fuertes del primero coexisten con un mayor grado de impunidad para los violadores de derechos.

Uno de los argumentos que se han propuesto para explicar las deficiencias democráticas en Latinoamérica es que las instituciones informales contradicen las instituciones formales democráticas.⁵ Sin embargo, a pesar de que varios académicos han hecho aportes valiosos, no se ha prestado suficiente atención ni a la definición de ‘instituciones informales’ ni al análisis empírico de sus efectos. Este artículo ofrece una definición precisa de las instituciones informales, y evalúa la presencia de una institución informal en un área vital de la democracia: la protección de los derechos civiles en los sistemas judiciales de San Pablo y Buenos Aires. Los datos se basan en una muestra de casos que involucran homicidios cometidos por policías, tomados de los tribunales de San Pablo y Buenos Aires, complementados con entrevistas e investigación de archivos.

En este artículo llego a la conclusión de que en ambos países la policía obedece una regla informal de comportamiento que va mucho más allá de lo que contemplan las reglas formales con respecto al uso de la fuerza letal. Esta regla tolera ampliamente los asesinatos, siempre que hayan tenido lugar en el curso de la actividad rutinaria policial. La regla no se extiende al uso de la violencia por parte del personal policial en disputas personales. Como veremos, una de las características esenciales de una institución **es el mecanismo por medio del cual se exige su cumplimiento.**⁶ Esta regla informal no cuenta con el poder judicial para su “*enforcement*” salvo en un subconjunto de casos que involucran a víctimas percibidas como autores de actos de violencia contra la sociedad. En el resto de este artículo, denomino a estas víctimas como “violentas”, simplemente, y a falta de mejor calificativo, para reflejar la percepción que de ellas tiene el aparato represivo del estado, no para descalificarlas como ciudadanos portadores de derechos, ni tampoco para sugerir que aquellas que son percibidas como violentas necesariamente lo sean.

La interacción entre estas reglas formales e informales genera una triple distinción entre los casos. En primer lugar, en aquellos casos en los que un oficial de la policía mata en el transcurso de un conflicto privado, tanto la policía como los actores judiciales se unifican respecto a la regla de derecho que debe ser aplicada, y por ello puede esperarse que los tribunales logren su máxima efectividad. Aquí las reglas formales gobiernan el mecanismo de cumplimiento, y la institución formal es claramente la que funciona. Los resultados en los dos países son similares dependiendo tan sólo de la fuerza de la institución formal. En segundo lugar, en los casos en los que la policía y los tribunales están unificados en respaldar la regla informal (los casos de “víctimas violentas”), es de esperar que los resultados reflejen esta regla informal. En estos casos existe una institución informal efectiva que incorpora a la estructura judicial formal como mecanismo de cumplimiento, y de nuevo los resultados son similares en ambos países.

5. Véase Gretchen Helmke and Steven Levitsky, eds. 2006. *Informal Institutions and Democracy: Lessons from Latin America* (Baltimore: Johns Hopkins University Press).

6. En inglés, “enforcement mechanism.”

Finalmente, en los casos en los que la policía y los tribunales están en desacuerdo en cuanto a la regla que debe aplicarse, anticipamos que los resultados serán variados y que en gran parte dependerán de las circunstancias de la víctima y de la publicidad generada por el caso. Cuando la policía se opone a la efectividad de cierta regla, es de esperar que esto cause problemas significativos para la capacidad de respuesta del poder judicial, ya que ésta es el brazo investigativo del sistema y tiene mucho control sobre la información que ingresa al sistema. Anticipamos, entonces, que la policía se dedicará a proteger a quienes se ajustan a sus reglas de comportamiento, sea cual fuere la norma formal. La persecución judicial será exitosa sólo en aquellos casos en los que las redes sociales de las víctimas sean capaces de superar este impedimento proporcionando directamente la información, o en los que los jueces o fiscales tomen medidas extraordinarias para llevar a cabo la persecución, en respuesta a presiones públicas. En este rubro los resultados serán peores en San Pablo que en Buenos Aires, debido al mayor grado de exclusión social y los menores recursos de las víctimas en aquella ciudad. Estas expectativas se encuentran resumidas en la Tabla 1.⁷

Tabla 1. Efecto Esperado de las Reglas Formales e Informales

		Regla aplicada por jueces y fiscales	
		Regla Formal	Regla Informal
Regla aplicada por la policía	Regla Formal	Alta probabilidad de condena; prevalecen las reglas formales (casos de violencia privada)	Supuesto teóricamente posible, lo que indicaría la preeminencia de la regla informal, pero no presente en mis casos
	Regla Informal	Índices de condena intermedios, con niveles de impunidad que dependen en gran medida de los recursos de partes interesadas (esto es, mayores en Buenos Aires que en San Pablo) (casos de rondas policiales)	Muy baja probabilidad de condena; las reglas formales no prevalecen (casos de víctimas violentas)

Instituciones informales, política y estado de derecho

Dado que la mayoría de los países latinoamericanos ha adoptado leyes que en general protegen las garantías propias de toda democracia constitucional, muchas de las deficiencias democráticas señaladas por observadores pueden ser descritas como prácticas reales que no están a la altura de la ley. El problema fundamental de “las áreas marrones”, “la ciudadanía incompleta”, las democracias “no liberales” o “no consolidadas,” es que, sea cual fuere la razón, las leyes no logran estructurar la realidad social y política en un nivel

7. Este análisis resume brevemente un trabajo que será publicado este año por Cambridge University Press, bajo el título *Inequality and the Rule of Law: the Judicial Response to Police Violence in Latin America*.

suficiente.⁸⁹ Es en parte en este sentido que muchos observadores han identificado el déficit en materia de *rule of law* o estado de derecho como uno de los problemas claves en Latinoamérica.¹⁰

Esta conceptualización puede evocar imágenes de anomia o de falta de reglas. Por el contrario, lo que se observa en muchos casos no es una ausencia de reglas sino la presencia de reglas alternativas, a menudo denominadas instituciones o reglas informales. Estas reglas alternativas, cuando existen, reemplazan, condicionan o afectan de alguna manera la validez de las reglas formales.¹¹ O'Donnell, por ejemplo, sostiene que muchas democracias jóvenes no están viviendo una condición negativa, la ausencia de consolidación (o institucionalización) de la democracia, sino más bien una condición positiva, la institucionalización informal de prácticas alternativas.¹² Helmke, por ejemplo, considera que las instituciones críticas para entender la (falta de) independencia de la Corte Suprema argentina no son sólo las formales que garantizan la inamovilidad de los jueces, sino también las informales que han permitido a nuevos gobernantes destituir a los jueces asociados con el gobierno o el régimen previo.¹³ Ya en Brasil, Da Matta sostiene que las reglas a favor de la ciudadanía universal en este país están condicionadas por una preferencia hacia el personalismo en la aplicación de la ley.¹⁴

Centrar el análisis en las reglas informales conlleva varios beneficios, incluido el no menor del realismo. Sin embargo, como obviamente las reglas informales por lo general no están escritas, existe el riesgo de que el concepto se convierta en tautológico, en una categoría residual para explicar toda regularidad empírica que no pueda ser justificada de otro modo, así como a veces se ha usado de manera imprecisa la definición de “cultura” para explicar

8. Obviamente, esto no es patrimonio exclusivo de los países latinoamericanos, pero sí es cierto que es un problema real y persistente en la región.

9. O'Donnell; James Holston y Teresa P.R. Caldeira, “Democracy, Law and Violence: Disjunctions of Brazilian Citizenship”, en Felipe Aguero y Jeffrey Stark, eds., *Fault Lines of Democracy in Post-Transition Latin America* (Coral Gables: North-South Center Press, 1998); Larry Diamond, ed. *Democracy in Developing Countries: Latin America* (Boulder: Lynne Rienner, 1999), pp. 42-51; Wolfgang Merkel, “Defective Democracies”, Instituto Juan March de Estudios e Investigaciones, Centro de Estudios Avanzados en Ciencias Sociales, *Working Paper* 1999/132 (1999); F. Zakaria, “The Rise of Illiberal Democracy”, *Foreign Affairs*, 76 (Noviembre-Diciembre 1997); Larry Diamond, *Consolidating the Third Wave Democracies* (Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1997); Larry Diamond, “Democracy in Latin America: Degrees, Illusions, and Directions for Consolidation”, en Tom Farer, ed., *Beyond Sovereignty: Collectively Defending Democracy in the Americas* (Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1996).

10. Diamond, ed., *Democracy in Developing Countries: Latin America*; Juan E. Mendez, Guillermo O'Donnell, y Paulo Sergio Pinheiro, eds., *The (Un)Rule of Law and the Underprivileged in Latin America* (Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1999); M. Shifter, “Tensions and Trade-Offs in Latin America”, *Journal of Democracy*, 8 (abril 1997), 116.

11. Véase Gretchen Helmke and Steven Levitsky, eds. 2006. *Informal Institutions and Democracy: Lessons from Latin America* (Baltimore: Johns Hopkins University Press).

12. Guillermo O'Donnell, *Counterpoints: Selected Essays in Authoritarianism and Democratization* (Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1999), pp. 175-94.

13. Gretchen Helmke, “The Logic of Strategic Defection: Court-Executive Relations in Argentina under Dictatorship and Democracy”, *American Political Science Review*, 96 (2002).

14. Roberto da Matta, *Carnivals, Rogues and Heroes: An Interpretation of Brazilian Dilemma* (Notre Dame: University of Notre Dame, 1991); Roberto da Matta, “The Quest for Citizenship in a Relational Universe,” en John Wirth, Edson de Oliveira Nunes, y Thomas E. Bogenschield, eds., *State and Society in Brazil: Continuity and Change* (Boulder: Westview Press, 1987).

cualquier comportamiento desconcertante. Sin una definición precisa, las instituciones informales seguirán siendo fundamentalmente insatisfactorias como variables explicativas.

Casi todas las definiciones de instituciones comparten la idea de que las reglas son su elemento fundamental. Guy Peters revisa las distintas vertientes del institucionalismo y clasifica las definiciones en tres corrientes: instituciones como estructuras normativas, instituciones como reglas, e instituciones como patrones regulares de interacción.¹⁵ Sin embargo, una definición coherente de las reglas requiere tanto un componente normativo como un patrón regular de conducta, y abarca estas tres concepciones de lo que son las instituciones. Algunas definiciones incluyen ya todos estos elementos, al menos implícitamente. O'Donnell, por ejemplo, incorpora los patrones de conducta, las reglas y las normas en su definición cuando dice que “las instituciones son patrones regularizados de interacción que son conocidos, practicados y regularmente aceptados... por parte de actores sociales que anticipan seguir interactuando bajo las reglas y normas formal e informalmente reflejadas en esos patrones”.¹⁶ Los juristas, por su parte, señalan que hay tanto reglas primarias -reglas de comportamiento- como reglas secundarias, que determinan entre otras cosas cómo se deben crear esas reglas primarias y quién está legitimado para hacerlas cumplir.¹⁷ Finalmente, debemos notar que las instituciones no consisten en una sola regla sino en una combinación de reglas primarias y secundarias que especifican no sólo la conducta regulada sino también aspectos secundarios relativos a la creación, modificación y cumplimiento de las reglas, y a los actores relevantes. Uno de los rasgos cruciales de cualquier institución es la manera de asegurar su cumplimiento.¹⁸

Las reglas formales, y por ende las instituciones formales, son normalmente fáciles de identificar (aunque Hart señala que son un poco más difíciles de definir). Generalmente están conformadas por estándares escritos de conducta, elaborados de acuerdo a procedimientos especificados por parte de ciertas autoridades legalmente investidas de poder para hacerlo. Las leyes, por ejemplo, son promulgadas por el Legislativo y ratificadas por el Ejecutivo de conformidad con el procedimiento establecido en la Constitución. Según Hart, este procedimiento está especificado en las “reglas de reconocimiento” que gobiernan el sistema. Este análisis de Hart ofrece la primera pista –de tipo negativo- sobre la naturaleza de una regla informal: una regla informal es aquella que no fue promulgada de acuerdo a las reglas de reconocimiento vigentes (es decir, que fueron creadas sin seguir las formalidades del caso).

El problema es que, dado que las reglas informales no están caracterizadas por su debido respeto a las formalidades al momento de su creación, se las puede fácilmente confundir con otras regularidades empíricas que no responden a “reglas” de conducta. El

15. B. Guy Peters, *Institutional Theory in Political Science: The “New Institutionalism”* (Londres: Pinter, 1999), p. 146.

16. Guillermo O'Donnell, “Delegative Democracy,” *Journal of Democracy*, 5 (1994); Lee J. Alston, Eggertsson Thráinn, y Douglass Cecil North, *Empirical Studies in Institutional Change* (Cambridge: Cambridge University Press, 1996).

17. Robert C. Ellickson, *Order without Law: How Neighbors Settle Disputes* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1991); H.L.A. Hart, *The Concept of law* (Oxford: Clarendon Press, 1961).

18. Véase Sue E.S. Crawford and Elinor Ostrom, “A Grammar of Institutions,” *American Political Science Review*, 89 (Septiembre 1995); Ellickson.

desafío es ofrecer un análisis teórico de la distinción entre meras regularidades de comportamiento (que pueden no responder a reglas sino a otros tipos de incentivos) y reglas informales (que crean instituciones informales). Por ejemplo, intuitivamente reconocemos una distinción entre las frases “la gente se quita el abrigo cuando entra a un restaurante” y “la gente se quita el sombrero cuando entra a una iglesia”. Ambas describen regularidades de comportamiento, pero la primera conducta responde a una regla meramente predictiva, mientras que la última obedece a una regla que de alguna manera es prescriptiva (y cuya violación puede llegar a producir alguna sanción social).

Con el fin de clarificar esta distinción, Hart afirma que las reglas tienen un “componente interno”, de acuerdo al cual “al menos algunas personas deben considerar el comportamiento en cuestión como un estándar general que debe ser seguido por todo el grupo”.¹⁹ La distinción característica es, en teoría, observable: las “verdaderas” reglas (esto es, las prescriptivas) darán lugar a una conducta secundaria (el “enforcement” o la sanción) a ser aplicada a los infractores. Más aún, aquellos que aseguran el cumplimiento deben apoyarse en la regla misma como fundamento y fuente de legitimidad de su accionar.²⁰ A este componente de “enforcement” tenemos que agregarle también un componente de comportamiento consonante con la regla. Como señala Ellickson, “una pauta para la conducta humana es una regla sólo si su existencia realmente influye en el comportamiento de aquellos a quienes está dirigida o de quienes detectan a otros violando la pauta”.²¹ De ahí que una norma debe tener tanto normatividad (el componente interno al que se refiere Hart) como facticidad (el requisito señalado por Ellickson de que ya sea su existencia o su violación produzcan ciertas consecuencias en el comportamiento).²²

Para entender las instituciones informales, la distinción entre regularidades de comportamiento y reglas que regulan comportamiento es crucial. Patrones de conducta idénticos pueden ser tanto el producto de una regla que genera su propia dinámica en términos de desaprobación social y sanción, como el mero resultado regular de otras instituciones, estructuras o incentivos –la gente sale de noche con más frecuencia los fines de semana, no tanto porque existan reglas que así lo prescriben sino porque hay otras reglas que regulan los días de trabajo o de colegio, por ejemplo, y que facilitan ese patrón de conducta-. El peligro para el que quiera entender el origen de ciertas regularidades de comportamiento reside en que cualquier regularidad sea simplemente denominada una institución informal, cuando la explicación debería dar un paso más atrás hacia el conjunto de estructuras, instituciones o incentivos que producen una y otra vez este resultado incluso en ausencia de una norma prescriptiva.

19. Hart, p.55.

20. Ibid, p.p. 113 ff. Esta definición excluye las normas puramente auto-aplicables [“self-enforcing norms”], la primer categoría enumerada por Richard A. Posner y Eric B. Rasmusen, “Creating and Enforcing Norms, with Special Reference to Sanctions”, *International Review of Law and Economics*, 19 (septiembre 1999). Las normas de esta categoría no pueden propiamente etiquetarse como reglas a menos que estén apoyadas por algún mecanismo de aplicación que entre en acción en caso de que el auto-interés falle.

21. Ellickson, p. 128.

22. Al emplear el concepto “normatividad” no me refiero a sanciones morales o éticas, sino simplemente a que la regla prescriba un estándar de comportamiento. Aunque esta terminología es similar a la de Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy* (Cambridge, Mass: MIT Press, 1996), su uso aquí es ligeramente diferente al de este autor.

Resumiendo, entonces, un patrón de conducta responde a una institución informal si reúne una condición negativa y una condición positiva. Debe ocurrir en respuesta a ciertas reglas primarias cuyo cumplimiento es asegurado por parte de los agentes relevantes de control social (en otras palabras, las normas deben mostrar normatividad y facticidad), y estos agentes deben asegurar el cumplimiento de estas reglas aun cuando no fueron creadas empleando los procedimientos previstos en las reglas secundarias (es decir, no fueron creadas siguiendo las formalidades del caso).

Falta todavía hacer explícito un último elemento teórico: la relación entre instituciones informales, regularidades de comportamiento y estado de derecho. Niklas Luhmann sostiene que el derecho es normativamente cerrado pero cognitivamente abierto.²³ Por un lado, una nueva norma (o sentencia o decisión judicial) debe derivar su validez normativa internamente, del derecho mismo. La intromisión de reglas informales en la toma de decisiones legales viola este cierre normativo (“*normative closure*”) al incorporar reglas de decisión que no fueron creadas de acuerdo a procedimientos legales. Aquí es donde encontramos a las instituciones informales. Por otro lado, el sistema legal debe estar cognitivamente abierto (“*cognitive openness*”), dado que depende de fuentes externas de información no sólo para tomar decisiones, sino también en el momento de evaluar la necesidad de crear nuevas normas o modificar las antiguas.²⁴ Cuando –predecible y consistentemente– el sistema no recibe la información que necesita para decidir ciertos tipos de casos correctamente, tenemos una regularidad que proviene de la falta de apertura cognitiva del sistema, pero que no necesariamente responde a una institución informal.

El sistema legal fracasa en su intento de producir resultados de acuerdo con las reglas formales tanto cuando juzga una realidad procesal equivocada empleando la regla correcta (es decir, por un cierre cognitivo) como cuando aplica la regla de decisión equivocada a los hechos correctos (por su apertura normativa). Ambos errores pueden manifestarse en regularidades de comportamiento: el primero porque pueden existir razones institucionales o estructurales que sistemáticamente producen una cierta ceguera en ciertas clases de casos, y el último porque una institución en la cual todos los actores están haciendo cumplir cierta regla de comportamiento (formal o informal) lógicamente producirá decisiones consonantes con esa regla. Pero si aceptamos que las instituciones informales deben estar conformadas por reglas, sólo en el segundo caso se configura una institución informal que incorpora el sistema de justicia como parte de su mecanismo de cumplimiento.

Vale resaltar que esta diferencia teórica tiene consecuencias reales. Las medidas correctivas necesarias en el caso de cierre cognitivo no pasarían por entrenar a los actores legales en el marco normativo adecuado –más clases de derechos humanos para jueces,

23. Niklas Luhmann, *A Sociological Theory of Law* (London: Routledge & Kegan Paul, 1985), pp. 283 ff. No queda del todo claro si Luhmann utiliza este argumento como una descripción de la ley o como un estándar normativo. Claramente, de ningún modo describe a la ley como ella opera prácticamente en cualquier lugar del mundo, y existen algunas dificultades con establecerlo como estándar normativo, como lo expresa Richard Lempert, “The Autonomy of Law: Two Visions Compared,” en Gunther Teubner ed., *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society* (Berlin: Walter de Gruyter, 1978). Pero su clara distinción entre la fuente interna de las reglas legítimas y la fuente externa de la información es útil en este contexto.

24. William M. Evan, *Social Structure and Law: Theoretical and Empirical Perspectives* (Newbury Park: Sage, 1990), p.p 41-42; Niklas Luhmann, “*Closure and Openness: On Reality in the World of Law.*”, en Teubner, ed. pp. 20.

por ejemplo— sino por diseñar y fortalecer las instituciones de modo que puedan reunir la información necesaria para fundamentar decisiones justas —un mejor (o más independiente) aparato de investigación, o el fortalecimiento de la figura del querellante, tal vez con apoyo financiero del estado, por ejemplo-. Ahora bien, las deficiencias a la hora de investigar y punir los excesos policiales en Buenos Aires y San Pablo, ¿responden a una regla informal de impunidad, o debemos entenderlas como una falla sistemática y regular en el procesamiento de los casos, aun cuando se intenta aplicar la normativa formal?

Patrones Generales de Conducta

Al menos en San Pablo y Buenos Aires, la fuerza institucional de las organizaciones que conforman el sistema legal guarda relación inversa con su efectividad para juzgar las violaciones a los derechos civiles por parte de la policía. El Ministerio Público de Brasil ha sido justamente elogiado por su robustez e independencia, mientras que los fiscales en Argentina están peor financiados y son más dependientes políticamente.²⁵ La oficina de asistencia legal estatal en San Pablo (que en los años 90 formaba parte del Ministerio Público) está mejor financiada que su correlativa en Buenos Aires. Los tribunales en San Pablo, aunque no necesariamente en todo Brasil, tienen una organización burocrática más racional (en el sentido weberiano), mejores presupuestos y mayor infraestructura que los de Buenos Aires, y son más independientes. Al mismo tiempo, lo que sabemos de la efectividad de estos dos sistemas en lidiar con un problema tan serio como la violencia policial indica que los tribunales en Buenos Aires, aun lejos de ser perfectos, logran producir mejores resultados que los de San Pablo. Para comenzar a resolver esta paradoja, es necesario ir más allá de las características formales de estos dos sistemas de justicia.

El comportamiento en cuestión, en breve, es el uso regular e ilegal de fuerza letal por parte de la policía. Este comportamiento será tomado como dado, sin intentar explicarlo, con el fin de explorar las reacciones de los tribunales frente al problema.²⁶ Las normas que gobiernan el uso de fuerza letal por parte de la policía son esencialmente las mismas en Argentina y Brasil. Ambos países han suscripto convenciones que protegen los derechos humanos, entre ellos los vinculados con el debido proceso, el acceso a la justicia y la proscripción de ejecuciones sumarias y otras formas de violencia policial arbitrarias. Los dos países han incorporado estas normas a su marco legal doméstico.

No obstante, en la década de los 90, el número de civiles muertos a manos de la policía en San Pablo y Buenos Aires se mantuvo muy alto y mostraba señales de empeorar. En promedio, la policía en el área metropolitana de Buenos Aires mató 160 personas por año entre 1990 y 2000. El peor año fue 1999, cuando murieron 277 personas, más de cinco por semana. La tendencia fue generalmente en aumento (aunque decae, en los últimos

25. Alvin Olivera Sanchez Filho, *"Incentivos E Constrangimentos Institucionais: O Ministerio Público Da Bahia E O Controle Externo Da Atividade Policial"*, en Nelson de Oliveira, Lutz Mulero Sousa Ribeiro y José Carlos Zaneti, eds., *A Outra Face Da Moeda* (Salvador: Gráfica Envelope, 2000), María Tereza Sadek, ed., *Justica E Cidadania No Brasil* (San Paulo; Editora Sumaré, 2000).

26. Para una exploración de las raíces de este problema, véase Chevigny; Holsen; Jerome H. Skolnick y James J. Fyfe, *Above the Law: Police and the Excessive Use of Force* (New York: The Free Press, 1993).

años). En San Pablo el número es aun mayor, promediando 680 víctimas anuales desde 1990 hasta 2000. El número alcanzó su máximo en 1992, con la alarmante cifra de 1428 víctimas en un solo año. Incluso tomando en cuenta la inmensa población del estado de San Pablo –alrededor de 36 millones-, muchos países en plena guerra civil no sufren este número de víctimas. Las diferencias en el tamaño de las dos ciudades disfrazan la similitud en sus cifras *per cápita*. Desde 1990 a 1994, la tasa de homicidios cometidos por la policía de San Pablo fue dos veces más alta que la de Buenos Aires, 2,2 muertes a mano de la policía por 100.000 habitantes en San Pablo y 1 por 100.000 en Buenos Aires. Pero de 1995 al 2000 las tasas son prácticamente idénticas, 1,6 a 1,63.²⁷

A modo de contraste, otras ciudades con grandes poblaciones y fuerzas policiales, y con notorios problemas en materia de crímenes violentos, muestran índices de menor magnitud tanto en términos relativos como absolutos. En 1992 la policía de San Pablo mató a 31 personas por cada víctima en Los Ángeles, la ciudad cuya policía “mata más gente en proporción al tamaño de la fuerza que cualquier otra gran fuerza policial de los Estados Unidos”. Los Ángeles registra aproximadamente 0,5 muertes por 100,000 habitantes en 1991 y 1992. Las cifras en Nueva York son más bajas aun; un promedio de aproximadamente veinticinco personas mueren a manos de la policía cada año entre 1991 y 1993 (0,34 por 100.000 habitantes).²⁸ En el caso de Ciudad de México, un área urbana incluso más populosa que San Pablo, la mejor cifra disponible indica que la tasa de letalidad policial es inferior al 1 por 100.000.

En resumen, el comportamiento regular de los miembros de las fuerzas de seguridad de estas dos ciudades sugiere una cierta discrecionalidad para dirigir a voluntad el uso de la fuerza letal contra grupos marginales. Pero, ¿puede decirse con certeza que, tanto en Buenos Aires como en San Pablo, funciona una institución informal que le da a la policía la libertad de matar a voluntad, con un mecanismo de cumplimiento (*enforcement*) que incluye a la propia justicia? Ellickson advierte que la mejor evidencia de la existencia de una regla es la actuación visible de dichos mecanismos.²⁹ Si el sistema de justicia toma conocimiento de las violaciones pero no las castiga, como mínimo la ley que prohíbe el uso arbitrario de la fuerza letal no es la regla efectiva.³⁰ La regla (informal) efectiva en ese caso sería una que permite o directamente requiere este comportamiento. Por el contrario, aun cuando las infracciones se detecten con poca frecuencia, si la detección generalmente produce una sanción, la ley todavía constituye una regla válida, y el interrogante pasa a ser por qué las violaciones son tan raramente detectadas. En ese caso, el problema puede ser la existencia de instituciones (formales) débiles, y no tanto la presencia de una institución informal.

27. La cifra de 36 millones de habitantes del estado de San Pablo está mencionada en el sitio Web oficial del gobierno; la cifra de 12 millones correspondiente al área metropolitana de Buenos Aires proviene de la lista de la Enciclopedia Británica de las áreas metropolitanas más grandes. Las cifras disponibles de San Pablo indican que la proporción de asesinatos en la capital comparada con el resto del estado se corresponde de modo aproximado con la población relativa de la capital.

28. Chevigny, p. 46.

29. Ellickson, p. 128.

30. La detección tiene un significado especial aquí, dado que no todo uso de la fuerza por parte de la policía constituye una violación a los derechos humanos. Lo que es importante es que los rasgos del acto que lo caracterizan como una violación sean conocidos por los actores relevantes: fiscales, jueces y jurados.

La baja tasa de condena (Tabla 2) en los dos países demuestra que ni uno ni otro sistema castiga una proporción importante de los homicidios policiales, aunque los tribunales argentinos muestran un mejor desempeño que sus pares brasileños.³¹ La tabla 2 compara los resultados de los dos países, basados en una muestra de casos recogidos en Argentina y Brasil.³² En esta muestra, la tasa de condena en Argentina es de alrededor del 24 por ciento, mientras que en Brasil es sólo del 10 por ciento. En aquellos casos que llegan a juicio, la tasa de condena en Brasil es de cerca del 40 por ciento, mientras que en Buenos Aires ronda el 90 por ciento. En resumen, en Buenos Aires una menor cantidad de casos es descartada sin juicio y, si el caso es juzgado, las posibilidades de condena son mayores. A modo de comparación, un fiscal en San Pablo informó que, entre los casos de homicidios ordinarios que van a juicio, sus cifras muestran una tasa de condena del 80 por ciento, mientras que un estudio de Adorno sobre raza y persecución penal reporta que la tasa de condena en los casos de homicidio que llegan a juicio es aproximadamente del 70 por ciento.³³

Tabla 2. Resultados Judiciales por Jurisdicción

	Buenos Aires	San Pablo
Pendientes	117 (43%)	17 (10%)
Rechazados sin juicio	80 (29%)	105 (64%)
Absueltos	10 (4%)	26 (16%)
Condenas	67 (24%)	17 (10%)
Total	274 (100%)	165 (100%)

La baja tasa de condenas no incluye casos pendientes, de los cuales Buenos Aires en especial tiene un gran número. Sin embargo, los casos pendientes no ofrecen grandes

31. El punto no es que la tasa de condena debería ser del 100 por ciento. La justicia debe también proteger los derechos de aquellos que son acusados sobre la base de pruebas ligeras o imprecisas. De este modo, cabe esperar cierto número de absoluciones y esto, de hecho, será una señal de salud. Pero la tasa de condenas apropiadas debería ser mayor en los lugares en que las funciones de investigación, persecución y juzgamiento son más efectivas.

32. En Argentina, el punto de partida para las muestras son las listas de casos compiladas por las organizaciones de la sociedad civil (CELS y CORREPI), las cuales realizan investigaciones diarias en los periódicos y tienen redes de información en áreas marginales. La muestra excluye los casos en los que se considera que la víctima estaba armada y que resistió la acción policial. En San Pablo el punto inicial fue una lista compilada por la *Ouviodoria da Polícia*, un defensor del pueblo que también revisa los relatos periodísticos y recibe denuncias, y que también recibe informes oficiales de cada uso de fuerza por parte de la policía; aquí se excluyeron los casos en los que información disponible confiable confirmó que las víctimas estaban armadas y resistiendo por medio de la fuerza el accionar policial. En ambos países complementé esta información con entrevistas con los participantes, revisión de documentos judiciales, búsquedas de archivo en ediciones *on line* de diarios, o los tres métodos combinados. Describo la muestra con mayor detalle en mi libro *Inequality and the Rule of Law* (a ser publicado en 2007).

33. Sergio Adorno, "*Discriminacao Racial E Justica Criminal Em Sao Paulo*", Novos Estudos-CEBRAP, 43 (Noviembre de 1995).

esperanzas de aumentar la tasa de condenas. Entrevistas hechas en Buenos Aires sugieren el frecuente archivo o la simple demora de casos en los cuales el cumplimiento de la ley requiere la condena, pero en los cuales este resultado es resistido por la policía, el poder político o el público. Ni en Brasil ni en Argentina es desconocida la práctica de ‘cajonear’ o ‘*engavetar*’ un caso complicado. Los datos apoyan esta observación. Aquellos casos que seguían pendientes en Buenos Aires a la fecha límite de la muestra llevan un promedio de un año y medio más de tiempo en la justicia que el promedio general de casos. Si su tiempo procesal hubiera sido simplemente interrumpido por el cierre de la muestra, esperaríamos lo contrario: serían casos más recientes con una antigüedad promedio menor a la de los otros casos en la muestra. Esto sugiere que al menos algunos de los casos han quedado pendientes por un lapso de tiempo inusualmente largo –cajoneados–.

La Existencia de una Institución Informal Alternativa

Se escucha con cierta frecuencia el argumento de que el fenómeno que aquí se presenta es el resultado de una política oficial, aunque informal, de reprimir a los pobres para preservar el orden económico liberal que sostiene el estado. Pero no todos los asesinatos policiales quedan impunes, por lo que tratar estos casos sin distinciones esconde diferencias importantes. Como veremos a continuación, los datos sugieren que de hecho existe una norma informal efectiva que impide el castigo de aquellos policías que matan a personas percibidas como criminales violentos, y que anima la ceguera sistemática de la justicia cuando la policía mata en el curso de sus operaciones de rutina. Esta regla, sin embargo, permite que se aplique la ley con relativa efectividad en casos en los que un policía mata en un conflicto privado. De acuerdo a la estructura teórica de Luhmann, en el caso de un criminal violento que es ejecutado por la policía, la impunidad se produce por la falta de cierre normativo; esto es, por la intrusión de una regla informal de decisión. En los casos de rutina policial, el problema puede ser mejor descrito como la falta de apertura cognitiva del sistema, que lleva a una errónea caracterización de los casos como usos legítimos de la fuerza. Esta falla es sistemática principalmente porque muchos de estos casos surgen en un contexto social que es especialmente opaco al sistema de justicia –debido a la marginalización de las víctimas, la obstrucción policial y la demanda de un alto nivel de pruebas por parte del poder judicial–. En casos de uso privado de violencia por parte de policías, ninguna de estas fallas afecta el sistema.

Para poner a prueba la existencia de estas tres categorías, definidas a partir de la regla informal propuesta, divido la muestra en tres clases de casos. Primero están los de violencia privada (en los cuales un policía mata a alguien en el curso de una riña personal o una disputa doméstica, por ejemplo). Como se espera, estos homicidios son generalmente condenados en ambos países (Tabla 3). En Buenos Aires, en esta categoría, alrededor del 95 por ciento de casos adjudicados terminaron en condena, mientras que en San Pablo el índice de condena se eleva al 100 por ciento. La inclusión de casos pendientes disminuye los porcentajes al 46 y al 56 por ciento, respectivamente, pero estas cifras son todavía mucho mayores que las tasas en cualquier otra categoría. De manera interesante, los datos apoyan el argumento de que San Pablo tiene instituciones más fuertes en términos formales. Cuando todos los actores están unidos en su esfuerzo por perseguir a los

violadores, el sistema en ambos lugares produce una tasa de condena más elevada, y los tribunales en San Pablo, que trabajan más rápida y eficazmente que los de Buenos Aires, obtienen mejores resultados.

La segunda categoría abarca casos que involucran a los (denominados) criminales peligrosos. Esta categorización de los casos presenta un tipo ideal, ya que determinada víctima puede estar más o menos asociada con la violencia, y la evidencia de su vinculación puede ser más o menos firme. En la práctica, entonces, la regla opera de forma más bien continua; el nivel de recursos asignados al caso por el poder judicial y el ministerio público desciende (produciendo una tasa de condena más baja) a medida que los casos se aproximan al extremo. Al clasificar los casos para este artículo, sin embargo, sólo se incluyen aquellos claramente definidos; sólo han sido codificados como casos de ‘víctimas violentas’ aquellos en los que existe sólida evidencia provista por terceros de que la víctima tuvo una conexión cercana con un crimen violento –por ejemplo, evidencia incuestionable de un disparo o una toma de rehenes- aunque en cada caso, la muerte ocurre no a raíz de un enfrentamiento sino más tarde o aun en circunstancias completamente ajenas a ese crimen inicial. Como se espera, ninguno de los casos codificados en esta categoría llegó a una condena, en ninguna de las dos jurisdicciones. Resulta claro, entonces, que si la víctima se presenta como protagonista de un acto violento que presenta un riesgo serio para la sociedad, su ejecución por parte de la policía no es condenada ni siquiera cuando tuvo lugar luego de haber pasado la amenaza.

Como queda ilustrado en la Tabla 1, en la última clase de casos, los de rutina policial, la policía aplica una regla mientras que los jueces y fiscales aplican otra. Estos supuestos representan los casos clásicos denominados de ‘gatillo fácil’: el uso excesivo de fuerza letal en la detención de pequeños criminales, de personas que huyen de un contacto con la policía, y casos similares. Nuevamente, los resultados obtenidos son los esperados. Cerca del 6 por ciento de los casos que caen en esta categoría termina en una condena en San Pablo, mientras que la tasa de condena es del 21 por ciento en Buenos Aires. Si el abuso de autoridad es patente y la evidencia sugiere que la víctima no era un criminal “peligroso”, en ambas jurisdicciones, aunque en grados bastante diferentes, los fiscales promueven los casos, los jueces los mandan a juicio, y algunas condenas terminan siendo dictadas. En estos casos, se dictan condenas incluso cuando la víctima ha estado involucrada en alguna actividad criminal menor, aunque la condena es más probable cuando la policía le dispara a una persona que intenta escapar por miedo general a la policía que cuando la víctima se encontraba violando la ley. El todavía bajo índice de condenas en estos casos responde a la negativa de la policía en cooperar en la investigación. La falta de una investigación oficial vigorosa y competente dificulta la efectiva actuación del sistema.

La Tabla 3 resume los resultados, que satisfacen las expectativas indicadas en la Tabla 1. Los resultados de esta simple clasificación son claramente consistentes con la hipótesis de que en los casos de víctimas violentas los tribunales aplican una regla de impunidad: la excepción informal a la protección judicial para las víctimas violentas. En los casos de rutina policial, en contraste, jueces y fiscales están ocasionalmente dispuestos a efectuar una persecución judicial y pueden incluso obtener una condena, aunque mucho menos a menudo que en los casos en los cuales también la policía apoya la regla básica supuestamente violada.

Tabla 3: Los Efectos de las Reglas Formales e Informales sobre las Tasas de Condena

		Regla aplicada por jueces y fiscales					
		Regla Formal			Regla Informal		
Regla aplicada por la policía		Tasa de condenas (total N)			Tasa de condenas (total N)		
	Regla Formal	Casos de violencia privada	Bs. As.	San Pablo	No hay casos que llenen esta celda	Bs. As.	San Pablo
			46% (24)	56% (9)			
	Regla Informal	Casos de patrullaje policial	24% (136)	6% (122)	Casos de víctimas violentas	0% (16)	0% (81)

(Los números en paréntesis indican el número total de casos que caen en la categoría respectiva.)

Un examen más cualitativo y cercano del proceso apoya esta conclusión y aporta datos valiosos respecto al mecanismo por medio del cual se obtienen estos resultados. En al menos algunos de los casos de víctimas violentas, los hechos que fundamentarían una condena son conocidos, pero aun así los infractores no son condenados. Al mismo tiempo, jueces y fiscales persiguen casos de rutina policial cuando anticipan que los elementos de prueba demostrarán que la policía excedió el uso legítimo de la fuerza, pero los intentos de obtener buena información se ven obstaculizados en estos casos por dos razones: primero, porque en muchos casos las víctimas y sus familias son mayormente pobres y marginalizadas, con poca capacidad de activar el aparato estatal, y segundo, por la activa oposición de la policía a estas investigaciones.

Como indicamos al comienzo, la tasa de cero condenas en casos de víctimas violentas podría ser atribuida a una imposibilidad sistemática de reunir elementos de prueba suficientes para fundamentar una condena. Sin embargo, varios casos en la muestra sugieren que, esté o no presente la información necesaria, la muerte de una persona de quien se cree ha tomado armas contra ciudadanos honestos quedará impune. Regiane Dos Santos era una joven de veinte años que, junto a su marido, intentó robar una casa. La policía llegó en medio del atraco, y ella y su marido tomaron a la familia como rehenes. Luego de un breve lapso de tiempo, se desencadenó un intercambio de disparos, durante el cual la policía mató a su marido y a uno de los rehenes, una niña. Regiane manifestó entonces su intención de rendirse y le entregó su arma al dueño de casa. La policía entró a la casa, la llevó al baño y la ejecutó de un tiro. Los policías fueron sometidos a juicio y absueltos por legítima defensa por un panel de jueces. De acuerdo a la abogada que representó a la madre y los hijos de Regiane, los jueces culparon a la mujer por la muerte del rehén e ignoraron el testimonio del dueño de la casa, quien insistía que Regiane se había rendido y había abandonado su arma antes de ser asesinada. La corte de apelación confirmó la absolución.

En Argentina también hay casos similares. El más conocido es probablemente el caso de Villa Ramallo. En 1999 la policía rodeó un auto que se alejaba de un banco que había

sido atracado. Decenas de policías rodearon y acribillaron el auto hasta matar a dos de los rehenes y uno de los ladrones. Las mismas pruebas y pericias que apoyan la condena de los policías por el asesinato de los dos rehenes -por rodear el auto y acribillar a balazos a los ocupantes, que en ese momento se encontraban todos igualmente indefensos- apoyarían la persecución penal por el asesinato del tercero. Pero la persecución penal se centró sólo en el asesinato de los dos rehenes, empleados bancarios, y no en el del ladrón, quien fuera o no un individuo ejemplar, también tenía derecho a la protección de la ley y a la persecución, si bien póstuma, de quienes violaron sus derechos.

Pese a que ningún fiscal o juez de los que fueron entrevistados admitió directamente que no condenaría bajo estas circunstancias, en estos casos el sistema claramente registró una violación de la regla formal, y aun así no produjo sanciones, lo que sugiere la aplicación de una regla alternativa de decisión. Además, existe abundante evidencia indirecta de la existencia de esta regla informal. Con frecuencia, por ejemplo, los policías que matan son premiados con un ascenso. Gilson Lopes en San Pablo escaló en forma consistente la jerarquía de la policía militar, en buena medida debido a su record de al menos cuarenta y dos muertes durante el curso de una década, antes de perder un juicio por homicidio y ser removido de la fuerza. Cuando fue gobernador de la provincia de Buenos Aires, Carlos Ruckauf también ofreció un bono de cinco salarios al policía que estuviera involucrado en “actos de arrojo”, vagamente definidos, e interpretados por algunos como un premio a la mano dura y al uso de la fuerza letal, especialmente en situaciones que involucraban rehenes.³⁴ Este gesto se asemeja a las acciones del comandante de la Policía Militar de San Pablo, que también ofreció una recompensa y cinco días de licencia a quienes se distinguieran matando a alguien.³⁵

El comportamiento de los policías es en sí mismo evidencia de que ellos confían en esta regla. En muchos casos crean con cuidado la apariencia de que la víctima era una amenaza para la sociedad. En más de la mitad de los casos examinados en Argentina y en la misma cantidad o más de casos en Brasil existe algún indicio, sea porque el procedimiento judicial develó la connivencia policial o porque los abogados de la víctima formularon un alegato concreto, de que la policía simuló una confrontación después de la muerte de la víctima, plantó un arma, amenazó a los testigos, produjo informes forenses falsos o de alguna manera obstruyó el proceso. Los métodos son diversos y creativos. Un policía retirado confió que la policía de San Pablo solía poner un arma en la mano de la víctima muerta y tirar del gatillo de manera que su piel mostrara residuos de pólvora; en un par de casos la policía disparó a su propio auto para simular una confrontación; en otros fue vista transportando el cuerpo de la víctima al lugar donde luego alegó que se produjo la confrontación armada. A menudo la evidencia de la obstrucción es irrefutable, como cuando un segundo informe pericial confirma que los disparos ingresaron por la nuca en vez de por el frente del cuerpo, o cuando se rastrea un arma atribuida a la víctima y resulta que pertenece al comisario a cargo de la investigación. Otras veces no existe otra evidencia que el (persuasivo) reclamo del abogado de la víctima.

34. Véase Página 12, 3 de Octubre, 2000, “Ruckauf Sube la Apuesta en su Tesis de ‘Mano Dura’: Premios para la bravura policial.”

35. Chevigny.

Los estudios publicados relativos a la violencia policial en Buenos Aires y San Pablo apoyan esta conclusión en este punto.³⁶ Comentando un caso reciente, el CELS escribió:

[Este caso] se da en el marco de un accionar institucional que promueve la complicidad y el encubrimiento de estos hechos, fraguando las pruebas e intentando presentar estos asesinatos como enfrentamientos. Además, pone en evidencia la negativa de quienes están a cargo de la policía bonaerense a investigar estos hechos, adoptar cualquier medida preventiva sobre los imputados hasta tanto la justicia lo ordene, o desarrollar política alguna para revertir el incremento de la violencia policial.³⁷

Incluso los familiares de las víctimas a menudo insisten que su hijo, su hermano, su padre, no era un *marginal*. En Brasil especialmente, es común escucharlos justificar la muerte de criminales ‘fuera de la ley’, aun al momento de condenar el injustificado asesinato de su propio ser amado. La insistencia en la ‘inocencia’ de la víctima no hace otra cosa que sugerir que existen víctimas ‘culpables’ y por ende responsables de su propio fin. En última instancia, el problema en estos casos es que ni el fiscal, ni el juez ni el jurado (en Brasil) están dispuestos a condenar a un policía cuando consideran que la víctima por sus propios hechos se ha puesto fuera del contrato social.³⁸ Por más que existan en estos casos indicios abrumadores que justifiquen la condena, lo más fácil es simplemente mirar hacia el otro lado.

La situación es diferente en los casos de rutina policial que no involucran a una de las llamadas ‘víctimas violentas’. La mayor parte de estos casos (más de la mitad de los casos adjudicados en Buenos Aires y cerca del 65 por ciento de todos los casos en San Pablo) son desestimados antes de juicio por falta de evidencia, de una forma u otra, pero ocasionalmente alguno va a juicio. En 1984, por ejemplo, en San Pablo, la policía hizo bajar a dos jóvenes, Valdecir Antonio da Silva (17 años) y Roberto Thomaz de Oliveira (18), de un taxi manejado por un conocido. Sus cuerpos fueron hallados horas más tarde en un descampado, con heridas de bala a quemarropa. Los policías que reconocieron haberlos matado fueron sometidos a un juicio por jurados en San Pablo. Los archivos demuestran que el fiscal consideró que el caso era digno de persecución judicial y el juez estuvo de acuerdo, pero sin embargo el jurado absolvió a los policías en base a la legítima defensa.

A primera vista, el resultado es inexplicable, fuera de la aplicación de una regla clara de impunidad. El conductor del taxi podría haber confirmado que los jóvenes estaban desarmados, fueron arrestados sin resistirse y fueron vistos por última vez esposados en el asiento trasero de un móvil policial. Pero en el juicio los únicos testigos que aparecieron fueron los dos policías. Haciendo uso de sus derechos, presentaron su versión de los hechos. El fiscal no ofreció testigo alguno, porque el único testigo material independiente,

36. Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)/Human Rights Watch (CELS/HRW), *La Inseguridad Policial: Violencia de las Fuerzas de Seguridad en la Argentina* (Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1998); Chevigny.

37. Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), “La Continuidad de los Patrones de Violencia Policial” (Buenos Aires: CELS, Archivos de Hoy, 2001)

38. Sergio Adorno, en una conversación personal, sugirió esta manera de describir el retiro de protección legal de aquellos percibidos como marginales (fuera del derecho).

el taxista, también residente de la *favela*, había desaparecido por completo durante la larga demora. De esa forma, la única versión de los hechos que le fue presentada al jurado, fue que los dos jóvenes se habían enfrentado a los tiros con los policías desde la oscuridad, y murieron en el descampado donde estaban escondidos cuando la policía respondió a los disparos. Simplemente, el jurado juzgó una versión de los hechos que no guardaba relación alguna con la realidad.

Por otro lado, en los casos en los que los testigos pueden y están dispuestos a testificar contra la policía, puede resultar una condena. En el caso de Julio César Antunes de Miranda, los testigos declararon que Julio César había sido herido y detenido por la policía cuando intentó evadir un pedido de identificación y que rogaba por su vida cuando lo remataron. Del veredicto final se desprende que el jurado estaba dispuesto a aprobar el uso de la fuerza letal en situaciones de evasión, pero por una votación de cuatro a tres sostuvo que los policías habían intencionalmente excedido el límite permitido en el uso de la fuerza, al darle un tiro de gracia. De la misma manera, el policía que mató a Eneas da Silva, de doce años, después de toparse con él mientras éste miraba una revista pornográfica, fue condenado a trece años de prisión. En ese caso, la persecución fiscal sobrevivió a una autopsia falsificada, un arma plantada, falsos testimonios de los policías y la intimidación y violencia contra los testigos. En el juicio se incorporó un segundo informe correcto, los testigos declararon a pesar de la intimidación y el jurado optó por creer que el chico asesinado estaba desarmado y huyendo por temor del policía cuando fue ultimado. En este caso el fiscal (estimulado sin duda por la atención mediática local e internacional que generó el caso) se aseguró que hubiera un adecuado registro de los hechos que pudiera fundamentar una condena.

A primera vista, estos resultados parecen fortuitos: dependen del azar –un testigo ocular, un fiscal agresivo, o la atención volátil de los medios-. De hecho, la única generalización útil relativa a estos casos es que las persecuciones fallan, cuando fallan, por falta de información precisa y confiable. Pero la regularidad con la que ocurren estas fallas sugiere que los resultados no son puramente fortuitos. Con respecto a estos casos, el sistema de justicia parece manifestar un cierre cognitivo sistemático, principalmente cuando las víctimas pertenecen a clases sociales excluidas.

Los casos que involucran homicidios policiales fácilmente superan las dos principales dificultades que enfrenta la mayor parte de las investigaciones penales. Dado que involucran un homicidio, y que por lo general (ahora) las víctimas no desaparecen, la justicia casi siempre toma conocimiento de la ocurrencia de los actos potencialmente criminales. Más aun, y a diferencia de la mayoría de los delitos, descubrir la identidad de la persona que cometió el acto no implica gran dificultad. Sin embargo, las investigaciones vinculadas a homicidios policiales enfrentan algunas dificultades particulares. La investigación inicial está en manos de la policía, y los primeros actores legales en la escena son los propios autores del posible crimen. Como resultado, tanto en San Pablo como en Buenos Aires existe un patrón documentado de encubrimiento en la escena del crimen. La policía a menudo retira la víctima bajo el pretexto de prestarle asistencia, aunque en Brasil en especial es habitual que las víctimas lleguen al hospital con más agujeros de bala de los que tenían cuando dejaron la escena del crimen, o luego de largas e inexplicables demoras. Así, la policía manipula la escena intencionalmente o por pura negligencia, elimina la evidencia real y planta falsa evidencia.

Obviamente, es de esperar que se obtenga una baja tasa de condena cuando la policía no cumple su función investigativa. Otros actores –fiscales y jueces en sistemas jurídicos de raigambre continental– pueden en teoría compensar esta deficiencia. Además, la red social de la víctima, especialmente haciendo uso de la figura del querellante o particular damnificado, puede también agregar información o demandar una respuesta del sistema. Pero cuando la responsabilidad primaria de generación de información recae sobre estos otros actores, la típica exclusión social de la víctima crea dificultades especiales. En primer lugar, la policía tiene mayor libertad para intimidar y amenazar a las personas cercanas a la víctima cuando provienen de clases marginales que cuando provienen de la clase media. En muchos de los casos estudiados aquí la policía conocía tanto a las víctimas como a aquellos que podían quejarse de los abusos. En algunos casos, la policía arma causas contra aquellos que presentan casos en su contra; en otros, patrulla de modo evidente la cuadra en donde viven los denunciantes; y en otros casos, tanto los testigos como los denunciantes se vuelven ellos mismos víctimas de violencia. En un caso en Buenos Aires la policía amenazó a un barrio entero (que mostró intenciones de protestar por una muerte) con la retirada de protección policial, la creación de una zona liberada. Un grupo menos marginal tendría muchos más recursos –acceso a abogados, a la prensa y a líderes políticos– con los que responder a estas presiones.

Asimismo, la repetida experiencia de que se les niegue una respuesta efectiva de la justicia justifica la falta de confianza de estos grupos en el sistema judicial, y su convicción de que la policía actuará con impunidad tanto en la violación inicial como en llevar a la práctica cualquier amenaza de venganza.³⁹ Con cierta razón, los miembros de estos grupos a menudo concluyen que tienen poco por ganar y mucho por perder al convertirse en abogados vigorosos y visibles en causa propia. En Brasil especialmente, donde el nivel de violencia e impunidad es más alto, son muchas veces los propios vecinos y amigos quienes activamente desaniman las denuncias de los miembros de la familia. Los medios pueden remediar parte de esta falta de capacidad para denunciar, pero los medios, en estas ciudades como en cualquier otra, informan de manera desproporcionada sobre casos de violencia que afectan a la clase media y virtualmente ignoran los hechos que suceden en villas y *favelas*, a menos que sean verdaderamente espectaculares.

Los fiscales, a su vez, dependen en gran medida de los informes iniciales de la policía para decidir si requerir y esperar información adicional, archivar la denuncia o pedir al tribunal que desestime el caso sin más. La mayor parte de los fiscales admite abiertamente que depende fuertemente de los contenidos de estos informes; de hecho, la impresión de muchos abogados y jueces es que aquéllos se limitan a la información que les presenta la policía. En verdad, los fiscales tienen pocos recursos para dirigir sus propias investigaciones y dependen de la policía como su mano de obra; más aun, necesitan la cooperación de la policía en cientos de casos por cada uno que involucra a un policía como imputado. Obviamente, tienen muchos incentivos para mantener relaciones amigables con la policía. En cuanto a presiones políticas, cuanto más marginal sea la víctima menos probable será

39. Véase, por ejemplo, "Para Favela, Policía Asusta Más que Tráfico," *Folha de São Paulo*, 4 de febrero de 2001, p. C1; "Cuando no todos son iguales ante la ley," *La Nación*, 20 de junio de 2000; "La justicia, vista por la gente", *La Nación*, 24 de junio de 2000.

que el fiscal pague un precio político por archivar el caso. Tampoco es esto un gran secreto: dos fiscales distintos en San Pablo me dijeron que los antecedentes penales de la víctima –legalmente irrelevantes– tienen un efecto casi determinante en la absolución por parte del jurado. Esto luego se transforma en una profecía auto-cumplida, ya que los fiscales confían en ella para desestimar casos basándose en la improbabilidad de una condena.

La demora (nunca menor a los dos años para llegar a juicio en cada ciudad, y generalmente mayor) también afecta desproporcionadamente a los menos privilegiados. La citación de un testigo puede demorar un año o más, especialmente si el testigo vive en una *favela* sin dirección fija o no tiene un lugar fijo de trabajo. Los denunciantes y testigos típicos en muchos de estos casos no tienen direcciones formales o empleos fijos y por ende son difíciles de hallar. Esta interacción entre desventajas sociales y la demanda de información de alta calidad por parte de la justicia va produciendo y acumulando pequeñas (y grandes) desventajas procesales, y tiene consecuencias regulares. Aun cuando la justicia intenta aplicar la ley, en cada etapa los que se encuentran en los márgenes de la sociedad enfrentan dificultades especiales que se retroalimentan, produciendo el predecible y repetido fracaso del sistema, no en todos los casos pero sí en la mayor parte de ellos.

Esta explicación es consistente con la diferencia entre los resultados en San Pablo y Buenos Aires. No sólo son mayores los niveles generales de desigualdad económica en el primer caso, sino que de la muestra se observa que los menos privilegiados están más fuertemente sobrerrepresentados entre las víctimas de la policía en San Pablo. Es cierto que algunos de los abogados entrevistados en Argentina comentaron que muchos de sus clientes se encuentran tan ajenos al mundo formal de los servicios estatales y el empleo formal que sólo con gran dificultad se relacionan con el sistema formal de justicia. Al mismo tiempo, existe una proporción menor de víctimas tomadas de esta clase en Buenos Aires que en San Pablo. Por otra parte, por la pura magnitud de la pobreza y marginalización social en Brasil, las distancias sociales respecto al estado y el sistema de justicia son mayores para los sectores excluidos de San Pablo que para los de Buenos Aires.

Durante las manifestaciones en Argentina de diciembre de 2001, se vio por televisión el ataque a un policía. En Floresta, un barrio de clase media, un policía discutió con tres jóvenes a raíz de comentarios hechos sobre este ataque, y terminó matándolos a los tres. La prima de una de las víctimas sintetizó el argumento aquí expuesto:

La gente está indignada contra la policía porque intentaron hacer pasar a los tres chicos por ladrones. Este policía asesino le plantó un cuchillo a cada uno para justificar que los mató porque quisieron asaltar la estación de servicio. Si los chicos no eran del barrio, poné la firma que la policía decía que eran ladrones y el juez creía la historia.⁴⁰

En otras palabras, la policía intenta presentar estos casos como la represión de criminales violentos, fabricando pruebas si es necesario. En aquellos casos en los que las víctimas no provienen de clase media y no tienen los recursos y el nivel de movilización necesarios, es probable que la policía triunfe en su caracterización, sea porque el juez y el fiscal tienen pocos incentivos para hurgar más allá de la versión policial o porque no existen testigos

40. La Nación, 6 de Enero, 2002, "Seis mil vecinos marcharon por los tres chicos asesinados."

creíbles disponibles en un eventual juicio que contradigan la versión policial. El sistema de justicia, especialmente en estos casos contra la policía, exige testigos impecables y pruebas incontestables antes de condenar. La habitual absolución de policías acusados de violencia en casos de rutina policial, por lo tanto, no es tanto resultado del azar sino el resultado probabilístico cuando se cruzan la alta demanda informacional del sistema legal y las condiciones precarias de vida de las clases más afectadas por las violaciones. La diferencia entre los niveles de condena en Buenos Aires y San Pablo es un reflejo de los mayores niveles de desigualdad y la mayor marginalización de la población víctima de la violencia en el segundo caso.

