

Sentencia pronunciada contra los reos de alta traición de la ciudad de La Paz, 1810

A continuación, la Revista Jurídica reproduce los documentos históricos correspondientes a la represión del levantamiento de La Paz del 16 de julio de 1809, antecedente directo de la Revolución de Mayo.

Los textos, que conservan el lenguaje original, fueron publicados originalmente en Augusto E. Maillé (compilador), La Revolución de Mayo a Través de los Impresos de la Época, Tomo 1, Comisión Nacional Ejecutiva del 150° Aniversario de la Revolución de Mayo, Buenos Aires, 1965. De allí también se tomaron las imágenes incluidas aquí.

EL EXCMO. SENOR VIREY DE BUENOS AYRES, A SUS HABITANTES.

Siéndome constante el verdadero interes que este generoso pueblo tiene por todo lo que corresponde al servicio del Rey, y debido exercicio de la Justicia, hé creído conducente comunicarle las noticias de oficio que he recibido del Perú por el extraordinario que llegó el 20: con ellas entiendo que se calmarán los justos recelos que ocuparian los ánimos de los honrados y pacíficos vecinos, temiendo que acaso aquella desoladora llama pudiera hacerse transcendental á sus hogares; se tranquilizarán lo benéficos comerciantes viendo ya disipada la tormenta que ponía obstáculos y riesgos á sus relaciones mercantiles, los quales ha removido el triunfo de la justicia por medio de las armas del Rey; y por último, si en qualquier parage de estos sus dominios, cuyo gobierno me tiene confiado, existiese algun hombre perverso que abrigue en su pecho la idea de atentar contra la autoridad Real, y las que ésta ha constituido, dirigiéndose á transtornar el órden que las leyes han establecido, es seguro que se retraerá del precipicio donde vá á estrellarse, con el exemplo que en cabeza agena le presenta el resultado de las conmociones del Perú.

OFICIO DEL Sr. D. MANUEL DE GOYENECHE,
*General en Xefe de la expedicion auxiliar contra
los revoltosos de la Paz.*

Excmo. Señor. = Tengo el honor de instruir á V. E. de la feliz conclusion y exterminio de los reveldes refugiados á

OFICIO DEL Sr. D. MANUEL DE GOYENECHÉ,

General en Jefe de la expedición auxiliar contra los revoltosos de la Paz

Excmo. Señor.= Tengo el honor de instruir á V. E. de la feliz conclusión y exterminio de los reveldes refugiados á Yungas, incluyéndole copia del parte original que acabo de recibir del Comandante de las tropas destinadas a este fin; y he dispuesto que ambas cabezas se presenten en esta Plaza colgadas en una horca, y la del Gallego se ponga en la cuesta por donde fugó de esta ciudad haciendo fuego y resistencia á las armas del Rey; y la del sanguinario Lanza en el pueblo de Chulumani, para escarmiento de malvados y testimonio público del desenlace que tienen las conmociones de esta clase.= Dios guarde á V. E. muchos años. Quartel General de la Paz 22 de Noviembre de 1809.= Excmo. Señor.= José Manuel Goyeneche.

OFICIO DEL COMANDANTE DE LAS TROPAS

que fueron destinadas a la persecución de los reveldes que projugaron de la Paz.

Al fin pagaron los perversos Manuel Victorio Lanza, y Gabriel Antonio Castro sus iniquidades. Dí á V. S. parte de haber despachado al punto de Viri al Capitan Sierra con mi Ayudante provisional Solis con cincuenta hombres á perseguirlos, disponiendo que 30 Indios de Yrupana examinasen el bosque donde llegué a entender se habian refugiado. Estos Indios fieles los siguieron por el rastro de las huellas, y luego, que los divisaron frente de la embocadura del rio Totorani les intimaron se rindiesen. Lanza tomó un esmeril y disparó; pero no dió fuego, é inmediatamente les dispararon y cayeron; les cortaron las cabezas, y este pueblo hoy á las 12 del dia ha tenido la escena de verlas entrar por la plaza á presencia de todas las tropas formadas, y colocadas en la misma horca en que el cruel y sanguinario Lanza colgó á Zavala y otros. Con la muerte de estos malvados contemplo fenecida la revolucion; para exemplo del partido donde tenia Lanza algunos seqüaces, he dispuesto que queden en la horca hasta mañana que las remitiré á esa ciudad para que sirvan de escarmiento á otros.= Dios guarde á V.S. muchos años. Quartel de Chulumani y Noviembre 19 de 1809.= Sr. General en Jefe D. José Manuel de Goyeneche.= Domingo Tristan.

yeron; les cortaron las cabezas, y este pueblo hoy á las 12 del dia ha tenido la escena de verlas entrar por la plaza á presencia de todas las tropas formadas, y colocadas en la misma horca en que el cruel y sanguinario Lanza colgó á Zavala y otros. Con la muerte de estos malvados contemplo fenecida la revolucion; para exemplo del partido donde tenia Lanza algunos seqüaces, he dispuesto que queden en la horca hasta mañana que las remitiré á esa ciudad para que sirvan de escarmiento á otros.= Dios guarde á V. S.

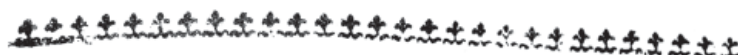
OFICIO DEL SEÑOR GOBERNADOR

Intendente del Potosí.

Con fecha de 27 de Noviembre dá cuenta este Xefe de haberse cumplido en la ciudad de la Plata las órdenes de esta Superioridad, poniendo en libertad el día 18 al Excmo. Sr. Pizarro, con las demostraciones mas vivas de alegría que manifestó en el acto aquel pueblo; desmintiendo de este modo la excusa que los motores de la insurreccion habian tomado por pretexto para aquel atentado, suponiendo que el pueblo le profesaba odio.

OFICIO DEL EXCMO. SEÑOR VIREY DE LIMA.

Este digno Xefe que en las actuales circunstancias ha acreditado todo el zelo y amor que profesaba al Soberano, me participa con fecha de 26 de Octubre las acertadas providencias que dictó al momento que tubo la primer noticia de la sublevacion de Quito, siendo tanta su eficacia que obligaron a los inquietos a someterse protextando sumisión; después dice: siete picarones de la infima plebe se les puso en la cabeza tramar aquí una revolucion, pero al primer paso tube aviso y los hice asegurar, sin que se escapase alguno; se les está concluyendo la causa para que sufran la condigna pena; seguramente no necesitaban otra que el mandarlos salir de la cárcel, pues en él momento serian despedazados por este fiel pueblo, que ha sentido sobre manera el que hubiese habido quien pensára mancharle con la nota infame de traydor.



MANIFIESTO.

La ciudad de la Paz acaba de ver el imponente castigo que reclamaba su fidelidad y honor, al igual del sagrado, y estrecho cumplimiento de las leyes, cuya execucion salva la patria, ordena la sociedad y hace respetables los Magistrados, conservando las propiedades y regalías que son la base de la felicidad pública. La floreciente Paz contaba ya tres meses de anarquia y confusion, entregada á la degradacion. circundada de sombras falsas, y regida por unos loquaces aventureros, que abusando del sagrado nombre del Rey promulgaban un odio sanguinario á nuestros hermanos los europeos, y esparciendo el desorden por medio de escritos subversivos buscaban partidarios y amigos en todo este continente, para declarar una figu-

MANIFIESTO.

La ciudad de la Paz acaba de ver el imponente castigo que reclamaba su fidelidad y honor, al igual del sagrado, y estrecho cumplimiento de las leyes, cuya execucion salva la patria, ordena la sociedad y hace respetables los Magistrados, conservando las propiedades y regalías que son la base de la felicidad pública. La floreciente Paz contaba ya tres meses de anarquía y confusión, entregada á la degradación, circundada de sombras falsas, y regida por unos loquaces aventureros, que abusando del sagrado nombre del Rey promulgaban un odio sanguinario á nuestros hermanos los europeos, y esparciendo el desorden por medio de escritos subversivos buscaban partidarios y amigos en todo este continente, para declarar una figurada independencia, cuyo estandarte se enarbolaba en ella baxo hipócritas halagüeñas esperanzas, que visiblemente han descubierto su fundamento, reducido al robo, reparto de bienes, y exterminio absoluto de la virtuosa honradez en los que la poseían. La complicidad considerable de satélites que contaba esta temible facción, la ha creado, y nutrido la sordida codicia de algunos, el ningun zelo de este Gobierno en reprimir desde su origen la audacia de los proyectos, y el escandaloso exemplo de ciertos Magistrados, que abusando del alto depósito de las leyes, cuya administración les está confiada para la felicidad pública, la han empleado en la aplicación de sus propias pasiones con escarnios y dicterios, que de puro personales los han elevado á la clase de asuntos de Estado. Era necesario, segun sus depravados fines, que la confusión los envolviese, para que nadie penetrase el mezquino fin de su origen, y la justicia y verdad quedasen sepultadas en el transtorno, de que esta ciudad estaba dando relevantes pruebas. La Divina Providencia, que protege unos pueblos, cuya docilidad, y buena fé es digna del paternal Soberano D. Fernando VII, á quien hemos jurado eterno amor y obediencia, dictó al circunspecto Virey del Perú el Excmo. Sr. D. José Abascal la terminante resolución de ponerme á la cabeza de las valerosas tropas del alto Perú para extinguir en su cuna la semilla perniciosa que á todos nos amenazaba. La rapidez de los movimientos, la disciplina y subordinación de mis tropas en nada han ofrecido desventaja á las mas aguerridas de Europa, y su servicio activo es el que por modelo he observado en aquellos mismos ejércitos europeos, donde la práctica militar llega á la perfección. Esta misma adaptada en las circunstancias me hizo penetrar esta ciudad, y en los inaccesibles Andes de Yungas, hasta extinguir con la fuerza lo que repetidos perdones, la lenidad y los mas fervientes consejos y dulces amonestaciones no habían podido obtener. La Paz vió renacer su felicidad, y sin desmentir en nada el alto concepto que siempre la ceñirá de gloria y decorosos laureles, me recibió con los honrosos títulos de libertador, clamando por sus calles y plazas con inexplicable gozo, que había llegado el día de su rescate. La hospitalidad y generoso acogimiento con que ha mirado mis tropas, y el obedecimiento que ha prestado á mis órdenes y consejos, son un autentico comprobante de la sanidad de sus principios, y del justo deseo, que la animaba de sacudir la coacción, y someterse al restablecimiento de su antiguo lustre; pero esto no podia conseguirse sin que los criminales autores de la anarquía, apareciesen victimas de la ley, para aclarar la diferencia que hay entre la inculpabilidad de un pueblo y ciudad inocentes, de cuyos nombres se ha abusado, y la perversidad é irreligioso genio de los que tan tenaz é injustamente, sin fé alguna

apoderados de la fuerza cometían asesinatos, robos, saqueos y toda clase de exterminio. Prevehi la necesidad de un escarmiento, que la América toda aguardaba en obsequio de su propia seguridad, y la Paz mas que pueblo alguno pedia con el mismo fin y el singular de su vindicacion; y no conformándose con mis principios el presenciar lo que ni el Rey mismo procediendo en justicia podia dispensar, expuse al digno Virey de estas Provincias el Excmo. Sr. D. Baltasar Hidalgo de Cisneros la necesidad de los castigos, y que en su ordenacion la delegase á una comision ó persona de carácter, excepto á mí, que me contentaba con haber obtenido todo lo que hace feliz un Gobierno, poniendo á disposicion de los Jueces los reos principales instrumentos de la sublevacion. Este Superior Xefe, ántes de recibir mi renuncia se posee de los mismos justos principios, y usando de igual respetable idioma que dictaba el Señor Virey del Perú, manda y exige en repetidos oficios que se proceda al castigo para general escarmiento, lo que terminantemente me ratifica, sin exclusion alguna, en su oficio de 22 de Noviembre anterior, facultándome á que proceda militarmente con todo el rigor de las leyes executando las sentencias pronunciadas contra los delinquentes en esta misma ciudad en que han cometido sus delitos, como medio el mas seguro para que sirva de escarmiento á los demás, y se conserve la memoria de los justos castigos en el mismo parage en que han sido perpetrados sus crímenes. No obstante una órden tan terminante, creí justo consultar mis determinaciones con el distinguido y culto General D. Vicente Nieto, Presidente de la Plata, á cuyo conocido juicio, fié todo el conocimiento que podia darse de la clase de reos, origen de sus delitos, y graduacion que de ellos hacía para imposicion de penas, como aparece en oficio de 20 de Diciembre. No se engañaron mis esperanzas en aguardar la madura y sabia resolucion de este General, cuya contestacion de 28 del mismo reproduce la órden del Sr. Virey de estas Provincias de 22 de Noviembre, declarando que autorizado competentemente por S.E. proceda al pronto, ejecutivo y veloz escarmiento a favor de la salud del pueblo que es la ley Suprema. No me restaba mas que presentar á los ojos de la América el fruto de una conducta rápida en sus movimientos; pero reflexiva y consultada en última decision por mi Auditor de Guerra el Asesor de la Presidencia del Cuzco D. Pedro Lopez Segovia, y cinco Letrados imparciales de conocida providad, y responsables al Altisimo de sus consejos, que unidos á la conviccion de mi propia conciencia convinieron con irrevocable firmeza que los reos sentenciados á la pena capital (en los presentes, y no en los ausentes) executada, eran dignos de ella, y si se llevase á debido efecto la literal aplicacion de la ley, deberian serlo igualmente mas de ochenta comprendidos en iguales crímenes. Mi corazon oyó la voz paternal de nuestro amado Rey el Sr. D. Fernando, que desde su cautiverio pedia clemencia por estos deslumbrados reos, que graduados muy piadosamente de secundarios, pasan con sus procesos á recibir el castigo necesario para la conclusion de una obra, cuya consumacion queda de manifiesto en las personas de los ajusticiados, que invocaron el nombre del pueblo, sin su conocimiento y consentimiento: crearon cuerpos y dignidades, formando una constitucion que atacaba directamente las regalías, y bases de la que sabiamente nos dirige: esparcieron las ideas, y medio de arrastrar al desorden á las demas Provincias, infundiendo falsas desconfianzas contras sus Xefes de ambos estados, sin un calificacion que acreditase sus sospechas: dispusieron de los sagrados bienes del Rey, incendiando los unos y

malgastando los otros en la creacion de una fuerza militar dotada de sueldos, graduaciones y facultades dispensadas á las hezes de la baxeza, y últimamente apropiándose los bienes de la honrada vecindad, con decapitaciones y amenazas, de que no se vieron exéntos los Cuerpos Religiosos y Monasterios de Vírgenes, que con la ciudad toda iban á ser incendiados, si las armas de mi mando no detienen este curso de horrores, que aun á mi presencia los han querido sostener atacando las tropas de S.M., muchos con sus consejos, y el resto con el fuego de las armas y la desesperacion. Pocas veces se habrán visto hombres cuya codicia y sanguinario plan haya sido menos compatible con la seguridad particular y del Gobierno, habiendo sentado la máxima de escribir de un modo, y obrar de otro. Sobre este corto número de depravados, convictos y confesos que concluyen implorando en sus confesiones la piedad de las leyes, ha caido la necesaria pena de muerte. Juzguen los hombres de qualquiera parte del mundo, si se interesan en la suerte de sus semejantes, de una execucion que reclamaba la justicia, la imperiosa ley de la necesidad, y la felicidad pública; y convendrán que convenía, y que la ciudad de la Paz ha vindicado su reputacion y honor con solo el cumplimiento de las leyes que se ha administrado con visible pureza, dirigida á la salvacion de la patria, y mejor servicio del Rey. Quartel General de la Paz 29 de Enero de 1810.= *José Manuel de Goyeneche.*

SENTENCIA

En la causa criminal de alta traicion, seguida en esta Comandancia General del ejército auxiliar del alto Perú en virtud de comision especial del Excmo. Sr. D. Baltasar Hidalgo de Cisneros, Virey, Gobernador y Capitan General de las Provincias del Rio de la Plata, contra los autores y principales cómplices, que cometiendo los mas atroces, execrables, y sacrilegos delitos se sublevaron en esta Ciudad formando conventículos y juntas detestables, en que acordaron sus planes, imputaron la mas negra é infame calumnia á las autoridades del Reyno, suponiéndolas infidentes para dar aparente colorido á sus depravados intentos, asaltaron á fuerza abierta la noche del 16 de julio al Quartel de veteranos, apoderandose de las armas, depusieron del gobierno al Sr. Gobernador Intendente, y al Illmo. Sr. Obispo, removieron á los Subdelegados de los partidos y á los demás empleados legitimamente constituidos subrogando otros de su faccion aparentes para sus reprovados fines, exigieron nuevo gobierno, con el Titulo de Junta Representativa de Tuicion, y adoptaron el escandaloso plan de 10 capitulos, que atacaba las reglas de la Soberania, conspiraban destruir el legitimo gobierno, é inducian la independencian, procedieron á incendiar en plaza pública los expedientes calificativos de los créditos á favor del real Fisco, condonando y extinguiendo tan privilegiadas deudas, recogieron por apremio todas las armas del vecindario asi blancas como de fuego, organizaron una fuerza militar para oponerse, y resistir las tropas del Rey, nombraron con despotismo, Comandantes, y demas Oficiales por patentes, que se libraron compeliendo al Cabildo para que se expidiesen, fundieron cañones, construyeron lanzas, y prepararon todos los pertrechos útiles de guerra, extrajeron y robaron los caudales pertenecientes á la Real Hacienda invirtiéndolos

en sueldos, y acopio de municiones, circularon proclamas y papeles subversivos, invitando á las demás Provincias á la insurreccion, eludieron, é hicieron irrisorias las prudentes y sagaces providencias del Excmo. Sr. Virey, autoridades de todo el Reyno, y las de esta Comandancia relativas á calmar la sublevacion y despreciando el indulto que se les ofreció, perpetraron muertes, saqueos de las tiendas, casas de comercio, y otros horrendos desordenes resistieron la entrada del ejército del Rey, en esta ciudad haciendo fuego de artillería en el alto de Chacaltaya, y considerándose incapaces de oposición se retiraron al partido de Yungas, donde resguardados de las situaciones ventajosas, fragosas, é inaccesibles de los caminos, pensaban hacerse inexpugnables, seduxeron, y conmovieron á los Indios de los pueblos, y negros esclavos de las haciendas, atacaron en Irupana con toda la gente sublevada, tren de artilleria, y lanzas, la dirección de las tropas de Arequípa, dirigidas por esta Comandancia con el laudable objeto de transigir en paz, y restablecer el orden escandalosamente subvertido con los horrorosos crímenes de exterminar europeos, y exponer á la muerte toda la gente seducida, y alucinada, con lo demas que se ha tenido presente: visto este proceso contrahido y limitado al mas breve y executivo castigo de los reos principales de la incurrecion, según lo decretado en el mandamiento de prision, y embargo, y otras gravísimas y urgentes consideraciones &c. Fallo atento á los autos y meritos de la causa, y á lo que de ellos resulta que debo declarar, y declaro á Pedro Domingo Murillo titulado Coronel Presidente, á Gregorio García Lanza, Basilio Catacora, y Buenaventura Bueno, representantes del pueblo: al presvitero José Antonio Medina, al subteniente Juan Bautista de Sagarnaga, Melchor Ximenez, (alias el Pichitanga) Mariano Graneros, (alias el Challatexeta) Juan Autonio Figueroa, y Apolinar Jean por reos de la alta traicion, infames, aleves, y subversores del orden público, y en su consecuencia les condeno en la pena ordinaria de horca, á la que serán conducidos, arrastrados a la cola de una bestia de albarda, y suspendidos por mano de verdugo, hasta que naturalmente hayan perdido la vida, precedida que sea la degradación militar del subteniente Sagarnaga con arreglo á las ordenanzas de S.M., despues de las seis horas de su execucion, se les cortarán las cabezas a Murillo y Jean, y se colocarán en sus respectivas escarpas construidas a este fin, la primera en la entrada del alto de Potosí, y la segunda en el pueblo de Coroyco, para que sirvan de satisfacción á la Magestad ofendida, á la vindicta pública del Reyno y de escarmiento su memoria, suspendiéndose por ahora la execucion del presbitero José Antonio de Medina por justas consideraciones, no obstante la degradación y entrega hecha por el Illmo. Sr. Obispo de esta Diócesis, que corre á foxas primera, quaderno tercero, hasta el Excmo. Sr. Virey con presencia de ellos resuelva lo que tuviese por conveniente. A Manuel Cossio, sedicioso alborotador, é instrumento de los principales caudillos en los funestos acaecimientos de todo el tiempo de la sublevacion, le condeno á que sea pasado por baxo de la horca, luego que sean justiciados los reos, cuya execucion presenciara montado en un burro de albarda, y por diez años al presidio de Bocachica, remitiéndosele á este fin en partida de registro á disposicion de dicho Sr. Excmo. Virey. Igualmente condeno á todos los comprehendidos en esta sentencia al perdimiento de todos sus bienes, aplicándolos como desde luego los aplico al Real Erario, cuyos Ministros cuidarán de su cumplimiento: con mas en las costas

causadas mancomunadamente: sin perjuicio del proceso contra los demás complicados, y secuaces de la sublevación á quienes no obstante lo apuntado en mi consulta de 20 de diciembre hecha al General y Presidente de la Real Audiencia de Charcas D. Vicente Nieto, y su respuesta de 28 del mismo, que obran á foxas ciento quarenta y dos, y foxas doscientas quarenta y siete del primer cuerpo, y demás causales contenidas en el mandamiento de prision, librado contra los otros cómplices, para suspender el conocimiento de sus instancias, y reservarlo al de aquel Excmo. Xefe, se ha recibido ultimamente su oficio de 11 del citado diciembre, en que baxo los retenidos respetos que aníman su vigilancia, y desvelos hácia la salud pública me reencarga la conclusion de sus causas y el término total de estas materias de tan grave consecuencia: se continuarán, executada que sea esta dicha sentencia. Por la qual definitivamente juzgando sin embargo de apelación, nulidad, ni otro recurso, y con la calidad del sin embargo, así lo proveo, mando, y firmo.= José Manuel de Goyeneche.= Pedro Lopez de Segovia.

CON SUPERIOR PERMISO.

Buenos Ayres: En la Imprenta de los Niños Expósitos.



SENTENCIA
PRONUNCIADA CONTRA LOS REOS
DE ALTA TRAICION
DE LA CIUDAD DE LA PAZ.

En la causa criminal de alta traicion que se ha continuado en esta Comandancia General contra los principales cómplices, y secuaces de la insurgencia de esta Ciudad presentes y ausentes, cuyo juzgamiento se reservó por el mandamiento de prision á disposicion del Excmo. Sr. Virrey y Capitan General de estas Provincias, quien en su oficio de 11 de Diciembre próximo pasado me reencarga la final determinacion de ella. Vistos y examinados los autos con la seriedad, y circunspeccion que exige un asunto tan

SENTENCIA PRONUNCIADA CONTRA LOS REOS DE ALTA TRAICION DE LA CIUDAD DE LA PAZ

En la causa criminal de alta traicion que se ha continuado en esta Comandancia General contra los principales complices, y seqüaces de esta Ciudad presentes y ausentes, cuyo juzgamiento se reservó por el mandamiento de prision a disposicion del Excmo. Sr. Virey y Capitan General de estas Provincias, quien en su oficio de 11 de Diciembre proximo pasado me reencarga la final determinacion de ella. Vistos y examinados los autos con seriedad, y circunspeccion que exige un asunto tan importante de tanta complicacion, y en que se debe clasificar las penas á la variedad de crímenes cometidos, desde la noche del 16 de julio, descriptos en la primera sentencia; teniendo presente el citado oficio con otras politicas consideraciones propias de las circunstancias del dia.= Fallo atento á los autos, méritos del Proceso, cargo y culpa que contra los reos resulta, que debia condenar, y condeno a Ramon Arias, Francisco Xavier Iriarte, Manuel Caceres, y Miguel Quenallata, juzgados en rebeldía, con estrados á la pena de horca la que se executará siendo aprendidos y sacados de la prision ignominiosamente arrastrados en un seron por una bestia de albarda, con confiscacion de todos sus bienes á beneficio del Real Erario. A los Presbiteros Dr. D. José Manuel Aliaga, Cura de Guarina, Doctor D. Manuel Mercado, D. Sebastian Figueroa, ausentes, y D. Francisco Xavier Iturri Patiño, presente, á diez años de presidio en las Islas Filipinas. Al Doctor D. Melchor Leon de la Barra, Cura de Caquiaviri, presente, á ocho años de presidio en las mismas Islas con igual confiscacion de sus bienes, en virtud de haber procedido para esta decision el acuerdo y anuencia del Sr. Gobernador Eclesiástico de esta Diócesis en los términos que aparece á continuacion del oficio que obra á fojas de este Quaderno, procediendo á imponerles este castigo en atencion á la clase de los delitos perpetrados á la faz de la América, por dichos reos, dexando en esta parte su confirmación al Excmo. Sr. Virey, y pasándose testimonio de esta resolucion al Sr. Presidente de Charcas para lo que hubiere lugar. A Sebastian Aparicio, los dos Abogados D. Manuel Ortiz y D. Gavino Estrada, Hipólito Landaeta y Eusebio Condorena, ausentes, á diez años de presidio en las referidas Islas Filipinas, y ocho años á Julian Galvez, igualmente ausente, en el mismo destino. A D. Tomás Domingo de Orrantia, y á D. Manuel Huisi, presentes; al primero á diez años, y al segundo ocho en el citado presidio con omisión de sus empleos, procediendo de la propia manera á la confiscacion de los bienes de entrambos. A D. Isidro de Zegarra y José Ximenez Pintado, á seis años de presidio en las Islas Malvinas, como también á Manuel Rivero por el mismo tiempo, después de haber sufrido la pena de cien azotes que se le darán por mano de verdugo en las quatro esquinas de la plaza de esta Ciudad, cabalgado en un burro de albarda; al Doctor D. Baltasar Alquis, y al Dr. D. Crispin Diez de Medina, á quatro años en el indicado presidio, privados para siempre de abogar recogiénseles al efecto sus respectivos titulos, y quedando extrañados perpetuamente de esta Provincia. A D. José Arroyo, á quatro años al referido presidio, recogiénsele la patente de Subteniente de Milicias, y confiscándose los bienes de los seis insinuados. A Pedro Leaño, presente, y Julian Peñaranda, ausente, al Socabon de Potosí por quatro años, y extrañados á perpetuidad de esta Provincia. A los Presbíteros D. Andres José del Castillo, y D Bernabe Ortiz de Palza, al primero á la Recoleta de Buenos Ayres por

ocho años, y al segundo á la de Arequipa por tres, para que aprehendan la Doctrina Cristiana, y se instruyan en sus demas deberes. A los Abogados D. Antonio Avila, y el Doctor D Juan de la Cruz Monge, al primero privado para siempre de abogar, recogiéndosele el título, y extrañado perpetuamente á doscientas leguas de esta Ciudad, en este Vireynato, sin que pueda pasar al del Perú, y al segundo á suspension de oficio, y extrañamiento por quatro años á la Ciudad de Cordoba en el Tucuman, con la calidad de que no pueda restituirse á esta de la Paz. Al Escribano Mariano del Prado, privado del oficio, y se le extraña para siempre de esta dicha Ciudad. A D. Pedro Cossio, se le confina á cien leguas de distancia de la misma, y se le impone de multa de seis mil pesos por via de indemnización á la Real Hacienda. A D Jose Antonio Vea-Murguia, confinado por quatro años á la Ciudad de Salta, y extrañado perpetuamente de esta Poblacion. A Rafael Irusta, ausente, y D. Benigno Salinas, presente, extrañados para siempre de la Provincia, despues de haber experimentado el segundo dos meses de arresto. A D. Luis Balboa se le extraña igualmente á perpetuidad del Partido de Omasuyos, despues de sufrir quatro meses de carcel, como también á D. Eusebio Goyoso de la Penaylillo del de Pacaxes, despues de dos meses de arresto. A Pedro Linares, privado de la recaudacion de tributos, y extrañado para siempre del Partido de Chulumani. A D. Clemente Diez de Medina, ausente, y a los Doctores D. Geronimo Calderon, y D. José Maria Valdés, presentes; al primero, que en el término de tres años no pueda presentarse en esta Ciudad, ni en la de Arequipa; y los dos últimos en el de dos años en sola esta Ciudad. Al Doctor D. Joaquin de la Riva, suspenso de abogar por quatro años. Los Escribanos Cayetano Vega, y Juan Crisóstomo Vargas, serán apercibidos severamente; y el segundo suspenso del oficio por seis meses. A D. Francisco Monroy, y Francisco Inojosa; al primero quatro meses de prision; y dos al segundo, á mas de la que han sufrido, sin que Monroy pueda obtener en lo sucesivo empleo ninguno público. A D. José Ascarrunz, D. José Ignacio Ortiz de Foronda, Vicente Medina, D. Pedro Herrera, Francisco Monterey, Doctor D. Bartolomé Andrade, D. Alberto Estrada, y Manuel Vera, ausente, se les reprehenderá severamente sobre su manejo, quedando Monterey inhabilitado de continuar en la Milicia, y al Doctor Andrade, suspenso de abogar por seis meses, y celando este Gobierno sobre las operaciones de los referidos. Se procederá á la confiscacion de los bienes de los referidos finados Manuel Victorio Lanza, Pedro Rodriguez y Gabriel Antonio Castro; y por lo que respecta á los de D. Juan Pedro Indaburu, atendiendo á que este expió sus crímenes con la afrentosa muerte que le dieron los insurgentes, á que repongan las cantidades que extraxo de esta Tesorería principal de Real Hacienda, según resulta de la razon de sus Ministros, que corre á fojas de este Quaderno, compeliéndose igualmente á todos los que sacaron dinero de aquella Tesorería y constan de la citada razon, á que hagan el correspondiente reintegro. Y en consideracion á que hallándose esta causa en estado de sentencia, se han dirigido sumarias de los Partidos de Omasuyos y Pacaxes de las que resultan algunos reos, se comete su conocimiento al Sr. Gobernador Intendente, para que en el caso de no deber ser comprendidos en el indulto que ha de publicarse con arreglo á lo prevenido por el Excmo Sr. Virey, les aplique la pena que estime de justicia: entendiéndose lo propio con Juan Zaya, y Casimiro Irusta, con presencia quanto al primero de la subversiva carta original que se le pasará al efecto, y en orden al segundo conforme al estado en que se halle la causa pendiente de vesursidio, y conviniendo a la

quietud y tranquilidad de la Provincia que algunos delinquentes que no aparecen de la sumaria por cuya razon no se libró contra ellos el correspondiente mandamiento sean corregidos y penados por providencia gubernativa les impongo al Indio Catarí, alias, el Usia, miembro de la Junta Tuitiva luego que sea aprehendido la pena de doscientos azotes, y la de presidio en esta Ciudad por seis años; á Sebastian Alvarez de Villa Señor, y D. Manuel de Zapata, dos meses de prision y extrañados del partido de Chulumani. A D. Pedro Ortiz de Foronda y su mujer, é Ilarion Andrade extrañados del mismo partido, destinando al último á la limpieza de esta Ciudad por un año de grillete al pie. A D. Eugenio Diez de Medina que no se apersona en esta Ciudad por tres años. A D. Diego Inofuentes, y Manuel Gemio se les priva de obtener oficios publicos, encargándose al Subdelegado de aquel partido esté á la mira de sus operaciones. Y por lo que toca á Martin Cuentas, Pedro Barrera, Vicente Inojosa, y Toribio Patón: habiendo purgado sus desvíos con la prision que han sufrido se les pondrá en libertad quedando para siempre extrañados de Yungas. A Antonio Maedana, Camilo Peralta, y Eusebio Tequeiro aprehendidos por mí en el Alto de Chacaltaya con las armas en la mano: se les aplica respectivamente la pena de cien azotes, destinándolos por quatro años al presidio del Cuzco. A Estevan Ochoa, y Fernando Godoy por igual aprehensión en la Batalla de Irupana se les destina al trabajo de las obras públicas de esta Ciudad por seis años. A Mateo Cañizares se les extraña perpetuamente de esta Provincia, y en órden al Abogado D. Mariano Michel D. Hermenegildo Fernandez de la Peña, y D. Manuel Volaños, atendiendo que el referido Sr. Presidente ha retenido el conocimiento de sus causas, no se comprehenden en esta sentencia. Y por lo que hace á los Oficiales y demas empleados que obtuvieron patentes del insurgente Pedro Domingo Murillo, y que no resultaran gravemente complicados se les reprehenderá con severidad á presencia del Sr. Gobernador Intendente, y ambos Cabildos, se recogerán sus falsos despachos como los papeles y proclamas subversivas que existan aqui y en los partidos, y se incendiarán en plaza pública por mano de verdugo, dispensándose á los referidos, y á todos los demas que directa ó indirectamente hayan tenido parte en la revolucion el indulto y perdon que á nombre de S.M. se publicará por bando así en esta Ciudad como en los mencionados partidos imponiendo perpetuo silencio á todos sus habitantes á fin de que por ninguna manera se trate judicial ni extrajudicialmente sobre esta sublevacion, ni se tilde la conducta de los indultados, á cuyo efecto, recojo de papeles, y vigilancia de los Gobiernos donde se destinan algunos reos, se pasarán los respectivos testimonios de esta sentencia á los SS. Intendentes, y Subdelegados á quienes corresponda; alzándose el seqüestro de los bienes de aquellos que no son comprehendidos en la confiscacion. Y por ella definitivamente juzgando, sin embargo de apelacion, ni de otro qualquier recurso que declaro no haber lugar; asi lo proveo, mando y firmo con costas en que condeno mancomunadamente á los que se aplican penas afflictivas.= José Manuel de Goyeneche.= Pedro Lopez de Segovia.= Dio y pronunció la sentencia que antecede el Sr. D. José Manuel de Goyeneche, Caballero del Habito de Santiago, Brigadier de los Reales Exércitos, Presidente Interino de la Real Audiencia del Cuzco, y General en Xefe del Exército del Alto Perú, comisionado por el Excmo. Sr. Virey de estas Provincias, estando haciendo audiencia pública en estas materias con dictamen del Sr. Dr. D. Pedro Lopez de Segovia, Teniente Letrado de la Provincia del Cuzco, y Auditor

de Guerra en la Ciudad de la Paz á veinte y ocho dias del mes de Febrero de mil ochocientos y diez años, siendo testigos el Teniente Coronel de Ejército D. Mariano Campero, y el Coronel de Milicias D. Pablo Astete de que doy fee.= José Genaro Chaves de Peñalosa Escribano de S.M. público de Hipotecas y Cabildo.= Corresponde con la sentencia original de su contesto de que doy fee. Paz y Febrero veinte y ocho de mil ochocientos diez años. Hay un signo.= José Genaro Chaves de Peñalosa Escribano de S.M. publico de Hipótecas y Cabildo.

D O N J O S E M A N U E L
de Goyeneche, &c.

Habiendo desde mi entrada en esta Ciudad tomado las mas vivas, y eficaces providencias que dictadas de la suavidad política, y justicia llenasen mis interesantes objetos en obsequio de los altos fines que me proponia, y de los demas que restableciesen su buen orden moral, y civil pretendido trastornar, y sofocar desde la noche del 16 de Julio precedente hasta satisfacer estos viles designios, y de las amplias comisiones, que se me han conferido por el Exmo. Sr. Virey de estas Provincias, con el severo, digno, y exemplar castigo del ultimo suplicio en las personas de los caudillos de la detestable infidencia. y popular commocion iniciada aquella

DON JOSE MANUEL

de Goyeneche, &c.

Habiendo desde mi entrada en esta Ciudad tomado las mas vivas, y eficaces providencias que dictadas de la suavidad, politica, y justicia llenasen mis interesantes objetos en obsequio de los altos fines que me proponia, y de los demas que restableciesen su buen orden moral, y civil pretendido trastornar, y sofocar desde la noche del 16 de Julio precedente hasta satisfacer estos viles designios, y de las amplias comisiones, que se me han conferido por el Exmo. Sr. Virey de estas Provincias, con el severo, digno, y exemplar castigo del ultimo suplicio en las personas de los caudillos de la detestable infidencia, y popular commocion iniciada aquella noche, como con

los equitativos y mas prudentes que acabo de adoptar hacia las de sus seqüaces segun sus grados, circunstancias, y respetos que aseguren la tranquilidad publica, y ulterior felicidad de esta Provincia, y sus adyacentes; y deseando conservar estas propias ideas, y adelantarlas por otros conseqüentes, y mas patéticos medios, como son la gracia, y benignidad que descendiendo en sus casos desde el mismo Trono, los há depositado tambien para ellos en mi persona, y comision aquel Excmo. Xefe, hé venido en declarar, y declaro un Indulto absoluto, y general á favor de todos, y qualesquiera individuos, que á excepción de los contenidos en las dos sentencias por mi pronunciadas, se hubiesen complicado en esta Ciudad y sus partidos por alucinacion, maquinaciones, y demas reprobados arbitrios con que hayan sido seducidos, sorprendidos, ó atraídos por los primeros á su detestable partido, y maximas perversas. En cuya conformidad, y usando de este perdon, é indulgencia, que la publico, y mando fixar en nombre del Rey Nro. Señor D. Fernando VII, y de las facultades que en mi residen, deberán mantenerse tranquilos en sus hogares, y pueblos de su domicilio, restituyéndose igualmente á ellos los que se hallasen profugos, ú ocultos presentandose los primeros á las respectivas justicias en el termino de un mes, y los segundos en el de quatro, y viviendo en adelante con la probidad, y rectitud que califique su arrepentimiento, y los constituya dignos de la clemencia, y liberalidades de tan gran Monarca, aplicandose asi mismo a los oficios, o destinos de su incumbencia, sobre que celarán las mismas justicias con el esfuerzo que exige este gravísimo punto en obsequio de la propia felicidad publica, y de que com semejante consideracion los nuevamente mal entretenidos, seductores, ó que de algun modo fueren notados en el apuntado crimen de infidencia, ó subversiones del buen orden, serán rigurosamente castigados sin que les valga el Indulto. Y por quanto mis atenciones deben ser, y han sido igualmente extensivas al cuerpo eclesiastico, en que si algunos de los miembros olvidados de ser ungidos del Señor, y de los demas epitetos que decoran su elevado caracter, se han abandonado a las mas vergonzosas, y horrendas operaciones, unidos con los principales rebeldes, otros han dado publicos desicivos testimonios de su fidelidad, amor al Soberano, respeto á las Autoridades, y sobre todo se han manifestado laudables Ministros del Santuario, haciendose justamente acreedores a los certificados, y aprobaciones con que los hé condecorado por su reglada conducta; he tenido oportuno declarar tambien á estos por dignos vasallos de S.M. y que obtando en sus confesiones las retribuciones propias á su merito, vigile el M. Reverendo Obispo, y demas Juezes de esta Provincia acerca del posterior manejo de los primeros, dedicando sus cuidados conforme á los derechos constitucionales, canonicos, y fundamentales del propio buen órden moral, y civil á contenerlos dentro de los limites de sus sagradas, y especiales obligaciones, de las queles no habiendo tampoco distado la principal masa de los Indios de esta misma Ciudad, y de los partidos de su comprehencion, á su credulidad, se les hará entender por sus correspondientes parrocos en los dias de Domingo, y al tiempo de la Misa muy por el menor, y con la eficacia posible lo grato, y plausible de sus procedimientos tan fieles, y recomendables al propio Trono para las demas gracias á que tambien se han hecho acreedores, pasandose para este fin, y el de los Eclesiasticos expresados, al Prelado una copia de este auto por via gubernativa expedido, como las necesarias

al Gobierno Intendencia y subdelegados para su publicacion, y puntual cumplimiento en la parte que les toca, practicandose lo mismo por bando en esta referida ciudad, y fixandose despues exemplares en los lugares acostumbrados. Que es fecho en ella, y Quartel general de la Paz á 1° de Marzo de 1810.

José Manuel de Goyeneche

PROCLAMA

... La Paz tranquila, subordinada, y purgada de los desastres, y sus autores, no necesita por mas tiempo la presencia de un compatriota, que cree haber llenado sus deberes en beneficio de los sagrados intereses del Rey, y de la felicidad pública, cimentando el orden y su conservacion. Estos, han sido mis deseos, y al retirarme á mi Capital del Cuzco dexo con sentimiento un Pueblo, cuya lealtad, noble caracter, y particulares prendas he esclarecido, dexando ileso su bien fundado crédito, para cuya conservacion cedo todas las Armas, y Artillería cogidas á los insurgentes en diferentes puntos, con porcion considerable de municiones de las del Ejército, á fin que en lo sucesivo su custodia sea para sostener sus no marchitados timbres, baxo el auspicio de la buena conducta de la respectiva sumision á las legitimas Autoridades, y del verdadero amor á nuestro amado Rey el Sr. D. Fernando VII. Estos son mis votos por este noble vecindario, cuya elevacion, prosperidad, y gloria será inseparable de mi corazon, y jamas dexaré de recordar, que la Paz, y sus moradores han sido el objeto de mis desvelos.= Quartel general de la Paz 1° de Marzo de 1810.= Una Rubrica

CON SUPERIOR PERMISO.
IMPRESO EN BUENOS AYRES,

*En la Real Imprenta de los Niños Expósitos.
Año de 1810.*

Los crímenes de las mujeres en el positivismo: El caso de Carmen Guillot (Buenos Aires, 1914)¹

Julieta Di Corleto

“La cárcel, mil veces, antes que el martirio de seguir viviendo con ese hombre”

Carmen Guillot, *La Razón*, 27 de julio de 1914

I. Introducción

En el cambio de siglo, la criminalidad urbana era una de las preocupaciones centrales de los residentes de la ciudad de Buenos Aires. Los criminólogos positivistas y los periódicos de la época fomentaban el interés por la criminalidad y sus causas, al tiempo que contribuían a la asociación entre inmigración y delito. Las revistas especializadas daban cuenta de que el aumento de la población no guardaba proporción con el crecimiento exponencial de la delincuencia. Entre 1899 y 1914, las estadísticas policiales marcaban un incremento notable en los delitos contra las personas y la propiedad.² Estos resultados, analizados a la luz de las estadísticas penitenciarias —que para 1908 indicaban que la mayoría de la población carcelaria era extranjera— brindaban fundamento empírico a la legislación que identificaba inmigración con delincuencia.³

En el momento más alto de interés por la criminalidad, los delitos cometidos por mujeres no recibían la misma atención. En el decenio 1900-1909, sólo un 5.85 % de los criminales aprehendidos eran mujeres.⁴ Conforme el primer censo carcelario de 1906, las imputadas por delitos contra la propiedad, infanticidios y abortos formaban el grueso de la población carcelaria femenina. Para 1909, el anuario estadístico de la ciudad de Buenos Aires ponía en evidencia que sólo el 10 % de los delitos cometidos por mujeres eran homicidios o tentativas.⁵ Las mucamas, costureras, cocineras, lavanderas y planchadoras, conformaban las profesiones que “predisponían” a la delincuencia. La variable que permitía

1. Para la elaboración de este texto conté con la colaboración de Federico Kierszenbaum en la recolección de parte de las fuentes utilizadas.

2. Cf. Eduardo Zimmerman, *Los liberales reformistas. La cuestión social en la Argentina*, Buenos Aires, Sudamericana, 1995, p. 126.

3. Cf. Roberto Levillier, *La delincuencia en Buenos Aires*, Censo General de Población, Edificación, Comercio e Industrias de la Ciudad de Buenos Aires, T. III, Buenos Aires, 1910.

4. Cf. “Censo General de Población, Edificación, Comercio e Industrias de la Ciudad de Buenos Aires”, T. II, Buenos Aires, 1910, p. 301.

5. Cf. Antonio Ballvé, “El primer censo carcelario de la República Argentina. Sus resultados”, *Archivos de Psiquiatría, Criminología y Ciencias Afines*, Año VII, 1908, p. 539 y ss; Censo General de Población..., p. 317.

marcar un paralelismo con el crimen masculino era la nacionalidad: para 1909, el 63 % de la población penitenciaria femenina era extranjera.⁶ En sus comentarios al Censo General de Buenos Aires de 1910, Roberto Levillier sostenía que la baja tasa de la delincuencia femenina podía explicarse en razón de la constitución débil y la mentalidad tímida de las mujeres. Estas características, mostraba Levillier, “las aleja del crimen calculado, interesado y enérgico, aunque no del homicidio por venganza o pasión”.⁷

De esta época datan las revistas que instalan a la criminología como un saber científico: *Criminalología Moderna* —dirigida por Pietro Gori—, *Archivos de Psiquiatría, Criminología y Ciencias Afines* —de José Ingenieros—, y su continuadora, la *Revista de Criminología, Psiquiatría y Medicina Legal*.⁸ En las ediciones comprendidas entre 1890 y 1915, los expertos que se ocuparon de la criminalidad femenina, la asociaron a la falta de instintos maternos, la iniciación sexual temprana o la exaltación de sentimientos pasionales. En estas discusiones subyacía un debate más importante, referido a la responsabilidad de las mujeres frente al derecho penal, el cual no podía disociarse de una discusión sobre su capacidad en otras esferas jurídicas.

En este contexto, el 19 de julio de 1914, un crimen excepcional cometido por Carmen Guillot activó la discusión sobre la naturaleza de la criminalidad femenina. Su participación en el homicidio de su esposo, Francisco Carlos Livingston, conmovió a la población y de esta forma puso en evidencia las representaciones de la mujer y su lugar en la sociedad.

II. Causas de los crímenes femeninos y responsabilidad de las mujeres

Al analizar el fenómeno de la delincuencia, los positivistas parecían referirse únicamente a los delitos de los varones. Sin embargo, ello no significaba que la criminalidad femenina estuviera completamente fuera de consideración. La baja tasa de delitos cometidos por mujeres no hacía olvidar que su criminalidad tenía, según habían estudiado, una naturaleza “más cínica, más cruel, más brutal” que obligaba a analizar sus causas. La criminalidad femenina no sólo era asociada a los rasgos físicos y los factores hereditarios, sino que también era vinculada con la falta de instinto maternal, o de una sexualidad ordenada. En *Criminalología Moderna*, Lombroso escribía:

La criminalidad de la mujer es específica, limitada á lo que es precisamente su función social: al amor y á la maternidad. He dicho que la prostitución en la mujer corresponde, más ó menos, á todas las gamas del delito en el

6. Cf. “Censo General de Población...”, p. 317.

7. Roberto Levillier, *La delincuencia en Buenos Aires*, Censo General de Población, Edificación, Comercio e Industrias de la Ciudad de Buenos Aires, T. III, Buenos Aires, 1910.

8. Cf. Giuditta Creazzo, *El positivismo criminológico italiano en la Argentina*, Buenos Aires, Ediar, 2007, pp. 99 y ss.

Los crímenes de las mujeres en el positivismo: El caso de Carmen Guillot (Buenos Aires, 1914)

hombre, y así los estigmas de la mujer he demostrado que se encuentran en la falta de caracteres femeniles, ya sea corporales (aspecto viril, vellos desarrollados, cabellos oscuros, etcétera) ya sea morales en la dismaternidad y falta de pudor.⁹

La maternidad era símbolo de ecuanimidad, constancia, de un sacrificio voluntario y feliz. La atención dada al infanticidio confirmaba que la mujer congénitamente criminal carecía del sentimiento de maternidad. Monstruos físicos y morales, fieras humanas que daban muerte a los hijos de su bestial prostitución, las infanticidas eran clave para la construcción de una teoría sobre la criminalidad femenina.¹⁰

De todos modos, la prostitución y el comportamiento amoral de las mujeres era el que mayor preocupación generaba. Sobre este tema, Donna Guy ha concluido que la preocupación de los positivistas por la prostitución condensaba los temores de la clase alta por el futuro de la nación. Las costumbres sexuales de las mujeres pobres debían ser modificadas para ajustarse al modelo de familia en el que la mujer encarnaba la ternura maternal. Si bien para la época estudiada la prostitución estaba legalizada, la obligación de registro marcaba una clara división entre la mujer pública y la población femenina general.¹¹ A pesar de que la prostitución podía explicar la menor delincuencia femenina, la vida sexual de las mujeres marcaba su inclinación hacia el delito. Bajo la inspiración de Lombroso, la delincuencia femenina no podía separarse de la prostitución.

Los delitos pasionales eran considerados típicamente femeninos. Producto de excitaciones nerviosas irresistibles, de huracanes psicológicos, el crimen pasional llevaba al uso de armas inadecuadas. Nuevamente, el ejemplo clásico era el infanticidio. La naturaleza emotiva de las mujeres, su tendencia a actuar sin pensar, las inclinaba más fácilmente a perder el dominio de sus acciones.¹² La causa del crimen pasional era siempre actual, y como enseñaba Lombroso, jamás existía planificación o cómplices. Las revistas de criminología dedicarían largos artículos a los delitos pasionales, y en esa sintonía, la atención generada por el crimen de Elena Parsons —quien dio muerte a un pretendiente desairado que había ventilado mentiras sobre la pérdida su virginidad—, daría cuenta de cómo los crímenes de las mujeres podían llegar al centro del debate.¹³

9. Cesar Lombroso, "La dismaternidad en la mujer delincuente", *Criminalología Moderna*, Año II, N° 7, p. 201.

10. Cf. Ricardo del Campo, "Madres criminales. Los infanticidios de La Magdalena", en *Criminalología Moderna*, Año II, N° 9, p. 277.

11. Cf. Donna Guy, *El sexo peligroso. La prostitución legal en Buenos Aires 1875-1955*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1991, pp. 62-69.

12. Gina Lombroso, "La fantasía y la criminalidad femeninas", *Revista de Criminología, Psiquiatría y Medicina Legal*, Año XIII, 1926, pp. 111 y ss.

13. Cf. Beatriz Celina Ruibal, "El honor y el delito. Buenos Aires a fines del siglo XIX", en *Entrepasados. Revista de Historia*, Año VI, Número 11, 1996, pp. 35 y ss. Cf. también, Lila Caimari, *Apenas un delincuente. Crimen, Castigo y Cultura en la Argentina, 1880-1955*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2004, p. 196.

Estas ideas convivían con la concepción de que las mujeres constituían un tipo primitivo, no evolucionado. La teoría biológica de los sexos explicaba por qué las mujeres tenían un temperamento retardatorio, una tendencia conservadora, y eran incapaces de ideas abstractas y generales. Si bien existía cierto consenso acerca de que las mujeres formaban parte de un tipo evolutivo inmaduro, en la doctrina no había acuerdo sobre la igual responsabilidad penal de las mujeres.

Para Carlos Octavio Bunge, las diferencias biológicas —no necesariamente síntomas de una menor inteligencia o moralidad— cristalizadas en el derecho político y el civil, debían tener su correspondencia en el derecho penal. Por ello, era necesario reformar la legislación penal para incluir: “El sexo femenino es siempre una circunstancia atenuante”.¹⁴ Por su parte, Osvaldo Piñero, inspirador de tres tesis doctorales sobre delincuencia femenina y su represión,¹⁵ consideraba que no debían establecerse diferencias entre la responsabilidad penal de mujeres y varones. Esta idea contrastaba con su posición sobre el lugar de la mujer en el matrimonio y la sociedad. En su obra *La condición jurídica de la mujer*, Piñero apelaba a Alejandro Dumas en *Las mujeres que matan y las que votan*, para equiparar la peligrosidad de las criminales con aquellas que reclamaban un lugar en la vida pública:

La mujer es toda maternidad, su organización fisiológica, sus tendencias psicológicas, el rol que debe desempeñar en la conservación de la especie, todo obliga a anteponer esta consideración sobre las demás [...] Dar a la mujer una condición civil y política, completamente igual a la del hombre, es no solo imprudente, sino pueril, en el estado actual de la sociabilidad [...] La superioridad del marido debe pues, subsistir.¹⁶

En contradicción con la legislación pública y civil, en la legislación penal de 1886 prevalecía la idea de que la mujer era igualmente responsable que el varón. En los términos de la época, esta noción de igual peligrosidad marcaba un quiebre con la desigualdad jurídica en las otras esferas del derecho. Paradójicamente, las mujeres casadas no tenían capacidad para estudiar, trabajar o comerciar sin el permiso de su esposo, no podían disponer de sus bienes, pero sí eran plenamente responsables por sus delitos. En el derecho penal, la única salvedad era que las mujeres, como los menores de edad y los mayores de setenta años, no podían ser condenadas a muerte y tampoco a la pena de penitenciaria. En el positivismo, esta consagración del “derecho al patíbulo” operaba para las mujeres que habían escapado a su rol de madres o de mujeres recatadas. Estos supuestos eran

14. Cf. Carlos Octavio Bunge, “Acusación del Ministerio Fiscal en el juicio seguido a la Srta. A. S. del C. por falsificación de firma”, delito cometido en 1909, publicado en *Revista de Derecho Penal*, Año N° 2, sección 1ª, 1946.

15. Rafael Insausti, *La delincuencia femenina y su represión*, Buenos Aires, 1915; Santos Saccone, *Delincuencia femenina. Su represión*, Buenos Aires, 1915 y Machado Juvenal Doncel, *Delincuencia femenina. Su represión*, Buenos Aires, 1915.

16. Osvaldo M. Piñero, *Condición Jurídica de la Mujer*, Buenos Aires, Ed. Pablo E. Coni, 1888, p. 110.

Los crímenes de las mujeres en el positivismo: El caso de Carmen Guillot (Buenos Aires, 1914)

demostración de que los controles familiares habían fallado y, por tanto, las mujeres debían ser condenadas con todo el peso de la ley. Bajo este esquema, la exención de la pena de muerte era sólo una “benevolencia simbólica”:¹⁷ en general, los crímenes cometidos por las mujeres no tenían previsto este tipo de sanción.

III. Un crimen excepcional: el crimen de Carmen Guillot

Las crónicas periodísticas, junto con algunas piezas del expediente iniciado por la muerte de Francisco Carlos Livingston, permiten reconstruir los hechos del caso.¹⁸ El 19 de julio de 1914, al regresar a su casa en la calle Gallo 1680, Francisco Carlos Livingston fue abordado por tres desconocidos que, con 38 puñaladas, le provocaron la muerte. Los restos de escamas de pescado en el cuchillo y la lanza (armada a su vez con dos cuchillos) fueron la pista seguida por los investigadores.

Tras detenciones a extranjeros, empleadas del servicio doméstico y pescadores residentes en la ciudad de Buenos Aires, la policía dio con Salvatore Viterale, un inmigrante italiano amigo de Catalina González de Carello, la sirvienta de Carmen Guillot. El primer sospechoso vinculará a Francesco Salvato, Raffaele Prostamo y Giambattista Lauro, quienes estarán acusados de haber sido contratados por Carmen Guillot bajo una promesa de remuneración.

Los documentos hallados permiten establecer que Guillot fue condenada a la pena de penitenciaría por tiempo indeterminado, con reclusión solitaria de 20 días en los aniversarios del crimen, mientras que Lauro y Salvato fueron condenados a pena de muerte, la última ejecutada en el país, el 22 de junio de 1916.

IV. Locura moral, sexualidad y matrimonio

La circulación de las ideas sobre la menor responsabilidad femenina podía estar asociada a una mirada condescendiente sobre las mujeres, y a la pretensión de excluirlas de la experiencia carcelaria.¹⁹ Sin embargo, el tratamiento que los jueces, acusadores y defensores dieron al crimen de Carmen Guillot da cuenta de que la “benevolencia” no era la respuesta a todos los delitos femeninos. En este sentido, es importante analizar cuáles fueron las características que hicieron de este caso un crimen excepcional.

17. Los términos “derecho al patíbulo” y “benevolencia simbólica” fueron tomados de Marina Graziosi, “Infirmas sexus. La mujer en el imaginario penal”, en *Identidad femenina y discurso jurídico* (Alicia E.C.Ruiz, comp.), traducción de Mary Beloff y Christian Courtis, Editorial Biblos, Buenos Aires, 2000.

18. En el mismo sentido, cf. Eugenia Scarzanella, *Ni gringos ni indios. Inmigración, criminalidad y racismo en la Argentina. 1890-1940*, Buenos Aires, Universidad Nacional de Quilmes, 2004, pp. 59 y ss.

19. Cf. Lila Caimari, “Entre la celda y el hogar. Dilemas estatales del castigo femenino (Buenos Aires, 1890-1940)”, *NDP 2007/B*, y Eugenia Scarzanella, *Ni gringos ni indios...*, p. 64.

La discusión sobre la responsabilidad de Guillot llegó al proceso ligada a un mal típicamente femenino, la enfermedad de Basedow. En el expediente, la centralidad de los informes médicos refleja la hegemonía del saber médico-psiquiátrico por sobre el derecho penal,²⁰ y la relevancia dada a los rasgos físicos de la delincuente, la impronta lombrosiana en la caracterización del estereotipo criminal. Carmen Guillot no era una delincuente nata, o una delincuente pasional. Sin embargo, su enfermedad, vinculada a la fuga de su hogar paterno a los dieciocho años, para unirse libremente a Livingston, parecía ser clave en la determinación de su responsabilidad:

Las mujeres atacadas de locura moral se muestran ávidas de placeres y toilettes. Antes del casamiento se comprometen en aventuras graves, se hacen raptar. Más tarde, tornan imposible la vida a sus maridos, tienen repulsión hacia ellos; descuidan a sus hijos y aún los maltratan. La terminación ordinaria de estos matrimonios es la separación, el divorcio o un drama sangriento.²¹

Durante el proceso ya se había constatado que en su casa, el orden y el cuidado de sus hijos dejaba mucho que desear. Su preocupación por sus seis hijos llevaba a los médicos a dudar de la veracidad de sus emociones. De hecho, ya lo había advertido Lombroso:

[...] siendo la maternidad un sentimiento esencialmente normal y común a casi todos los seres, es natural que resida ante todo en las mujeres criminaloides que forman la mayoría en la cárcel y aun en las criminales natas cuando se colocan en condiciones de aparentar un sentimiento cuya falta es una inmensa vergüenza. [...] Muchas veces el sentido de la maternidad es simulado para provocar compasión o para proporcionarse una distracción en la cárcel.²²

Sobre su vida con Livingston, uno de los informes citaba a Guillot destacando las torturas del alma y del cuerpo que había padecido durante nueve años de unión:

Sólo me poseía cuando me golpeaba y chorreando sangre por boca y narices me obligaba... Ah! Hubiera deseado evaporarme, que me tragara la tierra, todo por no ver su rostro aborrecido.²³

20. Giuditta Creazzo, *El positivismo criminológico italiano en la Argentina ...*, p. 143.

21. "Responsabilidad atenuada. Informes médico legales en un proceso célebre", por los Dres. Delfino Pacheco, Miguel A. Arana Zelis, Eduardo Fidanza, E. Klappenbach y José Moreno, en *Revista de Criminología, Psiquiatría y Medicina Legal*, Año III, 1916, p. 170.

22. Cesar Lombroso, "La dismaternidad...", p. 202.

23. Cf. "Responsabilidad atenuada....", p. 156.

Los crímenes de las mujeres en el positivismo: El caso de Carmen Guillot (Buenos Aires, 1914)

Sus penurias no afectaban sus facultades psicológicas, pero justificaban una atenuación. Un segundo informe llegó a la conclusión de que la enfermedad de Bassetow había repercutido en su psiquismo y, como circunstancia atenuante, limitaba su responsabilidad, aunque esta cuestión, era de “orden moral, de orden social, de orden judicial, que el médico no está autorizado a resolver”. Finalmente, el perito médico propuesto por la defensa llegó a una solución más categórica: la enfermedad de Bassetow había provocado la locura moral de la acusada.

La fuerza de estos informes médicos fue contrarrestada por la acusación particular, llevada adelante por Tomás De Veyga. Con una clara influencia positivista, De Veyga hizo hincapié en las características físicas de Carmen Guillot: la forma de sus labios, sus arrugas cénicas, su sonrisa fría y siniestra, evocaban a las brujas, y eran claros estigmas de su criminalidad.²⁴ Otro tanto había en el “juego con su cuerpo”, que asociaba las relaciones sexuales fuera del matrimonio con la prostitución:

[L]a vida prematrimonial de Carmen Guillot, desde el punto de vista de la moral estricta, ha dejado un tanto que desear. El hogar en que se formó, según su propia declaración, no le permitió ver modelos de virtud ni tuvo sobre su conducta la dirección benéfica, el ojo avizor del buen padre de familia, según la clásica expresión de los antiguos romanos. Fácil es comprender, entonces, cuán mal preparada se hallara Carmen para soportar la vida conyugal, que exige seriedad, método y sojuzgamiento de la conducta femenina.²⁵

La sexualidad libre previa al matrimonio era relevante para evaluar la responsabilidad de Guillot, y también para sellar el destino trágico de su marido. La defensa de Lauro, otro de los imputados se basaba en lo inverosímil de quebrar el vínculo matrimonial: “parecía increíble que una mujer hiciera matar a su marido”.²⁶ Sobre estos argumentos que descansaban en la anomalía moral de Guillot, la acusación particular reclamó la imposición de la pena máxima: penitenciaría por tiempo indeterminado.

En su defensa, Carmen había declarado que Livingston tenía otros vínculos afectivos:

Carlos no podía quererme, conservaba afectos íntimos de mucho antes de conocerme y abandonaba mi hogar con todo desplante para compartirlo con otra sin que ni siquiera atendiera una vez a mis ruegos cariñosos, la brusquedad en su actitud, la aspereza de sus palabras era la única recompensa a mis cariñosas insinuaciones.²⁷

24. Cf. “Responsabilidad atenuada...”, p. 97.

25. Cf. “Responsabilidad atenuada...”, p. 84.

26. Cf. “Responsabilidad atenuada...”, p. 111.

27. Cf. “Responsabilidad atenuada...”, p. 118.

La prensa se había ocupado de contactar a María Gregori, una italiana con quien la víctima había tenido una relación íntima por más de 26 años. Sin embargo, el abogado defensor, Antonio De Tommaso, no recogió las pruebas del adulterio, y tampoco del maltrato padecido por Guillot, a pesar de que eran hechos absolutamente comprobables. Con el objetivo de lograr una declaración de irresponsabilidad, la defensa intentó llevar al límite de la locura aquello que la acusación denunciaba como anomalía moral. La estrategia — como demostraría el resultado del proceso seguido a Santos Godino— era riesgosa porque para esa época la escuela positiva no hacía de la enfermedad una excusa del crimen. El derecho penal del positivismo no conducía a la impunidad, como sostenía Ingenieros, negar la validez del libre albedrío o fundar el derecho penal sobre la defensa social no significaba dejar a la sociedad desprotegida frente a la delincuencia, y por ello, criminólogos y psiquiatras llamados a dictaminar en los peritajes restringían las posibilidades de que los jueces declararan la irresponsabilidad de un delincuente.²⁸

Los resultados de las pericias médicas no favorecieron a la acusada ya que, según el juez de la causa, la interpretación del artículo 81 del Código Penal de 1886 — que establecía que un “estado de locura” o una “perturbación cualquiera de los sentidos y de la inteligencia no imputable al agente” eximía de pena—, no beneficiaba a delitos como el de Carmen Guillot. Después de la reforma del Código Penal de 1922, De Tommaso intentó que la Cámara del Crimen hiciera una interpretación más benévola de la nueva legislación y se absolviera a su defendida.²⁹ Sin embargo, sus intentos fueron en vano y Carmen Guillot fue siempre declarada plenamente responsable.