Conclusión

El impacto de las instituciones informales sobre el funcionamiento de las instituciones formales está siendo estudiado de manera creciente, pero existen pocos estudios empíricos sobre la interacción entre ambos. La categoría de instituciones informales es más estrecha que las meras regularidades empíricas. Igualmente, la explicación del alto nivel de impunidad en los homicidios policiales es más compleja que la simple exclusión de los pobres, informalmente institucionalizada, de los beneficios universales de la ciudadanía.

En la cantidad relativamente menor de casos que involucran una víctima que, según se cree, usó violencia contra la sociedad, existe de hecho una institución informal en funcionamiento. Esta institución incluye una regla de comportamiento que excluye a estas víctimas de la protección de los tribunales y un mecanismo de cumplimiento o *enforcement* que abarca hasta el poder judicial. En estos casos, la sanción penal es más que improbable aun cuando la violación de la regla formal haya sido detectada. En los casos más numerosos de rutina policial, sin embargo, pese a que existen indicios de que la policía continúa aplicando una regla informal que permite el uso de fuerza letal, existe poca evidencia de que esta regla haya sido adoptada por el poder judicial. La eficacia de esta norma policial de conducta, por ende, se limita a aquellos casos que no son ‘detectados’, con suficiente claridad como para satisfacer a jueces y fiscales, por el sistema de justicia. La incapacidad de los miembros marginalizados de la sociedad de exigir protección judicial en estos casos se debe principalmente a deficiencias probatorias. Éstas son más comunes en un contexto de desigualdad social, que vuelve más difícil para los allegados a las víctimas recopilar la información que la institución demanda y que reduce los incentivos de los funcionarios judiciales para conseguir la información por sí mismos.

En los casos en los que los actores legales relevantes aplican la normativa errónea, la solución sería instruirlos respecto de los códigos pertinentes y cuidar que éstos sean aplicados. Sin embargo, en los casos de rutina policial es más importante asegurar que los agentes a cargo de la aplicación tengan las herramientas (e incentivos) que necesitan para reunir la información exigida. No sólo es necesario contar con presupuestos adecuados, personal y equipamiento, sino que el sistema debe también ser adaptado para que esté abierto a recibir información del medio social, con todas las particularidades que éste presenta. En los casos de violencia policial, será necesario contar con órganos y procedimientos especializados que puedan obtener información de dos contextos diferentes: el ambiente policial, con su código de silencio, y los márgenes de la sociedad, con sus habitantes fugaces y socialmente distantes.

El valor de la igualdad

Explorando el argumento de Farrell •

Hugo Omar Seleme *

¿Es la igualdad un valor? y, si lo es, ¿puede ser el único valor de una teoría moral? Para abordar estas dos preguntas, en este trabajo se parte del análisis de argumentos vertidos por Martín Farrell en *La Ética en las Relaciones Internas e Internacionales*, dirigidos a mostrar, el primero, que la igualdad —a diferencia de la felicidad— es un valor *opaco*, y, el segundo, que es un valor intrínseco. La *opacidad* de la igualdad, y no su carácter meramente instrumental, sería la causa que le impediría ser el único valor reconocido por una teoría moral. Junto con cuestionar ambos argumentos, Hugo O. Seleme propone en estas páginas refinar la noción de *opacidad* con el fin de corregir las falencias del segundo argumento de Farrell y, a su vez, poner de manifiesto el error del primero. Tanto la igualdad como la felicidad —sostiene Seleme— poseen el mismo tipo de *opacidad valorativa*, un monismo de la felicidad sería tan implausible como uno de la igualdad.

Introducción

Es de tal envergadura el problema que para Occidente representa la exigencia de respetar la igualdad en el diseño de las instituciones políticas, que sus raíces pueden rastrearse hasta la antigüedad clásica. En efecto, ya en la forma de organizar la *polis* griega el germen de la igualdad se encontraba presente. Atenienses y espartanos, de diferente modo, buscaron hacer frente a sus exigencias. No obstante, como es sabido, tales organizaciones políticas excluían del trato igualitario a gran parte de los individuos que pertenecían a ellas. Así, aunque el problema de la igualdad no fue ajeno a los griegos, no estuvo planteado en los mismos términos en que se presenta para nuestras actuales organizaciones políticas. Las instituciones griegas eran profundamente ambivalentes. Reconocían la igualdad de los ciudadanos pero establecían profundas desigualdades entre estos, por un lado, y extranjeros, bárbaros y esclavos, por el otro¹.

• Este trabajo fue publicado anteriormente en Revista de Estudios Públicos (Chile). Agradezco a Martín Farrell por los comentarios y observaciones que formuló a una versión preliminar del presente trabajo, las que, sin duda, han contribuido a mejorarlo. He procurado dar cuenta de las mismas en las notas a pie de página.

* Investigador del CONICET. Profesor, Universidad Nacional de Córdoba.

1. Al respecto señala Jennifer Tolbert Roberts: “Los elementos de igualitarismo en el sistema político ateniense embelesaron tanto a aquellos comprometidos con la dignidad universal del género humano como a quienes preferían al igualitarismo únicamente dentro de un círculo privilegiado. De allí la enorme popularidad de Atenas a mediados del siglo diecinueve en Estados Unidos: en el Sur los atenienses eran admirados por el igualitarismo dentro de la clase de los ciudadanos sustentados por la esclavitud; en el Norte Lincoln modeló el discurso de Gettysburg sobre el modelo de Pericles en el cual los privados de derechos civiles eran deliberadamente mantenidos ocultos” [The elements of egalitarianism in the Athenian political system charmed both those committed to the universal dignity of humankind and those who prefer egalitarianism only within a privileged circle. Hence the enormous popularity of Athens in mid-nineteenth century America: in the South the Athenians were admired for the egalitarianism within the citizen class fostered by slavery; in the North Lincoln modeled the Gettysburg address on the Periclean model in which the disfranchised were kept largely out of view] (Roberts, 1996, p. 196).

El problema, tal como lo conocemos contemporáneamente, ingresó en la escena política con el advenimiento de la Revolución Francesa y su declaración de los *Derechos del Hombre y del Ciudadano*². Desde entonces, cómo satisfacer de manera conjunta las exigencias de la libertad y la igualdad para todos los ciudadanos ha sido una cuestión que ha desvelado por igual a teóricos y políticos³.

A pesar del interés persistente a lo largo de los siglos por este tópico, o quizás debido a ello, el problema de la igualdad ha dado origen a múltiples desacuerdos entre los filósofos que lo han abordado. Estas desavenencias han sido de diversa índole. Así, han existido posiciones encontradas en relación a: a) cuál es la conceptualización adecuada de la igualdad (Westen, 1990; Oppenheim, 1970), b) qué relación existe entre las exigencias fundadas en la igualdad y los principios de justicia distributiva y la moralidad en general (Berlin, 1955-56; Locke, 1690; Hobbes, 1651; Rousseau, 1755), c) qué es lo que debe ser distribuido de manera igualitaria para satisfacer las exigencias en base a la igualdad (Rawls, 1971; Sen, 1992; Dworkin, 1981; Arneson, 1990), y d) cuál es la naturaleza de la igualdad, vale decir, si es un valor en sí misma o sólo una manera de distribuir valores (Parfit, 1997; Temkin, 2002, 2003; Nozick, 1974; Frankfurt, 1987)⁴.

De estos temas, el último es el que a mi entender aparece como dotado de mayor relevancia. Esto porque si la igualdad no es un valor, las respuestas que se brinden en relación a todas las otras cuestiones perderán gran parte de su importancia moral. Dicho de otra manera, la igualdad ha dado motivos para tan diversos debates sólo porque se la considera, desde la antigüedad clásica, y en especial desde la Revolución Francesa, un valor de fundamental jerarquía. La pregunta por el valor de la igualdad se torna, desde esta perspectiva, de especial preeminencia⁵.

2. Las referencias a la igualdad están diseminadas en la declaración, así señala su artículo 1º: "Los hombres nacen y permanecen libres e iguales". En el artículo 6º hace referencia a la igualdad de derechos políticos y a la igualdad de oportunidades para acceder cargos públicos, y en el artículo 13º a la igual contribución que los ciudadanos deben hacer para sostener económicamente al Estado. No desconozco que el problema de la igualdad era un tópico de debate antes de esta declaración. Expresiones semejantes a las consignadas pueden encontrarse en la *Declaración de los Derechos de Virginia* de 1776, especialmente en sus artículos 1º, 7º y 16º. Sin embargo, el tema alcanzó la relevancia de la que goza hoy en día después de la Revolución Francesa.

3. No obstante la antigüedad del problema, quien contribuyó a posicionarlo en el centro del debate filosófico-político contemporáneo ha sido John Rawls. Desde la irrupción de *A Theory of Justice* (Rawls, 1971), con su poderoso argumento a favor de una organización social igualitaria, el asunto de la igualdad ha sido un tema insoslayable para cualquier filósofo interesado en el diseño y evaluación de las instituciones políticas.

4. Por supuesto la enunciación de autores es meramente ejemplificativa. Además muchos de los mencionados han tratado más de un aspecto del problema de la igualdad por lo que su ubicación posee algo de arbitraria.

5. La importancia de este asunto queda patente cuando se advierte que aun aquellas concepciones políticas que aparentemente consideran que la igualdad no es un valor, tales como por ejemplo el marxismo, descansan en una concepción de la igualdad. Así, aun la crítica marxista al *principio de contribución* que da a toda persona un derecho igual a apropiarse de aquello que ha sido producido en la medida en que ha contribuido a ello, no descansa en un rechazo al concepto de igualdad. Simplemente muestra que Marx no consideraba que las exigencias de igualdad fueran satisfechas meramente por la *igualdad en derechos*. Marx pensaba que el tratar como *iguales en derechos* a aquellos que son desiguales en talentos y necesidades no alcanzaba a satisfacer las exigencias fundadas en la igualdad moral de los individuos (Kymlicka, 1990, pp. 162-163).

El presente trabajo, entonces, está vinculado con estas preguntas: ¿Es la igualdad un valor? y, si lo es, ¿puede ser el único valor reconocido por una teoría moral? Mi conjetura es que la respuesta a la primera pregunta es afirmativa, y la de la segunda es negativa. Para fundar mi posición voy a tomar como punto de partida los argumentos vertidos por Martín Farrell en su último libro *“Ética en las Relaciones Internas e Internacionales”* (Farrell, 2003). Las razones para proceder de este modo son, en primer lugar, que él ha argumentado para justificar respuestas similares a las que yo pretendo defender y, en segundo lugar, que sus argumentos, aunque tal como están expuestos son incorrectos, pueden ser reconstruidos de forma de inmunizarlos de sus deficiencias. Pienso que Farrell ha percibido un punto interesante, enfocando la cuestión desde un ángulo novedoso, pero que sus argumentos no logran dar cuenta en forma acabada del mismo. Mi intención ha sido clarificar este punto, criticando su argumentación cuando esto me ha parecido necesario, y mejorándola cuando esto me ha sido viable.

En consecuencia, parte del trabajo estará dedicada a presentar lo más fielmente posible los argumentos de Farrell, para luego señalar dónde —a mi juicio— se encuentra su falencia y cuáles serían las vías para subsanarlas.

1. La igualdad como valor *opaco*

Los argumentos de Farrell para mostrar que la igualdad es un valor *opaco*, y no simplemente una manera de distribuir valores (Farrell, 2003, p. 149), forman parte de un esquema argumentativo mayor cuyos objetivos puede ser útil señalar.

El capítulo VI de *“Ética en las Relaciones Internas e Internacionales”*, donde se encuentran los argumentos que pretendo analizar, tiene por objeto las diferentes teorías de filosofía política que han utilizado al contrato social como herramienta de justificación. En especial, concentra su mirada en tres pensadores: Hobbes, Locke y Rousseau. Farrell señala que al analizarlas llama la atención dos rasgos persistentes: a) la apelación a la igualdad y b) la divergencia en los resultados del contrato (Farrell, 2003, p. 138).

La hipótesis que intenta defender es que ambos rasgos no son independientes. Específicamente, que a) es condición suficiente, aunque no necesaria, de b). Es decir, que la apelación a la igualdad por parte de las teorías del contrato social ocasiona que los resultados que cada una de ellas obtiene sean divergentes (Farrell, 2003, p. 142). La razón de esta vinculación entre apelación a la igualdad y variedad de resultados es, sostiene Farrell, que la igualdad es un valor *opaco*.

El carácter más o menos *opaco* de un valor depende de la mayor o menor posibilidad de prever cuáles serán los resultados de su realización. Para explicar esta noción de opacidad se vale del siguiente ejemplo:

Supongamos que yo debo elegir entre dos estados de cosas, A y B, y el único dato que tengo es que en A existe más igualdad que en B. Ciertamente, no parece que éste sea un motivo suficiente como para preferir a A sobre B, y es en este sentido en el que digo que la igualdad es opaca. En cambio, si sé que en A existe más felicidad que en B, éste sí es un motivo relevante para preferir a A por sobre B, y es en este sentido en el que digo que la felicidad es transparente. O supongamos que alguien me dice: “¡Voy

a hacerte feliz!”. Esta promesa es ciertamente más tranquilizadora que la que surge de la frase: “¡Voy a hacerte igual!” (Farrell, 2003, p. 141.)

El ejemplo, sin embargo, presenta algunas aristas que no hacen más que agravar el carácter inadecuado de la definición que pretende explicar. Un primer punto es que aquello que parece seguirse del mismo es que la *opacidad* de la igualdad tiene que ver con su cualidad de predicado incompleto (Rae, 1980, p. 132). La igualdad, como es sabido, es una relación entre dos o más objetos que son comparados en relación a una cualidad. La afirmación de que un objeto es igual a otro no está completa hasta que no haya sido especificado el atributo o cualidad respecto al cual la relación de igualdad se satisface. Así, la afirmación de que en “A existe más igualdad que en B” está incompleta hasta que no se haya especificado la cualidad a la que se refiere la relación de igualdad. Es decir, es una afirmación mal construida, al igual que lo sería una que señalara “Juan es más alto”, sin especificar el otro extremo de la comparación. Al ser una afirmación mal construida transmite poca o ninguna información y ésta, puede entenderse, es la razón por la “que no parece que éste sea un motivo suficiente como para preferir a A sobre B”. No tengo razones para preferir A sobre B porque la proposición, al estar mal construida, no me ha brindado información relevante que pueda inclinar mi balance de razones para un lado u otro.

Idénticas consideraciones pueden brindarse con relación a la segunda variante del ejemplo. En efecto, puede pensarse que la promesa “¡Voy a hacerte feliz!” es más tranquilizadora que la de “¡Voy a hacerte igual!”, porque esta última es una promesa sin sentido, en tanto contiene una proposición mal formada. Esto debido, otra vez, a que el predicado “igual”, a diferencia del predicado “feliz”, es uno de tipo relacional.

Si esto fuese lo que Farrell entiende por *opacidad* de la igualdad la noción carecería de toda relevancia. *Opacidad* y mal uso serían la misma cosa. Esta cualidad, entonces, no sería un atributo particular de la “igualdad” sino del uso inadecuado de dicho predicado. Toda expresión mal construida devendría *opaca* en tanto sería imposible establecer qué estados de cosas son referidos por ella.

No obstante las dificultades a que puedan dar lugar los ejemplos a los que Farrell recurre para esclarecer la noción, pienso que su idea de *opacidad* es otra. Un valor es más o menos *opaco* según el grado en que permita un cálculo previo de los resultados que surgirán como consecuencia de su realización. Si un valor permite calcular de modo convincente cuál es el estado de cosas que se dará si sus exigencias son satisfechas, éste es un valor *transparente*. De lo contrario, será *opaco* (Farrell, 2003, p. 140). De este modo, mientras menor sea el número de resultados posibles compatibles con la realización del valor, más transparente será el mismo (Farrell, 2003, p. 141)⁶.

6. Farrell me ha señalado que la proposición “Voy a hacerte igual” está adrede mal construida en su presentación del ejemplo. Sin embargo, coincidiendo con la interpretación de la opacidad que brindo en el presente texto, afirma que la expresión bien construida “Voy a hacer a todos iguales en recursos” es una expresión bien construida y aun continúa siendo intranquilizadora, a menos que conozca el nivel de recursos en el que pretendo igualar a todos los individuos.

La segunda expresión sería intranquilizadora porque la “igualdad de recursos” puede ser satisfecha por un número indeterminado de estados de cosas, por ejemplo, uno en el que nadie posee nada. Este carácter de la “igualdad de recursos” es a lo que Farrell denomina “opacidad”. La opacidad causa indeterminación, y esta última es lo que vuelve a la expresión intranquilizadora.

Como ejemplo paradigmático de valor *transparente* Farrell señala a la felicidad, a diferencia de la igualdad que sería *opaco*. Para demostrar de modo acabado la *opacidad* de la igualdad Farrell utiliza una estrategia indirecta. Consiste en mostrar la implausibilidad de una teoría monista que reconociera como único valor a la igualdad. Su implausibilidad se debería a la imprevisibilidad de sus resultados, y esto, a su vez, tendría su origen en la multiplicidad de los estados de cosas que serían considerados correctos por dicha teoría, en tanto compatibles con la realización de la igualdad. Es decir, la implausibilidad de la teoría en cuestión serviría para poner de manifiesto el carácter *opaco* del valor al que apela, esto es, el carácter *opaco* de la igualdad.

Farrell analiza cuatro posibles variantes de teorías monistas que apelan a la igualdad en relación con distintas cualidades, mostrando en cada uno de los casos cómo la imprevisibilidad producida por la apelación a la igualdad produce la implausibilidad de la concepción moral.

En primer lugar, si la teoría monista exigiera la igual consideración y respeto, y no tomara a estos últimos como valores en sí mismos, entonces, señala Farrell, podría ocurrir casi cualquier cosa. Supongamos que debo tratar a una duquesa y a una florista con igual consideración y respeto. Esta exigencia se satisface “tanto tratando a las floristas como duquesas cuanto tratando a las duquesas como floristas” (Farrell, 2003, p. 145).

En segundo lugar, si la teoría monista exigiera la distribución igualitaria de los recursos, y no considerara a estos recursos como algo valioso en sí mismo, entonces “el Estado podría repartir sólo aquellos recursos que fueran mínimamente necesarios para la subsistencia de los individuos y guardar (o tirar) los restantes” (Farrell, 2003, p. 145). Peor aún, un Estado que no diera nada a nadie también estaría satisfaciendo la exigencia de igualdad.

En tercer lugar, si la teoría monista exigiera la distribución igualitaria del bienestar, y no considerara a éste un valor en sí mismo, entonces una situación en la que “los ciudadanos sean igualmente desdichados, y desdichados incluso en muy alto grado”, sería compatible con la realización de las exigencias de igualdad (Farrell, 2003, p. 147).

Por último, señala, idéntica situación se daría si la teoría monista adoptara como único valor a la igual libertad negativa. La realización de la igualdad sería compatible con “un Estado en el cual los ciudadanos carezcan por igual de un grado mínimo de libertad negativa” (Farrell, 2003, p. 148).

Como muestran los ejemplos analizados, la igualdad no puede ser el único valor de una teoría monista. Esto se debe, concluye Farrell, a que su realización es compatible con un número de estado de cosas indeterminado y por tanto imprevisible, es decir, a su carácter *opaco*.

Por otro lado, la felicidad, a diferencia de lo que sucede con la igualdad, sí puede ser el único valor al que apela una teoría monista. Esto en tanto la teoría resultante es previsible. No otra cosa, señala Farrell, es el utilitarismo, una teoría monista que adopta como único valor a la felicidad (Farrell, p. 147).

2. La igualdad como valor no-instrumental y la *Levelling Down Objection*

Un problema con la línea argumental ensayada por Farrell es que ésta puede haber tenido éxito en mostrar la *opacidad* de la igualdad, sólo a costa de quitarle su carácter *valioso*. La estrategia indirecta ha mostrado que la igualdad no puede ser el único valor de

una teoría monista y Farrell ha concluido que esto se debe a que es un valor *opaco*. Sin embargo, existe una posible explicación más radical: la igualdad no puede ser el único valor al que apela una teoría monista porque no es un valor en absoluto, sino sólo una manera de distribuir valores⁷.

El problema se agrava cuando se advierte que todos los ejemplos utilizados por Farrell no muestran simplemente que la realización de la igualdad es compatible con múltiples resultados divergentes, sino que es compatible con resultados que intuitivamente consideramos disvaliosos. En efecto, los ejemplos citados son variantes de la *Levelling Down Objection* (Objeción de Nivelación Descendiente) cuyo objetivo ha sido mostrar que la igualdad no es un valor. Como ha señalado Temkin:

La Objeción de la Nivelación Descendente es, quizás, el argumento anti-igualitario más predominante y poderoso, y subyace al pensamiento de la mayor parte de los no-igualitarios ... (Temkin, 2002, p. 126.)⁸

Para apreciar el problema en toda su envergadura puede ser útil echar mano a la clasificación de igualitaristas instrumentales y no-instrumentales. Refiriéndose a los primeros, señala Temkin:

la igualdad es extrínsecamente valiosa —esto es, valiosa cuando promueve algún otro ideal valioso ... (Temkin, 2002, p. 129.)⁹

Con relación a los segundos, afirma:

En el igualitarismo no-instrumental, la igualdad es intrínsecamente valiosa —esto es, valiosa en sí misma, más allá del grado en el que promueva otros ideales ... Los igualitaristas no-instrumentales se preocupan por la *igualdad*. Más específicamente, desde mi punto de vista, ellos se preocupan por las desigualdades *inmerecidas* e *involuntarias*, a las que ven como malas, u objetables, por ser inequitativas. De este modo el igualitarismo no-instrumental piensa que en *alguna* medida es malo u objetable —por inequitativo— para algunos estar mucho peor que otros sin que esto sea culpa de ellos o se deba a alguna decisión suya ... (Temkin, 2002, pp. 129-130.)¹⁰

7. Sostiene Farrell señalando esta posibilidad: "Pero surge ahora la tentación de dar un paso adicional y de preguntarse si la igualdad es en sí misma un valor o solamente un modo de distribuir valores" (Farrell, p. 149).

8. "The Levelling Down objection is, perhaps, the most prevalent and powerful anti-egalitarian argument, and underlies the thinking of most non-egalitarians" (Temkin, 2002, p. 126).

9. "equality is extrinsically valuable —that is, valuable when it promotes some other valuable ideal ..." (Temkin, 2002, p. 129).

10. "On non-instrumental egalitarianism, equality is intrinsically valuable —that is, valuable in itself, over and above the extent to which it promotes other ideals ... Noninstrumental egalitarians care about *equality*. More specifically, on my view, they care about *undeserved*, *nonvoluntary*, inequalities, which they regard as bad, or objectionable, because unfair. Thus the non-instrumental egalitarianism thinks it is bad, or objectionable, to *some* extent —because unfair— for some to be worse off than others through no fault or choice of their own ..." (Temkin, 2002, pp. 129-130).

Con estas clasificaciones a mano puede apreciarse bajo una nueva luz el problema que enfrenta el argumento propuesto por Farrell. Éste es un igualitarista *no-instrumental*. Piensa que la igualdad es intrínsecamente valiosa¹¹. No obstante considera que dicho valor tiene carácter *opaco*. La dificultad viene dada por el hecho de que el argumento indirecto que utiliza para demostrar que la igualdad posee tal cualidad, es uno diseñado por los igualitaristas *instrumentales*. En efecto, la *Levelling Down Objection* tiene por objeto mostrar que existen casos donde las exigencias de igualdad son satisfechas sin que nadie se vea beneficiado, lo cual muestra que la igualdad no es un valor en sí misma, sino a lo sumo un medio para alcanzar otro estado de cosas que se considera valioso. Refiriéndose a los casos sobre los que llama la atención la objeción, señala Temkin:

En tales casos, muchos piensan, seguramente nada existe que pueda ser dicho a favor de promover una mayor igualdad. Una mayor igualdad es sólo deseable cuando *beneficia* a los peor situados, ¡no cuando resulta de nivelar hacia abajo a los mejor situados! En consecuencia, concluye la Objeción de Nivelación Descendente, la igualdad es sólo extrínsecamente valiosa, no intrínsecamente valiosa. El (igualitarismo) no-instrumental debería ser rechazado. (Temkin, 2002, pp. 129-130.)¹²

Una manera de entender la empresa en la que Farrell se encuentra embarcado, es verla como un intento por poner de manifiesto, por un lado, que la *Levelling Down Objection* muestra que la igualdad no puede ser la única exigencia que pretenda satisfacer una concepción moral o política, y por otro, que esto no se debe a que sea un valor meramente instrumental, sino a que es un valor *intrínseco*, pero *opaco*. Este carácter *opaco* es lo que explicaría que un igualitarista no-instrumental, como Temkin, necesariamente debiera ser un *pluralista*.

Sostiene Temkin:

Los defensores de las Objeciones de Elevación y Nivelación Descendente están entre los muchos anti-igualitarios hipnotizados por las terribles implicaciones de la “pura” igualdad. Pero, por supuesto, la igualdad no es el único ideal que, si fuese perseguido exclusivamente, tendría inverosímiles o hasta terribles implicaciones. Como he señalado en otra parte, lo mismo es verdad de la justicia, la utilidad, la libertad y, probablemente, de cualquier otro ideal sustantivo. Esto no muestra que deberíamos rechazar cada uno de estos ideales, sólo muestra que la moralidad es compleja ... *La principal lección de las Objeciones de Elevación y Nivelación Descendente es que deberíamos ser pluralistas*

11. Luego de enunciar la posibilidad de que la igualdad sea simplemente un modo de distribuir valores y no un valor en sí misma, agrega: “No creo en la verdad de este paso adicional ...” (Farrell, 2003, p. 149).

12. “In such cases, many think, surely there is *nothing* to be said in favor to promoting greater equality. Greater equality is only desirable when it *benefits* the worseoff, not when it results from levelling down the better-off! Hence, the Levelling Down Objection concludes, equality is only extrinsically valuable, not intrinsically valuable. Non-instrumental should be rejected” (Temkin, 2002, pp. 129-130).

en relación con la moralidad ... (Temkin, 2003, pp. 781-78, el destacado en itálicas me pertenece.)¹³

Temkin señala que todo igualitarista debe ser *pluralista*. Farrell piensa haber encontrado la razón por la que esto necesariamente debe ser así, en causas estructurales: el carácter *opaco* de la igualdad. Cualquier teoría que reconozca como valiosa a la igualdad, si pretende ser previsible, debe reconocer también, al menos, el valor de lo que pretende ser distribuido de modo igualitario. Esto debido al carácter *opaco* de la igualdad.

De todos modos, para que estas consideraciones puedan sostenerse es necesario antes contrarrestar las consecuencias anti-igualitarias que posee la *Levelling Down Objection*. Lo que Farrell necesita es un argumento independiente que muestre, o bien la incorrección de la objeción, tal como hace Temkin, o bien el carácter intrínsecamente valioso de la igualdad. Farrell opta por la segunda de estas alternativas. A reconstruir el argumento por él propuesto está dirigida la siguiente sección.

3. El argumento del conflicto

Nuevamente aquí el argumento de Farrell es indirecto. Busca comparar dos maneras de tratar a los valores: la maximización y la igualdad (Farrell, 2003, p. 149). El primer paso es mostrar por qué razón la primera de ellas no es un valor en sí mismo. El segundo paso consiste en señalar el modo distinto en que se comporta la igualdad, lo cual serviría para mostrar que ésta, a diferencia de la maximización, sí es un valor.

La estrategia para mostrar que la maximización no es un valor consiste nuevamente en imaginar una teoría, tal como el utilitarismo, que postula como valor a la felicidad y, además, exige su maximización. Si ésta fuese una teoría pluralista, dotada de dos valores, tendría que darse la posibilidad de conflicto entre ellos. De este modo, "... en una teoría pluralista, siempre está latente la posibilidad de este tipo de conflicto" (Farrell, 2003, p. 150).

Ahora bien, en una teoría que aceptase como valor la felicidad y exigiera su maximización ningún conflicto podría plantearse. Señala Farrell:

Se trata aquí de una opción entre dos estados de cosas: C y D. En C, tengo menos felicidad y en D, tengo más felicidad, esto es, D maximiza la felicidad mientras que C no lo hace. ¿Dónde está el conflicto en este caso? En ninguna parte, por supuesto: lo único que tengo que hacer aquí es elegir el estado de cosas D. No hay ningún elemento relevante de C (ningún valor, en otras palabras) que no posea también D, y D posee más del único elemento relevante (del único valor): la felicidad ... (Farrell, 2003, p. 150.)

13. "Advocates of the Raising Up and Levelling Down Objections are among the many anti-egalitarians mesmerized by 'pure' equality's terrible implications. But, of course, equality is not the only ideal that would, if exclusively pursued, have implausible or even terrible implications. As I have noted elsewhere, the same is true of justice, utility, freedom, and probably every other substantive ideal. This doesn't show that we should reject each of these ideals, only that morality is complex ... *The main lesson of the Raising Up and Levelling Down Objections is that we should be pluralists about morality ...*" (Temkin, 2003, pp. 781-78), el destacado en itálicas me pertenece.

Que sea imposible la existencia de conflicto, sirve para mostrar que una teoría que exige maximizar lo que se considera valioso no posee carácter pluralista y esto, a su vez, demuestra que la maximización no es en sí misma un valor, sino sólo un modo de tratar valores.

El paso siguiente consiste en mostrar que, cuando a una teoría que considera algo valioso se le agrega la exigencia de distribución igualitaria, sí aparece la posibilidad de conflictos. Esto demuestra que la teoría es pluralista y que, en consecuencia, la igualdad es en sí misma un valor.

El eje del argumento consiste en mostrar que, cuando se agrega a una teoría monista la exigencia de igualdad, aparece la posibilidad de conflicto. Para evidenciar esta posibilidad el profesor Farrell se vale del caso de una teoría ética que adopta como propias dos exigencias, la de promover la felicidad y la igualdad. Señala:

Enfrentamos ahora dos posibles estados de cosas, E y F. E posee una gran cantidad de felicidad, pero ella se encuentra distribuida de un modo muy desigualitario. F, por el contrario, posee mucha menos felicidad, pero igualitariamente distribuida ... Lo que sí me interesa es que se advierta que el conflicto existe. Porque advertido esto, basta que el conflicto exista para que sea muy fácil de percibir que se trata de un conflicto de valores, y que la igualdad es entonces algo más que un modo de distribuir valores: es ella misma un valor. (Farrell, 2003, p. 151.)

Esquemáticamente el argumento de Farrell, si ha de ser concluyente, podría ser reconstruido como un silogismo disyuntivo de la siguiente forma:

- a) Toda teoría ética o bien es *monista* o bien es *pluralista*.
 - b) En las teorías *monistas* no existe la posibilidad de conflicto¹⁴.
 - c) Toda teoría en la que existe la posibilidad de conflicto es una teoría *pluralista*¹⁵.
 - d) Si a una teoría *monista*, como por ejemplo la que reconoce valor sólo a la felicidad, se le agrega la exigencia de igualdad, aparece la posibilidad de conflicto.
 - e) Tal teoría, con dicho agregado, es una teoría *pluralista*.
- De lo cual se concluye
- f) La igualdad es un valor.

Farrell ha desarrollado dos argumentos. Uno está destinado a mostrar que la igualdad es un valor *opaco*, aquí la estrategia es mostrar que una teoría monista no podría tener a la igualdad como único valor ya que sus resultados serían imprevisibles. Otro está destinado

14. He mantenido deliberadamente ambigua la noción de "conflicto" en la reconstrucción propuesta para que ésta sea compatible con las dos interpretaciones que voy a brindar en la siguiente sección cuando examine las dificultades que presenta el argumento.

15. La afirmación de Farrell parece mucho más débil: "Una de las dificultades de estas teorías (las pluralistas) es la posibilidad de un conflicto de valores ..." (lo agregado entre paréntesis me pertenece) (Farrell, 2003, p. 150). Sin embargo, si su argumento va a ser válido, pienso que debe interpretarse tal cual lo hago.

a mostrar que la igualdad es un valor, aquí la estrategia consiste en poner de manifiesto cómo cualquier teoría *monista* a la que se le agregue la exigencia de igualdad se convierte en una doctrina *pluralista*.

Pienso que ambos argumentos presentan falencias de las que es posible aprender. A mostrarlas estarán dirigidas las siguientes secciones. Comenzaré señalando las falencias que considero existen en el segundo argumento, recién expuesto, y posteriormente me dedicaré al primero.

4. Evaluando el segundo argumento

Una dificultad con el argumento reconstruido en la sección anterior se refiere a cómo interpretar la noción de “conflicto” usada en su elaboración. Una primera posibilidad es interpretar la noción como haciendo referencia a “conflicto de valores”. Ésta tiene la ventaja de volver verdaderas por definición a las premisas (b) y (c) del argumento. Para que exista posibilidad de conflictos *entre valores* es necesario que exista más de uno, es decir, es necesario que la teoría ética sea *pluralista*. Sin embargo, la dificultad se presenta en relación a la premisa (d): ¿cómo mostrar que el conflicto señalado por el profesor Farrell entre el estado de cosas E y F es un conflicto de valores?

Una posible alternativa sería afirmar que dado que en E se satisface el valor de la felicidad pero no el de la igualdad y en F a la inversa, estamos en presencia de valores que no pueden honrarse a la vez. Ciertamente aquí habríamos mostrado que éste es un conflicto de valores, pero del modo no deseado. En efecto, esta respuesta da por supuesto lo que el “argumento del conflicto” busca demostrar, esto es, la proposición (f) que sostiene que la igualdad es un valor.

El problema viene dado por el hecho de que para afirmar que existe un conflicto de valores entre la felicidad y la igualdad, previamente debo haber establecido que esta última es un valor, que es justamente lo que el “argumento del conflicto” pretende mostrar. La afirmación de que existe un conflicto entre dos exigencias que tienen su fundamento en valores distintos, es subsidiaria de la que sostiene que existen dos valores distintos de los cuales surgen estas exigencias.

Lo que se necesita para que el “argumento del conflicto” cumpla la misión para la que fue diseñado es una interpretación de la noción de “conflicto” distinta a la de “conflicto de valores”.

En esta segunda interpretación, lo que señalarían las premisas del argumento es que sólo en una teoría *pluralista* pueden darse situaciones en las que las exigencias de la teoría entren en conflicto. Esto debido a que la posibilidad de conflicto entre sus exigencias estaría causada por el reconocimiento de más de un valor¹⁶.

16. Pienso que el profesor Farrell se inclina por esta interpretación del conflicto, aunque no puedo afirmarlo con certeza. Así, señala:

“Lo que sí me interesa es que se advierta que el conflicto existe. Porque advertido esto, basta que el conflicto exista para que sea muy fácil de percibir que se trata de un conflicto de valores ...” (Farrell, 2003, p. 151), las itálicas me pertenecen.

Pienso que esto muestra que la argumentación va desde la posibilidad de exigencias en conflicto a la conclusión de que existe pluralidad de valores. Es decir, de la posibilidad de conflicto se concluye el carácter *pluralista* de la teoría.

Esta versión del argumento tiene la ventaja de no presuponer aquello que se pretende probar, esto es, que la igualdad es un valor. Para afirmar que las exigencias fundadas en la igualdad entran en conflicto con aquellas fundadas en la felicidad no es necesario afirmar que la igualdad es un valor. Puede corroborarse la posibilidad de conflicto con independencia de sostener el carácter valorativo de la igualdad, en tanto la noción de conflicto se refiere ahora a exigencias y no a valores.

A pesar de sus ventajas, pienso que esta interpretación del argumento también se encuentra sujeta a objeciones. La causa de ello es que no considero que sea cierto que sólo en las teorías *pluralistas* puedan darse conflictos. Es decir, interpretado de esta manera el argumento contiene dos premisas falsas, (b) y (c), las cuales en la primera interpretación eran verdaderas por definición.

Para advertir el error es necesario detenernos en el análisis que Farrell hace de la teoría *monista* que propone como único valor la felicidad. Farrell está en lo cierto al sostener que en una teoría de este tipo no existe posibilidad de que las exigencias que se siguen de considerar a la felicidad un valor entren en conflicto. Sin embargo, la razón por la que aquí no existe posibilidad de conflicto no tiene que ver con el hecho de que la teoría en cuestión proponga un solo valor, sino además, con la peculiar estructura del valor propuesto.

La estructura característica de la felicidad como valor, a la que me refiero, es la siguiente: todas las razones que serían reconocidas por alguien que considerara valiosa a la felicidad son teleológicas. Son razones para promover el acaecimiento de un determinado estado de cosas dotado del mayor valor, esto es, un estado de cosas donde la felicidad se encuentra en su máximo nivel¹⁷. Ésta, por otro lado, es la causa de que cualquiera que considere a la felicidad un valor tenga razones para maximizar su acaecimiento. Dado que ésta es la única razón involucrada en valorar a la felicidad, en una teoría en que se exija su maximización no existe posibilidad de conflicto alguno.

Sintetizando lo señalado, en una teoría monista que adopta como único valor a la felicidad no existe posibilidad de conflicto debido a que existe una única razón maximizadora involucrada en su reconocimiento como valor, a saber, la de

17. Señala Scanlon, a quien he seguido en esta parte del trabajo, refiriéndose a la concepción teleológica de los valores: "En esta perspectiva (al menos en lo que respecta a las cuestiones de valor), tenemos razón en actuar de manera tal de realizar aquellos estados de cosas que son mejores —esto es, que tienen el más alto valor" ["What we have reason to do, on this view (at least as far as questions of value are concerned), is to act so as to realize those states of affairs that are best —that is, have the greatest value" (Scanlon, 1998, p. 80) Y más adelante, refiriéndose a la concepción teleológica de las razones, sostiene: "La concepción puramente teleológica de las razones, según la cual, ya que toda acción racional persigue un resultado, las razones que cuentan para realizar o no una acción deben apelar a la deseabilidad o indeseabilidad de que ocurra ese resultado, teniendo también en consideración el valor intrínseco de la acción misma" ["the purely teleological conception of reasons, according to which, since any rational action must aim at some result, reasons that bear on whether to perform an action must appeal to the desirability or undesirability of having that result occur, taking into account also the intrinsic value of the action itself"] (Scanlon, 1998, p. 84).

promover un estado de cosas en el que la felicidad se encuentra en su más alto grado posible¹⁸.

Para justificar la afirmación precedente lo que se necesita es mostrar una teoría monista en la que sí exista posibilidad de conflicto. Para utilizar el ejemplo propuesto por Scanlon, imaginemos una teoría monista que acepta como único valor a la amistad. ¿Existe aquí posibilidad de conflicto? Pienso que sí.

A diferencia de lo que sucede con la felicidad, las razones vinculadas con reconocer a la amistad como un valor son múltiples. Así, en primer lugar, valorar la amistad implica considerar que se tienen razones para ser leal con el amigo, permanecer en contacto con él, dedicarle tiempo, etc. En segundo lugar, implica considerar que se tienen razones para cultivar nuevas amistades, conservar las que ya se tienen, y para considerar que los amigos son algo que vale la pena tratar de conseguir. También implica considerar que se tienen razones para ayudar a otros a que logren tener amigos.

Ahora imaginemos la siguiente situación. Soy amigo de un individuo que a causa de sus ideas políticas, especialmente controvertidas, ha ganado un número considerable de enemigos. Está siendo perseguido por las fuerzas de seguridad y me pide que le permita refugiarse en mi casa. Tengo la posibilidad de delatarlo y ganarme la amistad de quienes ahora son sus enemigos. Aquí, dos razones que se siguen de considerar a la amistad un valor entran en conflicto. Tengo razones para ser leal con mi amigo, y tengo razones para tratar de conseguir más amigos. En la situación A soy leal, pero no logro tener el mayor número posible de amigos. En la situación B logro tener un mayor número de amigos, pero no actúo conforme a mis razones para ser leal¹⁹.

18. Farrell me ha señalado que esta imposibilidad de conflicto no se debe sólo a la estructura característica de la felicidad como valor, sino al carácter consecuencialista de la teoría moral en cuestión. Sea cual sea el valor que se proponga como “lo bueno”, en una teoría de este tipo “lo correcto” será maximizarlo, no existiendo posibilidad de exigencias conflictivas.

No creo que tengamos en este sentido una discrepancia real, o por lo menos no una que sea relevante para lo que aquí se discute. Mi idea es que una teoría consecuencialista está preocupada por la consecución de un estado de cosas donde una característica se encuentra maximizada, porque considera que las únicas razones involucradas en valorar a lo que considera “lo bueno” (sea lo que sea) son razones para promover el acacimiento de un determinado estado de cosas dotado del mayor valor. La estructura consecuencialista de la concepción moral está fundada en la estructura teleológica de aquellos que considera valioso.

Ahora bien, esto no muestra la imposibilidad de conflicto en una teoría monista, a menos que se sostenga que todo monismo deba ser consecuencialista, afirmación que considero incorrecta. El carácter monista de una teoría está vinculado con el número de valores que reconoce, no con la estructura de los mismos. Dicho de otro modo, no considero que toda teoría monista deba ser una maximizadora, en tanto las razones involucradas en reconocer a algo como valioso pueden no ser teleológicas.

19. Sostiene Scanlon: “Más aun, mientras todas las razones que he mencionado son aquellas que serían reconocidas por una persona que valora la amistad, son las razones ubicadas en esta primera categoría (aquellas involucradas en ser un buen amigo) las que son más centrales a la amistad, y cuando aparecen conflictos estas razones tienen prioridad sobre las razones que tenemos para promover la amistad (para nosotros mismos o para otros). No diríamos que se mostró cuánto una persona valoraba la amistad si ella traicionó a un amigo para hacer varios nuevos, o para lograr que otra persona tuviese más amigos. [“Moreover, while all the reasons I have mentioned are ones that would be recognized by a person who valued friendship, it is the reasons in this first category (those involved in being a good friend) that are most central to friendship, and when conflicts occur these reasons take priority over the reasons we have to promote friendship (for ourselves or others). We would not say that it showed how much a person valued friendship if he betrayed one friend in order to make several new ones, or in order to bring it about that other people had more friends.”] (Scanlon, 1998, p. 89).

Para concluir, aun en una teoría *monista* pueden existir conflictos y, por ende, no puede tomarse la posibilidad de su existencia como indicio de que estamos en presencia de una teoría *pluralista*²⁰.

Pienso que Farrell ha acertado en la elección de la teoría a partir de la cual elaborar su experimento mental, pero no ha logrado precisar con claridad las razones por las cuales el caso del *monismo* de la felicidad es adecuado. Él piensa que se debe simplemente a que es una teoría *monista*. Yo pienso que esto no basta. Existe posibilidad de conflicto aun en las teorías *monistas*.

Para corregir las falencias del argumento es necesario partir de un tipo de teorías que excluyan la posibilidad de conflictos vinculados a un único valor. El punto de partida no puede ser, como Farrell pretende, simplemente una teoría *monista*.

5. Evaluando el primer argumento

Como se recordará, el carácter *opaco* de un valor está vinculado con el grado en que permite un cálculo previo de los resultados que surgirán como consecuencia de su realización; mientras menor sea el número de resultados posibles compatibles con la realización del valor, más transparente será el mismo (Farrell, 2003, p. 140).

20. A fin de que el lector sopesa con cuidado el ejemplo que he ofrecido en el texto, es justo señalar que el mismo ha sido impugnado por Farrell. En su opinión, aquí hay un conflicto entre exigencias provenientes de dos valores: la amistad y la lealtad. No estaríamos en presencia de una teoría *monista*, sino de una *dualista* y, por lo tanto, el ejemplo no serviría para mostrar la posibilidad de conflicto dentro de una concepción *monista*.

Lo que está aquí en cuestión es el complejo problema de cómo individualizar valores, cuyo tratamiento nos conduciría demasiado lejos. Sin embargo, permítaseme expresar algunas consideraciones generales que servirán para defender la utilización del ejemplo.

Un criterio de individualización sería aquel que sostiene que cada valor está vinculado a un único tipo de exigencias o razones para actuar. Dado que en el ejemplo existen dos exigencias, la de maximizar el número de amigos que poseo y la de ser leal, deben existir dos valores. Si se opta por este criterio de individualización, toda teoría *monista* (sea o no *consecuencialista*) daría lugar a un único tipo de exigencias. La posibilidad de conflicto sería, entonces, indicio del carácter *pluralista* de la teoría, tal como sostiene Farrell.

Más allá de la simpleza de esta alternativa, no encuentro que tenga ningún atractivo. Nuestras concepciones, en este caso nuestra concepción de valor deben contrastarse con nuestras intuiciones, y esta concepción no permite dar cuenta de algunas muy importantes. ¿Qué debería ser cierto, si la única exigencia vinculada con reconocer a la amistad como un valor fuese la de maximizar el número de amigos? Deberíamos sostener, como señala Scanlon, que una persona que traiciona a su amigo para adquirir un número más elevado de nuevos amigos ha mostrado con su acción la alta estima en que tiene el valor de la amistad. Si esto es algo *contraintuitivo*, como espero lo sea para el lector, entonces también debe serlo la concepción que sostiene que el reconocer a la amistad como un valor involucra tener sólo razones maximizadoras. Valorar la amistad implica tener razones maximizadoras, razones para ser leal, estar en contacto, etc. Una concepción adecuada del valor debe dar cuenta de esta pluralidad y, por lo tanto, la concepción que elige como criterio de individualización del valor, el tipo de exigencias o razones que involucra el considerarlo tal, debe ser descartada.

Si se opta por un criterio de individualización que permite que un valor involucre más de una exigencia, como pienso debería hacerse si se quiere dar cuenta de nuestras intuiciones, la posibilidad de conflicto no sería indicio del carácter *pluralista* de la teoría.

Vinculando lo señalado aquí con lo expresado en la nota 13, pienso que el carácter *monista* de una teoría simplemente está vinculado con reconocer un único valor. No dice nada sobre la estructura del mismo, ni sobre el número de exigencias vinculadas a reconocerlo como tal.

Una forma de generalizar la noción de *opacidad* referida a los conceptos en general, y no sólo a los valores, sería señalar que un concepto es *opaco* cuando sus instancias de aplicación son indeterminadas, divergentes y, por tanto, imprevisibles²¹.

Algunas aclaraciones son necesarias para hacer más precisa la noción. La *opacidad* de un concepto significa que los rasgos del estado de cosas que son instancias de aplicación de dicho concepto son indeterminados, divergentes e imprevisibles. Ahora bien, dado que los estados de cosas tienen un número de rasgos indeterminado, la noción de *opacidad* necesariamente tiene que ser relativa sólo a alguno de ellos. Es decir, las instancias de aplicación de un concepto, o los estados de cosas que realizan un valor, siempre serán indeterminados, divergentes e imprevisibles con relación a uno o más rasgos.

Tomemos por ejemplo el concepto “blanco”. Las instancias de aplicación del mismo son indeterminadas, divergentes e imprevisibles en relación al rasgo “tamaño”. Que un objeto satisfaga el predicado “blanco” no dice nada en relación a sus dimensiones. Lo mismo se aplica a los valores. Tomemos por ejemplo la “generosidad”. Los estados de cosas donde ella se realiza son indeterminados con relación a una multiplicidad de rasgos, como “el nivel de bienestar”, “la cantidad de recursos de los que dispone la población”, etc.

Ahora bien, dado que el número de rasgos que posee un estado de cosas es indeterminado, lo que necesitamos para afirmar que un concepto o valor es *opaco* con relación a uno de ellos, es un criterio de relevancia. Un concepto o valor es *opaco* cuando sus instancias de aplicación o realización son indeterminadas, divergentes e imprevisibles con relación a un rasgo relevante. Lo primero que se necesita saber para comprender la noción de *opacidad*, es de qué depende la relevancia de los rasgos de un estado de cosas.

Para comprender mejor cuando una expresión es *opaca* puede ser útil comenzar con un ejemplo. Si yo pretendo exaltar mis bondades como profesor y el primer día de clases les digo a mis alumnos “Estén tranquilos, nunca he desaprobado un alumno en un examen final”, mi expresión es *opaca* con relación a dos rasgos que son de importancia a la hora de comprender cabalmente el significado de lo que he dicho. El primero se refiere al número de alumnos que han regularizado la materia. El segundo, al número de alumnos regulares que se han presentado a rendir. Puede ser cierto que nunca he desaprobado a nadie en un examen final porque nadie ha regularizado la materia, o porque nadie de los que regularizaron ha tenido el coraje suficiente para presentarse a rendirla. La expresión es *opaca* en relación a estos tópicos y esto se debe a que no transmite la suficiente información de trasfondo. Lo que determina aquí la relevancia de los rasgos del estado de cosas es la información de trasfondo necesaria para comprender cabalmente la expresión.

A este primer tipo de *opacidad* que puede poseer una expresión la denominaré *opacidad conceptual inherente*, porque la relevancia de los rasgos con relación a los cuales es *opaca* viene determinada por tópicos cuya información es necesaria para comprender el significado mismo de la expresión.

Un segundo tipo de *opacidad* es el ejemplificado por la siguiente expresión: “La silla es blanca”. Esta expresión puede ser instanciada por estados de cosas que son indeterminados,

21. Pienso que el profesor Farrell estaría de acuerdo con la idea de aplicar el predicado *opacidad* a los conceptos. Aunque no estoy seguro. Así señala: “Cuando digo que la igualdad es *opaca*, no adscribo esta característica sólo al concepto de igualdad ...” (Farrell, 2003, p. 141).

divergentes e imprevisibles con relación a una infinidad de características tales como la “comodidad” de la silla, su “tamaño”, etc. La relevancia de los rasgos con relación a los cuales la expresión es opaca no está vinculada al significado de la expresión en cuestión, sino al significado de otras expresiones o conceptos. A este segundo tipo de *opacidad*, donde la relevancia de los rasgos en relación con los cuales la expresión es *opaca* viene determinada por tópicos cuya información es necesaria para aplicar otros conceptos, la denominaré *opacidad* conceptual relativa.

Dado que toda expresión es *conceptualmente opaca* en el segundo sentido señalado, reservaré el uso del calificativo sólo para aquellas expresiones que son *opacas* de modo *inherente*.

En el caso de los valores pienso que la situación es análoga, sólo que aquí la relevancia se determina no en función de la información necesaria para precisar el significado de la expresión, o de la información necesaria a los fines de corroborar si al estado de cosas en cuestión se le aplica otro concepto o expresión, sino en función de las actitudes involucradas en valorar.

Tomemos nuevamente el caso de la amistad. Si yo considero que la amistad es algo valioso, esto involucra adoptar ciertas actitudes: considerar que tengo razones para ser leal, para aumentar mi número de amigos, mantener los que tengo, y hacer que otros a los que aprecio también logren conseguir amigos. Considerar valiosa la amistad también involucra conceder más peso a las razones reclamando lealtad que a las otras nombradas. Si afirmo que en un determinado estado de cosas un individuo ha satisfecho este valor, en función de las actitudes involucradas en valorar la amistad, ya sé que rasgos de la situación son relevantes. También sé que si estaba en juego una cuestión de lealtad, no importa qué rasgos relevantes adicionales tenga la situación, las exigencias de la amistad han sido satisfechas si la exigencia de lealtad lo ha sido. Si el individuo fue leal, entonces cumplió con las exigencias de amistad, si no lo fue, aunque haya aumentado su número de amigos, no cumplió con tales exigencias. La amistad, entonces, es *opaca* con relación a rasgos que tienen relevancia en función de las actitudes involucradas en considerar valiosa a la amistad. La satisfacción del valor amistad es compatible con un número de estados de cosas que son indeterminados, divergentes e imprevisibles en relación al número de amigos que tiene el individuo.

A este primer tipo de *opacidad*, en donde los estados de cosas que realizan un valor “A” son indeterminados, divergentes e imprevisibles con relación a rasgos cuya relevancia se determina a partir de las actitudes involucradas en valorar “A”, lo denominaré *opacidad valorativa inherente*. Una condición necesaria, entonces, para que exista este tipo de *opacidad* es que las actitudes involucradas en valorar algo sean múltiples. Así, por ejemplo, si valorar la amistad sólo involucrara sostener que se tienen razones para promover estados de cosas donde el número de amigos que se posee es el más elevado posible, entonces un solo rasgo sería relevante y la amistad no podría ser en consecuencia un valor *opaco*.

Un segundo tipo de *opacidad* es aquel en el cual los rasgos relevantes de la situación en la que un valor “A” se realiza son determinados por las actitudes involucradas en considerar valioso a “B”. Al igual que en el caso anterior, la relevancia de los rasgos se determina en función de las actitudes valorativas. A diferencia del caso anterior, estas actitudes no se refieren sólo al valor que se considera *opaco*.

Para explicar la noción imaginemos el siguiente caso. Supongamos que considero valioso el desarrollo de ciertas excelencias humanas en el arte. Supongamos también, a los fines de argumentar, que esto involucra sólo la actitud de considerar que existen razones para promover estados de cosas donde el nivel de estas excelencias sea el más alto posible. El valor de las excelencias artísticas es, tal como lo he presentado, uno que no puede ser *inherentemente opaco*, en tanto existe una única actitud involucrada. Supongamos además que valoro también, junto con las excelencias artísticas, la salud, y que esto involucra también, a los fines de simplificar el ejemplo, sólo una actitud: la de promover estados de cosas donde el grado de salud pública sea el más alto posible. Según las actitudes valorativas que tengo existen dos rasgos de los estados de cosas que poseen relevancia: el nivel de las excelencias artísticas y el de salud.

En esta situación el valor de las excelencias artísticas es *opaco*, en el sentido que los estados de cosas en los que se satisface son indeterminados, divergentes e imprevisibles con relación a un rasgo relevante, a saber, el nivel de salud. Sin embargo, esta opacidad es de un tipo distinto a la *opacidad valorativa inherente*, en tanto la relevancia de los rasgos se determina a partir de las actitudes involucradas en considerar valiosa a una cosa distinta del valor *opaco*. A este segundo tipo de *opacidad* lo denominaré *opacidad valorativa relativa*.

Una conclusión que puede extraerse de las consideraciones anteriores es que sólo pueden poseer *opacidad valorativa relativa* aquellos valores que pertenecen a una teoría *pluralista*. Si una teoría sólo reconoce un valor es imposible que existan rasgos cuya relevancia se determine en función de actitudes valorativas que sean ajenas al valor en cuestión. Por el contrario, en una teoría *monista* no puede existir *opacidad valorativa relativa*. Aunque de modo contingente puede existir o no *opacidad valorativa inherente*.

Con estas clasificaciones a mano es tiempo de mostrar por qué pienso que es falsa la afirmación de que la igualdad, a diferencia de la felicidad, es un valor *opaco*.

Mi hipótesis es que en el caso de la igualdad nos enfrentamos con una situación especial a causa de su carácter de predicado incompleto. Los estados de cosas que satisfacen el valor son indeterminados, divergentes e imprevisibles en razón de la *opacidad conceptual* de las cualidades que complementan el predicado “igualdad” y no porque ésta, como valor, sea opaco.

Para visualizar lo que sostengo, nuevamente será de utilidad valernos de ejemplos. Supongamos que soy el anfitrión de una fiesta y que con el fin de que todos mis invitados se sientan bien atendidos, frente a todas las copas iguales y vacías, formulo la siguiente orden al personal encargado de atender al público: “al momento del brindis todas estas copas deben estar igualmente completas de vino”. ¿Es opaca esta expresión? Pienso que no, porque existe un único estado de cosas en el que la orden estaría satisfecha. La razón es que la noción de completitud de copas con idéntica capacidad no es *conceptualmente opaca*. Toda la información de trasfondo está disponible y, por tanto, no existe indeterminación de ningún rasgo relevante.

Supongamos ahora que en idéntica situación señalo: “al momento del brindis todas estas copas deben tener igual nivel de vino”. ¿Es opaca esta expresión? Pienso que sí, porque existen múltiples estados de cosas en los que la exigencia estaría satisfecha. Uno en el que todas las copas tuvieran 1ml de vino, o 2 ml, etc. La razón es que la noción de “nivel de vino” es *conceptualmente opaca*; es necesario, para comprender cabalmente el significado de las expresiones en las que se usa, poseer datos en relación a su magnitud.