Las revistas de los expertos compartirán la solución judicial:

Carmen Guillot, independizada del hogar paterno, desde muy joven y por propia voluntad, se inició en la vida sexual en condiciones amorales aunque no inmorales. Esta iniciación, que tiene en la vida de la mujer, la importancia de los actos capitales, marca, por así decir, el nacimiento de una segunda constitución física y moral, de cuyo desenvolvimiento y educación dependerá, en parte importante, el desarrollo de las demás facultades. De la amoralidad de su primitivo concubinato, pasó a la inmoralidad de una única conocida infidelidad que termina con el regreso definitivo a las relaciones primeras, regularizadas luego por matrimonio. En estos actos se nota cierto carácter de permanencia que aminoran en cierto modo la falta, aunque de otro lado, son más que suficientes para exteriorizar el anómalo sentido moral de la acusada.³⁰

28. Cf. Giuditta Creazzo, *El positivismo criminológico italiano...*, p. 159.

29. “El caso de Carmen Guillot de Livingston”, *Revista de Policía*, Año XXV, N° 579, 581, 583, 1922.

30. Roberto Gache, “El crimen de Carmen Guillot”, en *Revista de Criminología, Psiquiatría y Medicina Legal*, Año I, 1914, pp. 590-596.

Los crímenes de las mujeres en el positivismo: El caso de Carmen Guillot (Buenos Aires, 1914)

Finalmente, la pauta que resolvió el caso fue aquella que, con una vara distinta a la aplicada a los varones, condenaba a las mujeres que mantenían relaciones sexuales prematrimoniales o eran infieles. En este sentido, en el positivismo, los crímenes femeninos fueron permeados por una moral pública y privada muy exigente respecto de las mujeres, signo de una modernización controladora.³¹ En este clima, la defensa del abogado De Tommaso —centrada en la enfermedad de Basedow que había conducido a la acusada a la locura moral— no parecía precipitada, aunque sí llamativa si se considera que, como parte del Partido Socialista, en 1922 y 1924 él presentaría dos proyectos de ley a favor del divorcio, con la sola expresión de dicha voluntad de la mujer,³² lo que indicaba cuánto valoraba la posibilidad de otorgar una salida del matrimonio.

V. De la victimización a la criminalización

El 20 de julio de 1914, los principales diarios de la Capital dieron cuenta de la brutal muerte de Francisco Carlos Livingston en manos de autores que hasta ese momento eran desconocidos. Por diez días, el crimen ocupó la atención de *La Prensa*, *La Nación*, *El Diario*, *La Vanguardia*, y *La Razón*, quienes siguieron de cerca los avances de la investigación. Desde allí no sólo se brindó información sobre los rumbos de la pesquisa, sino también datos referidos al proceso judicial que traducían las nociones del positivismo con un “sentido común criminológico”.³³

Al ritmo de la pesquisa policial, la prensa primero puso su atención en las empleadas de la casa y luego siguió la pista del “extranjero”, que enfatizaba lo problemático de la inmigración a principios del siglo XX. Movilizados por la muerte de un hombre de una distinguida familia porteña, los diarios favorecerían la identificación del público con la víctima: “prestigioso sportsman y hombre de negocios ventajosamente conocido en el alto comercio de la capital, Livingston disfrutaba de sólidas y merecidas simpatías y su trágica muerte ha de evocar, indiscutiblemente, la justificada indignación de quienes tuvieron oportunidad de conocerlo”.³⁴ Este proceso estaría acentuado por descripciones truculentas de lo sufrido, precedidas por fuertes titulares sensacionalistas: “38 puñaladas en el cuerpo, una venganza, el móvil del crimen”,³⁵ “Ataque a puñaladas”,³⁶ “Crimen Salvaje”.³⁷ La crónica no sólo se ocupó de la reconstrucción del hecho con detalles

31. Cf. Dora Barrancos, *Mujeres en la Sociedad Argentina. Una historia de cinco siglos*, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, p. 150.

32. Asuncion Lavrin, *Women, Feminism, and Social Change in Argentina, Chile and Uruguay, 1890-1940*, Lincoln and London, University of Nebraska Press, p. 239.

33. El término es tomado de Lila Caimari, *Apenas un delincuente...*, p. 189.

34. *La Razón*, 20 de julio de 1914.

35. *La Tribuna*, 20 de julio de 1914.

36. *La Nación*, 20 de julio de 1914.

37. *La Razón*, 20 de julio de 1914.

macabros, sino también de dar voz a la víctima con la que el público podía hermanarse: “¡No me maten! ¡No me maten!”, había gritado mientras le “seccion[aban] la carótida”, le “sepult[aban]” la cuchilla en el costado del cuello”,³⁸ o le “hund[ían] el puñal por cuatro veces consecutivas, revolviendo el arma para producir la muerte”.³⁹ De los detalles de su vida íntima, la opinión no quería enterarse. Por “un sentimiento de piedad religioso” era mejor no conocer ciertas “miserias intrínsecas en todo lo que sea obra de los hombres”.⁴⁰

Para resolver el misterio, una responsabilidad que caía tanto en las autoridades como en la opinión pública, era imprescindible aclarar el móvil del crimen: venganza o defensa del honor. La instauración de un premio para quienes dieran pistas sobre el delito ponía en evidencia el desconcierto de la policía. Según los diarios, por las fallas en la investigación, “todo el mundo ha entrado y ha caminado de un lado para otro confundiendo rastros de los pies de los asesinos con las señales de otros pies” y también se habían alterado las impresiones dejadas en una bombita eléctrica del zaguán.⁴¹ Pero éstos y otros detalles grotescos de una investigación dirigida contra un “pobre turco” o un “italiano paralítico”,⁴² convivían con referencias a los “hábiles sabuesos” dirigidos por inteligentes y laboriosos investigadores.⁴³ Estos contrastes mostraban una relación sinuosa entre la policía y la prensa, por un lado, de cercanía, por la cantidad de detalles que plagaban la crónica periodística cotidiana, pero por otro lado, de competencia, porque los periodistas trabajaban a la par de la policía en el esclarecimiento de los crímenes.⁴⁴

Las huellas en el charco de sangre vincularon a una mujer al delito.⁴⁵ Las características de las armas empleadas también invitaban a pensar en una participación femenina: refinación y cobardía eran asociadas a la criminalidad de las mujeres.⁴⁶ ¿Por qué Carmen y la sirvienta no habían ayudado a Livingston? En respuesta a esta pregunta, la aparición de Carmen como acusada en la escena periodística no fue igual de airosa que la de su esposo muerto. Los diarios, por un lado, y la opinión pública, por el otro, veían con sumo desagrado sus declaraciones sobre la intimidad del difunto: “Hay muchas cosas de la intimidad del hogar que ella debía reservar”, proclamaba la prensa, al tiempo que, sin reparo alguno, revelaba la identidad de la amante de Livingston.⁴⁷ Las declaraciones de Carmen provocaban “pésimas impresiones” y fue acusada de mantener relaciones íntimas con Vitarelli, un amante de “tan distinta condición social”. El retrato más crudo lo presentó *La Nación*: un temperamento de acero disimulado en encantos de mujer, había

38. *Caras y Caretas*, 25 de julio de 1914; *La Tribuna*, 21 de julio de 1914.

39. *La Razón*, 22 de julio de 1914.

40. *La Tribuna*, 21 de julio de 1914.

41. *La Razón*, 22 de julio de 1914.

42. *La Razón*, 22 de julio de 1914.

43. *La Tribuna*, 23 de julio de 1914.

44. En esta idea sigo a Lila Caimari, *Apenas un delincuente...*, p. 173.

45. *La Tribuna*, 22 de julio de 1914.

46. *La Nación* 22 de julio de 1914.

47. *La Tribuna* 25 de julio de 1914 y *La Razón*, 25 de julio de 1914.

Los crímenes de las mujeres en el positivismo: El caso de Carmen Guillot (Buenos Aires, 1914)

sostenido, mientras reclamaba la máxima pena sin contemplación de los atenuantes que pudieran existir.⁴⁸ A pesar de que también se difundieron testimonios del abogado José Antonio de Olmos⁴⁹ —quien había atendido a Guillot por el maltrato padecido por el marido—, *La Nación* siguió refiriéndose a Guillot como a la “viuda roja” y “sanguinaria compañera”.⁵⁰ Sólo el diario socialista *La Vanguardia* abriría la mirada a otra versión de los hechos: “Carmen temía a su esposo y sin duda por eso no se atrevió a huir del hogar. Acaso hubiese intentado una acción de divorcio de no existir las trabas que impone actualmente nuestro código civil”.⁵¹ De todos modos, para la prensa, la mayor intriga residía en cómo las dos teorías criminológicas en pugna resolverían el caso. Los diarios notificaban que “la antigua escuela criminológica y las modernas tendencias” discutirían en torno a un hecho que haría historia en los anales de la criminología, y tomaban partido por el saber médico que identificaría correctamente los estados mórbidos de la acusada.⁵²

Los diarios de la época dan cuenta de la construcción de víctimas y victimarios en torno a un caso que incluía situaciones de violencia masculina. La relación entre la violencia sufrida por las mujeres y la separación legal no inclinaba la balanza a favor de las afectadas. En la prensa, los relatos de violencia eran catalogados de “indiscreciones”, y en los tribunales, los reclamos de las mujeres tampoco llegaban a buen puerto. Si bien se podía acudir a los juzgados para solicitar el divorcio de maridos abusivos, las sentencias que ponían fin al matrimonio no eran comunes. Dora Barrancos ha explicado que en ello influía una legislación que establecía la inferioridad jurídica de las mujeres, pero también una idea arraigada de la mujer como propiedad del marido.⁵³ Por su parte, Donna Guy ha establecido la relación existente entre la baja tasa de condenas a varones por violencia con el bajo índice de sentencias de divorcio, lo que explica las dificultades de las mujeres para obtener una decisión a su favor, y su preferencia por huir de las relaciones abusivas o por la venganza.⁵⁴ Antes del crimen Guillot había escapado con sus hijos a la ciudad de Córdoba, donde su padre había reclamado a Livingston un cambio en la forma de vida. “Vana ilusión, todo promesa y falsía”, diría la víctima/victimaria a los médicos legistas: luego de ello Livingston mantuvo sus relaciones amorosas fuera del hogar, y continuó con sus agresiones.

Guillot fue retratada como una rebelde, y el homicidio de su esposo —quizás su única estrategia de supervivencia—, enmascarado bajo la definición de un asesinato inexcusable.

48. *La Nación*, 27 de julio de 1914.

49. *La Nación*, 28 de julio de 1914 y *La Vanguardia*, 29 de julio de 1914.

50. *La Nación*, 28 de julio de 1914.

51. *La Vanguardia*, 27 y 28 de julio de 1914.

52. *La Razón*, 31 de julio de 1914.

53. Dora Barrancos, “Inferioridad jurídica y encierro doméstico”, en *Historia de las mujeres en la Argentina, T. I., Colonia y S. XIX* (Fernanda Gil Lozano, Valeria Silvina Pita y María Gabriela Ini, dir.), Buenos Aires, Editorial Taurus, 2000, pp. 122 y ss.

54. Donna Guy, “Divorcio y violencia familiar en la Argentina de fines del siglo XIX y comienzos del XX”, en *Feminaria*, Año XV, N° 28, Buenos Aires, julio de 2002, pp. 45 y ss.

El caso sirve para retratar un continuo entre victimización y criminalización, en el que la falta de respuestas legales en los ámbitos domésticos, llevaba a las mujeres a recurrir a instancias que luego eran criminalizadas.

Conclusiones

Las características excepcionales del crimen de Carmen Guillot sirven para iluminar, con sus similitudes y semejanzas, la concepción de la criminalidad femenina en el positivismo de la primera década de 1900. De las actuaciones judiciales se desprendían las imprecisas nociones que determinaban la culpabilidad de una mujer. En el caso de Guillot, no era su dismaternidad la que evidenciaba su responsabilidad. La ideación y preparación del crimen también descartaba la presencia de un delito pasional. Sólo su unión libre fuera del matrimonio era síntoma de una ausencia de sentido moral que podía explicar su acercamiento al delito. Equiparada a las brujas, Guillot había mostrado una sexualidad peligrosa que finalmente signó el destino trágico de su distinguido esposo.

La afirmación de la responsabilidad plena de la victimaria puede asociarse a los temores del positivismo de absolver a todo aquel que presentara el menor atisbo de enfermedad. Pero otra explicación puede encontrarse en cómo Carmen Guillot desafió la institución del matrimonio. En la trayectoria positivista, las mujeres eran un eslabón clave en el mantenimiento del orden social, en el cual la mujer debía conservar el tipo “esposa y madre” y “mujer hembra mamífera”.⁵⁵ El inicio de su relación con Livingston fuera del matrimonio, y su decisión de atentar contra a la autoridad marital son explicaciones posibles a su responsabilidad sin atenuantes.

En este sentido, el crimen de Carmen Guillot muestra la forma en la que la justicia y la sociedad dieron respuestas extremas a la criminalidad femenina. Si bien para la época en la que tuvo lugar el homicidio de Livingston, el argumento de la menor responsabilidad penal de las mujeres no era unánime, en el proceso seguido a Carmen Guillot, la idea de una responsabilidad atenuada apenas tuvo cabida. Guillot fue condenada con la máxima de las penas existentes para las mujeres, e incluso se le aplicó una sanción no prevista en la ley: el aislamiento durante 20 días en cada uno de los aniversarios del delito, toda una señal de disciplinamiento para las mujeres que quisieran responder a la violencia. Su crimen generó tanto espanto que, incluso en 1933, después de diecinueve años de encierro, no se le concedió el derecho de gracia reconocido en el artículo 73 del Código de 1886, para quienes cumplieran quince años de prisión y hubieran gozado de buena conducta.⁵⁶ Guillot debía esperar un año más: en julio de 1934 cumpliría veinte años de prisión y, con el Código Penal de 1922, tal vez podía aspirar a la libertad condicional.

55. Carlos Octavio Bunge, *La educación...*, cito a través de Karen Mead, “Gendering the Obstacles to Progress in Positivist Argentina 1880-1920”, en *Hispanic American Historical Review*, Vol. 77, N° 4, 1997, p. 665.

56. Cf. J.A. T. 42- 807, resolución del 9 de junio de 1933.

Algunas reflexiones y posibilidades del Derecho a la Ciudad en Colombia:

Los retos de la igualdad, la participación y el goce de los derechos humanos en los contextos urbanos¹

Lucas Correa Montoya²

1. Precisiones iniciales

El artículo presenta algunas reflexiones a manera de perspectivas en relación con el derecho a la ciudad y el ordenamiento jurídico colombiano. Como eje central se utiliza la *Carta Mundial por el Derecho a la Ciudad*, un instrumento en preparación que si bien no tiene fuerza vinculante internacional recoge los avances y discusiones del Foro Social Mundial y otros esfuerzos globales por impulsar el derecho a la ciudad en el ordenamiento jurídico internacional.

Para responder a la cuestión planteada en el título: en primer lugar, se desarrolla la idea que la ciudad es una institución, un lugar o un objeto privilegiado en la civilización y en la contemporaneidad; dependiendo de la forma como ésta tiene lugar, es construida, gobernada, planificada y gestionada, puede ser un elemento de vital importancia para la garantía de los derechos humanos de sus habitantes o, por el contrario, un nefasto ejemplo de vulneración. En segundo lugar, se aborda teóricamente el derecho a la ciudad desde tres facetas: (a) el usufructo equitativo de los beneficios que ofrece la ciudad, (b) la participación ciudadana en su gobierno, planeación y gestión; y (c) el goce efectivo de los derechos humanos en los contextos urbanos. En tercer lugar se presentan algunos elementos normativos, principalmente de la Ley 388 de 1997, la Constitución Política de 1991 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que fungen de presupuestos para el derecho a la ciudad en el marco del ordenamiento jurídico colombiano. Como reflexión final el texto recoge las ideas planteadas e invita al desarrollo de procesos de litigio de alto impacto para su exigibilidad y justiciabilidad.

1. El presente texto se enmarca en el desarrollo del proyecto: “El derecho a la ciudad y el centro de Bogotá: panorama de la participación ciudadana directa en el marco de la elaboración, discusión y decisión de la Operación Estratégica del Centro de Bogotá – Plan Centro”, desarrollado entre 2008 y 2010.

2. Abogado de la Universidad de Medellín, candidato a magíster en Planeación Urbana y Regional de la Pontificia Universidad Javeriana, actual profesor y asesor jurídico del Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social (PAIIS) de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Miembro fundador del Colectivo del Interés Público, Bogotá - Colombia. lc Correa@uniandes.edu.co – lucascorrea18@yahoo.com

2. La ciudad: elemento para la garantía de los derechos humanos

“La Ciudad nos impone el deber terrible de la esperanza, un extraño amor, el amor secreto del porvenir y de su cara desconocida”³.

2.1 El proceso industrialización – urbanización

La ciudad en la que vivimos, en la que desarrollamos nuestro proyecto de vida es, con independencia de las consideraciones históricas, aquella que hemos heredado de la industrialización, este tipo, si bien en muchas facetas conserva los rasgos de la ciudad antigua (proveniente de Grecia y Roma) y de la ciudad feudal, en su estructura responde a la sociedad industrializada⁴ o moderna⁵. Así, el proceso de industrialización constituye el punto de partida para el análisis de la problemática de la ciudad actual; este proceso, de acuerdo con Lefebvre⁶, es el motor de las transformaciones más importantes en los siglos más recientes, agregando además que hoy día:

“[...] nos encontramos ante un doble proceso, o si se prefiere ante un proceso con dos aspectos: industrialización y urbanización, crecimiento y desarrollo, producción económica y vida social. Los dos aspectos de este proceso son inseparables, tienen unidad, pero el proceso es conflictivo. Históricamente, entre realidad urbana y realidad industrial hay un violento choque”⁷.

De acuerdo con Benevolo⁸, la primera transformación decisiva que implica este proceso fue el aumento de la población, debido a la disminución de las tasas de mortalidad que, por primera vez, se alejaron de forma decidida de la de natalidad, lo que a la vez generó dos grandes efectos: (a) se produjo un cambio fundamental en los esquemas sociales, la población joven creció en número, como consecuencia de la reducción de la mortalidad

3. Citando a Jorge Luis Borges, Borja, Jordi, “La ciudad como derecho”, en: *Caja de Herramientas*, Año 13, Número 100, Bogotá, 06 – 2004.

4. Es necesario tener en cuenta que la referencia al proceso de industrialización–urbanización en el marco de la modernidad se desarrolla de forma abstracta, no atada a ninguna realidad histórica en particular; por ello, los retos y análisis planteados pueden parecer cubiertos a medias en algunas zonas, o incluso inexistentes. Las reflexiones en torno a la pertinencia de las discusiones sobre el derecho a la ciudad se justifican en todos los niveles y lugares atendiendo a las distintas proporciones que revelan los diferentes estados del desarrollo humano, se perfila como una situación deseable en donde la carrera por alcanzarla no presenta, necesariamente, una situación homogénea.

5. Interesantes contrastes entre la ciudad moderna y posmoderna puede ser consultados en: Amendola, Giandomenico, *La ciudad posmoderna: magia y miedo de la metrópolis contemporánea*, Madrid, Celeste Ediciones, 2000.; y Berman, Marshall, *Todo lo sólido se desvanece en el aire: la experiencia de la modernidad*, México, Siglo XXI, 1989.

6. Lefebvre, Henri, *El derecho a la ciudad*, Barcelona, Península, 1978.

7. Ibídem, p 23.

8. Benevolo, Leonardo, *Orígenes del urbanismo moderno*, Madrid, Celeste, 1992, p 14.

infantil, lo que interrumpió el equilibrio secular de las circunstancias naturales, a raíz de las cuales cada generación tendía a ocupar el puesto de las precedentes y a repetir su destino; y (b) el aumento de la población y su distribución en el espacio rompió el equilibrio entre la ciudad y el campo.

La masificación de las economías de escala impulsó la transformación de las aglomeraciones humanas. Los cambios y mejoramientos en las técnicas de producción experimentadas en la sociedad preindustrial implicaron, necesariamente, una modificación en la forma de vida, la cotidianidad, las costumbres y en la apropiación del espacio. Se rompió, entonces, la estructura productiva familiar, mínima, nuclear y surgió la necesidad de la industria, y de que ésta esté situada en sitios estratégicos, de fácil acceso al transporte, al agua, a las materias primas, entre otras.

No obstante, el impacto del avance tecnológico no solo permeó la producción, sino que rápidamente se extendió a todas las esferas de la vida, el ser humano tuvo a su disposición más y mejores productos y servicios; el transporte, la salud, la vivienda, la educación, el flujo de información, entre otros, sufrieron profundos cambios que impactaron, tanto positiva como negativamente, la vida de todas las personas.

Lefebvre⁹ sintetiza de forma sencilla el proceso industrialización–urbanización a través de tres etapas: (a) la industria y el proceso de industrialización asaltan la ciudad feudal, caracterizada por una vida simple, y de producción precaria y arrollan con la realidad urbana preexistente. El proceso de industrialización se presenta como una negación de la realidad urbana preexistente. (b) La urbanización se extiende, la sociedad urbana se generaliza. La realidad urbana se hace reconocer en su destrucción a través de esta misma destrucción, como realidad socioeconómica. Se descubre que la sociedad total corre el riesgo de descomponerse si la ciudad y la centralidad le faltan. Y, finalmente, (c) la realidad urbana se reencuentra o se reinventa. Adicionalmente, esta última etapa implica el reto de reinventar lo urbano como el lugar de las posibilidades, de los derechos humanos en la ciudad y ella como posibilidad de derechos.

Las etapas no se presentan de forma lineal y uniforme, su aporte es denotar la dinámica en que se muestran el pasado, el presente y el futuro como síntesis constate de la vida urbana. Desde la tendencia marxista de Lefebvre estas etapas indican situaciones de vital importancia si depura lo ideológico; en primer lugar, los procesos de industrialización implican cambios profundos en las estructuras sociales existentes y, por tanto, en la ciudad; en segundo lugar, las modificaciones sobre la ciudad y las dinámicas que en ella tienen lugar se posicionan; y en tercer lugar, más allá de preguntarse lo viable de volver al *statu quo* y negar así el proceso de industrialización–urbanización, la nueva ciudad,

9. Lefebvre, Henri, *Op. cit.*, p 38.

producto de las dos fases anteriores, debe reinventarse de acuerdo con los retos que su nueva situación y caracterización le ponen en frente.

En relación con la tercera etapa planteada por Lefebvre, y de forma contrastada con los planteamientos de Benevolo¹⁰, la diferencia vital entre la ciudad preindustrial y la ciudad industrial es la actitud de la sociedad frente a la realidad. En la primera, la sociedad asumía su realidad como algo que era necesario soportar, que no había forma de cambiarla. En la segunda, la sociedad reconoce las ventajas que el presente le ofrece, es capaz de observarlo críticamente y pone sus esfuerzos para mejorarlo.

El descontento que caracteriza a la sociedad industrial nace del contraste entre lo que es y lo que es posible, no de lo que era y ahora es. Esta situación plantea nuevos retos a los procesos de planeación modernos, los de ampliar los beneficios potenciales de la revolución industrial a toda la población y dejar claro las inevitables consecuencias políticas y sociales de la falta de planeación. La reinención de la tercera fase propuesta por Lefebvre en *“El derecho a la ciudad”* coincide con esta actitud.

2.2 La función social de la planeación urbana.

De acuerdo con el panorama que la herencia industrializadora e urbanizadora le plantea a la ciudad, los procesos de planeación deben dejar de presentarse como la realización de la utopía, como una herramienta que organiza desde arriba, separada e independiente de los problemas sociales. El urbanismo comienza a enfocarse en uno de los factores más importantes: la construcción de una comunidad democrática en la ciudad desde la participación. Se presenta como una disciplina y herramienta atenta y relacionada con los problemas sociales; de tipo horizontal, orientada a emplear modificaciones periódicas. Basada más en un compromiso entre las fuerzas sociales en juego para renovarse continuamente, que en lugar de buscar un cambio completo y definitivo, consciente que su objeto corresponde a un proceso social de largo aliento, que no tiene lugar de forma homogénea y metódica, por el contrario incompleta, discontinua, a veces imposible y frustrante.

Como lo expresa Lefebvre¹¹, el problema fundamental desatado por el proceso industrialización–urbanización es que la vida social urbana, la realidad urbana, deja de ser un valor social para adoptar un valor de uso y de cambio, una respuesta natural al sistema económico en que se enmarca. No obstante, si bien es cierto que la causa de los problemas urbanos actuales se debe, en gran medida, a la complejización de los medios de producción, a la expansión del maquinismo y de la industrialización, ninguna de estas son la causa próxima, por el contrario, lo es la poca preparación de la sociedad para prever los efectos de ésta sobre el entramado social.

10. Benevolo, Leonardo, *Op. cit.*, p 52.

11. Lefebvre, Henri, *Op. cit.*

Por ello, no puede perderse de vista que el doble proceso de industrialización y urbanización pierde todo sentido si no se concibe la sociedad urbana como meta y finalidad de la industrialización, si se subordina la vida urbana al crecimiento industrial o a la planeación funcional sin atención a las necesidades humanas. La industrialización produce la urbanización, en una primera fase; después, aparece la verdadera tarea: la de transformar la realidad. La ciudad deja de ser el recipiente y el receptáculo pasivo de los productos y de la producción y se perfila como construcción de lo social¹².

La realización de la sociedad urbana reclama una planificación orientada a las necesidades sociales desde la participación comunitaria. Dicha orientación se presenta hoy día como una necesidad más apremiante, dadas las enormes proporciones de población que se espera vivan en las ciudades en el futuro más cercano. En el distrito de Bogotá el 99,77%¹³ de sus habitantes habitan en las zonas clasificadas como urbanas, en Colombia la proporción de habitantes urbanos es del 74,36%¹⁴. Para América Latina en 2007 la población en zonas urbanas ascendía al 78% y en el 2025 se espera que dicha proporción aumente al 83%¹⁵. De otro lado, de acuerdo con el Foro Social Mundial¹⁶ el nuevo milenio comenzó con el 50% de la población mundial viviendo en ciudades, y de acuerdo con las perspectivas para el 2050 la proporción habrá aumentado al 65%. Las cifras indican una tendencia a que en el futuro continuarán las migraciones del campo a la ciudad y que la proporción de la vida urbana aumentará indefectiblemente.

Ante este panorama la ciudad no puede ser entendida como un elemento dado e inexorable que deba ser aceptado como tal por la comunidad, por el contrario, es necesario entenderla en las huellas que su historia ha dejado en ella y en nosotros, observarla e intervenirla en su presente y realidad, pensarla en las proximidades e imaginarla y soñarla siglos adelante. Ella constituye un conjunto sistémico compuesto principalmente por tres capas: (a) la estructura ecológica principal, que le da sustento y sostenibilidad; (b) la aglomeración urbana; (c) la construcción política. Como conjunto sistémico es una institución, objeto y lugar social privilegiado, producto de las acciones, pero también de la imaginación de los que la habitan; es el lugar del encuentro, de las posibilidades, en donde se viven los derechos humanos de una gran proporción de la población actual; además, como construcción colectiva política es más que el marco de estos derechos, se perfila como un factor vital para su promoción y garantía o, de otro lado, su vulneración.

12. *Ibíd.*, p 166.

13. Cfr. Departamento Administrativo Nacional de Estadística de Colombia (DANE), *Censo 2005 Ajustado*, Bogotá, Dane, 2005.

14. *Ibíd.*

15. EFE – Naciones Unidas, “Latinoamérica se muda a las ciudades”, en: *El Colombiano*. P 14 A, 27 Febrero, 2008.

16. Foro Social Mundial, [En línea]. *World charter for the right to the city*, disponible en: http://portal.unesco.org/shs/en/ev.php-url_id=8218&url_do=do_topic&url_section=201.html [Recuperado el día 2 de Febrero de 2008].

2.3 La ciudad y los retos sociales que ella implica

La ciudad puede entenderse como la mayor obra de arte creada por el ser humano. Tal es su importancia que, según lo anota Castells¹⁷, ningún tipo de civilización –en mayor o menor medida– ha podido escapar de ella; no es otra cosa que causa y consecuencia de la civilización en todas sus manifestaciones. Actualmente, es el motor del crecimiento nacional y provee las mayores oportunidades para el avance social y el crecimiento económico. Lo anterior, como consecuencia de que la aglomeración humana y la proximidad territorial que las ciudades implican permiten economías de escala y sinergias que generan un mejor nicho para localizar mejores puestos de trabajo, servicios educativos y sanitarios de mejor calidad, oferta de la cultura y conocimiento, entre otras.

Sin embargo, el universo de beneficios y ventajas que ofrece la ciudad frente al campo, aunque estas realidades no pueden entenderse antitéticamente, no se ofrecen en condiciones de igualdad y equidad en todas las ciudades y a todos sus habitantes. Como en síntesis lo señalan los debates promovidos por la Unesco¹⁸ y por otros expertos¹⁹, las tendencias globales de urbanización y globalización implican no menos que: la desigualdad estructural en el acceso a los bienes y servicios sociales, la inequidad y las significativas concentraciones de la riqueza. A este panorama se suma la creciente urbanización de la pobreza y el correlativo empobrecimiento de las ciudades, la generalizada división social de la comunidad y las prácticas derivadas de exclusión social y segregación espacial, así como la degradación del ambiente y el uso no sostenible de los recursos naturales.

El panorama descrito marca los retos de las ciudades, entendidas desde sus habitantes y gobernantes, y permitirá en palabras posteriores dibujar los contornos del derecho a la ciudad.

Paul Kantor²⁰ y William Richardson²¹, en sus reseñas de la obra de Gerald L. Houseman, concluyen que las actitudes conservadoras resultan ineficientes para dar respuesta a las problemáticas urbanas, generalmente porque son hostiles a la ciudad y a sus ciudadanos, porque no están motivadas por consideraciones de igualdad y porque los ataques anti-liberales del pensamiento conservador, a su juicio, terminan limitando los derechos y las libertades en la práctica.

17. Castells, Manuel, "¿Un mundo urbanizado sin ciudades?", en: *Caja de Herramientas*, Año 13, Número 100, Bogotá, 06 – 2004.

18. Unesco. *International public debates. Urban policies and the right to the city*. Paris, Unesco, 2006.

19. Los problemas sociales que tienen lugar en la ciudad han sido resaltados por múltiples autores. Para efectos de hacer más sencilla la lectura se unificaron y contrastaron los argumentos presentados por diferentes autores, entre los que fueron tenidos en cuenta: Sané y Tibaijuka, Colin, Tibaijuka, Safier, Fernandes, Angulo, Richardson, Kantor, Borja y Velásquez Carrillo.

20. Kantor, Paul. "Review of 'Right to the city: urban application of american conservative thought' by Gerald L. Houseman", en: *The american political science review*, vol 466, No 1, 227- 228, 1983, p 227.

21. Richardson, William. "Review of 'Right to the city: urban application of american conservative thought' by Gerald L. Houseman", en: *The american political science review*, vol 177, No 1, 207- 208, 1983, p 208.

A partir de lo anterior se presenta el primer reto de las ciudades²²: el de revertir el paradigma clásico-liberal que ha imperado, en virtud del cual la propiedad individual ha gozado de una excesiva protección estatal. Esto implica no menos que introducir y hacer efectivo el principio socioeconómico de las funciones social, económica y ambiental de la propiedad, del suelo urbano y de la ciudad.

El segundo reto es el de implementar el paradigma del desarrollo basado en derechos (*right-based approach*), que exige que todos los ciudadanos puedan beneficiarse de lo que las ciudades tienen para ofrecer. Así, la vida urbana no debe entenderse como un efecto no controlado del crecimiento económico, sino un elemento en cuyo fin último deben tener voz no sólo las fuerzas del mercado, sino también los demás actores sociales.

La ciudad actual, con Borja²³, es tridimensional: su faceta compacta recuerda la ciudad histórica, lo local, la ciudad del imaginario y del autogobierno; su faceta metropolitana recuerda en la periferia la herencia de la sociedad industrial, donde la ciudad pierde a veces su nombre y cuya deuda histórica se paga hoy con infraestructura, transporte y espacio público; la última, su faceta regional, indica el propósito de una ciudad de ciudades, articulada por los medios de transporte y comunicación. En este contexto, las ciudades, y más específicamente las políticas urbanas, tienen actualmente otros retos: el de contrarrestar la exclusión social, impedir la hiperespecialización territorial y evitar las desigualdades entre los lugares y las personas que la habitan.

Castells²⁴ identifica dos retos adicionales: la necesidad de concertar las presiones globales y del mercado sobre la ciudad con las aspiraciones sociales y colectivas de sus habitantes, de modo que la preeminencia de alguna no desfigure o invisibilice la otra; y la necesidad de reinventar política y culturalmente la ciudad, de modo que pueda responder eficientemente a las necesidades que su expansión funcional implica.

De forma consolidada, es necesario concluir preliminarmente que el reto primordial de la ciudad no es otro que revertir el panorama planteado, para ello, debe ser entendida como una institución, objeto y lugar en donde no sólo tiene lugar el goce efectivo de los derechos, sino que ella misma puede ser un factor determinante en su garantía o vulneración y que, por tanto, se revela una responsabilidad compartida entre gobernantes y gobernados de hacer de ésta un territorio de derechos: el lugar del derecho a la ciudad.

22. Fernandes, Edésio, "Updating the Declaration of the Rights of Citizens in Latin America: Constructing the Right to the City in Brazil", en: *International Public debates. Urban Policies and the Right to the City*, París, Unesco, 2006b.

23. Borja, Jordi, *Op. cit.*, 2004.

24. Castells, Manuel, *Op. cit.*, 2004.

2.4 El derecho a la ciudad, ¿una respuesta a la situación actual de las ciudades?

Una vez planteado el panorama general que hoy día se ofrece en las ciudades, las problemáticas que los modelos de desarrollo han generado y los retos que sus administraciones y comunidades deben tener como norte de sus actuaciones, es necesario preguntarse por: la utilidad de abordar jurídicamente la situación, si el derecho a la ciudad, como forma y noción jurídica, puede ser la respuesta a la situación descrita o puede aportar en el logro de los retos mencionados.

De entrada hay que considerar que no basta una noción jurídica como el derecho a la ciudad para responder a las necesidades sociales imperiosas, pero que ésta sí puede ser una herramienta útil para complementar la noción política con los elementos de efectividad que puede aportar el derecho. Si bien puede no aparecer como una solución única al problema, lo cierto es que su aporte sí puede ser fundamental. Durante todo el proceso de elaboración de la *Carta mundial por el derecho a la ciudad*²⁵, los movimientos sociales proclamaron la urgencia y la necesidad de reforzar el papel que deben jugar las ciudades en la garantía a todos sus habitantes del goce colectivo de la riqueza, la cultura, los bienes y el conocimiento. Reforzar esta necesidad en los niveles local, regional, nacional e internacional es, en opinión de Osorio²⁶, el reto principal para que ésta deje de ser una noción política y adquiera una forma jurídica que integre en su interior obligaciones justiciables y exigibles.

El clamor por el derecho a la ciudad es muestra de una aceptación, ampliamente difundida, del principio que el desarrollo urbano de la vida debe permitir la inclusión, sin discriminación y excepción, de todos aquellos que habitan en la ciudad. Lo que resta para ser logrado, en términos de Safier²⁷, es la implementación de este principio de forma apropiada en las prácticas institucionales, las políticas públicas y la legislación, teniendo en cuenta las necesidades específicas, en términos de diversidad e inclusión, que requiera cada ciudad.

La Unesco, Un-Habitat, líderes y académicos²⁸ han considerado que el concepto del “derecho a la ciudad” –estructurado en los años 60 por el sociólogo y filósofo francés Henri Lefebvre– está enfocado a discusiones de filosofía y teoría social que, en principio, no permiten una discusión estructurada en términos del derecho. Esta fue la razón, según Colin²⁹, para promover los debates sobre el tema y buscar un consenso entre los actores claves.

25. Foro Social Mundial, *Op. cit.*

26. Osorio, Leticia, “The World Charter on the Right to the City”, en: *International Public debates. Urban Policies and the Right to the City*, Paris, Unesco, 2006.

27. Safier, Michael. “Securing the right to the city: The case for a civic cosmopolitanism”, en: *International Public debates. Urban Policies and the Right to the City*, Paris, Unesco, 2006.

28. Entre ellos, Fernandes, Sané y Tibaijuka y Tibaijuka.

29. Colin, Brigitte, “Introduction”, en: *International Public debates. Urban Policies and the Right to the City*, Paris, Unesco, 2006, p 13.

Tener derecho a la ciudad no resuelve de forma automática el panorama planteado, pero permite entenderlo más allá de los planteamientos académicos, de la voluntad política y de la disponibilidad de recursos. Estructurar el discurso del derecho a la ciudad implica abordar su contenido, los sujetos involucrados y delinear los contornos para hacerlo efectivo.

No obstante, aun si esto se lograra con claridad, no bastaría tener derecho a la ciudad. Es necesario, además, contar con políticas coherentes en todos los niveles, que impliquen cambios estructurales en la forma como se gestiona el desarrollo urbano y local. Es por ello que, como se indicará, la faceta de la participación ciudadana se presenta como un asunto de diametral importancia.

Si bien hasta este punto los planteamientos y retos del derecho a la ciudad resultan prometedores y reveladores, el verdadero reto se encuentra en poder llevar la discusión más allá: pasar de la plataforma filosófica y política sobre la que está planteado el derecho a la ciudad y hablar de él en términos jurídicos, es decir, poder determinar en concreto su contenido y articular las responsabilidades estatales en cada una de sus manifestaciones³⁰. La plataforma filosófica y política ofrecida por Lefebvre provee la sustancia para la formulación de un discurso general de derechos y de justicia social y una aproximación al enfoque de derechos en el desarrollo urbano³¹.

3. ¿En qué consiste tener derecho a la ciudad?

“[...] el derecho a la ciudad no es sólo el techo. También son las condiciones de vida, es decir, el acceso a todos los servicios públicos, en buenas condiciones, a bajo costo. Pero de igual manera el derecho al trabajo bien remunerado. Poder vivir fruto de nuestra realización personal, sintiéndonos útiles a la sociedad.

En nuestro barrio (citando al Barrio Jerusalén de Bogotá, Colombia) esta parte de la construcción de la ciudad no se logró sin antes realizar cientos de tomas, miles de reuniones, múltiples acciones colectivas en procura de vida digna. Tuvimos que superar desacuerdos, intereses mezquinos, utilitarismos. Hoy, los frutos se ven desde lejos”³².

Preguntarse en qué consiste el derecho a la ciudad implica orientarse a responder algunas preguntas específicas que den claridad sobre su objeto y contenido, los sujetos

30. Fernandes, Edésio, *Op. cit.*, 2006b, p 46.

31. Fernandes, Edésio, “Constructing the ‘Right to the City’ in Brazil”, en: *Social & Legal Studies*, 16; 201, pp 201 – 219, 2007, p 202.

32. Maldonado Copello, María Mercedes [En línea]. *El Significado Jurídico del Derecho a la Ciudad*. Disponible en: http://www.territorioysuelo.org/aa/img_upload/ee790d3799506e631591621e0786b613/MMM_EL_SIGNIFICADO_JURIDICO_DEL_DERECHO_A_LA_CIUADAD.pdf [Consultado el 10 de Agosto de 2009], p 9.

que participan de él y su naturaleza al interior de la clasificación internacional de los derechos humanos. No es la intención de este texto presentar una respuesta acabada a cada una de estas cuestiones, sino comenzar y sintetizar algunos puntos de la discusión, así como dejar otros planteados para futuras elaboraciones.

3.1 Algunas consideraciones en relación con su contenido

El contenido concreto del derecho a la ciudad se sistematiza en cuatro líneas generales que siguen a continuación, y al interior de cada una se precisan brevemente los aportes teóricos de algunos autores que han abordado el tema para finalizar el apartado con el contenido teórico que acoge el presente artículo.

3.1.1 El derecho a la ciudad como posibilidad de ciudad

La primera línea general es entender el derecho a la ciudad como una posibilidad de ciudad, es decir, como una forma o modo concreto en que la ciudad, lugar, objeto e institución privilegiada, se ofrece y posibilita a sus ciudadanos. Dos son los autores que definen el contenido del derecho a la ciudad de la manera planteada: Henri Lefebvre³³ y Jordi Borja³⁴.

Lefebvre reconoce este derecho, en su obra *El derecho a la ciudad*, como el derecho a la vida urbana renovada. Tal hace referencia a la vida en la ciudad cuando se ha llegado a la tercera etapa del desarrollo urbano; como se mencionó en líneas anteriores, cuando la vida urbana, asaltada por el proceso de industrialización-urbanización, comienza a pensarse a sí misma, a reinventarse en el nuevo contexto que se le presenta; cuando la vida urbana deja de ser efecto no planificado de los procesos económicos y productivos que tienen lugar en la ciudad, y se convierte en el fin último de todo el proceso.

Si bien los planteamientos originarios no permiten una profunda discusión jurídica sobre el derecho, sí abren la puerta para entender esa vida urbana renovada como una ciudad en donde hay un goce pleno y efectivo de los derechos humanos, donde el contexto urbano no es el lugar de las penurias, sino el lugar de la vida digna.

Jordi Borja³⁵ es el segundo de los autores que se refiere al derecho a la ciudad como posibilidad de ciudad. Desde sus planteamientos este derecho se estructura en tres facetas: (a) la física, que hace referencia al derecho al lugar, a permanecer, a la movilidad, es el derecho a la centralidad accesible, al entorno bello y al espacio público signifiante, es el derecho a la seguridad y a la convivencia pacífica; (b) la individual, que hace referencia

33. Cfr. Lefebvre, Henri, *Op. cit.*, 1978.

34. Cfr. Borja, Jordi, *Op. cit.*, 2004.

35. *Ibíd.*

al derecho a definir el proyecto de vida libremente, el derecho a no vivir alejado, en espacios invisibles y sin cualidad; y finalmente, (c) la colectiva, que se refiere al derecho a la participación en los ámbitos reales de la decisión y la gestión.

Lefebvre y Borja presentan visiones complementarias de cómo debe ser una ciudad, la vida urbana; de cómo debe ofrecerse a sus ciudadanos y, por tanto, lo que los ciudadanos pueden y deben esperar de ella. Si bien estas aproximaciones dan un paso más allá de la plataforma política, no es posible estructurar desde ellas la visión jurídica del derecho; son más posibles objetivos políticos para los gobernantes de la ciudad, y metas dadas a las organizaciones sociales para reclamar e incidir al interior del proceso político. Aunque no se devela con claridad la estructura jurídica del derecho, ambas perspectivas ofrecen insumos interesantes que se recopilan en la idea de derecho a la ciudad que el presente artículo recoge.

3.1.2 El derecho a la ciudad como goce de derechos en los contextos urbanos

La segunda línea general es entender el derecho a la ciudad como el goce de derechos en los contextos urbanos. Sané y Tibaijuka³⁶, desde los debates promovidos por la Unesco y Un-Habitat, presentan el derecho a la ciudad atado al modelo de desarrollo, a ese modelo basado en derechos (*right-based approach*)³⁷ que exige que todos los ciudadanos se beneficien de lo que las ciudades tienen para ofrecer. Más adelante, Tibaijuka³⁸ indica los mínimos que, en su concepto, implica tener derecho a la ciudad: una vivienda digna y acceso al agua. Finalmente, plantea que este derecho es especialmente importante para aquellos grupos vulnerables y desfavorecidos de la población.

Por su parte, Colin³⁹ equipara el contenido general del derecho a la ciudad con la función social que le otorga a ésta: buscar la sostenibilidad y la justicia social garantizando el usufructo equitativo de las ciudades. Un aspecto importante de esta aproximación al derecho a la ciudad es que le otorga una finalidad, -es decir, el derecho entendido como la posibilidad de usufructuar equitativamente las ciudades, de gozar de los derechos humanos en los contextos urbanos-, se orienta a lograr algo en concreto: la sostenibilidad social y ambiental, así como la justicia social en la ciudad. Esta finalidad permite trascender la concepción del derecho a la ciudad como un mero agregado de derechos humanos en lo urbano, hacia un derecho independiente.

36. Sané, Pierre & Tibaijuka, Anna, "Preface". En: *International Public debates. Urban Policies and the Right to the City*, Paris, Unesco, 2006, p 9.

37. Esta aproximación al derecho a la ciudad debe entenderse relacionada con los postulados internacionales del derecho al desarrollo, principalmente presentados en: Organización de la Naciones Unidas, *Declaración sobre el progreso y desarrollo en lo social*, Nueva York, ONU, 1969; y Organización de la Naciones Unidas, *Declaración sobre el derecho al desarrollo*, Nueva York, ONU, 1986.

38. Tibaijuka, Anna, "Keynote speech on the occasion of the public debate on 'Urban Policies and the Right to the City'", en: *International Public debates. Urban Policies and the Right to the City*, Paris, Unesco, 2006, p 24.

39. Colin, Brigitte, *Op. cit.*, 2006, p 12.

A su vez, Fernandes⁴⁰ define el “derecho a la ciudad” como la posibilidad de los habitantes urbanos de disfrutar completamente de la vida urbana, con todos sus servicios y ventajas, y tomar parte activa y directa en el manejo de los asuntos de la ciudad. El autor estructura su visión del derecho a la ciudad desde dos facetas: (a) la del goce efectivo de derechos y (b) la de la participación activa. Tener acceso a la vida urbana se traduce, entonces, en los derechos de los cuales se goza en los contextos urbanos y en poder ser parte de los procesos de discusión y acción en los asuntos de la ciudad. Adicionalmente, el autor introduce acertadamente el elemento de participación en el derecho, no sólo como una obligación de incluir y tomar en cuenta a las comunidades en los procesos de discusión, gestión e implementación de los asuntos de ciudad, sino como corresponsabilidad de los ciudadanos, colectividades y organizaciones sociales de tomar parte activa, de presionar e incidir; a partir de la idea que la ciudad no es un bien dado a la comunidad, sino construido mutua y colectivamente.

3.1.3 El derecho a la ciudad como derecho complejo

Velásquez Carrillo⁴¹ provee una aproximación al derecho a la ciudad que se presenta como la tercera línea general, el autor indica que el derecho a la ciudad es un derecho de naturaleza compleja que involucra dimensiones de tipo político, social, económico y cultural. También afirma que éste tipo de derecho parte de una noción de ciudad como realidad socio-cultural que se produce a partir de la interacción social; del intercambio cultural; la resignificación del espacio público; las relaciones de género, generacionales e interétnicas; por la exigibilidad social y política de los derechos humanos; por el ejercicio de la ciudadanía, y, finalmente, por la posibilidad de los seres humanos de construir sus proyectos de vida libremente.

En correspondencia con las facetas propuestas por Fernandes, el derecho a la ciudad, concluye, alude a la posibilidad de construir espacios de encuentro, deliberación e incidencia en los destinos colectivos (participación ciudadana). La posibilidad de construir y hacer ciudad, de vivirla, disfrutarla e incidir en el destino de una ciudad digna que permita la distribución de recursos materiales y simbólicos (goce de la vida urbana).

Finalmente, Velásquez Carrillo⁴² identifica cinco implicaciones del derecho a la ciudad que deben ser tenidas en cuenta a la hora de garantizarlo o exigirlo: (a) recuperar la capacidad deliberativa, de presión e incidencia que tienen los ciudadanos, especialmente los excluidos y los discriminados; (b) abordar una discusión sobre la ética que impera en las ciudades y el modelo de desarrollo; (c) evaluar la posibilidad que tienen los ciudadanos

40. Fernandes, Edésio, *Op. cit.*, 2006b, p 46.

41. Velásquez Carrillo, Fabio, “Pensar la ciudad en perspectiva de derechos”, En: Velásquez Carrillo, Fabio, *Ciudad e Inclusión: por el Derecho a la Ciudad*, Bogotá, Foro Nacional por Colombia, 2004, p 13 – 14.

42. *Ibíd.*, p 14 – 16.

de diseñar y vivir su proyecto de vida en el marco del multiculturalismo, la democracia, el género y la diversidad social; (d) fomentar una actitud abierta a la construcción de lo público, y (e) articular esfuerzos e intereses, la solución pacífica de los conflictos y la erradicación del autoritarismo.

3.1.4 El derecho a la ciudad como derecho colectivo

La *Carta mundial por el derecho a la ciudad*⁴³ presenta la última línea general mediante la cual es posible abordar el contenido del derecho a la ciudad. Ella integra un esfuerzo importante por llevar el debate sobre el derecho a la ciudad al nivel internacional, como un derecho humano exigible y justiciable por sus titulares y responsabilidad de los gobernantes.

Si bien la *Carta* aún no es un tratado internacional con fuerza vinculante para los estados, su objetivo y proceso de construcción social es claro, así como sus posibilidades de adquirir estatus de obligatoriedad. Desde el primer Foro Social Mundial (2001) se ha discutido y asumido el reto de construir un modelo de sociedad y de vida urbana sostenible, basado en los principios de: solidaridad, libertad, equidad, dignidad y justicia social; fundados en el respeto por las distintas culturas urbanas y el balance entre lo rural y lo urbano. Por ello, como se establece desde su preámbulo: la *Carta mundial por el derecho a la ciudad* está llamada a constituirse en una plataforma capaz de unir los esfuerzos de todos los actores: públicos, sociales y privados, interesados en lograr la completa validez y efectividad de este nuevo derecho humano, a través de su promoción, reconocimiento legal, implementación, regulación y puesta en práctica⁴⁴.

El nuevo entendimiento del derecho a la ciudad implica ampliar el enfoque tradicional orientado a mejorar la calidad de vida de las personas desde la vivienda y el vecindario, para hacerlo trascender a una escala más amplia, la de la ciudad y sus alrededores rurales. Lo anterior implica concebir este tipo de derecho como una nueva forma de promoción, respeto, defensa y goce de los derechos humanos garantizados en los instrumentos internacionales de carácter regional e internacional.

Actualmente la *Carta* ha propuesto, según lo señalan Colin⁴⁵ y Abumere⁴⁶, un núcleo de tres facetas básicas para el derecho, los cuales se coordinan con la síntesis teórica planteada: en primer lugar, se retoma el concepto original de promoción del acceso en igualdad de condiciones de los ciudadanos a los potenciales beneficios de la ciudad; en segundo lugar, la participación democrática de los habitantes en el proceso de toma de

43. Foro Social Mundial, *Op. cit.*

44. *Ibíd.*

45. Colin, *Op. cit.*, 2006.

46. Abumere, Sylvester, "The Right to the City and the Challenges of the Urban Informal Sector", en: *International public debates. Urban policies and the right to the city*, Paris, Unesco, 2006.

decisiones y manejo de los asuntos de la ciudad; y en tercer lugar, la realización de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos en los contextos urbanos.

En su artículo primero, la *Carta*⁴⁷ establece que el derecho a la ciudad se define como el derecho colectivo de los habitantes de la ciudad, en particular de los grupos vulnerables o marginados, que los legitima para lograr el completo ejercicio de la libre determinación y un adecuado nivel de vida. Es un derecho interdependiente de los demás derechos humanos integralmente reconocidos internacionalmente, e implica el usufructo equitativo de las ciudades bajo criterios de sostenibilidad, democracia, equidad y justicia social.

La definición del derecho presentada recoge algunos de los planteamientos teóricos expuestos en este apartado: se refiere a una forma de ciudad que se posibilita a sus habitantes, esta forma no es otra que la del goce efectivo de los derechos humanos en la ciudad; pero dicha situación sólo puede ser construida colectivamente a través de la participación democrática en los procesos de discusión, decisión, gestión e implementación de los asuntos urbanos.

Adicionalmente, para interpretar eficazmente este derecho, es necesario remitirse a algunos principios que se establecen en el artículo segundo de la *Carta*. El primero de ellos es el pleno ejercicio de la ciudadanía y la administración democrática de la ciudad, según el cual las ciudades deberán constituir un ambiente de plena realización de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales, asegurando la dignidad y el bienestar colectivo de todas las personas en condiciones de igualdad, equidad y justicia. Todas las personas, indica, tienen el derecho de encontrar en la ciudad las condiciones necesarias para su realización política, económica, cultural, social y ecológica, asumiendo igualmente el deber de la solidaridad. Y adicionalmente tienen el derecho de participar directamente o a través de sus representantes en la elaboración, definición, implementación, distribución y administración de las políticas públicas y los presupuestos municipales en orden a fortalecer la transparencia, efectividad y autonomía de las administraciones locales y las organizaciones populares⁴⁸.

Esto implica, necesariamente, un sistema de corresponsabilidades entre el individuo, las organizaciones sociales y las autoridades públicas. Por un lado, tanto las organizaciones del orden estatal, regional y municipal, como el ejercicio de la autoridad pública deben permitir el pleno ejercicio de la ciudadanía, para ello deben garantizar las libertades individuales y los derechos civiles y políticos absteniéndose de coartarlos; por otro lado, se deben ejecutar las acciones afirmativas para fomentar la organización social y colectiva y garantizar su participación en los asuntos de la ciudad.

47. Foro Social Mundial, *Op. cit.*

48. Foro Social Mundial, *Op. cit.* Art 2°.

Bajo este postulado, los individuos, la familia, las organizaciones sociales y la comunidad en general deben poder participar activamente de estos espacios, buscarlos, abrirlos, conservarlos y actuar responsablemente en ellos. Necesariamente el desarrollo de este primer principio implica una acción de doble vía, en donde ambos actores sociales son necesarios e imprescindibles.

Como función principal la ciudad y la propiedad urbana deben desarrollar una de tipo social, ello implica “garantizar a todos sus habitantes el completo usufructo de los recursos ofrecidos por la ciudad [...] los espacios y bienes públicos y privados de la ciudad deberán ser usados priorizando los intereses sociales, culturales y ambientales”⁴⁹. La función social de la ciudad constituye el segundo principio del derecho a la ciudad establecido por la *Carta*.

El tercer principio es quizás el más simple y sencillo, no obstante es central para la garantía y efectividad del derecho a la ciudad: la igualdad y la correlativa prohibición de la discriminación en el acceso a la ciudad es clave, por ello los contenidos del derecho se garantizarán a todas las personas que habiten la ciudad, transitoria o permanentemente, sin discriminación de ninguna clase.

Finalmente, la *Carta* presenta el contenido concreto de este derecho a través de una serie de derechos correlativos agrupados en dos grandes categorías: (a) los derechos relativos al ejercicio de la ciudadanía y a la participación en el gobierno de la ciudad y (b) los derechos sociales y colectivos en la ciudad. Cada uno de ellos, en conjunto, referidos al colectivo de habitantes y al contexto urbano, dan vida al Derecho a la Ciudad.

3.2 ¿Quiénes deben participar del derecho a la ciudad y de qué manera?

Abordado el contenido del derecho a la ciudad es necesario ahora preguntarse por los sujetos que participan de él. Esto implicará responder a cuestiones como: quiénes son sus titulares y destinatarios, quiénes pueden exigirlo, quiénes son los responsables de hacer de él una realidad, entre otros; algunos de estos asuntos se abordaron tangencialmente en líneas previas; sin embargo, a continuación se desarrollan con más profundidad.

En primer lugar, los titulares del derecho son, en general, todos los ciudadanos que pueden beneficiarse de todo aquello que las ciudades tienen para ofrecerles; pero como lo señala Tibaijuka⁵⁰, este es un derecho de especial relevancia para aquella población en condición de vulnerabilidad y desventaja. Es precisamente la especial protección a estos grupos y personas lo que constituye el cuarto principio que integra la *Carta*, que implica que éstos tengan derecho a medidas especiales para su protección e integración

49. Ibídem.

50. Tibaijuka, Anna, *Op. cit.*, 2006, p 24.

a la realidad urbana y para el acceso a la distribución de los recursos económicos, a los servicios esenciales y a la protección de todas las formas de discriminación.

El concepto de ciudadanos se aparta de los conceptos típicos del derecho civil para establecer la titularidad del derecho a la ciudad; así, de forma amplia la *Carta* incluye como sujetos del derecho a la ciudad a todas las personas que se encuentren en ella en algún momento dado, sin ningún otro tipo de consideración.

En segundo lugar y en relación con los obligados o destinatarios del derecho, se determinan, en un primer momento, a las autoridades públicas de cada ciudad en concreto como responsables de fomentar y garantizar el cumplimiento del contenido del derecho a la ciudad. No obstante, dada la naturaleza compleja del derecho, la *Carta mundial por el derecho a la ciudad* establece en su artículo 2° un sistema de corresponsabilidades entre dichas autoridades locales con: las autoridades de rango superior, las organizaciones sociales, la familia, el individuo y el sector privado.

Así, de un lado, tanto las entidades de carácter estatal, regional y municipal, como las manifestaciones de la autoridad pública deben permitir el pleno ejercicio de la ciudadanía. Para ello se debe, en primer lugar, garantizar las libertades individuales y los derechos civiles y políticos, absteniéndose de coartarlos, y en segundo, ejecutar las acciones afirmativas para fomentar la organización social y colectiva y su participación en los asuntos de la ciudad.

3.3 ¿Cuál es su naturaleza?

La discusión sobre la naturaleza del derecho a la ciudad se enmarca en las distinciones teóricas que sobre la naturaleza de los derechos humanos en el sistema de Naciones Unidas tienen lugar. Brevemente la primera distinción divide los derechos humanos en tres categorías: (a) los derechos civiles y políticos, de los cuales son titulares los hombres y las mujeres individualmente y que en teoría implican una abstención de limitación por parte del estado y de los terceros⁵¹. (b) Los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante DESC), que de acuerdo con Caballero y Anzola⁵², contienen los derechos del individuo a ciertas prestaciones del Estado; el desarrollo de estos derechos, plantean los autores, requiere de la erogación de presupuesto por parte del erario público⁵³. (c) Finalmente los derechos colectivos y del ambiente, de los cuales es titular la colectividad como un todo, se refieren a los mínimos necesarios para garantizar las condiciones de la

51. Cfr. (a) Caballero Sierra, Gaspar y Anzola Gil, Marcela, *Teoría constitucional*, Bogotá, Temis, 1995, p 176 (b) Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid, Trotta, 2004.

52. Caballero Sierra, Gaspar y Anzola Gil, Marcela, *Op. cit.*, 1995, p 176.

53. Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Op. cit.*, 2004.

vida en comunidad. Éstos derechos hacen referencia a valores, intereses y necesidades que no son atribuibles a los individuos, sino a todos, a muchos, esos intereses son los que, en palabras de López Calera⁵⁴, dan fundamento a los derechos colectivos.

Planteado el panorama de la primera distinción surgen necesariamente críticas. La anterior división se plantea en función del contenido de las obligaciones que cada uno de estos tipos de derechos implican del estado. Tradicionalmente se ha indicado que los primeros implican obligaciones de no hacer, mientras que los segundos y terceros tienen un contenido de hacer, las cuales necesariamente implican un gasto. Esta distinción, como lo explican Abramovich y Courtis⁵⁵, está basada sobre visiones sesgadas del rol del estado y corresponde a la visión decimonónica del estado mínimo, garante exclusivo de la justicia, la seguridad y la defensa. Adicionalmente, esta adopción jurídica del pensamiento económico clásico liberal es defectuosa, porque aún estos economistas reconocían el paralelismo necesario entre las abstenciones del Estado y las prestaciones positivas correlativas. Incluso las abstenciones estatales necesitan de las condiciones institucionales positivas.

Por otro lado, los DESC no sólo se agotan en obligaciones que consisten únicamente en disponer de reservas presupuestarias a efectos de ofrecer una prestación. Éstos se manifiestan también como el posible mandato de establecer algún tipo de regulación sin la cual el ejercicio del derecho no tiene sentido o está fijo el marco sobre el cual se mueven el mismo estado y los particulares. Además, estos derechos también pueden implicar obligaciones negativas⁵⁶.

En relación con la cuestión sobre la utilidad de la distinción entre ambas categorías de derechos, Abramovich y Courtis señalan algunos argumentos en su favor como: (a) su valor heurístico, ordenatorio y clasificatorio⁵⁷; (b) identifican alguna utilidad en la distinción en la medida que refleja la operación de paradigmas o matices político-ideológicos diferentes de regulación jurídica; y (c) ayudan a contextualizar históricamente la forma como fueron positivados ciertos tipos de derechos⁵⁸.

Así, una conceptualización más rigurosa, basada en el carácter de las obligaciones que cada derecho genera, llevaría a admitir un *continuum* de derechos, en el que el lugar de cada uno de éstos esté determinado por el peso simbólico del componente de obligaciones negativas o positivas que lo caractericen. Como desarrollo de esta idea, los derechos podrán clasificarse según su composición, de acuerdo con las obligaciones, así:

54. López Calera, Nicolás, *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*, España, Ariel Derecho, 2000, p 92.

55. Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Op. cit.*, 2004, p 23.

56. *Ibídem*, p 32-33.

57. *Ibídem*, p 27.

58. *Ibídem*, p 48.

(a) derechos de **respeto** (obligación del Estado de no interferir, obstaculizar o impedir el acceso al goce de los bienes que constituyen el núcleo del derecho), (b) derechos de **protección** (obligación del Estado de impedir que terceros obstaculicen el acceso a los bienes núcleo del derecho) y (c) derechos de **satisfacción** (obligación del Estado de garantizar y promover el acceso a los bienes núcleo del derecho)⁵⁹. No obstante, por su misma complejidad dicha clasificación es apenas ilustrativa, no excluyente.

Desde esta perspectiva, las diferencias entre los derechos humanos son de grado, más que diferencias sustanciales en cuanto a las obligaciones⁶⁰. Por tanto, establecer jerarquías entre derechos de las cuales se haga depender su efectividad y justiciabilidad no está justificado.

En el marco de estas distinciones a la naturaleza del derecho a la ciudad, algunos de los teóricos citados en el presente texto han señalado una naturaleza concreta de este derecho; sin embargo, no ha habido una discusión profunda sobre el asunto en concreto. Lefebvre⁶¹ lo califica como una forma superior de derechos. Complementariamente, Fernandes⁶² agrega que, además de ser un derecho que se encuentra por encima de los derechos humanos, el derecho a la ciudad se halla en situación de correlación e interdependencia con los demás derechos.

Por su parte Tibaijuka⁶³ indica que el derecho a la ciudad debe ser entendido como un derecho colectivo de todos los habitantes de la ciudad, especialmente de aquellos vulnerables y desfavorecidos. Finalmente, Velásquez Carrillo⁶⁴ establece que es un derecho de naturaleza compleja que involucra dimensiones de tipo político, social, económico y cultural.

Los planteamientos de Henri Lefebvre y Edésio Fernandes sobre la naturaleza de este derecho no aportan a su discusión y elaboración jurídica, por cuanto no permiten sobrepasar la plataforma política que le da vida. Sin embargo, las ideas expuestas por Tibaijuka y Velásquez Carrillo permiten dar unos pasos adelante.

Es necesario entender que, dada la complejidad intrínseca del derecho a la ciudad y las facetas en que éste se manifiesta, este derecho puede inscribirse, de acuerdo con los criterios establecidos por López Calera⁶⁵, en la categoría de derecho colectivo o en los términos de Abramovich y Courtis un derecho humano del *continuum* que por medio de las tres facetas expuestas, desarrolla los diferentes tipos por ellos expuestos.

59. *Ibíd.*, p 27-31.