Por otro lado, la igualdad no posee *opacidad valorativa inherente* porque la actitud involucrada en valorar la igualdad es una sola: considerar que se tienen razones para promover estados de cosas donde la igualdad está maximizada. Para advertir esto, basta con caer en la cuenta de que la igualdad está completamente realizada cuando ha sido maximizada, es decir cuando todos los individuos involucrados satisfacen esta relación.

Nótese que en esto la igualdad no es distinta de la felicidad, cuya valoración involucra la misma actitud maximizadora. Ambos son valores que no poseen *opacidad valorativa inherente*. Farrell, sin embargo, extrae la conclusión opuesta y señala:

Nótese que la igualdad es opaca en un sentido fuerte: varios resultados son posibles, incluso aunque se agregue la exigencia de la maximización de la igualdad (y no todos los resultados posibles —desde luego— tienen el mismo grado de aceptabilidad moral) ... En el caso de la distribución de recursos, maximizar la igualdad significa sólo que todos los ciudadanos —sin excepción y en el mismo grado— deben recibir la misma porción de recursos, sin que exista —no obstante— ninguna garantía respecto del tamaño de esa porción. (Farrell, 2003, p. 146.)

Pienso que su equivocación es provocada por no distinguir, por un lado, entre *opacidad conceptual* y *opacidad valorativa*, y por el otro, entre *opacidad valorativa inherente* y *opacidad valorativa relativa*. Esto es lo que lo conduce a ver diferencias entre la exigencia de maximizar la felicidad y la de maximizar la igualdad, donde no las hay.

Lo que muestra el caso de la igualdad de recursos, al igual que los otros tres referidos por Farrell, no es que la igualdad posee *opacidad valorativa*, sino que las cualidades referidas por la igualdad, como predicado incompleto, poseen *opacidad conceptual*. Todas las cualidades a las que hace referencia la igualdad en los ejemplos de Farrell son *conceptualmente opacas*, porque todas utilizan la *opaca* noción de “nivel”. Las expresiones “nivel de recursos”, “nivel de respeto”, “nivel de bienestar” y “nivel de libertad negativa”, son todas conceptualmente *opacas* en relación con la magnitud.

Si la igualdad como predicado incompleto pudiera combinarse sólo con expresiones *conceptualmente opacas* entonces podría afirmarse, en algún sentido no valorativo, que la igualdad también lo es. Pero, como muestra el ejemplo de la exigencia de que todas las copas estén igualmente completas, ni siquiera éste es el caso.

En consecuencia, la igualdad no se distingue de la felicidad en tanto valor. Ambas involucran una única actitud maximizadora. Se distingue de la felicidad en tanto que, a diferencia de ésta, es un predicado incompleto.

En segundo lugar, Farrell tampoco distingue entre *opacidad valorativa inherente* y *opacidad valorativa relativa*. Lo que muestran los cuatro ejemplos utilizados por él, según creo, es sólo que la igualdad posee *opacidad valorativa relativa*. En los casos analizados la igualdad es *opaca* en relación con ciertos rasgos de los estados de cosas cuya relevancia proviene de las razones involucradas en considerar valiosas a otras cosas diversas a la igualdad, tales como el grado de respeto y consideración, el de recursos, el de bienestar y el de libertad negativa.

Sin embargo, como he señalado, esta opacidad no es característica de la igualdad, sino de cualquier valor que pertenezca a una teoría *pluralista*. Así, por ejemplo, si consideramos valiosa a la igualdad, la felicidad poseerá *opacidad valorativa relativa*. Existirán rasgos en los estados de cosas que maximizan la felicidad, considerados relevantes en función de las actitudes involucradas en valorar la igualdad, que permanecerán indeterminados, divergentes e imprevisibles. Los estados de cosas en los que se maximiza la felicidad podrán ser algunos en los que no exista ninguna desigualdad de distribución o en los que exista la más absoluta.

Si de previsibilidad se trata, pienso, contrario a lo que Farrell señala, que no existe dificultad alguna en que el único valor de una teoría *monista* sea la igualdad, siempre y cuando la noción que la completa no sea *conceptualmente opaca*. Así, por ejemplo, si señalo que “todos los ciudadanos por igual no deben poseer ningún recurso”, no existe aquí ninguna *opacidad inherente* al valor “igualdad”, ni *inherente*²² al concepto de “ningún recurso”. Existe un único estado de cosas en el que la exigencia de igualdad es satisfecha: cuando nadie posee nada.

Tal monismo, sin embargo, es implausible. La razón de esto, contrario nuevamente a lo sostenido por Farrell, no puede ser, entonces, la *opacidad valorativa inherente* de la igualdad o la *opacidad conceptual* de la cualidad que la completa. La causa de la implausibilidad son las características indeseables que puede poseer un estado de cosas en el que la igualdad, como único valor, ha sido satisfecha. Es decir, la implausibilidad proviene del hecho que los estados de cosas en que la exigencia de igualdad es satisfecha permanecen indeterminados en ciertos aspectos que son considerados relevantes en función de las actitudes involucradas en valorar otras cosas. La razón por la que tal monismo es implausible, entonces, es que consideramos que la igualdad es un valor *relativamente opaco*.

Ahora bien, dado que esta característica es compartida con la felicidad, un monismo que considere a ésta el único valor, tal como hace el utilitarismo, es igualmente implausible.

La razón por la que un monismo de la igualdad es implausible no tiene que ver con su *opacidad valorativa inherente*, sino con su *opacidad valorativa relativa*. Es decir, consideramos que existen buenas razones que no están involucradas con valorar la igualdad, sino con valorar otras cosas tales como el bienestar, la libertad, etc. Es por esto que pensamos que los estados de cosas en donde la igualdad es satisfecha poseen rasgos, a los que consideramos relevantes en función de estas otras razones, que permanecen indeterminados.

Para sintetizar, la igualdad como valor es susceptible de padecer el mismo tipo de *opacidad* que la felicidad: la *opacidad valorativa relativa*. Se diferencia de la felicidad en tanto que, como predicado incompleto, puede hacer referencia a nociones *conceptualmente opacas*. La implausibilidad de una teoría *monista* que reconozca como único valor a la igualdad tiene que ver con el primer tipo de *opacidad*. Un *monismo* de la felicidad es tan implausible como uno de la igualdad.

22. Me refiero aquí a lo que he denominado *opacidad conceptual inherente*.

6. Una reconstrucción del argumento del conflicto

Las precisiones formuladas tienen también la ventaja de permitir que el argumento del conflicto, cuya formulación he cuestionado, cumpla la función para la que Farrell lo diseñó: probar que la igualdad es un valor.

Como se recordará, la principal dificultad que el argumento enfrentaba era la siguiente: de la mera posibilidad de conflicto no podía concluirse que estábamos en presencia de una teoría *pluralista*. Podían existir exigencias en conflicto aun dentro de una teoría *monista*. Lo que se necesitaba era un modo de asegurarnos que el conflicto era del tipo adecuado, esto es, un conflicto entre distintos valores.

Pienso que ahora esto es posible. Ahora puede verse claro dónde radica la causa de una de las principales falencias señaladas al argumento en base al caso del *monismo*: existen dos tipos posibles de *monismo* según que el valor en cuestión sea *inherentemente opaco* o no. Si el valor no es *inherentemente opaco*, estaremos en presencia de un monismo *transparente*. Esto, en tanto en una teoría monista el valor que reconoce tampoco puede padecer de *opacidad valorativa relativa*. Ningún tipo de *opacidad valorativa* es posible. Por un lado, las razones vinculadas al reconocimiento del valor son de un solo tipo, y por tanto no puede existir *opacidad valorativa inherente*. Por el otro, existe sólo un valor y, por tanto, no puede existir opacidad valorativa relativa.

Si ahora modificamos el argumento de modo que (b) señale: “en las teorías *monistas transparentes* no existe posibilidad de conflicto” y suprimimos (c) para dar cabida a los conflictos que pueden producirse en los *monismos opacos*²³, la dificultad que tenía la presentación de Farrell desaparece.

El argumento revisado señalaría:

- a) Toda teoría ética o bien es *monista* o bien es *pluralista*.
 - b) En las teorías *monistas transparentes* no existe la posibilidad de conflicto.
 - c) Si a una teoría *monista transparente* —como la que reconoce como valor sólo a la felicidad— se le agrega la exigencia de igualdad, aparece la posibilidad de conflicto.
 - e) Tal teoría, con dicho agregado, es una teoría *pluralista*.
- De lo cual se concluye
- f) La igualdad es un valor.

Para que la posibilidad de conflicto en una teoría *monista*, a la que se le agrega la exigencia de igualdad, sea un indicio de que se ha transformado en una teoría *pluralista*, es necesario además asegurarse de que se trata de *monismo transparente*. Esto excluye la posibilidad de que el conflicto se presente entre exigencias vinculadas a un único valor.

Si en una teoría *monista transparente*, luego de agregarle una nueva exigencia, aparece la posibilidad de *opacidad*, entonces la exigencia agregada debe estar vinculada a un nuevo valor. Esto debido a que para que exista *opacidad* debe existir pluralidad de razones a partir de las cuales se determinen los rasgos relevantes del estado de cosas que satisface

23. Aquellos que reconocen un único valor que posee *opacidad valorativa inherente*. Sería el caso del monismo de la amistad sobre el que he trabajado con anterioridad.

el valor primitivo. Para que exista pluralidad de razones en una teoría *monista transparente*, ésta debe dejar de ser tal. La única forma en que esto haya sucedido es: a) que el valor primitivo al que apela la teoría haya sido cambiado por uno dotado de *opacidad inherente*, o b) que al valor primitivo se le haya agregado otro valor que haga posible que ahora exista *opacidad relativa*. Por hipótesis a) no se ha dado, ya que lo que se ha hecho ha sido agregar exigencias y no alterar las que existían, luego debe haberse dado b).

Con estas aclaraciones volvamos al caso presentado por Farrell. Supongamos que tenemos una teoría cuyo único valor es la felicidad. Es un *monismo transparente* puesto que existe un único tipo de razones involucradas en valorar la felicidad: razones maximizadoras. Si ahora le agregamos la exigencia de que se satisfaga una distribución igualitaria de la misma, la felicidad se transforma en un valor *opaco*. *Opaco* en relación con un rasgo de los estados de cosas en los que es satisfecha: el modo de distribución. Las razones involucradas en valorar la felicidad siguen siendo de un solo tipo y, sin embargo, existe *opacidad*. Esto debe estar ocasionado porque han comenzado a funcionar otras razones no vinculadas a la felicidad, sino a otras actitudes valorativas. La felicidad posee *opacidad valorativa relativa* y esto sólo puede darse si la exigencia incorporada está fundada en un valor distinto a la felicidad misma. Por lo tanto, la igualdad es un valor.

7. Conclusión

Pienso que la fecundidad de un trabajo filosófico debe medirse por las inquietudes que genera en quienes lo leen. Si esto es así, nada de lo que he señalado desmerece las ideas vertidas por Farrell en su libro. Por el contrario, éste es un fino ejercicio de análisis filosófico y por ello lo he tomado como punto de partida para mi propio camino. Al final del mismo puede que sea útil resaltar nuestras divergencias, aunque no dudo que son mayores nuestros acuerdos.

En primer lugar, pienso que es necesario afinar la noción de *opacidad* distinguiendo entre *opacidad valorativa* y *opacidad conceptual*, y entre *opacidad valorativa inherente* y *relativa*.

En segundo lugar, con estas precisiones a mano, es posible advertir que la igualdad, al igual que la felicidad, no posee *opacidad valorativa inherente*. Del mismo modo, y como cualquier otro valor que forma parte de una teoría *pluralista*, posee *opacidad valorativa relativa*.

En tercer lugar, las cualidades a las que refiere la igualdad —como predicado incompleto— pueden poseer de modo contingente *opacidad conceptual*.

En cuarto lugar, un *monismo* igualitario sería implausible, no porque sus resultados fuesen indeterminados debido a la *opacidad conceptual* de la cualidad sobre la que recae la exigencia de igualdad, sino debido a que estos poseen rasgos *indeseables* de acuerdo a otros valores. La implausibilidad de este *monismo* está vinculada a la *opacidad valorativa relativa* de la igualdad, característica en la que no se distingue de la felicidad.

En quinto lugar, lo que la *Levelling Down Objection* muestra es que somos pluralistas, no que la igualdad posee *opacidad valorativa inherente* o sus cualidades de referencia *opacidad conceptual*, y por lo tanto sus resultados son imprevisibles. Lo que sirve para

poner de manifiesto los ejemplos de Farrell, y la *Levelling Down Objection*, no es el carácter imprevisible de un monismo igualitarista, sino su carácter disvalioso, lo que muestra que valoramos algo más que la igualdad. Es decir, la *Levelling Down Objection* muestra la *opacidad valorativa relativa* de la igualdad, atributo en el que no se diferencia de otros valores como la felicidad.

En sexto lugar, y por las razones expuestas, pienso que la causa de que las teorías contractualistas de Locke, Rousseau y Hobbes discrepen en sus resultados, no debe buscarse en el carácter *opaco* que posee la igualdad a diferencia de la felicidad. Existe un solo tipo de *opacidad* que puede ser vinculada a la igualdad y no a la felicidad, la *opacidad conceptual* de las cualidades a las que refiere. Supongamos, a los fines del argumento, que esto fuera lo que explica la discrepancia de resultados. ¿Podría señalarse que es la apelación a la igualdad, en última instancia, la que explica la discrepancia? Pienso que no. No toda cualidad a la que hace referencia la igualdad tiene que ser por necesidad *conceptualmente opaca*. En consecuencia, pueden existir teorías que apelen a la igualdad de cualidades *transparentes*, que no poseerían ningún tipo de indeterminación en sus resultados. Como es obvio, esto no garantiza que los resultados sean idénticos, a menos que la cualidad a la que se refieran sea la misma.

Por último, pienso que las correcciones y aclaraciones introducidas permiten defender con mayor éxito un tópico en el que el profesor Farrell y yo estamos de acuerdo: la igualdad es un valor intrínseco y no meramente un modo de tratar valores. El argumento de la posibilidad de conflicto introducida en un *monismo transparente* con la inclusión de la exigencia de igualdad así lo muestra.

La igualdad es un valor intrínseco que no posee *opacidad valorativa inherente*, y que de modo contingente, si es parte de una teoría *pluralista*, posee *opacidad valorativa relativa*. Finalmente, la igualdad es un predicado incompleto que hace referencias a cualidades que pueden poseer, nuevamente de modo contingente, *opacidad conceptual*.

Bibliografía

- Arneson, Richard: "Liberalism, Distributive Subjectivism, and Equal Opportunity for Welfare". *Philosophy and Public Affairs*, 19 (1990): 158-94.
- Berlin, Isaiah: "Equality". *Proceedings of the Aristotelian Society* LVI, (1955-56): 301- 326.
- Dworkin, Ronald: "What is Equality? Part 1: Equality of Welfare". *Philosophy and Public Affairs*, 10 (1981): 185-246.
- Dworkin, Ronald: "What is Equality? Part 2: Equality of Resources". *Philosophy and Public Affairs*, 10 (1981): 283-345.
- Frankfurt, Harry: "Equality as a Moral Ideal". *Ethics*, 98 (1987): 21-42.
- Farrell, Martín D.: *La Ética en las Relaciones Internas e Internacionales*. Barcelona: Gedisa, 2003.
- Hobbes, Thomas (1651): *Leviathan*, Indianápolis: Hackett, 1994.

Kymlicka, Will: *Contemporary Political Philosophy. An Introduction*. Oxford: Clarendon Press, 1990.

Locke, John (1690): *The Second Treatise of Government*. Indianapolis: Hackett, 1980.

Nozick, Robert: *Anarchy State and Utopia*. New York: Basic Books, 1974.

Oppenheim, Felix: "Egalitarianism as a Descriptive Concept". *American Philosophical Quarterly*, 7 (1970): 143-152.

Parfit, Derek: "Equality and Priority". *Ratio*, 10 (1997): 202-221.

Rae, Douglas: *Equalities*. Cambridge: Harvard University Press, 1981.

Rawls, John: *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971, edición revisada, 1999.

Roberts, Jennifer T.: "Athenian Equality: A Constant Surrounded by Flux". En Josiah Ober y Charles Hedrix (eds.), *Demokratia. A conversation on Democracies, Ancient and Modern*. New Jersey: Princeton University Press, 1996, pp. 187-202.

Rousseau, Jean-Jacques (1762): *A Discourse on Inequality*. Londres: Penguin, 1984.

Sen, Amartya: *Inequality Reexamined*. Cambridge: Harvard University Press, 1992.

Temkin, Larry: "Equality, Priority and the Levelling Down Objection". En Matthew Clayton y Andrew Williams (ed.), *The Ideal of Equality*. New York: Palgrave Macmillan, 2002, pp. 126-161.

Temkin, Larry S.: "Egalitarianism Defended". *Ethics*, 113 (July 2003): 764-782.

Westen, Peter: *Speaking Equality*. Princeton: Princeton University Press, 1990.

Debate: el caso "Patti"

El caso "Patti" y otra paradoja de la democracia *

Demián Zayat

1. Introducción

Luis Patti fue electo diputado nacional por la Provincia de Buenos Aires en las elecciones del 23 de octubre de 2005, cuando la lista del Partido Unidad Federalista (PAUFE) que encabezaba obtuvo alrededor de 395.000 votos.¹ Sin embargo, en la sesión preparatoria de la Cámara de Diputados del 6 de diciembre —donde debía tomársele juramento—, su diploma fue impugnado² y pasó a estudio de la Comisión de Peticiones, Poderes y Reglamento.

En esa Comisión se llevó adelante un proceso con acusación y defensa, donde se recolectaron numerosas declaraciones testimoniales (muchas de las cuales salían a la luz por primera vez) y una frondosa prueba documental. Finalmente, luego de los alegatos, se elaboró un dictamen de mayoría que propuso no admitir el diploma del diputado Patti por resultar contradictorio *“con las pautas éticas fundamentales del sistema democrático”* (firmado por el Frente para la Victoria, ARI, Socialismo), y cuatro dictámenes de minoría que proponían sí aceptar el diploma porque *“las cámaras del Congreso Nacional no están facultadas por la Constitución Nacional a remover a algunos de sus miembros por la causal de inhabilidad moral cuando ésta se basara en hechos anteriores al acto electoral”* (UCR), porque *“el ciudadano Patti ha estado siempre a disposición de la Justicia y se presume su inocencia”* (PAUFE), porque *“no resulta aplicable al caso la norma del artículo 36 de la Constitución, ajena a la cuestión debatida en esta oportunidad, ya que el mencionado ciudadano no ha incurrido en los actos allí previstos como conductas atentatorias del orden institucional y el sistema democrático, o de usurpación de funciones previstas para las autoridades de la Constitución”* (PRO), y porque *“el diputado ha sido elegido por la ciudadanía, no posee inhabilidades o incompatibilidades para ejercer el cargo y reúne los requisitos constitucionales”* (Peronismo Federal).³

• Quiero agradecer todos los comentarios y observaciones que han realizado a versiones anteriores de este trabajo. Especialmente a Roberto Gargarella, que organizó un seminario de su cátedra de Derecho Constitucional en la UBA, para discutir este tema, donde recibí críticas desde diversas ópticas. Gracias a todos los que intervinieron, que me hicieron reflexionar bastante sobre los puntos señalados. Agradezco también los comentarios de Roberto Saba, Juan González Bertomeu y Andrea Pochak, que me hicieron repensar gran parte del trabajo. Muchas gracias a todos.

1. Según los datos de la Cámara Electoral, el Partido Unidad Federalista (PAUFE) obtuvo 394.398 votos, lo que representa el 5,25 % de los votos emitidos. Ver http://www.pjn.gov.ar/electoral/documentos/Buenos_Aires-1235-d.pdf

2. Los impugnantes fueron los diputados Miguel Bonasso, Araceli Méndez de Ferreyra, Remo Carlotto, Carlos Tinnirello y Diana Conti.

3. Ver el dictamen publicado como Orden del Día 228/06, disponible en <http://www.diputados.gov.ar/dependencias/dcomisiones/periodo-124/124-228.pdf>

El 23 de mayo de 2006 la discusión llegó al plenario. Luego de más de ocho horas de debates donde incluso quienes habían sido sus compañeros de lista alegaron desconocer el pasado del candidato⁴, la Cámara de Diputados resolvió no admitir el diploma por 164 votos afirmativos a 62 negativos. De este modo, alcanzada la mayoría especial de dos tercios requerida, la Cámara rechazó la incorporación de Luis Patti.

El caso "Patti" presenta diversas cuestiones para focalizar. En primer lugar resulta interesante analizar qué estándares éticos considera el Congreso que deben cumplir los diputados electos para poder asumir su banca. En este sentido, la reforma de 1994 con la incorporación del artículo 36 a la Constitución Nacional y la constitucionalización de algunos tratados de derechos humanos estableció una inhabilidad perpetua para ocupar cargos públicos a quienes fueron autores de actos de fuerza contra el sistema democrático.

Luego, quizás lo más interesante sea analizar si lo que hizo el Congreso fortalece o debilita la democracia. Si quien perdió en esta ocasión fue el sistema democrático, habría que concluir que la no admisión de Patti fue una decisión desafortunada; pero si, por el contrario, el sistema se ha fortalecido en términos deliberativos,⁵ habrá que concluir que fue la decisión correcta. En este caso podríamos hablar de otra paradoja de la democracia, donde para que haya más participación política deberíamos excluir a ciertas personas de la deliberación moral.

Por último, me interesaría analizar el papel del Congreso al hacer control de constitucionalidad, desde el punto de vista del constitucionalismo popular. La teoría clásica, desde el fallo *Marbury v. Madison* de la propia Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, considera que la última palabra en materia constitucional la tiene la Corte Suprema. De este modo, la interpretación constitucional sólo puede ser hecha por los tribunales de justicia y el Congreso —entre otros— no está habilitado a hacer este tipo de análisis. En el caso "Patti", la Cámara de Diputados, basándose en el artículo 64 de la Constitución, realizó su propia interpretación del artículo 16 de la Constitución cuando se refiere a la "idoneidad", y de lo dispuesto por los artículos 36 y 75 inciso 22. Resulta interesante, entonces, analizar los alcances de este control de constitucionalidad fuera del poder judicial.

A todo esto me dedicaré en lo que sigue, pero antes, veamos qué hizo Luis Patti.

2. Quién es el "loco" Patti ⁶

Luis Patti se define como alguien que es y ha sido "*un comisario de la Provincia de Buenos Aires*"⁷. En 1990 declaró que "*La policía para esclarecer un hecho, tiene que cometer no menos de cuatro o cinco hechos delictivos. De lo contrario no puede esclarecer*

4. Ver por ejemplo el discurso del diputado Landau, disponible en <http://www1.hcdn.gov.ar/sesionesxml/reunion.asp?p=124&r=14>

5. A esta altura habría que aclarar que voy a realizar un análisis bajo el marco teórico de la democracia deliberativa, similar a la expuesta por Carlos Nino, en *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, Gedisa, 1997.

6. Luis Abelardo Patti, alias "El loco", figura con el legajo 2530 de la CONADEP como oficial integrante de sección o grupo en la comisaría de Tigre.

7. Ver su única intervención en el recinto de la Cámara de Diputados, el 6 de diciembre de 2005, en <http://www1.hcdn.gov.ar/sesionesxml/item.asp?per=123&r=38&n=4>

absolutamente nada. ¿Cuáles son esos delitos? Privación ilegal de la libertad, apremios, y violación de domicilio entre otros delitos. Y no queda otro camino que hacer eso. Cuando los comisarios no esclarecen hechos, es porque, como se dice en nuestra jerga, no se la juegan".⁸ En 1996 declaró a la revista Noticias: "*que digan que participé en la lucha contra la subversión, que digan que soy un torturador. Yo no lo niego. Pero que no me acusen de chorro ni de corrupto*".⁹ Patti ha realizado muchas declaraciones como éstas en diversos medios de comunicación,¹⁰ pero —lamentablemente— no es lo único ni lo peor que ha hecho.

La Comisión de Peticiones, Poderes y Reglamento de la Cámara de Diputados consideró que, de acuerdo con la prueba testimonial producida, Luis Patti tuvo responsabilidad directa en el fusilamiento de Osvaldo Cambiaso y Eduardo Pereyra Rossi. Lo sucedido en esta causa, y la investigación judicial, merecen un párrafo aparte.

Las víctimas fueron secuestradas el 14 de mayo de 1983 en un bar de la ciudad de Rosario, a plena luz del día. Cambiaso y Pereyra Rossi fueron torturados y finalmente fusilados en la provincia de Buenos Aires. Patti admitió judicialmente la autoría del asesinato, aunque aclarando que se dio en un enfrentamiento. En el expediente judicial, una pericia médica concluyó que de acuerdo con la distancia de los disparos, y las lesiones en las muñecas de las víctimas, lo sucedido no pudo haber sido un enfrentamiento. Asimismo los médicos encontraron evidencias de paso de corriente eléctrica por los cuerpos. El juez había ordenado la prisión preventiva, pero luego sorpresivamente decidió sobreseer a los imputados. La apelación tampoco prosperó, ya que el fiscal de Cámara no mantuvo el recurso. La Comisión de Diputados accedió a un archivo secreto de la ex Dirección de Inteligencia de la Policía de la Provincia de Buenos Aires donde figura un informe con datos puntillosos de la vida privada del juez de la causa y de su familia y los empleados del juzgado. Este informe estaba fechado nueve días después de que el Juez hubiera tomado una decisión contraria a los acusados, y tres meses antes de que haya dictado los sobreseimientos. También la Comisión accedió a un informe del Departamento de Estado de Estados Unidos donde se relataba la importancia política de la causa, y la existencia de versiones militares alertando que si la causa no pasaba a jurisdicción militar, o si los presos no eran liberados, podría realizarse un golpe de estado o un retraso a la salida democrática. Por otro lado, un familiar declaró ante la Comisión que los testigos fueron amenazados para que no declarasen, lo mismo que los abogados querellantes. Mediante estas presiones, y en ese contexto político, Patti fue sobreseído del asesinato de Cambiaso y Pereyra Rossi.¹¹

En el trámite ante la Comisión, también se acreditó la responsabilidad directa de Luis Patti en el secuestro y muerte del ex diputado Diego Muñiz Barreto. Barreto y su secretario

8. Diario Clarín, 4 de octubre de 1990.

9. Clarín, 11 de agosto de 1996.

10. Ver CELS, "Patti: Manual del Buen Torturador", 1996. disponible en http://www.cels.org.ar/Site_cels/trabajo/e_documentacion/docum_pdf/Patti.pdf

11. Con estas nuevas informaciones, el fiscal federal Juan Murray solicitó la reapertura, alegando la nulidad del sobreseimiento provisorio de los imputados, que se los cite a prestar declaración indagatoria y la detención de los imputados. La causa es la 2.505/05 del Juzgado Federal de San Nicolás caratulada "Fiscalía Federal promueve investigación". En la causa 4987 del entonces juzgado en lo penal 3, la defensa de Patti dijo que "El núcleo central de los hechos, conforme el detalle que he venido realizando, surge fundamentalmente del relato confesorio de mis defendidos, quienes admiten la autoría de la muerte de los comandantes Cambiaso y Pereyra Rossi, ocasionada por la acción del Oficial inspector Patti y del cabo Spataro."

Fernández, fueron secuestrados el 16 de febrero de 1977 en Escobar, y el 6 de marzo, luego de ser anestesiados, fueron arrojados vivos a un río. Afortunadamente, la anestesia no hizo el efecto esperado en Fernández, quien sobrevivió para contarla en España, ante un escribano público. Para justificar las desapariciones, se fraguó un accidente automovilístico en la provincia de Entre Ríos.

La Comisión recibió declaraciones que involucran a Patti en diversos actos de tortura y secuestro de dirigentes gremiales y periodistas de la zona de Escobar, aun antes del golpe militar. Así se pueden enumerar los casos de secuestro y muerte de Gastón Goncalves,¹² el secuestro de Ricardo Jiménez, del periodista Tilo Wenner y las amenazas a Enrique Tomanelli. Patti tenía a su cargo las tareas de inteligencia en la zona y era quien armaba las listas negras. También declaró Luis Angel Gerez, torturado por Patti en la comisaría de Escobar, cuando se lo acusaba de estar involucrado en la violación de un niño. Declaró que primero fue interrogado por varios oficiales, y que luego, con los ojos vendados lo torturaron con picana y con cama eléctrica. Dijo que reconoció la voz de Patti entre los torturadores.¹³

También es demostrativo del grado de impunidad que existía durante la dictadura, el caso de María Isabel Chorobik de Mariani, que declaró ante la Comisión que un grupo de tareas, entre los que estaba Patti, allanó su casa pocos días después de la desaparición de su hijo, su nuera y su nieta. Aclaró que en ese contexto era imposible denunciar el allanamiento ilegal. Que en su momento consultó con un juez amigo y le dijo que haga la denuncia por los teléfonos rotos, que eran bienes del Estado. Así lo hizo, pero el juez la remitió a la Policía Federal. En la comisaría fueron objeto de agresión verbal por todos los policías presentes, señalándolos como los padres de los subversivos. Una vez en democracia, relató la desaparición y muerte de los hijos, y el allanamiento de su vivienda, y en 1999, en un juicio por la verdad, identificó a Patti como uno de los participantes en el allanamiento ilegal.¹⁴

En 1991, ya en democracia, Patti fue encomendado por Carlos Menem para esclarecer el caso María Soledad Morales, en Catamarca. Ahí, el testigo Sergio Vicente Aragón declaró que fue sometido al submarino seco por Patti; y el testigo Julio Cesar Oviedo declaró que fue sometido a largas sesiones de tortura para que sindicara a determinada persona de haber cometido el asesinato. Finalmente, peleado con el juez de la causa con quien había discutido acerca del uso de la tortura, Patti se volvió a Escobar.¹⁵

12. En la causa 28.130/04 el fiscal Murray solicitó la detención de Patti, por el asesinato de Gastón Goncalves.

13. El 27 de diciembre de 2006 Luis Geréz fue secuestrado. El presidente, por cadena nacional, asoció el secuestro con las presiones que estarían efectuando diversos grupos comprometidos por la reapertura y el avance de las causas por las violaciones a los derechos humanos de la dictadura. Con respecto a la desaparición de Gerez, apuntó directamente al entorno de Luis Patti. Gerez, afortunadamente, fue liberado, con signos de haber sido duramente torturado, el 29 de diciembre. Ver entre otros, La Nación, 31/12/06, "El gobierno cierra el círculo sobre Patti". Geréz y otros testigos de la causa de Goncalves denunciaron haber sido amenazados.

14. La declaración está disponible en http://www.nuncamas.org/testimon/chorobik_mariani.htm

15. Por otro lado, el 26 de agosto de 2003 Patti fue procesado por colaborar en el encubrimiento de Jorge Horacio Granada en una causa donde se investiga la desaparición de más de una decena de personas. Es la causa 20.638 caratulada "Patti s/encubrimiento" que tramita ante el Juzgado Criminal y Correccional N° 4. El procesamiento fue confirmado por la Cámara federal el 15 de febrero de 2003, y el 26 de septiembre de 2006, el juez federal Ariel Lijo elevó la causa a juicio oral. Ver Clarín, 27/09/06, "Patti irá a juicio oral por ocultar a un militar reclamado por la justicia".

En 1995 Patti fue electo intendente de Escobar por el Partido Justicialista (PJ) con el 73% de los votos, luego de una campaña basada en un discurso de ley y orden y contra la corrupción política. En 1999, ya con el PAUFE pierde las elecciones para gobernador de la provincia, pero resultó reelecto en la intendencia de Escobar. Finalmente, en 2005 se presentó como candidato a diputado nacional.

3. El artículo 36 y la inhabilitación perpetua de los autores del golpe de estado

La Cámara de Diputados consideró que Luis Patti no satisfacía el estándar ético que contempla la Constitución Nacional en el artículo 36, que serviría de pauta de interpretación del requisito de idoneidad establecido de modo general en el artículo 16.

El artículo 36 fue incorporado por la reforma de 1994 y está referido a los actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. El artículo establece que “...*Sus autores [de los actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático] serán pasibes de la sanción prevista en el artículo 29, inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas...*”. Según el convencional constituyente Eduardo Barcesat, esta cláusula constituye la formula normativa institucional del informe “Nunca Más” de la CONADEP.¹⁶

Es así que quienes hayan sido “autores” de los actos de fuerza contra el sistema institucional y el sistema democrático, quedan inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos.¹⁷ Ya vimos que Patti durante la dictadura formaba parte de la policía bonaerense, e integró un grupo de tareas que se dedicaba a secuestrar y torturar personas, y a realizar actividades de inteligencia. De este modo, lo que habría que analizar es si Luis Patti fue uno de estos *autores* de los actos de fuerza contra el sistema democrático.

Quizás esta disyuntiva no se presentó en el caso Bussi. Bussi era un general, que durante la dictadura tuvo a su cargo la Zona 3, una de las cinco en las que se dividió el país. Claramente fue uno de los autores de los actos de fuerza contra el sistema democrático y el orden institucional. Tuvo poder de decisión y ejerció funciones ejecutivas durante la dictadura. Aun si no fuera considerado *autor*, sin dudas encuadraría en el tercer párrafo del artículo 36 que iguala las sanciones a quienes “...*usurparen funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o de las provincias...*”.

Ahora, ¿era un caso igual el de Patti? Patti no tuvo funciones ejecutivas, sino que era parte de un grupo de tareas, que cumplía funciones en la calle: secuestros, torturas, asesinatos, etc. Podría entenderse que él no fue autor, ya que actuaba en el marco de la “obediencia debida”, presunción establecida por la ley 23.521. Sin embargo, no

16. Ver Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de 1994, 19 y 20 de julio de 1994, página 1462.

17. Respecto de la interpretación de esta norma como un supuesto de ‘lustratio’ o purificación de las democracias transicionales, ver el artículo de Margarita Maxit, “El caso Patti y el desafío de asumirnos como una sociedad democrática transicional” en este mismo volumen.

hay que olvidar que esa ley y su presunción fue derogada, declarada inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia,¹⁸ y finalmente anulada por el Congreso.¹⁹

Tomando todo esto en cuenta, la Cámara de Diputados consideró a Patti incurso en la figura de “*autoría de actos de fuerza contra el sistema democrático*”. De este modo, la regla que podríamos extraer de leer el caso Bussi y Patti juntamente, es que tanto los generales de máxima graduación, como los oficiales que integraban grupos de tareas, fueron responsables de los actos de fuerza contra el sistema democrático, y entonces quedan inhabilitados para ejercer cargos públicos.

Del mismo modo, la reforma de 1994 también incorporó numeros tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional. Entre ellos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo órgano de aplicación es el Comité de Derechos Humanos, que ha hecho recomendaciones a la Argentina en el año 1995 y en el año 2000. En las últimas, el Comité ha dicho que

9. Pese a las medidas positivas tomadas recientemente para reparar injusticias pasadas, incluida la abolición en 1998 de la Ley de obediencia debida y la Ley de punto final, preocupa al Comité que muchas personas que actuaban con arreglo a esas leyes sigan ocupando empleos militares o en la administración pública y que algunos de ellos hayan incluso obtenido ascensos en los años siguientes. El Comité reitera, pues, su inquietud ante la sensación de impunidad de los responsables de graves violaciones de los derechos humanos bajo el gobierno militar. Las violaciones graves de los derechos civiles y políticos durante el gobierno militar deben ser perseguibles durante todo el tiempo necesario y con toda la retroactividad necesaria para lograr el enjuiciamiento de sus autores. El Comité recomienda que se siga desplegando un esfuerzo riguroso a este respecto y que se tomen medidas para cerciorarse de que las personas que participaron en violaciones graves de los derechos humanos no sigan ocupando un empleo en las fuerzas armadas o en la administración pública.²⁰

Resulta entonces relevante que el órgano de aplicación de un tratado de derechos civiles y políticos haya recomendado expresamente a la Argentina que debía cerciorarse que quienes hayan sido beneficiados con las leyes de obediencia debida y punto final no ocupen cargos en la administración pública, lo que incluye, obviamente, el Congreso. Y esto es importante, sobre todo, porque dicho Pacto tiene un artículo específico sobre el

18. CSJN, caso “Simón”, fallo del 14 de junio de 2005. En este caso se discutía la responsabilidad penal de Julio Hernán Simón, alias “el turco Julian”, y Juan Antonio Del Cerro, alias “Colores”, por participar en grupos de tareas similares al que se desempeñaba Patti. Simón fue condenado a 25 años de prisión por el secuestro y la desaparición de José Poblete y Gertrudis Hlaczik y por la sustracción de identidad a la hija de ambos.

19. Ley 25.579.

20. Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina. 03/11/2000. CCPR/CO/70/ARG. Disponible en <http://www.unhchr.ch/html/menu2/6/hrc/hrcs68.htm#70th>

ejercicio de derechos políticos,²¹ y básicamente ésa fue la primera objeción que presentó la defensa de Patti ante la impugnación de su diploma. Está claro que quienes se ven impedidos de acceder a cargos públicos ven disminuídos sus derechos políticos, empero, el Comité consideró más importante la reparación a las víctimas de las violaciones a los derechos humanos, y la lucha contra la impunidad de tales crímenes, que los derechos políticos de los perpetradores.

Hay que tener en cuenta el contexto de impunidad que gobernó nuestro sistema desde el fin de la última dictadura.²² La ley de autoamnistía, su anulación, las leyes de punto final y obediencia debida luego del levantamiento carapintada, y finalmente los indultos crearon un marco en el cual fue imposible investigar las violaciones sistemáticas a los derechos humanos con miras de sancionar a los responsables. Este marco de impunidad fue el imperante hasta que la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó en junio del 2005 la inconstitucionalidad de estas leyes y ordenó investigar lo sucedido. Utilizando este marco de impunidad existente hasta el 2005, Patti armó su plataforma política. Sin este marco, seguramente la suerte de Patti sería otra.²³

Vimos que el artículo 36 de la Constitución establece una inhabilidad a perpetuidad de ocupar cargos públicos para aquellos autores de los actos de fuerza contra el sistema democrático. Pero ahora, ¿por qué querríamos en nuestro sistema una norma como la del artículo 36? De eso tratará el próximo apartado.

4. El artículo 36 y la garantía de la deliberación democrática

Existen muchas justificaciones alternativas sobre las ventajas de contar con una Constitución en un sistema democrático. Más allá de la tensión entre la regla de la mayoría que implica la democracia, y los límites a esa mayoría que implica una Constitución, diversos autores justifican la existencia de una Constitución como modo de capacitar a la democracia a funcionar.²⁴ De este modo, la Constitución determina las reglas del juego de la democracia, sin las cuales sería imposible autogobernarse. Así dispone por ejemplo, que habrá un Congreso elegido por el pueblo que dictará leyes, que habrá un presidente, un poder judicial, un determinado modo para sancionar leyes, etcétera. Por otro lado, los derechos que reconoce, serán prerequisites necesarios para que los ciudadanos puedan participar igualitariamente en el proceso democrático.²⁵

21. El artículo 25 establece que "Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; c) tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país".

22. Ver el relato de la transición en Horacio Verbitsky, *Civiles y militares*, ed. Sudamericana, Buenos Aires, 2003.

23. Ver notas 11, 12 y 15 donde se relatan algunas causas que pueden llevar a Patti a la prisión.

24. Ver Stephen Holmes, "El precompromiso y la paradoja de la democracia", en Elster y Slagstad (comp), *Constitucionalismo y Democracia*, Fondo de Cultura Económica, 1999.

25. Ver Carlos Nino, *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, citado, capítulo 6.

En este marco conceptual, la existencia de una norma como la del artículo 36, que básicamente dispone que la Constitución mantendrá su imperio aun si se interrumpiera el orden democrático, y que impone sanciones a los autores de los actos de fuerza que se realicen contra la Constitución, viene a consolidar la idea de Constitución como proceso democrático. Sería impensable, según el artículo 36, la vigencia de la Constitución sin un sistema democrático. De este modo, se dispuso que las personas que hayan participado en dichos actos deben ser sancionados y excluidos de la vida política, impidiéndoseles ocupar cargos públicos a perpetuidad.²⁶

Pero si la democracia implica la deliberación entre todos los posibles afectados por una decisión —quienes luego del debate por medio de razones públicas que puedan ser aceptadas por todos, adoptarán unánimemente o por mayoría la decisión correcta— excluir a determinadas personas interesadas del debate resulta paradójico. Es decir, la decisión de excluir a perpetuidad de la vida política a algunas personas (los autores de los actos en contra del sistema democrático) no parece democrática. Y por esto hablo de paradoja. Sin embargo, por más que no parezca democrática, considero —por el contrario— que es una decisión que fortalece la democracia.

Esto nos introduce en una de las cuestiones más sensibles de la teoría de la democracia deliberativa. Por ejemplo, Amy Gutmann y Dennis Thompson consideran que el “respeto mutuo” es una condición de la reciprocidad y por lo tanto de la deliberación. Así, *“el respeto mutuo implica una actitud favorable y una interacción constructiva con la persona con quien uno desacuerda.... Implica un tipo de carácter distintivamente democrático, el carácter de individuos que están comprometidos moralmente, que reflexionan sobre sus posiciones, que diferencian entre respetables y meramente tolerables diferencias de opinión, y abiertos a la posibilidad de cambiar sus ideas, o modificar sus posiciones en algún momento en el futuro si confrontan objeciones incontestables a su presente punto de vista”*.²⁷ De este modo, para deliberar, es necesario partir de cierta premisa común: manejarse como un ser racional, capaz de cambiar de parecer si los argumentos del oponente son mejores que los propios. Para participar de un debate es necesario estar abierto a cambiar de opinión, y no cerrarse fanáticamente a las opiniones contrarias. De lo contrario, no estamos considerando las posiciones de nuestros contrincantes seriamente, y eso significa no tratarlos con debido respeto. Para participar de un debate democrático es necesario garantizar el *respeto mutuo*.

26. El artículo 36 puede ser analizado desde distintas ópticas, sin caer en contradicciones. Una alternativa es ver esta exclusión como parte de la solución de la sociedad a una interrupción democrática por parte de una democracia transicional, como lo hace Margarita Maxit en el trabajo de este mismo debate. Por otro lado, también puede ser visto como un modo de reparación o como garantía de no repetición, o con el acento en la obligación internacional del estado de resarcir a las víctimas, como lo hace Diego Morales, “Las obligaciones por hechos del pasado y las atribuciones de la cámara de Diputados. Glosas al proceso Patti”, también en este debate. Mi enfoque, si bien no es totalmente diferente, está centrado en las ventajas deliberativas de este tipo de exclusiones. Mi punto es que la deliberación gana sin estas personas. De todos modos, creo que los tres enfoques son complementarios.

27. Amy Gutmann and Dennis Thompson, *Democracy and Disagreement*, Harvard University Press, Massachusetts, 1996, p. 79.

Ahora, ¿qué hay que hacer con quienes no cumplen con este requisito? Gutmann y Thompson consideran que ciertos discursos, como los de los fanáticos religiosos que no aceptan la posibilidad de discutir ciertas premisas religiosas, no tienen lugar en una democracia deliberativa. En estos casos —según las autoras— donde no se cumpliría con el requisito del respeto mutuo, no se puede deliberar. Consideran que habrá que reformar las instituciones para garantizar deliberación pública.²⁸

La incorporación del artículo 36 a nuestra Constitución no fue algo casual, sino que constituyó un paso más en la construcción de un relato común²⁹ respecto a lo sucedido en la década del 70 en nuestro país. Luego del juicio a la Juntas, el trabajo de la CONADEP, y los retrocesos que implicaron las leyes de obediencia debida y punto final y los indultos de 1990, la convención constituyente de 1994 decidió constitucionalizar el informe Nunca Más, por medio de la incorporación de este artículo. De este modo, quedó asentado como un principio de nuestra sociedad que las personas que no hayan tratado a los otros seres humanos con igual dignidad y respeto, no pueden participar del debate democrático. Constitucionalmente consideramos que debían ser excluidas de la discusión pública ya que han demostrado no ser tolerantes con los que piensan distinto.

Volviendo al caso, creo que la asunción de Patti, de alguien que no tuvo objeciones en secuestrar, torturar y matar personas, e incluso, que lo reivindicó como un actuar eficiente de las fuerzas de seguridad; quien no tuvo problemas en “apretar” a testigos y jueces, aun en democracia, habría debilitado el sistema democrático. Que un diputado nacional reivindique las violaciones a los derechos humanos de la última dictadura, y que haya participado en secuestros, torturas y asesinatos de opositores políticos nos brinda una seria presunción acerca del poco respeto que tendrá por las instituciones democráticas. Y es por esta presunción en contra que la Constitución resolvió excluir a los autores de los golpes de estado de la vida política democrática. Así, fue ilustrativa la única intervención de Patti en el recinto, cuando defendía su diploma, donde terminó advirtiendo que “*No miremos la historia con un solo ojo, y menos con el de la izquierda, porque la historia se puede repetir y eso no beneficia a nadie, a ningún argentino*”³⁰. Obviamente, este tipo de amenazas a volver a usar la fuerza para derrocar a un gobierno constitucional si no se vota como él prefiere, no favorece la deliberación.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que no se están silenciando las ideas políticas de Patti. Ellas podrán ser expuestas por el suplente de la lista de legisladores que ingresara en su remplazo por el mismo partido. Sí se está excluyendo a alguien que participó en los actos de fuerza contra el sistema democrático, ya que se presume que esta persona no garantizará el respeto mutuo en el debate. Y esto tiende a asegurarnos un debate

28. Ver en contra, Stanley Fish, “Mutual respect as a device of Exclusion”, en Stephen Macedo (ed) *Deliberative Politics, Essays on Democracy and Disagreement*, Oxford University Press, 1999. Fish cree que en el caso de la religión no se vulnera el respeto mutuo, sino que es simplemente otro tipo de moral que el que defienden Gutmann y Thompson.

29. Tomo el concepto de Gustavo Maurino, “A la búsqueda de un pasado en la democracia argentina”, en Revista del INECIP, Córdoba, octubre de 2003.

30. Ver nota 8.

público más robusto³¹. Esto es lo que quiso preservar la convención constituyente de 1994, con un artículo que establece una restricción para fortalecer la deliberación.

5. El proceso de Patti: la interpretación constitucional fuera de la Justicia

Una de las objeciones más escuchadas a la no admisión de Patti es que la Cámara de Diputados tuvo por probada la participación de Patti en los hechos relatados, sin una sentencia judicial firme. También se criticó que fueran los diputados —y no la justicia— los que evaluarán cuáles eran los requisitos constitucionales que deben cumplir los legisladores para asumir su banca, si alcanzaba sólo con el artículo 48 (nacionalidad, edad y residencia) o si era necesario también el artículo 16 (idoneidad) vinculado con el artículo 36.

El Congreso decidió realizar un control constitucional de los requisitos para ser diputado, aun los que no figuran en la ley electoral, y en los casos de personas que se vieron beneficiadas por las leyes de obediencia debida y punto final, consideró que alcanzaba con un estándar de “*sospecha razonable de participación*”. A esta sospecha razonable sólo llegaría luego de producir prueba al respecto. Por esto es que la Comisión de Peticiones, Poderes y Reglamento realizó varias audiencias donde declararon testigos (bajo juramento) que incluso nunca habían podido hacerlo en sede judicial.

El trámite que se dio ante la comisión fue realmente un proceso. Ambas partes pudieron hacer alegatos de apertura, producir prueba, impugnar la de la contraparte, repreguntar a los testigos y alegar. De hecho, algunos testigos fueron dejados de lado por oposición de la defensa. Y todo el proceso no fue realizado en un estrado judicial, sino en el Congreso.

Los diputados interpretaron el artículo 48 de la Constitución que establece los requisitos para ser diputado, y consideraron que se integraba con el artículo 16, que a su vez establece la idoneidad como criterio básico para cualquier cargo público. Asimismo, tuvieron que interpretar qué entendían por “idoneidad moral” y lo integraron con los principios que dejan translucir el artículo 36 y los pactos internacionales de derechos humanos incorporados por el artículo 75 inciso 22.

Existieron numerosas voces que dijeron que el órgano adecuado para realizar esta interpretación constitucional no era el Congreso, sino el poder judicial. Estas voces, básicamente consideraban que el Congreso no es un ámbito imparcial para resolver cuestiones constitucionales.³²

No comparto que el órgano adecuado para realizar esta interpretación debió haber sido el poder judicial. Nuestro sistema institucional —que no permitió que el Poder Judicial investigue oportunamente— otorga incentivos institucionales para que los jueces eviten

31. No se me pasa por alto que muchas veces nuestro parlamento funciona de un modo muy deficiente, sin dar verdaderos debates, y donde los legisladores realmente no se están escuchando ni están dispuestos a cambiar de opinión. Esto es sumamente criticable desde una postura de la democracia deliberativa, y tampoco garantizaría el respeto mutuo. Sin embargo, creo que para excluir a algún legislador del Congreso es necesario bastante más que este tipo de actitudes, también criticables. Para ello deberá comprobarse que el legislador ha dado sobradas muestras de un comportamiento incompatible con el respeto mutuo, aplicando un criterio restrictivo.

32. Ver en este mismo debate, Juan Ignacio Sáenz, “El caso “Patti”: ilegítima atribución de una Cámara del Congreso y la alteración del proceso democrático”.

resolver estos temas.³³ Por otro lado, no veo ningún problema constitucional en que el Congreso realice su propia interpretación constitucional, y de hecho lo considero adecuado.

Para ver por qué se llegó al año 2006 sin una sentencia judicial firme (o siquiera en primera instancia) sobre los hechos imputados penalmente a Patti no deberíamos dejar de considerar el contexto político. Ya vimos que durante la dictadura, cuando fueron cometidos la mayoría de los delitos, la justicia no fue lo suficientemente independiente como para hacerle frente a las presiones de los otros poderes. La “investigación” del caso Pereyra Rossi y Cambiasso nos muestra las dificultades que tuvo el juez para investigar, y que incluso estuvo en juego su vida y la de su familia. Luego, una vez recuperada la democracia, las leyes de obediencia debida y punto final, sumadas a los indultos aun a procesados, impidieron legalmente las investigaciones. Estas barreras recién fueron levantadas cuando en 2003 el Congreso anuló³⁴ las leyes y cuando la Corte Suprema confirmó la inconstitucionalidad de las leyes en 2005. Estos obstáculos impidieron que la justicia realice una investigación independiente.

Por otro lado, en las oportunidades que tuvo el Poder judicial para intervenir en casos de impugnaciones a diplomas por delitos cometidos durante la dictadura, los jueces encontraron mecanismos para no resolver los pedidos. El primer caso fue la impugnación que hizo el CELS a la candidatura a gobernador de Patti en 1999. Ahí, dentro del plazo legal, le pidió a la Junta Electoral³⁵ de la provincia de Buenos Aires que realice un examen de idoneidad constitucional sobre los requisitos para ser gobernador. Sin embargo, en una resolución de media carilla, la Junta respondió que sólo podían realizar un control formal y que el código electoral no lo invalidaba. Esta decisión no pudo ser apelada ya que la Suprema Corte de Justicia mantiene la doctrina por la cual las resoluciones de la Junta Electoral son inapelables. Es más fácil no decidir estos conflictos que hacerlo.

El caso más evidente es el de Bussi, no admitido en la Cámara de Diptuados en 1999. A siete años de la impugnación judicial de lo realizado por el Congreso, la Suprema Corte no ha decidido el fondo. Y esto no es simplemente el mal funcionamiento de una determinada Corte Suprema, sino que es producto del propio sistema institucional, donde los jueces prefieren no resolver en tiempo útil los casos sensibles políticamente. En un estudio empírico realizado en 1957 por el profesor Robert Dahl, en Estados Unidos, se muestra que —dejando fuera el caso de las leyes del New Deal— el 28% de las declaraciones de inconstitucionalidad de la Corte se realizan

33. Por ejemplo, en el caso Bussi fueron necesarios dos fallos de la Corte Suprema para que los jueces electorales inferiores resuelvan el fondo. Una vez realizado esto, el tema está pendiente de resolución en la Corte Suprema desde hace más de dos años.

34. En esta anulación, también se puede ver al Congreso haciendo control de constitucionalidad. Luego de algunas declaraciones judiciales, el Legislativo también entendió que esas leyes resultaban inconstitucionales por el desarrollo del derecho internacional, y la única solución efectiva, para no incurrir en responsabilidad internacional —después de la derogación de 1998— era su anulación.

35. Integrada por los presidentes del Superior Tribunal de justicia, del Tribunal de Cuentas y de tres Cámaras de Apelaciones del distrito capital. Ver el artículo 62 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

36. Robert Dahl, “La toma de decisiones en una democracia: La Suprema Corte como una institución que crea políticas públicas”, reimpresión honoraria del *Emory Law Journal*, spring 2001. En el trabajo, dejando fuera las leyes del New Deal invalidadas, el 19% de las declaraciones de inconstitucionalidad se realizan dentro de los dos años, el 19% siguiente, entre los dos y cuatro años, el 28% entre cinco y ocho, el 13% entre ocho y doce, entre doce y dieciséis, 8%, y más de 16 el 13%.

entre cinco y ocho años de tomada la decisión.³⁶ Asimismo, la politóloga Gretchen Helmke, de la Universidad de Notre Dame, encuentra al caso argentino como paradigmático de lo que llama “la defección estratégica” de la Corte Suprema.³⁷ Según la autora, la Corte Suprema tiene muy en cuenta el contexto político antes de emitir una resolución, mirando no sólo la debilidad o fortaleza del actual presidente, sino teniendo en cuenta también la política del que vendrá. Así difícilmente se le oponga a un gobierno fuerte, en un sistema institucional débil. Estas teorías nos explican por qué entonces hubo tanta dificultad en que la justicia investigue las violaciones a los derechos humanos sin una decisión política atrás que la respalde.

Por otro lado, y en segundo lugar, no veo ningún problema en que el Congreso haga control de constitucionalidad. Los diputados han jurado respetar la Constitución, y eso es lo que tienen que hacer. Para hacerlo, necesariamente, deben interpretarla.³⁸ En el caso “Patti”, luego de su propio análisis, donde coincidieron más de dos tercios de los diputados, la Cámara decidió que la Constitución no le permitía el ingreso. La interpretación de la Constitución fuera de los tribunales de justicia es uno de los principios de una concepción populista del derecho constitucional³⁹ por la cual no sólo los tribunales de justicia serán los encargados de ver “qué es lo que la constitución dice”, sino que deberán ser todos los actores del Estado, incluyendo —sin dudas— a la ciudadanía en general.⁴⁰ Restará analizar, entonces, si la ciudadanía tiene una posición similar a la de los diputados. La mayoría especial nos indicaría que sí.⁴¹ Empero, si así no fuera, el sistema institucional debería tener mecanismos para que la política sea revisada. Quizás el control de constitucionalidad judicial permita un diálogo entre el Congreso, la ciudadanía y la Corte Suprema.⁴² Será así que la interpretación constitucional que hace el Congreso no es perjudicial, sino que —por

37. Gretchen Helmke, “La lógica de la defección estratégica: relaciones entre la corte suprema y el poder ejecutivo en la Argentina, en los periodos de la dictadura y la democracia”, en Revista *Desarrollo Económico*, vol 43, num 170, julio-septiembre 2003, p. 179 y ss.

38. Ver Mark Tushnet, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton University Press, 1999, p. 6.

39. En la actualidad, el debate acerca del populismo constitucional está reapareciendo en las escuelas de derecho estadounidenses. Así autores como Larry Kramer, Mark Tushnet, Jack Balkin, entre otros están reeditando la discusión sobre quién puede interpretar la constitución. Ver Roberto Gargarella, “El nacimiento del constitucionalismo popular: sobre ‘The people themselves’ de Larry Kramer”, en Revista de Libros, Número 112, Abril 2006, Madrid.

40. Tushnet dice que la teoría del constitucionalismo popular trata al derecho constitucional no como algo en manos de abogados y jueces, sino en manos del pueblo. Ver Mark Tushnet, *Taking the constitution away from de courts*, Princeton University Press, New Jersey, 1999, p. 182.

41. La principal objeción a la impugnación pasó por el lado de que ese accionar sería antidemocrático, ya que “el pueblo” había votado a Patti. Sólo en términos de mayorías, Patti obtuvo un 5,25% de los votos. Por otro lado, más de dos tercios de la Cámara de Diputados (que representan a una mayoría mucho mayor) entendió que no era una decisión constitucional.

42. Barry Friedman, partiendo de una base descriptiva de lo que hacen los tribunales en relación con la opinión pública, nos habla de la vigencia de lo que llama un constitucionalismo popular mediado. De este modo, “las decisiones más importantes de la Corte Suprema están en línea con la opinión popular predominante”. Ver Barry Friedman, “Constitucionalismo Popular Mediado”, en Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Año 6, número 1, octubre de 2005, p. 139.

el contrario— agrega argumentos para realizar un diálogo entre los poderes y la ciudadanía, tendiente a la obtención de la mejor decisión.⁴³

Además, otra de las ventajas de sacar la Constitución de las manos exclusivas de los jueces es que el pueblo podrá tener un control mayor sobre cómo se debe interpretar la Constitución que rige sus vidas, y que todos los funcionarios públicos se vean obligados a clarificar qué concepción de la democracia constitucional tienen. Así se fomenta la participación ciudadana y la responsabilidad por las decisiones constitucionales, ausente en el caso de la interpretación en manos exclusivas de jueces.⁴⁴ Esto hace al sistema más participativo, y entonces, más democrático.⁴⁵

Por otro lado, en el caso de las impugnaciones a los diplomas, parecería ser que la misma Constitución aclara que deberá ser entendida de un modo populista: el artículo 64

43. Aun con las limitaciones que existen para el acceso de cualquier ciudadano, es auspicioso el llamado a la presentación de memoriales en calidad de Amicus Curiae que hizo la Corte Suprema antes de comenzar a decidir el fondo del caso Patti. Ver www.csn.gov.ar en el caso P. 1763.XLII REX "Patti Luis Abelardo s/ promueve acción de amparo c/Cámara de Diputados de la Nación". Sin embargo, el máximo tribunal aún está delineando la figura del amicus local, y ha resuelto no admitir la participación de personas o asociaciones con algún tipo de interés en el pleito, en donde ordenó el desglose. Ver causa "Jusplast c/ Estado Nacional" sentencia del 31 de octubre de 2006. Considero que en el diálogo que promueva la Corte, todas las personas deberían poder pronunciarse al respecto, aun, claro, las que tengan un interés en la resolución.

44. Mark Tushnet, en *Taking the constitution away from the courts*, (Princeton University press, p. 186) nos explica que "el constitucionalismo popular devuelve el derecho a la gente, actuando a través de la política".

45. Mientras este artículo estaba en proceso de edición, la Cámara Nacional Electoral, el 14 de septiembre de 2006, revocó la sentencia de primera instancia por la cual se confirmaba lo resuelto por la Cámara de Diputados, ordenando de este modo el ingreso de Patti a la Legislatura. Este fallo es uno de los ejemplos más claros de la visión más clásica del elitismo judicial. Así, por ejemplo, expone una concepción de las mayorías sumamente criticable. Dice que "9. Se ha dicho que 'siempre que las cámaras examinen las actas, sucederá lo mismo que hasta aquí ha sucedido; la mayoría aprobará incondicionalmente (aquellas) de todos los suyos y rechazará las de las minorías que no le convenga que figuren en el parlamento. Nunca la mayoría ha de mirar con indiferencia a los suyos ni ha de verse libre de prevenciones contra los enemigos. ... El único medio de que el examen y discusión de actas sea una verdad y de sustraerlas a la arbitrariedad y al capricho, es entregarlas a los tribunales para que juzguen con estrecha sujeción al derecho escrito. Las elecciones se hacen con arreglo a una ley y, por ende, corresponde al poder judicial examinar las actas y resolver en juicio, con arreglo al derecho constituido, las protestas que se hagan'. ... Sólo a los tribunales corresponde su restablecimiento y la reparación de las trasgresiones y violaciones de los preceptos legales." Luego continúa "10. Que con criterio análogo y en términos de un contenido peyorativo que este Tribunal no hace propio, se señaló que 'las Cámaras son los peores jueces. Generalmente irresponsables, se convierten en comités o camarillas y no hay título o diploma de diputado que no esté sujeto a críticas si así conviene al partido que prima'" Esta visión de las mayorías es una muestra de la desconfianza en la democracia en sí. Asimismo, el argumento central del fallo es que el poder judicial debe hacer el control de idoneidad constitucional, pero el mismo no puede desconocer el principio de inocencia. Entonces, sólo será posible excluir a algún diputado electo por falta de idoneidad si tiene o tuvo una condena judicial, aunque no se encontrara firme. Nuevamente este razonamiento no se hace cargo de las dificultades institucionales que existieron y existen para enjuiciar este tipo de crímenes. El principio estaría bien bajo condiciones normales, pero cuando los mismos interesados presionan —con efectividad— incluso mediante azonadas, para evitar el juzgamiento, no puede ser aplicado. Por otro lado, no vendría mal recordar lo expuesto por Alberto Binder, en *La lucha por la legalidad*, Fichas para el trabajo universitario de INECIP, Ediciones del Instituto, 2001, p. 9: "Ocurrieron matanzas memorables, golpes de estado cruentos, rebeliones, alzamientos, opresiones, se firmaron contratos que establecieron privilegios irritantes para empresas extranjeras, se mantuvo la servidumbre hasta bien entrado el siglo XX, se expropió ilegalmente, se usurparon tierras, se mató, se ejecutó o desaparecieron los ciudadanos, y el Poder Judicial siempre se mantuvo al margen, entretenido en el lento tramitar de expedientes polvorientos, en la repetición mágica de fórmulas vacías, en una crueldad convertida en rutina que mantuvo siempre a los pobres en la cárcel. Hubo jueces que se rebelaron frente a esta situación, pero fueron echados, encarcelados, asesinados o repudiados."

establece que “*Cada cámara es juez de las elecciones, derechos y títulos de sus miembros en cuanto a su validez...*”. Gracias a esta atribución de facultades, la propia Constitución habilitó al Congreso a ser *juez* en el caso y hacer el control de cumplimiento de los requisitos constitucionales, con su propio análisis.

6. A modo de cierre

El caso "Patti" plantea diversas discusiones, y la Cámara de Diputados le fue dando respuesta a cada una. En primer lugar el procedimiento ante la Comisión fue respetuoso del debido proceso, y garantizó el derecho a producir pruebas y controlar la de la contraparte. Así pudieron llevar adelante numerosas audiencias y llegaron a la conclusión —por mayoría— de que Patti no reúne el requisito de idoneidad moral necesario para ocupar un cargo público.

La Cámara de Diputados, luego de realizar estas audiencias donde incluso se recibieron testimonios que tuvieron la oportunidad de salir a la luz por primera vez, consideró que existía una *sospecha razonable*⁴⁶ de que Patti había participado en delitos de lesa humanidad. Y asimismo —invalidada la ley de obediencia debida— consideró que fue autor de actos de fuerza contra el sistema institucional y el orden democrático, y que por el artículo 36 de la Constitución no podía asumir un cargo público.

Por otro lado, este procedimiento fuera de los tribunales de justicia se realizó de acuerdo con los principios de que los ciudadanos tienen el control de lo que la Constitución dice, y que no lo han delegado exclusivamente en jueces no electos popularmente. Parecería ser que la mayoría de la población estaría de acuerdo en que personajes como Patti no deben ser diputados nacionales ni deben ocupar cualquier otro cargo público nacional. Y también parecería ser que entendemos que nuestra Constitución, reformada en 1994, le impide a quienes hayan formado parte activa en las violaciones a los derechos humanos realizadas por la última dictadura militar, participar en democracia. De este modo, con esta decisión, la Cámara de Diputados respondió a lo que serían las demandas mayoritarias.

Pero estas demandas mayoritarias no son irresponsables.⁴⁷ Son lo que las mayorías entienden por el respeto a la Constitución, pensando que en algún momento podrán ser minorías. La seriedad del procedimiento ante la Comisión garantizó que no haya sido solamente la fuerza de las manos levantadas. En el procedimiento se escucharon a testigos, se analizaron causales, se tuvieron en cuenta las recomendaciones de los órganos del sistema internacional de protección de los derechos humanos. Esto es lo que nos garantizó que no haya sido un procedimiento arbitrario. Considero, entonces, que fue la solución correcta, y así un buen modo de proteger al sistema democrático.

46. Utilizando el estándar que el Comité de Derechos Humanos recomendó para Argentina en 1995, “158. El Comité recomienda que se establezcan procedimientos apropiados para que aquellos miembros de las Fuerzas Armadas o de las Fuerzas de Seguridad, contra quienes existen pruebas suficientes de su involucramiento en la violación masiva de los derechos humanos en el pasado, sean removidos de sus puestos”. Disponible en [http://www.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/publications/HRC-Compilacion\(1977-2004\).pdf](http://www.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/publications/HRC-Compilacion(1977-2004).pdf) p. 60

47. No creo que la decisión haya sido revanchismo o ventajismo político. Creo que no fue una decisión del tipo “le impido el ingreso porque es mi opositor”. De hecho en los 23 años de democracia, sólo se usó este mecanismo dos veces. Pareció ser una decisión más del tipo “le impido el ingreso porque no comparte las premisas de la democracia”. Y por esto es que se unieron oficialistas y opositores. Fue una decisión transversal, más allá de los partidos a donde pertenecen los impugnantes y el impugnado.

El caso "Patti": ilegítima atribución de una Cámara del Congreso y alteración del proceso democrático

Juan Ignacio Sáenz

1. Introducción

El 23 de mayo de 2006, la Cámara de Diputados resolvió rechazar el título obtenido por Luis Patti en las elecciones de renovación parlamentaria celebradas en octubre de 2005, impidiendo su asunción como legislador por hallarlo incurso en falta de idoneidad ética para ejercer el cargo. La Cámara imitó así una decisión adoptada en idéntico sentido en el año 2000, al impedir entonces el ingreso al cuerpo de Antonio Bussi¹, quien había sido electo diputado en la Provincia de Tucumán, en la cual había ya ejercido el cargo de Gobernador durante la década del 90.

La cuestión que más me interesa analizar a los efectos de este trabajo, es la proclamada facultad de las Cámaras del Congreso para aprobar o rechazar títulos obtenidos en una elección, sobre la base de un juicio sobre la idoneidad ética de los legisladores electos.

De acuerdo con mi opinión, por las razones que desarrollo más adelante, las Cámaras carecen de dicha atribución, la cual es de carácter judicial y su ejercicio por un órgano político altera el esquema de distribución de funciones que prescribe la Constitución. Asimismo, el ejercicio practicado modifica el resultado de una elección y corrige el voto popular, lo cual sienta un peligroso precedente para la normalidad del proceso democrático.

2. Antecedentes

Luis Patti no goza de la simpatía personal ni ideológica de la mayoría de la sociedad. Pesan sobre él diversas sospechas sobre delitos en ejercicio de su función como agente de la Policía Federal, y se ha manifestado de modo ambiguo –cuando no directamente apologista- cada vez que fue solicitado al respecto en alguna nota periodística. Sin embargo, a pesar de las denuncias y los procesos judiciales en que ha sido acusado, no existe al día de hoy una condena que haya determinado su responsabilidad penal.

1. El caso de Antonio Domingo Bussi, quien fuera elegido diputado nacional en la Provincia de Tucumán en 1999, fue la primera oportunidad en la que, en nuestro país, una de las Cámaras desaprobó el título de un legislador electo con fundamento en la falta de idoneidad ética para ejercer el cargo. Los cargos formulados en aquella ocasión incluían la responsabilidad por numerosos episodios de detenciones y secuestros ocurridos dentro de la jurisdicción a su cargo entre 1976 y 1981, hasta la obstrucción de justicia, el secuestro de menores y la falsedad de su declaración patrimonial en su anterior mandato ejercido en la Cámara (conf. Cámara de Diputados de la Nación, Diario de Sesiones Ordinarias del año 2000, Orden del Día N° 117). La resolución fue impugnada por vía de una acción de amparo, de la cual surgieron dos sentencias de la Corte: una en 2001, que declaró la justiciabilidad de la cuestión, y otra en 2003 que revocó la sentencia de la Cámara Electoral que había declarado abstracto el caso, atento haber transcurrido el tiempo del mandato por el cual había sido elegido Bussi. En 2004, la Cámara Nacional Electoral dictó sentencia definitiva, declarando la nulidad de lo decidido por la Cámara de Diputados. Resta la sentencia final de la Corte Suprema que dirima el asunto definitivamente.

En 1993, Patti ingresó al mundo de la política, se afilió al Partido Justicialista y fue designado Interventor del Mercado Central de la ciudad de Buenos Aires. En 1995 fue elegido Intendente del partido de Escobar, cargo que desempeñó hasta 2003, en dos períodos consecutivos. En 1999 fundó un partido llamado “Unidad Bonaerense”, que actualmente se denomina “Partido Unidad Federalista” (PAUFE), que lo postuló para gobernador de la Provincia de Buenos Aires.

En 2005, en ocasión de las elecciones bianuales para renovar la mitad de la Cámara de Diputados de la Nación², el PAUFE registró y oficializó ante la Justicia Electoral –sin impugnaciones– una lista de candidatos a diputados por la Provincia de Buenos Aires, encabezada por Patti³. Dicha lista obtuvo algo más que el 5 % de los sufragios (unos 400.000 votos), con lo cual, según la aplicación del sistema proporcional establecido en el Código Electoral Nacional, resultó adjudicataria de 2 de las 35 bancas que renovó en aquella Cámara la Provincia de Buenos Aires, el distrito electoral más numeroso del país y con mayor representación en el cuerpo (72 diputados)⁴. Como consecuencia de dicho resultado, Patti obtuvo su diploma de diputado electo emitido por la Junta Nacional Electoral.

Sin embargo, durante las sesiones preparatorias para el período 2006, la Comisión de Peticiones, Poderes y Reglamento de la Cámara de Diputados dio trámite a las impugnaciones presentadas contra la aprobación del diploma de Patti⁵. Los cuestionamientos indicaban, básicamente, que el impugnado se encontraba procesado en causas penales

2. De acuerdo con el artículo 50 C.N.

3. El Código Electoral Nacional (ley 19.945, t.o por dec. 2135/83) dispone al respecto: “Art. 60: Desde la publicación de la convocatoria y hasta cincuenta (50) días anteriores a la elección, los partidos registrarán ante el Juez Electoral las listas de los candidatos públicamente proclamados, quienes deberán reunir las condiciones propias del cargo para el cual se postulan y no estar comprendidos en alguna de las inhabilidades legales (...)” Art. 61: Dentro de los cinco (5) días subsiguientes el juez dictará resolución, con expresión concreta y precisa de los hechos que la fundamentan, respecto de la calidad de los candidatos. La misma será apelable dentro de las cuarenta y ocho (48) horas ante la Cámara Nacional Electoral, la que resolverá en el plazo de tres (3) días por decisión fundada. Si por sentencia firme se estableciera que algún candidato no reúne las calidades necesarias se correrá el orden de lista de los titulares y se completará con el primer suplente, trasladándose también el orden de ésta; y el partido político a que pertenezca podrá registrar otro suplente en el último lugar de la lista en el término de cuarenta y ocho (48) horas a contar de aquella resolución (...) La lista oficializada de candidatos será comunicada por el Juez a la Junta Electoral dentro de las veinticuatro (24) horas de hallarse firme su decisión, o inmediatamente de constituida la misma en su caso”

4. Ver http://www.pjn.gov.ar/electoral/documentos/Buenos_Aires-1235-d.pdf

5. Los impugnantes ante la Comisión fueron: Miguel Bonasso, Araceli Méndez de Ferreyra, Remo Carlotto, Carlos Tinnirello, Nélide Mansur, y Diana Conti, y la Secretaría de Derechos Humanos del Gobierno de la Provincia de Buenos Aires. En lo que respecta a la posibilidad de impugnar un título, el reglamento de la Cámara dispone en lo que aquí interesa: “Art. 2º: ... en los años de renovación de Cámara, se considerarán las impugnaciones por negación de las calidades exigidas por el artículo 48 de la Constitución Nacional; se leerán los escritos recibidos y será concedida la palabra a los Diputados que quieran formular alguna impugnación y a los afectados por la misma. Art. 3º: Las impugnaciones sólo pueden consistir: 1º) En la negación de alguna de las calidades exigidas por el artículo 48 de la Constitución Nacional (...), 2º) En la afirmación de irregularidad en el proceso electoral (...). Art. 7º: La Comisión de Peticiones, Poderes y Reglamento estudiará y dictaminará sobre las impugnaciones producidas. Esta Comisión dictará el procedimiento de juzgamiento que garantizará el derecho de defensa del titular del diploma impugnado (...). El despacho sobre impugnaciones será considerado por la Cámara en sesiones especiales fuera de los días establecidos para las reuniones de tablas (ver: www1.hcdn.gov.ar/dependencias/cppyreglamento/reglamento.html)

vinculadas a la represión ilegal del último gobierno de facto⁶. La Comisión elevó un despacho de mayoría aconsejando el rechazo del título de Patti, junto con tres dictámenes en disidencia, para su tratamiento en el pleno de la Cámara. En la sesión del 23 de mayo de 2006, se resolvió por mayoría rechazar el título por falta de idoneidad ética para la asunción al cargo de diputado nacional⁷.

Los fundamentos de la decisión podrían resumirse de la siguiente manera: 1º) el artículo 64 de la Constitución Nacional, en cuanto dispone que “Cada Cámara es juez de las elecciones, derechos y títulos de sus miembros en cuanto a su validez”, confiere a las cámaras la facultad de revisar las condiciones objetivas (edad, residencia, etc.) y subjetivas (idoneidad ética) de los representantes surgidos de una elección; 2º) el procesamiento penal –que supone una “sospecha razonable”- por delitos de lesa humanidad, o vinculados al accionar del aparato represor durante el gobierno militar, compromete la “idoneidad” para la admisibilidad en los empleos que menciona el artículo 16 de la Constitución, y determina la inhabilitación para ejercer cargos públicos que prescribe el artículo 36, a partir de la reforma constitucional de 1994, para los autores de actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático; 3º) el Estado Nacional, en cualquiera de sus estamentos, tiene la obligación internacional asumida en diversos tratados internacionales con jerarquía constitucional, de impedir el acceso a la función pública a las personas involucradas en aquellos tipos de delitos y acciones.

3. Alcance de la facultad prevista en el artículo 64 de la Constitución: su sentido originario

Según lo entiendo, la cuestión en el caso Patti se detiene en la precisión del debido alcance que cabe asignarle en la actualidad al artículo 64 de la Constitución en cuanto estipula que “Cada Cámara es juez de las elecciones, derechos y títulos de sus miembros en cuanto a su validez”.

Desde un punto de vista originalista⁸, conforme al sentido histórico con que el párrafo reproducido fue inserto en la Constitución, las Cámaras carecerían de una

6. “Las acusaciones se apoyan, principalmente pero no de manera exclusiva, en la información proveniente de las causas judiciales por las cuales el señor Patti está siendo juzgado en la actualidad, pero también se asisten en antecedentes recopilados por otras fuentes entre los que figuran inclusive declaraciones públicas ante medios periodísticos” (pto II, dictamen de mayoría de la Comisión).

7. Cámara de Diputados de la Nación, Sesiones Ordinarias 2006, Orden del Día N° 228.

8. La pauta de interpretación “originalista” es la que intenta indagar la intención originaria del constituyente (o del legislador). El sentido histórico de una cláusula constitucional, develado a través de sus fuentes primarias o la justificación de sus redactores, permite determinar si la aplicación que de ella se intenta responde a su finalidad originaria, o por el contrario, si las expresiones del texto son utilizadas en orden a una intención diferente. En oportunidad de que la Cámara de Diputados fundamentó su facultad revisora en el caso “Bussi”, se sostuvieron –precisamente- argumentos de tipo “originalista”, reproducidos en el dictamen de comisión que dio lugar al rechazo del título de Patti. Se afirmó en este sentido que “el juzgamiento de validez de títulos del artículo 64 no puede reducirse a un análisis mecanicista o burocrático de los diplomas de los diputados electos. De ser así, muy poca diferencia existiría con la regla constitucional del artículo 48 de la Constitución Nacional y la del 64. Es claro que el constituyente ha buscado crear otra regla de juicio diferente a las del artículo 48, para determinar la validez o no de los diplomas y derechos emergentes de la soberanía popular (...) Esta Comisión sostiene que los artículos 48 y 64 de la Constitución Nacional aluden y se refieren a dos ‘espacios investigativos’ diferentes y no simplemente a dos momentos

atribución como la ejercida en los casos “Bussi” y el más reciente “Patti”. Ello pues aquello que perseguía la Constitución al establecer tal disposición era imponer una instancia de revisión final en el Congreso de la Nación de las elecciones de diputados y senadores, desarrolladas en el ámbito local de las Provincias, lejano al asiento del Gobierno federal, y respecto del cual los impulsores del régimen federal mantenían gran desconfianza y temor por la amenaza que los intereses locales seguían representando para el éxito de la Constitución y la efectiva organización de sus autoridades.

En los Estados Unidos, la mentada competencia para escrutar los títulos de los legisladores electos constituía un imperativo de primer orden, de mayor significación que en nuestro país, pues allí la competencia en materia electoral fue mantenida de modo preponderante por los estados locales. La sección IV del artículo I del texto norteamericano establece en tal sentido que “Las fechas, lugares y modalidades de las elecciones de senadores y representantes serán establecidas en cada Estado por su respectiva legislatura; pero el Congreso podrá en cualquier momento dictar o modificar por ley tales disposiciones, salvo en lo que atañe al lugar en que se elijan los senadores”. Con ello, si bien se confiere una facultad de tipo correctiva al Estado federal⁹, se mantuvo en manos de los estados la regulación de las modalidades de las elecciones, e incluso hasta el día de hoy, su organización y control.

En consecuencia, era necesario establecer que las Cámaras juzgarían en última instancia la validez de los derechos surgidos de los actos eleccionarios llevados a cabo por los estados, en relación a la autenticidad de sus resultados y escrutinios, la legitimidad formal del título de diputado o senador electo expedido por las autoridades locales, la regularidad de las elecciones, o bien respecto del cumplimiento de las disposiciones mínimas que contiene la Constitución vinculadas con la edad y la residencia. Dicho juzgamiento exclusivo de las Cámaras, permitiría subsanar previsibles fraudes o distorsiones cometidas en los estados, posibilidad para nada remota en la desorganizada y todavía convulsionada Confederación norteamericana de 1789, año en que comenzó a regir la polémica y trabajosamente aprobada Constitución sancionada dos años antes en Filadelfia. Al establecer la sección V de su artículo I que “Cada Cámara será juez de las elecciones, resultados y calificaciones de sus respectivos miembros” (“Each House shall be the Judge of the Elections, Returns and Qualifications of its own Members”), se fijó un dispositivo tendiente a consolidar el gobierno federal frente a las afrentas locales, permitiendo que la elección de las autoridades nacionales, aun regulada y organizada por los Estados, contase con la

investigativos sucesivos (...) Se trata para esta Comisión de dos juicios de legitimidad diferentes. El artículo 48 verifica los requisitos de la legitimidad de origen y el artículo 64 verifica los requisitos de la legitimidad política-moral del diputado ya electo. Va de suyo, entonces, que la facultad del artículo 64 no se trata simplemente de una evaluación meramente formal de los instrumentos emitidos por la justicia electoral, relativos a la proclamación de las personas electas en los comicios”.

9. Este poder excepcional de intervención en las órbitas locales en materia electoral fue ejercida pocas veces por el Congreso Federal. Fundamentalmente cabe mencionar al respecto la ley de 1842 que impuso a los estados el sistema de división en distritos electorales, en el caso de que aún no lo hubieran previsto, perfeccionada por otras dos de 1911 y 1929. Asimismo, el Congreso ha regulado los derechos electorales, el financiamiento de las campañas electorales y algunos aspectos de la elección presidencial.

revisión final del Congreso en cuanto a sus resultados¹⁰. En especial, este mecanismo de control posterior de las elecciones era de vital importancia respecto de los senadores, ya que hasta 1913 fueron elegidos por las legislaturas¹¹. En suma, la Constitución erigió a las Cámaras como último resorte de corrección de las manipulaciones o irregularidades cometidas en los Estados para enviar sus representantes al Congreso federal.

En la Argentina se planteaba una situación similar. Si bien para los diputados, el artículo 49 delega en la Nación todo lo relativo a su régimen de elección (lo cual se encuentra regulado en el Código Nacional Electoral y otras leyes complementarias), vale recordar que las provincias mantuvieron dicho poder respecto de la elección para el primer Congreso¹². Aún así, hasta la creación de las autoridades judiciales con competencia electoral, la organización de las elecciones en las Provincias fue llevada a cabo mediante la interacción de autoridades nacionales y locales, y con cierta precariedad. En el caso de los senadores, su elección fue indirecta hasta 2001 (reforma constitucional de 1994 mediante), por lo cual las elecciones decididas en la legislaturas también requerían de un árbitro imparcial -la propia Cámara- que dirimiera cualquier disputa local en torno de los representantes electos. Este supuesto de conflicto en la elección de senadores en las legislaturas se verificó con relativa frecuencia, y el más reciente dio lugar al caso "Pcia. de Chaco", fallado por la Corte Suprema en 1998, en el cual se convalidó el cuestionamiento que el Senado había realizado sobre la elección de un senador realizada por la legislatura provincial¹³.

Por lo tanto, la condición de "juez" de las "elecciones, derechos y títulos" que para cada Cámara del Congreso instituye el artículo 64 de la Constitución deriva de similar disposición contenida en la Constitución de los Estados Unidos y fue inspirada en idénticos propósitos. La equivocidad del término "returns" en aquella, que significa "veredicto", "escrutinio", "desempeño", "resultado", o "rendimiento", llevó al constituyente argentino a reemplazarla por la palabra "derechos", de evidente mayor latitud, y comprensiva de cualquier situación que diera lugar a dudas sobre la autenticidad de las elecciones efectuadas en las Provincias. En tal sentido, las Cámaras podrían juzgar entonces "los derechos"

10. Story comentaba al respecto que "necesariamente alguien debe ser juez de la validez de las elecciones, de los registros y de los títulos de los elegidos; de otra manera no habría certidumbre sobre la legalidad de la elección de los miembros de la Legislatura; hombres intrigantes podrían ingresar fraudulentamente en las asambleas, y comprometer los derechos y las libertades del pueblo", Story, Joseph: *Comentarios sobre la Constitución Federal de los Estados Unidos*, traducción de Nicolás Calvo de la 3ra. edición, Buenos Aires, Imprenta y Librería de Mayo, 1881, t. I, p. 501.

11. La elección indirecta de senadores fue suprimida por la décimo séptima enmienda que estableció el voto directo del pueblo.

12. Artículo 49: "Por esta vez las legislaturas de las provincias reglarán los medios de hacer efectiva la elección directa de los diputados de la Nación: para lo sucesivo el Congreso expedirá una ley general"

13. "Pcia. de Chaco c/Estado Nacional (Senado de la Nación)", Fallos 321:3226 (24-11-98). LL 1998-F-510. La decisión de la Corte, convalidatoria de la del Senado, cosechó numerosas críticas, pues se sustituyó la voluntad de la legislatura local en la elección de un senador por la provincia. En 1994 se amplió a tres senadores la representación de las Provincias y la Ciudad de Buenos Aires en esa Cámara, correspondiendo dos a la mayoría y uno por la minoría. Hasta que este sistema se hizo efectivo por elección popular directa en 2001, se aplicó la "regla del 2 por 1" según las mayorías existentes en las legislaturas provinciales (ver C.N: Disposición transitoria cuarta). En este caso, la legislatura de Chaco había designado un senador con los votos de una alianza de partidos, lo cual fue impugnado por el partido Justicialista, que reivindicaba para sí la banca, lo cual fue aceptado en el Senado, resolviéndose. Ver: Bidart Campos, Germán, "El atropello a la Constitución federal consumado en el Senado y en la Corte Suprema", LL 1998-F-510.

ostentados por los representantes elegidos en las provincias, cualquiera fuera el cuestionamiento existente sobre sus elecciones, ya fuera en relación a los requisitos fijados para ser candidato, o a la normalidad del acto eleccionario. En el trasfondo del artículo 64, se encuentra pues, como en tantas otras disposiciones de la Constitución de 1853, un reaseguro del Gobierno federal dirigido a preservar sus legítimas autoridades, y a consolidar su régimen político y económico frente a la todavía latente amenaza que se vivía en los ámbitos locales. En el mismo sentido había sido prevista la necesaria aprobación del Congreso de las constituciones provinciales, el juicio político sobre los gobernadores - ambas cosas eliminadas en la reforma de 1860 a instancias de la Provincia de Buenos Aires-, así como la intervención federal a las provincias (art. 6), la supremacía del orden federal y la competencia de la justicia federal para aplicarlo (arts. 31 y 116), la uniformidad de la legislación de fondo (art. 75 inc. 12), y la competencia originaria y exclusiva de la Corte Suprema de Justicia de la Nación para dirimir todo conflicto en que sea parte cualquier Provincia (art. 117). El artículo 64 se enrolaba en la misma idea de consolidación del régimen federal y estabilidad del gobierno central. Para ello, era necesario establecer una instancia “federal” de control final de las elecciones realizadas en los estados locales, y a ese fin –meramente- apuntaba la disposición constitucional.

En suma, la Constitución otorga una potestad excepcional para que cada Cámara “juzgue”, respecto de sus miembros electos: a) las “elecciones”, en cuanto a su regularidad y la veracidad de sus resultados; b) los “derechos” y “títulos”, pues en relación con lo anterior, sólo cabe reconocer derecho y título legítimo, a quien ha sido regularmente elegido, de acuerdo con las condiciones objetivas de edad y residencia establecidas en la Constitución (arts. 48 y 55), y con un título expedido por autoridad competente. Al utilizar la Cámara de Diputados la atribución conferida en el artículo 64 para “juzgar” subjetivamente la “idoneidad moral” de un legislador electo regularmente, incurre en una distorsión patente de sus atribuciones –que de por sí deben interpretarse restrictivamente, pues las Cámaras no constituyen órganos sino que integran uno llamado Congreso de la Nación-, lo cual contraviene la finalidad de la citada cláusula constitucional, altera la distribución de competencias que prescribe la Constitución, y lo que es quizás más grave, interviene en el sufragio popular, modificando el resultado de una elección y sustituyendo la voluntad del electorado, hecho contrario al elemental principio de soberanía del pueblo expresamente mencionado en el artículo 33 C.N.

4. La facultad ejercida en los casos “Bussi” y “Patti” es de carácter judicial y no corresponde a las Cámaras del Congreso

La facultad ejercida por la Cámara de Diputados no sólo contraviene el artículo 64 de la Constitución desde su sentido histórico, sino también de acuerdo con el alcance actual que debe asignársele a la disposición, pues la función judicial se encuentra sustraída de los poderes políticos y reservada a magistrados independientes e imparciales.

Cabe aclarar que no se trata aquí, de la determinación con carácter general y abstracto, de los requisitos de idoneidad para el ejercicio de los cargos públicos. Dicha determinación constituye una atribución legislativa, y como tal podría ser ejercida por medio de una ley en sentido formal emanada del Congreso de la Nación, la cual no ha mediado en el caso.

Por el contrario, la única legislación aplicable a los casos comentados, que es el Código Electoral, requiere de una condena judicial firme para impedir la posibilidad de ser electo (circunstancia que no se ha verificado en Bussi y en Patti, a pesar de sus procesos pendientes).

Corresponde entonces aclarar que el acto que impidió a los mencionados asumir en sus bancas, fue una resolución de carácter particular adoptada a su respecto por una de las Cámaras del Congreso. En tal sentido, al haber determinado la Cámara la aplicación particular del derecho objetivo (relativo a idoneidad para el ejercicio de cargos públicos), así como el alcance del derecho subjetivo surgido de una elección, su decisión constituye un ejercicio típico de la función judicial, la cual se encuentra reservada al Poder Judicial de la Nación¹⁴.

No se aplican aquí las justificaciones que han sido elaboradas para aceptar la función jurisdiccional por parte de los órganos de la Administración Pública, fundada estrictamente en su especialidad material, y siempre sujeta, como condición de validez, al suficiente control judicial posterior¹⁵.

La función judicial, se define materialmente por consistir en la aplicación del derecho a un caso particular, con fuerza de verdad legal y en forma definitiva. El otro criterio que la describe —elemental— es el orgánico, según el cual únicamente puede ser ejercida por un ente ajeno a la contienda y desinteresado de su resultado. En pocas palabras, imparcial e independiente¹⁶, condiciones que obviamente no pueden ser predicadas respecto de una cámara parlamentaria integrada por personas que no son neutrales al momento de aceptar o desechar el ingreso de un diputado, máxime cuando éste es el líder y fundador de un partido minoritario de oposición al oficialismo, como eran Bussi y Patti. En consecuencia, los legisladores, que son pares de aquellos que están siendo “juzgados”, carecen de la cualidad esencial que se precisa para ser juez, que es su imparcialidad, ya sea porque el acusado es un adversario político, o por el contrario, porque es un aliado. Es evidente por ello que las Cámaras no pueden ser juez de un derecho individual cuyo reconocimiento reviste interés directo para quienes deciden.

Esta fue la postura adoptada en uno de los dictámenes en disidencia de la Comisión de Peticiones, Poderes y Reglamento, suscripto por los diputados Vanossi y Tonelli, con cita de Bidegain: “entregar a las cámaras, fuertemente motivadas por intereses partidarios, la posibilidad de que la mayoría impida la incorporación de miembros opositores o abra las puertas a correligionarios mal elegidos, no es ventajoso para el buen funcionamiento de las instituciones democráticas. La legislación electoral ha atribuido a las juntas electorales,

14. Numerosos autores de derecho administrativo han desarrollado la definición de las funciones del Estado. Quizás quien más lúcidamente lo haya hecho en nuestro país sea Agustín Gordillo, para quien la función materialmente jurisdiccional, que consiste en aplicar el derecho a un caso particular, es además judicial cuando es ejercida con fuerza de verdad legal y con carácter definitivo (ver: Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, t.1, www.gordillo.com). Si bien la Constitución procura que cada órgano del Estado monopolice el ejercicio de la función que tiene asignada, sin que los demás poderes se superpongan a dicho ejercicio, lo cierto es que, materialmente, todos los órganos ejercen en alguna medida las tres funciones. No obstante, el ejercicio de funciones materialmente normativas practicado por la Administración y el Poder Judicial se halla sujeto a la ley general (principio de legalidad objetiva), mientras que la función jurisdiccional, tolerada para con el Poder Ejecutivo por la complejidad de la administración y el gobierno, también precisa de habilitación legal y se encuentra subordinada a la revisión judicial posterior.

15. Conf. precedente “Fernández Arias c. Poggio”, CSJN, 19-9-60, *Fallos* 247:646.

16. Conf. Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Fundación de Derecho Administrativo, t.1.

integradas por magistrados del Poder Judicial, el juicio de los múltiples incidentes de todo el proceso electoral, hasta el escrutinio definitivo y proclamación de los electos, figurando entre sus facultades la anulación de elecciones de mesas y aun de toda elección, cuando los vicios afecten a una proporción elevada de mesas. Parece que ningún daño para la independencia del Poder Legislativo puede resultar de esa decisión definitiva por esas juntas de la validez de las elecciones. Esos organismos u otros del Poder Judicial también podrían resolver las cuestiones jurídicas relacionadas con las cualidades de los electos, sin estar expuestos a las presiones partidarias que prevalecen en las Cámaras. El objetivo principal (asegurar la organización de las Cámaras) no se sacrifica por el examen judicial de estas cuestiones y tiene la ventaja de someterlas a una autoridad imparcial. No debe perderse de vista que en ellas están involucrados el derecho penal del electo al desempeño del cargo para el que fue elegido y la exigencia ética del respeto a los resultados electorales”¹⁷

Los casos "Bussi" y "Patti", guardan así estrecha relación no sólo con el régimen democrático-electoral, sino también con el principio de división de poderes o separación de funciones, sustentado en la protección de los derechos y garantías individuales frente al abuso de poder¹⁸.

En relación con el citado principio, cabe destacar en primer lugar que la Constitución –como regla- no otorga una órbita especial e individual de actuación a las Cámaras del Congreso. El órgano Congreso está compuesto por ambas cámaras y se manifiesta a través de la voluntad común expresada de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 81 de la Constitución. Las disposiciones que consagran potestades particulares de las Cámaras se refieren únicamente a sus garantías funcionales o poderes de autopreservación o autotutela, tal se han dado en llamar. Es posible encuadrar dentro de aquellos a algunas acciones particulares de las Cámaras, tales como la potestad disciplinaria o de remoción de legisladores por desorden o inhabilidad física o moral sobreviniente a su incorporación (art. 66), la autoconvocatoria a sesiones (art. 63), o el poder reglamentario (art. 66, primera parte). En otros casos, la actuación separada de las Cámaras se justifica en el carácter especial que se les asigna en las relaciones de integración y coordinación con los demás poderes (acuerdos del Senado, juicio político, interpelación de ministros), o para determinar iniciativas exclusivas respecto de determinadas materias de legislación (tributos, reclutamiento de tropas –art. 52 C.N- y coparticipación federal –75 inc. 2º-).

En lo que hace a la potestad de remoción de miembros de las Cámaras por causa de “inhabilidad física o moral sobreviniente a su incorporación”, indicada en el artículo 66 y citada frecuentemente en el debate atinente a los casos Bussi y Patti como norma que

17. Bidegain, Carlos María, *Cuadernos de Derecho Constitucional*, t. IV, pág. 72, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990.

18. La Corte ha definido a la división de poderes como un “sistema de restricciones a la actividad del poder para garantía de la libertad individual. Por él se reparten las atribuciones de la autoridad y se regula su acción en función de la preservación de la libertad, atribuyendo a los distintos órganos facultades determinadas, necesarias para la efectividad de las funciones que les asigna, y se asegura una relación de equilibrio, fijando órbitas de actividad y límites de autonomía. Es un procedimiento de ordenación del poder de la autoridad; que busca el equilibrio y armonía de las fuerzas mediante una serie de frenos y contrapesos, sin que por ello deje de existir entre ellas una necesaria coordinación. Nuestra Constitución establece un reparto de competencias y establece medios de control y fiscalización, por los que se busca afianzar el sistema republicano de gobierno y no concentrar en cada uno un ámbito cerrado de potestades, librado a su plena discreción” (Fallos 313:1513)

corroboraría la facultad de rechazo de sus títulos, cabe decir que la mentada facultad del artículo 66, ejercida varias veces por ambas Cámaras, ha sido rigurosamente asociada precisamente con los mencionados “poderes de autopreservación”, único fundamento con el que se puede sostener semejante atribución. La facultad de remoción fue ejercida incluso en el pasado ante meras manifestaciones indecorosas en el recinto, por la impopularidad o el desprestigio que ello podría significar para el cuerpo, poniendo en peligro su autoridad y subsistencia.

Sobre la base de invocar dichos poderes de autotela o autopreservación, las Cámaras del Congreso solieron practicar también la detención de personas, limitación a la libertad personal de naturaleza típicamente judicial. Sin embargo, en el fallo más reciente donde se revisó dicha potestad (caso “Peláez, Víctor s/ hábeas hábeas preventivo”¹⁹), la Corte precisó el alcance de aquellas garantías institucionales de las Cámaras del Congreso reconocidas tempranamente en el caso “Lino de la Torre”²⁰. Afirmó el tribunal que dicho poder se encuentra “circunscripto a supuestos capaces de dañar e imposibilitar el libre y seguro ejercicio de las funciones públicas de las cámaras del Congreso”. También agregó que “Es principio arquitectónico de nuestro ordenamiento constitucional que ningún poder pueda arrogarse mayores facultades que las que le hayan sido conferidas expresamente”, y que “con arreglo a todo cuanto se ha venido expresando, el Tribunal considera que el poder implícito de las cámaras del Congreso de la Nación para sancionar conductas de particulares se encuentra circunscripto, en lo que interesa a la solución de esta controversia, a los actos de aquéllos que de un modo inmediato traduzcan una obstrucción o impedimento, serio y consistente, para la existencia de dichos órganos o para el ejercicio de sus funciones propias. Un reconocimiento en exceso de este parámetro no sólo carecería, por lo que ha sido visto, de toda justificación, sino que también aparejaría la asunción por las cámaras del Congreso, de facultades que expresamente la Constitución Nacional ha conferido al Poder Judicial”.

Resulta evidente que en los casos de inhabilitación de sus miembros –anterior o posterior a su ingreso- por falta de idoneidad moral, no se encuentra realmente comprometido el funcionamiento de las Cámaras. Por ello el artículo 66 ha caído en desuetudo, mientras

19. CSJN, 19-10-95, LL 1996-B-205, con nota de Fernando Barrancos y Vedia: “Los ‘poderes implícitos del Congreso para ordenar el arresto de personas ajenas a las Cámaras’”. La Corte declaró allí la invalidez del arresto dispuesto por la Cámara de Senadores sobre un dirigente político de la provincia de Neuquén que había atribuido “traición” a los senadores de su provincia que habían votado a favor del régimen de concesión privada para la explotación de los yacimientos provinciales. La Cámara consideró que aquellas declaraciones, difundidas por la prensa, resultaban menoscabantes del buen nombre y honor de sus miembros y del cuerpo en general, razón por la cual cabía aplicar una sanción al autor de la ofensa. Señaló la Corte que “La potestad examinada está destinada, antes que a imponer castigos, a proveer a la propia existencia y normal funcionamiento que encuentra, en determinadas medidas correctivas, un medio para su obtención. Son estas últimas, por consiguiente, un instrumento del poder implícito, que no es otro que el dirigido a atender a la propia preservación de los mencionados órganos de gobierno. Síguese de todo ello que, a juicio del Tribunal, lo primero que ha de ser juzgado en supuestos como éste, es si el Senado de la Nación ha actuado dentro de su competencia, o sea, si lo ha hecho con fundamento en requerimientos que hacen a la autotutela de su conservación y funcionamiento”.

20. Fallos: 19:231, del 21 de agosto de 1877. Allí la Corte convalidó el mandato de prisión emitido por la Cámara de Diputados contra el actor –director del diario *El Porteño*- en el cual se habían publicado notas referidas a sesiones secretas mantenidas por la Cámara.

que el artículo 64 no podría interpretarse como otorgando la facultad de exclusión ni siquiera sobre la base de los poderes de tutela.

En suma, la Cámara de Diputados se ha erigido en una especie de tribunal único del derecho de acceso de los legisladores electos, y en el “caso Patti”, al igual que lo había hecho en su similar caso “Bussi”, emitió una auténtica sentencia judicial denegatoria de aquel derecho y declaratoria de una pena de inhabilitación, ejerciendo una competencia que no encuentra ninguna justificación constitucional actual.

5. La legislación y la competencia judicial en materia electoral

El artículo 64, en la parte que acá nos interesa, devino totalmente inaplicable con la sanción de la legislación en materia electoral y la creación la magistratura con especialización para aplicarla. La revisión de elecciones, derechos y títulos de los legisladores electos fue asignada en 1853 a las cámaras parlamentarias ante la inexistencia cierta de toda la Justicia federal y frente al horizonte borroso que esta tenía en el ideario de los constituyentes. Piénsese que todo el Poder Judicial de la Nación, previsto en el artículo 108, fue una creación entera del Congreso, habilitado para ello mediante el artículo 75 inciso 20, y que el único tribunal que directamente establece la Constitución es la Corte Suprema de Justicia de la Nación (art. 108), la cual comenzó a funcionar recién en 1863. El establecimiento del resto de los tribunales federales en territorio de las provincias y de la ciudad de Buenos Aires, fue una lenta y paulatina tarea del Congreso, y su separación en fueros especializados por materia es relativamente reciente. Ello explica también el origen y la subsistencia durante algún tiempo de la potestad ciertamente judicial establecida en el artículo 64, pero nada justifica su mantenimiento desde que en 1962 existe la justicia nacional electoral como un órgano judicial con competencia específica en la organización y control de las elecciones²¹.

21. El artículo 44 del Código Electoral Nacional (t.o dec. 2135/83), establece la siguiente competencia de los jueces electorales:

- a) La aplicación de la Ley Electoral, Ley Orgánica de los Partidos Políticos y de las disposiciones complementarias y reglamentarias, en todo lo que no fuere atribuido expresamente a las juntas electorales;
- b) La fundación, constitución, organización, funcionamiento, caducidad y extinción de los partidos políticos de su distrito; y, en su caso, de los partidos nacionales, confederaciones, alianzas o fusiones;
- c) El efectivo control y fiscalización patrimonial de los partidos mediante examen y aprobación o desaprobación de los estados contables que deben presentarse de conformidad con lo dispuesto por la Ley Orgánica de los Partidos Políticos, previo dictamen fiscal;
- d) La organización, funcionamiento y fiscalización del registro de electores, de inhabilitados para el ejercicio de los derechos electorales, de faltas electorales, nombres, símbolos, emblemas y números de identificación de los partidos políticos y de afiliación de los mismos en el distrito pertinente;
- e) La elección, escrutinio y proclamación de las autoridades partidarias de su distrito”

Asimismo, la norma crea autoridades judiciales especiales en materia electoral llamada “Juntas Electorales”, integradas por magistrados del Poder Judicial de la Nación. El artículo 52 enumera entre sus atribuciones las de “4. Resolver respecto de las causas que a su juicio fundan la validez o nulidad de la elección; 5. Realizar el escrutinio del distrito, proclamar a los que resulten electos y otorgarles sus diplomas”.

Por último, el artículo 60 dispone que “Desde la publicación de la convocatoria y hasta cincuenta (50) días anteriores a la elección, los partidos registrarán ante el Juez Electoral las listas de los candidatos públicamente proclamados, quienes deberán reunir las condiciones propias del cargo para el cual se postulan y no estar comprendidos en alguna de las inhabilidades legales”, y el artículo 61 indica que “el juez dictará resolución, con expresión concreta y precisa de los hechos que la fundamentan, respecto de la calidad de los candidatos”.

Ya se señalaba hace un siglo que “siempre que las cámaras examinen las actas, sucederá lo mismo que hasta aquí ha sucedido; la mayoría aprobará incondicionalmente aquellas de todos los suyos y rechazará las de las minorías que no le convenga que figuren en el parlamento. Nunca la mayoría ha de mirar con indiferencia a los suyos ni ha de verse libre de prevenciones contra los enemigos [...]. El único medio de que el examen y discusión de actas sea una verdad y de sustraerlas a la arbitrariedad y al capricho, es entregarlas a los tribunales para que juzguen con estrecha sujeción al derecho escrito. Las elecciones se hacen con arreglo a una ley y, por ende, corresponde al poder judicial examinar las actas y resolver en juicio, con arreglo al derecho constituido, las protestas que se hagan. Cuando en las elecciones se perturba el orden jurídico, violando leyes, claro es que sólo a los tribunales corresponde su restablecimiento y la reparación de las trasgresiones y violaciones de los preceptos legales. El poder legislativo hace la ley y puede modificarla, pero no le corresponde ejercer las funciones propias del poder judicial [...]. De esta función está encargado precisamente el poder judicial, como de la función gubernativa y ejecutiva lo está el poder ejecutivo. A los tribunales corresponde decidir sobre la validez de la elección, resolver las protestas y proclamar diputado al que haya sido elegido con arreglo a la ley o declarar la nulidad de la elección, si adolece del vicio de nulidad”²²

A los jueces electorales corresponde con exclusividad “juzgar” la validez de los derechos de los legisladores electos, para lo cual deben aplicar la legislación vigente²³. Las normas aplicables a los casos de Bussi y Patti no determinan la invalidez de sus títulos, sino que más bien, los legitiman.

En primer lugar, el artículo 23 inc. 2º del Pacto de San José de Costa Rica, establece que “La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior (en este caso, “*ser elegido*”), exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal”.

En el mismo sentido, el artículo 33 de la ley 23.298 (Orgánica de Partidos Políticos), restringe la capacidad para ser candidato, del siguiente modo: “No podrán ser candidatos a cargos públicos electivos, ni ser designados para ejercer cargos partidarios: a) Los excluidos del padrón electoral como consecuencia de disposiciones legales vigentes...”; lo cual remite al artículo 3º del Código Electoral Nacional, que en lo pertinente dispone: “Están excluidos del padrón electoral: (...) e) Los condenados por delitos dolosos a pena privativa de la libertad, y, por sentencia ejecutoriada, por el término de la condena; f) Los condenados por faltas previstas en las leyes nacionales y provinciales de juegos prohibidos, por el término de tres años; en el caso de reincidencia, por seis.

22. cf. Ojea y Somoza, citado por Jiménez de Aréchaga, Justino en “El Poder Legislativo”, Tomo II, Ed. Esc. Nac. Artes y Oficios, Montevideo, 1906, páginas 43 y 44, citado a su vez en el considerando 9º de la sentencia en “Patti” de la Cámara Nacional Electoral, a la que me refiero más adelante.

23. La propia Corte Suprema entró a conocer en causas que se referían al desenvolvimiento de la vida de los partidos políticos (Fallos: 307:1774 y sus citas); trató el tema de la admisibilidad de la presentación de un candidato independiente para diputado nacional (Fallos: 310:819) y revisó resultados electorales al dejar sin efecto resoluciones de juntas electorales provinciales (Fallos: 308:1745).

En pocas palabras, la normativa aplicable se refiere exclusivamente a la condena judicial como causa de inhabilitación para resultar electo, lo cual se encuentra de acuerdo con la disposición suprallegal de la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁴.

En correlación con ello, el propio Reglamento de la Cámara de Diputados limita los casos de revisión de elecciones, al disponer que “las impugnaciones sólo pueden consistir: 1º. En la negación de algunas de las calidades exigidas por el artículo 48 de la Constitución Nacional... 2º. En la afirmación de irregularidad en el proceso electoral...” (art. 3º).

Por último, el artículo 36 de la Constitución incorporado en 1994, en cuanto tipifica los delitos consistentes en “actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático”, y de “usurpación de funciones previstas para las autoridades de la Constitución o las de las provincias”, a los que asocia una pena de inhabilitación perpetua para ocupar cargos públicos, también remite a condenas judiciales, las cuales no existen –mal que pese– en los casos de Bussi y de Patti.

En conclusión, la Constitución, los tratados internacionales y las leyes en la Argentina no inhabilitan a un individuo a ser electo y asumir un cargo, sino hasta que exista condena judicial que restrinja esa posibilidad, lo cual es obvio correlato, de la presunción de inocencia (art. 18 C.N).

6. La facultad de las Cámaras en la jurisprudencia nacional y norteamericana

Los precedentes judiciales que existen hasta el momento en los Estados Unidos y en la Argentina corroboran lo desarrollado en los puntos anteriores.

En los Estados Unidos, la Suprema Corte, frente a los excesos a que había dado lugar la aplicación de la cláusula equivalente a nuestro artículo 64, sostuvo en el caso “Powell v. McCormack” (1969)²⁵ que “nuestro examen de los materiales históricos pertinentes nos lleva a la conclusión ... de que la Constitución no asigna a la Cámara ninguna autoridad para excluir a una persona, debidamente elegida por sus electores, que satisface todos los requerimientos de incorporación prescriptos explícitamente en el artículo I, sección II”. Luego, en “Buckley v. Valeo” (1976)²⁶, agregó que “El poder de cada cámara para juzgar si una persona que aspira a ser elegida senador o representante ha reunido las condiciones requeridas no puede convertirse razonablemente en una atribución concedida al Congreso mismo para imponer calificaciones sustantivas al derecho de desempeñar dicho cargo. Sea cual fuere el poder que el Congreso pueda tener para legislar dichas calificaciones

24. Tal criterio fue receptada tempranamente en el ámbito del Congreso, según consigna el dictamen en minoría de los diputados Vanossi y Tonelli: “En el caso del diputado Pedro Avila, fue cuestionada su incorporación a la cámara en la sesión preparatoria del 17 de mayo de 1860 –realizada en Paraná–, por haber sido en Córdoba jefe de una revuelta contra el gobierno constitucional. Primó el criterio de que si esa acción constituía un delito, debía entablarse la correspondiente querella. Incorporar mientras tanto al diputado Avila a la Cámara y luego de ser examinada esa querella proceder, si así correspondiere, a su desafuero”

En esa oportunidad, el miembro informante destacó que «puede también esta cámara por delitos que la Constitución consigna, expulsar de su seno a un diputado, pero mientras ese fallo no haya sido pronunciado tiene el diputado derecho a ocupar aquí su asiento que no es todavía el banco de los acusados» (Cámara de Diputados, Diario de Sesiones, 1860, págs. 18/20).

25. 395 U.S. 486, 522.

26. 424 U.S. 1, 133.

debe derivar de la sección IV más que la sección V del artículo I"²⁷. Esto último sostenido por el tribunal norteamericano es de particular importancia, pues lo que quiere significar, precisamente como sostengo en el punto 2, es que el Congreso puede regular las calificaciones o la idoneidad necesarias para ser candidato, legislando sobre ello, más no decidir espontáneamente sobre la calidad individual de un legislador electo, pues en tal caso se transvierte la naturaleza de la función conferida por la Constitución al Congreso, de legislativa a judicial.

La Corte Suprema de nuestro país se aproximó al tema en el caso "Bussi"²⁸ decidido en 2001. En realidad, la Corte no resolvió allí la cuestión de fondo, sino que dirimió la cuestión preliminar sobre el carácter justiciable o no de la resolución adoptada por la Cámara de Diputados. Revirtiendo lo decidido en las instancias anteriores, la Corte declaró que la facultad ejercida por la Cámara era una cuestión plenamente justiciable, y que no cabía considerarla ya dentro de las tradicionales cuestiones políticas privativas de los otros poderes y exentas del control judicial. Afirmó en tal sentido –categóricamente– que "no hay otro poder por encima del de esta Corte para resolver acerca de la existencia y los límites de las atribuciones constitucionales otorgadas a los departamentos legislativos, judicial y ejecutivo, y del deslinde de atribuciones de éstos entre sí y con respecto a los de las provincias. No admite excepciones, en esos ámbitos, el principio reiteradamente sostenido por el Tribunal, ya desde 1864, en cuanto a que él «es el intérprete final de la Constitución» (Fallos: 1:340)"²⁹.

Los únicos precedentes que hasta el momento abordan de lleno la cuestión son las sentencias definitivas emitidas por la Cámara Nacional Electoral en las respectivas acciones de amparo interpuestas por Bussi³⁰ y por Patti contra las resoluciones de la

27. La sección IV establece que "Las fechas, lugares y modalidades de las elecciones de senadores y representantes serán establecidas en cada Estado por su respectiva legislatura; pero el Congreso podrá en cualquier momento dictar o modificar por ley tales disposiciones, salvo en lo que atañe al lugar en que se elijan los senadores".

28. "Bussi, Antonio Domingo c/ Estado Nacional (Congreso de la Nación - Cámara de Diputados) s/ incorporación a la Cámara de Diputados", 11-10-2001. Bussi, electo en la Provincia de Tucumán en 1999, interpuso una acción de amparo contra la resolución de la Cámara de Diputados que rechazó su diploma por causa de falta de idoneidad moral.

29. El considerando 6° de la sentencia agrega que "esta Corte encontró frecuente inspiración en el citado caso «Powell v. Mc. Cormack» cita más que apropiada por su notable similitud con los hechos de la demanda. En efecto, la Cámara de Representantes «excluyó» a un diputado electo, impidiéndole así ocupar su escaño, por razones ajenas a los requisitos previstos en la constitución norteamericana (art. I, sec. 59). La Suprema Corte al desestimar las alegaciones de la mencionada cámara, resolvió: a) que se estaba en presencia de un «caso» que surgía bajo la constitución en el sentido del art. III (fuente del art. 116 de la Constitución Nacional); b) que para esclarecer la no justiciabilidad alegada por los demandados con base en el art. I, sec. 5 (fuente del art. 64 de la Constitución Nacional), esto es, para determinar «cuándo ha sido dada una clara atribución constitucional a un departamento del Gobierno de igual rango constitucional debemos interpretar la Constitución. En otras palabras, debemos primero determinar qué poder ha concedido la Constitución a la Cámara de Representantes mediante el art. I, sec. 5, antes de que podamos determinar con qué extensión, si alguna, el ejercicio de ese poder está sujeto a la revisión judicial» y c) finalmente, rechazó la alegación de la Cámara -fundada en que la citada sec. 5 le concedía un amplio poder y que, por ello, podía determinar cuales eran las calificaciones necesarias para ser miembro de ella- y tuvo por ilegal la «exclusión» impugnada, considerando que el art. I, sec. 5 citado, es «a lo sumo» una «clara atribución» al Congreso para juzgar «sólo las calificaciones expresamente expuestas en la Constitución".