60. *Ibíd.*, p 25.

61. Cfr. Lefebvre, Henri, *Op. cit.*, 1978.

62. Fernandes, Edésio, *Op. cit.*, 2006b, p 46.

63. Tibaijuka, Anna, *Op. cit.*, 2006, p 24.

64. Velásquez Carrillo, Fabio, *Op. cit.*, 2004, p 13-14.

65. López Calera, Nicolás, *Op. cit.*, 2000.

En primer lugar se considera que el derecho a la ciudad es un derecho colectivo, en la medida que incorpora un interés colectivo, es decir, una necesidad que no es atribuible a los individuos, sino a todos, a muchos⁶⁶. Dicho interés colectivo se sintetiza en el usufructo equitativo de lo que la ciudad tiene para ofrecer, bajo criterios de sostenibilidad, igualdad, equidad y justicia social. Sin embargo, el interés colectivo no queda así planteado en abstracto; los mandatos de construcción colectiva y participativa, así como el goce efectivo de los derechos humanos dibujan el contorno de lo que la ciudad debe ofrecer y determinan que no queda supeditada al vaivén de las voluntades políticas.

Se considera, además, que el derecho a la ciudad implica un interés colectivo en la medida que no puede ser ejercido por una sola voluntad, sino que su misma naturaleza ordena un proceso de construcción social, de interacción y corresponsabilidades entre los ciudadanos, las organizaciones sociales, el sector privado y, desde luego, la presencia ineludible de las autoridades públicas; no es algo que un solo individuo pueda reclamar para sí.

Adicionalmente, implica la existencia de un sujeto colectivo que sea su titular, los ciudadanos. Éstos existen y son el resultado del conjunto de individuos que lo componen, necesita de la cooperación interindividual, pero de su sinergia deviene un individuo colectivo independiente, cuyos fines e intereses son algo más que la suma de los de cada individuo. Es decir, se produce la integración de un sujeto colectivo conformado por múltiples individualidades, pero que constituye una naturaleza separada de sus partes, que tiene vida gracias a que se enmarca dentro de una organización y representación democrática⁶⁷.

A este punto se ha planteado que el derecho a la ciudad constituye un derecho colectivo en la medida que integra un interés colectivo y está referido a un sujeto colectivo, el de los ciudadanos. Es necesario agregar, además, algunas consideraciones sobre la manera como éste grupo, los ciudadanos, ejercen colectivamente el derecho, es decir, la forma como opera el fenómeno jurídico de la representación.

Para efectos que pueda considerarse que un grupo o un sujeto colectivo como los ciudadanos, están debidamente representados y por tanto, que se ha garantizado, por lo menos en parte el derecho a la ciudad, es necesario poder verificar algunas condiciones específicas para cada caso concreto.

En primer lugar, debe haber un adecuado nivel de organización e institucionalización en la forma en que se ejerce el derecho; en segundo lugar, hay que tener en cuenta que la voluntad colectiva expresada no puede asimilarse a la voluntad individual, ésta debe entenderse como un proceso, un resultado del diálogo entre individuos libres e iguales

66. *Ibídem*, p 92.

67. *Ibídem*, p 102-106.

–bajo este entendido, así el diálogo venga de individuos, ya no puede asimilarse a una suma de voluntades individuales–, y en tercer lugar, es indispensable tener en cuenta que no basta cualquier tipo de institucionalización y de proceso de expresión de la voluntad colectiva, sino que es necesario que tales sean democráticos⁶⁸.

Resulta evidente que los individuos puedan agruparse, dialogar, discutir, tener relaciones estables, y sobre esa base estructurar una voluntad colectiva, en ese proceso de consenso y disenso se gesta la voluntad común que no es perfecta, infalible, ni homogénea. La voluntad colectiva es del todo, del grupo, pero no de todos y cada uno al interior del mismo. La voluntad colectiva es el producto de las voluntades individuales de seres que dialogan, así, cuanto más maduro y civilizado, el encuentro de razones y voluntades será más organizado, permitirá una auténtica comunidad de diálogo y la voluntad general será más compartida y menos fragmentada⁶⁹.

El derecho a la ciudad implica una serie de prestaciones particulares y sociales, que individualmente consideradas pueden ser reclamadas como un derecho en particular, por ejemplo: la vivienda digna, el espacio público, la seguridad de las edificaciones, la movilidad. Sin embargo, la suma de estos intereses, junto con otros tantos, dibuja el contorno del derecho a la ciudad, que sin eliminar las características propias de cada uno de ellos, configura un interés, un derecho nuevo, el cual, como un todo, se considera un derecho colectivo que, sobre la idea de Abramovich y Courtis del *continuum* de derecho, se entiende como un derecho humano, interdependiente y relacionado con los demás derechos del sistema internacional.

4. Perspectivas constitucionales y legales del derecho a la ciudad en Colombia

Ahora bien, expuestas las ideas y argumentos en relación con la ciudad como elemento para la garantía de los derechos humanos y las aproximaciones teóricas sobre el derecho a la ciudad, se pasa a explorar algunos elementos normativos del orden constitucional y legal para entender el derecho a la ciudad en Colombia. En este sentido y como se planteará, este derecho no puede considerarse propiamente como un derecho exigible y justiciable en Colombia, sin embargo en el ordenamiento jurídico es posible encontrar una serie de elementos normativos que fungen de presupuestos que abren el camino de la discusión que se teje en el contexto internacional y que pretende convertirse en un instrumento internacional con fuerza vinculante.

El ordenamiento jurídico colombiano no es completamente ajeno a los postulados de este derecho, por el contrario, sus tres facetas expuestas encuentran múltiples referentes parciales dispersos en la constitución, la legislación y la jurisprudencia. En el presente

68. *Ibíd.*, p. 141-144.

69. *Ibíd.*, p. 145.

capítulo se ofrece principalmente un análisis de la Ley 388 de 1997 en relación con la constitución y otras normas en función de los planteamientos teóricos del derecho a la ciudad. Se espera que algunas de las reflexiones aquí planteadas sirvan para futuros estudios similares de la normativa completa, de la jurisprudencia y principalmente de las prácticas de planeación.

Ley 388 de 1997 de ordenamiento territorial es un paso importantísimo en la adecuación del ordenamiento del territorio en función de los postulados constitucionales de 1991 y es observada en el contexto internacional, junto con el “Estatuto de la Ciudad” de Brasil, como un instrumento de avanzada para la garantía del derecho a la ciudad⁷⁰.

Como lo establece en su artículo 1° la Ley se orienta principalmente a: (a) recoger la normativa anterior y actualizarla en función de los postulados constitucionales; (b) establecer una serie de mecanismos e instrumentos para las ciudades (sean estas municipios o distritos) que les permitan ordenar más eficientemente su territorio y las actividades que en él tienen lugar; (c) fomentar el nuevo entendimiento de la propiedad bajo los postulados del interés público, permitir y fomentar la garantía de derechos constitucionales como: la vivienda, el acceso a los servicios públicos, la defensa del espacio público y la protección del medio ambiente; y finalmente promover la concurrencia de la nación, las entidades territoriales y otra serie de autoridades en el proceso de ordenación del territorio, proceso liderado por la entidad municipal, la ciudad.

Sobre la base de estos propósitos se comienza en Colombia un proceso de largo aliento, ordenar sistemáticamente el territorio, planificar el crecimiento de las ciudades, los servicios públicos, la vivienda, asociar a estos procesos equipos interdisciplinarios herramientas tecnológicas e instrumentos prácticos que dinamicen la planeación de la ciudad.

En su interior la norma plantea una visión principalmente funcionalista de la ciudad y de su planeación, visión que se permea de la dimensión humana y por el paradigma del desarrollo basado en derechos en múltiples situaciones y que, no obstante algunas limitaciones, hacen de ella un resultado más o menos afortunado. Ella recoge el estado del pensamiento y del discurso frente a la planeación de la ciudad en Colombia, entiende el territorio, el suelo y las actividades que en él tienen lugar como los elementos centrales

70. Cfr. (a) Fernandes, Edésio, “The City Statute in Brazil”, en: *International Public debates. Urban Policies and the Right to the City*, Paris, Unesco, 2006a.

(b) Fernandes, Edésio, “Updating the Declaration of the Rights of Citizens in Latin America: Constructing the Right to the City in Brazil”, en: *International Public debates. Urban Policies and the Right to the City*, Paris, Unesco, 2006b.

(c) Fernandes, Edésio, “Constructing the ‘Right to the City’ in Brazil”, en: *Social & Legal Studies*, 16; 201, pp 201 – 219, 2007.

(d) Instituto Polis, *The Statute of the City. New tools for assuring the right to the city in Brazil*, Brazil, Instituto Polis, 2001.

de la planeación urbana y a dichos elementos les asocian un instrumento central, una herramienta político-administrativa llamada integrar todos los propósitos y principios y a coordinar las acciones y estrategias que se desarrollen, el Plan de Ordenamiento Territorial (en adelante el Plan) y sus instrumentos subordinados. La visión de ciudad mediante el plan es una típica manifestación o impacto de la pretendida racionalidad de la modernidad aplicada a la ciudad, en el plan confluyen los aportes técnicos y los intereses políticos que con vocación de permanencia pretenden ordenar la ciudad en el corto, mediano y largo plazo⁷¹.

No obstante la ley tiene la virtud de permear dicha racionalidad y lógica administrativa con la dimensión humana, el Plan se refiere a los hombres y a las mujeres, a sus actividades, a sus proyectos de vida, y en esa medida dicho instrumento político-administrativo tiene como norte el mejoramiento de la calidad de vida del territorio, sin embargo no puede decirse que la Ley 388 de 1997 constituya propiamente una ley sobre el derecho a la ciudad, ella presenta algunos elementos que permiten avanzar la discusión, pero no desarrolla a profundidad todas las dimensiones de este derecho. En Colombia todavía queda un largo camino por recorrer.

En la medida que su enfoque es territorial, del manejo y ordenación del suelo, desarrolla una visión funcionalista de la ciudad que se queda corta para responder a problemas tan complejos como: desplazamiento forzado en razón del conflicto armado, la segregación espacial, la exclusión social y las vulneraciones de derechos humanos en y por la ciudad. Ella, entendida como una creación política sustentada en lo urbano requiere de la mirada funcionalista que la Ley le otorga, pero también de una atención certera en la dimensión humana en la ciudad y es allí donde el derecho a la ciudad aparece como una forma jurídica más compleja y como respuesta más coherente a los retos que la ciudad demanda.

Salvo la reclamación judicial de algunos derechos constitucionales correlativos, actualmente la única forma de hacer exigible el derecho a la ciudad en Colombia es a través del Plan de Ordenamiento Territorial, entendido éste como un conjunto de objetivos, directrices, políticas, estrategias, metas y programas que orientan y administran el desarrollo físico del territorio y la utilización del suelo⁷² en relación con sus determinantes, principalmente los planes de desarrollo y las normas ambientales. En ese sentido las herramientas que se tienen a disposición son principalmente políticas. Para garantizar el derecho a la ciudad se deberá poder influir en la elaboración, diseño y decisión del Plan, así como en sus instrumentos subordinados, la garantía del derecho está entonces en función de los contenidos que en ellos se plasman y en las acciones que efectivamente se llevan a cabo, en Colombia sin duda se ha avanzado en ello, pero, de acuerdo con Osorio⁷³, el

71. García Vázquez, Carlos, *Ciudad Hojaldre. Visiones urbanas del siglo XXI*, Barcelona, Gustavo Gili, 2004.

72. Cfr. Artículo 9° de la Ley 388 de 1997.

73. Osorio, Leticia, *Op. cit.*, 2006.

derecho a la ciudad no ha trascendido la dimensión política hacia un derecho plenamente exigible y justiciable.

El subsecuente análisis de los elementos y presupuestos del derecho a la ciudad se ofrece en función de las tres facetas expuestas y no constituye un análisis concluyente sobre el tema, por el contrario, invita a una revisión crítica del ordenamiento a la luz de este derecho.

4.1 El usufructo equitativo de los beneficios y oportunidades que ofrece la ciudad

En su primera faceta el derecho a la ciudad integra un mandato de igualdad y prohibición de la discriminación, la ciudad, como realidad física, tangible y como construcción política no puede ser un factor de discriminación y exclusión de la población o de algunos de sus grupos. Esta faceta encuentra pleno asidero en el ordenamiento constitucional colombiano a partir del artículo 13⁷⁴, y de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional debe entenderse que la igualdad tiene por lo menos tres dimensiones en la Constitución Colombiana de 1991: (a) como generalidad corresponde a la consagración de la igualdad ante la ley para efectos de los derechos y deberes, así como de los procedimientos; (b) como equiparación que se manifiesta en la igualdad entre el hombre y la mujer, en la igualdad de derechos y obligaciones; (c) y como diferenciación, es la diferencia entre distintos que se manifiesta en la adopción de medidas en favor de grupos marginados o débiles⁷⁵.

En este sentido el mandato de igualdad que integra el derecho a la ciudad lleva necesariamente a preguntarse: ¿cómo se permea en el ordenamiento del territorio y del gobierno de la ciudad en todas sus manifestaciones para que este derecho y principio sea una realidad? Cómo se identifican, evitan y atacan las dinámicas de exclusión social y segregación espacial, así como las distancias económicas que impiden en la práctica acceder en condiciones de igualdad a todos los beneficios que la ciudad tiene para ofrecer. Cómo responden a las presiones que reciben del contexto colombiano: el desplazamiento forzado interno, el desplazamiento forzado intraurbano, la urbanización del conflicto, entre otras.

Políticamente son las preguntas que tienen que hacerse los ciudadanos y las autoridades públicas frente al Plan, a los instrumentos y a las actuaciones urbanísticas, se trata: en

74. Constitución Política de 1991, artículo 13: "Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan".

75. Cfr. Sentencia C-530 de 1993.

primera medida de que la ciudad no sea un factor de exclusión social y segregación espacial; y en segunda medida que las acciones y actuaciones urbanísticas integren acciones para evitarlas, controlarlas y eliminarlas. Sin embargo influir con dichos propósitos en el Plan resulta a todas luces insuficiente, la acción pública debe dirigirse a otros, a todos los instrumentos de planificación social y económica, entre ellos el Plan de Desarrollo.

En segundo lugar, como elemento y presupuesto del derecho a la ciudad es posible encontrar la nueva concepción de la propiedad planteada en el artículo 58⁷⁶. Ésta implica una ruptura fundamental, en los términos de Lefebvre⁷⁷ y Fernandes⁷⁸ del paradigma clásico-liberal de la propiedad, principalmente sobre la propiedad inmueble. De esta manera se quiebra la importancia diametral, casi absoluta, que había tenido y se somete a criterios de interés público, al desarrollo de una función social y ecológica. Si bien la visión funcional de la ciudad y de su planeación aún perdura en Colombia, este elemento marca el tránsito de la ciudad, de lo urbano, entendido como una mera función, como un mercado, hacia una construcción política, democrática y participativa.

Pero no es solo la propiedad la que se modula en función de criterios de interés público, el urbanismo y el ordenamiento territorial lo hacen también. En esta medida la Ley 388 de 1997 invita a la superación de las visiones tecnócratas y elitistas de la planeación y gobierno de la ciudad, y como se planteó, las permea de la dimensión humana, del enfoque de derechos y de criterios de justicia urbana. De esta manera, de acuerdo con el artículo 2° el ordenamiento del territorio está fundamentado igualmente en: (a) la función social y ecológica de la propiedad; (b) la prevalencia del interés general sobre el particular; y (c) la distribución equitativa de las cargas y los beneficios. La forma como estas normas se plasman en las prácticas y en las actuaciones públicas requieren especial atención de investigaciones posteriores.

Adicionalmente en su artículo 3° la Ley le impone al urbanismo una función pública y una serie de finalidades, entre ellas: el deber de posibilitar a los habitantes el acceso a las vías públicas, infraestructuras de transporte y demás espacios públicos, su destinación

76. Constitución Política de 1991, Artículo 58: "Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultare en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica.

El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad.

Por motivos de utilidad pública o interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Este se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa-administrativa, incluso respecto del precio".

77. Cfr. Lefebvre, Henri, *Op. cit.*, 1978.

78. Cfr. Fernandes, Edésio, *Op. cit.*, 2006b.

al uso común, así como hacer efectivos los derechos constitucionales de la vivienda y los servicios públicos domiciliarios; propender por el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación del patrimonio cultural y natural. Así como atender los procesos de cambio en el uso del suelo y adecuarlo en aras del interés común, procurando su utilización racional en armonía con la función social de la propiedad a la cual le es inherente una función ecológica, buscando el desarrollo sostenible.

Garantizar el acceso, uso y goce a los beneficios y oportunidades que debe ofrecer la ciudad, es decir, no excluir, segregar o discriminar a los ciudadanos en y por la ciudad es el norte de la primera faceta del derecho a la ciudad, algunos de dichos elementos están actualmente planteados en el ordenamiento jurídico Colombiano, sin embargo y como se expuso, desde una visión extremadamente territorial y de manejo del suelo.

Si se tiene en cuenta los planteamientos de Borja⁷⁹ la discriminación y exclusión tiene cada vez menos una perspectiva territorial, no se manifiestan tanto en guetos, sino en grandes megalópolis en donde para acceder a ciertos beneficios se hace necesario recorrer grandes distancias, extremadamente costosos en términos de tiempo y dinero, o en donde la principal causa de segregación y exclusión es el poder adquisitivo y la pertenencia a determinadas clases sociales, al ciudad se divide entonces entre ricos y pobres, unos viviendo al lado de los otros, se generan dinámicas de miedo en donde todos, en un primer momento pueden estar y habitar la ciudad, pero existe una imposibilidad real de acceder a espacios, beneficios, experiencias y sensaciones que ofrece la ciudad⁸⁰ y bajo lógicas de inseguridad, miedo al encuentro, temor por el otro, por el feo, el pobre, el que no encaja, la ciudad se fragmenta, ya no necesariamente de forma territorial, sino invisiblemente.

A este tipo de retos es que el ordenamiento del territorio y la planeación física que promueve la Ley 388 de 1997 no pueden darle respuesta, su magnitud es tan compleja que requiere una real integración sobre la base de una idea de ciudad, más allá de lo físico, hacia los mecanismos de planeación socioeconómica, territorial, sectorial y demás.

4.2 La participación democrática de los habitantes en el proceso de toma de decisiones y manejo de los asuntos de la ciudad

La faceta de participación ciudadana del derecho a la ciudad exige que para la discusión, decisión, implementación y evaluación de los asuntos y los políticas de ciudad, y con mayor énfasis en los asuntos locales, se deban desarrollar procesos participativos efectivos, esto es, integrar a la población en dichos procesos, construir colaborativamente y tomar

79. Borja, Jordi, *La ciudad conquistada*, Madrid, Alianza Editorial, 2005.

80. Cfr. Amendola, Giandomenico, *Op. cit.*, 2000.

decisiones conjuntas. De hacerlo, la autoridad pública no sólo estará garantizando el derecho a la ciudad y a la participación ciudadana, sino que estará dotando su actuación de información relevante, legitimidad y pertenencia social⁸¹.

Sin embargo el desarrollo de esta faceta no fluye tranquilamente ni en la teoría ni en las prácticas democráticas, ella, por el contrario, se inscribe en la tensión entre la democracia representativa y la democracia participativa, o en términos de Santos⁸² una tensión entre prácticas democráticas hegemónicas y contrahegemónicas. La tensión no implica necesariamente la eliminación de una de las formas a favor de la otra sino, la construcción de prácticas complementarias que apunten a un único norte: la redefinición de la democracia en función de prácticas ciudadanas más cercanas, responsables y horizontales.

La democracia representativa o hegemónica se puede entender de manera sencilla, en tanto consiste en el uso del sufragio universal para la elección por parte de los ciudadanos de otros ciudadanos que tomen las decisiones políticas y de asuntos de carácter público, configurando así una relación típicamente vertical entre gobernantes y gobernados. La característica principal de esta práctica, siguiendo a Basave⁸³ es que el representante actúa de acuerdo con la voluntad del pueblo, en su beneficio, pero no bajo una serie de instrucciones ni encomiendas concretas.

Actualmente se duda que la democracia representativa pueda dar respuesta a los retos que implica el entendimiento político de la ciudad, en este orden de ideas se presentan

81. Para mayor profundidad sobre los presupuestos, objetivos, alcances y limitaciones de la participación local pueden consultarse:

- (a) Berry, Jeffrey M., Portney, Kent E. and Thomson, Ken, *The rebirth of urban democracy*, Washington D.C., The Brookings Institution, 1993.
- (b) Augur, Tracy B, "Citizen Participation in City Planning", En: *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol. 242, Building the Future City (Nov., 1945), pp. 101-103.
- (c) Buck, J. Vincent, "The Impact of Citizen Participation Programs and Policy Decisions on Participants' Opinions", En: *The Western Political Quarterly*, Vol. 37, No. 3 (Sep., 1984), pp. 468-482.
- (d) Chapin, F. Stuart, Jr, "A Plan for Citizen Participation in Community Development", En: *Social Forces*, Vol. 25, No. 3 (Mar., 1947), pp. 313-320.
- (e) Gao, Fu-feng, "Analysis on the major obstacles of public participation in public policy-making", En: *Journal of US-China Public Administration*, Aug. 2009, Volume 6, No.4 (Serial No.47).
- (f) Leong, Ho Khai, "Citizen Participation and Policy Making in Singapore: Conditions and Predicaments", En: *Asian Survey*, Vol. 40, No. 3 (May - Jun., 2000), pp. 436-455.
- (g) Marschall, Melissa J, "Citizen Participation and the Neighborhood Context: A New Look at the Coproduction of Local Public Goods", En: *Political Research Quarterly*, Vol. 57, No. 2 (Jun., 2004), pp. 231-244.
- (h) Moulder, Evelina y O'Neill, Robert J. JR. "Citizen Engagement and Local Government Management", En: *National Civic Review*, Summer 2009.
- (i) Weissman, Stephen R, "The Limits of Citizen Participation: Lessons from San Francisco's Model Cities Program", En: *The Western Political Quarterly*, Vol. 31, No. 1 (Mar., 1978), pp. 32-47.

82. Santos, Boaventura de Sousa, *Democratizar la democracia. Los caminos de la democracia participativa*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004.

83. Basave Fernández del Valle, Agustín, *Teoría de la Democracia – Fundamentos de Filosofía Democrática*, México, Libreros Mexicanos, 1964, p 74.

algunas de las principales críticas a la democracia representativa que plantea la tensión y por tanto la necesidad última de conferir más protagonismo a las prácticas participativas activas de la democracia en consonancia con el derecho a la ciudad.

La primera crítica que se encuentra es que la democracia representativa se identifica en palabras de Santos⁸⁴, como una democracia de baja intensidad, en su interior se ejerce apenas una forma de participación pasiva, la cual consiste en el ejercicio de las obligaciones y deberes básicos por parte de cada uno de los ciudadanos, principalmente observar la ley y ejercer el derecho al voto para elegir a sus representantes y pronunciarse en las consultas de las autoridades⁸⁵.

La pasividad que espera el sistema político de la democracia representativa da paso a la segunda crítica: el efecto de espera y poco involucramiento de los ciudadanos en los asuntos públicos y políticos. Al ejercer el derecho al voto los ciudadanos tienden a considerar que sus deberes ciudadanos han sido cumplidos y agotados y en esa medida esperan que automáticamente, o por lo menos como consecuencia del voto, las instituciones satisfagan sus demandas y expectativas sin activar ningún mecanismo de rendición independiente de cuentas o de influencias⁸⁶.

Esta segunda crítica hace que por su misma dinámica la democracia representativa entre en crisis por una doble patología: la primera de ellas es que en un sistema basado en el ejercicio del voto cada vez más se asiste a un aumento considerable de la abstención. La segunda es que en un sistema en donde la relación de representación vertical entre gobernantes y gobernados es vital, cada vez más los ciudadanos se sienten menos representados y por tanto más insatisfechos en relación con el sistema y la estructura hegemónica. Ambas patologías constituyen un ciclo vicioso que se realimenta a sí mismo y que pone de presente la necesidad de desarrollar dinámicas participativas que ayuden a revertirlo⁸⁷.

Las prácticas hegemónicas han estado basadas en la excesiva confianza de la representación en las democracias a gran escala y en el planteamiento de la ineficacia de la participación en contextos ampliados. Bajo el muy atractivo sofisma de las escalas según Santos⁸⁸ se ha dicho que entre representación y participación la relación es

84. Santos, Boaventura de Sousa, *Op. cit.*, 2004.

85. Seth, D. L., "Micromovimientos en la India: hacia una nueva política de la democracia participativa", En: Santos, Boaventura de Sousa, *Democratizar la democracia. Los caminos de la democracia participativa*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004, p 98.

86. Montúfar, César, "Representación y participación ciudadana en el Ecuador: Tensiones y complementariedades", En: MASSAL, Julie (Compiladora), *¿Representación o Participación? Los retos y desencantos en el siglo XXI*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales (IEPRI), 2008, p 22.

87. Santos, Boaventura de Sousa, *Op. cit.*, 2004, p 38.

88. *Ibidem*.

inversamente proporcional: entre menor sea la unidad democrática mayor es el potencial de la participación, entre mayor sea la escala de ésta es más necesario el proceso de la representación.

Sin embargo, partiendo de que la representación facilita el ejercicio de la democracia en escalas ampliadas, también es cierto, siguiendo a Santos⁸⁹ que dificulta: (a) la rendición de cuentas y (b) la representación de múltiples identidades. La principal limitación de la democracia hegemónica está en la imposibilidad de representar agendas e identidades específicas, situación que se profundiza en países con amplia diversidad étnica donde existen grupos que no tienen las mismas posibilidades de que sus derechos e intereses no sean reconocidos con la misma fuerza. De la misma manera es insuficiente para generar dinámicas democráticas en pequeñas escalas, como lo local, lo barrial en relación con los gobiernos de la ciudad y superiores.

Como segundo elemento de la tensión, la democracia participativa se caracteriza, en términos generales, por desarrollar el quehacer público y político con la presencia e intermediación activa de los ciudadanos, quienes toman un papel protagónico, tanto en el cumplimiento de sus obligaciones y deberes como en la garantía y satisfacción de sus derechos. Se les permite ir más allá y constituirse en agentes de colaboración, apoyo e innovación para que las autoridades e instituciones cumplan con los objetivos de toda o una parte de la sociedad, ella constituye una manifestación directa de la tercera faceta del derecho a la ciudad.

Como proceso contrahegemónico, la democracia participativa de acuerdo a lo planteado por Buhlungu⁹⁰ implica por lo menos: (a) que se les permita a los ciudadanos tener el máximo control posible sobre su entorno individual, familiar, económico y social en general y (b) que se los aliente, capacite e incite a interactuar creativamente con otras personas para la discusión y asuntos públicos y políticos.

Sin embargo el desarrollo de procesos de democracia participativa no es por más un proceso evidente y de sencilla implementación, por el contrario, desde las posturas hegemónicas se han enfilado varias críticas para torpedear su implementación y dudar de su eficacia. En primer lugar, desde las democracia representativa el ejercicio de la participación ha sido visto como una parapolítica, una actividad política periférica, de poca importancia y relevancia para el sistema político. Sin embargo en épocas de globalización cuando las prácticas representativas están absorbidas por la hegemonía global las prácticas participativas parecen cada vez más relevantes⁹¹.

89. Ibídem, p 44-45.

90. Buhlungu, Sakela, "Reinvención de la democracia participativa en Sudáfrica", En: Santos, Boaventura de Sousa, *Democratizar la democracia. Los caminos de la democracia participativa*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004, p 121.

91. Seth, D. L, *Op. cit.*, 2004, p 97.

En segundo lugar se ha considerado que la participación es una forma política arcaica, impráctica y sólo procedente en pequeñas y homogéneas sociedades, una mera aspiración romántica evocadora de Grecia, de las trece colonias británicas en su configuración temprana o de sociedades utópicas. Forma política que de realizarse en sociedades complejas tendría consecuencias nefastas para la democracia misma⁹².

En tercer lugar, y entre muchas otras, se ha dicho que la democracia participativa solo sirve de distracción para la teorización de la democracia en el mundo globalizado, como herramienta populista⁹³. La democracia participativa no da cuenta de la complejidad de los problemas políticos actuales, de los cuales ni los actuales representantes son conscientes y cuyo manejo debe dejarse a los técnicos. Así, se juzga al grueso de ciudadanos como sujetos incapaces de decidir con responsabilidad los asuntos públicos y políticos que atañen a su vida.

Pese a las críticas, las concepciones participativas de la democracia no renuncian a la democracia representativa como forma y procedimiento, por el contrario y con Santos⁹⁴, la integran como una condición necesaria, básica para el desarrollo de la democracia en sí. Sin embargo es indispensable que tal interactúe con prácticas de democracia participativa, como forma de dar respuesta a la “gramática de la organización de la sociedad” y que los deseos, intereses y necesidades de los diferentes grupos sociales sean usados como plataforma para la innovación política, social e institucional.

Los desarrollos de formas democráticas participativas, indica Santos⁹⁵, necesitan para que una decisión sea considerada democrática y plural, que haya contado con la deliberación y consenso de los actores sociales involucrados. En este sentido el procedimiento democrático no puede quedarse únicamente en la relación vertical de autorización gobernado-gobernante. La solución se perfila como un espacio intermedio de “reconexión entre el procedimiento y la participación”.

Para alcanzar dicha solución se debe, por lo menos: (a) tratar de constituirse en un mandato constitucional o legal que permita trascender las voluntades políticas, si es que se cuenta con ella; (b) permitir el consenso entre criterios técnicos e intereses colectivos, sin perder de vista el trasfondo social y comunitario que subyace al proceso; (c) tratar de permear todos los niveles de la representación política y de la administración pública; y (d) evitar y atacar la vulnerabilidad de los procesos participativos, fortaleciendo su solidez interna y externa, garantizando su sostenibilidad y evitando a toda costa que sean cooptados por los intereses privados o políticos⁹⁶.

92. *Ibíd.*, p 99.

93. *Ibíd.*, p 100.

94. Santos, Boaventura de Sousa, *Op. cit.*, 2004, p 45-46.

95. *Ibíd.*, p 47.

96. Santos, Boaventura de Sousa, *Op. cit.*, 2004, p 55.

En Colombia la Constitución Política de 1991, entre muchos otros cambios sustanciales, inició el tránsito de la democracia representativa, imperante desde los inicios de la vida republicana, hacia la consolidación de la democracia participativa. En su interior la Constitución le otorga tres características importantes a la participación, ella es, al tiempo: principio y fin del Estado, así como un derecho de los ciudadanos.

El hecho que la participación sea considerada como principio y fin del Estado Colombiano implica, en general, que ella es un elemento básico y fundante de la estructura y el quehacer de todas las instituciones que lo componen; y que como base es igualmente un elemento transversal que debe permear todas y cada una sus actividades y actuaciones públicas. De otro lado como fin, implica que la participación deba ser el norte y criterio, sobre el cual no sólo está basado, sino que actúa como una de las metas hacia las cuales debe enfocarse.

En este sentido las autoridades públicas y políticas deben promover y facilitar la participación en condiciones de igualdad para todos los ciudadanos, en todos y cada uno de los procesos de discusión y toma de decisiones que los afectarán directa o indirectamente. Igualmente como lo plantea el DNP⁹⁷, extender y afianzar los escenarios de participación democrática en todos los ámbitos públicos y sociales, esto incluye necesariamente y en los términos del derecho a la ciudad el desarrollo de procesos participativos efectivos para la discusión, decisión, implementación y evaluación de los asuntos y políticas de ciudad.