30. Fallos CNE 3303/04.

Cámara de Diputados que rechazaron sus títulos. En particular, la de este último fue resuelta recientemente, el 14-9-06³¹.

Los argumentos del tribunal para hacer lugar al amparo y declarar la ilegitimidad de la resolución de la Cámara de Diputados del 23 de mayo pueden resumirse de la siguiente manera:

a) El origen y razón jurídico-política del actual artículo 64 de la ley fundamental se remonta a la historia constitucional de Inglaterra y tuvo por finalidad fortalecer al parlamento frente al monarca, propósito para el cual demostró efectividad, más no respecto de los excesos cometidos por aquel o por mayorías circunstanciales que pudieron conformadas en su seno³².

b) La facultad parlamentaria de control sobre las elecciones se mantuvo en aquel país y en el nuestro hasta que fue transferida al Poder Judicial; en Gran Bretaña en 1868, y en la Argentina a través de la ley 8871 de 1912 (“ley Sáenz Peña”), que creó las “juntas escrutadoras” -antecedente de las actuales juntas electorales- integradas por jueces.

c) La sustracción de la competencia electoral del poder político y su otorgamiento al Poder Judicial significó –en tal sentido- un singular avance del Estado de Derecho.

d) El Código Nacional Electoral, al prever el registro de candidatos y oficialización de listas, constituye una reglamentación del artículo 64 de la Constitución Nacional, y una delegación del Congreso que sólo puede revertirse a favor de las Cámaras abrogando la norma, pero no mediante una suerte de “avocación” en un caso concreto.

e) La legislación argentina prevé el registro de candidatos en orden a comprobar que éstos reúnen las calidades constitucionales y legales necesarias para el cargo que pretenden, procedimiento que desemboca en la oficialización judicial de las candidaturas, la cual comporta la certeza de la oferta electoral con antelación suficiente para que el electorado efectúe su libre juicio de valor.

f) La verificación habilitada por los artículos 60 y 61 del Código Electoral Nacional no se limita a la constatación de las condiciones expresamente previstas en la Constitución y leyes complementarias, sino que incluye el requisito de la idoneidad, a cuyo respecto debe primar el principio de inocencia, el que sólo cede ante el dictado de una sentencia condenatoria, aun si ella no se encontrara firme.

g) La intervención judicial previa y reglada de las elecciones constituye el presupuesto jurídico indispensable sobre el que se asienta el sistema, pues, de no ser así, el ciudadano sufragante no sabría jamás a favor de qué candidato estaría emitiendo su voto pues su decisión se hallaría sometida a un examen no reglado posterior a la elección. Esto originaría la decepción y el desaliento de muchos electores, al ver que su voto no decide, sino que se encuentra sujeto a una instancia posterior de ratificación.

h) “Que, en consecuencia, sólo cabe concluir que, habiéndose llevado a cabo en la etapa correspondiente de registro de candidatos y oficialización de listas el procedimiento

31. “Patti Luis Abelardo s/promueve acción de amparo c/ Cámara de Diputados de la Nación» (Expte. N° 4207/06 CNE).

32. “el abuso que el Parlamento Británico hizo del poder de regular las calidades de los electos constituye una lección digna de ser tenida en cuenta. Los cambios se hicieron [...] al servicio de sus propios intereses o al de facciones políticas o religiosas”

legal tendiente a constatar los requisitos constitucionales y legales exigidos para el cargo al que se postuló el actor -sin que a su candidatura, por otra parte, ninguna agrupación política hubiera efectuado oposición alguna- y al haber resultado electo en los comicios correspondientes -esto es, verificada la imputación de la representación- se encontraba habilitado a ejercer el cargo para el que fue investido por el pueblo de la provincia de Buenos Aires, pues los extremos que dan sustento a la impugnación formulada no revisten tampoco el carácter de ‘cuestiones sobrevinientes’” (considerando 21°)

i) Por lo demás, “la resolución a la que se arriba es necesaria para preservar los principios reseñados y prevenir que las mayorías de un tiempo no se conviertan en minorías oprimidas ante una coyuntura adversa” (último párrafo de la sentencia).

7. La alteración del sistema democrático

Un último orden de consideraciones que a mi juicio ameritan los casos analizados se vinculan sin dudas con la negativa repercusión que aquellos tienen para el sistema político y el proceso democrático. Las decisiones de la Cámara de Diputados en los casos Bussi y Patti, así como en cualquier otro donde se pretendiera modificar el resultado de una elección, alteran la normalidad de la democracia, pues una mayoría de legisladores anula lo decidido por la voluntad de miles de individuos y sustituye el juicio de valor que estos hicieron sobre los candidatos elegidos, primeros en sus listas y ampliamente conocidos en las provincias de donde proceden.

En el caso “Patti” en particular, la mayoría parlamentaria que tomó la decisión corresponde al partido oficialista, el que también tiene la titularidad del Poder Ejecutivo, y que ha dado evidentes muestras de inclinación a sumar poder, lograr exención de controles y construir cierta hegemonía política, con lo cual el resultado obtenido es aún más grave.

Pero más allá de aquel dato, presente al menos en la actual coyuntura, quisiera destacar que el precedente sentado es negativo para cualquier contexto, con prescindencia de este momento y de estos protagonistas. De aquí en más, no se sabe a ciencia cierta cuál es el alcance verdadero del voto popular, el cual ha quedado menospreciado. El resultado de las urnas se encuentra sujeto al escrutinio o confirmación de las Cámaras del Congreso. Los casos Bussi y Patti abren la puerta para que el día de mañana cualquier mayoría parlamentaria ejerza su poder de filtro moral sobre los elegidos. Aún más, extendiendo el criterio de que las Cámaras son “jueces” de los derechos de los legisladores electos, podrían creerse con potestad para juzgar la idoneidad técnica, psicológica o cultural de aquellos en casos concretos, sin necesidad de ley previa que establezca los referidos requisitos de idoneidad.

Por otra parte, la atribución ejercida por la Cámara ha sido justificada en la defensa del orden democrático y constitucional, a tono con el actual artículo 36 de la Constitución y con diversas disposiciones de tratados internacionales, de los cuales se supone que el Congreso se ha transformado en rígido garante de la noche a la mañana.

¿Ha demostrado el órgano Congreso -al menos desde 1983 hasta la fecha- ser un fiel custodio de la democracia y la Constitución? No. Observemos su actuación más reciente.

Por ley 26.080 modificó la composición del Consejo de la Magistratura, suprimiendo la representación en dicho órgano de las segundas minorías de ambas cámaras, reduciendo la de jueces y abogados, y destinando a su mínima expresión la del ámbito académico y

científico. Ha consagrado la hegemonía del partido gobernante en el órgano que selecciona y acusa jueces y administra el poder judicial, nada menos. La misma predominancia política se estableció en la composición del jurado de enjuiciamiento de jueces. En materia de delegación legislativa, por citar un solo ejemplo de una tendencia en aumento, sancionó una ley (26.095) que crea “cargos específicos” con destino a obras de infraestructura de gas y electricidad, facultando al Poder Ejecutivo a fijar y modificar el valor de aquellos. No existe la más mínima “base de delegación” (límite cuantitativo de los cargos, descripción de las obras, etc), ni plazo para su ejercicio. Tampoco se han establecido dichas bases al momento de delegarle al Jefe de Gabinete la libre disposición del sobrante de las partidas presupuestarias. En síntesis, el artículo 76 es letra muerta para el Congreso. Por citar otro caso sensible al régimen republicano y al control parlamentario, sancionó la ley reglamentaria de su intervención respecto del dictado de decretos de necesidad y urgencia (ley 26.122), estipulando que dicha intervención no requiere plazos, lo cual permitirá, como ha sucedido hasta ahora, la aquiescencia silenciosa para que este o cualquier Presidente siga legislando a discreción, sin sensación de límites. La despreocupación e inescrupulosidad total del Congreso respecto de sus deberes constitucionales queda demostrado en relación a lo más objetivo que tiene la Constitución, que son los plazos (vgr. cláusula transitoria octava sobre ratificación de la delegación legislativa anterior a 1994; 12 años de demora; cláusula transitoria segunda, sobre nuevo régimen de coparticipación federal de impuestos, 10 años de demora).

Si observamos la conducta del Congreso argentino en relación a los derechos humanos y al castigo de los responsables de los delitos de lesa humanidad cometidos durante la última dictadura, también se advertirá una posición errática, poco categórica y –siempre-dócil al Presidente de turno. Estableció el criterio de “obediencia debida” por ley 23.521 y el “punto final”, derogándolos luego en 1998 y finalmente “anulándolos”³³. Omitió legislar en otros –muchísimos- aspectos vinculados con el restablecimiento de la democracia y sus bases hacia el futuro. En especial, puede advertirse que la reforma electoral, la regulación adecuada de los partidos y sus campañas, la transparencia del sistema político, la modernización de la labor legislativa, y la participación ciudadana directa no figuran en su agenda de prioridades.

Frente a ello, no queda más que afirmar que no existen razones para alentar que el Congreso sea el custodio de la democracia y la Constitución. Menos aún para confiarle el respeto de la voluntad popular y la protección de las minorías políticas.

Por ello, tal cual sostenía Segundo V. Linares Quintana, “haber permitido a una cámara negar la admisión a un legislador electo con fallas morales abre la puerta a los abusos de una mayoría opresora que quisiera regular en forma discriminatoria el ingreso de los futuros miembros”³⁴.

En igual sentido, se sostenía muchos años atrás que (las cámaras) “son los peores jueces. Generalmente irresponsables, se convierten en comités o camarillas, y no hay título o diploma de diputado o de senador que no esté sujeto a críticas, si así conviene al

33. Ley 25.579.

34. Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional, T. IX, pág. 333, 2º edición, Plus Ultra, Buenos Aires 1987.

partido que prima; que no sea legal, si el elegido es miembro de la comunidad que domina. Son los diputados electos los que juzgan la validez de las elecciones de sus colegas. Su decisión será siempre interesada. Responderá a las exigencias del partidismo, y al mismo tiempo, a la utilidad personal, ya que el temor de un rechazo por el voto de quienes se encuentran en su situación, puede inspirarles una conducta acomodaticia y de circunstancias"³⁵. "Una mayoría animada de espíritu de partido, o de facción, o sometida a la influencia política del Poder Ejecutivo, no puede ser juez imparcial de la elección, y menos aún de los títulos de los miembros de la minoría, o en ciertos casos los de la propia mayoría (situaciones encontradas dentro de la mayoría personal). El juicio del más alto tribunal de la Nación, o de un tribunal especial de composición mixta, puede obrar con más independencia y observar mejores formas de proceder que garanticen una decisión más jurídica e imparcial"³⁶.

En síntesis, considero que las resoluciones de la Cámara de Diputados en los casos "Bussi" y "Patti" son inconstitucionales pues contravienen el artículo 64 y la separación de funciones, y asimismo creo que son inconvenientes pues llevan aparejadas peores consecuencias para la democracia que las ventajas o beneficios que se han proclamado para justificarlas.

35. Manuel A. Montes de Oca: Lecciones de Derecho Constitucional; La Buenos Aires; Bs.As.; 1903; t. II; p. 140, citado por Carlos R. Baeza, "Las Cámaras como jueces de sus miembros", eDial - DC83A. El autor agrega que González Calderón también se inscribe en esta línea, al reconocer "que las mayorías parlamentarias han corrompido este privilegio, ejerciéndolo algunas veces de manera escandalosa y burlándose de la opinión pública claramente manifestada en los comicios" (Juan A. González Calderón: Derecho Constitucional argentino; J.Lajouane; Bs.As.; 1918; t. II; p. 451.

36. En el comentario de Baeza citado, la referencia corresponde a Bielsa, Rafael, Derecho Constitucional, Depalma; Bs.As., 1959; p. 489.

El caso “Patti” y el desafío de asumirnos como una sociedad democrática transicional *

Margarita Maxit

El caso “Patti” es más que un ejemplo de los diversos nichos de impunidad creados por la falta de enjuiciamiento y castigo de los responsables de las violaciones masivas a los derechos humanos ocurridas en nuestro país durante la última dictadura militar que, dada la hasta muy reciente imposibilidad de aplicar sanciones penales que determinaran su inhabilitación para cargos públicos, permitió que personas sindicadas como responsables de estos hechos pudieran acceder a puestos públicos, electivos o no.¹ Asimismo, de igual modo que el caso “Bussi”, también es sustantivamente algo más que una muestra de las distintas estrategias que se han implementado para evitar la total impunidad –penal, social y política- de estos responsables.²

A mi modo de ver, el caso de la impugnación del diputado electo Luis Patti significativamente muestra el desafío pendiente para que como sociedad crezcamos en términos de democracia y maduremos los valores de nuestra Constitución histórica, asumiendo una particular identidad determinada por este desgraciado pasado.

Este desafío posee especial importancia, tanto en sí mismo, como por el reciente surgimiento de distintos casos que tomaron estado público en los que también se ha discutido qué consecuencias normativas y políticas deben producirse, en la actualidad, no sólo respecto de quienes serían responsables de esos crímenes sino también respecto de funcionarios que durante la última dictadura militar actuaron en organismos

• *Nota de la autora:* las citas de los trabajos académicos mencionados a lo largo de este ensayo fueron efectuadas mediante estilo directo o literal para preservar el tono y la especial fuerza expresiva de los argumentos desarrollados por los autores. Por último, quiero agradecer a Juan González Bertomeu y Demián Zayat por los comentarios que hicieron a un borrador de este ensayo.

1. Para un relato descriptivo y una explicación normativa de los distintos obstáculos legales que impidieron, por lo menos parcialmente hasta el dictado de la ley 25.779 y del precedente “Simón” por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 14/06/2005, el juzgamiento y castigo penal de las violaciones masivas a los derechos humanos cometidas durante la última dictadura militar, con excepción de los delitos de apropiación y retención indebida de menores, ver “*La Corte y Los Derechos*”, Capítulo VII, Asociación por los Derechos Civiles (ADC).

2. Para un ejemplo de las distintas estrategias desplegadas para reclamar por el respeto a los derechos fundamentales de las víctimas del Terrorismo de Estado, contextualizar el memorial de *amicus curiae* presentado por Human Rights Watch/Américas y el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), en junio de 1995 ante la Cámara Criminal y Correccional Federal en la causa nro. 761, «Hechos denunciados como ocurridos en el ámbito de la Escuela Superior de Mecánica de la Armada (E.S.M.A.)». Ver, asimismo, el documento del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) “*A 29 años del golpe de Estado: acciones pendientes en la lucha contra la impunidad*”, disponible en www.cels.org.ar que sintetiza la serie de estrategias desplegadas en el pasado y en el presente para asegurar la justicia, la verdad, la memoria y la construcción del Estado de Derecho.

de inteligencia u ocuparon cargos técnicos o judiciales.³ Esta importancia aumenta teniendo en cuenta que la circunstancia de que se hayan reabierto las investigaciones penales permite prever que se multiplicarán casos como estos que, por el momento, permanecen más ocultos e ignorados.

El artículo de Demián Zayat publicado en este volumen opera como disparador del debate sobre las distintas cuestiones normativas y teóricas que involucra el caso "Patti".

Así, Zayat mantiene que la afirmación de que excluir de la función pública a los presuntos responsables de estos hechos o a quienes tuvieron un rol sustancial en el gobierno de facto sea una medida válida en una democracia se presenta como una paradoja, en tanto, a primera vista, parece haber una contradicción en la propia formulación de este enunciado.⁴ En su trabajo, Zayat argumenta para demostrar por qué esta posición no entraña en verdad una inconsistencia, pretensión que es negada por Federico Orlando⁵ en su trabajo con el argumento de que apareaja desconocer el valor epistémico de la democracia.

Por su parte, Zayat también apoya que las decisiones de excluir a estas personas de la vida pública sean adoptadas por órganos públicos distintos al Poder Judicial, para suplir así la anterior falta de cumplimiento, muchas veces intencional, de este poder con su rol de guardián del Estado de Derecho. Mientras que esta posición es compartida por Nicolás Czizik⁶ y por Diego Morales,⁷ es fuertemente resistida por Juan Ignacio Sáenz,⁸ quien sostiene que la Cámara de Diputados al excluir a Patti se arrogó funciones judiciales y violó el principio de división de poderes.

3. Por ejemplo, durante el año 2006 tuvieron gran repercusión los casos de Atilio Alterini, actual Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, y Juan José Álvarez, diputado nacional. Atilio Alterini, durante su candidatura a Rector de esta Universidad, fue objeto de impugnaciones basadas en su anterior función como asesor legal de la Municipalidad de Buenos Aires durante la última dictadura militar y, en medio de una prolongada crisis institucional universitaria que impidió que estas objeciones fueran analizadas y decididas por quienes tenían a su cargo elegir al Rector, renunció a su postulación. Por su parte, Juan José Álvarez fue objeto de cuestionamientos cuando una publicación periodística reveló que durante ese período se había desempeñado en la SIDE y que había ingresado a ese organismo de inteligencia con la recomendación del entonces ministro del Interior Albano Harguindeguy. Es interesante señalar que en la Cámara de Diputados no se presentó ninguna moción sobre esta cuestión con relación a este legislador y que tanto Álvarez como Alterini continúan desempeñándose en sus funciones de diputado y decano. Tal vez la razón que explique el trato diferente que tuvo Patti respecto de Álvarez se encuentre en las motivaciones políticas a las que alude Czizik en la nota primera de su trabajo. Claramente, la verdad de la premisa contenida en ese apartado disminuirá la legitimidad política –no normativa– del procedimiento que derivó en la exclusión de Patti de la Cámara de Diputados.

4. Zayat, Demián, "El caso Patti y otra paradoja de la democracia", publicado en este número. Ruti Teitel (*Transitional jurisprudence: The role of law in political transformation*, The Yale Law Journal, New Haven, mayo de 1997 –la traducción es de mi autoría–) también alude a esta paradoja cuando refiere que "la idea de que el fascismo era una expresión política de naturaleza populista llevó a intentar limitar esa expresión, aún cuando sea la de una súper mayoría, lo que aparentemente constituye una empresa paradójica en servicio de la democracia constitucional" (la traducción es de mi autoría).

5. Orlando, Federico, "Las paradojas de la democracia: excluyendo voces del proceso deliberativo".

6. Czizik, Nicolás, "Algo más sobre el caso "Patti". Algunas intuiciones sobre el control judicial de constitucionalidad y el diálogo en la interpretación de la Constitución".

7. Morales, Diego, "Las obligaciones por hechos del pasado y las atribuciones de la Cámara de Diputados. Glosas al proceso "Patti"."

8. Sáenz, Juan Ignacio, "El caso "Patti": ilegítima atribución de una Cámara del Congreso y alteración del proceso democrático."

En estas páginas, a mí me interesa enfatizar que la aparente contradicción a la que alude Zayat no sería más que un ejemplo de la tensión provocada por los desafíos que enfrentamos como una sociedad que todavía no superó su legado dictatorial. Si como decía Antonio Gramsci, la crisis está dada porque lo nuevo no termina de nacer y lo viejo no termina de morir, el caso "Patti" desata controversias porque todavía no terminamos de nacer —o de parirnos, si es que reconocemos que ello depende de un compromiso colectivo— como democracia constitucional *transicional*.

Entiendo que tiene sentido hablar de transición en nuestro contexto actual, a pesar de haber transcurrido ya veintitrés años desde la vuelta a la democracia, porque como señala Ruti Teitel, "en procesos de justicia transicional demorados, el significado mismo de la categoría de transición se ha expandido a lo largo del tiempo hasta convertirse en una persistente metáfora".⁹ La aplicabilidad de este concepto es innegable ya que, dada la reciente reapertura de los procedimientos que habían sido frenados por las leyes de Obediencia Debida y Punto Final y el dictado de los indultos, la transición a la democracia se evidencia en que todavía existen acciones ante la justicia penal por violaciones a los derechos humanos cometidas por los agentes del estado de facto y en que todavía el Estado continúa indemnizando civilmente a las víctimas.¹⁰

Este trabajo contiene una apuesta. La de que así como la Constitución nos guía como sociedad para resolver nuestros problemas más básicos de organización del poder y de reconocimiento de derechos, el art. 36 de la Constitución Nacional, complementado por principios y derechos del derecho internacional de los derechos humanos, nos asiste en esta tarea pendiente de atravesar esta transición dentro de los postulados de la democracia constitucional.

Con esta idea, busco resaltar la importancia de situar este debate dentro de este contexto normativo tanto para consolidar la construcción colectiva de esta particular identidad como para abrazar los valores que inspiran a esta clase de democracia. Por ello, buscaré explorar el alcance de esta norma que nos introduce en el constitucionalismo transicional.

9. Teitel, Ruti, *Genealogía de la Justicia Transicional*, 2003, pág.17, publicado en www.publicacionescdh.uchile.cl/Libros/18ensayos/Teitel_Genealogia.pdf, (visitado por última vez el 16/11/2006). Este artículo, en su versión original en inglés, fue publicado en *Harvard Human Rights Law Journal*, Vol 16, Spring 2003, Cambridge, pág. 69-94.

10. Es interesante la posición de Marcelo Raffin, quien distingue tres claras etapas en la transición democrática en la Argentina. La primera etapa comprende la vuelta a la democracia, el informe de la CONADEP y los procesos judiciales liderados por el histórico Juicio a las Juntas Militares enfrentados por un contexto de levantamientos militares y por el dictado de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final y de los indultos. La segunda etapa incluye los juicios "por la verdad" y por la apropiación ilegítima de niños durante la dictadura militar que fueran iniciados en nuestro país, los procesos penales desarrollados en el exterior, los escraches, la derogación de las "leyes del perdón" y su declaración de inconstitucionalidad por el juez Cavallo en el caso "Simón". Por último, la tercera etapa, la más reciente, se inicia con el recambio a la cúpula de las Fuerzas Armadas, la ratificación de instrumentos internacionales de derechos humanos relevantes en la materia como la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad a la que el Congreso otorga jerarquía constitucional, el dictado de la ley que declara la nulidad de las mencionadas leyes que motivó la reapertura de los juicios penales, la creación de un espacio para la memoria en la sede de la ESMA y la declaración de inconstitucionalidad de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Ver autor citado, *La experiencia del horror. Subjetividad y Derechos Humanos en las dictaduras y posdictaduras del Cono Sur*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, agosto de 2006.

I. El artículo 36 de la Constitución: un nuevo paradigma constitucional

Con la reforma de la Constitución del año 1994 se incorporó el art. 36 que establece, en la parte relevante para este tema, que: *“Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia contra actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático... Sus autores serán pasibles de la sanción prevista en el artículo 29, inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas. Tendrán las mismas sanciones quienes, como consecuencia de esos actos, usurparen funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o las de las provincias, los que responderán civil y penalmente de sus actos. Las acciones respectivas serán imprescriptibles”*.

Con la introducción de esta disposición normativa, nuestra Constitución se enmarca en el denominado “constitucionalismo de transición”.

Ruti Teitel señala que “el constitucionalismo transicional responde a un anterior gobierno represivo, por medio de principios que delimitan y redefinen al sistema político imperante... este tipo de constituciones son retrospectivas y simultáneamente están dirigidas al futuro, pero informadas por una concepción de justicia constitucional que es propia y distintiva de las transiciones”.¹¹ Esta autora señala que esta clase de constituciones tienen las siguientes características: tienen consagración positiva, con lo que se expresa el consenso que las sustenta; son críticas, en tanto afirman valores contrastantes con los de un *status quo* anterior y represivo al que no se quiere retornar y restauran el anterior orden constitucional interrumpido, pudiendo ser o no provisionales.¹²

Estas notas se aplican al caso argentino en tanto la disposición en análisis se ha incorporado con carácter permanente a la Constitución y claramente se enfrenta a nuestro pasado reciente al mostrar la disconformidad con el modo en que en su momento se resolvió, tanto el castigo a los actores y colaboradores del golpe de estado de 1976, como la aceptación normativa de los efectos de la interrupción constitucional, estableciendo por ello un determinado tipo de respuesta normativa para estos supuestos.

Pero por sobre todo, esta cláusula comparte la característica principal de este tipo de constituciones: el ser “constructiva”, en el sentido que conforma un paradigma constitucional que ayuda al cambio político de la transición que todavía hoy venimos atravesando.

Así, constituciones de este tipo se transforman en instrumentos “militantes de la democracia”, superando la mera protección de derechos individuales y de límites al poder estatal, al establecer la obligatoriedad de un sistema determinado de gobierno y de poder político sin que sea posible otra opción política ni aun mediando un amplio consenso ciudadano en sentido contrario.

11. Ruti Teitel, *Transitional jurisprudence: The role of law in political transformation*, The Yale Law Journal, New Haven, mayo de 1997. (La traducción es de mi autoría).

12. Como las constituciones post-autoritarias de Sudáfrica, Brasil y Chile, que tienen además como característica común, la de provenir de una voluntad popular limitada y restringida, compensándose este origen semi-espúreo con el carácter no definitivo de las mismas, en tanto están por definición sujetas a revisión. Su legitimidad tiene lugar retroactivamente una vez alcanzada la consolidación a cuyo arribo ayudaron.

Supremacía constitucional incondicionada

Por un lado, el art. 36 de la C.N. apunta a asegurar la vigencia del Estado de derecho constitucional aun cuando se produzca una interrupción constitucional y a establecer la ineficacia de todos los actos institucionales que lo interrumpan o sean consecuencia de este quiebre.

En el derecho constitucional de transición o post-autoritario es frecuente que se establezca la "auto referencia" o la inderogabilidad de cláusulas que, como la nuestra, aseguran la permanencia y vigencia del sistema democrático.¹³ Asimismo, esta obligatoriedad tiene carácter permanente, tanto para el caso de interrupciones forzosas al sistema constitucional como para los cambios constitucionales que se produzcan en legal forma. Dado que el sistema democrático constituye un presupuesto de la vigencia de los derechos humanos,¹⁴ este concepto responde también al principio de inderogabilidad e irretroactividad de los derechos humanos ya consagrados que rige en el derecho internacional de los derechos humanos.¹⁵

13. Por ejemplo, la Constitución de Guatemala en su artículo 281 establece que "en ningún caso podrán reformarse los artículos 140, 141, 165 inciso g), 186 y 187, ni en forma alguna toda cuestión que se refiera a la forma republicana de gobierno, al principio de no reelección para el ejercicio de la Presidencia de la República, ni restársele efectividad o vigencia a los artículos que estatuyen la alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia de la República, así como tampoco dejárseles en suspenso o de cualquier otra manera variar o modificar su contenido", y en el art. 21 de las disposiciones transitorias prevé que: "la presente Constitución Política de la República de Guatemala entrara en vigencia el día 14 de Enero de 1986 al quedar instalado el Congreso de la República y no pierde su validez y vigencia pese a cualquier interrupción temporal derivada de situaciones de fuerza". Por su parte, la Constitución de Paraguay: en su art. 3 establece que "la dictadura está fuera de la ley" y su art. 137 reza una cláusula que garantiza la vigencia permanente de la Constitución.

14. La valoración del sistema democrático como condición necesaria del respeto de los derechos humanos surge expresamente de la Carta de la OEA, de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y de la Convención Americana. La CIDH ha dicho que de estos textos surge "la relación orgánica que existe entre la democracia representativa y los derechos humanos... (y que) la experiencia que la Comisión ha constatado en los hechos es que las graves violaciones de los derechos humanos en algunos países de América tiene su origen en la necesidad de perfeccionar el funcionamiento de las instituciones y el Estado de derecho" (cf. Informe 137/99 en el caso "Aylwin" nro. 11.863 del 27/12/1999). Para un análisis de esta cuestión, ver Gross Espiell, Héctor, *La democracia en el sistema interamericano*, Lecciones y Ensayos, nro.69/70/71, año 1997/1998.

15. Los principios de progresividad e irreversibilidad significan que una vez alcanzado un estadio de reconocimiento de los derechos, el mismo no puede ser desconocido ni disminuido. Ver, Nikken, Pedro, *La Protección Internacional de los Derechos Humanos –su desarrollo progresivo–*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos/Ed. Civitas, Madrid, año 1987. Este principio de no regresividad que rige en el derecho internacional de los derechos humanos no tiene aplicación automática en nuestro sistema constitucional local. Si bien este concepto estaría de alguna manera emparentado con el alegado principio de "contenidos constitucionales pétreos" que aludiría a ciertos principios del derecho constitucional argentino que no podrían ser dejados de lado por una eventual reforma constitucional, se debe tener en cuenta la crítica que formula a esta teoría María Angélica Gelli, tachándola de inconsistente con el art. 30 de la C.N. que admite la reforma total. Ver autora citada, *Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada*, Ed. La Ley, 2003, pág. 262. A título informativo, es interesante rescatar el comentario de Richard Primus, quien señala que este principio de inderogabilidad de principios básicos, que subyace al constitucionalismo transicional, influenció también a Bruce Ackerman y John Ely, dos de los teóricos constitucionales norteamericanos contemporáneos más importantes, quienes más allá de las diferencias que caracterizan a cada uno de sus aportes, coinciden en que habría ciertos derechos que no pueden ser "tocados" y que constituyen un límite infranqueable aun para la voluntad de las mayorías. Ver Primus, Richard, "A brooding omnipresence: Totalitarianism in postwar constitutional thought", 106 Yale Law Journal 423, noviembre de 1996.

De la misma redacción surge que el art. 36 de la C.N. está destinado a ser aplicado con posterioridad a cuando se hubiera quebrantado por la fuerza el sistema de gobierno, en tanto traerá la ineficacia de todos los actos que sean consecuencia del quiebre, sin perjuicio de que, como posteriormente sostendré, esta cláusula es extremadamente rica y produce otras consecuencias para lo que aquí se discute.

En virtud de esta cláusula, si el quiebre constitucional ya tuvo lugar, ni sus perpetradores ni los funcionarios de facto podrían sostener que se someten al texto constitucional, en tanto por definición este hecho lo contradeciría. Justamente por esta razón esta norma produce el efecto de deslegitimar el golpe de estado, en tanto estos personajes no podrían argumentar que están pretendiendo tutelar la constitución que están violando.

Parecería que esto es obvio y que este texto nuevo no agrega ningún concepto que no estuviera en la redacción de la Constitución Nacional 1853/60. Y si bien se podría argumentar en ese sentido, esta expresa formulación normativa produce importantes efectos jurídicos y también a nivel discursivo. Esto en tanto en nuestra historia jurídico-institucional invariablemente se han convalidado los actos institucionales que tuvieron lugar mientras la Constitución se encontraba interrumpida.

Respecto de la convalidación de los decretos emanados por los gobiernos de facto, el camino fue el siguiente: primero, con las acordadas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 1930 y 1943 se estableció la imposibilidad de discutir judicialmente el título de las autoridades de facto;¹⁶ luego se concedieron facultades cada vez más amplias al poder ejecutivo de facto,¹⁷ terminando por sostener que éste tenía el poder de realizar todos los actos necesarios para el cumplimiento de sus fines, lo cual comprendía la facultad de legislar¹⁸ y que debían legitimarse las normas dictadas por estos regímenes en razón de su efectividad.¹⁹ Por ello tiene razón Leopoldo Schiffrin cuando sostiene que: “el afán legisferante sirvió para destruir la barrera de prudencia que en ese campo había... la caída de esas barreras significó la reafirmación del poder militar por vía de sentar el precedente de un ejercicio incondicionado del Poder Legislativo, y de crear el hábito de que ese poder sea ejercido por las Fuerzas Armadas. Hace ya tantos años que en la Argentina las leyes provienen del poder militar que cuando en alguna ocasión se ha puesto seriamente en duda la validez de las normas así sancionadas frente al gobierno constitucional... *la cuestión no ha sido siquiera comprendida*”.²⁰

16. Acordadas publicadas en la Colección de Fallos de la Corte Suprema 158:290 y 196:5. Para un análisis acerca del contexto socio-político que rodeó al dictado de la Acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 1930 y del impacto que la misma tuvo para la vida institucional del país, ver Gelli, María Angélica y Cayuso, Susana, *Ruptura de la Legitimidad Constitucional -La Acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 1930-*, Cuadernos de Investigaciones N° 1. Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Rioja, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, año 1988.

17. Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Municipalidad de Buenos Aires c/ Mayer, Carlos M”, publicado en Fallos 201: 249 y “Arlandini, Enrique”, publicado en Fallos 208:184.

18. Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Molinas, Ricardo F., Cambiaso, Osvaldo Agustín”, sentencia del 10/05/1968.

19. Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Lejarraga de Álvarez de Toledo, Nélica Catalina, y otra c/ Donnari, Santoni Palmira”, publicado en Fallos 240:96.

20. Schiffrin, Leopoldo, tesis doctoral, *Dictadura y Constitución: aspectos políticos de la crisis del estado de derecho en la Argentina*, párrafos transcritos en Miller, Jonathan; Gelli, María Angélica y Cayuso, Susana, *Constitución y Poder Político*, Ed. Astrea, tomo I, pág. 309.

La nueva previsión constitucional del art. 36 se opone directamente, por ejemplo, a los motivos esgrimidos en el acta o estatuto de la Junta Militar que en 1976 encabezó el Proceso de Reorganización Nacional, en la que se afirmaba pretender “restituir los valores esenciales que sirven de fundamento a la conducción integral del Estado..., erradicar la subversión y promover el desarrollo económico de la vida nacional... y la *instauración de una democracia republicana, representativa y federal*, adecuada a la realidad y exigencias de solución y progreso del pueblo argentino,²¹ lo que se tradujo en la circunstancia que las autoridades judiciales juraran fidelidad y acatamiento primero a este estatuto y luego a la Constitución.²²

La importancia en términos normativos y simbólicos de esta norma, puede ser apreciada recordando que, cuando reinstaurada la democracia se denunció la comisión del delito de rebelión en razón del derrocamiento de las autoridades constitucionales producido el 24 de marzo de 1976, se desestimó *in limine* la denuncia con base en el acatamiento institucional que los actos *de facto* habían tenido, lo que supuestamente le confería legitimación *ex post*. Cuando la Cámara Federal revocó esa decisión, tuvo que aclarar lo evidente: “la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre el punto si bien no ha contribuido a esclarecer la cuestión, en modo alguno autoriza a sostener que la sustitución del orden constitucional por vía de hecho sea un acto legítimo” y que “no puede entonces pretender extraerse de nuestro sistema jurídico una facultad o competencia para modificar o reemplazar, aunque sea transitoriamente, la Constitución, ni sus autoridades, por medios distintos a los previstos por la norma fundamental (art. 30 C.N). Es en verdad impensable que la Constitución autorice a suplantar por la fuerza el orden que ella misma establece”.²³

La doctrina que convalidaba los actos institucionales de las dictaduras fue dejada de lado por la Corte Suprema en el caso “Aramayo”, en donde el Máximo Tribunal estableció que los actos del gobierno de facto, para tener validez, debían ser implícita o explícitamente ratificados por el Congreso.²⁴ Precisamente por ello, posteriormente la Corte convalidó la constitucionalidad de la ley 23.040, que derogó y declaró nula la ley nro. 22.924 de autoamnistía dictada por los militares, afirmando que esta ley de amnistía era nula tanto por su origen como por su contenido.²⁵

Pero en el fallo “Godoy”,²⁶ como señaló Nino, “la expansión de la Corte producida por el presidente Menem en 1990 motivó el regreso de la antigua doctrina: su Corte declaró que, a pesar de “evaluaciones ideológicas o afectivas de la democracia”, las leyes sancionadas por un régimen militar eran tan válidas como las dictadas por el Congreso”.²⁷

Ahora bien, la reforma introducida por el art. 36 C.N. en este punto es una ratificación, aclaración o insistencia de lo que se derivaba del art. 30 de la Constitución sin reformar,

21. Nino, Carlos, *Juicio al Mal absoluto*, Emecé, pág. 93.

22. Bergalli, Roberto, *Hacia una cultura de la jurisdicción: ideologías de jueces y fiscales*, Ed. Ad-Hoc, pág. 30.

23. Cámara Nacional Criminal y Correccional Federal, Sala I, causa “Pagani, Jorge”, resuelta el 2 de abril de 1984, publicada en *Doctrina Penal*, año 1984, pág. 282.

24. Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Aramayo, Domingo Raúl”, sentencia del 14/02/1984.

25. Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del decreto 158/83 del Poder Ejecutivo Nacional”, sentencia del 30/12/1986.

26. Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Godoy, Oscar Eduardo”, sentencia del 27/12/1990.

27. Nino, Carlos Santiago, *Juicio al Mal absoluto*, Emecé, pág. 85.

por lo que se impone una reformulación de ese nuevo cambio jurisprudencial, volviendo a aplicar así la doctrina de “Aramayo”. Es que, como señala David Baigún, hay que resaltar “el esquema contundente adoptado por la Constitución reformada: sepultar para siempre el sistema binario de excepcionalidad institucional y Estado de derecho”.²⁸

Es objeto de otro debate el determinar en qué medida el principio que subyace a esta condena constitucional a los sistemas de excepción alcanza también a otros supuestos, como, por ejemplo, el actual régimen de jueces subrogantes²⁹ cuya validez fuera convalidada recientemente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación con argumentos consecuencialistas muy similares a los utilizados oportunamente para sostener la validez de los actos de las autoridades de facto.³⁰

La interrupción del orden constitucional y las violaciones masivas a los derechos humanos. De los agentes, sus penas y su relevante exclusión de la vida política.

En segundo lugar, el art. 36 contiene una cláusula penal que sanciona a quienes cometan dos conductas distintas: la de interrumpir por la fuerza el orden constitucional y la de usurpar funciones previstas por la Constitución Nacional o por las provinciales, asignándole a estas acciones una serie de consecuencias jurídicas.

La reforma otorga así jerarquía constitucional a las principales conductas que constituyen los denominados “delitos contra el orden constitucional y la vida democrática”, que, como es sabido, fueron tipificados e incorporados a nuestro

28. Baigún, David, “El delito de “atentado al orden constitucional y a la vida democrática” y la reforma de la Constitución Nacional”, en Estudios sobre la reforma constitucional, pág. 47.

29. Jueces subrogantes designados con arreglo al reglamento aprobado, en los términos del art. 7, inc. 15, de la ley 24.937, texto según ley 25.876, por la resolución n° 76/2004 del Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación.

30. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Acordada 7/2005 del 24/02/2005: “1°) Que este Tribunal ha tomado conocimiento de pronunciamientos judiciales que, sobre la base de considerar inconstitucional la Resolución N° 76/04 del Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación en cuanto aprueba el reglamento que contempla el art. 7, inc. 15, de la ley 24.937, modificada por la ley 25.876, previendo la subrogación de jueces por funcionarios que no cuentan con designación del Poder Ejecutivo Nacional ni el correspondiente acuerdo del H. Senado de la Nación, han declarado la nulidad de parte o todo lo actuado por los indicados subrogantes. 2°) Que dada la significativa cantidad de designaciones que se han llevado a cabo al amparo del régimen aludido y la importancia de las cuestiones decididas en todos los fueros y, especialmente, en el ámbito penal, tales nulidades pueden incrementarse y provocar la paralización de la administración de justicia con consecuencias gravísimas para la salud de la República. 3°) Que tales consecuencias no se traducirían sólo en impunidad o riesgo de tal en delitos de suma gravedad, sino también en violación de garantías respecto de las personas que hubiesen sido absueltas o sobreesidas. 4°) Que corresponde tomar en consideración la existencia de una antigua y pacífica tradición legislativa de habilitar para el cumplimiento de funciones jurisdiccionales a personas que no contaban con acuerdo del Senado de la Nación ni con nombramiento del Poder Ejecutivo Nacional, sin que la validez de los títulos creados del modo indicado hubieran sido tachados de repugnantes a la Constitución Nacional. De cuestionarse dicho procedimiento, podrían impetrarse -inclusive- nulidades de sentencias definitivas pasadas en autoridad de cosa juzgada en todos los fueros, con la consiguiente lesión irreparable a la seguridad jurídica. 5°) Que sin abrir juicio respecto de la constitucionalidad de las normas cuestionadas, que deberá resolverse por la vía legalmente contemplada, esta Corte Suprema, como cabeza del Poder Judicial de la Nación, tiene la facultad y el deber constitucional de adoptar, en el ámbito de sus atribuciones, las medidas necesarias y apropiadas para evitar el caos institucional sin precedentes que provocaría la extensión indiscriminada de esas nulidades”.

derecho vigente a partir de la sanción de la ley 23.077³¹ en el Código Penal en los arts. 226, 226 bis, 227 bis³² y ter.

Esto constituye sin duda una innovación y un avance en la regulación que sobre el tema efectuara esta ley.³³ Al tipificar constitucionalmente las conductas más lesivas y estipular sus respectivos castigos, se impide una eventual descriminalización a nivel legislativo. Existe así un piso mínimo de conductas castigadas penalmente del que es

31. Publicada en el Boletín Oficial el 27/08/1984.

32. Con anterioridad a la sanción de esta ley, se sostenía que la conducta de estos "consentidores" era atípica: "el desempeño posterior al alzamiento de un cargo judicial o administrativo no significa (participación) en el hecho del derrocamiento... se trata en realidad de "fautores" de la rebelión, esto es, personas que sin un acuerdo anterior al delito facilitaron el desenvolvimiento del gobierno militar, que fue una consecuencia del alzamiento, pero que, por necesaria que resultó, no fue el alzamiento mismo", ver Ricardo Núñez, *El movimiento militar del 24.3.76 y el delito de rebelión*, Doctrina Penal, pág. 288.

33. El art. 226 del C.P. establece que: "Serán reprimidos con prisión de cinco a quince años los que se alzaren en armas para cambiar la Constitución, deponer alguno de los poderes públicos del gobierno nacional, arrancarle alguna medida o concesión o impedir, aunque sea temporariamente, el libre ejercicio de sus facultades constitucionales o su formación o renovación en los términos y formas legales. Si el hecho descrito en el párrafo anterior fuese perpetrado con el fin de cambiar de modo permanente el sistema democrático de gobierno, suprimir la organización federal, eliminar la división de poderes, abrogar los derechos fundamentales de la persona humana o suprimir o menoscabar, aunque sea temporariamente, la independencia económica de la Nación, la pena será de ocho a veinticinco años de prisión. Cuando el hecho fuere perpetrado por personas que tuvieran estado, empleo o asimilación militar, el mínimo de las penas se incrementará en un tercio". Art. 226 bis: "El que amenazare pública e idéneamente con la comisión de alguna de las conductas previstas en el artículo 226, será reprimido con prisión de uno a cuatro años". El art. 227 bis: "serán reprimidos con las penas establecidas en el artículo 215 para los traidores a la patria, con la disminución del artículo 46, los miembros de alguno de los tres poderes del Estado nacional o de las provincias que consistieran la consumación de los hechos descritos en el artículo 226, continuando en sus funciones o asumiéndolas luego de modificada por la fuerza la Constitución o depuesto alguno de los poderes públicos, o haciendo cumplir las medidas dispuestas por quienes usurpen tales poderes. Se aplicará de uno a ocho años de prisión o reclusión e inhabilitación absoluta por el doble de la condena, a quienes, en los casos previstos en el párrafo anterior, aceptaren colaborar continuando en funciones o asumiéndolas, con las autoridades de facto, en alguno de los siguientes cargos: ministros, secretarios de Estado, subsecretarios, directores generales o nacionales o de jerarquía equivalente en el orden nacional, provincial o municipal, presidente, vicepresidente, vocales o miembros de directorios de organismos descentralizados o autárquicos o de bancos oficiales o de empresas del Estado, sociedades del Estado, sociedades de economía mixta, o de sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, o de entes públicos equivalentes a los enumerados en el orden nacional, provincial o municipal, embajadores, rectores o decanos de universidades nacionales o provinciales, miembros de las fuerzas armadas o de policía o de organismos de seguridad en grados de jefes o equivalentes, intendentes municipales, o miembros del ministerio público fiscal de cualquier jerarquía o fuero, personal jerárquico del Parlamento nacional y de las legislaturas provinciales. Si las autoridades de facto crearen diferentes jerarquías administrativas o cambiaren las denominaciones de las funciones señaladas en el párrafo anterior, la pena se aplicará a quienes las desempeñen, atendiendo a la análoga naturaleza y contenido de los cargos con relación a los actuales". El art. 227 ter: "El máximo de la pena establecida para cualquier delito será aumentado en un medio, cuando la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional. Esta disposición no será aplicable cuando las circunstancias mencionadas en ella se encuentren contempladas como elemento constitutivo o calificante del delito de que se trate". El art. 235: "Los funcionarios públicos que hubieren promovido o ejecutado alguno de los delitos previstos en este título, sufrirán además inhabilitación especial por un tiempo doble del de la condena. Los funcionarios que no hubieren resistido una rebelión o sedición por todos los medios a su alcance, sufrirán inhabilitación especial de uno a seis años. Auméntase al doble el máximo de la pena establecida para los delitos previstos en este título, para los jefes y agentes de la fuerza pública que incurran en ellos usando u ostentando las armas y demás materiales ofensivos que se les hayan confiado en tal calidad".

imposible sustraerse, tanto por el dictado de normas de fondo que las exoneren de castigo penal como por disposiciones de prescripción que limiten la posibilidad de su juzgamiento. Asimismo, constituye un avance en la tutela de la democracia la circunstancia de que esta norma también dispone, para quienes realizaren esas conductas, la inhabilitación perpetua para ocupar cargos públicos, ya que en su formulación infra-constitucional esta inhabilitación sólo tiene alcance por el doble del tiempo de la condena.

La gravedad de estas conductas justifica la determinación de la sanción penal de su comisión en una carta de organización del poder y de reconocimientos de derechos como es la Constitución, que siempre fue pensada más como estableciendo límites que como instrumento que funda el deber de castigar.

Acerca de esta clase de previsiones que castigan penalmente e inhabilitan para la vida pública a autores de estas conductas antidemocráticas y de lesa humanidad, Eugenio Zaffaroni afirma que: “la represividad es en estos casos una tendencia fácilmente favorecida... *incluso en personas de claras actitudes democráticas...* (E)s posible defender los Derechos Humanos, amenazados en su totalidad por las señaladas conductas, mediante... la utilización de (estos) tipos que... son muestras de la capacidad de un sistema penal que, sin violar los principios del derecho penal de acto, puede tutelar el orden constitucional”.³⁴

De este modo, la sanción de esta norma constitucional responde al mismo concepto que ha inspirado, no como acto de expreso reconocimiento positivo pero sí como criterio interpretativo de derecho, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de *justicia transicional*, en cuanto establece que de la obligación estatal de respetar el derecho a la vida y el acceso a la justicia de las víctimas se sigue el deber de los Estados Partes de investigar, juzgar y castigar las violaciones masivas a los derechos humanos cometidas por fuerzas estatales o con su anuencia.³⁵

Con esta previsión, el art. 36 de la Constitución Nacional introduce el concepto de la inhabilitación perpetua para ocupar cargos públicos como consecuencia normativa y política, relevante y necesaria, respecto de quienes cometan actos de la naturaleza comentada. En los párrafos que siguen, me dedicaré a analizar este nuevo concepto.

II. El afianzamiento de la democracia constitucional mediante la inhabilitación de los perpetradores y colaboradores del régimen de facto

Contextualizando la *lustratio*

Antes de comenzar a analizar qué significa esta cláusula transicional en nuestro contexto, quiero, valga la redundancia, contextualizarla en el marco del derecho constitucional e internacional.

Debido a que es de modo reciente que se está consolidando en nuestro país esta transición constitucional, precisamente con la reanudación de los actos de *justicia*

34. Zaffaroni, Eugenio Raúl, “Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina”, Informe final, Instituto Interamericano de Der. Humanos, pág. 113.

35. Corte IDH, “Caso Velásquez Rodríguez c/Honduras”, sentencia del 29/07/1988 y “Barrios Altos, Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú”, sentencia del 14/03/01.

transicional, es interesante acudir al derecho comparado para examinar las experiencias de países que hicieron uso de este mecanismo respondiendo a pasados autoritarios. Este análisis se hace siguiendo la propuesta de Carlos Rosenkrantz de estudiar el derecho comparado para aprovechar de la experiencia de otros países en la resolución de problemas comunes pero siempre con el objetivo de construir un diseño y una práctica constitucional que atienda a nuestra propia identidad.³⁶ Asimismo, también es relevante examinar los estándares del derecho internacional de los derechos humanos acerca de la validez de este tipo de medidas para analizar desde esta perspectiva el sistema normativo argentino.

Esta clase de inhabilitación política, que tiene origen en el vocablo latino *lustratio*, en inglés se denomina *lustration* y significa "purificar por medio de un sacrificio ritual".³⁷ Este concepto aplicado al ámbito público puede traducirse en el de "limpieza política", es decir que alude a la exclusión y a la purga del gobierno de los agentes del sistema represivo y autoritario del que se está saliendo.

Puesto que como señala Tina Rosenberg, cada sociedad ha decidido el modo de enfrentar sus herencias totalitarias, en la historia contemporánea este método fue utilizado en distintos países con distintos resultados y con mayor o menor consenso y eficacia.³⁸

La purga política en el caso europeo

El concepto de purga política paradigmáticamente se asocia a lo acontecido en Alemania durante el proceso de des-nazificación dentro de lo que Ruti Teitel señala como fase I de la genealogía de la justicia transicional.³⁹ En este sentido, George Weigel señala que "cuando Hitler fue derrotado en 1945, no existía duda en la mente de nadie acerca de que si se iba a establecer un régimen democrático en ese país –o cuanto menos en la parte bajo control de Occidente-, un período de "desnazificación" era necesario. En consecuencia,... se inició un proceso que incluyó la persecución en Nuremberg de los mayores criminales nazis, así como también la purga de los funcionarios de menor jerarquía que habían servido al régimen nazi, aun cuando ellos no hubieran cometido crímenes."⁴⁰

36. Rosenkrantz, Carlos, "En contra de los "préstamos" y otros usos "no autoritativos" del derecho extranjero", Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Año 6, Número 1, octubre de 2005.

37. Cfr. Bertesch, Charles, "Lustration and the transition to democracy, the cases of Poland and Bulgaria", East European Quarterly, Boulder, invierno de 1994.

38. Rosenberg, Tina, "Overcoming the legacies of dictatorship", Council of Foreign Affairs, New York, mayo de 1995. La autora señala que: "hay dos razones vitales para confrontar un pasado turbio: calmar el dolor de las víctimas y alterar las condiciones que nutrieron la dictadura, en orden a prevenir su regreso. Las nuevas democracias han inventado una serie de creativos... métodos para alcanzar esas finalidades; que incluyen dejar el pasado atrás y empezar de nuevo; una disculpa oficial; la reparación pecuniaria a las víctimas o a sus familias; *prohibiciones de empleo y purgas para inhabilitar a los abusadores para los puestos de confianza pública*; las comisiones para la verdad y juicios para los líderes o para aquellos que llevaron a cabo las torturas o las muertes. Los instrumentos elegidos dependen del tipo de sistema dictatorial, de la clase de crímenes cometidos, del nivel de participación de la sociedad en la dictadura, de la cultura política de la sociedad civil, de lo abrupto de la transición a la democracia y de los recursos y poder político del nuevo gobierno civil" (la traducción es de mi autoría; énfasis agregado).

39. Teitel (2003).

40. Weigel, George, *Their Lustration-And Ours*, The Library Institute of Human Relations, New York, octubre de 1992.

Puesto que las previsiones constitucionales sobre esta purga⁴¹ fueron condicionadas fuertemente por las circunstancias políticas impuestas por los aliados, lo que le quita el valor de un constitucionalismo de transición deliberadamente adoptado por la propia sociedad que se está enfrentando a su pasado, su impacto también fue amortiguado. Como señala Carlos Nino: “a pesar de que las potencias aliadas lanzaron inicialmente una extensa campaña de desnazificación dirigida a purgar los cargos públicos de quienes hubieran estado conectados con actividades nazis, con el tiempo los resultados se fueron diluyendo. Los ex-nazis desarrollaron diferentes maneras de evitar la detección y las autoridades una tendencia creciente a cerrar los ojos”.⁴²

Por su parte, siguiendo a Teitel, en la fase II de la genealogía de la justicia transicional que es caracterizada por una “acelerada ola de democratización y fragmentación política”, en Europa del Este, con la caída de los regímenes totalitarios comunistas, esta medida tuvo suertes diversas.

En 1991, en Checoslovaquia se sancionó una ley de “limpieza política” que fue posteriormente tomada como modelo por otros países de la región. Esta ley, que tuvo aplicación hasta el año 2000 en la República Checa, impedía la designación en cargos jerárquicos gubernamentales -electivos o no-, de medios públicos de comunicación y de sociedades mixtas, así como la permanencia en ellos, de quienes hubieran sido miembros de los órganos claves del gobierno comunista o hubieran colaborado con la policía secreta de ese régimen.⁴³ Para poder acceder o permanecer en dichos puestos, se debía comprobar, por medio de un certificado expedido por el Ministerio del Interior, que no se había formado parte de ninguna de esas organizaciones. Esta ley sancionaba así la participación objetiva en estas estructuras, apartándose del modelo propuesto por el entonces presidente Havel que propugnaba la exclusión de los puestos públicos sólo respecto de quienes se demostrara que hubieran violado los derechos humanos. Acorde con la investigación de Roman Roed, más de 316.000 personas estuvieron involucradas en este proceso de *lustratio*, y si bien de este número más del 3% recibió un certificado que lo imposibilitaba para ocupar un cargo público, no hay estadísticas que den cuenta de

41. Cfr. Art. 132 de la Constitución Alemana, que establece que: “1. Los funcionarios y los magistrados que en el momento de entrada en vigor de la presente Ley Fundamental estén en una relación de servicios de carácter vitalicio podrán, dentro de los seis meses siguientes a la primera reunión de la Dieta Federal, ser jubilados o pasados a situación de disponibilidad o ser trasladados a un cargo con menor retribución, cuando carezcan de la idoneidad personal o técnica para su puesto respectivo. Este precepto se aplicará de modo análogo a los empleados cuya relación de servicio no sea rescindible. En cuanto a los empleados cuya relación sea rescindible, podrán derogarse dentro del lapso indicado los plazos de rescisión que excedan de los fijados en el régimen de retribuciones (Tarifregelung). 2. No se aplicará la presente disposición a los individuos de la función pública que no hayan sido afectados por las normas sobre «liberación del nacionalsocialismo y del militarismo» («Befreiung von Nationalsozialismus und Militarismus») o que figuren entre los reconocidamente perseguidos por el nacionalismo, siempre que no exista una causa importante en su respectiva persona. 3. Los afectados tendrán derecho a recurrir al amparo del artículo 19, párrafo 4. 4. Los pormenores de aplicación serán regulados por una ordenanza del Gobierno Federal, que requerirá el asentimiento del Consejo Federal”.

42. Nino, Carlos Santiago., op. cit., pág. 26.

43. Boed, Roman, “An evaluation of the legality and efficacy of lustration as a tool of transitional justice”, 37 Columbia Journal of Transnational Law 357 (1999).

cuántas personas renunciaron a sus puestos antes de que se examinara su situación o decidieron no postularse para evitar ser expuestas a esta inhabilitación pública.

La Corte Constitucional de Checoslovaquia confirmó, en lo sustancial, la validez de esta ley con el fundamento de que era una medida razonable para remediar las injusticias del pasado y para asegurar el futuro de la democracia. Sin embargo, no obstante haber sido convalidada por esta Corte y de haber contado con un amplio consenso social,⁴⁴ esta ley fue severamente criticada y hasta tildada de promover la “caza de brujas”.⁴⁵

Concretamente, tanto en la Organización Internacional del Trabajo (OIT) como en el Consejo de Europa, la misma fue objeto de objeciones basadas en la presunta discriminación laboral que entrañaría. La OIT afirmó que la exclusión laboral de cargos públicos fundada en la mera pertenencia al anterior régimen era discriminatoria si no estaba probado que la persona hubiera actuado de manera concreta en contra de la seguridad de la nación. Por su parte, la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa en la resolución 1096 del año 1996⁴⁶ declaró que, para ser válidas, las medidas de *lustratio* no debían asignar responsabilidad colectiva sino individual y que debían salvaguardar las garantías de defensa, de presunción de inocencia y de acceso a una instancia de revisión judicial.

En este sentido es también relevante la crítica que formula Roman Boed a esta ley por violatoria de derechos elementales como la prohibición de trato discriminatorio y el debido proceso legal. En cuanto a la primera objeción, coincidiendo con el razonamiento de la OIT, Roed señala que los estándares internacionales de protección de los derechos humanos exigen, para que la distinción no constituya una discriminación ilegítima, que esté probada una directa e inmediata relación entre el fin de protección del sistema democrático que persigue la norma y la medida de exclusión en el caso concreto. En cuanto a la segunda objeción, Boed señala la necesidad de asegurar, de cara al art. 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, que la persona excluida del puesto público pueda tener acceso a una instancia judicial que revise si en esa decisión medió discriminación o alguna otra clase de arbitrariedad.⁴⁷

Estas críticas normativas, a su vez, dieron pie a cuestionamientos sobre la legitimidad de este sistema. Sin embargo, la ley no fue tachada de inválida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Recientemente, en el caso “Turek vs. Eslovaquia”⁴⁸ este

44. Para una clara referencia acerca del consenso social que demandaba y apoyaba esta medida en Checoslovaquia, además del trabajo de Boed, se puede consultar el informe “Penalties for Prior Political Association”, American Society of International Law, publicado en 87 Am. Soc’y Int’l L. Proc. 174.

45. En contra de esta posición, se alzó Weigel, quien afirmaba que como la ley “no excluía de empleo a los anteriores colaboradores del régimen comunista; no les imponía sanciones criminales por las acciones cometidas; no les quitaba la pensión un los derechos adquiridos; no les impedía postularse como congresistas... sino que, por una certificación del Ministro del Interior... la ley prohibía a los anteriores comunistas de alto rango y a los miembros y colaboradores de la policía secreta, emplearse por un período de cinco años en los sectores clave de la sociedad, que incluían las fuerzas de seguridad, las cortes supremas, los niveles máximos de la administración, las empresas estatales y la radio y la televisión estatales... Considerando la represión y la corrupción de la que era responsable el régimen comunista, la ley es extremadamente tolerante”.

46. Consejo de Europa, Asamblea Parlamentaria, Resolución 1096/1996 “Sobre las medidas para dismantlar la herencia de los anteriores regímenes comunistas totalitarios”. La traducción es de mi autoría.

47. Cf. Boed, Roman, op.cit., págs. 386 y ss.

48. CEDH, “Turek V. Slovakia”, No. 57986/00, decisión del 14/02/2006.

tribunal afirmó que la norma en sí misma no era violatoria del debido proceso porque preveía una instancia de revisión judicial de la determinación del Ministerio del Interior que aparejaba la imposibilidad de ser designado o electo a un puesto público.

Bulgaria adoptó una ley parecida a la checoslovaca. Hungría también, pero el procedimiento funcionaba de distinta manera: una vez detectada la filiación de la persona al anterior régimen comunista, se le pedía la renuncia o que asumiera las consecuencias que seguían a la publicación de este dato. Por su parte, en Polonia, primero hubo un escándalo porque, basándose en los archivos de la policía secreta, personas inocentes fueron incorrectamente mencionadas públicamente como colaboradoras del anterior régimen. El temor a que se reprodujera esta situación y el interés por la determinación de la verdad real llevaron a la adopción de una ley por la que se le exigió a los candidatos y miembros del gobierno a que declararan bajo juramento si habían colaborado o no. Mientras que la “confesión” no impedía participar en la vida pública, la falsedad en la declaración sí la aparejaba por el término de 10 años. Sin embargo, se ha señalado que en Hungría y Polonia este tipo de medida no fue efectiva para cumplir su objetivo de limpieza política porque la transición fue negociada, con lo que los anteriores agentes del régimen comunista no eran tratados como “enemigos” sino solamente como adversarios políticos.⁴⁹

Por otro lado, con la reunificación de Alemania, la purificación se aplicó a ex administradores, profesores y juristas de la República Democrática Alemana.⁵⁰

Esto en cuanto a las experiencias del derecho constitucional europeo. Lo que es interesante analizar ahora es en qué medida y con qué argumentos los órganos de protección de los derechos humanos de esa región convalidaron las disposiciones de *lustratio* de los estados que la integran. Este análisis también es relevante para delinear los estándares internacionales en la materia que pueden ser aplicables tanto en el contexto interamericano como en el local, atento que la Corte Interamericana de Derechos Humanos le otorga a la jurisprudencia de su par europea valor como pauta de interpretación de las cláusulas análogas de la Convención Americana⁵¹ y que la Corte argentina recepta la jurisprudencia del sistema interamericano como pauta de interpretación de las condiciones de vigencia de la Convención (art. 75 inc. 22 C.N.).⁵²

49. Cf. Boed, Roman, op.cit., pág. 362.

50. Cf. Boed, Roman, op.cit., pág. 361.

51. Cabe formular una aclaración. Si bien la Convención Europea de Derechos Humanos, a diferencia de la Convención Americana en el art. 23, no posee una norma que expresamente reconozca como derecho fundamental el acceso a un cargo público, la jurisprudencia del TEDH examina la compatibilidad de las medidas de *lustratio* con los arts. 8, 10, 11 y 14 de la Convención que reconocen respectivamente el derecho a la privacidad, la libertad de expresión, la libertad de reunión y de asociación y la prohibición de trato discriminatorio. De este modo, dada la amplia protección que se deriva de este conjunto normativo contra exclusiones discriminatorias de la vida política y pública, la diferencia entre ambas convenciones se diluye con relación a esta cuestión.

52. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual 1999, “Consideraciones sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de la Mujer con los Principios de Igualdad y No Discriminación”: “lo que la Corte y la Comisión Europeas han manifestado es igualmente aplicable para las Américas”. Para un ejemplo de la incidencia que esta jurisprudencia posee respecto de la interpretación de las normas de la Convención para la Corte Suprema de Justicia de la Nación ver, entre muchos otros, el fallo dictado en la causa “Hooft, Pedro Cornelio Federico c/ Buenos Aires, Provincia s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, sentencia del 16/11/2004.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) tuvo oportunidad de analizar la compatibilidad de distintas leyes o previsiones constitucionales que adoptaban medidas de exclusión de la función pública a personas que hubieran pertenecido o colaborado con regímenes comunistas.

En cuanto a la validez sustantiva de este tipo de medidas, es relevante el criterio sentado por el TEDH en el reciente caso "*Zdanoka v. Latvia*"⁵³. En esta oportunidad, este tribunal reconoció la legitimidad de este tipo de medidas que buscan preservar el sistema democrático y sostuvo que, por ende, no estaban vedadas las restricciones políticas a sujetos que, por su conducta u actuación pública, hubieran en el pasado amenazado el Estado de Derecho o las instituciones democráticas. Al fundamentar esta decisión que declaró la validez de una ley que restringía la presentación a cargos electivos de personas que hubieran participado del intento de golpe de estado acaecido en Latvia en 1991, la Corte invocó su anterior jurisprudencia que había declarado compatibles con la Convención Europea de Derechos Humanos regulaciones que excluían de cargos públicos –electivos o no– a personas que hubieran formado parte de la SS y de la KGB o se hubieran desempeñado como funcionarios de la República Democrática Alemana.⁵⁴ Es importante destacar que en este caso, para convalidar esta clase de medidas, el Tribunal no requirió que se probara que la asunción por parte de la persona excluida de una función pública aparejara un peligro cierto e inmediato al sistema democrático. De esta manera, este estándar de razonabilidad es menos estricto que el adoptado por la OIT que fuera comentado anteriormente.

En segundo lugar, el TEDH también analizó qué requerimientos del debido proceso adjetivo deben ser satisfechos para poder fundar válidamente esta exclusión.

Así, en el citado fallo "*Turek vs. Eslovaquia*"⁵⁵ el TEDH afirmó que "si un estado parte adopta medidas de *lustration* debe asegurar a las personas afectadas por las mismas el ejercicio de todas las garantías procesales protegidas por la Convención en el marco de cualquier procedimiento relativo a su aplicación". Precisamente por aplicación de este principio, en este caso el Tribunal declaró la arbitrariedad del procedimiento seguido respecto del peticionante en tanto se había llegado a esa determinación sobre la base de prueba de cargo que éste no había podido controlar y de otras constancias probatorias que no eran ni unívocas ni concluyentes.

Asimismo, en el citado caso "*Zdanoka v. Latvia*" la Corte afirmó que esta clase de exclusión de la vida pública no posee carácter penal y que, en consecuencia, no está sujeta a las garantías procesales que regulan la aplicación de normas que sí posean esa naturaleza. Por ello, resaltó que esta exclusión podía ser aplicada aun ante la ausencia de juzgamiento y condena penal y afirmó que en el procedimiento de su determinación no eran aplicables las garantías de presunción de inocencia e inversión de la carga de la prueba. Así concluyó que, salvo que la persona excluida hubiera tomado un distanciamiento

53. CEDH, "*Zdanoka V. Latvia*", nro. 58278/00, decisión del 16/03/2006.

54. Concretamente, invocó el precedente "*Van Wambeye v. Bélgica*", nro. 16692/90 del 12/04/1991 de la Comisión Europea de Derechos Humanos y los fallos "*Volkmer y Petersen v. Alemania*", nro. 39799/98 decisión del 22/11/2001 y "*Sidabra y Deiautas v. Lituania*" nro. 55480/00 y 59330/00, decisiones del 27/7/2004. (La traducción es de mi autoría).

55. CEDH, "*Turek V. Slovakia*", No. 57986/00, decisión del 14/02/2006. La traducción es de mi autoría.

expreso de los actos que motivan la exclusión, la pertenencia al régimen constituía base razonable para fundarla. Concretamente, sostuvo que la ley cuestionada en ese caso “constituye una especial medida pública que regula el acceso a los procesos políticos de mayor importancia. En el contexto de ese procedimiento, las dudas pueden ser interpretadas en contra de la persona, la carga de la prueba puede serle impuesta y las apariencias pueden ser consideradas importantes”.

De estas consideraciones, la Corte derivó una afirmación muy fuerte. Para este tribunal, las cortes domésticas no sólo no están obligadas a analizar si el acceso por parte de la persona cuestionada al cargo público aparejará un directo peligro al sistema democrático sino que tampoco lo están a determinar el grado concreto de participación o responsabilidad en el hecho que funda la exclusión.

La purga política en el contexto interamericano

En nuestra región, además de en nuestra constitución, este tipo de cláusulas está presente, por ejemplo, en la Constitución de Guatemala.⁵⁶ Estas medidas responden a los procesos de democratización que se insertan en la mencionada fase II de la genealogía de la justicia transicional, que respecto de América Latina tuvieron lugar con el retiro de los regímenes militares a fines de los '70, que fuera provocado o fomentado por políticas internacionales.⁵⁷

Significativamente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en una decisión que posee una enorme importancia para nuestro contexto dado el valor normativo que corresponde darle a las interpretaciones de la Convención que realiza este órgano,⁵⁸ afirmó la validez de medidas de *lustratio*. Lo hizo en el caso “Ríos Montt”,⁵⁹ en donde resolvió que el artículo 186 de la constitución guatemalteca, que impedía al ex-presidente de facto Efraín Ríos Montt presentarse a elecciones como candidato a vicepresidente, no era violatorio de la CADH.

En primer lugar, la CIDH explicó que correspondía evaluar la validez de esta cláusula dentro del contexto constitucional latinoamericano e internacional. Así, descartó que esta clase de inhabilitación fuera discriminatoria con el fundamento de que era una distinción tan legítima como las que, también para asegurar los valores republicanos, prohíben la reelección de gobernantes electos democráticamente o la postulación de militares o religiosos. Además aclaró que un razonamiento contrario conduciría a privilegiar la situación de quienes se alzaron contra el orden democrático respecto de la de quienes ocuparon cargos públicos legítimamente.

56. La Constitución de Guatemala en su art.186 establece que “No podrán optar al cargo de Presidente o Vicepresidente de la Republica: a) El caudillo ni los jefes de un golpe de Estado, revolución armada o movimiento similar, que haya alterado el orden constitucional, ni quienes como consecuencia de tales hechos asuman la Jefatura de Gobierno; siendo esto no reformable según lo prescripto por el art. 281”.

57. Para un análisis de la transición democrática en Brasil, Uruguay y Chile, ver Raffin, Marcelo, *La experiencia del horror. Subjetividad y Derechos Humanos en las dictaduras y posdictaduras del Cono Sur*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, agosto de 2006.

58. Ver al respecto el criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del *leading case* “Giroldi, Horacio”, sentencia del 07/04/1995.

59. CIDH, caso nro. 10.804, del 12/12/1993.

La CIDH también descartó que la circunstancia de que Ríos Montt hubiera sido amnistiado por su actuación como presidente de facto tornara a esta inhabilitación en una sanción penal ilegítima. Para ello, resaltó que mientras que la amnistía impedía castigar los posibles delitos cometidos por Ríos Montt, esta inhabilitación estaba dada en razón de su condición de ex Jefe de Estado impuesto por un movimiento militar.⁶⁰

Por último, la CIDH resolvió que esta cláusula no violaba los derechos políticos del Sr. Ríos Montt⁶¹ basándose en que la Constitución Guatemalteca constituía la expresión de la voluntad de ese pueblo que, a través de sus representantes constituyentes, había valorado como necesario establecer de modo permanente esa inhabilitación. Concretamente, la CIDH afirmó que los principios que rechazaban la quiebra del orden constitucional y establecían la descalificación de esos líderes para los puestos de alto cargo, así como los de no re-elección, *"fueron adoptados porque fueron considerados como principios jurídicos de... defensa... (y) de consolidación democrática"*.

Se observa así que, si bien este pronunciamiento de la Comisión es cronológicamente anterior a la jurisprudencia del TEDH, responde en esencia a los mismos fundamentos que el TEDH utiliza para justificar la validez de este tipo de medidas. Con la salvedad, claro está, de que por las particulares características del caso "Ríos Montt", en que no estaba controvertido que el nombrado hubiera revestido la calidad que lo inhabilitaba para postularse, la Comisión no tuvo que analizar la compatibilidad del procedimiento de inhabilitación con las garantías judiciales que reconoce la Convención Americana.

Desde mi punto de vista, la distinción que expresamente efectúa la CIDH entre la finalidad de defensa democrática y la de instrumento de consolidación democrática que persigue esta clase de cláusula es sumamente importante. Esta distinción teleológica está formulada todavía de forma más expresa que en la jurisprudencia del TEDH y vale la pena

60. Respecto de esta cuestión, es interesante destacar la Opinión Consultiva emitida por la Suprema Corte de Guatemala a solicitud del Congreso, Gaceta No. 14, expediente No. 212-89, página No. 6, resolución: 16-11-89: "...La disposición regula situaciones pro-futuro pero que tienen su antecedente en hechos ocurridos con anterioridad, como también sucede con otras condicionantes previstas en la misma Constitución, entre ellas, la más característica, es la expresa prohibición que contiene para que quienes hubiesen desempeñado durante cualquier tiempo el cargo de Presidente de la República por elección popular no podrán volver a desempeñarlo en ningún caso, como lo prescribe terminantemente el primer párrafo del artículo 187... Lo mismo deberá entenderse de la prohibición de reelección del Presidente de la República prevista en el segundo párrafo *ibid*, que comprende también a quien hubiese sido electo en época anterior a la entrada en vigencia de la Constitución. El análisis comparado de los antecedentes históricos de la prohibición, según figuraron en otros textos, corrobora que el poder constituyente que elaboró la actual Constitución varió intencional y claramente la delimitación temporal de la norma al utilizar el tiempo verbal en pretérito perfecto, para que la indicada prohibición se refiera a la alteración del orden constitucional no sólo del presente sino también la del pasado, forma más efectiva para preservar el Estado de Derecho, que en nuestra Historia ha carecido de normalidad, y *sin que ello implique la aplicación retroactiva de la Constitución, sino el reconocimiento de su carácter normativo...*". (énfasis agregado)

61. CADH, artículo 23. Derechos Políticos. 1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

resaltarla. Entiendo que es precisamente esta doble finalidad la que permite justificar la validez de este tipo de cláusulas transicionales aun ante la inexistencia de un riesgo actual, inminente o cierto de la continuidad del sistema democrático. Debido a que todo texto constitucional busca trascender y reglar el futuro y a que las transiciones democráticas no finalizan automáticamente cuando está descartado un peligro concreto a la vigencia del régimen democrático, es necesario reconocer que estas previsiones poseen también legitimidad en tanto herramientas de fortalecimiento de la democracia.

Con posterioridad a esa decisión, la CIDH reafirmó este principio en el caso “Andrés Aylwin v. Chile”,⁶² en el que resolvió que la figura de senadores vitalicios, establecida en el art. 45 de la Constitución Chilena dispuesta por un régimen de facto,⁶³ violaba los principios de la democracia representativa y la igualdad política. Al analizar la validez de esta norma constitucional que constituye el contrapunto del art. 36 de la Constitución Nacional argentina, la Comisión resaltó que este sistema “ha impedido que las mayorías hayan podido suprimir los enclaves autoritarios impuestos por el régimen de facto a la democracia chilena. La prueba de la afectación de los derechos humanos por el sistema de designación impuesto por la Constitución chilena se observa claramente, entre otros ejemplos, en el bloqueo impuesto por estos senadores a la derogación de las leyes de amnistía y a la modificación del sistema de censura cinematográfica... Esto pone en evidencia el efecto negativo que tiene la aplicación del sistema de enclaves autoritarios estipulado por la Constitución en el desenvolvimiento cotidiano de la democracia chilena, la cual ve disminuido su poder de reacción frente a los vestigios autocráticos en contra de la verdadera voluntad del pueblo”.

La relevancia de este caso radica en que la CIDH reitera el criterio sentado en “Ríos Montt” acerca de que la permanencia de este tipo de agentes de facto en el gobierno post-autoritario conspira contra la transición y consolidación democrática⁶⁴ y reafirma la necesidad de excluir del sistema democrático a quienes tuvieron una participación activa en los regímenes inconstitucionales para promover, precisamente, el desarrollo democrático.

Recapitulación

En conclusión. La jurisprudencia constitucional comparada y la de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos, sea europeos o interamericanos, analizan la compatibilidad de las medidas de inhabilitación política de quienes en el pasado atentaron contra los valores del sistema democrático aplicando, esencialmente, el mismo estándar amplio de razonabilidad, que no condiciona esta exclusión a la prueba de riesgo

62. Caso 11.863, informe 137/99 del 27.12.99.

63. Estos funcionarios habían impedido una serie de reformas tendientes a eliminar instituciones que surgieron y funcionaron durante la dictadura militar, entre las que se encuentra la propia Constitución.

64. Si bien el Comisionado Robert Goldman votó en disidencia, en tanto consideró que el artículo objetado no imponía una limitación arbitraria al ejercicio del art. 23 de la CADH, formuló esta afirmación: “soy consciente de que el prominente rol de un ex dictador contiene un alto valor simbólico que por sí ha generado y continúa generando reacciones negativas tanto en la República de Chile como en el exterior. Se trata de un sentimiento que en lo personal comparto y que conlleva la esperanza de que el pueblo chileno modifique, por sí mismo, sus estructuras constitucionales para que un ex dictador —ahora senador vitalicio— no continúe desprestigiando con su mera presencia la función legislativa y ofendiendo a numerosos chilenos y chilenas cuyos derechos fueron violados sistemáticamente por un gobierno brutal”.

cierto al sistema democrático. Esta postura rechaza así la de quienes, objetando estas medidas, proponen un estándar más estricto de razonabilidad que sí exija la prueba de esta relación.

Por su parte, esta jurisprudencia también coincide con quienes critican a estas medidas en la necesidad de asegurar, a las personas sobre quienes recae esta exclusión, la posibilidad de defenderse y cuestionar su procedencia en el marco de un proceso judicial.

Luego de este análisis conjunto, es interesante dejar planteado el interrogante que formula Tina Rosenberg, para quien la “purificación” en los países latinoamericanos es altamente aconsejable y necesaria, a diferencia del caso de los países sujetos al proceso de descomunización, porque “si bien las víctimas de cualquier lugar merecen sentir confianza en los nuevos gobiernos democráticos, y saber que los torturadores y represores son “descastados” que no pueden representar al estado ni continuar con sus antiguas prácticas,... en América Latina esas purgas son cruciales para la democracia. Allí, la sangre de las víctimas está fresca, y el vicioso ciclo de represión e impunidad que ha infectado a América Latina durante siglos, no puede ser roto a menos que el ejército acepte el gobierno civil... La purificación muestra que el problema de las purgas en Europa Oriental es el reverso del problema en América Latina. *El mayor peligro no radica en que los culpables permanezcan en el poder, sino que los inocentes sean expulsados...*”.⁶⁵

Evaluando la *lustratio* en el contexto local

Ahora es momento de analizar la inhabilitación política fundada en el art. 36 de la Constitución Nacional teniendo en cuenta los estándares del derecho internacional de los derechos humanos reseñados precedentemente y la experiencia del derecho constitucional comparado.

Como se dijera, respecto de la purificación se ha argumentado que con esta limpieza se consagra la responsabilidad objetiva en tanto se sanciona a una persona por su mera participación en un régimen político o partido y no por lo que concretamente realizó. Por ello se indica que es extremadamente difícil trazar una línea justa y equilibrada en la delimitación de las personas a inhabilitar. Paralelamente, se argumenta que, tal como sucedió primariamente en Polonia, en los procesos de purificación se vulneran las garantías del debido proceso por la exposición pública de las personas sindicadas y por que, ante la ausencia de condena penal, el juicio de inhabilitación se adopta en violación al principio de inocencia.

Las objeciones que se esgrimen contra la purificación tienen su peso y deben ser atendidas para que la aplicación de la *lustratio* en nuestro contexto no sea deslegitimada y se retroceda en el afianzamiento de la transición democrática que esta norma constitucional busca asegurar. Por ello, examinaré la relevancia en el caso argentino de los argumentos más comunes que registra el derecho comparado para resistir esta clase de inhabilitación política y para cargos públicos.

El argumento de que la purificación implica una “caza de brujas” es uno de los más utilizados. Una primera respuesta a esta objeción consiste en recordar que la exclusión o la *lustratio* de quienes cometieron conductas de esa clase busca impedir que personas con falta absoluta de compromiso democrático y a los derechos humanos accedan y se beneficien del poder que dan los cargos de gobierno.

65. Tina Rosenberg, obra antes citada (traducción y énfasis de mi autoría).

Pero además, esta refutación debe ser necesariamente complementada. Para ello dividire el análisis atendiendo a si la inhabilitación se dispone como consecuencia de un proceso penal o como consecuencia del juicio de idoneidad para la designación en un cargo público.

En los casos que se aplique la inhabilitación como sanción accesoria a la penal, el mencionado agravio se desvanece completamente ya que a diferencia de lo sucedido en Checoslovaquia o en Alemania Oriental, en donde la determinación de esta sanción se realizaba en otro tipo de procesos, en nuestro sistema sería impuesta en el marco del proceso penal, donde rigen en su máxima amplitud las garantías del debido proceso.

Además, toda objeción acerca de la construcción de las categorías de sujetos sancionados con la pena de inhabilitación queda superada tanto por la clara delimitación de los sujetos activos de las conductas reprochadas como por el hecho de que es razonable que sean inhabilitados a perpetuidad los que ocupen los puestos más relevantes y claves de los poderes públicos. Basta recordar al efecto la incidencia que tuvieron las acordadas de la Corte Suprema por las que se reconocían los regímenes de facto. Se tiene presente el “poder de hecho” que tienen estas personas y es correcto que la respuesta sancionadora sea acorde al mismo.⁶⁶

Esta exclusión fue decidida en el año 1994 por nuestra sociedad que, a través de sus representantes convencionales y en respuesta a nuestro particular pasado institucional y de Terrorismo de Estado, decidió disponer para estos supuestos esta inhabilitación perpetua para ocupar cargos públicos. Esta decisión construye nuestra identidad, en tanto sólo puede ser explicada a partir de ese pasado que se quiere superar definitivamente.

Pero si el juicio de inhabilitación para ocupar cargos públicos se efectúa ya no en el marco de un proceso penal sino en el proceso mismo de designación o postulación, otras variables son las que entran en juego. Este supuesto tiene aplicación para casos como el de Patti o Bussi, quienes realizaron sus conductas antidemocráticas con anterioridad a la reforma constitucional. También tendrá aplicación para los supuestos de comisión de estos delitos con posterioridad a la reforma en casos en que la inhabilitación para cargos públicos impuesta en una condena penal no sea perpetua.

A lo que me refiero es que el art. 36 de la Constitución Nacional también tiene aplicación al presente respecto de actos pasados ya que re-significa el concepto constitucional de

66. Como observación vale destacar que el art. 227 bis del Código Penal consagra un alcance más amplio de esta inhabilitación, en tanto la extiende a los “ministros, secretarios de Estado, subsecretarios, directores generales o nacionales o de jerarquía equivalente en el orden nacional, provincial o municipal, presidente, vicepresidente, vocales o miembros de directorios de organismos descentralizados o autárquicos o de bancos oficiales o de empresas del Estado, sociedades del Estado, sociedades de economía mixta, o de sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, o de entes públicos equivalentes a los enumerados en el orden nacional, provincial o municipal, embajadores, rectores o decanos de universidades nacionales o provinciales, miembros de las fuerzas armadas o de policía o de organismos de seguridad en grados de jefes o equivalentes, intendentes municipales, o miembros del ministerio público fiscal de cualquier jerarquía o fuero, personal jerárquico del Parlamento nacional y de las legislaturas provinciales”, aclarando que “Si las autoridades de facto crearen diferentes jerarquías administrativas o cambiaren las denominaciones de las funciones señaladas en el párrafo anterior, la pena se aplicará a quienes las desempeñen, atendiendo a la análoga naturaleza y contenido de los cargos con relación a los actuales”. La ley penal aquí cubre, con penas de prisión y de inhabilitación, un mayor espectro de puestos de poder que también son claves y que operaran respondiendo a las directivas que impartan los poderes ejecutivo, legislativo, judicial, Ministerio Público y demás órganos previstos en los arts. 86, 85, 114 y 115 de la C.N., por lo que se ha valorado el efecto represivo multiplicador que el régimen autoritario imparte a través de sus diversas ramas y de su aparato burocrático, de seguridad e ideológico, efecto que reasegura y refuerza su poder ilegal.

idoneidad para cargos públicos. Por esta característica, esta norma justifica a su máximo nivel su denominación de cláusula constitucional transicional.

Como señala Ruti Teitel, “el constitucionalismo transicional tiene *implicaciones* en la interpretación constitucional... la perspectiva transicional comparte con la escuela “originalista de interpretación” el entendimiento de que las constituciones son mejor examinadas a la luz de sus contextos históricos y políticos, pero entiende además a las constituciones como propósitos codificados, que son transformadores y dinámicos... Con el paso del tiempo, las cláusulas constitucionales de transición operarán de un modo dinámico... con un número de consecuencias interpretativas”.⁶⁷ Esto es lo que Richard Primus explica ocurrió en la jurisprudencia constitucional norteamericana por el impacto del pensamiento antitotalitario de la segunda posguerra que, buscando hacer notar la diferencia entre ese sistema de gobierno y el propio de los totalitarios, modificó criterios jurisprudenciales en materia de disenso religioso, discriminación racial, facultades sobredimensionadas del poder ejecutivo, límites al poder de la policía y ejercicio de la libre expresión.⁶⁸

En nuestro contexto, también existen casos que ejemplifican esto. Del art. 29 de la Constitución Nacional, una cláusula que en su momento pudo catalogarse como de transición, también se derivaron en el futuro otras consecuencias jurídicas que las expresamente allí contempladas, por ejemplo, para limitar las facultades presidenciales para dictar decretos de necesidad y urgencia y para dictar disposiciones de amnistía respecto de delitos de lesa humanidad.⁶⁹

Las cláusulas constitucionales *transicionales* miran tanto al pasado como al futuro. Por ello, entiendo que esta inhabilitación constitucional debe evaluarse no sólo en su faz de sanción penal accesoria a la pena privativa de libertad que merecerán quienes cometan *en el futuro* estas conductas. Confinar el alcance de esta cláusula a su aplicación penal, como lo hacen Orlando, Czik y Sáenz, implica, para mi modo de ver, desmerecer el

67. Teitel (1997).

68. Primus, Richard, *op.cit.*, pág. 437 y ss. Este autor cita como ejemplos del impacto del pensamiento anti-totalitario los siguientes cambios jurisprudenciales relevantes. Así, mientras que en materia religiosa la Corte Suprema norteamericana en 1940 estableció que el saludo obligatorio a la bandera no vulneraba el ejercicio de la religión de los testigos de Jehová, posteriormente, en el caso “Barnette” del año 1943 la Corte asoció ese saludo al impuesto por el nazismo y entendió que se estaba vulnerando la libertad religiosa de un grupo minoritario. Por su parte, en el caso “Dennis” resuelto en 1951, la Corte confirmó la condena de quienes habían hecho apología del comunismo. El juez Jackson, que estaba a favor de la libertad de expresión, en ese caso votó en el sentido mencionado, justificando su posición en que los males y peligros del totalitarismo requería limitar la libertad de expresión. Por último, Primus señala, también como ejemplo de la incidencia del pensamiento anti-totalitario, la jurisprudencia de la Corte norteamericana en materia de campos de detención de japoneses durante la Segunda Guerra Mundial, que comenzó avalando su constitucionalidad para luego refutarla en 1944, haciéndose eco del cambio en la opinión pública que no podía justificar la detención de una minoría racial por su innegable paralelo con los campos de concentración del sistema nazi.

69. Ver, al respecto, Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada*, Ed. La Ley, 2003, pág. 262. Ver, asimismo, el planteo de inconstitucionalidad formulado por los diputados nacionales contra el decreto que dispuso la privatización de los aeropuertos nacionales e internacionales en el caso “Nieva, Alejandro y otros c/ P.E.N.”, resuelto de modo adverso por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 19/12/1997. Respecto de la aplicación del art. 29 para limitar el dictado de esta clase de amnistías, ver significativamente la discusión parlamentaria y los fundamentos que precedieron al dictado de la ley analizar la ley 25.779 que declara la nulidad de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final.

valor expresivo de esta norma, su compromiso con la democracia y la afirmación del valor democrático que expresamente asume.

Por ello, esta inhabilitación también puede y debe ser apprehendida, ya no como sanción accesoria, sino como un mecanismo eficaz para purificar al sistema de quienes *en el pasado* han atentado contra él y para asegurar que los funcionarios públicos sean idóneos en el sentido de demostrar haber respetado *en su trayectoria* el principio republicano y la forma democrática de gobierno. Recordemos que tanto la CIDH como el TEDH le dieron a esta clase de medida autonomía conceptual, normativa y valorativa respecto de la inhabilitación política como sanción penal, basando esta distinción precisamente en el objetivo que persigue esta clase de cláusulas de consolidar la democracia y los derechos humanos.

Desde esta perspectiva, el art. 36 de la C.N. de la Constitución reformada ha introducido un nuevo paradigma en lo que significa idoneidad para ocupar cargos públicos, dándole un nuevo contenido sustantivo al art. 16 de la Constitución Nacional.⁷⁰ En consecuencia, esta norma también ha transformado las facultades de los poderes públicos para proponer y efectuar nombramientos, limitándolas.

Por este motivo, es que no comparto la objeción de Orlando a que se establezcan limitaciones sustantivas subjetivas a la participación en la vida pública. En efecto, Orlando rechaza la posición de que la Constitución establece límites respecto de *quiénes* puedan participar, ya que ésta sólo podría descalificar, y de modo *ex post*, el contenido de las decisiones a las que los distintos órganos públicos arribaron. Fundamentalmente, entiendo que el argumento de Orlando de que esto constituiría una discriminación inválida no se ajusta al dato objetivo de limitaciones sustantivas presentes a nivel constitucional, como las que impiden conformaciones desigualitarias de género en los órganos representativos, la participación electoral de candidatos de partidos antidemocráticos⁷¹ o la reelección de determinados candidatos,⁷² disposiciones todas que están destinadas a preservar los pre-requisitos del sistema democrático o los valores republicanos que lo animan. Cabe recordar aquí la pertinencia del argumento desplegado por la CIDH en el mencionado caso “Ríos Montt” en el sentido que sostener la ilegitimidad de una medida de *lustratio* de esta clase implicaría consagrar un privilegio injustificado a favor de quienes actuaron fuera del sistema democrático perjudicando a quienes acataron sus reglas de funcionamiento y están sujetos a esta clase de limitaciones.

70. Como explica Ronald Dworkin, en la interpretación constitucional debe distinguirse entre el concepto que la Constitución consagra y la concepción determinada que se tenga del significado o alcance de ese concepto. La lectura del derecho a su mejor luz puede obligar a abandonar una concepción determinada del derecho, resignificándolo. Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Ed. Ariel, Barcelona, 1999, págs. 214 y ss.

71. Constitución Nacional, art. 37: “Esta Constitución garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de la soberanía popular y de las leyes que se dicten en consecuencia. El sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio. La igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral” y art. 38: “Los partidos políticos son instituciones fundamentales del sistema democrático. Su creación y el ejercicio de sus actividades son libres dentro del respeto a esta Constitución, la que garantiza su organización y funcionamiento democráticos, la representación de las minorías, la competencia para la postulación de candidatos a cargos públicos electivos, el acceso a la información pública y la difusión de sus ideas...” (el resaltado me pertenece).

72. Constitución Nacional, artículo 90: “El Presidente y vicepresidente duran en sus funciones el término de cuatro años y podrán ser reelegidos o sucederse recíprocamente por un sólo período consecutivo. Si han sido reelectos, o se han sucedido recíprocamente, no pueden ser elegidos para ninguno de ambos cargos, sino con el intervalo de un período”.

Asimismo, en coincidencia con la postura de Morales, quien sostiene que esta inhabilitación constituye una obligación autónoma que complementa los mencionados deberes de investigar, juzgar y reparar, entiendo que debido a que el art. 36 de la Constitución Nacional debe ser complementado en nuestro contexto por los pactos internacionales de derechos humanos, la inhabilitación a cargos públicos así entendida como garantía democrática y de respeto a los derechos humanos también debe y puede ser aplicada, como cuestión independiente a la sanción penal de inhabilitación, respecto de quienes cometieron actos de lesa humanidad durante la última dictadura militar.

Desde mi punto de vista, esta interpretación de la norma que, con el fundamento explicado, le asigna consecuencias normativas de cara al art. 16 de la C.N. en el concepto de idoneidad para ocupar cargos públicos, permite distinguir conceptualmente la inhabilitación como castigo de la exclusión por inidoneidad. Puesto que esta disposición propia del constitucionalismo transicional apareja una nueva concepción del principio de igualdad para el acceso a los cargos públicos, no sería aplicable el argumento de que esta exclusión implicaría una aplicación retroactiva de una nueva sanción penal. Asimismo, puesto que el juicio de idoneidad es un juicio distinto al que implica el reproche penal, pierde base la crítica que a esta medida formulan Orlando, Sáenz y Czizik con el argumento de que anticipa una sanción a personas que no fueron juzgadas ni castigadas.

Con esta cláusula constitucional, al deber de sancionar los atentados contra la democracia y de juzgar y castigar a los autores de las violaciones masivas a los derechos humanos, se le suma este deber de considerar inidóneos para ocupar cargos públicos a quienes atentaron contra el orden democrático o cometieron estos crímenes.

Esta medida no sólo posee la finalidad preventiva de procurar evitar que los autores de estas graves conductas intenten utilizar el poder público para procurarse la impunidad o el cumplimiento de las obligaciones de investigar y reparar, como había señalado la CIDH ocurría en el caso "Aylwin". Sino que, de manera independiente a esa finalidad que puede o no darse, busca consolidar la democracia asegurando la idoneidad de los funcionarios de cara a su compromiso con el Estado Constitucional de Derecho.

Este estándar de idoneidad es compatible con el estándar amplio de razonabilidad que descarta la existencia de discriminación utilizado por la CIDH y el TEDH en los fallos mencionados y evita así que para convalidar la exclusión pública de sujetos como Patti o de Bussi se tenga que probar que su designación aparejaría un riesgo concreto al sistema democrático.

Cabe aclarar que dada la supremacía de esta norma constitucional, este estándar rige aun frente a la ausencia de una norma infra-constitucional que expresamente lo prevea como causal de impedimento para postularse a un cargo electivo y debe ser respetado por los órganos públicos que tienen a su cargo decidir sobre la postulación y designación de la persona cuestionada por una trayectoria que no lo satisface.⁷³

73. Esta aclaración responde a un interrogante que plantea Demián Zayat tras la lectura del borrador preliminar. En este sentido, entiendo que no podría alegarse que la circunstancia de que este estándar no esté incorporado expresamente en materia electoral pueda constituir un obstáculo para su aplicación ya que esa normativa así interpretada sería inconstitucional por omisión. De ese modo, el órgano público competente tiene tres opciones para asegurar la vigencia de este principio. La primera consiste en buscar salvar la constitucionalidad de esta norma propiciando una interpretación armónica de la misma con la Constitución Nacional. Para el caso que considere que no es posible realizar tal compatibilización, el órgano

En este contexto normativo y valorativo debe evaluarse el ejercicio, por parte del Congreso, de sus facultades para rechazar la validez de los títulos de los legisladores electos Bussi y Patti. El rechazo de la Cámara de Diputados a la validez de los títulos de los nombrados y la decisión de impedir que asumieran como representantes legislativos, ambos actos fundados en la trayectoria contraria a los valores democráticos y a los derechos humanos que éstos poseían, constituyen ejemplos del modo en que esta norma constitucional ha modificado las prácticas públicas de designación de funcionarios.

Pero estos casos no son la excepción. El impacto normativo e institucional del art. 36 de la Constitución Nacional también se ha proyectado de modo expreso en otros supuestos de enorme importancia.

En primer lugar, en lo que hace a la integración del Poder Judicial y del Ministerio Público. El decreto 222/2003,⁷⁴ que introduce estándares de idoneidad y criterios de selección que debe acatar y ponderar el Poder Ejecutivo de la Nación para proponer los candidatos a integrar la Corte Suprema de Justicia de la Nación, establece el “compromiso con los derechos humanos y los valores democráticos” como criterio relevante para evaluar tanto la idoneidad del candidato como la conveniencia de su designación. Por aplicación de lo dispuesto en el decreto 588/2003,⁷⁵ debe interpretarse que este criterio de idoneidad regula también la propuesta de designación de los jueces de tribunales inferiores y de las autoridades y miembros del Ministerio Público. Como el estándar de idoneidad que introduce el art. 36

en cuestión, si no pertenece a la justicia electoral que tiene competencia para declarar la inconstitucionalidad de esta norma, puede optar entre rechazar aceptar la postulación y/o efectuar la designación, para plantear como excepción la inconstitucionalidad de esta norma como defensa en caso que se cuestione la falta de aplicación de la norma infra-constitucional, o bien directamente procurar la declaración de inconstitucionalidad por el Poder Judicial de la Nación. Como señala Mark Tushnet, “afirmar que una ley es inconstitucional por insuficiente (*underinclusive*) significa que la Carta a veces impone obligaciones positivas al gobierno” (autor citado, “State Action, Social Welfare Rights, and the Judicial Role: Some Comparative Observations”, disponible en <http://ccc.uchicago.edu/docs/StateAction.pdf>, visitado por última vez el 16/11/2006). Por su parte, en la medida que este estándar de idoneidad también se nutre, por lo ya dicho, del derecho internacional de los derechos humanos, es aplicable el criterio sentado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la OC-7 del 1 de Octubre de 1985 en cuanto estableció el deber de los estados de adecuar su derecho interno, mediante disposiciones legislativas o de “otro carácter” que sean necesarias para asegurar la vigencia de la Convención Americana y de los demás instrumentos del sistema interamericano.

Quiero aclarar que me refiero solamente a la norma electoral, ya que el artículo 33.a de la Ley Orgánica de Partidos Políticos (nro. ley 23.298) no prevé expresamente a la trayectoria contraria a los valores democráticos y a los derechos humanos como impedimento para presentarse a un cargo público electivo o ser designados en cargo partidario, al apartar exclusivamente a “los excluidos del padrón electoral como consecuencia de disposiciones legales vigentes...” siendo aplicable así el artículo 3º del Código Electoral Nacional que prevé que “están excluidos del padrón electoral... e) Los condenados por delitos dolosos a pena privativa de la libertad, y por sentencia ejecutoriada, por el término de la condena; f) Los condenados por faltas previstas en las leyes nacionales y provinciales de juegos prohibidos, por el término de tres años; en el caso de reincidencia, por seis”. Entiendo que no se presenta la misma situación en la Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional, nro. 25.164, ya que ésta establece en su art. 5.i que “los que hayan incurrido en actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático, conforme lo previsto en el artículo 36 de la Constitución Nacional y el Título X del Código Penal, aun cuando se hubieren beneficiado por el indulto o la condonación de la pena”. Tampoco se presenta en supuestos como los que representan los casos “Lona” y “Brusa” y “Brusa” analizados más adelante, que trataban de la remoción de dos magistrados por la causal constitucional de “mal desempeño”.

74. Decreto 222/2003, publicado en el Boletín Oficial el 20/06/2003.

75. Decreto 588/2003, publicado en el Boletín Oficial el 13/8/2003.

posee supremacía constitucional, vincula a las administraciones locales en virtud de lo establecido en los arts. 5 y 31 de la Constitución Nacional. Por ello, rige aunque en las constituciones locales no se formule previsión alguna en ese sentido. Sin embargo, más allá de ello, es relevante resaltar que, como consecuencia del efecto político del decreto 222/2003, este criterio también fue adoptado en algunas jurisdicciones locales para reglar la designación de los jueces de sus tribunales superiores.⁷⁶

La aplicación de este estándar constitucional como criterio expreso de selección también modificó la práctica seguida por el Senado de la Nación al otorgar el acuerdo a los candidatos cuya propuesta de designación fue efectuada bajo el procedimiento establecido en el mencionado decreto. En efecto, cuando el Senado discutió, tanto en reuniones de comisión como en sesión pública, si otorgaba el acuerdo solicitado por el Poder Ejecutivo para la designación de Eugenio Zaffaroni y Elena Highton de Nolasco como jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, analizó expresamente si el hecho de que los nombrados se hubieran desempeñado como jueces durante la última dictadura militar constituía un obstáculo para su nombramiento.⁷⁷ En ambos casos el análisis no se limitó al dato objetivo de su actuación formal en ese período, sino que se valoró su actuación real durante esa etapa y también con posterioridad a ella, para establecer concretamente si de ese desempeño podía surgir un cuestionamiento, de cara a los derechos humanos y a los valores democráticos, que pudiera obstar a su designación.

Es importante tener en cuenta que ese juicio de idoneidad para el cargo público no sólo es relevante en la oportunidad en que se está decidiendo la designación o el nombramiento de un funcionario. También se le ha reconocido relevancia como requisito a cuya satisfacción está supeditada la permanencia en el cargo.

En este sentido, los casos "Brusa"⁷⁸ y "Lona"⁷⁹ resueltos por el Jurado de Enjuiciamiento anuncian, a través de la acusación efectuada por la Comisión de Acusación del Consejo de la Magistratura y de algunos votos en disidencia de los miembros del Jurado, la incidencia que puede tener tanto esta cláusula constitucional como el plexo del derecho internacional de los derechos humanos para fundar toda decisión sobre la validez de la permanencia en el cargo de un funcionario público que registre un pasado funcional antidemocrático o una participación en los delitos de lesa humanidad cometidos durante la última dictadura militar.

Pero no sólo ello. Es importante señalar que a ese impacto institucional y normativo infra-constitucional que registra el art. 36 de la C.N. que como cuestión sustantiva modificó

76. En la ciudad de Buenos Aires, el decreto N° 1620/2003 establece el compromiso con los derechos humanos y la Constitución como criterio de selección de los candidatos/as a jueces/zas del Tribunal Superior de Justicia, Fiscal General, Defensor/a General y Asesor/a General Tutelar del Ministerio Público. Por su parte, en la provincia de Córdoba, el decreto 003/2004 establece el compromiso con la Constitución del candidato como criterio para la selección de un magistrado del Superior Tribunal de Justicia.

77. Ver los informes sobre las audiencias y sesiones públicas que precedieron a la designación de Eugenio Zaffaroni y Elena Highton de Nolasco elaborados por la Asociación por los Derechos Civiles (ADC) disponibles en www.adc.org.ar

78. Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados de la Nación, caso "Brusa, Víctor Hermes s/ pedido de enjuiciamiento", fallo del 30/03/2000.

79. Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados de la Nación, caso "Lona, Ricardo s/ pedido de enjuiciamiento", fallo del 18/02/2004.

el estándar de selección y de remoción de jueces y legisladores, también se le debe sumar el efecto que causó en el proceso de toma de decisiones acerca de la satisfacción de ese estándar.

En primer lugar, hay que resaltar que la discusión de esta cuestión en los procesos mencionados se efectuó en el marco de instancias institucionales en las que las objeciones a los candidatos o funcionarios fueron detalladas, respondidas por éstos y posteriormente decididas por la autoridad competente. En efecto, tanto Zaffaroni como Highton de Nolasco conocieron estas objeciones y tuvieron la oportunidad de efectuar al respecto su descargo. Por otro lado, los casos “Lona” y “Brusa” también son ejemplos de instancias procesales en los que los funcionarios sujetos a un proceso de remoción, fundado en su presunta participación en conductas antidemocráticas y hechos violatorios de los derechos humanos cometidos durante la última dictadura militar, tuvieron una amplia posibilidad de defenderse al haber podido cuestionar tanto la legitimidad de esta exclusión y la competencia del Jury de Enjuiciamiento para disponerla como la existencia de prueba de cargo que permitiera fundar la remoción. Asimismo, como lo prueban los casos “Bussi” y “Patti”, los juicios de inidoneidad que fundan la exclusión para el cargo estuvieron y están todavía sujetos a la revisión judicial al haberse cuestionado la competencia del Congreso para tomar estas decisiones.

Estas características hacen que, a mi juicio, la determinación de la exclusión de la función pública de personas propuestas para un cargo público –electivo o no–, aun cuando sean efectuadas en ámbitos institucionales de diversa clase, puede efectuarse de manera respetuosa de las garantías básicas de defensa y resguardando el derecho a la jurisdicción.

Quiero efectuar una aclaración. De este repaso de premisas fácticas no estoy derivando conclusiones prescriptivas, lo que sería teóricamente incorrecto por estar vedado por la ley de *Hume*.⁸⁰ Lo que quiero resaltar es que estos procesos revelan la capacidad institucional de realizar esta clase de determinación de manera compatible con los principios del debido proceso adjetivo y de asegurar así la legitimidad de las decisiones a la que ellos arriban.

Por último, también me parece importante señalar que los casos mencionados constituyen ejemplos en los que la discusión acerca de si estos candidatos a jueces o legisladores electos satisfacían el estándar de idoneidad –así conformado– fue pública, provocada y asistida por la sociedad civil que participó de varias maneras en cada uno de estos procesos,⁸¹ además de efectuada en un espíritu de rendición de cuentas hacia ella.⁸²

80. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*, Ed. Trotta, pág. 241, nota 15.

81. Para mayor información acerca del grado de participación de la sociedad civil en los procesos de designación de los jueces Eugenio Zaffaroni y Elena Highton de Nolasco, ver los informes elaborados por la Asociación por los Derechos Civiles (ADC) sobre su designación, disponibles en www.adc.org.ar. Por su parte, en el caso de Brusa, solicitaron la remoción del juez la Central de Trabajadores Argentinos (CTA), el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), la Asociación de Docentes de la Universidad Nacional del Litoral (ADUL) y el Foro contra la Impunidad y la Justicia. Para otro ejemplo de participación de la sociedad civil en instancias análogas, ver la intervención del CELS objetando el ascenso de militares y obligando a que esta cuestión fuera discutida en el Senado en una audiencia pública (www.cels.org.ar).

82. Esta característica del caso “Patti” es resaltada por Czikik como especialmente valiosa. Así sostiene: “¿Qué méritos tiene entonces la historia de Patti por sobre los otros precedentes? Sencillamente el de que esta vez, a diferencia de las anteriores, ha sido el pueblo, a través de sus representantes, los que tomaron la decisión. *La ciudadanía se involucró de esta manera en la interpretación de la constitución, como de otro modo no habría podido hacerlo si ésta hubiera sido tomada por el poder judicial*. Con esto no quiero implicar que el control de constitucionalidad deba dejar de ser judicial. Simplemente simpatizo con la idea de que la ciudadanía tenga la posibilidad de intervenir en las discusiones respecto de la interpretación de la constitución. *El caso Patti otorgó esa posibilidad*” (el resaltado en bastardilla es de mi pertenencia).

Esto se ve corroborado por la reciente decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de publicar el caso "Patti" dentro de la lista de casos de trascendencia pública que amerita la convocatoria a presentación de *amicus curiae* para promover la participación ciudadana en su discusión y resolución.⁸³

La institucionalización de esta discusión con este grado de apertura pública tiene importancia porque evidencia el reconocimiento de que esta cuestión tiene consecuencias para regular el modo en que se desempeñan los poderes públicos y exigir que se esté afianzando la construcción de una sociedad y un gobierno democrático.

Pero también, y fundamentalmente, estos procesos de discusión son importantes porque movilizan una discusión colectiva sobre qué consecuencias tiene el pasado para nuestro presente y futuro. En este sentido, la discusión acerca de cómo se deben valorar distintas clases de participaciones en el último régimen *de facto* y qué consecuencias se le deben otorgar, implica una deliberación ciudadana e institucional sobre los alcances del art. 36 de la Constitución Nacional para determinar la idoneidad para ocupar un puesto público.

Entiendo que en vez de haberse instalado un "caza de brujas" por la que se pretendiera la exclusión de la vida pública con base en una mera participación objetiva en el anterior régimen *de facto*, la discusión de cada caso fue dando contenido al concepto de idoneidad en función de las distintas precisiones y valoraciones que se efectuaron de la trayectoria completa de cada uno de los candidatos o funcionarios objetados. De este modo, este procedimiento llevó a la adopción de un estándar sustantivo de exclusión más estricto que el propiciado por el TEDH, que como se viera, no requería para justificar la validez de esta clase de proceso que se determinara el grado concreto de participación que había tenido la persona cuestionada.

De este modo, estos procesos son especialmente valiosos no sólo porque permitieron dar legitimidad a la decisión a la que se arribó en cada uno de ellos, sino también porque contribuyeron a reflexionar colectiva e institucionalmente sobre esta cuestión y, en consecuencia, a fortalecernos como sociedad *democrática transicional*.

83. Cf. sitio web de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, www.csjn.gov.ar, publicando el caso P.1763.XLII - REX «Patti, Luis Abelardo s/ promueve acción de amparo c/ Cámara de Diputados de la Nación» en los términos de la Acordada 14/2006.

Las paradojas de la democracia: excluyendo voces del proceso deliberativo

Federico Orlando*

1. Introducción

Actualmente, en diversas partes de América Latina—inclusive en Argentina, claro—, los Gobiernos, los partidos políticos, los medios de comunicación, organizaciones no gubernamentales y diversos sectores de la sociedad han comenzado a comprometerse, con algunas dudas, obstáculos y diferencias, con la defensa de los derechos más fundamentales del hombre. Pero, lamentablemente, este proceso de fortalecimiento en la defensa y la promoción de ciertos derechos básicos no es acompañado por una discusión robusta sobre el papel que tiene, en el mismo, la democracia.¹

En esta línea, así como muchos/as abogan para comenzar a tomarnos en serio nuestros derechos, quizás sea necesario, también, que repensemos ciertas categorías conceptuales que giran en torno a la idea de democracia. En consecuencia, tomarnos la democracia en serio implica reconocer que ésta tiene un valor *en sí misma* que merece ser argumentado. Que merecen ser discutidos sus límites y sus fundamentos.

Para dar inicio a la discusión que aquí propongo, en los primeros dos acápites describiré una situación que ha ocurrido recientemente en nuestro país: la decisión del Congreso Nacional de impedirle a Luis Abelardo Patti la posibilidad de acceder al cargo de Diputado Nacional. La cuestión que me interesa discutir es la de determinar con suficientes fundamentos si ella ha sido la más acertada a los fines de proteger y robustecer el proceso deliberativo; o en otros términos, si con esa decisión la democracia sería fortalecida o bien debilitada.

En el tercer apartado describiré dos concepciones sobre la democracia: una instrumental y una epistémica, defendiendo esta última a partir de sus virtudes procedimentales. A estos fines detallaré, de la forma mas simplificada y clara posible, los rasgos característicos del constructivismo ético, concepción fundamental para comprender —y defender— la tesis epistémica. En el cuarto acápite intentaré demostrar cuáles son las falencias que giran en torno a una cierta idea de paradoja de la democracia, argumentado —principalmente— que ésta, en el caso Patti, sólo puede sostenerse desde una concepción débil y contingente de la misma. En quinto lugar intentaré defender una interpretación determinada del artículo 36 de la Constitución Nacional, contrargumentando alguna lectura de esta cláusula que algunos podrían sostener como argumento para excluir a ciertos sujetos del proceso deliberativo. En sexto y último lugar, voy a proponer una posible (y genuina) paradoja de la democracia, ahora a partir de una concepción deliberativa de la misma.

* Estudiante de Abogacía, Universidad de Buenos Aires. Agradezco muy especialmente las agudas observaciones y comentarios efectuados por Roberto Gargarella, Romina Faerman y Gustavo Maurino. Asimismo, agradezco la revisión y corrección del texto que realizó Patricia Bernal. Por supuesto, los errores —sean de contenido y/o de forma— que subsistan a pesar de todo ello, deberán ser reprochables sólo al autor.

1. Por supuesto, por razones de brevedad y de objeto, las causas descriptivas y sociológicas de este fenómeno no serán tratadas en este breve ensayo.

2. Definiendo a Luis Abelardo Patti

Para comenzar a ver el problema que he propuesto en la introducción, propongo la idea de pensar en Patti bajo dos paradigmas diferentes: uno que llamaré –sólo a los fines expositivos- “débil” y otro “fuerte”. Así, un primer y “débil” acercamiento a Patti nos dice que, en los últimos 15 años, se ha dedicado a la actividad política con cierto éxito sosteniendo un discurso de “mano dura”, todo ello, en el marco de la democracia. Este mismo individuo habría tenido una destacada y activa participación en la última dictadura militar. Sin embargo, en las últimas elecciones nacionales, ha obtenido importantes resultados electorales, manifestando –a pesar de su oscuro pasado- tener un expreso compromiso con el sistema democrático y con sus reglas. Esta sería una primera visión que tenemos de Patti que llamaremos “débil”.

Pero ocurre que, dado que somos responsables indagadores sobre nuestros posibles representantes, nos damos cuenta que Patti tiene una segunda “cara”, un tanto más “oculta y tortuosa”. Esta es la idea “fuerte” de Patti. Resulta que algunos archivos explicitan que Patti es un dirigente político que ha violentado el sistema democrático y los valores fundamentales de éste durante la última dictadura militar y que, a pesar de su posterior participación política en la democracia, no se puede observar tanto de sus discursos como de sus acciones, un compromiso consistente con la misma. Esta segunda visión del mismo sujeto nos permite suponer que el concepto de democracia de Patti es débil y que sólo es aceptada por él, en tanto reglas de un juego que, de ser posible, cambiaría. Probablemente, quien sostenga esta tesis “fuerte”, podría llegar a concluir que Patti sólo quiere acceder a los resortes del poder democrático con el único fin de ponerlos en crisis.

Como vemos, tenemos dos posibles ideas sobre quién es Patti y, por lo tanto, qué representa Patti para la democracia. Posiblemente, una lectura rápida nos haga llegar a una conclusión que lejos está de ser cierta: si con la idea “débil” de lo que representa Patti acordamos “fácilmente” en que éste debe ser excluido del debate democrático, ¿cuanto más si adoptamos la segunda idea, la tesis “fuerte”, quizás la más cercana a la verdad? Pero aun adoptando ésta última, creo que es válido seguir preguntándonos aquello que motiva estos párrafos. Dicho de otra manera: aun asumiendo que Patti ha violado sistemáticamente el sistema democrático, que ha destruido y erosionado todos los valores que esta democracia intenta sostener, que es un dirigente que sólo acepta la democracia porque pocas posibilidades le quedan de estar en desacuerdo con ella, que es un fiel representante de la dictadura más violenta de nuestra historia, que reivindica la comisión de determinados delitos, etc., aun así ¿existen buenas razones para no permitirle jugar este juego llamado democracia?; la democracia argentina, ¿pierde o gana sin un dirigente como Patti en los órganos deliberativos? Propongo entonces que, en adelante, se entienda que Patti representa la segunda idea descripta, la tesis “fuerte”.