Y en tercer lugar, la participación ciudadana es consagrada como un derecho constitucional⁹⁸ esencial para el desarrollo de la organización política y social y a la vez inherente al desarrollo humano, al interior del artículo 40 se plantean una serie de manifestaciones de la participación ciudadana, ninguna de ellas referidas propiamente a la participación ciudadana directa y colaborativa en los asuntos y políticas de ciudad.

97. Departamento Nacional de Planeación (DNP), *Documento CONPES 2779. Promoción de la Participación de la Sociedad Civil: El derecho a participar, a la participación efectiva*, Mayo 15 de 1995, Colombia, DNP, 1995.

98. Constitución Política de 1991, artículo 40: "Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:

1. Elegir y ser elegido.
2. Tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática.
3. Constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna; formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas.
4. Revocar el mandato de los elegidos en los casos y en la forma que establecen la Constitución y la ley.
5. Tener iniciativa en las corporaciones públicas.
6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley.
7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse.

Las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisivos de la Administración Pública".

Sin embargo manifestaciones más concretas al ejercicio de la participación ciudadana directa en relación con el derecho a la ciudad son encontrados en la jurisprudencia de la Corte Constitucional:

“El derecho de participar en la construcción y orden de la ciudad se ejerce principalmente a través de los órganos representativos de los ciudadanos a nivel nacional, regional o local, además de articularse a través de su participación directa en las juntas administradoras locales (Constitución Política arts. 318, 323, 324). Sin embargo, la participación ciudadana no se restringe a la elección de sus ediles o representantes a juntas administradoras. Es necesario que el legislador consagre mecanismos que permitan la intervención de las personas beneficiadas o afectadas por las políticas públicas y su ejecución para que formulen sus aspiraciones, sugerencias, necesidades o quejas y llamen la atención sobre posibles dificultades no previstas. En este orden de ideas, como manifestaciones concretas del principio participativo, podrían establecerse en el futuro diversas formas de participación ciudadana en el procedimiento de formación o ejecución de planes tales como la divulgación de información pública, con el objeto de permitir a cualquier persona contar con suficientes elementos de juicio y poder expresar su opinión; la encuesta previa antes de adoptar un proyecto; las citaciones a entidades locales, juntas comunales y asociaciones de barrio inclusive, el reconocimiento de una facultad de iniciativa ciudadana con eficacia para promover la revisión o el cambio de algunas situaciones urbanísticas existentes”⁹⁹.

Y adicionalmente en esta misma providencia pone de manifiesto la importancia de que en los planes de ordenamiento territorial se tenga en cuenta la opinión de los directamente afectados y el respeto de sus derechos fundamentales:

“Los derechos constitucionales del individuo, v. gr. la propiedad, la igualdad, la intimidad o el trabajo, pueden verse limitados de hecho por la ordenación del suelo a través de la planeación urbana. La construcción de puentes, avenidas, vías peatonales, parques, etc. transforma la relación individuo-espacio y puede tener variadas incidencias en la órbita de los derechos fundamentales. La intervención en la esfera patrimonial y humana del sujeto por el Estado, por lo mismo, no puede ser aleatoria y estar abandonada al arbitrio exclusivo de la autoridad, sino desplegarse siguiendo un razonable sistema de distribución de cargas y beneficios”¹⁰⁰.

99. Corte Constitucional Colombiana, *Sentencia T-530 de 1992*, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

100. *Ibídem*.

Igualmente, en una providencia diez años después, la Corte reafirma esta misma tesis ampliándola, en ella recuerda que en los procesos de planeación las comunidades son protagonistas y les incumben los cambios culturales, sociales o ambientales que puedan generar los procesos de desarrollo:

“(…) el Estado y la sociedad interactúan para construir una visión de futuro que permita orientar las acciones estatales y sociales del presente. Esto explica que la misma Carta establezca el carácter participativo del proceso de planeación, ya que las personas y las comunidades no son simples objetos de los procesos de desarrollo sino que son los sujetos protagónicos de los mismos, por lo cual la participación democrática aparece profundamente ligada a una noción integral de desarrollo. En efecto, conforme a los principios y valores constitucionales, el desarrollo no es sinónimo del crecimiento económico sino que es un proceso complejo e integral que tiene otras dimensiones, pues comprende también las relaciones ambientales, sociales y culturales”¹⁰¹.

La triple caracterización de la participación implica dos cambios adicionales en la forma como se entiende la relación entre gobernantes y gobernados y la trascendencia de los sistemas electorales como formas privilegiadas de ejercicio de la participación desde el enfoque de la representación.

El primero es el entendimiento del rol del ciudadano en la relación entre gobernantes y gobernados, dibujado por los postulados de la Constitución en relación con la soberanía, en esta medida el postulado de la soberanía nacional, imperante desde la Constitución de 1886 fue relegado únicamente a las relaciones internacionales¹⁰² mientras que el grueso de las relaciones políticas fue supeditado a la soberanía popular¹⁰³, en donde ya el poder político no se hacía residir en una ficción sociológica como la nación, sino en cada uno de los ciudadanos que conforman el pueblo.

En segundo lugar el nuevo rol ciudadano en la democracia participativa implica un cambio en la forma como se conciben las relaciones entre gobernantes y gobernados. Las relaciones típicamente verticales que caracterizan la democracia representativa se muestran como ineficaces para responder a la complejidad social, en esta medida la

101. Corte Constitucional Colombiana, *Sentencia C-891 de 2002*, Magistrado Ponente: Jaime: Araujo Rentería.

102. Cfr. Constitución Política de 1991, artículo 9: “Las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia”.

103. Cfr. Constitución Política de 1991, artículo 3: “La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece”.

transformación hacia relaciones horizontales da mejor cuenta de la participación como principio, fin y derecho:

“En la democracia participativa la comunicación puede también ser horizontal: los ciudadanos deliberan entre sí, pues es a través de este diálogo entre iguales es que se construye conciencia cívica, se edifican consensos o se reconocen diferencias legítimas, se fijan prioridades que responden a necesidades y expectativas compartidas, y se adoptan decisiones”¹⁰⁴.

El cambio en dicha dinámica abre la puerta para dar más confianza y protagonismo a los ciudadanos en la discusión, decisión, implementación y evaluación de los asuntos y políticas del Estado, la ciudad y los asuntos locales. Así, el nuevo entendimiento del rol ciudadano, en tercer lugar implica que a éstos se les reconozca como sujetos capaces de dirigir los asuntos de la colectividad que modifican su ámbito personal, familiar y colectivo.

“[...] en lugar de desconfiarse del ciudadano, éste goza de plena confianza, lo cual se manifiesta en el derecho que se le otorga de participar en los procesos decisorios públicos que habrán de afectarlo, pues se entiende que es el ciudadano quien en realidad sabe cuáles son sus necesidades y, en esa medida, cuáles las prioridades en la distribución de recursos escasos y, además, tiene mayor interés en obtener los resultados perseguidos”¹⁰⁵.

De esta manera el nuevo rol de los ciudadanos, como cambio fundamental motivado por la democracia participativa y condición necesaria para que ésta tenga lugar como principio, fin y derecho implica que: (a) los ciudadanos ejerzan un liderazgo y presencia constante en los procesos políticos de toda naturaleza, escala y nivel; (b) que el Estado, en todas sus manifestaciones, permita dicho liderazgo y que al mismo tiempo lo promueva, lo proteja y lo fortalezca; (c) usar la participación ciudadana como fuente de información y criterio de focalización de recursos y actividades públicas; y finalmente como elemento para la garantía de mayor eficiencia en el quehacer público y político.

De acuerdo con lo planteado el reto es entender la participación ciudadana como principio, fin y derecho de forma ampliada a diferentes actores sociales, tratar la inclusión de temáticas y cuestiones minoritarias ignoradas, redefinir las identidades y el aumento de la participación ciudadana activa a todo nivel, superar la tensión y permear el ordenamiento del territorio y el gobierno de la ciudad de prácticas participativas directas. Ese reto no es una tarea que parta de cero en el ordenamiento jurídico colombiano, por el contrario, es

104. Corte Constitucional Colombiana, *Sentencia T-637 de 2001*, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa, Bogotá.

105. Corte Constitucional Colombiana, *Sentencia C-180 de 1994*, Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara, Bogotá.

posible encontrar en la Ley 388 de 1997 algunos presupuestos y elementos interesantes a partir de los cuales se puede proyectar la segunda faceta del derecho a la ciudad.

En su artículo 4¹⁰⁶ se plantea el mandato general de participación ciudadana del derecho a la ciudad y exige su aplicación a todas las actividades que conforman la acción urbanística, es decir, a las decisiones administrativas relacionadas con el ordenamiento del territorio y de los usos del suelo¹⁰⁷, al establecer la participación democrática como principio le exige: (a) tener en cuenta y concertar todos los intereses sociales que están en juego; (b) garantizar su eficacia; y (c) entre otras manifestaciones, presenta la posibilidad de que los ciudadanos intervengan directamente en procesos de ordenamiento del territorio.

Los planteamientos del artículo 4° son realmente prometedores y específicos, sin embargo a la luz del derecho a la ciudad en su faceta de la participación se requiere que ésta, además de ser un principio y objetivo, sea un mandato concreto y sobretudo una práctica real e indispensable en los procesos de ordenamiento del territorio y gobierno de la ciudad que pueda ser exigida administrativa y judicialmente. De esta manera la acción pública y la actividad política¹⁰⁸ de las organizaciones sociales, así como las investigaciones sobre estos procesos resultan vitales para garantizar el derecho a la ciudad desde su segunda faceta.

Desarrollando en concreto los postulados anteriores el artículo 22 describe la posibilidad y necesidad de la entidad de organizar los mecanismos de participación ciudadana en su territorio y de la obligación de integrarlos participativamente en los procesos de elaboración y revisión del plan de ordenamiento territorial.

Adicionalmente el artículo 24 exige que una vez se ha elaborado y diseñado el Plan, éste tenga que ser consultado y concertado con diferentes instancias, entre ellas el Consejo Territorial de Planeación, que junto con el Consejo Consultivo de Ordenamiento Territorial¹⁰⁹, corresponden a instancias colegiadas en donde tienen presencia algunos delegados y representantes ciudadanos.

106. Ley 388 de 1997, artículo 4: Participación democrática. En ejercicio de las diferentes actividades que conforman la acción urbanística, las administraciones municipales, distritales y metropolitanas deberán fomentar la concertación entre los intereses sociales, económicos y urbanísticos, mediante la participación de los pobladores y sus organizaciones. Esta concertación tendrá por objeto asegurar la eficacia de las políticas públicas respecto de las necesidades y aspiraciones de los diversos sectores de la vida económica y social relacionados con el ordenamiento del territorio municipal, teniendo en cuenta los principios señalados en el artículo 2° de la presente ley. La participación ciudadana podrá desarrollarse mediante el derecho de petición, la celebración de audiencias públicas, el ejercicio de la acción de cumplimiento, la intervención en la formulación, discusión y ejecución de los planes de ordenamiento y en los procesos de otorgamiento, modificación, suspensión o revocatoria de las licencias urbanísticas, en los términos establecidos en la ley y sus reglamentos.

107. La acción urbanística se detalla en el artículo 8° de la Ley 388 de 1997.

108. Cfr. Montoya Ruiz, Ana Milena, "Recorrido por las políticas públicas de equidad de género en Colombia y aproximación a la experiencia de participación femenina con miras a la construcción de escenarios locales", en: *Estudios de Derecho*, año LXVI, segunda época, Junio 2009, No, 147, p 305.

109. Cfr. Ley 388 de 1997, artículo 29.

Finalmente es posible encontrar otras manifestaciones menores de la participación ciudadana¹¹⁰ aplicadas a procedimientos e instrumentos de planeación, de gestión o de financiación al interior del territorio en donde se le permite a la ciudadanía, en mayor o menor medida, oponerse u objetar determinada actuación.

Garantizar efectivamente el derecho a la ciudad desde la faceta de la participación ciudadana directa, es decir, integrando eficaz y realmente a los ciudadanos en los procesos de planeación y gestión del territorio, así como en el gobierno de la ciudad, constituye quizás el reto más importante, reto que al dotarse de un derecho realmente exigible y justiciables tiene la potencialidad de construir, política y democráticamente hablando, una ciudad.

4.3 La garantía de los derechos humanos en los contextos urbanos

“La ciudad debe entenderse como un fenómeno vivo y permanente, íntimamente ligado a los derechos humanos, los derechos humanos y la ciudad tienen una historia conjunta y un sujeto común, el hombre”¹¹¹.

La tercera faceta del derecho a la ciudad reconoce que ella como objeto, institución y práctica, así como su gobierno, planeación y gestión constituyen oportunidades tanto para garantía o la vulneración de los derechos humanos de sus ciudadanos, en esta medida se exige que haya una garantía de todos y cada uno en los contextos urbanos. Es decir, en su tercera faceta el derecho a la ciudad no integra derechos humanos nuevos o ajenos al sistema internacional de los derechos humanos, sino que introduce la necesidad de entender cada uno de estos derechos desde los retos que la ciudad les implica y desde su faceta colectiva.

El goce efectivo de los derechos humanos en los contextos urbanos se relaciona adicionalmente con la primera faceta del Derecho a la Ciudad, con el mandato general y abstracto de poder acceder en condiciones de igualdad a aquello que la ciudad tiene para ofrecer, esa oferta es delineada y configurada por los derechos humanos de que se goza en los contextos urbanos.

No obstante este mandato no puede dejarse atado a los vaivenes de la voluntad política o a las situaciones enormemente desiguales de desarrollo, subdesarrollo, inclusión o exclusión de cada ciudad. El derecho a la ciudad desde su primera faceta no es una posibilidad abstracta y relativa a acceder a una oferta de bienes y servicios públicos y privados en la ciudad, el usufructo equitativo de aquello que la ciudad tiene para ofrecer encuentra en los núcleos esenciales de los derechos correlativos sus límites, contornos o mínimos, de esta manera bajo la primera faceta, los ciudadanos como titulares del derecho a la ciudad, no sólo tienen derecho a exigir la posibilidad de acceder a los beneficios

110. Cfr. Ley 388 de 1997, artículos 21, 43, 126 entre otros.

111. Díaz, Cristina y Correa, Leonardo, *Derechos Humanos y Ciudad*, Bogotá, Al día consultores, 2009, p 15.

existentes, sino reclamar y exigir aquellas prestaciones inexistentes que se entienden como correlativas al derecho a la ciudad.

Finalmente y en relación con la faceta o mandato de construcción participativa de los asuntos urbanos, los derechos humanos correlativos al derecho a la ciudad devienen el norte de las políticas públicas de ciudad, la razón de ser de los asuntos urbanos y las prioridades de las autoridades y los mínimos que los ciudadanos deben reclamar a través de su movilización y participación.

Que el derecho a la ciudad esté integrado por una serie de derechos correlativos significa que cada uno de estos son derechos autónomos, es decir, consagrados en los instrumentos internacionales y los ordenamientos jurídicos internos, que pueden ser reclamados y exigidos de forma individual, social o colectiva por los mecanismos judiciales y administrativos previstos para ello. Pero, no obstante su autonomía están en relación de interdependencia con el derecho a la ciudad, es decir, entendidos cada uno de ellos desde su faceta colectiva, como prestación debida a los habitantes de la ciudad, integran como *continuum* el derecho a la ciudad.

Adicionalmente es necesario señalar que si bien cada uno de estos derechos correlativos se integra al núcleo del derecho a la ciudad, este no pierde por dicho efecto su autonomía como derecho colectivo autónomo según se señaló, sino que por el contrario, integra las facetas colectivas de cada uno ellos y estructura en dicho conjunto un derecho interdependiente pero autónomo referido a la vida en la ciudad.

La Ley 388 de 1997, como se ha establecido, incorpora en su visión funcionalista de la planeación urbana y de la ciudad la perspectiva de derechos. Esta perspectiva está claramente introducida en la medida que el urbanismo y las prácticas de planeación urbana, deben, en desarrollo de la función pública que les es conferida: “propender por el mejoramiento de la calidad de la vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y beneficios del desarrollo y la preservación del patrimonio cultural y natural”¹¹².

Sin embargo para lograrlo, la Ley presta especial atención al derecho a la vivienda, al acceso a los servicios públicos domiciliarios, a la defensa del espacio público y a la garantía del medio ambiente sano. Tal es la importancia que su garantía debe constituir un objetivo de todos los procesos de ordenación del territorio¹¹³. Adicionalmente se consagra la importancia diametral de garantizar el acceso de la población a la infraestructura de transporte¹¹⁴ y la prevención de los riesgos y desastres naturales¹¹⁵.

112. Ley 388 de 1997, artículo 3, numeral 3.

113. *Ibidem*, artículo 1 numeral 3.

114. *Ibidem*, artículo 3 numeral 1.

115. *Ibidem*, artículo 3 numeral 4.

La garantía de los derechos humanos en los contextos urbanos implica necesariamente que las prácticas de planeación y gestión de la ciudad, así como su gobierno, en su totalidad, estén enfocados a ella. La ciudad, como se estableció, es un factor de vital importancia en este proceso, por ello dicha intención no puede quedar al vaivén de las voluntades políticas. A la luz de esta faceta del derecho la ciudad la Ley 388 de 1997 plantea importantes fundamentos, pero como se estableció, al dar especial importancia a algunos derechos deja otros de lado que requieren igual atención, una ley sobre el derecho a la ciudad, es una ley cuyo objetivo central, además de las facetas anteriormente mencionadas, provea mecanismos a las autoridades y a los ciudadanos para garantizar todos sus derechos constitucionales en los contextos urbanos, mecanismos que trascienden la planificación física o del territorio y que necesariamente integran otros mecanismos de planificación social.

En la práctica, ante la ausencia de una concepción clara del derecho a la ciudad, así como la falta de posibilidades reales de justiciabilidad, la lucha por el derecho a la ciudad como lo establecen Maldonado Copello¹¹⁶, Viana Garcés y Pinilla Pineda¹¹⁷ ha sido un proceso largo y tortuoso en donde primero se ha luchado por el acceso al refugio, luego a la propiedad o por lo menos a la tenencia segura, la provisión de servicios públicos domiciliarios, la legalización e incorporación de los barrios al perímetro de la ciudad, la provisión de equipamiento y el acceso a la integración real a la ciudad.

Como último presupuesto del derecho a la ciudad en el ordenamiento jurídico, en Colombia la ciudad, sea que esta tenga la calidad de municipio o distrito, tiene una especial importancia constitucional, lo cual, de forma correlativa con la opinión de Osorio¹¹⁸, resulta en elemento vital en la garantía del derecho a la ciudad.

La organización territorial en la Constitución Política de 1991 parte del planteamiento de la autonomía¹¹⁹ en la gestión de los intereses de cada una de las entidades territoriales que componen el Estado¹²⁰. En el marco de esta estructura es la ciudad (como municipio o distrito) la que funge de entidad fundamental, a ella le corresponde la prestación de los servicios públicos, desarrollar las obras para generar el progreso social, ordenar el territorio y los usos del suelo, promover la participación ciudadana y el mejoramiento social¹²¹. De esta manera la relación de la ciudad con las demás entidades territoriales se basa en los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad¹²² para los efectos de fomentar el desarrollo territorial.

116. Maldonado Copello, María Mercedes, *Op. Cit.*

117. Viana Garcés, Andrée y Pinilla Pineda, Juan Felipe, "El derecho y la otra ciudad: un estudio de caso sobre el barrio Jerusalén de Bogotá", en: *Ciudad y Territorio Estudios Territoriales*. XLI (160), 343 – 356, 2009.

118. Osorio, Leticia, *Op. cit.*, 2006.

119. Cfr. Constitución Política de 1991, artículo 287.

120. Departamentos, distritos, municipios, territorios indígenas, provincias y regiones.

121. Cfr. Constitución Política de 1991, artículo 311.

122. *Ibíd.*, artículos 296 y 298.

Adicionalmente la Constitución, con el objetivo de mejorar la prestación de los servicios públicos y asegurar y promover la participación ciudadana, permite y fomenta formas de descentralización municipal, de manera que le es posible a la ciudad dividir su territorio (sea en comunas, localidades o corregimientos) y organizar en ellas cuerpos colegiados de naturaleza ejecutiva que elegidos de forma democrática constituyen un interesante mecanismos para ampliar la intensidad de la democracia en los entornos locales.

5. Reflexión final: algunas consideraciones para la justiciabilidad del derecho a la ciudad a través el litigio de alto impacto

El derecho a la ciudad implica la necesidad que el principio del desarrollo urbano de la vida debe permitir la inclusión, sin discriminación y excepción, de todos aquellos que habitan en la ciudad. Sin embargo no basta una noción jurídica como el derecho a la ciudad para dar respuesta a esta necesidad y a los retos que la ciudad contemporánea implica.

Sobre la base de los planteamientos del derecho a la ciudad es necesario reforzar el papel que deben jugar las ciudades en la garantía a todos sus habitantes del goce colectivo de la riqueza, la cultura, los bienes y el conocimiento. Ampliar esta responsabilidad desde el gobierno central de la ciudad hacia los niveles local, regional, nacional e internacional es el reto principal para que el derecho a la ciudad trascienda la noción política y adquiera una forma jurídica que integre en su interior obligaciones justiciables y exigibles.

Pero tener un derecho exigible y justiciable en los instrumentos internacionales y la legislación interna resulta apenas la mitad del camino. Es necesario que el derecho a la ciudad permee las políticas públicas, los instrumentos de planificación social y las prácticas institucionales. Para ello, con Velásquez Carrillo¹²³ es necesario adicionalmente: recuperar la capacidad deliberativa, de presión e incidencia que tienen los ciudadanos, especialmente los excluidos y los discriminados; evaluar la posibilidad que tienen los ciudadanos de diseñar y vivir su proyecto de vida en el marco del multiculturalismo, la democracia, el género y la diversidad social; y abordar una discusión sobre la ética que impera en las ciudades y el modelo de desarrollo;

El nuevo entendimiento del derecho a la ciudad implica ampliar el enfoque tradicional orientado a mejorar la calidad de vida de las personas desde la vivienda y el vecindario, para hacerlo trascender a una escala más amplia, a la de todos los derechos en la ciudad, a la del acceso en condiciones de igualdad a los beneficios de la ciudad y fomentar el desarrollo de procesos participativos efectivos en el gobierno, la planeación y la gestión de la ciudad.

Concretamente en Colombia la garantía del derecho a la ciudad requiere más que poder influir y participar en la elaboración, revisión e implementación del Plan de Ordenamiento

123. Velásquez Carrillo, Fabio, *Op. cit.*, 2004. p 14 – 16.

Territorial de la Ciudad, se requiere en función de sus tres facetas desarrolladas a lo largo de este texto, entender que la garantía del derecho va más allá de la planificación física y territorial y que no se agota en los derechos constitucionales que aborda la Ley 388 de 1997.

Para implementar efectivamente el derecho a la ciudad en los municipios y distritos colombianos se requiere, por lo menos, permear –tanto en la forma, en el contenido y en la práctica- todos los instrumentos de planificación social de sus facetas. Para ello deben confluír: la voluntad política de las autoridades públicas, la acción pública y política de los ciudadanos y sus organizaciones de base y la académica.

Finalmente y no obstante que el derecho a la ciudad no es aún un derecho exigible y justiciable en el ordenamiento jurídico colombiano, a partir de las ideas expuestas en este texto se invita a comenzar procesos de litigio de alto impacto¹²⁴ para su garantía en la medida que sobre la base de la garantía de los derechos colectivos y la no taxatividad de éstos¹²⁵ la acción popular puede resultar como una vía útil de reclamación.

6. Referencias Bibliográficas

Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid, Trotta, 2004.

Abumere, Sylvester, “The Right to the City and the Challenges of the Urban Informal Sector”, en: *International public debates. Urban policies and the right to the city*, Paris, Unesco, 2006.

Amendola, Giandomenico, *La ciudad posmoderna: magia y miedo de la metrópolis contemporánea*, Madrid, Celeste Ediciones, 2000.

Angulo, Alejandro, “El Derecho a la Ciudad”, en: *Revista Javeriana*, vol 137, No. 680, p 813 – 818, 2001.

Augur, Tracy B, “Citizen Participation in City Planning”, En: *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol. 242, Building the Future City (Nov., 1945), pp. 101-103.

Basave Fernández del Valle, Agustín, *Teoría de la Democracia – Fundamentos de Filosofía Democrática*, México, Libreros Mexicanos, 1964.

Benevolo, Leonardo, *Orígenes del urbanismo moderno*, Madrid, Celeste, 1992.

Berman, Marshall, *Todo lo sólido se desvanece en el aire: la experiencia de la modernidad*, México, Siglo XXI, 1989.

124. Cfr. Correa Montoya, Lucas, “Litigio de alto impacto. Estrategias alternativas de ejercer el Derecho”, en: *Revista de Derecho*, No 30, Diciembre de 2008, p. 247-267, Universidad del Norte, Barranquilla, Colombia.

125. Cfr. Ley 472 de 1998, artículo 4°.

Berry, Jeffrey M., Portney, Kent E. and Thomson, Ken, *The rebirth of urban democracy*, Washington D.C., The Brookings Institution, 1993.

Borja, Jordi, “La ciudad como derecho”, en: *Caja de Herramientas*, Año 13, Número 100, Bogotá, 06 – 2004.

———, *La ciudad conquistada*, Madrid, Alianza Editorial, 2005.

Buck, J. Vincent, “*The Impact of Citizen Participation Programs and Policy Decisions on Participants’ Opinions*”, En: *The Western Political Quarterly*, Vol. 37, No. 3 (Sep., 1984), pp. 468-482.

Buhlungu, Sakela, “Reinvención de la democracia participativa en Sudáfrica”, En: Santos, Boaventura de Sousa, *Democratizar la democracia. Los caminos de la democracia participativa*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004.

Caballero Sierra, Gaspar y Anzola Gil, Marcela, *Teoría constitucional*, Bogotá, Temis, 1995.

Castells, Manuel, “¿Un mundo urbanizado sin ciudades?”, en: *Caja de Herramientas*, Año 13, Número 100, Bogotá, 06 – 2004.

Chapin, F. Stuart, Jr, “A Plan for Citizen Participation in Community Development”, En: *Social Forces*, Vol. 25, No. 3 (Mar., 1947), pp. 313-320.

Colin, Brigitte, “Introduction”, en: *International Public debates. Urban Policies and the Right to the City*, Paris, Unesco, 2006.

Correa Montoya, Lucas, “Litigio de alto impacto. Estrategias alternativas de ejercer el Derecho”, en: *Revista de Derecho*, No 30, Diciembre de 2008, p. 247-267, Universidad del Norte, Barranquilla, Colombia.

Corte Constitucional Colombiana, *Sentencia C-089 de 1994*, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz, Bogotá.

———, *Sentencia C-177 de 1998*, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero, Bogotá.

———, *Sentencia C-180 de 1994*, Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara, Bogotá.

———, *Sentencia C-251 de 1997*, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero, Bogotá.

———, *Sentencia C-530 de 1993*, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero, Bogotá.

———, *Sentencia C-643 de 2000*, Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis, Bogotá.

———, *Sentencia C-891 de 2002*, Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería.

———, *Sentencia T-530 de 1992*, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

———, *Sentencia T-637 de 2001*, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa, Bogotá.

Departamento Administrativo Nacional de Estadística de Colombia (DANE), *Censo 2005 Ajustado*, Bogotá, Dane, 2005.

Departamento Nacional de Planeación (DNP). *Documento CONPES 2779. Promoción de la Participación de la Sociedad Civil: El derecho a participar, a la participación efectiva*. Mayo 15 de 1995. Colombia, DNP, 1995.

Díaz, Cristina y Correa, Leonardo, *Derechos Humanos y Ciudad*, Bogotá, Al día consultores, 2009.

EFE – Naciones Unidas, “Latinoamérica se muda a las ciudades”, en: *El Colombiano*. P 14 A, 27 Febrero, 2008.

Fernandes, Edesio, “Constructing the ‘Right to the City’ in Brazil”, en: *Social & Legal Studies*, 16; 201, pp 201 – 219, 2007.

———, “The City Statute in Brazil”, en: *International Public debates. Urban Policies and the Right to the City*, Paris, Unesco, 2006a.

———, “Updating the Declaration of the Rights of Citizens in Latin America: Constructing the Right to the City in Brazil”, en: *International Public debates. Urban Policies and the Right to the City*, Paris, Unesco, 2006b.

Foro Social Mundial, [En línea]. *World charter for the right to the city*, disponible en: http://portal.unesco.org/shs/en/ev.php-url_id=8218&url_do=do_topic&url_section=201.html [Recuperado el día 2 de Febrero de 2008].

Gao, Fu-feng, “Analysis on the major obstacles of public participation in public policy-making”, En: *Journal of US-China Public Administration*, Aug. 2009, Volume 6, No.4 (Serial No.47).

García Vázquez, Carlos, *Ciudad Hojaldre. Visiones urbanas del siglo XXI*, Barcelona, Gustavo Gili, 2004.

Gaviria, Mario, “Prólogo”, en: Lefebvre, Henri, *El derecho a la ciudad*, Barcelona, Península, 1978.

Instituto Polis, *The Statute of the City. New tools for assuring the right to the city in Brazil*, Brazil, Instituto Polis, 2001.

Kantor, Paul. “Review of ‘Right to the city: urban application of american conservative thought’ by Gerald L. Houseman”, en: *The american political science review*, vol 466, No 1, 227- 228, 1983.

Lefebvre, Henri, *El derecho a la ciudad*, Barcelona, Península, 1978.

Leong, Ho Khai. “Citizen Participation and Policy Making in Singapore: Conditions and Predicaments”, En: *Asian Survey*, Vol. 40, No. 3 (May - Jun., 2000), pp. 436-455.

López Calera, Nicolás, *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*, España, Ariel Derecho, 2000.

Maldonado Copello, María Mercedes [En línea]. *El Significado Jurídico del Derecho a la Ciudad*. Disponible en: http://www.territorioysuelo.org/aa/img_upload/ee790d3799506e631591621e0786b613/MMM_EL_SIGNIFICADO_JURIDICO_DEL_DERECHO_A_LA_CIUADAD.pdf [Consultado el 10 de Agosto de 2009].

Marschall, Melissa J, “Citizen Participation and the Neighborhood Context: A New Look at the Coproduction of Local Public Goods”, En: *Political Research Quarterly*, Vol. 57, No. 2 (Jun., 2004), pp. 231-244.

Montoya Ruíz, Ana Milena, “Recorrido por las políticas públicas de equidad de género en Colombia y aproximación a la experiencia de participación femenina con miras a la construcción de escenarios locales”, en: *Estudios de Derecho*, año LXVI, segunda época, Junio 2009, No, 147, Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia.

Montúfar, César, “Representación y participación ciudadana en el Ecuador: Tensiones y complementariedades”, En: Massal, Julie (Compiladora), *¿Representación o Participación? Los retos y desencantos en el siglo XXI*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales (IEPRI), 2008.

Moulder, Evelina y O’Neill. Robert J. JR. “Citizen Engagement and Local Government Management”, En: *National Civic Review*, Summer 2009.

Organización de la Naciones Unidas, *Declaración sobre el derecho al desarrollo*, Nueva York, ONU, 1986.

———, *Declaración sobre el progreso y desarrollo en lo social*, Nueva York, ONU, 1969.

Osorio, Leticia, “The World Charter on the Right to the City”, en: *International Public debates. Urban Policies and the Right to the City*, Paris, Unesco, 2006.

Ramírez, María Clemencia, “La política de reconocimiento y la ciudadanía en el Putumayo y la baja bota caucana: el caso del movimiento cocalero de 1996”, En: Santos, Boaventura de Sousa, *Democratizar la democracia. Los caminos de la democracia participativa*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004.

República de Colombia, *Constitución Política de 1991*, Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991.

———, *Ley 134 de 1994*, “por el cual se dictan normas sobre instituciones y mecanismos de participación ciudadana”, Diario Oficial 41.373 del 31 de mayo de 1994.