2. Patti y la negativa a ser parte del Congreso nacional

Como dije, en las últimas elecciones, Patti ha sido electo como diputado nacional con un importante caudal de votos. Así, le hubiese correspondido jurar como diputado nacional en representación de aquellos votantes. Empero, a pesar de no haber recibido

impugnaciones como candidato, la Cámara de Diputados resolvió impedir su incorporación al recinto.

Ahora bien, adentrémonos en algún argumento esgrimido por algún representante del pueblo de la Nación para tomar semejante decisión, teniendo siempre en mira las características de la idea “fuerte” de Patti. Vale aclarar, una vez más, que dejaremos de lado aquellas razones que se pudiesen dar y que giran en torno a la cuestión de si el Congreso tiene o no facultades para tomar esta decisión –razones que veremos sucintamente en el acápite 5-. Nos centraremos, entonces, en los argumentos que podrían esgrimir algunos/as diputados/as nacionales para sostener que un sistema democrático requiere de ciertas exclusiones para preservarse.

Intuyo que el argumento principal lo podemos resumir en una exposición, la del Diputado Nacional Miguel Bonasso. Para éste la discusión sobre la aceptación o rechazo de Patti es una discusión sobre la defensa de la calidad de la democracia. Por esta razón, el diputado Bonasso sostuvo que *“la defensa de la democracia supone, efectivamente, el respeto a la voluntad popular pero también supone el respeto irrestricto a los derechos humanos, porque si mañana la voluntad popular decidiera que exista la pena de muerte, en contra de nuestra Constitución, la voluntad popular estaría errada”*.² La significación que expresa esta categórica declaración es que el sistema democrático y su defensa supone que algunos personajes como Patti –en el sentido que ya caracterizamos– no sean partícipes del mismo. Las razones que esgrime el Diputado, en virtud del párrafo transcrito, pueden ser resumidas de la siguiente manera: la democracia parece conllevar una tensión entre la voluntad popular –en este caso expresada en las votaciones– y el respeto a ciertos derechos fundamentales previstos en la Constitución. Así, cuando esta voluntad popular, a través de una decisión, contradice cierto derecho fundamental, la Constitución debe ser un límite imposibilitando que esta decisión sea tomada. Es interesante el planteo del Diputado: la voluntad popular poco tiene que decir sobre el contenido de la Constitución, y la democracia así entendida sólo parece justificarse como un medio idóneo para la defensa de estos derechos fundamentales, que cuando se hallan amenazados por el pueblo, debe priorizar *cierto* contenido de la Constitución.

En este sentido, de todas estas proposiciones, para el Diputado Bonasso parecen inferirse ciertas conclusiones: toda persona que haya cometido determinado tipo de delitos violentando derechos fundamentales –o, lo que es lo mismo: la Constitución–, debe ser castigado por la democracia –o los representantes del pueblo– de la siguiente manera: este sujeto no merecerá el título de participante del proceso deliberativo. Llama la atención el papel de los Diputados frente a la voluntad popular: los representantes deben ser quienes *corrijan* al pueblo cuando éste se equivoque en cuanto a lo que sus decisiones determinen. Las críticas y debilidades de esta concepción serán tratadas en el acápite 5.

3. Algunas ideas en torno a la democracia

Tal como lo anticipé en la introducción, la problemática que estamos considerando puede intentar resolverse a partir de la adopción de una determinada teoría de la democracia.

2. Ver el debate en <http://www1.hcdn.gov.ar/sesionesxml/provisorias/124-14.htm>.

Esto es, una tesis que fundamente y, a la vez, otorgue límites a la democracia. En un atinado ensayo, Félix Ovejero Lucas³ destaca que la democracia posee un problema de fundamentación: si algún extraterrestre nos preguntase ¿por qué la democracia y no otro sistema? Las respuestas serían de diversa índole y no serían, justamente, claras y consistentes. El autor, entonces, nos señala que se puede hablar de tres grandes maneras de responder a esta pregunta: una tesis instrumental, una historicista y una epistémica. Como veremos, me interesa mostrar las tesis instrumental y la epistémica, por ello me centraré en éstas, dejando de lado la descripción de la tesis historicista.

La primera de ellas se caracteriza por entender a la democracia como un instrumento. Su cercanía a una concepción utilitaria de la democracia es tan clara como los rasgos consecuencialistas de sus argumentos. Básicamente, esta concepción sostiene que la democracia se encuentra fundamentada en tanto es el mejor sistema institucional que permite maximizar el bienestar general de la comunidad. Justamente, “la democracia se justificaría en nombre del bienestar porque la democracia es la traducción de unas preferencias individuales que son, por definición, la expresión de las demandas de bienestar”.⁴ La principal crítica que puedo realizar a esta concepción de la democracia es que ésta se encuentra justificada en tanto y en cuanto sea el mejor medio posible para lograr aquel objetivo (que para los utilitaristas será el bienestar de la comunidad). La democracia es, por lo tanto, superable si otro medio nos asegura de mejor manera aquel objetivo primario.

Como podemos observar, la tesis instrumental no alcanza para dar un sustento autónomo a la democracia en términos kantianos: que la democracia pueda justificarse en sí misma independientemente de otras cuestiones (así sea el bienestar general o los rasgos culturales aceptados por una sociedad en un momento histórico determinado).

La tesis epistémica, parece acercarse a una idea plausible de justificación en el sentido que acabo de destacar. Esta tesis sostiene que la democracia es un principio irrefutable que perdura a través de los diferentes momentos históricos. En consecuencia la idea de “superar” la democracia es un “sinsentido”, “la democracia es básica, no discutible, fundante: no hay razones ulteriores que la cimienten. No sólo que no sea superable, es que la misma idea de superación resulta un sinsentido, no se sabe muy bien qué quiere decir.”⁵

Los fundamentos de una concepción epistémica de la democracia podemos hallarlos en el constructivismo ético. Para ello, es sumamente esclarecedora la descripción –y defensa– realizada por Carlos Nino. Dicha cosmovisión establece que mecanismos como el debate y el diálogo nos permiten tomar decisiones no buenas o malas, sino correctas o incorrectas.⁶ Dicho de otro modo: la decisión que emane de un discurso moral cumpliendo con las precondiciones del mismo, será la mejor posible. Ahora bien, ¿cuál es la estructura de ese discurso moral? En el marco del mismo no se encuentra prevista la posibilidad de

3. Ovejero Lucas, Félix. “Teorías y fundamentaciones de la democracia”, en *Republicanismo contemporáneo*, Andrés Hernández comp., Siglo del Hombre editores, 2002.

4. Op. cit, página 168.

5. Op. cit, página 192.

6. Por supuesto, existen divergencias entre diferentes autores sobre ello. Habermas, por ejemplo, sostiene que el producto final de una deliberación es la respuesta correcta en términos morales. Para Nino, en cambio, no será la respuesta correcta sino la mejor posible.

establecer argumentos falaces, o aquellos que remitan a autoridades divinas o humanas. Nino diría que “el discurso moral está dirigido a obtener una convergencia en acciones y actitudes, a través de una aceptación libre por parte de los individuos, de principios para guiar sus acciones y sus actitudes frente a acciones de otros”.⁷ Este es entonces el rasgo característico del discurso moral: su autonomía. Ahora bien, esto no es suficiente para asegurar un consenso en cuestiones morales. Hace falta la condición de imparcialidad en sus participantes. Ésta exige considerar cada interés de los participantes del discurso moral por sus propios méritos y no tomando en cuenta la persona en quien se origina; requiere que la concepción de otras personas esté incluida en nuestras propias valoraciones. Nino dirá que “el aspecto formal básico del discurso moral, que consiste en adoptar un punto de vista imparcial, no sería un rasgo distintivo del discurso moral sino que sería un presupuesto fundamental del mismo”.⁸

Por otro lado, y siguiendo con las precondiciones, encontramos en la teoría de Nino tres principios morales que exigen su reconocimiento y aceptación para dar esa discusión moral. Estos principios son: el de autonomía, el de dignidad y el de inviolabilidad. Resumidamente, el principio de autonomía implica reconocer la libre elección de concepciones personales de lo bueno y de planes de vida basados en ellas. El principio de inviolabilidad prohíbe que los individuos sean despojados de la posibilidad que otorga el primer principio; y el de dignidad exige que la voluntad de todo hombre sea tomada en serio. Esto se condice con el imperativo categórico kantiano de que *el hombre debe ser un fin en sí mismo*. Por último, es necesario que todo debate moral tenga como precondición el igual respeto de cada una de las voces. Esto es, no sólo que todos puedan expresarse, sino que lo hagan en igual condición.⁹

De esta manera, la norma básica del discurso moral surge como resultado de poder cumplir las precondiciones de un proceso deliberativo: los principios morales, una idea de igualdad, la autonomía del discurso y el principio de imparcialidad. Así, podríamos sostener que aquella norma básica es el contenido de un acuerdo mínimo tácito que suscribiríamos *hipotéticamente* cuando participamos seria y genuinamente en un discurso moral. En otros términos, cumplidas estas precondiciones y logrando esta norma básica, estaremos en condiciones de “sentarnos” para discutir sobre cuestiones morales. El resultado de esa discrepancia, gracias al cumplimiento de esos requisitos procedimentales subyacentes, no será una solución buena o mala sino que será la mejor solución posible. Solución que nos permitirá determinar cuáles son nuestros derechos fundamentales, cuáles son sus contenidos y cuáles sus alcances.

La institucionalización de la discusión moral es la democracia. O dicho de otro modo: la democracia es el sucedáneo institucionalizado del discurso moral como práctica social. La razón es sencilla: la discusión, la defensa pública de diversas opiniones, la igualdad de

7. Nino C; *Ética y derechos humanos*, Editorial Astrea, página 109.

8. Op. cit.; Pág. 117.

9. La discusión de si esta idea de igualdad se encuentra contemplada en el principio de autonomía, o bien en la condición de imparcialidad, o bien es autónoma a ellas, debe dejarse de lado. Sin embargo, me arriesgo a decir que este requisito de “igualdad procedimental” es un requisito, y por lo tanto necesario, en toda discusión moral. Asimismo, la necesidad de robustecer el procedimiento deliberativo a través de reconocer la igualdad de sus participantes puede verse en autores como John Ely, Owen Fiss, etc.

las voces para participar en un proceso deliberativo, etc., que conforman el marco institucional de una democracia “conforman un conjunto de circunstancias y procedimientos que sin ser, en rigor, ellos mismos principios normativos, permiten acercarse a las mejores opiniones prácticas”.¹⁰ Es necesario reconocer que la virtud de la democracia epistémica se encuentra relativizada por el cumplimiento de determinados factores. Nino, en este sentido, ha expresado que “la capacidad epistémica de la discusión colectiva y de la decisión mayoritaria para detectar soluciones moralmente correctas no es absoluta, sino que varía de acuerdo con el grado de satisfacción de las condiciones que subyacen al proceso. Estas condiciones son: que todas las partes interesadas participen en la discusión y decisión; que participen de una base razonable de igualdad y sin ninguna coerción; que puedan expresar sus intereses y justificarlos con argumentos genuinos; que el grupo tenga una dimensión apropiada que maximice la probabilidad de un resultado correcto; que no haya ninguna minoría aislada, etc.”¹¹ Seguiré entonces, elaborando el análisis desde esta última concepción.

4. La (supuesta) paradoja de la democracia

Muchos de quienes defienden una tesis epistémica de la democracia podrían sostener que el caso de Luis Patti es una buena muestra que nos permite ver una supuesta paradoja en la democracia. Esta paradoja supone que si bien la democracia parece ser defendible por su valor epistémico, hay determinadas voces que *por sus posiciones morales sobre determinadas cuestiones*, al contrario de robustecer el proceso deliberativo de una democracia, lo debilitan.¹² Por consiguiente, un supuesto defensor de esta idea si analizase el caso de Patti podría sentenciar que la asunción de este tipo de sujeto que secuestró, torturó y mató personas debilitará el sistema democrático pudiendo silenciar a sus pares o bien incumpliendo con el “respeto mutuo”,¹³ violentando a las instituciones democráticas. Conseguimos observar claramente la similitud entre el argumento esgrimido por el diputado Bonasso y un defensor de la paradoja de la democracia.

Parecería que quien sostiene una tesis epistémica de la democracia podría sostener una paradoja y fundamentar, de este modo, la exclusión de Patti de un órgano deliberativo. No obstante, sostener esta posición implica errar un punto sustancial: si se es coherente con una idea epistémica de la democracia difícilmente se podría excluir a un sujeto de un proceso deliberativo, y aun siendo posible no sería el caso de Patti. Me dedico, entonces, a fundar esto último.

En primer lugar, a la idea de que Patti silenciará a sus pares y que incumplirá el “respeto mutuo”, se le podría responder que, ciertamente, este individuo ha demostrado en los últimos años un compromiso con el sistema, participando durante 15 años en el ejercicio democrático, y mayor muestra de un respeto por las instituciones que ésta es difícil de encontrar.

10. Ovejero Lucas, Felix. Op. cit, página 197.

11. Nino, Carlos. *La constitución de la democracia deliberativa*, página 180.

12. Una buena descripción –y defensa– de esta postura la podemos encontrar en el texto de Demián Zayat, que forma parte de este debate.

13. Op.cit.

Además, suponer que si Patti llegase a ser diputado, éste imposibilitaría el debate –amedrentando a sus pares, por ejemplo- es un hecho que difícilmente se dé en la realidad política de un país medianamente “mejorado” en cuanto a instituciones políticas se refiere.

En segundo lugar, cabe preguntarnos una idea deliberativa de la democracia como la antedicha, ¿se condice con la exclusión –por razones de ciertas concepciones morales *a priori*- de ciertas voces de ese proceso deliberativo? Podemos aventurar una respuesta: parecería que no, y no es posible por la sencilla razón de que cuantas más voces participen en este proceso mejores razones tendremos para pensar que el producto de esta deliberación será la mejor respuesta posible. Es decir, en un proceso deliberativo donde son respetados los principios de autonomía, de igualdad y de imparcialidad, se fuerza a todo/a participante a que someta a juicio de sus semejantes todos y cada uno de sus argumentos, aceptando –este/a participante- la posibilidad de cambiar de posición. De esta manera, el compromiso moral de la democracia se traduce en precondiciones del discurso moral, que por ser procedimentales no son “no-sustantivos”. Si Patti es respetuoso de estos requisitos procedimentales –¿hay buenas razones para creer lo contrario?- los argumentos que sostienen su exclusión dejan de ser relevantes. En este sentido, Patti no nos da buenas razones para creer que callará las voces de sus pares, y esto independientemente de lo antipáticas que puedan ser algunas de sus posiciones. Regresando al punto anterior: aun suponiendo lo peor de Patti, que sus verdaderas intenciones respecto a la democracia sean otras, lo único que podemos sostener es que este individuo ha decidido jugar el juego de la democracia respetando sus reglas. Por tal motivo, se torna problemático sostener la idea de que Patti, habiendo expresado cierto compromiso con el sistema democrático, violente la autonomía que el discurso moral exige como precondición. En este sentido, tomarnos en serio la democracia –epistémica, claro- implica fundamentalmente darle valor al proceso deliberativo. Y esto conlleva, entre otras consecuencias, creer que en el debate Patti podrá cambiar su posición o que sus pares se vean convencidos por sus argumentos.

Nótese, entonces, cuál es el punto que destaco: la exclusión de una voz de un proceso deliberativo no podría producirse, tal como la paradoja lo expresa, por alguna valoración moral que de ella se haga –por ejemplo si Patti defiende la tortura como mecanismo “idóneo” para la averiguación de delitos-. No niego la posibilidad de una paradoja, lo que pongo en tela de duda es que ésta esté justificada según lo han hecho algunos de sus defensores, es decir, según si lo que sostiene moralmente Patti sobre determinadas cuestiones –la integridad física, el valor de la república, etc.- nos guste o no. En todo caso –y a ello dedicamos el último acápite- la (posible y genuina) paradoja de la democracia será por otras razones.

En tercer lugar, el error fundamental del diputado Bonasso y de quienes defienden la (supuesta) paradoja de la democracia es que el concepto de democracia sobre el cual la fundan parece asemejarse a una idea instrumental, pero no epistémica de la misma. La idea esbozada por éstos/as parece sostener que la democracia tiene que ver con la toma de decisiones sobre la vida colectiva, criterio que una tesis epistémica comparte y sostiene. Sin embargo, la democracia se encontraría justificada porque representa la mejor manera de defender ciertos derechos fundamentales. Sólo así se puede justificar esta idea de que la exclusión de determinadas voces, en virtud del contenido que de ellas emana, permite cuidar a la democracia: si excluimos ciertas voces –como Patti, por ejemplo- podemos

proteger ciertos derechos –como el de la integridad física ante la tortura- e instituciones fundamentales –no reivindicación de la dictadura militar-. Sólo así podemos entender que la democracia requiere un examen *a priori* de ciertas posiciones morales.

Si bien esta idea encuentra una importante aceptación en muchos/as teóricos políticos, filosóficos y jurídicos,¹⁴ creo que, fundamentalmente, posee tres grandes problemas. Primero, cae en los obvios problemas que goza toda tesis “fundamentalista”,¹⁵ esto es, ¿qué derechos fundamentales deben ser protegidos? ¿Su positivización internacional es el criterio de validez para responder a ello?, etc. En segundo lugar, esta posición deja de darle valor al proceso deliberativo de la democracia pues duda, con razones poco consistentes, de la capacidad de la democracia para transformar preferencias impersonales de sus participantes. En este sentido, tanto el diputado Bonasso como el defensor de la (supuesta) paradoja de la democracia parecen ver a las preferencias y a los intereses de las personas como inalterables. Por último y principalmente, el problema de concebir a la democracia de esta manera conlleva la consecuencia de su perdurabilidad. La democracia así entendida tiene un punto final: podemos cambiar la manera de autogobernarnos si encontramos otro medio que proteja mejor aquellos bienes. Pensemos, por ejemplo, en un dictador benevolente, ilustrado, conocedor de los intereses ciudadanos: ¿seguiríamos, en este caso, defendiendo un gobierno democrático? La democracia se torna, entonces, en un sistema sumamente precario pues la satisfacción del bien colectivo puede prescindir de la vía democrática. Y si la democracia es superable, puede separarse la idea de democracia de la de progreso moral, estableciendo una relación meramente circunstancial entre moralidad y democracia. Así, “el problema de justificar la democracia por sus consecuencias positivas para el goce del bien reside en que ella es un modo demasiado contingente para adscribir valor a la democracia”.¹⁶ Sostener lo contrario implica vaciar a la democracia de su contenido sustantivo para tornarla un mero instrumento, a los fines de asegurar algunos derechos, acercándose a una posición mas fundamentalista e instrumental que epistémica. Sin embargo, si sostenemos que el valor de la democracia radica en un proceso deliberativo robusto entonces podemos pensar que existe una conexión que no es meramente instrumental entre lo que decide una mayoría y lo que es moralmente correcto. La justificación epistémica que estoy defendiendo es “un intento de relacionar de manera intrínseca al sistema democrático con lo que es moralmente correcto, es decir, de establecer una conexión de principio entre la regla de la mayoría y las razones morales o el valor moral”.¹⁷

5. El artículo 36° de la Constitución Nacional

El defensor de la (supuesta) paradoja de la democracia podría traer a colación un último argumento. La Constitución establece las reglas del juego democrático y la exclusión

14. Ejemplos de ello son Mill, John Stuart, *Considerations on representative government*; Schumpeter, *Capitalismo, Socialismo y Democracia*; Dahl, Robert, *Preface to democratic theory*.

15. Utilizo la noción de fundamentalismo en el mismo sentido en que es utilizado en Ackerman y Rosenkrantz, “Tres concepciones de la democracia constitucional”, Centro de Estudios Institucionales.

16. Nino, *La constitución de la democracia deliberativa*, página 106.

17. Rosenkrantz C., “La teoría de la democracia epistémica revisada”, en *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Harold Koh y Ronald Slye compiladores, Gedisa, 1999, páginas 279-293.

de la que venimos hablando parecería encontrarse justificada justamente en el artículo 36 de la Constitución Nacional¹⁸. Zayat, en su ya citado ensayo destaca que “la existencia de una norma como la del artículo 36, que básicamente dispone que la Constitución mantendrá su imperio aún si se interrumpiera el orden democrático, y que impone sanciones a los autores de los actos de fuerza que se realicen contra la Constitución, viene a consolidar la idea de Constitución como proceso democrático. (...) De este modo, se dispuso que las personas que hayan participado en dichos actos deben ser sancionados y excluidos de la vida pública, impidiéndoles ocupar cargos públicos a perpetuidad”.¹⁹ Son muchos los constitucionalistas en Argentina y en Estados Unidos que apoyan la tesis de que la obligatoriedad de la Constitución radica en que el sistema democrático requiere de ciertas restricciones que permitan su funcionamiento,²⁰ y para Zayat, parecería que la interpretación correcta del artículo es ésta: una restricción que facilita el funcionamiento del sistema democrático.

Ciertamente, algún argumento que esbozaría quien sostiene esta idea sería que esta suerte de “pena” cumple la función de desalentar a futuros violadores, o bien que ésta se encuentra justificada por el temor que genera en la sociedad el pensar en la clase de uso del aparato coercitivo que aquellos sujetos pudiesen darle.²¹ Es innegable la similitud entre esta decisión y los argumentos esgrimidos por el Diputado Bonasso. Repitiendo lo antes dicho: cuando se produce una tensión entre la decisión popular y determinados derechos previstos en la Constitución, los resortes democráticos deben actuar resolviendo esta tensión a favor de lo que prescribe nuestra Carta Magna.

Antes de realizar un intento de crítica a esta idea, debo destacar que el punto que alienta este ensayo es, definitivamente, otro. Lo que intento poner en tela de discusión -incluso sin pretensiones de dar respuestas contundentes al respecto- no es si la decisión de los legisladores tenía sustento normativo en el artículo 36 o no, sino cuándo la democracia puede excluir voces del procedimiento que ella misma supone -si es que juzgamos que exista tal posibilidad, claro-. En este acápite me interesa ahondar en la idea de la exclusión del proceso deliberativo presuponiendo la idea de la Constitución como límite, y si éste, tal como fue planteado, es un argumento plausible para sostener la decisión tomada por nuestros legisladores.

18. Artículo 36. “Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos. Sus autores serán pasibles de la sanción prevista en el artículo 29 inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas. Tendrán las mismas sanciones quienes, como consecuencia de estos actos, usurparen funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o las de las provincias, los que responderán civil y penalmente de sus actos. Las acciones respectivas serán imprescriptibles...”

19. Zayat, Demián, op. cit.

20. El debate sobre los límites de las decisiones de los representantes del pueblo respecto a lo previsto en la Constitución es por demás interesante. Para profundizar sobre ello propongo la lectura de Holmes, Stephen, “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, en Jon Elster y Rune Slagstad comp., *Constitucionalismo y democracia*, Fondo de Cultura Económica, Pág. 217-262. Para su crítica ver Rosenkrantz, Carlos; op. cit.

21. Por obvias razones de objeto, las discusiones sobre la eficacia y la legitimidad de la pena en el castigo de este tipo de hechos las dejaré de lado.

Es interesante, entonces, comenzar preguntándonos qué entendemos cuando sostenemos esta idea de la Constitución como límite al proceso democrático. Es decir, ¿a qué tipos de límites estamos haciendo referencia cuando de Constitución se habla? Si entendemos como límites a *vedar la posibilidad de quiénes pueden o no tomar cierta decisión pública*, o bien si entendemos como límite a que *ciertas decisiones no puedan ser tomadas*. Para resolver esta disyuntiva bajo la idea de democracia que vengo defendiendo, creo que debemos tener en mira que la restricción no debe justificarse simplemente como un mecanismo que facilitaría y permitiría que el sistema –democrático deliberativo– funcione, sino como un medio que permita aumentar el valor epistémico de la democracia. En este sentido, entender el artículo 36 de la CN como una cláusula que facilita y permite que el sistema democrático funcione, no toma en cuenta los requisitos procedimentales que subyacen a todo discurso moral. Ahora bien, entenderla como un medio que agrega valor epistémico a la democracia tendría el problema de, en primer lugar, no poder aplicarse al caso "Patti" por las razones ya expuestas; y en segundo lugar, presupone que la Constitución sí dice algo sobre las limitaciones al proceso deliberativo en cuanto a los participantes del mismo. Pero, una vez más, esta segunda proposición desnaturaliza la idea de límite al proceso mayoritario. Cuando sostenemos que la Constitución impone vallas a las decisiones mayoritarias, lo que estamos diciendo no es otra cosa sino que la Constitución prescribe que determinadas decisiones no pueden ser tomadas –o de serlo, no serán válidas–, pero creo poder sostener que la Constitución no dice nada sobre quiénes pueden sentarse a discutir democráticamente. En este sentido, podemos reconocer dos tipos de límites: aquellos que surgen de los requisitos procedimentales y aquellos que emanan de la Constitución. Estos últimos no están vinculados con los primeros, pues sólo nos dicen algo respecto a qué decisiones pueden tomarse y cuáles no, pero no sobre quiénes pueden tomarlas.²² Así, aun entendiendo al artículo 36 como una cláusula limitativa, ésta debería ser entendida como un límite en el segundo sentido, es decir, un límite sobre las decisiones pero no sobre los sujetos legitimados para participar en su proceso de formación. Juzgar al artículo 36 bajo esta perspectiva nos permite ser consistentes con aquella idea de restricción que enriquece el valor epistémico de la democracia.

Ahora bien, esta última idea nos da otro argumento de por qué Patti sí puede participar del proceso deliberativo. Si entendemos que la Constitución es un límite a ciertas decisiones del pueblo, ¿por qué no permitir un proceso deliberativo robusto? En este sentido, si lo que nos preocupa es que Patti nos pueda convencer sobre la legitimidad de la tortura, ¿por qué excluirlo del debate al respecto si la Constitución es clara respecto a la misma? Con mayor razón si tenemos en cuenta los diversos instrumentos internacionales de derechos humanos que poseen jerarquía constitucional.

22. Alguien podría sostener con buenas razones que los requisitos procedimentales, por su carácter moral, también son límites a ciertas decisiones y por tanto no se refieren sólo a quiénes pueden tomarlas. Omito esta discusión por dos razones. En primer lugar, por cuestiones de tiempo; pero, en segundo lugar, porque creo que sostener esto no contradice mi idea de límite establecido en la Constitución. Es decir, aun sosteniendo esto último de los requisitos del discurso moral, puedo seguir sosteniendo con idénticas razones que la Constitución sólo se refiere a ciertas decisiones y no a quiénes pueden tomarla.

6. Una posible (y genuina) paradoja de la democracia

Subsiste un interrogante acerca de una posible paradoja en la democracia: aceptando una visión deliberativa de la misma, como la que aquí ya caractericé, podría llegar a sostener una suerte de paradoja que se puede expresar en dos grandes ideas. La primera radica en que, si cumplimos todos los requisitos subyacentes a un proceso deliberativo ideal, la decisión de éste podría llegar a exigir su fin. Es decir, podría llegar a suceder que la democracia tome democráticamente –redundancia aparte– la opción de que ésta debe dejar de existir: un proceso deliberativo consistente con los requisitos procedimentales puede llegar a decidir el fin de ese mismo proceso. Igualmente, subrayaría que, presuponiendo el cumplimiento de aquellos requisitos, difícil es que esta opción realmente exista. Es decir, al participar de un proceso semejante con las virtudes que expresé que tiene, es poco posible que sus participantes, convencidos de las ventajas de este proceso, decidan su fin. Una vez más, esto es contra-fáctico aunque, no por ello, deja de ser una posibilidad plausible.

La segunda expresión de una posible (y genuina) paradoja de la democracia implica sostener que ésta sí puede excluir voces de ella. Pero esta exclusión, en todo caso, sólo podría suceder en el caso en que algún/a participante del proceso deliberativo no respete aquellos requisitos procedimentales. Si un grupo de personas se pone de acuerdo con que el diálogo es la mejor manera de determinar quién de ellos/as será el/la que los conduzca, aquél que intente utilizar un garrote para imponer su voluntad difícilmente será aceptado en ese debate. Otro ejemplo podría ser la existencia de grupos o individuos que se caractericen por callar voces imposibilitando la expresión de otros.²³ En este sentido, estos sujetos no estarán respetando la idea de igualdad que supone el discurso moral. Estos “derechos a priori” que intenta resguardar la democracia nos dan la pauta de que existen buenas razones –pero sumamente delicadas– para creer que hay voces que pueden –y hasta deben– ser excluidas del proceso deliberativo.

Sostener que la Constitución es conformada a través de una práctica discursiva colectiva implica defender la postura de que todos pueden –y quizás deben– participar en ella, salvo aquellos que no respetan la autonomía de sus pares o bien que callen voces. Y la idea de excluir sobre la base de no respetar la autonomía o la igualdad discursiva no responde tanto al reproche moral de este tipo de actitudes, sino justamente a la preservación de esta práctica que, como comunidad, encontramos valiosa.

Pero como adelantáramos inicialmente, el objeto de este breve ensayo es otro. Pues las preguntas que circundan estos párrafos intentan –y sólo son un intento– de inicio de una reflexión y un debate sobre cómo la democracia puede –y hasta debe– reaccionar ante determinados sujetos que mantienen discursos difíciles de defender. En algún punto, estoy sosteniendo que ya es tiempo de pensar en cómo la democracia debe responder a hechos del pasado que, sin ningún lugar a dudas, han tocado el nervio central de nuestra manera de autogobernarnos. Nos referimos, por supuesto, a la dictadura más violenta de nuestra historia. Quizás reflexionar y discutir sobre ello sea una buena manera de poder empezar a tomarnos la democracia en serio.

23. La idea de voces que callan voces puede ser explorada en autores como Owen Fiss al referirse a “expresiones de odio”. Fiss O., *La ironía de la libertad de expresión*, Gedisa, 1998.

Las obligaciones por hechos del pasado y las atribuciones de la Cámara de Diputados. Glosas al proceso "Patti"

Por Diego Ramón Morales

El día 23 de mayo de 2006, la Cámara de Diputados de la Nación, por mayoría especial,¹ resolvió no admitir el diploma de Luis Abelardo Patti como diputado nacional por la provincia de Buenos Aires, por el partido Unidad Federalista (PAUFE).² La Cámara de Diputados, con fundamento en el artículo 64 de la Constitución Nacional,³ evaluó los antecedentes de participación de Patti en graves violaciones a los derechos humanos cometidas durante la última dictadura militar y concluyó que carece de idoneidad ética y moral para incorporarse al cuerpo legislativo.

La confirmación definitiva de esta decisión se encuentra, en la actualidad, en el ámbito del poder judicial, en tanto Patti ha recurrido a la justicia nacional electoral al considerar que la Cámara de Diputados carece de atribuciones legítimas para realizar una evaluación de la idoneidad ética y moral de los diputados electos. Si bien en primera instancia la jueza Servini de Cubría, confirmó la decisión de la Cámara de Diputados, la Cámara Nacional Electoral,⁴ consideró ilegítima la decisión de la Cámara de Diputados, ya que ésta carece de atribuciones para realizar la evaluación moral y ética de los diputados electos. La Cámara de Diputados presentó un recurso extraordinario federal, y la Corte Suprema deberá evaluar la legitimidad o no de la decisión de rechazar el título de diputado de Patti.

En "Patti" la Cámara de Diputados tuvo que dar una respuesta a las obligaciones del pasado con relación a personas sospechadas de participación en crímenes durante la última dictadura militar. El objetivo de este trabajo no es brindar una respuesta a todos los interrogantes que se plantean en el proceso,⁵ sino tan sólo marcar algunos comentarios sobre la legitimidad del mecanismo de evaluación utilizado.

1. La mayoría especial de las dos terceras partes de la Cámara de Diputados se conformó de la siguiente manera: 162 votos afirmativos y 62 votos negativos.

2. Según los datos de la Cámara Electoral, el Partido Unidad Federalista (PAUFE) obtuvo 394.398 votos, lo que representa el 5,25% de los votos emitidos. Ver http://www.pjn.gov.ar/electoral/documentos/Buenos_Aires-1235-d.pdf

3. El artículo 64 de la Constitución Nacional establece que "Cada Cámara es juez de las elecciones, derechos y títulos de sus miembros en cuanto a su validez...". En adelante, artículo 64 de la Constitución Nacional, artículo 64 de la C.N. o artículo 64, indistintamente.

4. Cámara Nacional Electoral, Causa "Patti Luis Abelardo s/ promueve acción de amparo c/ Cámara de Diputados de la Nación", sentencia del 14 de septiembre de 2006.

5. El proceso en su conjunto estuvo signado por algunas críticas que arrojaron dudas sobre su legitimidad. Estas críticas estuvieron vinculadas en primer lugar a la inexistencia de normas constitucionales que permitieran realizar una evaluación ética y moral del diploma de un diputado electo sobre la base de antecedentes de participación en graves violaciones a los derechos humanos durante la última dictadura militar. En segundo lugar se refirieron a la falta de condena judicial firme contra el diputado electo, con relación a su participación en estos hechos. En tercer lugar, a la falta de competencia de la Cámara de Diputados para realizar una evaluación ética y moral de los antecedentes de Patti; y por último, a la inexistencia de impugnaciones judiciales en instancias previas al acto electoral.

El análisis que propongo incorpora el proceso "Patti" en el marco de mecanismos de impugnación y depuración de personas involucradas en hechos del pasado.⁶

Con el advenimiento de la democracia en Argentina (1983) estaba claro que el cuestionamiento central al gobierno autoritario eran las graves violaciones a los derechos humanos.⁷ La búsqueda de la verdad, la investigación de esos hechos y la sanción a los responsables de las violaciones cometidas durante la dictadura fueron los objetivos que tanto Estado como sociedad se propusieron para la reformulación de este nuevo consenso. Desde esta óptica fue posible el establecimiento de una comisión encargada de informar las prácticas de la dictadura y la situación de las personas que, aún hoy, se encuentran en situación de desaparición forzada.⁸ En 1985, la Cámara Federal condenó a los jefes de las tres primeras juntas militares por los hechos del pasado.⁹

No obstante, durante el período democrático surgieron varios problemas para la concreción de estos primeros objetivos. Entre ellos, menciono el fracaso del diseño de investigación y sanción basado en la idea de autodepuración de las fuerzas armadas,¹⁰ la promulgación de leyes de punto final¹¹ y obediencia debida,¹² la falta de diligencia del poder judicial para el establecimiento del destino de los desaparecidos, la concesión de amnistía o indulto¹³ para las personas que fueron condenadas por los hechos del pasado.¹⁴

A partir de 1995, con el desarrollo de las causas por el derecho a la verdad, la imposibilidad de aplicar una condena penal a los culpables no implicó un alejamiento del poder judicial del tema, al tiempo que permitió un conocimiento minucioso de la metodología

6. Utilizaré este término para referirme a las graves violaciones a los derechos humanos cometidas durante la última dictadura militar, indistintamente. Las marcas que ha dejado ese acontecimiento me permiten el uso de la frase hechos del pasado. Por supuesto la asimilación la efectúo al sólo efecto de este artículo. No pretende ser una calificación histórica.

7. Durante el período 1976 y 1983 la junta militar ocupó el poder del estado. Este gobierno tuvo como principal método de control de la sociedad la violación masiva de los derechos humanos. El informe de la Comisión Nacional contra la Desaparición Forzada de Personas reveló las prácticas sistemáticas aplicadas por la junta militar. La desaparición de personas (el informe de la Comisión identifica concretamente la desaparición de nueve mil personas), la tortura, la prohibición de manifestaciones, entre otras acciones ilegítimas.

8. Por Decreto 187 de 1983, se creó la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP), que tenía por objeto esclarecer los hechos relacionados con el Terrorismo de estado y cuya duración se fijó en 180 días.

9. La Cámara Federal de la Nación, el día 9 de diciembre dictó sentencia en la que condenó a los miembros de las tres fuerzas armadas.

10. El procedimiento establecido preveía una investigación a cargo de la justicia militar. La ley 23.049, en su artículo 10 estableció el contralor por parte de la Cámara Federal sobre la actividad del Consejo de la Fuerzas Armadas y la posibilidad de avocación al caso en caso de incumplimiento por parte del Consejo. Finalmente, el día 4 de octubre de 1984, la Cámara se avocó definitivamente a la investigación.

11. La ley 23.492, clausuró la etapa de investigación judicial, denominada ley de punto final, de diciembre de 1986.

12. La ley 23.521, denominada de obediencia debida, impidió el juzgamiento del personal subalterno.

13. En el año 1989, el presidente Menem decidió indultar a los jefes de las Juntas Militares condenados en el juicio a las juntas militares de la última dictadura militar.

14. Excede el marco de este trabajo indicar las causas de estas reacciones estatales. Me remito a Zalaquett, J. "La reconstrucción de la unidad nacional y el legado de las violaciones a los derechos humanos", en Revista Perspectivas, Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas, Universidad de Chile, Vol. 2, Número especial, pp. 1-20.

utilizada durante la última dictadura militar.¹⁵ Aquellas leyes que garantizaron impunidad en Argentina fueron derogadas por el Congreso;¹⁶ declarada su inconstitucional por parte de jueces de primera y segunda instancia; anuladas por parte del Congreso que las dictó;¹⁷ y finalmente la Corte Suprema de Justicia¹⁸ declaró su inconstitucionalidad. En definitiva, todas estas decisiones dan cuenta de la obligación de los Estados de establecer mecanismos concretos y eficaces para la investigación y eventual sanción de aquellos responsables de las graves violaciones a los derechos humanos cometidos durante la última dictadura militar.

Las demandas de la sociedad civil con relación a los crímenes de la última dictadura militar, no se han reducido exclusivamente a la búsqueda de verdad y justicia, éstas se han dirigido también hacia otros temas íntimamente vinculados.¹⁹ Las organizaciones de derechos humanos han desarrollado, con especial énfasis, variadas acciones tendientes a impulsar mecanismos de impugnación o separación²⁰ de cargos públicos de personas sospechadas de participación en graves violaciones a los derechos humanos durante la última dictadura militar.²¹

Estas acciones han sido constantes -aunque a través de diferentes mecanismos- desde el inicio de la democracia. Barbuto²² analiza algunos de los mecanismos utilizados para la impugnación o depuración por hechos del pasado; entre ellos menciona los procesos de impugnación de asensos de militares y remoción de integrantes de las fuerzas armadas; la impugnación o remoción de funcionarios integrantes de las fuerzas de seguridad; las impugnaciones de integrantes del poder judicial;²³ así como las impugnaciones a funcionarios que ocupan cargos electivos.

15. Las causas que se reabrieron, destinadas a lograr la continuación de las investigaciones, se fundaron explícitamente en el derecho internacional de los derechos humanos, en el derecho a la verdad y como partes componentes de éste, en el derecho al duelo y al patrimonio cultural. Ver para un mayor detalle de este desarrollo, Oliveira A., Guembe M. J.; "Derecho a la Verdad", en *La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos ante los tribunales locales*; Abregu, M y Courtis, Ch., ed. Del Puerto, 1997, p. 548 y ss.

16. El 26 de marzo de 1998, mediante la ley 24.952, el Congreso derogó las leyes de obediencia debida y punto final.

17. Ley 25.579.

18. Caso "Simón", CSJN, fallo del 14 de junio de 2005.

19. Ver en este sentido, el contenido de la ley 24.411, que establece un beneficio reparatorio para las personas que aún se encuentran en situación de desaparición forzada que será percibido por los causahabientes de éstos. También, la sociedad reclamó la instalación de museos por la memoria de las víctimas de las graves violaciones a los derechos humanos ocurridas durante la última dictadura militar. El día 5 de diciembre de 2002, la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires aprobó la Ley 961, que crea el Instituto "Espacio para la Memoria". La legislatura de la Ciudad de Buenos Aires, sancionó también la Ley 392 -año 2000- que dispone que una vez finalizado el litigio y recuperados los edificios donde funcionó la Escuela de Mecánica de la Armada serán destinados para la instalación del denominado Museo de la Memoria"; entre otras demandas de la sociedad civil.

20. Utilizaré también el término depuración o separación, indistintamente.

21. Ver en este sentido, el minucioso trabajo de Barbuto, V., "Impugnation Procedures in Argentina: Actions Aimed at Strengthening Democracy", investigación realizada en el marco del Vetting Research Project del International Center for Transitional Justice (New York), a publicarse en 2007.

22. Barbuto, V., citado en nota 21.

23. Me remito en este supuesto al trabajo realizado por Sarabayrouse Oliveira, M. J.; "Poder Judicial y dictadura. El caso de la Morgue Judicial"; en Cuadernos de Trabajo del Instituto de Estudios e Investigaciones, ed. Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, Facultad de Filosofía y Letras, número cuatro, Buenos Aires, 2003. En este trabajo se destaca que la investigación administrativa para determinar la responsabilidad de los funcionarios del Poder Judicial con relación a los hechos que ocurrieron durante la última dictadura militar en la morgue judicial, ha sido utilizada por el Senado para no brindar el acuerdo necesario que debían tener los jueces que actuaron en el período 1976 a 1983, para continuar en el poder judicial en época de democracia.

Por cierto, si aquella estrategia de investigación y sanción penal de todos los responsables de graves violaciones a los derechos humanos se hubiese desarrollado sin las retracciones antes mencionadas, el conocimiento de los hechos y la eventual punición implicaría una limitación o restricción en la permanencia o acceso a cargos públicos. De allí entonces que el contenido de los mecanismos de impugnación o separación domésticos sería complementario o tributario de los procesos penales.²⁴

Con todo, el mecanismo utilizado por la Cámara de Diputados debe ser analizado de acuerdo a estos antecedentes que se sustentan en obligaciones que tiene el Estado con relación a hechos del pasado. Desde esta óptica, analizaremos la vía prevista en el artículo 64 de la Constitución Nacional. La integridad del sistema jurídico y la obligación de tomar en serio las recomendaciones realizadas por órganos de aplicación de tratados internacionales sobre derechos humanos *conceptualizan, actualizan y delimitan* el uso del mecanismo ensayado.

La impugnación y separación de funcionarios por hechos del pasado. Obligaciones de los Estados

Las respuestas de gobiernos democráticos ante graves violaciones a los derechos humanos cometidas por gobiernos militares han sido diversas. Entre ellas podemos mencionar:²⁵ respuestas vinculadas al conocimiento y reconocimiento de los hechos;²⁶ respuestas para la determinación de responsabilidades por esos hechos; respuestas de reparación a las víctimas y sus familiares;²⁷ respuestas para la impugnación y separación de los implicados en esas violaciones de cargos o empleos públicos;²⁸ y respuestas para la

24. Jonathan Miller coincide en parte con este comentario y afirma que "si las instituciones republicanas hubieran disfrutado de plena funcionalidad" la propia condena judicial habría derivado en la exoneración y en la inhabilitación para ejercer cargos públicos; Miller, J.: "Soluciones imperfectas en una democracia imperfecta", en: AAVV: "El caso Bussi. El voto popular y las violaciones a los derechos humanos". Imprenta del Congreso de la Nación, Buenos Aires, 2002, pág. 31. Este comentario no incluye, al menos en grado de hipótesis, que la investigación penal puede arrojar resultados sustanciales para el desarrollo y conclusión de un proceso de impugnación o separación de cargos públicos.

25. Las citas bibliográficas con relación a las respuestas de los Estados con relación a los hechos del pasado es extensa; por todos ver, Cohen, S.: "Estados de negación. Ensayo sobre atrocidades y sufrimiento", ed. British Council, Argentina; Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires; 2005. Ver también, "Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por el Sr. L. Joinet de conformidad con la resolución 1996/119 de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías"; en Naciones Unidas, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, del 2 de octubre de 1997.

26. Entre otros, Hayner, P., "Enfrentando crímenes pasados y la relevancia de comisiones de verdad", en *Ensayos sobre Justicia Transicional*, editado por el Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2003. pp. 117-138. Valdez, P.; "Las comisiones de la verdad. Introducción", en *Verdad y Justicia. Homenaje a Emilio F. Mignone*, IIDH, 2001, pp. 123-128.

27. Nash, C., "Las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos"; Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, julio 2004. Informe del Relator Especial Sr. M. Cherif Bassiouni, experto independiente sobre el Derecho a la restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales, presentado de conformidad con la resolución 1998/43 de la Comisión de Derechos Humanos.

28. Ver Garton Ash, T., "Juicios, purgas y lecciones de la historia", en *Ensayos sobre Justicia Transicional*, editado por Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2003. pp. 43-63.

consolidación de la democracia.²⁹ Todas esas medidas que tienen los Estados con relación a los hechos del pasado se fundan en argumentos jurídicos sólidos; no son alternativas, antes bien, tienen una fuente jurídica determinante. En casos, la constitución exige este tipo de respuesta,³⁰ en otros, los tratados internacionales sobre derechos humanos y las reglas de interpretación y aplicación que los órganos de protección emiten, se convierten en fuente de estas respuestas.³¹

Las respuestas de los Estados que se vinculan a la impugnación y depuración de los cargos públicos de aquellas personas sospechadas de participación en graves violaciones a los derechos humanos tienen diversas justificaciones. Joinet, en el informe sobre la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones a los derechos humanos,³² considera que este tipo de respuestas se encuadra dentro de las obligaciones de reparación y no repetición que tienen los Estados. Joinet entiende que para que las víctimas no vuelvan a ser objeto de violaciones que vulneren su dignidad, se impone, entre otras medidas, “la separación del cargo de los altos funcionarios implicados en las violaciones graves que se hayan cometido. Debe tratarse de medidas administrativas y no represivas, pues son de naturaleza preventiva y el funcionario ha de poder beneficiarse de garantías.”³³

Mendez,³⁴ por su parte, entiende que la obligación de depuración o separación de los cargos de personas vinculadas con hechos del pasado es una obligación autónoma del Estado; además de las obligaciones de investigar los hechos, darlos a conocer, procesar y castigar a los culpables, así como otorgar reparación, hay una obligación de “extirpar de los cuerpos de seguridad a quienes se sepa han cometido, ordenado o tolerado”³⁵ violaciones graves a los derechos humanos. La obligación de extirpar de las instituciones estatales a estas personas, es “uno de los requisitos básicos para la vigencia y el respeto de los

29. Mendez, J.; Chillier, G.; “La acción del Congreso y las obligaciones internacionales de la Argentina en materia de derechos humanos”; en: AAVV: “El caso Bussi. El voto popular y las violaciones a los derechos humanos”. Imprenta del Congreso de la Nación, Buenos Aires, 2002, pág. 45 y ss.

30. Me refiero a los artículos 29, 36 y 118 de la Constitución Nacional, entre otros.

31. Me refiero a las siguientes normas internacionales sobre derechos humanos que exigen diversas respuestas ante graves violaciones a los derechos humanos: Convención Interamericana sobre Derechos Humanos; Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad; Convención Internacional contra la Desaparición forzada de personas; entre otras. Con relación a la obligación que tienen los Estados de guiar las respuestas sobre la base de la recomendaciones de los órganos de interpretación y aplicación de los tratados de derechos humanos, ver “Giroldi, H. s/recurso de casación”, Corte Suprema de Justicia, sentencia del 7 de abril de 1995.

32. “Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por el Sr. L. Joinet de conformidad con la resolución 1996/119 de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías”; en Naciones Unidas, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, del 2 de octubre de 1997; citado en nota 25.

33. En consecuencia, Joinet, recomienda la adopción como principio de “medidas administrativas o de otra índole relativas a los agentes del Estado implicados en violaciones graves a los derechos humanos”.

34. Mendez, J.; “Derecho a la Verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos”, en *La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos ante los tribunales locales*, Abregu, M y Courtis, CH, ed. Del Puerto, 1997, p. 518.

35. Mendez, J., “Derecho a la Verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos”, art. cit. en nota 34, p. 526.

derechos humanos en los regímenes de postransición, que es el derecho de la sociedad a contar con instituciones democráticas y libres de violadores a los derechos humanos.”³⁶

Cohen,³⁷ argumenta que la “purificación”³⁸ de los implicados en los hechos del pasado, se encuadra dentro de las formulas de asignación de responsabilidad (justicia) por esos hechos. Es una fórmula de sanción colectiva “no dependiente del modelo convencional del derecho penal.”³⁹

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en *Rios Montt*,⁴⁰ consideró que las medidas de separación de órganos del Estado de personas que han atentado contra el orden constitucional tienen por objeto la protección y defensa del sistema democrático. La Comisión se pronunció sobre la prohibición *de iure* establecida en la Constitución de Guatemala, de acceder al cargo de presidente de la República, para aquellas personas que hubieran violentado el orden constitucional del sistema democrático en aquel país. Concluyó que dicha cláusula de inelegibilidad no violaba el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (referida a derechos políticos), ya que se trata de una cláusula constitucional consuetudinaria de profunda tradición en Centroamérica, que tiene por objeto la protección y defensa del sistema democrático.

El Comité de Derechos Humanos, órgano encargado de la aplicación del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, con relación al caso argentino, consideró que el Estado debía adoptar las medidas necesarias para la exclusión de personas sospechadas de participación en graves violaciones de los derechos humanos, durante la última dictadura militar, a fin de modificar “una sensación de impunidad.”⁴¹

36. Mendez, J., Chillier, G.; “La acción del Congreso y las obligaciones internacionales de la Argentina en materia de derechos humanos”; art. cit. en nota 29.

37. Cohen, S., “Crímenes estatales de regímenes previos: conocimiento, responsabilidad y decisiones políticas sobre el pasado”, en Rev. Nueva Doctrina Penal, 1997 B, p. 557 y ss.

38. En rigor el autor utiliza el término “lustración”, que como se señala en la nota de los traductores del texto es gramaticalmente correcta. Sin embargo, en la traducción se optó por el término purificación. Ver la nota de los traductores en Cohen, S.; “Crímenes estatales de regímenes previos: conocimiento, responsabilidad y decisiones políticas sobre el pasado”, art. cit. en nota 37.

39. Cohen analiza la experiencia de Europa del Este, donde este tipo de respuesta derivó en la sanción por la colaboración masiva más que por los crímenes individuales o las groseras violaciones a los derechos humanos. En este contexto, el mecanismo diseñado, señala el autor, es preferible a una pena de privación de la libertad. En Checoslovaquia, según Cohen, el modelo utilizado por el Estado para excluir de los órganos del Estado personas que habían participado en los sucesivos gobiernos comunistas, aparece en la ley de “purificación” que prohibió categorías completas de personas con grados diversos de integración en gobiernos del pasado, la posibilidad de acceder a clases específicas de empleo. La ley estableció reglas para la realización de purgas masivas, que incluyó agentes de la policía secreta y sus informantes, ex comunistas que ocuparon posiciones de autoridad desde el nivel municipal hacia arriba, miembros de la milicia popular. La ley agregó también la prohibición a ex miembros de los grupos mencionados para ocupar alguna posición de alto nivel gubernamental, y requirió a quienes se presentaran como candidatos a un puesto de trabajo acreditar formalmente que no se encontraban en ninguna de las categorías enumeradas. La ley definió entonces de manera genérica las personas que de por sí estaban excluidas de participar en cargos públicos. El establecimiento de medidas que asignan responsabilidad colectiva no conduce, necesariamente, a la identificación de los hechos y sus responsables de manera individual; en Cohen, S., “Crímenes estatales de regímenes previos: conocimiento, responsabilidad y decisiones políticas sobre el pasado”, art. cit. en nota 37, p. 578 y 579. No es el espacio para marcar las críticas a este tipo de respuesta, aunque objeciones de debido proceso o limitación de la oposición política, emergen como relevantes.

40. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso 10.804, “Rios Montt contra Guatemala”, Informe Anual 1993.

41. Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina. 03/11/2000. CCPR/CO/70/ARG. Disponible en <http://www.unhcr.ch/html/menu2/6/hrc/hrcs68.htm#70th>.

En las observaciones finales de dicho Comité de noviembre de 2000, se señaló que: "...9. Pese a las medidas positivas tomadas recientemente para reparar injusticias pasadas, incluida la abolición en 1998 de la Ley de obediencia debida y la Ley de punto final, preocupa al Comité que muchas personas que actuaban con arreglo a esas leyes sigan ocupando empleos militares o en la administración pública y que algunos de ellos hayan incluso obtenido ascensos en los años siguientes. El Comité reitera, pues, su inquietud ante la sensación de impunidad de los responsables de graves violaciones de los derechos humanos bajo el gobierno militar..."⁴²

En el año 1995, el Comité hubo de recomendar al Estado argentino que "... se establezcan procedimientos adecuados para asegurar que se relevará de sus puestos a los miembros de las fuerzas armadas y de las fuerzas de seguridad contra los que existan pruebas suficientes de participación en anteriores violaciones graves de los derechos humanos..."⁴³

Por ello, en la citada resolución del año 2000, recomendó que "...Las violaciones graves de los derechos civiles y políticos durante el gobierno militar deben ser perseguibles durante todo el tiempo necesario y con toda la retroactividad necesaria para lograr el enjuiciamiento de sus autores. El Comité recomienda que se siga desplegando un esfuerzo riguroso a este respecto y que se tomen medidas para cerciorarse de que las personas que participaron en violaciones graves de los derechos humanos no sigan ocupando un empleo en las fuerzas armadas o en la administración pública".⁴⁴

Sea que entendamos la obligación de impugnación y separación como forma de reparación o no repetición (Joinet), como requisito básico para la vigencia y respeto de los derechos humanos (Mendez); como fórmula para asunción de responsabilidad por parte de la personas comprometidas (Cohen); como obligación para la protección y defensa del sistema democrático (Comisión Interamericana de Derechos Humanos); o como obligación para vencer la atmósfera de impunidad (Comité de Derechos Humanos), lo cierto es que los Estados se encuentran obligados a tomar medidas para cumplir con obligaciones que exigen la impugnación y separación de órganos públicos de personas sospechas en participación en graves violaciones a los derechos humanos, como respuesta ante tales hechos. El abanico de medidas que pueden adoptarse es variado.⁴⁵

Asimismo estas medidas deben demostrar que el Estado realiza un esfuerzo para la concreción del objetivo de impugnación y separación, en tanto obligación de medios y no de resultado.

Además estas medidas deberán ser compatibles con las demás obligaciones que tienen los Estados en materia de derechos humanos. Así, las exigencias de debido proceso y de recurrir a la justicia son obligaciones que los Estados deberán garantizar al momento de desarrollar medidas de impugnación o separación de cargos públicos. En este

42. Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina. 03/11/2000. CCPR/CO/70/ARG. Disponible en <http://www.unhchr.ch/html/menu2/6/hrc/hracs68.htm#70th>

43. Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, CCPR/C/79/Add.46, Reunión 1411º, 53º Sesión, realizada el 5-4-95. El destacado nos pertenece.

44. Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina. 03/11/2000. CCPR/CO/70/ARG. Disponible en <http://www.unhchr.ch/html/menu2/6/hrc/hracs68.htm#70th>

45. Para un mayor conocimiento de estas medidas me remito al minucioso trabajo que aparece en este debate de Maxit, M., "El caso patti y el desafío de asumirnos como una sociedad democrática transicional".

sentido, la experiencia desarrollada en países de Europa del Este con relación a las medidas de lustración de cuerpos del Estado, ha sido objeto de diversas críticas por la inexistencia de procedimientos hábiles para determinar concretamente la responsabilidad de cada persona excluida del cargo estatal, así como la falta de recursos judiciales para su control.

La pregunta que emerge, entonces, es determinar si el mecanismo utilizado por la Cámara de Diputados puede encontrar legitimidad a partir de su inclusión dentro de la obligación de impugnación y separación de cargos públicos de personas sospechadas de participación en hechos del pasado. Por ello, el escrutinio del procedimiento utilizado dentro del mecanismo de impugnación y separación y la decisión de exclusión como cuestión política no justiciable, serán asuntos relevantes a la hora de establecer la adecuación de la medida de separación con las demás obligaciones del Estado.