———, *Ley 388 de 1997*. “Por el cual se modifica la Ley 9ª de 1989, y la Ley 3ª de 1991 y se dictan otras disposiciones”, Diario Oficial 43.091, de 24 de julio de 1997.

———, *Ley 472 de 1998*. “Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones”, Diario Oficial 43.357, de 6 de agosto de 1998.

Richardson, William. “Review of ‘Right to the city: urban application of american conservative thought’ by Gerald L. Houseman”, en: *The american political science review*, vol 177, No 1, 207- 208, 1983.

Safier, Michael. “Securing the right to the city: The case for a civic cosmopolitanism”, en: *International Public debates. Urban Policies and the Right to the City*, Paris, Unesco, 2006.

Sané, Pierre & Tibaijuka, Anna, “Preface”. En: *International Public debates. Urban Policies and the Right to the City*, Paris, Unesco, 2006.

Santos, Boaventura de Sousa, *Democratizar la democracia. Los caminos de la democracia participativa*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004.

Seth, D. L, “Micromovimientos en la India: hacía una nueva política de la democracia participativa”, En: Santos, Boaventura de Sousa, *Democratizar la democracia. Los caminos de la democracia participativa*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004.

Tibaijuka, Anna, “Keynote speech on the occasion of the public debate on ‘Urban Policies and the Right to the City’”, en: *International Public debates. Urban Policies and the Right to the City*, Paris, Unesco, 2006.

Unesco. *International public debates. Urban policies and the right to the city*. Paris, Unesco, 2006.

Velásquez Carrillo, Fabio, “Pensar la ciudad en perspectiva de derechos”, En: Velásquez Carrillo, Fabio, *Ciudad e Inclusión: por el Derecho a la Ciudad*, Bogotá, Foro Nacional por Colombia, 2004.

Viana Garcés, Andrée y Pinilla Pineda, Juan Felipe, “El derecho y la otra ciudad: un estudio de caso sobre el barrio Jerusalén de Bogotá”, en: *Ciudad y Territorio Estudios Territoriales*. XLI (160), 343 – 356, 2009.

Weissman, Stephen R, “The Limits of Citizen Participation: Lessons from San Francisco’s Model Cities Program”, En: *The Western Political Quarterly*, Vol. 31, No. 1 (Mar., 1978), pp. 32-47.

Responsabilidad Civil Extracontractual – El Derecho de la Sociedad Mixta*

Guido Calabresi*

La mayoría de los participantes en esta publicación honorífica [*festschrift* ••] han estado personalmente asociados con el decano Leon Green como estudiantes, colegas y amigos. Ellos se han nutrido en forma directa de su extraordinario intelecto y personalidad. No sorprende que hayan contribuido con este número.

Mi primer debate serio con el decano Green tuvo lugar tan solo unos meses atrás. Sin embargo, tal es la naturaleza de sus logros académicos que, como profesor de derecho de responsabilidad civil extracontractual casi medio siglo más joven que él, pude verlo como *mi* maestro, colega y amigo mucho antes de conocerlo. Es particularmente apropiado, entonces, que participe en su homenaje, pues cuando escribo no sólo lo hago en mi nombre, sino también en el de un sinnúmero de alumnos, colegas y amigos desconocidos, que pasaron y que aún están por venir. Tanto en su nombre como en el mío, le dedico con gratitud este artículo.

Es preferible que los daños recaigan sobre las víctimas. Sólo si pudiera demostrarse claramente que quienes –actuando con culpa– dañan a otros podrían haber evitado la pérdida de un modo económico, los incentivos para evitar los daños deberían caer sobre ellos.¹ Y aun cuando quienes provocan un daño pudieran fácilmente elegir el camino más seguro, la víctima es frecuentemente quien, de todos modos, debería

• Este artículo es fruto de una conferencia brindada en la *Bicentennial Conference* celebrada en la Escuela de Derecho de la Universidad de Nueva York, del 27 al 30 de Abril de 1976. La versión escrita de dicha conferencia fue publicada en *American Law: The Third Century*, págs. 103-20 (B. Schwartz, ed. 1976). El artículo, en la versión que se presenta aquí, fue publicado como "Torts – The Law of the Mixed Society", en 56 TEXAS LAW REVIEW 519 (1978).

Traducido por Emiliano Beola y Pablo Suárez para la Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, con la autorización del autor y de la *Texas Law Review*.

* Profesor de Derecho "John Thomas Smith", Universidad de Yale. B.S. 1953, LL.B. 1958, Universidad de Yale; M.A. 1959, Universidad de Oxford; M.A. 1962, Universidad de Yale.

•• *N. del T.*: *festschrift*, del Alemán, término con el que se conoce a una publicación realizada en honor a un académico, normalmente en vida.

1. Culpa implica no sólo que quienes causan el daño pudieron haberlo evitado de manera económica, sino también que lo previeron o deberían haberlo previsto. Para una definición del siglo veinte de la culpa que trató de establecer las relaciones involucradas de modo sistemático, ver *Conway v. O'Brien*, 111 F.2d 611, 612 (2d Cir. 1940) (Hand, L., J.), parcialmente revocado por otros fundamentos, 312 U.S. 492 (1941). Ver también *United States v. Carrol Towing Co.*, 159 F.2d 169 (2d Cir. 1947); Terry, *Negligence*, 29 HARV. L. REV. 40 (1915).

soportar la pérdida y el incentivo para evitarla.² Que esta asignación coloque todas las pérdidas inevitables, así como el costo de evitar aquellas que pueden serlo, sobre las actividades o clases sociales de las que surgen las víctimas, es o bien irrelevante o directamente beneficioso desde un punto de vista de distribución de la riqueza.³

Estas nociones emparentadas se acercaban a su mayor nivel de aceptación en 1876 y, sin embargo, los primeros signos de cambio eran ya perceptibles, aunque quizás sólo en retrospectiva.⁴ Típicamente, dado que se trata de *common law* y no de la naturaleza, la marea

2. En los días de gloria del sistema de responsabilidad subjetiva se ofrecieron argumentos diversos y en ocasiones contradictorios para explicar por qué, en muchas instancias, las víctimas deberían soportar los daños a pesar de la existencia de un agente “culpable”. Algunos de ellos eran consistentes con el objetivo de reducción eficiente de los costos de los accidentes; algunos no lo eran. Quizás los dos más importantes fueron la culpa concurrente (que trató a la culpa de la víctima, e implícitamente a la posibilidad de evitar las lesiones por parte de las víctimas, como algo diferente de la culpa del agente y su posibilidad de evitar los daños) y la causa próxima (que tenía el efecto de dejar la carga de evitar los daños sobre víctimas inocentes -aquellos de quienes no podía decirse que debían haber evitado el daño- más que aplicarla a los agentes, quienes, *por definición*, podían y debían haber evitado el daño). La culpa concurrente, las inmunidades intra-familiares y, más dramáticamente aún, la asunción del riesgo, fueron en cierta manera más lejos aún en establecer un sistema en el cual, incluso donde las precauciones del ofensor fueran factibles y económicas, el incentivo de evitar el daño a menudo recaía sobre la víctima. He expresado más extensamente este punto de vista acerca del sistema de la culpa en varios escritos recientes. Ver *en general* Calabresi, “Concerning Cause and the Law of Torts”, 43 U. CHI. L. REV. 69 (1975); Calabresi, “Optimal Deterrence and Accidents”, 84 YALE L.J. 656 (1975); Calabresi y Hirschhoff, “Towards a Test for Strict Liability in Torts”, 81 YALE L.J. 1055 (1972).

3. Sería irrelevante si uno creyera que una eficiente evitación de accidentes, lograda a través de colocar incentivos para evitarlos sobre la parte apropiada, es más importante que ver qué categorías son convertidas en más ricas o más pobres. “La eficiencia” podría ser de corto plazo (minimizando la suma de los costos de los accidentes y de los costos de seguridad); podría incluir costos administrativos (evitando así innecesarios costos de modificaciones); y aún podría incluir la evitación de costos a largo plazo (dando un subsidio a nuevas industrias cuyo desarrollo beneficiaría a las categorías de “dañadores” y “víctimas” por igual, al menos a muy largo plazo, cuando, desafortunadamente, todos aquellos hoy presentes habrían ya desaparecido hace tiempo como para poder ser beneficiados). La asignación de las pérdidas descrita en el texto podría verse como beneficiosa desde un punto de vista puramente distributivo si uno creyera que los agentes, como categoría, “son más valiosos” que las víctimas como categoría. Oliver Wendell Holmes, Jr. ciertamente creía en razones de eficiencia para hacer soportar el daño a las víctimas (a pesar de que aceptó una muy limitada responsabilidad objetiva del agente). Es menos claro si creyó que este tipo de asignaciones también eran distributivamente beneficiosas. Él vistió su indiscutible preferencia por las víctimas como la parte elegida para soportar los daños, con un lenguaje que puede leerse tanto como descansando en razones de eficiencia a largo plazo, como de mérito. Ver, por ejemplo, O. Holmes, *The Common Law*, págs. 76-77 (M. Howe ed. 1963). Cf. G. Calabresi, *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, págs. 261-63 (1970) (donde se critica a la justificación basada en la eficiencia de Holmes) [en adelante citado como *The costs of Accidents*]. Ver también Calabresi y Melamed, *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 HARV. L. REV. 1089 (1972).

4. En 1876 Rylands v. Fletcher ya había sido decidido y uno puede, en retrospectiva, ver al menos en la opinión del Juez Blackburn, la semilla de la doctrina de las actividades ultra peligrosas y la responsabilidad objetiva de los agentes. Otras opiniones, sin embargo, hacen que el caso parezca el último bastión del enfoque previo a la responsabilidad subjetiva, preservado para una categoría particular de víctimas, la aristocracia terrateniente. Ver *Fletcher v. Rylands*, 3 H. & C. 774, 159 Eng. Rep. 737 (1865), revocado, L.R. 1 Ex. 265 (1866), confirmado, L.R. 3 H.L. 330 (1868). Sólo en retrospectiva podemos decir que el tiempo demostraría que el enfoque de Blackburn sería más importante que el del Barón Bramwell o el de Lord Cairn.

Signos más claros de cambio pueden ser vistos en algunas leyes que tratan sobre la responsabilidad por incendios de los ferrocarriles. Ver, por ejemplo, CONN. GEN. STAT. § 16-177 (1975), promulgada en 1875 (según la cual el daño es suficiente para establecer *prima facie* un caso de negligencia), seguida por CONN. GEN. STAT. § 16-175 (1975), promulgada en 1881 (según la cual la negligencia ya no es más necesaria para la existencia de responsabilidad), y confirmado contra un cuestionamiento constitucional en *Grissell v. Housatonic R.R. Co.*, 54 Conn. 447, 9 A. 137 (1886).

había comenzado a cambiar aun antes de haber alcanzado su punto más alto. Hoy, uno podría plantear las mismas proposiciones sustituyendo por completo víctimas por victimarios y victimarios por víctimas, y acercarse a la manera en que la mayoría de los comentaristas y muchos tribunales describirían al derecho de la responsabilidad civil extracontractual.

Dada esta historia reciente, sería imprudente predecir cómo se desarrollará en el próximo siglo la curiosa mezcla del deseo por reducir las lesiones y por favorecer ciertas categorías de riqueza que llamamos derecho de la responsabilidad extracontractual, y que rápidamente describimos en el lenguaje de la justicia.⁵ Demasiado depende de la estructura industrial de la sociedad.⁶ Y cómo será esta estructura en los próximos cien años es algo que con gusto, aunque no con absoluta confianza, dejo a los economistas. Sin embargo, aun si uno se abstuviera de intentar encarar este interrogante sumamente intrigante, se negara a tratar de dilucidar quién y en qué áreas soportará las pérdidas inevitables y, por lo tanto, el incentivo y la carga de evitar la mayoría de las pérdidas evitables, algo todavía puede decirse en relación con el derecho de la responsabilidad civil extracontractual y el próximo siglo.

El derecho de la responsabilidad civil extracontractual, y más particularmente la regla de responsabilidad, es, según sostengo, el derecho paradigmático de la sociedad mixta. La comunidad política *laissez faire*, puramente “liberal” prefiere los contratos; el Estado verdaderamente colectivo la sanción penal; el derecho de la responsabilidad

5. Este no es el lugar para profundizar en la relación entre la eficiencia y los objetivos distributivos y la justicia. El hecho de que los resultados que pueden ser analizados con algún éxito en términos de eficiencia y efecto distributivo, sean comúnmente, y en ocasiones muy apropiadamente, descriptos por los tribunales y los comentaristas en términos de justicia, es un lugar común. En ocasiones el uso del lenguaje propio de la justicia puede ser útil (para una breve explicación ver Calabresi, “Concerning Cause and the Law of Torts”, *supra* nota 2, págs. 105-108). En otros casos el uso del lenguaje propio de la justicia puede servir sólo para confundir; un ejemplo particularmente flagrante es *Ives v. South Buffalo Ry.*, 201 N.Y. 271, 94 N.E. 431 (1911).

Entre los más recientes intentos por explicar el derecho de la responsabilidad civil extracontractual en términos del lenguaje propio de la justicia, los más interesantes incluyen a Epstein, “Intentional Harms”, 4 J. LEGAL STUD. 391 (1975); Epstein, “Defenses and Subsequent Pleas in a System of Strict Liability”, 3 J. LEGAL STUD. 165 (1974); Epstein, “A Theory of Strict Liability”, 2 J. LEGAL STUD. 151 (1973); Epstein, “Pleadings and Presumptions”, 40 U. CHI. L. REV. 556 (1973); Fletcher, “Fairness and Utility in Tort Theory”, 85 HARV. L. REV. 537 (1972).

6. En una sociedad donde los sindicatos no existen o son pequeños y desorganizados, cargar los costos de los accidentes industriales sobre el empleador-dañador, más que sobre el empleado-víctima, probablemente lleve a un mayor reconocimiento de los costos de los accidentes y a mayores incentivos para su evitación. (Es menos probable que el trabajador sepa y evalúe el riesgo, a que lo haga el empleador, para quien esos daños son una estadística.) En una sociedad en donde tanto los sindicatos como los empleadores tienen suficiente dimensión como para tratar a los accidentes industriales como un riesgo estadísticamente “conocido”, la asignación legal de la carga del costo de los accidentes es improbable que tenga gran significancia. (Será renegociado por las partes ya sea abiertamente o por medio de cambios en las tasas salariales.) En una sociedad en donde los sindicatos son grandes y los empleadores pequeños y dispersos, la asignación de las pérdidas iniciales sobre los empleados sindicalizados probablemente resultará en mayores incentivos de seguridad, al menos cuando no exista el seguro obligatorio de empleadores. (Es menos probable que los empleadores conozcan el alcance preciso del riesgo, a que lo hagan los sindicatos; muchos podrían elegir “apostar a él” y someterse al mismo.)

civil extracontractual yace en el medio. El hecho de que el derecho de la responsabilidad civil extracontractual haya estado siempre presente y haya sido significativo, y de que lo sea hoy incluso en las llamadas “democracias del pueblo”, es testimonio de que los sistemas puramente “liberales” y puramente colectivos existen únicamente en la mente de los teóricos y los ideólogos. El mundo es más sabio. El hecho de que el rol del derecho de la responsabilidad civil extracontractual haya cambiado da cuenta de que no todas las mezclas son iguales, y de que las elecciones atomísticas individuales dominan la combinación en determinados momentos y lugares, mientras que en otros son las decisiones colectivas las que lo hacen.

¿Por qué digo que el derecho de la responsabilidad civil extracontractual es el derecho de la sociedad mixta? Tomémonos algunos minutos para examinar cómo serían encaradas las lesiones por parte de Estados ideológicamente puros. Ello nos ayudará a ver por qué el abordaje de la responsabilidad civil extracontractual es, de mínima, el compromiso que debe asumir el ideólogo con la realidad, y, de máxima, la elección preferida por parte de los ideológicamente escépticos y de aquellos cuya ideología es el escepticismo.

Una sociedad puramente colectivista encararía cada situación o actividad con potencial para causar daños, de una manera que no dejara espacio al derecho de la responsabilidad civil extracontractual. Existiría una determinación acerca de si un acto o actividad particular, llevada a cabo en un determinado momento, de una determinada manera y por determinadas personas, es muy peligrosa como para ser permitida, o, alternatively, si es deseable a pesar de sus riesgos. Si un acto fuera considerado muy peligroso, sería prohibido y se impondría una sanción suficientemente severa cuando tuviera lugar como para disuadirlo, independientemente de si en esas circunstancias específicas existiera un “daño” a las víctimas. El acto (podría ser la conducción de vehículos por parte de personas menores de cierta edad, simplemente la conducción, o aquella entre determinadas horas) sería considerado ilícito y consecuentemente castigado por el derecho penal. Si, en cambio, el acto no fuera considerado ilegal, incluso si ocurrieran daños, no existiría razón en hacer cargar con ellos a quien cometiera la acción (sea el victimario o la víctima). Desde un punto de vista colectivista y social, el acto fue considerado digno de llevarse a cabo a pesar de los riesgos que implicaba, y los daños, si existieran, tanto como los beneficios, serían asimilados por la sociedad.⁷ Si fuera consistente, es decir, ideológicamente pura, la sociedad colectivista ajena al mercado manejaría los daños colectivamente. Estos, como todos los males que pudieran ocurrirle a uno, serían asegurados socialmente y pagados por las arcas generales del Estado.

7. Un “acto”, de acuerdo a como estoy utilizando el término, es simplemente una subcategoría de una “actividad”. Por tal motivo una decisión colectiva para disuadir una actividad sólo hasta “cierto punto” o cuando sea llevada a cabo por “cierta gente” o de “ciertas maneras”, puede ser descripta como una decisión para desalentar ciertos actos por completo.

No tiene importancia, para estos propósitos, la estructura gubernamental de la sociedad colectivista. Podría ser democrática y estar gobernada por individuos electos que pueden ser del mismo modo separados si no decidieran de acuerdo con los deseos populares. Podría ser dictatorial, ya sea una dictadura del proletariado o de otro tipo. Lo que es crucial es que se espera que quienes toman decisiones -como sea que fuesen elegidos- decidan por el común de la población qué riesgos vale la pena asumir y qué otros no.

Una sociedad semejante manejaría las actividades empresariales análogamente. Nadie podría abrir una fábrica de calzado, bajo pena de ley, a menos que esa fábrica fuera considerada colectivamente deseable, en cuyo caso la apertura de dicha fábrica sería exigida. Si resultaran perjuicios para alguna de las inversiones efectuadas previamente, o si se descubriera que la fábrica de zapatos fue un error, ello sería un problema del Estado. Inversamente, si la fábrica fuera igual o más beneficiosa de lo esperado, el beneficio también sería del Estado. La asunción de riesgos existiría (porque la sociedad colectiva no puede eliminar el riesgo, como tampoco puede hacerlo la sociedad atomística liberal), pero los beneficios y los daños –las ganancias y las pérdidas– de asumirlos los capitalizaría el Estado, para ser divididos entre los ciudadanos de acuerdo con la noción que en él prevalezca sobre la justicia en la distribución de la riqueza.

Lo que consideramos la jurisdicción propia del derecho de la responsabilidad civil extracontractual, las actividades que causan daños, no son más que una clase de asunción de riesgos y serían manejadas de la misma manera. En consecuencia, los comportamientos riesgosos o bien serían prohibidos y quedarían sujetos a sanciones del derecho penal, o serían exigidos y asegurados socialmente. En cualquier caso, las reglas de responsabilidad civil y la compensación por daños no tendrían lugar.

Pasaré por alto por el momento que una sociedad puramente colectivista como esa resulta impracticable (y para mi modo de pensar, también extremadamente indeseable). Lo mismo es cierto de su opuesto, la sociedad puramente atomística o de mercado, a la que me gustaría echar un vistazo ahora.

La sociedad atomística de mercado establecería puntos de partida, “derechos”, basados en su visión sobre cuál es la distribución deseable de la riqueza y en sus presuposiciones acerca de cuáles puntos de partida podrían hacer menos costosos los contratos y las transacciones. Una vez que estos puntos de partida hubieran sido establecidos, la sociedad no *prohibiría* nada excepto lo que llamaré comportamiento no contractual. Es decir, *prohibiría* la apropiación de los derechos de cualquier otra persona; permitiría, incluso *forzaría*, todas las transferencias consensuales de derechos, y, a excepción de (a) la determinación de estos puntos de partida (inevitablemente colectivos), (b) la exigencia de acuerdos entre las partes como precondition para la transferencia de derechos, y (c) la ejecutabilidad de todos los contratos que representan dichos acuerdos, el Estado no jugaría ningún papel.⁸

8. He dicho en otra parte que la sociedad de mercado (independientemente de consideraciones distributivas) establecería los derechos iniciales de tal modo de colocar la carga de los accidentes en aquella actividad que puede evitarlos de manera más económica. Ver, por ejemplo, G. Calabresi, *The Costs of Accidents*, *supra* nota 3; Calabresi y Melamed, *supra* nota 3. Dicha afirmación podría parecer ser inconsistente con la realizada aquí. Pero no lo es, pues incluida dentro de la definición del evitador más económico* estaba la habilidad para negociar económicamente e, implícitamente, la de establecer contratos que pueden ser económicamente ejecutados. A la inversa, la colocación de la carga inicial sobre la parte que podría, *literalmente*, evitar el daño de manera más económica, impondría también aquella adjudicación que haría más económicos a los contratos y transacciones. Pues tal adjudicación obviaría la necesidad de *cualquier* transacción o contrato en relación a ese riesgo, y de tal modo reduciría esos costos a cero. Sin embargo, donde exista suficiente incertidumbre acerca de la identidad del evitador más económico de costos, la parte que aparezca como más capaz de alterar económicamente su comportamiento, puede no ser la parte que parezca más capaz de negociar económicamente. En tales casos una decisión debe tomarse, a partir de los hechos particulares, respecto de cuál de esas habilidades ofrece más probabilidades de reducir la suma de los costos de los accidentes y de los costos de su prevención.

Los “derechos” establecerían quién soportaría un daño si ocurriera, es decir, quiénes serían los portadores del riesgo inicial. Los comportamientos riesgosos serían entonces manejados de una de dos maneras. Si el daño recae sobre la parte a quien el punto de partida había cargado con el riesgo inicial de soportarlo, allí permanecería, a menos que una “indemnidad” o “seguro” hubiera sido convenido con otra parte, quien voluntariamente, y presumiblemente por un precio, se habría comprometido a asumir el riesgo. (Dichos contratos, por supuesto, no serían obligatorios.) Si en cambio el daño recayera inicialmente en una parte que *no* hubiera sido cargada originalmente con el riesgo, la otra parte estaría obligada a pagar los daños. Pero éstos no serían determinados colectivamente; se arribaría a ellos contractualmente. Al portador del riesgo original sólo se le permitiría incursionar en la actividad peligrosa si hubiera o bien adquirido de la víctima el derecho a infligir la pérdida (un acuerdo exculpatório de responsabilidad), acordado con la víctima de antemano la compensación a pagar si ocurriesen daños (esquema contractual de compensación), o acordado con ella un procedimiento para determinar, luego del evento, la compensación a pagar (acuerdo de arbitraje).⁹ Tales contratos serían obligatorios (una condición que sería exigida penalmente), pues sólo a través de ellos la sociedad atomística de mercado podría

Los defensores de una sociedad de mercado pura frecuentemente describen a los puntos de partida determinados colectivamente, como basados en una serie de determinaciones esencialmente utilitarias. Sin embargo, estos son juicios *colectivos* de utilidad. Irónicamente, una vez que tales determinaciones utilitarias colectivas han sido alcanzadas, la ideología del mercado puro sólo admite cambios basados en juicios de utilidad atomísticos, libertarios-contractuales, esto es, sólo las transacciones de libre mercado son medios permisibles para alcanzar mejoras de utilidad. Ver notas 10 y 11 *infra*. Ver también Demsetz, “Toward a Theory of Property Rights”, 57 AM. ECON. REV. 347 (1967).

• N. del T.: *cheapest cost avoider en el original, lo que en el contexto del artículo y de la obra del autor significa más que la literal traducción de la expresión. La misma se relaciona con una parte esencial de la concepción económica desarrollada por Calabresi, de acuerdo a la cual, inicialmente, y salvo que entren en juego otro tipo de consideraciones (de justicia por ejemplo), debe escogerse entre el agente y la víctima para cargar con el costo de los daños, a aquél que podía evitarlo de modo más económico considerando por un lado el costo de las precauciones y por el otro el costo del daño descontado por las probabilidades de que ocurriera.*

9. La analogía con las indemnizaciones tarifadas por incumplimiento pactadas contractualmente [*liquidated damages*] y con la resolución de las disputas comerciales a través de arbitraje es obvia e intencionada. Desde este punto de vista, las limitaciones impuestas por el derecho contractual en ciertas jurisdicciones sobre los *liquidated damages* y los acuerdos arbitrales “en derogación de la ley”, son desviaciones del ideal del mercado puro. Ellas, como todas las restricciones a la capacidad legal de una de las partes para tomar riesgos por contrato, tienen sabor a responsabilidad civil extracontractual y representan incursiones de la “sociedad mixta” en la ciudadela misma del mercado. La expansión de antiguas, y proliferación de nuevas, limitaciones en la capacidad de contratar (ya sea porque el resultado violaría el orden público, porque sería *unconscionable** o lo que fuese) son parte del ascendente que tiene el enfoque a partir de reglas de responsabilidad -responsabilidad extracontractual- que estoy describiendo en este artículo. No deseo, sin embargo, que se interprete que sugiero que el derecho contractual nunca representó la ideología de mercado puro. La acción de cumplimiento específico y las promesas unilateralmente vinculantes [*promissory estoppel*] son sólo dos ejemplos de doctrinas contractuales cuya relación con la ideología del mercado puro es cuanto mucho incierta. Dado que el derecho contractual no fue tan frágil como los ideólogos de mercado hubieran sostenido que era, es que ha sido capaz de sobrevivir a la declinación de esa ideología. Ver también notas 17 y 24 *infra*.

asegurar la existencia de un intercambio benéfico del riesgo dentro de las reglas de su ideología.¹⁰

La sola proposición de alguno de los dos “enfoques puros” implica ya desechar la posibilidad de usarlos *universalmente*. ¿Puede una sociedad, por más colectivista que sea, establecer en la *práctica* que todos y cada uno de los actos de las personas son indeseables, y por ende prohibirlos, o loables, y por tanto exigirlos? Sería manifiestamente imposible. A la inversa, ¿puede alguna sociedad exigir que antes de que una persona se involucre en un acto, acuerde con todas las víctimas potenciales del mismo? Uno sólo debe pensar en la situación del automovilista buscando y pactando con todas sus posibles víctimas para reconocer la imposibilidad de este enfoque. Por supuesto, si las víctimas fueran elegidas inicialmente para cargar con *todos* los riesgos, el atomismo total sería posible. Tal punto de partida –en esencia, que el poder define los derechos iniciales- no sería

• N. del T.: aunque ninguna de estas expresiones describe perfectamente la doctrina de la unconscionability, unconscionable podría traducirse como carente de causa, abusivo o leonino.

10. La ideología de la sociedad de mercado presupone la noción de que, cuando no existe consenso unánime de la sociedad al respecto, una mejora desde cualquier punto de partida dado sólo puede existir cuando un individuo o grupo acuerda libremente un cambio con otro individuo o grupo. Este tipo de acuerdos conduce a lo que se denomina una posición Pareto-superior, y las partes por definición están mejor luego de ello; por definición, ya que la ideología de mercado puro tiene como premisa que los individuos siempre saben por ellos mismos mejor que nadie lo que desean y lo que mejorará su condición. No hay necesidad de adentrarse en las múltiples limitaciones prácticas y teóricas de este enfoque, muchas de ellas aceptadas por fuertes defensores del libre mercado. Es suficiente para nosotros aquí con que notemos que a menos que las partes acuerden *antes del accidente* la compensación a ser pagada por cargar con las pérdidas o con los riesgos, en derogación de la asignación inicial de derechos, no existirá el libre intercambio de derechos que exige la ideología de mercado. La determinación colectiva de la pérdida, es decir, la compensación por daños de la acción de responsabilidad extracontractual, o para el caso la compensación por expropiación, no constituyen un acuerdo entre las partes para comprar o vender un derecho por el precio de su elección. Como tales, ellos pueden compensar de más o de menos y por tanto no dejan necesariamente a ambas partes (que, se continúa suponiendo, saben más que nadie lo que les conviene) mejor que antes. Habrá algunos que pierdan (por ejemplo, aquellos que no hubiesen vendido al precio de expropiación) y el cambio no puede mostrarse como una modificación Pareto-superior. A diferencia de la “compensación legal”, un acuerdo (antes de un accidente) sobre el procedimiento a ser usado para determinar los daños (después de un accidente) cumple con los requisitos de la ideología de mercado. Una vez más, dado que las partes “sabían lo que era mejor para ellas” cuando aceptaron el procedimiento, a través del mismo ellas por definición son compensadas de modo integral. Puede comparárselo con una venta de un bien hecha libremente a un precio que se determinará posteriormente por un experto elegido por las partes.

Cualquier intento (a través de la “teoría del contrato social” o presumiendo consentimiento) de convertir la determinación *estatal* de los daños en las acciones de responsabilidad extracontractual en tal “procedimiento acordado”, puede ser excesivo sin embargo. El mismo “consentimiento” puede deducirse de *cualquier* acción del Estado, y la superioridad Pareto puede ser afirmada para *cualquier* decisión colectiva hecha por el Estado. El término, a tal punto, pierde todo significado y... utilidad. Ver en general, J. Buchanan, *The Limits of Liberty* (1975); J. Buchanan y G. Tullock, *The Calculus of Consent: Legal Foundations of Constitutional Democracy* (1962); Buchanan, “Positive Economics, Welfare Economics, and Political Economy”, 2 J. LAW & ECON. 124 (1959).

Todo esto enfatiza la muy frecuentemente ignorada diferencia entre una ideología utilitaria pura y una ideología libertaria-contractual pura. La primera no tendría problemas con cambios determinados colectivamente en las asignaciones de derechos iniciales y, *a fortiori*, con la determinación colectiva de compensaciones, siempre y cuando todo indique que los ganadores de dicho sistema ganan más de lo que pierden los perdedores del mismo. La segunda rechazaría dichos cambios a menos que las ganancias, las pérdidas y las compensaciones, fueran evidenciadas a través de transacciones de mercado libremente establecidas. Ver nota 8 *supra*.

imposible *desde el punto de vista lógico*. Pero lo cierto es que ninguna sociedad *laissez faire* atomística puede tolerarlo. Cargar todos los riesgos sobre las víctimas no evitaría los daños de manera económica (no sería eficiente) ni resultaría en una distribución de la riqueza aceptable (no sería justo). En su máxima expresión, no garantizaría la propiedad ni la integridad física. Aquellos que hoy llamamos ladrones, asesinos o violadores podrían robar o lastimar a su gusto. Las víctimas sólo podrían estar seguras comprando protección. No, la sociedad de mercado no puede ser indiferente respecto de quién carga con el riesgo inicial de ser dañado por el comportamiento de otros. Tanto por razones de eficiencia como de distribución –por no decir de justicia–, la adjudicación de los derechos iniciales le importa, y le importa aun cuando no sean factibles los pactos previos a que ocurran las lesiones; por lo tanto, la sociedad de mercado en su forma “pura” no puede existir, como tampoco puede hacerlo su opuesto, la sociedad puramente colectiva.¹¹

Pero si describir los dos enfoques puros significa negar la posibilidad de su aplicación universal, también implica reconocer que ellos son muy frecuentemente utilizados por parte de todas las sociedades en sus formas puras, para lidiar con problemas particulares o porciones de ellos. Incluso una mirada superficial a situaciones tradicionalmente cercanas al derecho de la responsabilidad civil extracontractual en las que cierto comportamiento se encuentra prohibido (la conducción por parte de menores) o, dado que es lo mismo, es exigido (conducir con luces luego de que oscurece), demuestra que los enfoques colectivos siempre han tenido su lugar. Cuando uno se mueve hacia las áreas que tradicionalmente han sido “penales”, el espectro de los controles colectivos, claro está, se amplía aun más. De manera opuesta, incluso en áreas tradicionales de la responsabilidad civil extracontractual, siempre ha habido lugar para los contratos que desplazan el riesgo hacia la parte que inicialmente se encontraba protegida de él. Y, nuevamente, mientras uno va alejándose de las áreas tradicionales de la

11. La tensión entre las bases utilitarias del pensamiento de libre mercado (ya sean colectivas o no) y las aspiraciones libertario-contractuales de esa ideología son en todos los casos raramente reconocidas explícitamente. *Pero ver* J. Buchanan, nota 10 *supra*.