El mecanismo de evaluación del artículo 64 de la C.N

La habilitación del proceso utilizado por la Cámara de Diputados en Patti se fundó en las atribuciones previstas en el artículo 64 de la Constitución Nación. Este artículo señala que “Cada Cámara es juez de las elecciones, derechos y títulos de sus miembros en cuanto a su validez...” La interpretación de esta disposición no es uniforme por parte de los operadores jurídicos. Se pueden distinguir posiciones que señalan la inexistencia de tal mecanismo de evaluación de elecciones, títulos y derechos de los miembros de la Cámara hasta aquellas que sostienen el derecho absoluto de las Cámaras sobre esos temas. Otras posturas son graduaciones de estos extremos, que limitan la posibilidad de la evaluación a supuestos concretos sobre la base de la lectura de otros artículos de la Constitución. Todas estas posturas se han indicado en el proceso “Patti”.

La Cámara Nacional Electoral en Bussi y Patti ha sostenido que el legislador ha reglamentado el artículo 64 de la Constitución Nacional, a través del dictado de las normas que regulan el proceso electoral.⁴⁶ El argumento está vinculado a la existencia de procedimientos en las normas electorales que habilitan la impugnación de candidatos propuestos por los partidos políticos para la presentación a elecciones.⁴⁷ Si estos procedimientos no fueron utilizados y se han verificado las condiciones exigidas en aquellas normas electorales para la participación en la elección de los candidatos, las Cámaras legislativas carecen de atribuciones para evaluar nuevamente los derechos y títulos del candidato electo.⁴⁸

El Procurador General en Bussi, por el contrario, ha señalado que el rol de las Cámaras no es constatar las formalidades extrínsecas de los documentos extendidos por la justicia electoral que presentan los candidatos electos; el constituyente ha establecido un doble control de las elecciones, en el que la justicia electoral es convocada para realizar un control previo a la elección y las Cámaras reservan para sí un control definitivo de la

46. Código Electoral de la Nación, ley 19.945.

47. Artículos 60 y 61 del Código Electoral de la Nación.

48. La Cámara Nacional Electoral, en el precedente “Patti”, señaló que “habiéndose constatado en la etapa correspondiente los requisitos constitucionales y legales exigidos para el cargo al que se había postulado, sin que su candidatura hubiese recibido impugnación alguna, verificada la imputación de la representación, aquél se encontraba habilitado para ejercer el cargo para el que fue investido por el pueblo”. Ver Cámara Nacional Electoral, sentencia del 14 de septiembre del 2006, citada en nota 4.

elección, derechos y títulos de sus miembros con posterioridad al acto electoral.⁴⁹ En Bussi, Maqueda, en línea similar, entendió que las atribuciones de las Cámaras previstas en el 64 de la C.N. son facultades privativas de ellas⁵⁰ y por tanto exentas de control judicial.

Entre estas posturas, algunos consideran que la Cámara sólo se encuentra facultada para evaluar el cumplimiento de los requisitos expresamente establecidos por la Constitución para acceder al cargo de diputado. Es decir, la facultad de la Cámara se limita, exclusivamente, a controlar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 48 de la Constitución Nacional.⁵¹ Allí se establece, señalan, las condiciones exigidas para ocupar el cargo de diputado.⁵² También se agrega, como fuente de esta posición, el precedente *Powel*⁵³ de la Corte Suprema de Estados Unidos, en el que entendió que "... la Constitución no asigna a la Cámara ninguna autoridad para excluir a una persona, debidamente elegida por sus electores, que satisface todos los requerimientos de incorporación prescriptos explícitamente en el artículo I, sección II".

Finalmente, el dictamen en mayoría de la Comisión de Peticiones, Acuerdos y Reglamento de la Cámara, considera que el artículo 64 habilita la evaluación de los derechos

49. El Procurador General consideró que la Cámara posee las facultades para juzgar los títulos de los diputados electos. El Procurador señaló: "porque —en mi concepto— es incorrecto sostener que la Cámara de Diputados cumple un rol puramente formal, limitado a verificar una cuestión de índole administrativa, cual es confrontar o constatar las formalidades extrínsecas de los documentos que acreditan que el ciudadano elegido que pretende su incorporación al cuerpo legislativo, ha pasado satisfactoriamente por el proceso electoral"; Procurador General de la Nación, en "Bussi, Antonio Domingo c/ Estado Nacional (Congreso de la Nación– Cámara de Diputados) s/ incorporación a la Cámara de Diputados", B.903, L. XL. Es más, el Procurador afirmó que "A su vez, y como sostuvimos en su oportunidad, la facultad que la Constitución de la Nación ha otorgado al Congreso se enmarca dentro de las que la doctrina y la jurisprudencia han dado en llamar "facultades privativas"; la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en oportunidad de interpretar el art. 56 (actual art. 64) de la Constitución Nacional, ha reconocido a las Cámaras del Congreso de la Nación su derecho exclusivo para resolver sobre el mérito de protestas en lo relativo a la validez de las elecciones (Fallos: 12:40 del 11/6/1872) y que "...la resolución respecto de los títulos de los electos para el desempeño de funciones políticas del Gobierno Nacional, está reservada por la Constitución al Congreso de la Nación, según lo dispuesto por las respectivas cláusulas de sus arts. 56, 67, incs. 18 y 28, y 81 a 85. Y se desprende de esos textos que la decisión del Congreso alcanza a las elecciones igualmente 'en cuanto a su validez' o a la 'pertinencia de su rectificación', arts. 56 y 67, inc. 18, in fine citados. Se trata de lo que la doctrina de los precedentes ha calificado de 'facultad privativa'..." (Fallos: 256: 208). A la hora de determinar la validez del proceso electoral, el Constituyente ha previsto un doble examen, en el cual la Justicia Electoral es llamada a entender en la etapa anterior al acto electoral, quedando reservada para el Congreso la potestad última de expedirse sobre la calidad de los aspirantes a las Cámaras".

50. Voto de Maqueda en "Bussi, Antonio D. v. Estado Nacional s/incorporación a la Cámara de Diputados", Corte Suprema de la Nación, B 3770 XXXVIII, sentencia del 4 de noviembre de 2003.

51. El artículo 48 de la Constitución Nacional establece que "Para ser diputado nacional se requiere haber cumplido la edad de veinticinco años, tener cuatro años de ciudadanía en ejercicio y ser natural de la provincia que lo elija o con dos años de residencia inmediata en ella".

52. El dictamen de minoría suscripto por los diputados Pedro Azcoiti, Oscar Agud, Alberto Becani y Alicia Tate, en "Patti", señala que "el debate no pasa por el incuestionable derecho que cabe a las cámaras para el ejercicio de su potestad de juzgamiento emergente del artículo 64 de la Constitución Nacional, sino por el contrario, del apartamiento por parte de esa sala del Congreso del marco estricto de su potestad en la materia, al no tratarse de una impugnación fundada ni en vicios del acto electoral ni en la ausencia de calidades del candidato electo... ". Agregan los diputados: "Como lo entiende el jurista Bidart Campos, si bien se reconoce la existencia de una zona reservada a cada órgano y ajenas a la intervención de los restantes, ello lo es a condición que esas competencias se ejerzan validamente dentro del marco constitucional", Ver Orden del Día Nro. 228 de las Sesiones Ordinarias de la Cámara de Diputados de la Nación, impresa el 11 de mayo de 2006.

53. *Powel v. McCormack* (365 U.S. 486, 522).

y títulos de los diputados electos, con relación a la idoneidad de éstos, sobre la base del artículo 16 de la Constitución Nacional.⁵⁴ La evaluación del requisito de idoneidad debe tomar en cuenta el artículo 36 de la Constitución Nacional, que establece la imposibilidad de acceder a cargos públicos a perpetuidad para aquellos que atenten contra el orden institucional y el sistema democrático.⁵⁵ La reforma constitucional de 1994 incorporó una pauta ética específica y determinante para el acceso a cargos públicos —la exclusión de aquellas personas que han participado en actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático— que necesariamente debe ser analizada por todos los órganos del Estado.⁵⁶

La vinculación entre la obligación por hechos del pasado y el mecanismo del artículo 64 de la C.N.

No es objetivo de este trabajo analizar cada una de las posturas que establecen el contenido y alcance del artículo 64 de la C.N.; tan sólo señalaré la falta de adecuación de algunos de los procedimientos mencionados para dar una respuesta a los hechos del pasado.

La inexistencia de la facultad de evaluación por parte de la Cámara de Diputados de los derechos y títulos para ser diputado, remite a los procedimientos de evaluación y control que posee la justicia electoral. Sin embargo, el resultado de aquel mecanismo para evaluar los antecedentes de participación en graves violaciones a los derechos humanos durante la última dictadura militar de los candidatos, será nulo. En efecto, la justicia electoral no tiene habilitación en normas electorales para confrontar los antecedentes de los diputados propuestos con las obligaciones por hechos del pasado.⁵⁷

En cambio, si consideramos que la Cámara se encuentra habilitada para evaluar los derechos y títulos de todos los diputados electos, la válvula institucional podría ser utilizada, es cierto, para analizar los antecedentes de cada uno de los diputados con los riesgos que

54. El artículo 16 de la Constitución Nacional establece que “Todos los habitantes son iguales ante la ley y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad...”.

55. El artículo 36, incorporado en la reforma constitucional de 1994, señala que: “[Esta Constitución] mantendrá su imperio aún cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Sus autores serán pasibles de la sanción prevista en el artículo 29, inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos del indulto y del beneficio de la conmutación de penas. Estos actos serán insanablemente nulos”.

56. Ver Orden del Día Nro. 228 de las Sesiones Ordinarias de la Cámara de Diputados de la Nación, impresa el 11 de mayo de 2006.

57. Ello es así en un contexto como el argentino, en el que la justicia por los hechos del pasado no ha sido alcanzada, de allí que el procedimiento actual previsto en la norma electoral no da respuesta a esta situación. ¿De qué manera la justicia electoral podría formar una convicción acerca de los antecedentes del candidato propuesto por un partido político, si no existe condena judicial por hechos del pasado?; o ¿cómo se desarrollaría un procedimiento formal para alcanzar algún grado de convicción sobre la participación o no en graves violaciones a los derechos humanos durante la última dictadura militar del candidato?, son preguntas, entre otras, que no tienen respuesta en el Código Electoral. Ver en este sentido, los antecedentes de impugnación de Patti al cargo de gobernador de la provincia de Buenos Aires, presentados por el Centro de Estudios Legales y Sociales, ante la Junta Electoral de la Provincia de Buenos Aires; ver, para mayor detalle de aquel proceso, “Impugnación de candidaturas. Idoneidad y afianzamiento del sistema de protección de derechos humanos”, en CELS, *Derechos Humanos en Argentina. Informe Anual 2000*, informe del 2000, Eudeba, Buenos Aires, pp. 67 y ss.

esta posibilidad implica en el sistema argentino. En este sentido, las objeciones formuladas con relación a que las mayorías podrían utilizar este artículo para evaluar los títulos de diputados que pertenecen a minorías son consistentes. Recientemente, la Cámara, con base en los precedentes "Bussi" y "Patti", decidió evaluar los derechos y títulos de un diputado electo, sobre la base del artículo 64 de la C.N, a raíz de su participación en delitos comunes en democracia.⁵⁸

Por último, si entendemos que la habilitación del mecanismo que se sustenta en la posibilidad de evaluación de los antecedentes de los diputados electos, se limita a la comprobación del cumplimiento de los artículos del artículo 48 de la C.N, esta alternativa no tiene respuesta con relación a la obligación de impugnar y separar de cargos públicos a aquellas personas sospechadas de participación en graves violaciones a los derechos humanos en hechos del pasado.

La alternativa que permite la apertura del mecanismo del artículo 64 a los exclusivos fines de evaluar el requisito de idoneidad, por parte de las Cámaras, es la alternativa más adecuada para cumplir con las obligaciones por los hechos del pasado. La habilitación, en este sentido, del mecanismo debe ser complementada, para establecer su contenido, alcance y límites, con el argumento de integridad del ordenamiento jurídico y con la obligación de tomar en serio las recomendaciones de los órganos de interpretación y aplicación de los tratados sobre derechos humanos.

En el comentario al precedente de la Cámara de Diputados en "Bussi", Miller consideró que la Cámara amplió el campo de habilitación del artículo 64 de la C.N. con fundamento en las leyes de obediencia debida y punto final, dictadas por el mismo cuerpo legislativo.⁵⁹ La Cámara justifica, según el autor, la ampliación de su margen de intervención a raíz de una errónea utilización de su competencia legislativa que generó impunidad para los crímenes de la última dictadura militar. Intenta suplir, con la inhabilitación de Bussi, el "vacío judicial que creó".⁶⁰ Deja entrever una incoherencia entre el sistema legal desarrollado con la decisión específica adoptada de excluir a aquellas personas sospechadas de participación en graves violaciones a los derechos humanos durante la última dictadura militar. En Patti esta incoherencia

58. En septiembre de 2006 el diputado Agustín Rossi impugnó el diploma de Carlos Alfredo Anauate, diputado electo por la provincia de Santiago del Estero, en los términos del artículo 64 de la Constitución Nacional y de acuerdo a la regla fijada por la Cámara en "Bussi" y "Patti". Fundó su impugnación en el procesamiento y citación a juicio de Anauate en el marco de la causa conocida como doble crimen de La Dársena. En la mencionada causa de la Dársena, Anauate está acusado de haber participado como encubridor de los homicidios. Este caso grave, que sufrió innumerables obstáculos para avanzar, ha resultado paradigmático porque dejó en evidencia los vínculos existentes entre el poder político y las redes de ilegalidad en las provincias argentinas, aun durante gobiernos democráticos. Luego de la intervención federal en Santiago del Estero, sin embargo, se abrió un escenario que posibilitó el avance de la investigación judicial y, a pesar de las dificultades, el caso está esperando el juicio oral. Bajo estas circunstancias, sin perjuicio de que el caso pueda constituir una violación a los derechos humanos, se advierte que no se trata del mismo supuesto fáctico que justificó el rechazo de los diplomas a Antonio Domingo Bussi y Luis Abelardo Patti por parte de la Cámara de Diputados.

59. Miller, J., "Soluciones imperfectas en una democracia imperfecta", art. cit. en nota 24, p. 36.

60. Miller, J., "Soluciones imperfectas en una democracia imperfecta", art. cit. en nota 24, p. 36.

se encuentra saldada. El cuerpo legislativo en agosto de 2003 dictó la ley 25.579, que declara la nulidad de las leyes de obediencia debida y punto final.⁶¹

No obstante, el comentario de Miller refleja otra preocupación, que es la de determinar el contenido de la ampliación de la competencia de la Cámara de Diputados prevista en el 64. La competencia del 64 no es una competencia legislativa, antes bien, es jurisdiccional,⁶² entendida ésta como la evaluación que puede realizar una de las Cámaras para analizar en un caso concreto, los derechos y títulos de un diputado, conforme las reglas fijadas en sus reglamentos.⁶³ Sin embargo, este comentario nos acerca a la postura señalada por el Procurador en “Bussi”, es decir, las cámaras tienen competencia absoluta para evaluar derechos y títulos de los diputados, y no resuelve cuál es el límite de la vía prevista.⁶⁴ Concedido. La cuestión es comprender si la vía prevista en el 64 de la C.N. puede ser considerada una válvula (con sustancia, seguros y actualidad) para dar una respuesta a las obligaciones que surgen con relación a los hechos del pasado.

Proponer que la vía establecida en el 64 exclusivamente puede ser utilizada para la evaluación de derechos y títulos de personas sospechadas de participación en graves violaciones a los derechos humanos durante la última dictadura militar, es una solución excepcional que arroja la lectura integral del ordenamiento jurídico, aunque no por ello

61. En las discusiones de la ley 25.579 el diputado Urtubey sostuvo que «...Esas dos leyes, que terminaban estableciendo un disvalor moral y ético, no pueden sostenerse en el marco de un sistema republicano que dé garantías no sólo a aquellos que están imputados de delitos y en cuyo beneficio se pretendió extinguir la acción penal, sino también a cientos, miles y decenas de miles de familiares de argentinos de bien que quieren que se haga justicia (...) Los crímenes contra la humanidad son tan antiguos como la humanidad. La concepción jurídica es, sin embargo, nueva, puesto que supone un estado de civilización capaz de reconocer leyes de la humanidad, los derechos del hombre o del ser humano como tal, el respeto al individuo y a las actividades humanas... Es importante que este Congreso nacional no reniegue de sus facultades... Nosotros tenemos una obligación ética irrenunciable: remover los obstáculos que hacen que en la Argentina no se puedan perseguir a aquellos que cometieron delitos de lesa humanidad...» Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación —12 Reunión— 4º Sesión Ordinaria (Especial) -agosto 12 de 2003. La Corte Suprema de Justicia, en Simón declaró la constitucionalidad de la ley 25.579, cons. 34 del voto en mayoría, ver Caso “Simón” CSJN fallo del 14 de junio de 2005, sentencia cit. en nota 18.

62. El art. 64 de la Constitución Nacional le asigna a cada cámara el rol de “juez” para expedirse sobre la validez de las “elecciones, derechos y títulos”. Como señala el Procurador en Bussi, “En el ámbito jurídico, “juzgar” remite a “fallar”, en su acepción de resolver, decidir, determinar, dictar pronunciamiento sobre una cuestión sometida a la decisión de una persona o autoridad (conf. “Diccionario Jurídico Forum”, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1947, tomo II, p. 289 y 600). A su vez, el sentido de este vocablo empleado por el constituyente en el art. 64 de la Constitución Nacional no puede ser distinto de aquel que se le otorga en el conjunto de su articulado. En efecto, cuando aquélla se refiere a la facultad de juzgar de la Cámara de Senadores en juicio político a los acusados en tal carácter por la Cámara de Diputados (arts. 59 y 53), nada indica allí que el fallo que debe emitirse como resultado de ese juicio deba ser limitado a determinado aspecto”; Procurador General de la Nación, en “Bussi, Antonio Domingo c/ Estado Nacional (Congreso de la Nación– Cámara de Diputados) s/ incorporación a la Cámara de Diputados”, B.903, L. XL. Dictamen cit. en nota 49

63. El artículo 3 del reglamento interno de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación establece las reglas para la procedencia de las impugnaciones presentadas; asimismo, la Comisión de Peticiones, Acuerdos y Reglamentos, dictó el reglamento específico en Patti; ver Orden del Día Nro. 228 de las Sesiones Ordinarias de la Cámara de Diputados de la Nación, impresa el 11 de mayo de 2006, dictamen cit. en nota 56.

64. Ver el antecedente de impugnación del diputado Anauate, que se apoyó en los precedentes Bussi y Patti a fin de evaluar los antecedentes de un diputado electo por hechos delictivos cometidos en época de democracia. Me remito a la nota 58.

deja de ser riesgosa, y exige un escrutinio preciso para su evaluación. No alcanza, por cierto, a los hechos ocurridos en otras dictaduras pasadas, o en hechos que puedan ocurrir en el futuro, o hechos que ocurran en épocas de democracia; tan sólo la vía se habilita en el supuesto antes mencionado.

Las soluciones excepcionales no son recomendables en una comunidad organizada.⁶⁵ Sin embargo, es precisamente por la excepcionalidad de la situación que plantean los hechos de la última dictadura militar⁶⁶ que debemos buscar fundamentos para este tipo de respuestas.⁶⁷ En diversas ocasiones, y sobre la base de la necesidad de cumplir con requerimientos normativos, se han desarrollado mecanismos judiciales, administrativos o legislativos para dar respuesta a los hechos

65. Dworkin señala un argumento en contra de este tipo de respuestas diversificadas. "Los astronautas postularon a neptuno antes de descubrirlo. Sabían que únicamente otro planeta, cuya órbita se hallara fuera de las ya reconocidas, podía explicar el comportamiento de los planetas más cercanos. Nuestro instinto acerca del compromiso interno sugiere otro ideal político, junto a la justicia y la equidad. La integridad es nuestro neptuno. La explicación más natural de por qué nos oponemos a los estatutos diversificados apela a dicho ideal: sostenemos que un estado que adopta esos compromisos internos actúa sin principios, a pesar de que ningún funcionario que haya votado a favor o que haga cumplir el compromiso haya hecho algo, al juzgar sus acciones individuales según las normas corrientes de moralidad personal, que no debería haber hecho. El Estado carece de integridad porque debe sancionar principios que justifiquen parte de lo que hecho, que debe rechazar para justificar el resto. Esa explicación distingue la integridad de la perversa coherencia de alguien que se niega a rescatar a algunos prisioneros porque no puede salvarlos a todos. Si hubiese salvado a algunos, elegidos al azar, no habría violado ningún principio que necesite para justificar otros actos. Sin embargo, un Estado actúa de esa manera cuando acepta una salomónica solución diversificada; es una incoherencia de principios entre los actos del Estado personificado que la integridad condena"; Dworkin, R.; *El imperio de la Justicia*, ed. Gedisa, Barcelona, 2005, p.137. No obstante esta afirmación, luego agrega un ejemplo que puede contribuir a la respuesta brindada en Patti, "Imaginen que la legislatura se convence de que la ley sobre accidentes en vigor, que permite que las personas cobren compensaciones por productos defectuosos sólo cuando el fabricante es negligente, es injusta y, por lo tanto, propone promulgar un esquema de estricta responsabilidad por los automóviles defectuosos. La integridad requeriría que promulgara la responsabilidad estricta para todos los productos. Pero preparar un estatuto general adecuado para todos los productos llevaría mucho tiempo legislativo que es necesario para otras cosas. Ahora bien, los fabricantes de algunos productos podrían formar una poderosa camarilla, imposibilitando desde el punto de vista político la aprobación de un estatuto general. En ese caso, se podría justificar que la legislatura enfrentada a una dura elección, sólo sancionaría el estatuto sobre la compensación por automóviles defectuosos, dejando los demás productos para otra ocasión u ocasiones. La integridad condena el resultado, pero la justicia lo recomienda. Por encima de que no se haga ningún cambio y, en balance final, la mitad de la hogaza puede ser mejor que la hogaza entera. La legislatura abandonaría su compromiso general con la integridad, y así perdería el argumento de legitimidad que examinamos, si hiciera esa elección en cada caso o incluso en forma característica. Pero no significa que nunca debe elegir la justicia por encima de la integridad". Dworkin, R.; ob. cit. p. 159.

66. Incluyo aquí la gravedad de los hechos ocurridos, así como la imposibilidad de investigación y sanción penal en tiempo que existió hasta el dictado de la ley 25.579.

67. La Cámara de Diputados en los precedentes "Bussi" y "Patti" señaló que "La excepcionalidad de este juicio político lleva a la necesidad de imponer un fuerte límite que, como se anticipara, evite que sea utilizado para controlar o impedir el acceso a los cuerpos legislativos de circunstanciales minorías. Estas limitaciones ya fueron aclaradas por la Comisión de Peticiones, Poderes y Reglamento en el precedente "Bussi". Allí quedó claro que las pruebas producidas en este procedimiento de impugnación de títulos y derechos sólo serán suficientes para fundar la inhabilidad moral de un diputado electo cuando acrediten la participación en golpes de Estado o delitos de lesa humanidad"; ver Orden del Día Nro. 228 de las Sesiones Ordinarias de la Cámara de Diputados de la Nación, impresa el 11 de mayo de 2006, dictamen citado en nota 56.

del pasado.⁶⁸ También demandas del tipo moral se han desarrollado ante las instituciones, para la impugnación y separación de cargos públicos de aquellos sospechados de participación en hechos de la última dictadura militar.⁶⁹

Asimismo, y como indicamos, no sólo existen obligaciones morales para impugnar y separar de cargos públicos a personas comprometidas con hechos del pasado; existen justificaciones jurídicas del derecho internacional de los derechos humanos que otorgan contenido a los mecanismos que utilice el Estado para cumplir con la obligación de impugnación y separación por hechos del pasado.⁷⁰

Y en este punto, el margen para establecer de qué manera se cumplirá aquella obligación internacional debe ser definido por el Estado. En algunos casos, este tipo de medidas pueden estar previstas en la Constitución (Guatemala y a partir de 1994, en Argentina), en leyes (en general los países de Europa del Este), producto de una decisión judicial (en general los códigos penales de cada uno de los Estados prevé esta pena de inhabilitación para ocupar cargos públicos), o a través de las conclusiones de una Comisión de la Verdad creada para determinar los hechos del pasado (El Salvador⁷¹). O, también, estas medidas pueden ser halladas a partir del diálogo entre las obligaciones que surgen de la Constitución⁷² y las recomendaciones efectuadas por órganos de aplicación e interpretación de tratados de derechos humanos. En el caso argentino, la medida adoptada por la Cámara de Diputados, puede concebirse como una actualización y delimitación del mecanismo previsto en el artículo 64 de la C.N. para dar una respuesta a la obligación de impugnación y separación por hechos del pasado.

68. Ver en este sentido el desarrollo de las causas judiciales por derecho a la verdad. En ese supuesto, el procedimiento penal, imposibilitado en la época para dar respuesta a la obligación de sanción de los responsables por las graves violaciones a los derechos humanos durante la última dictadura militar, dio respuesta a la obligación de investigar los hechos del pasado. Ver en este sentido, Oliveira, A.; Guembe, M.J.; en "Derecho a la Verdad", art. cit. en nota 15.

69. Barbuto, V. describe el desarrollo de los procesos de impugnación de los ascensos del personal militar en el procedimiento ante el Senado. También las acciones desarrolladas para informar en el Senado los antecedentes de jueces que requerían para su nombramiento el acuerdo del órgano; ver Barbuto, V. "Impugnation Procedures in Argentina: Actions Aimed at Strengthening Democracy", investigación realizada en el marco del Vetting Research Project del International Center for Transitional Justice (New York), art. cit. en nota 21. Si bien algunas de estas medidas se presentaron sobre la base de argumentos morales que exigían la separación o evaluación de los antecedentes de participación de hechos del pasado de las personas que integraban órganos públicos, la práctica generó modificaciones en los procedimientos de evaluación para incorporar dichos requerimientos que a partir de allí tenían una justificación legal. Ver en este sentido, las reformas producidas en el Senado con relación al procedimiento de ascensos de personal de las fuerzas armadas; artículo 22 del Reglamento de la Honorable Cámara de Diputados, conforme la reforma del año 2002.

70. Me refiero a los antecedentes señalados en este artículo con relación a las justificaciones que tienen los Estados para cumplir con la obligación de impugnación y separación de cargos públicos.

71. Las recomendaciones del Informe de la Verdad para El Salvador incluyen medidas de separación de las fuerzas armadas; separación de la administración pública e inhabilitaciones públicas de aquellas personas que habían sido investigadas por la Comisión para la determinación de las graves violaciones ocurridas en ese país. Ver, "Recomendaciones que se coligen directamente del resultado de la investigación-Informe final de la Comisión", Comisión de la Verdad para El Salvador.

72. Me refiero al artículo 36 de la Constitución Nacional. Para un análisis del diálogo entre el sistema constitucional y las obligaciones en materia de derechos humanos, ver Abramovich V., "Una nueva institucionalidad pública. Los tratados de derechos humanos en el orden constitucional argentino", en Abramovich V.; Courtis Ch.; en *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales internos. 1994-2005*, ed. Del Puerto, CELS; en prensa.

Hemos señalado la recomendación efectuada por el Comité de Derechos Humanos al Estado argentino. En ese caso, recordamos, el Comité a la luz de la atmósfera de impunidad que cubrió a las instituciones argentinas, como consecuencia del dictado de las leyes de obediencia debida y punto final, recomendó la adopción de medidas para cerciorarse de que las personas que participaron en violaciones graves de los derechos humanos no sigan ocupando un empleo en las fuerzas armadas o en la administración pública.

Esta obligación de impugnación y separación de los órganos del Estado de personas comprometidas con los hechos del pasado, para el caso argentino, es una obligación autónoma. Si bien se han anulado las leyes y lentamente el poder judicial comienza a procesar y condenar a responsables por los hechos del pasado;⁷³ la obligación de adoptar este tipo de medidas de impugnación y separación, ha sido *capturada* por el derecho interno,⁷⁴ y exige al menos, agotar esfuerzos para dar con su cumplimiento.⁷⁵ De esta manera, la obligación incorporada complementa otras obligaciones que tiene el Estado para dar respuesta a los hechos del pasado.

Conclusión

No ha sido objeto de este trabajo dar una respuesta a todos los interrogantes que plantea el proceso Patti; apunté, tan sólo, argumentos para determinar la legitimidad del mecanismo utilizado por la Cámara de Diputados para dar una respuesta a los hechos del pasado. Estos argumentos intentan dar un contenido, establecer un dique en su uso y, a la vez, una actualización del mecanismo ensayado.

73. En el año 2006 dos responsables por hechos del pasado han sido condenados. Me refiero a la condena aplicada a un ex suboficial de la Policía Federal, Julio Simón, y a un ex oficial de la Policía Bonaerense, Miguel Etcheolatz.

74. No me refiero exclusivamente a los precedentes "Bussi" y "Patti"; también agrego en este punto los mecanismos de impugnación y separación de funcionarios de fuerzas armadas y de seguridad, funcionarios judiciales y de la administración pública.

75. Señala Mendez: "Una vez establecida la existencia de una obligación internacional, las instituciones del derecho interno encargadas de hacer efectivo el Estado de Derecho deben encontrar la manera de satisfacerla", en Mendez, J.; "Derecho a la Verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos", art. cit. en nota 34.

Algo más sobre el caso "Patti". Algunas intuiciones sobre el control judicial de constitucionalidad y el diálogo en la interpretación de la Constitución

Nicolás Czizik

I. Introducción

A fines del mes de mayo de 2006 la Cámara de Diputados decidió por una importante mayoría, pese a haber obtenido casi cuatrocientos mil votos en las elecciones previas, no admitir el ingreso de Luis Patti a dicho órgano. Con el ímpetu y el desenfreno que genera la inmediatez, tras analizar el suceso político en términos de teoría constitucional, surgieron algunos de los siguientes cuestionamientos. ¿Puede un órgano representativo de la voluntad popular, enfrentarse y apartarse de una decisión de un grupo mayoritario de sus representados? Y si eso fuera posible, ¿ejerce dicho órgano un control contra-mayoritario? Y más aun, ¿dicho control importa el ejercicio de control constitucional no judicial? Las distintas respuestas posibles a estos interrogantes conformaban, claro, una telaraña de ideas que entrelazadas entre sí, abrían la puerta a debates más profundos todavía.

Muchas de esas ideas han sido tratadas acabadamente por Demián Zayat en su trabajo que forma parte de este debate, y por tal razón, mi análisis del caso "Patti" tendrá un objeto diferente, a saber, el constitucionalismo popular.

Para ello, en primer término haré una reseña, para hacer justicia, de las directrices que guían el trabajo de Zayat. En segundo lugar, intentaré realizar algunas observaciones al respecto, y finalmente, abordaré la cuestión de la interpretación constitucional fuera de los tribunales de justicia, y si eso importa un avance o un retroceso en materia de diálogo constitucional y democracia.

II. Los hechos disparadores y el borrador de Zayat: puntos en común y divergencias

Los actos electorales que tuvieron lugar en octubre de 2005, arrojaron como resultado, entre otros, que Luis Patti fuera electo diputado nacional por la provincia de Buenos Aires tras alzarse con casi cuatrocientos mil votos de electores de esa jurisdicción.

Cuando en diciembre de ese año debía prestar juramento y ocupar su banca, su diploma fue impugnado y tras un proceso de claro tinte adversarial, respetando el derecho de defensa, la Comisión de Peticiones, Poderes y Reglamento de la cámara baja dictaminó por mayoría no aceptar a Patti como diputado. En mayo de 2006, tras un acalorado debate, que no pasó desapercibido a los medios, y en que se involucraron muchos grupos activistas en temas de derechos humanos, se decidió por 164 votos contra 62, no admitir el diploma del diputado electo, razón por la cual la banca en

definitiva fue ocupada por quien seguía en la lista a Luis Patti. El nombre del nuevo diputado obviamente no interesa.¹

Lo primero que resulta materia de análisis para Zayat, es que la Cámara de Diputados debatió y llegó por mayoría a una conclusión sobre los estándares éticos que deben cumplir los diputados electos para poder asumir su banca. No trataré esta cuestión.

Un segundo interrogante del texto sí despertó mi interés. La pregunta es: la decisión del Congreso, ¿fortalece o debilita la democracia? Se cuestiona el texto entonces si en ciertos casos la exclusión de algunas voces del debate produce un resultado más democrático en términos participativos o de derechos a priori. A esto le dedicaré algunas líneas más adelante.

Finalmente, Zayat analiza el caso desde el punto de vista del constitucionalismo popular, y sobre todo del papel del Congreso al hacer control constitucional, puesto que considera que se realizó una interpretación de los artículos 16, 36 y 75.22 de la Constitución Nacional, preguntándose en definitiva el autor sobre los alcances de ese control fuera del poder judicial. Aplaudiva Zayat el hecho de que el Congreso interprete el texto constitucional, como modo de acercar la opinión popular mayoritaria a la solución de un conflicto, y por fuera de jueces elitistas que, según su opinión, no representan a la ciudadanía. Le asigna entonces a este control un carácter más democrático. Concluye sus líneas señalando que en todo caso, es la misma Constitución la que deja en manos de cada Cámara del Congreso la decisión sobre la validez de las elecciones, títulos y derechos de sus miembros, y que en el caso, la Cámara de Diputados respondió a lo que serían las demandas mayoritarias, ya que entendió, por un lado, “que la mayoría de la población estaría de acuerdo en que personajes como Patti no deben ser diputados nacionales ni deben ocupar cualquier otro cargo público nacional”, y, por otro, que “nuestra Constitución, reformada en 1994, le impide a quienes hayan formado parte activa en las violaciones a los derechos humanos realizadas por la última dictadura militar, participar en democracia”.

Luis Patti es un hombre que lejos está de caermelo simpático. Es más, no creo que pueda siquiera tener una conversación con él, sin que hiervan en mis venas sentimientos de desprecio, intolerancia, reproche moral, y en definitiva, sin que piense íntimamente que su lugar en la sociedad debe estar más cercano a los barrotes de una prisión, que a los cómodos sillones del parlamento. Sin embargo, por razones que todos conocemos y que han sido debidamente reseñadas por Demián Zayat en el trabajo ya mencionado, no ha recaído sobre él ninguna sentencia judicial que lo declare culpable por los hechos sobre los cuales es acusado, y por lo tanto manda la Constitución Nacional que se lo trate como si fuera inocente de ellos.

Pero no se trata de eso. Muchísimos ciudadanos, ejerciendo sus derechos políticos como lo hice yo en esas elecciones, creyeron, a diferencia de lo que yo pienso, que Luis Patti era una opción válida y necesaria para el debate democrático. De allí que el Congreso debió esforzarse para argumentar el porqué de la exclusión.

1. Debo aclarar no obstante que si bien el nombre del reemplazante es irrelevante para la discusión teórica, no lo es para la política. Se trata nada más ni nada menos que del hermano del Diputado oficialista Camaño. Se sugiere entonces que el proceso de exclusión de Patti fue instigado desde el “Kirchnerismo” para “apoderarse” de una banca más, y que esa fue la verdadera razón de la oposición del radicalismo a la exclusión de Patti.

Se recurrió para ello al contenido del artículo 36 de la Constitución Nacional y a las recomendaciones del Comité de Derechos Humanos creado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que entre el año 1995 y 2000, hizo hincapié en su preocupación, para el caso argentino, de que subsistan en el seno del gobierno, personas que intervinieron en el pasado en actos violatorios de los derechos humanos.

Concluye Zayat que la decisión del Congreso fortaleció la democracia. Que la interpretación que se efectuó sobre el artículo 36 (aplicándolo, sólo al efecto de excluir del parlamento, a aquellas personas sobre las que sin sentencia condenatoria firme, recayeran sospechas fundadas de que participaron en los hechos allí reprimidos) y su incorporación en el texto constitucional es una restricción a la democracia que la hace más fuerte.

Para arribar a dicha conclusión, señala en primer lugar que la norma del art. 36 de la Constitución Nacional básicamente pretende proteger al sistema democrático, en el marco de la teoría del precompromiso a la cual adhiere, por ejemplo, Stephen Holmes. Explica sucintamente que la Constitución establece las reglas de juego de la democracia sin las cuales sería imposible funcionar. En segundo lugar, pese a destacar que si bien puede sonar antidemocrático el apartar a determinadas personas del debate democrático, esa decisión es de tinte democrático, aunque pueda hablarse al respecto de una paradoja. Sostiene que algunas opiniones no contribuyen a fortalecer un debate, sino que lo debilitan, y que por tal razón es correcto, en términos democráticos, silenciarlas. Dice el autor en esa dirección que un diputado nacional que reivindica las violaciones a los derechos humanos de la dictadura demuestra el poco respeto que tendrá por las instituciones democráticas, y que por ende transforma un debate que pretende ser robusto, en otro más endeble.

El límite que el contenido de una Constitución impone a las prácticas democráticas puede apreciarse, adoptando sólo dos visiones extremas, tanto desde una postura pesimista como desde una optimista. Desde esta última, a manera de precompromiso, por ejemplo; o como señalaba Hamilton en *El Federalista* 78,² como un modo de respetar la verdadera voluntad popular, por sobre los intereses cotidianos de los legisladores; o, sin siquiera denotar un conflicto, en el caso de John Ely, como un control de la Constitución no sobre las decisiones democráticas, sino sobre los procedimientos que llevaron a esas decisiones. En otras palabras, la dificultad contra-mayoritaria en la cual casi todos los constitucionalistas encuadran el control de constitucionalidad, puede verse con ojos positivos, o negativos.

El caso debe entenderse entonces, si se admite esto último, como un acto del Congreso protector de la verdadera voluntad del pueblo, que es aquella incorporada en la Constitución, y que impide a personas responsables de violaciones a los derechos humanos, el ejercicio de cargos públicos. En otras palabras, el pueblo no puede elegir a Patti, y éste ni siquiera debió ser admitido como candidato. Claro que el problema en este litigio se cierne sobre el hecho ya anunciado, de que Patti debe ser tratado como inocente, y por ende la aplicación del artículo 36 no parece procedente.

2. Me parece necesario transcribir parte del texto en el idioma original, para destacar la claridad de exposición del argumento: "... Nor does this conclusion by any means suppose a superiority of the judicial to the legislative power. It only supposes that the power of the people is superior to both, and that where the will of the legislature, declared in its statutes, stands in opposition to that of the people, declared in the Constitution, the judges ought to be governed by the latter rather than the former. They ought to regulate their decisions by the fundamental laws rather than by those which are not fundamental.." (The Federalist 78 -Hamilton-)

Esto último nos lleva a otro interrogante, que por cuestiones de orden desarrollaré más adelante: el Congreso no se limitó a aplicar un artículo de la Constitución, sino que realizó sobre él una interpretación extensiva de su contenido, para impedir que una persona elegida en el marco de un procedimiento electoral válido accediera al cargo para el cual fue votado.

No estoy muy convencido de que silenciar opiniones robustezca el debate democrático. Voltaire decía que una persona debe ser tolerante hasta con la intolerancia. Stuart Mill, por su parte, alzando en la cúspide de las relaciones sociales a la libertad de expresión, sostenía que ésta es defendible principalmente porque es un medio necesario para evaluar las propias creencias. En ese sentido, bien podría decirse que la exclusión de una opinión, por más reprochable que nos parezca, no sólo no fortalece la discusión, sino que no permite por un lado, confrontar nuestras propias opiniones con ella, para fortalecerlas o desecharlas, y por otro, imposibilita que aquélla que no nos satisface pueda ser modificada.

Del mismo modo que se sostiene que un debate no es provechoso si algunas opiniones en él son radicales, extremas o intolerantes, también puede argumentarse que es un acto teñido de intolerancia, radicalidad y extremismo negar la posibilidad de que éstas tengan lugar. Intuitivamente, creo que para la democracia es más provechoso procurar a través del debate que Patti cambie sus ideas, aun cuando esto pueda parecer utópico dado el personaje, que limitarnos a impedir que siquiera las exponga en el recinto.

Además, si como parece ser, es unánime el rechazo a sus opiniones -los argumentos que se presentaron para aceptarlo como diputado lejos estaban de aceptar sus ideas, sino que se concentraron en la calidad de inocente de Patti y en la inaplicabilidad del art. 36 de la Constitución Nacional-, ni siquiera puede argumentarse que la presencia de ellas en el recinto ponga en peligro el valor protegido por el texto constitucional en la norma citada. De allí que rechace que al menos en este caso pueda recurrirse a la teoría del “respeto mutuo” como herramienta para garantizar el debate democrático.

Unas palabras sobre John Ely. Este autor sostiene que los jueces deben limitarse a ser árbitros que controlan la regular aplicación de los procesos constitucionales. Sostiene que la búsqueda de valores es tarea de los representantes, mientras que en el poder judicial recae la no menos importante función de controlar los procesos, en la cual entiende éstos son expertos. Bickel se opondría a esto señalando que son precisamente los jueces los más capacitados, por su independencia e imparcialidad, para hallar los valores de una sociedad e interpretarlos. Además, Ely acota el margen de actuación de los jueces a aquellos asuntos en donde el canal de discusión política parece haber sido obstruido, y donde se adviertan discriminaciones contra minorías “discretas e insulares”.

Surge claro entonces, al menos para mí, que el ejercicio de control constitucional que en este caso efectuó el Congreso sobre la elección de Patti como diputado nacional, lejos está de acercarse a esta función arbitral presentada por Ely, sino todo lo contrario. No sólo no se trataba de un caso en donde estuviera comprometido el canal del debate democrático, ni hubiera discriminaciones hacia grupos desaventajados, sino que al actuar del modo en que lo hizo, el Congreso cortó un cable del proceso, y desoyó la voluntad de un grupo que, mayoría fuera del parlamento, importaba minoría en el interior del recinto. Remito al respecto a la casi nula aceptación que tiene el discurso de Patti dentro de los distintos grupos representados en el Parlamento. Son los menos los que reivindican la última dictadura militar en la Argentina.

Antes de continuar, me permitiré compartir algunas impresiones personales: a) la norma del art. 36 de la Constitución me parece razonable y necesaria; b) la interpretación que de ella efectuó el Congreso, aplicándola para casos donde el sujeto en cuestión no ha sido declarado culpable todavía de ningún crimen, no; c), en ese sentido, la presunción de inocencia es propia de un estado de derecho y no puede ser escamoteada por más intolerable y reprochable que nos parezca el hecho objeto de acusación, y por más que nuestra íntima convicción nos indique que el sujeto cuestionado ha sido responsable;³ d) no comparto la tesis que sostiene que a veces es necesario callar algunas voces para robustecer el debate democrático. No hablo de un diálogo de sordos, que claramente es inútil, sino que fervientemente creo que la libertad de expresión es el paladín y basamento del sistema democrático; e) en virtud de ello, creo que Patti fue mal excluido del Congreso.

III. El constitucionalismo popular y el diálogo en la interpretación constitucional

Desde “Marbury vs. Madison” hemos escuchado como sordos que el poder judicial es el último interprete de la constitución nacional, y que por tal razón el control de constitucionalidad es una de sus funciones específicas y primordiales. Sin embargo, difícil es negar que todos los órganos del Estado, tanto el poder judicial, el legislativo y el ejecutivo, deben a diario interpretar el texto constitucional.

Lo primero que cabe destacar es que el Congreso en el caso de Luis Patti, ejerció control de constitucionalidad sobre un acto popular, naturalmente democrático. Creo que si el debate se hubiera producido en los tribunales de justicia, donde muchos sostenían debía ser llevado a cabo, las soluciones eran dos: o bien los jueces declaraban que se trataba de una cuestión política no justiciable y que era imperio y facultad de cada Cámara determinar la aceptación o no de sus miembros, o bien decidían el caso, seguramente del mismo modo que lo hizo el Congreso, aun en desmedro de la presunción de inocencia ya

3. Creo que al menos dos son las críticas que puede recibir este punto de vista, y me propongo aquí intentar dar alguna respuesta a ellas. En primer término, puede sostenerse, como lo hace Zayat, recurriendo al contexto de impunidad que reinó en nuestro país a partir del regreso a la democracia en relación a los crímenes cometidos durante la última dictadura militar, que Patti armó su plataforma política en ese marco, y sin él, su suerte seguramente sería otra. Se sigue de ello que no puede beneficiarse Patti de una concepción estricta de la presunción de inocencia cuando él mismo ha contribuido a sentar las bases del sistema de impunidad que impidió su juzgamiento. El argumento es lógico, pero creo que demasiado peligroso. Aunque no dudo de las buenas intenciones de aquellos que lo sostienen, un análisis similar podría llevar a validar la concreción de actos inconstitucionales en contra de personas que han incumplido con la constitución. Es decir, con la misma lógica, podríamos señalar que quienes no han cumplido con la constitución, no merecen su protección, o, en palabras más crudas, que es admisible torturar a alguien que ha torturado. Creo que la mayoría de los lectores coincidirá conmigo en que esto último es inaceptable en un estado de derecho. La segunda de las críticas a mi postura sobre la imposibilidad de relativizar el principio de inocencia, parte del supuesto de que si bien es inconstitucional condenar a una persona sin juicio previo, en ninguna parte se sigue que cualquier restricción de derechos (en este caso los políticos), deba estar precedida de una condena judicial. Es cierto que las leyes restringen derechos permanentemente, y que para ello no es necesario un pronunciamiento de la justicia. Sin embargo, rechazo ese argumento porque entiendo que el art. 36 de la Constitución Nacional no se limita a la restricción de un derecho, sino que establece una norma eminentemente de naturaleza penal, razón por la cual, el principio de inocencia no admitiría ambages.

mencionada. Esto es por supuesto una hipótesis sólo fundada en impresiones personales, y debo señalar, que compartiendo el análisis efectuado por Demián Zayat en relación a la conducta del poder judicial en este tipo de entuertos, me inclino por pensar que la decisión de este brazo del estado se acercaría a las del primer grupo.⁴

Pero no fue la Corte, la cámara electoral, un juez federal, sino el órgano deliberativo el que tomó la decisión. ¿Qué conclusiones podemos extraer de ello?

Todo el análisis efectuado en los primeros dos acápites dio por sentado que el Congreso, en este caso la Cámara baja, ejerció control de constitucionalidad. ¿Qué diferencias tuvo éste respecto del que podría haber tenido la actuación de un tribunal de justicia?

Una primera respuesta trata acerca de una cuestión de número. No fue en este caso un sólo juez, o los tres integrantes de una cámara, o incluso los nueve miembros de la Corte Suprema los que se enfrentaron a los trescientos noventa y cinco mil votantes que eligieron a Patti, sino que fue la mayoría de la Cámara de Diputados de la Nación, que representa a todos los ciudadanos del país. Y, como dijimos antes, una mayoría de dicho cuerpo que expresó lo que sostengo es un sentimiento mayoritario dentro de la población: Patti es un represor que no debe ser parte del Congreso Nacional; quienes lo eligieron están confundidos.⁵

Barry Friedman⁶ sostiene que adecuar el control de constitucionalidad a la dificultad contra-mayoritaria es desconocer el hecho, según él empíricamente probado, de que la mayoría de las decisiones judiciales está en línea con la opinión popular predominante, y cuando ello no es así, el público no obstante apoya la práctica del control judicial. Robert Dahl, en un viejo artículo de enorme trascendencia, sostuvo que en realidad la dificultad contra-mayoritaria no era más que un mito. Que la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, ese fue el caso que analizó, sólo excepcionalmente se apartó de la opinión popular a la hora de declarar la inconstitucionalidad de algunas leyes.⁷

Con lo cual, siguiendo esta postura, que él denomina constitucionalismo popular mediado, no hubiera sido distinto que el poder judicial haya tomado la decisión en lugar del Congreso.⁸

4. Cuando ya se había completado el primer borrador de este trabajo, la Cámara Nacional Electoral resolvió, el 14 de septiembre de 2006, hacer lugar a la acción de amparo promovida por el apoderado de Patti contra la Cámara de Diputados, que había sido rechazada en primera instancia. Sin embargo, hizo hincapié el fallo no en la facultad de los legisladores de interpretar el art. 36 de la Constitución Nacional relativizando el principio de inocencia, sino en que es facultad exclusiva del poder judicial controlar la validez de los candidatos una vez que son presentados al elector para su elección en las listas, y que habiendo vencido el plazo para ello, sin impugnación alguna, la validez del candidato para desempeñar la función para la cual podría ser elegido ya había sido aceptada. No obstante ello, sí señala el fallo que el principio de inocencia debe ser interpretado sin relativización alguna.

5. Pareciera ser cierto que cada vez que el pueblo elige, siempre se inclina por Barrabás.

6. Barry Friedman, "Constitucionalismo Popular Mediado", en Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Año 6, Número 1, octubre 2005, págs. 123 y sgtes.

7. Cfr. Robert Dahl, "Decision-making in a democracy", en Journal of Public Law, 1957, reeditado en Emory Law Journal, Spring 2001, traducido por María Luisa Piqué y Victoria Ricciardi, sin editar.

8. El constitucionalismo popular mediado sugiere, de acuerdo al autor citado (Friedman), que las decisiones judiciales cuentan con un margen de aceptación para la mayoría de las personas; que aun cuando esté en desacuerdo con algunas decisiones, la gente sin embargo apoya la práctica del control judicial; y que, si la gente estuviera descontenta con el control judicial y sus resultados, podría tomar medidas al respecto.

Sin embargo, si uno piensa en lo que el constitucionalismo popular, a secas, parece pretender, es decir, que el sistema institucional debería procurar que la ciudadanía intervenga en modo más directo e inmediato en la interpretación de la Constitución, que la decisión contra-mayoritaria provenga del Congreso, y no del poder judicial, algo debería significar.

Un aspecto interesante del punto de vista de Friedman, es que él asegura que los jueces tienen, a diferencia de lo que se cree corrientemente, y al igual que los legisladores, incentivos para conformar a la opinión pública. Léase, juicio político provocado por el descontento popular.

Creo que la realidad y la historia de nuestro país sugieren otra cosa. En primer lugar, y es algo que me persigue constantemente, difícilmente podremos sostener que la población argentina conoce el funcionamiento de la Corte, qué casos resuelve, cómo los resuelve, y con qué fundamentos. No creo que existan estudios empíricos en Argentina sobre la difusión de los casos resueltos por la Corte, pero creo poder enunciar a modo de hipótesis, que fuera de un grupo minoritario de la Capital Federal y el conurbano bonaerense, los ciudadanos en general no conocen qué es lo que ha resuelto la Corte en su historia.

La historia de nuestro país demuestra que los juicios políticos a los jueces de la Corte han sido propiciados por los nuevos gobiernos, y no por el pueblo, resultando dato más que sugerente de ello, que sólo durante las presidencias de Frondizi y De la Rúa -dentro de los gobiernos constitucionales-, no ha sido desmantelada una corte por otra. Alfonsín tuvo su Corte, Menem la suya, y Kirchner, aunque pretenda esforzadamente apartarse de la tradicional práctica de una "corte adicta", ha nombrado a cuatro jueces durante su mandato.⁹

Entonces, si el pueblo realmente no ejerce influencia sobre la Corte Suprema de Justicia, ¿de dónde proviene el incentivo que podrían tener los jueces para conformar a la opinión pública?

Imaginémonos en el caso de Patti, que éste hubiera accedido a su banca. Todas sus intervenciones hubieran estado seguramente rodeadas de activistas y militantes de derechos humanos, que intentarían impedir su actuación. Los jueces, como señalaba Hamilton, no poseen ni la bolsa ni la espada, con lo cual podría sostenerse, como lo hace Friedman, por ejemplo, que necesitan acercarse a la opinión popular para que sus fallos puedan ser ejecutados.

Esto podría debatirse en términos de experimentalismo judicial. Es decir, tribunales de justicia que buscan soluciones alternativas porque reconocen que las tradicionales no pueden ser cumplidas. Piénsese en el reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios" del pasado 20 de junio de 2006. La Corte podría haberse limitado a redactar un mandamiento que ordene a los responsables limpiar el Riachuelo. Sin embargo, advirtió que eso no surtiría efecto alguno, y por esa razón inició, y dirigirá presumiblemente una mesa de diálogo entre todos los involucrados, tendiente a que de ésta surjan las soluciones al problema ambiental. Algo parecido hizo en "Verbitsky".

Una segunda respuesta a la pregunta respecto de la diferencia que importa que la decisión haya sido tomada por el Congreso y no por un tribunal, se relacionaría con las

9. Debo aclarar que no estoy sugiriendo que la presente Corte sea adicta al gobierno del presidente Kirchner, sino simplemente ejemplificar que de los siete miembros actuales, el primer mandatario se ha encargado de nombrar cuatro de ellos.

distintivas capacidades de los jueces y los legisladores. Este caso es paradigmático. Porque si bien se sostiene con frecuencia que los jueces están entrenados para descubrir valores, interpretar normas y resolver conflictos en base a ello, en mejor medida que los otros poderes, no puede señalarse, creo que de ningún modo, que en el caso de la naturaleza del debate democrático, estén en mejores condiciones para resolver que los legisladores, que diariamente forman parte de ese debate. Sin embargo, también podría sostenerse que estos últimos serían juez y parte, y que justamente por esa razón la decisión debió haber quedado en manos del tercer poder. Este fue, en efecto, uno de los planteos con los cuales se respaldaba la permanencia de Patti en la Cámara de Diputados.

Quizás la Constitución misma nos da la respuesta en su artículo 64, cuando establece que “...cada cámara es juez de las elecciones, derechos y títulos de sus miembros en cuanto a su validez...”

El poder judicial no ha sido ajeno a conflictos electorales. En nuestro país, ha definido gobernadores, intendentes, legitimado partidos políticos, etc. En Estados Unidos, la Corte Suprema ha decidido nada más ni nada menos que las elecciones presidenciales.¹⁰

¿Qué méritos tiene entonces la historia de Patti por sobre los otros precedentes? Sencillamente el de que esta vez, a diferencia de las anteriores, ha sido el pueblo, a través de sus representantes, los que tomaron la decisión. La ciudadanía se involucró de esta manera en la interpretación de la constitución, como de otro modo no habría podido hacerlo si ésta hubiera sido tomada por el poder judicial.

Con esto no quiero implicar que el control de constitucionalidad deba dejar de ser judicial. Simplemente simpatizo con la idea de que la ciudadanía tenga la posibilidad de intervenir en las discusiones respecto de la interpretación de la constitución. El caso Patti otorgó esa posibilidad.

Esto nos lleva por fin, al último aspecto que me gustaría mencionar. El diálogo en la interpretación judicial.

Nuestro sistema de control de constitucionalidad no prevé, en su seno, instancias de diálogo entre los distintos poderes del Estado como sí lo hacen otros, sobre todo en Europa. Aquellos países más cercanos a tradiciones continentales en materia de derecho constitucional están acostumbrados a que la declaración de inconstitucionalidad de una ley signifique algo más que un veto a la decisión mayoritaria. Es parte de un proceso de diálogo. Creo que el caso Patti, en el cual el “acto contra-mayoritario” provino del Congreso, abre puertas para que el diálogo se produzca.

Estamos quizás acostumbrados a que el veto judicial no penetre en el resto de los poderes, ni sus efectos trasciendan más allá del caso. No me refiero en particular a la regla de precedente, sino a que no existe respuesta por parte de los otros poderes del Estado cuando el Poder Judicial ejerce la facultad de control. Realmente los jueces tienen la última palabra en materia de interpretación constitucional, sobre todo porque no existen mecanismos devolutivos de las decisiones, al menos a nivel federal. Los alegados escasos recursos del Congreso suelen determinar la importancia de los asuntos, y es así como vemos que por razones políticas algunas leyes se debaten en forma inmediata (piénsese

10. Caso “Bush vs. Gore”. El precedente es analizado por Friedman para destacar que a pesar de que la decisión fue contraria al deseo mayoritario del pueblo, éste continúa aceptando el control judicial.

por ejemplo en los “benditos superpoderes” tratados hace poco tiempo), y nada sucede en cambio con leyes que son declaradas inconstitucionales por el poder judicial.

¿Es el silencio acaso una forma de diálogo? ¿Podemos derivar de éste la respuesta del poder legislativo al veto judicial? Creo que no. Y si estuviera equivocado, ello implicaría que la única herramienta que poseen los jueces para ejecutar sus actos -la palabra, el arte de convencer- es fútil.

¿Es el reenvío una solución a dicha indiferencia? Realmente no sé, aunque anticipo que la idea intuitivamente me simpatiza. En definitiva, se trata de que la ciudadanía participe en la mayor cantidad de instancias de diálogo posible, y, como dice Friedman, que esté en diálogo consigo misma.

Buenos Aires, octubre de 2006.