En ausencia de lo que el Profesor Coase llamó costos de transacción, cualquier asignación inicial es tan eficiente como cualquier otra. Pero los costos de transacción (de acuerdo a como el término es utilizado por Coase, significando *cualquier impedimento para negociar*, incluyendo falta de información y conocimiento) sólo se encuentran ausentes (como la fricción) en los modelos teóricos. La pregunta inevitablemente es entonces cuán importante es, en cualquier situación dada, “la fricción”. Donde los impedimentos para negociar (costos de transacción) son significativos, la asignación inicial de derechos puede ser crucial en términos de eficiencia. *Ver* Calabresi, “Transaction Costs, Resource Allocation and Liability Rules”, 11 J. LAW & ECON. 67 (1968); Calabresi y Melamed, nota 3 *supra*; Coase, “The Problem of Social Cost”, 3 J. LAW & ECON. 1 (1960). Y una sociedad *laissez-faire* sabe esto tan bien como cualquier otra. En efecto, los fundamentos de *eficiencia* de la preferencia del siglo diecinueve por que la carga de la pérdida cayese sobre la víctima, yace precisamente en la existencia de costos de transacción. Los agentes no podían buscar y contratar con todas las posibles víctimas. Cuando, no obstante, la evitación del daño por parte del agente parecía *de manera patente* ser más económica, la eficiencia, dada la presencia de costos de transacción, requería que la carga inicial recayera sobre ellos. Un simple “siempre deja que las pérdidas recaigan sobre las víctimas” era, por lo tanto, inaceptable para estos utilitaristas del libre mercado del siglo diecinueve y por ello existían muchos casos donde se determinaba responsabilidad por lesiones causadas con culpa. *Ver también* Demsetz, “When Does the Rule of Liability Matter”, 1 J. LEGAL STUD. 13 (1972); Stigler, “The Law and Economics of Public Policy: A Plea to the Scholars”, 1 J. LEGAL STUD. 1 (1972); notas 8 y 10 *supra*.

responsabilidad civil extracontractual hacia aquellas que pensamos son regidas por el derecho de contratos o de la compraventa, puede ver cuán frecuentemente se utiliza el enfoque atomístico puro. Robar (un comportamiento ajeno a los acuerdos) se encuentra prohibido, pero por medio de un contrato la misma situación puede convertirse en una venta válida.¹²

Podemos concluir que los sistemas legales utilizan generalmente enfoques mixtos colectivos y atomísticos. Asimismo, podemos ver que hasta la mezcla más simple involucra el uso de ambos enfoques puros pero limitando su alcance. Algunos actos son prohibidos o exigidos, un hecho que ni los acuerdos contractuales ni el pago de daños y perjuicios modificará. Otros actos son permitidos sin sanción *pero sólo si* un comportamiento contractual precede a la acción o la ratifica luego del evento.

Sin embargo, esta simple mezcla no es suficiente. Con demasiada frecuencia ninguno de los enfoques puros resulta aceptable. El enfoque atomístico es rechazado por una de dos razones:

- a) el comportamiento contractual es demasiado costoso para ser exigido con carácter previo a la acción;¹³ o
- b) la sociedad no confía en que las partes contratarán en su mejor interés.¹⁴

Pero el enfoque colectivo también es rechazado por cualquiera de las siguientes razones análogas:

- a) es demasiado costoso decidir colectivamente sobre todos los comportamientos, y poner en ejecución controles respecto de todos ellos; o

12. Decir que conductas no contractuales ilegítimas pueden validarse a través de un contrato o una venta no implica decir que una sociedad deba siempre permitir todos los contratos. La violación, mediando contrato, puede convertirse en prostitución, lo que resulta algo muy diferente, aunque no necesariamente legal. Un homicidio no puede tornarse legal a través del consentimiento de la víctima. Todas esas restricciones a los contratos son, de alguna manera, límites sobre la sociedad de mercado “pura”, pese a que muchos de ellos fueron reconocidos incluso en los días de gloria de esa ideología. Algunas restricciones a la alienación pueden de hecho explicarse en términos que, en general, son consistentes con mercados “puros” en el mundo “real”. Sin embargo, cuando dichas restricciones se vuelven más extendidas, las explicaciones ajenas a las ideologías de mercado se vuelven más plausibles. Ver Calabresi y Melamed, *supra* nota 3.

13. Siempre que la responsabilidad inicial del ofensor resulta apropiada, y que encontrar a y contratar con todas las posibles víctimas es imposible, existe un claro supuesto de esta primera razón. Conducir negligentemente es el ejemplo clásico. En tal caso, hacer cargar a los agentes con los daños fue considerado apropiado de manera generalizada; los arreglos contractuales *ex ante* con las posibles víctimas resultaban prohibitivos; la responsabilidad extracontractual basada en la culpa fue la conclusión. Un ejemplo de algún modo más complejo de la primera razón, es el caso en que la conducta contractual daña a “terceras” partes con las cuales no son posibles arreglos contractuales.

14. Esta segunda razón puede estar presente porque las partes no tienen el conocimiento adecuado para contratar en su interés. Y hacer que ese conocimiento esté disponible de una manera *efectiva* puede no ser considerado factible o puede ser prohibitivamente caro. Para una discusión sobre lo que son una alerta o exención de responsabilidad *adecuadas*, incluso en situaciones contractuales como las involucradas en casos de responsabilidad de productos elaborados, ver *Sills v. Massey-Ferguson, Inc.*, 296 F. Supp. 776 (N.D. Ind. 1969); *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.*, 32 N.J. 358, 161 A.2d 69 (1960).

Puede también estar presente porque la sociedad cree que las partes, aún estando informadas, no decidirán lo mejor para sus intereses dado que son incapaces debido a su edad, pobreza, falta de educación, o cualquier otra “limitación” que parezca crucial para aquella sociedad ya no tan puramente individualista.

- b) la sociedad no está lo suficientemente segura acerca de lo deseable de la conducta para o bien permitirla o bien prohibirla.

Cuando *alguna* de las razones para rechazar los controles del mercado puro se une con *alguna* de las razones para rechazar los controles colectivos, puede encontrarse el enfoque de la responsabilidad civil extracontractual en una de sus tantas formas.

Tenga en cuenta que cada uno de los conjunto de razones para rechazar un enfoque puro contiene una base *ideológica* (falta de fe en la capacidad para lograr los resultados deseados del contrato atomístico o de la decisión colectiva) y una razón *práctica* (el comportamiento contractual es costoso, pero también lo son las decisiones colectivas). Obviamente, cuanto más *ideológicamente* pura sea una sociedad, más empleará las acciones de responsabilidad civil extracontractual *sólo* cuando no sea factible usar su sistema “puro” preferido, esto es, cuando sea muy costoso. El siglo diecinueve tendió a utilizar el derecho de la responsabilidad civil extracontractual *sólo* cuando era manifiestamente ineficiente o intolerable a nivel distributivo dejar que los daños recayeran sobre las víctimas, y cuando exigir a los potenciales autores de un daño el deber de contratar con las víctimas antes de actuar, era demandar lo imposible y excluía actividades potencialmente deseables. El escepticismo respecto de la capacidad de las personas de contratar en su mejor interés fue sólo en raras ocasiones una base para el derecho de la responsabilidad civil extracontractual. A la inversa, una sociedad verdaderamente colectiva utiliza la responsabilidad civil extracontractual *sólo* cuando desea liberarse de los *costos* de decidir la conveniencia de cada acción mínima, y no porque desee dejar que las personas decidan, en algún grado, si vale la pena que una acción sea llevada a cabo. La sociedad ideológicamente escéptica, en cambio, utilizará la responsabilidad civil extracontractual incluso cuando los enfoques puros sean factibles, precisamente porque es escéptica acerca de la conveniencia tanto de la conducta contractual como de las decisiones colectivas en sus formas puras.

¿Qué es, entonces, esa mezcla que he estado llamando derecho de la responsabilidad civil extracontractual [*torts*] y que en Europa se denomina más felizmente “responsabilidad civil”? *Su esencia es la regla de la responsabilidad*, la que en sí misma combina decisiones individuales y colectivas. Los comportamientos no son colectivamente prohibidos por el sólo hecho de ser riesgosos, o en su caso exigidos más allá de sus riesgos. Los individuos son libres de elegir, pero su elección implica responder a través de las reglas de la responsabilidad civil, esto es, el pago de los daños determinados *colectivamente* para el caso en que ocurriera un mal.¹⁵ Por su

15. La conducta puede también ser prohibida penalmente, como es el caso en muchas situaciones de negligencia en la conducción de automotores, pero esa porción adicional de intervención colectiva no viene al caso para el propósito de este artículo. En la medida en que la responsabilidad civil exista, el demandante debe tomar en cuenta ese posible pago (determinado colectivamente) al momento de decidir si vale la pena asumir la conducta. Pareciera que los daños en los casos contractuales también son determinados colectivamente. Pero si las partes del contrato han tenido la opción, al momento en que el contrato fue realizado, de acordar daños tarifados o el arbitraje del diferendo, y no lo han hecho, entonces los daños determinados judicialmente serían completamente consistentes con la ideología libertaria. Ver nota 10 *supra*. Si sin embargo se encontrara prohibido acordar sobre el arbitraje y los daños tarifados, el enfoque sería más cercano al de la mixtura ideológica que estoy describiendo aquí. Ver nota 9 *supra* y nota 17 *infra*.

lado, no se exige que se adquiriera el derecho a dañar de aquellos que tienen derecho a no ser dañados.¹⁶ Su lugar lo toma, nuevamente, el pago de compensaciones determinadas colectivamente a aquellos que han sufrido un daño.

La ideología que subyace al uso de las reglas de responsabilidad es una ideología mixta. La parte con derecho a no ser dañada no es compensada en el grado o de la manera que hubiera elegido. No ha vendido su derecho por un precio que la satisfaga; éste le fue tomado y a cambio se le ha dado una compensación por los daños sufridos, que podrían ser mayores o menores de lo que ella hubiera negociado, pero que son, en cualquier caso, decididos colectivamente.¹⁷ A la inversa, las decisiones sobre la conveniencia de participar en actividades riesgosas no son tomadas colectivamente. Se deja tales decisiones a los individuos, quienes, presumiblemente, tomarán en cuenta los costos de los daños que podrían tener que pagar o soportar si ocurriera algún perjuicio.¹⁸

16. Como regla general, no se encuentra prohibido. Existen los acuerdos exculpatórios de responsabilidad así como los acuerdos según los cuales los daños -si ocurrieran- son dejados a la determinación de árbitros elegidos por las partes. Tal “comportamiento contractual”, sin embargo, aún si fuera permitido, no es un pre-requisito para actuar.

17. El derecho de la responsabilidad civil extracontractual es sólo un supuesto de esta mixtura ideológica; es sólo un área en la cual se usan lo que yo llamo reglas de responsabilidad. El derecho de expropiación es otra, pues en dicho área también la transferencia de un derecho es impuesta a un precio que no es negociado por las partes. Muy análogas también son las prohibiciones sobre determinados medios de evaluar los daños acordados por las partes. De tal modo, desde el punto de vista de este artículo, las restricciones en el uso de cláusulas de daños tarifados y acuerdos de arbitraje, son ejemplos del mismo enfoque mixto del que la responsabilidad civil extracontractual es mi paradigma. Yendo un poco más allá, pero aún cerca, se encuentra la inejecutabilidad de ciertos contratos por ser “contrarios al orden público” o “abusivos” [“unconscionable”]. Lo análogo aquí sería, por supuesto, la invalidez de ciertos acuerdos de irresponsabilidad o indemnizatorios, y la “insuficiencia” de ciertas advertencias en el derecho de la responsabilidad extracontractual. En todos estos supuestos una determinación colectiva substituye el “acuerdo” de las partes. Pero al mismo tiempo en estos supuestos, la determinación colectiva tampoco abarca todo el terreno; ella deja un espacio sustancial para las decisiones individuales y para el juego de los incentivos. Ver en general Calabresi y Melamed, *supra* nota 3.

18. Uno podría, claro, mirar al derecho penal y a las sanciones penales análogamente. Desde este punto de vista la pena es el precio que el criminal es libre de arriesgar y, si es detectado, pagar, a fin de participar en la conducta delictiva. Aquellos que han visto al derecho penal de esta manera se ven, comprensiblemente, llevados a dar el siguiente paso; tratando de convertir ese área del derecho en una mixtura del tipo de la propia de la responsabilidad extracontractual, frecuentemente favorecen las multas o la compensación de la víctima a las sanciones penales más tradicionales. Ver, por ejemplo, Becker, “Crime and Punishment: An Economic Approach”, 76 J. POL. ECON. 169 (1968); Del Vecchio, “Equality and Inequality in Relation to Justice”, 11 NAT. L.F. 36, 43-45 (1966). Ver también R. Posner, *Economic Analysis of Law*, págs. 66-69, 357-73 (1972).

Pero este enfoque, a mi modo de entender, pasa por alto el juicio social que involucra el derecho penal. Dejando de lado áreas ambiguas como las multas por mal estacionamiento y otras violaciones “administrativas” (que de hecho son normalmente sujetas sólo a multas), la intención social en el derecho penal no es permitir a los individuos elegir si vale la pena o no cometer el delito. El objeto, si bien nunca totalmente ejecutable, es evitar que el crimen ocurra, sin importar el deseo del criminal de cometerlo, dado que hubo sido tomada una decisión colectiva según la cual el comportamiento criminal no resulta valioso más allá del deseo individual de llevarlo a cabo.

Esta determinación colectiva es fácilmente reconciliable con una ideología de mercado cuando las negociaciones entre la víctima y el criminal son eminentemente factibles. En efecto, la criminalidad en tales casos puede verse como consistiendo simplemente en la negativa deliberada por parte del criminal de intentar la vía contractual antes de actuar. El hurto es el caso más obvio; las sanciones penales son impuestas con el fin de exigir una venta negociada en lugar de una *toma* a un “precio-sanción” determinado colectivamente

Así como son ideológicamente mixtas, las reglas de responsabilidad también son profundamente prácticas. Permiten que ciertas acciones se lleven a cabo cuando una conducta contractual previa al daño no es factible. La compensación luego del daño reemplaza a esos acuerdos inviables. Y permite el control de comportamientos que sólo podrían ser gobernados colectivamente a un costo demasiado alto. A través de la variación de la magnitud de la indemnización por daños conforme a las diversas circunstancias involucradas, quienes toman las decisiones colectivas pueden llegar muy lejos en la persecución de sus visiones, sin tener que incursionar en la minucia de los controles, algo que no merecería el esfuerzo.

Nos encontramos ahora, finalmente, en una posición que nos permite hablar brevemente del futuro del derecho de la responsabilidad civil extracontractual; acerca de los próximos cien años. Ese futuro depende, fundamentalmente, del grado en que nuestra sociedad sea relativamente pura en términos ideológicos, y utilice la responsabilidad civil extracontractual principalmente por necesidad (como hace cien años), o continúe siendo ideológicamente escéptica (como lo es ahora), y opte por la regla de responsabilidad incluso cuando la conducta contractual o las prohibiciones colectivas sean eminentemente factibles.

La responsabilidad civil extracontractual, o la regla de responsabilidad, se utiliza corrientemente en muchas áreas que reflejan el escepticismo ideológico predominante. El escepticismo respecto del colectivismo puro –aun donde las decisiones colectivas son

(como Becker lo consideraría). La violación, cuando la prostitución es permitida o tolerada en la práctica, es otro de los casos. Ideológicamente, las sanciones penales tradicionales en estas áreas pueden ser justificadas para proteger la integridad de una sociedad de mercado y son totalmente consistentes con ella.

Por momentos, sin embargo, la naturaleza colectiva de la decisión de prohibir comportamientos es más básica. Las sanciones penales son utilizadas para prohibir el comportamiento consensual (el hecho de que la víctima estuviese dispuesta no exonera al homicida), o se usan donde las negociaciones no son factibles (donde un puro partidario del mercado aceptaría una regla de responsabilidad, pero no una sanción penal, como la necesaria segunda mejor opción). La decisión de la sociedad en estos casos es, típicamente, *ideológicamente* colectiva, dado que intenta transformar en inalienables algunos derechos a pesar del deseo de las partes inmediatamente involucradas. Ver en general Calabresi y Melamed, *supra* nota 3. Aquellos dedicados a los enfoques e ideologías de mercado puro, entendiblemente, son más propensos a irritarse frente al uso de sanciones penales en tales áreas. En los casos consensuales, donde las negociaciones entre todas las partes relevantes son posibles, el partidario del mercado puro aboliría todas las sanciones penales salvo aquellas necesarias para hacer valer el requisito de que dichas negociaciones se lleven a cabo. En las áreas donde las negociaciones no son factibles también despenalizaría, pero requeriría, como segunda mejor opción, que las partes lesionadas sean compensadas por los ofensores a un precio determinado colectivamente.

Si uno observa a Becker y otros como comprometidos partidarios del mercado puro, puede entender su deseo de convertir a las sanciones en estas últimas áreas del derecho penal, en sanciones del tipo de las propias del derecho de la responsabilidad extracontractual y la regla de responsabilidad. (Uno no puede, sin embargo, entender su deseo de aplicar las reglas de responsabilidad a los crímenes donde las negociaciones son factibles.) Pero decir que uno puede *entender* su propósito es muy distinto a decir que ellos están en lo correcto desde el punto de vista de la sociedad. Una sociedad que ha elegido (sabidamente o no) una regla de inalienabilidad (la prohibición colectiva de una cierta conducta) ha rechazado en esa instancia a la ideología de mercado, y por ende no es probable que se la pueda convencer de aceptar sanciones propias del derecho de la responsabilidad civil extracontractual en lugar de una sanción penal tradicional, meramente porque una regla de responsabilidad serviría como la segunda mejor opción factible del mercado.

factibles— puede ser visto en todas aquellas áreas donde prevalece el estándar de la culpa. En estas áreas el derecho inicial (el derecho a actuar sin tener que soportar la carga de los daños que uno causa) es negado por el hecho de que la parte culpable actuó de una manera que fue juzgada colectivamente como indeseable; como incorrecta.¹⁹ A pesar de ello, el acto “indeseable” no se encuentra prohibido, y el derecho penal, incluso si se aplica, no se considera suficiente para controlarlo. Más bien, al actor se le da de hecho la oportunidad de poner en duda la determinación colectiva, y de decidir que actuar de ese modo culpable o tomar el riesgo de hacerlo, bien vale la compensación por daños (determinada colectivamente) que deba pagar. En otras palabras, la decisión colectiva está sometida a otra revisión, atomística o de mercado, por parte de la parte culpable.²⁰ Este escepticismo respecto de los juicios colectivos toma su forma más drástica en la aceptación del seguro por los daños causados por comportamientos culpables. El seguro es, después de todo, un comportamiento esencialmente contractual que permite al asegurado comprar el derecho a poner en riesgo de daño a aquellos que tienen derecho a estar libres de cargar con ese riesgo. El contraste con las sanciones penales que emplearía una sociedad colectiva “pura” es a la vez evidente y dramático.

Del mismo modo, en la actualidad el derecho de la responsabilidad extracontractual también refleja el escepticismo hacia el mercado puro, incluso cuando el comportamiento contractual, previo a la acción, es factible. Basta con considerar las restricciones que

19. Para el propósito del presente artículo no importa si el juicio colectivo estuvo basado exclusivamente en un cálculo de eficiencia o en bases más amplias.

El derecho inicial de actuar sin tener que soportar la carga de los daños producidos puede otorgarse tanto a la víctima como al victimario. Dejar que la pérdida quede donde cae (a menos que el agente haya actuado con culpa) es un ejemplo de asignación de tal derecho al agente. La responsabilidad objetiva del agente (a menos que la víctima fuera negligente) otorga tal derecho a la víctima. Ver Calabresi, “Optimal Deterrence and Accidents”, *supra* nota 2; Calabresi y Hirschhoff, *supra* nota 2.

20. Podemos ahora empezar a entender por qué autores como Richard Posner, devotos de una ideología de mercado, apoyan un enfoque de la responsabilidad civil extracontractual basado en la culpa. El uso de la culpa en lugar de una prohibición colectiva más amplia (es decir, el empleo de una regla de responsabilidad basada en una determinación colectiva de que el comportamiento es ilícito, en lugar de una sanción penal) pone de manifiesto un escepticismo muy profundo respecto de las decisiones colectivas, puesto que una determinación colectiva factible (en verdad, *real*) de los méritos del comportamiento individual no es ejecutada penalmente, sino que está sujeta a una revisión atomística, de mercado. Este escepticismo, si bien explica la reticencia a usar sanciones penales en vez de la culpa, *ver* nota 18 *supra*, no puede, claro, explicar por qué, en ausencia de culpa, el partidario del mercado puro prefiere la responsabilidad global de la víctima a la del agente o, más plausiblemente, a la responsabilidad objetiva en algunos casos de una de las partes y en otros a la de la otra. Esa preferencia, sin embargo, puede ser explicada también una vez que uno entiende el hecho de que las reglas de responsabilidad son una pobre segunda opción para el ideólogo puro de mercado contractualista, y que la responsabilidad de la víctima puede convertir cualquier comportamiento no contractual en innecesario. Ver texto que acompaña notas 8-11 *supra* y notas 21-22 *infra*. Tal preferencia puede, no obstante, ser muy costosa tanto desde un punto de vista de eficiencia como distributivo. Una vez más, la diferencia entre el enfoque utilitario y el libertario-contractual se torna crucial. Comparar R. POSNER, *supra* nota 18; Posner, “Strict Liability: A Comment”, 2 J. LEGAL STUD. 205 (1973); y Posner, “A Theory of Negligence”, 1 J. LEGAL STUD. 29 (1972), con G. Calabresi, *The Costs of Accidents*, *supra* nota 3; Calabresi, “Optimal Deterrence and Accidents”, *supra* nota 2; Calabresi, *supra* nota 11; Calabresi y Hirschhoff, *supra* nota 2; y Calabresi y Melamed, *supra* nota 3. Ver también notas 8, 10-11 *supra*.

habitualmente se colocan a los acuerdos exculpatorios de responsabilidad o a los acuerdos indemnizatorios, así como el declive de la doctrina de la asunción del riesgo, para ver cuánto nos hemos alejado de la ideología de mercado “puro”.²¹ Un signo de este escepticismo de igual importancia, si uno se detiene a pensar en ello, es el alejamiento de las adjudicaciones de derechos que colocaban los daños inicialmente sobre las víctimas. Estas adjudicaciones eran favorecidas por una ideología de mercado puro porque no requerían que se celebraran contratos impracticables antes de que la acción tuviera lugar. La víctima no necesitaba comprar indemnidad por los riesgos de lesión de todos sus potenciales dañadores (a quienes podría ser difícil encontrar y pagar); podía, con relativa facilidad, encontrar una compañía de seguros que estuviera dispuesta a asumir el riesgo monetario. Por tanto, la sociedad de mercado puro tendía a colocar los riesgos de pérdidas en la víctima potencial, a menos que dicha asignación fuera *claramente* injusta o ineficiente, o salvo que el intento de un acuerdo por parte de los agentes antes de la acción hubiese sido claramente viable.²² El alejamiento de este tipo de asignación inevitablemente sugiere escepticismo hacia la ideología de mercado puro. Es más, incluso cuando el derecho inicial de estar *libre* del riesgo es asignado al potencial dañador, y la víctima potencial es quien carga con él, normalmente se le *exige* a la víctima que se asegure a sí misma. Llamamos a esto seguro personal, pero cualquiera sea su nombre, la exigencia de este seguro representa un escepticismo profundo hacia las elecciones del mercado puro. Deseamos que la carga recaiga sobre la víctima, pero no confiamos en su juicio atomístico al momento de evaluar la entidad de la carga o la conveniencia de arriesgarse a soportarla.²³

La muerte de los contratos• ha tomado varias formas. Una de ellas (no la menos importante) es el movimiento desde un derecho de la responsabilidad civil extracontractual

21. Ver, por ejemplo, *Sills v. Massey-Ferguson, Inc.*, 296 F. Supp. 776 (N.D. Ind. 1969); *McGrath v. American Cyanamid Co.*, 41 N.J. 272, 196 A.2d 238 (1963); *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.*, 32 N.J. 358, 161 A.2d 69 (1960). Ver también Calabresi y Hirschhoff, *supra* nota 2, pág. 1073 n.65; nota 16 *supra*.

22. La protección de la propiedad mediante sanciones penales en sociedades de mercado puro es fácilmente explicada por la viabilidad de la conducta contractual (compraventa antes que hurto) antes de que ocurra el daño, así como también por las intuiciones de eficiencia y distributivas de tales sociedades. Ver también Demsetz, *supra* nota 8. De manera similar, la responsabilidad del agente por al menos algunas de las lesiones causadas con culpa era generalmente justificada en dichas sociedades por razones de eficiencia. Ver los trabajos de Richard Posner citados en la nota 20 *supra*. Ver también O. Holmes, *supra* nota 3. Lo mismo sería cierto, *a fortiori*, para los ilícitos civiles intencionales, donde la viabilidad de la conducta contractual, previa a la lesión, no puede ser excluida. Los daños *punitivos* parecerían ser particularmente apropiados en tales casos incluso en sociedades de puro mercado. Ver nota 18 *supra*.

23. El seguro obligatorio por al menos una parte de la pérdida es una característica común de todos los denominados planes de compensación sin culpa o de seguros personales de automotores que actualmente están siendo debatidos. El seguro no es meramente obligatorio respecto de terceros en relación a quienes el automovilista es responsabilizado de manera objetiva (por ejemplo, pasajeros y peatones), sino que es también obligatorio respecto de las propias lesiones del automovilista. Ver, por ejemplo, R. Keeton y J. O'Connell, *Basic Protection for the Traffic Victim* (1965), trabajo del que la gran mayoría de los planes referidos deriva.

• N. del T.: the death of contract es una expresión con la que se alude a las opiniones de autores (como, con diferentes perspectivas, Patrick Atiyah o Anthony Kronman) que han criticado la visión más clásica de la teoría de contratos -que se apoya en la supremacía excluyente de la autonomía de la voluntad-, señalando que el derecho de contratos se encuentra tan permeado por consideraciones de justicia distributiva y del derecho de la responsabilidad extracontractual, que no puede sostenerse como categoría autónoma.

diseñado como el mínimo necesario para hacer factible un mercado puro, a uno que se jacta de sus limitadas, pero no inevitables, intervenciones colectivas.²⁴

¿Qué es lo que esto sugiere para los próximos cien años? Es difícil concebir un retorno a la ideología de mercado puro. Incluso el siglo diecinueve encontró demasiado inflexible la noción de que lo mejor que podemos hacer con relación a los riesgos es decidir quién parece ser capaz de evitar el daño más económicamente,²⁵ y obligarlo a actuar bajo pena de sanción criminal para el caso de que perjudique a otros, a menos que pudiera inducir a estos otros, a cambio de un precio, a asumir los riesgos correspondientes. Tampoco es probable que volvamos a la negociación con la realidad que llevó a cabo el período del *laissez-faire*

(a) no para *exigir* el comportamiento contractual, sino para permitir que los actores inicialmente elegidos para asumir el riesgo, y que no lo desplazaron contractualmente, paguen una indemnización determinada colectivamente, y

(b) (con el fin de mantener tal responsabilidad determinada colectivamente en un nivel mínimo) permitir que la pérdida recaiga sobre la víctima, a menos que imperativos de eficiencia y distribución requiriesen hacer que recaiga sobre el agente.

Este uso *mínimo* del derecho de la responsabilidad civil extracontractual continuará siendo inaceptable porque depende demasiado de que estemos dispuestos a creer que las víctimas (1) son comúnmente quienes evitan los daños a menor costo, o (2) que son quienes desde el punto de vista distributivo preferiblemente deberían asumir las pérdidas, y, además, (3) que pueden valorar de forma inteligente el riesgo que están asumiendo. El descenso de la creencia en las dos primeras proposiciones ha llevado a una mayor responsabilidad objetiva del agente [*strict injurer liability*], y por lo tanto a un mayor uso del derecho de responsabilidad civil extracontractual y de las reglas de responsabilidad

24. Ver en general G. Gilmor, *The Death of Contract* (1974).

Uno puede, desde este punto de vista, comparar con utilidad los varios intentos hechos por los tribunales para distinguir entre los contratos que limitan la responsabilidad en el caso de una tostadora defectuosa en el sentido de que no funciona, y aquellos en que la tostadora es defectuosa en el sentido de que explota o prende fuego una casa. El primer intento más común fue, claro, en términos de propiedad versus daños personales. Ver, por ejemplo, el test para la responsabilidad objetiva del “defecto que causa daños a los humanos” del juez Traynor, *Greenman v. Yuba Products, Inc.*, 59 Cal. 2d 57, 377 P.2d 897, 27 Calif. Rptr. 697, (1963); *Escola v. Coca-Cola Bottling Co.*, 24 Cal. 2d 453, 461, 150 P.2d 436, 440 (1944) (Traynor, J., adhiriendo).

Pero tal enfoque falló porque la misma sociedad que es lo suficientemente *laissez faire* para permitir un contrato ordinario que determine quién carga con el riesgo de que una tostadora no funcione (o de otros daños relativamente menos frecuentes, sean personales o a la propiedad) no está dispuesta a permitir que daños mayores relativamente raros en la propiedad de la víctima (como aquellos resultantes del incendio causado por una tostadora) se repartan de tal manera. En otras palabras, dónde termina el derecho de compraventa y comienza el derecho de la responsabilidad civil extracontractual, nos dice mucho sobre la conformación ideológica de la sociedad, acerca de cuánto se ha separado ésta del puro mercado, sin, a raíz de ello, comprometerse ideológicamente con el colectivismo.

25. Esto asume que el ideólogo de mercado puro se preocupa solamente por la eficiencia y no le interesan las consecuencias *distributivas* de la adjudicación de riesgos. De hecho, parece probable que la asignación inicial de derechos estuvo siempre apoyada en bases tanto distributivas como de eficiencia. Ver Calabresi y Melamed, *supra* nota 3; O. Holmes, *supra* nota 3.

en terrenos factibles, lo que inevitablemente debe molestar a los verdaderos creyentes en el estado liberal del siglo diecinueve. (La defensa de las segundas mejores posiciones en términos ideológicos –la regla de responsabilidad es siempre una segunda opción respecto del comportamiento contractual– raramente seduce a los verdaderos creyentes.) La baja en la creencia en la tercera proposición representa un asalto directo a la ideología de mercado. Ambas circunstancias juntas forman un escepticismo que excluye la vuelta a un derecho de la responsabilidad civil extracontractual en su mínima expresión; a una responsabilidad civil extracontractual que se limite a obrar como un complemento inevitable de una sociedad basada en contratos.

Pero, ¿qué sucede con la otra ideología? ¿Traerán acaso los próximos cien años la decadencia (o acaso la muerte) del derecho de la responsabilidad civil extracontractual y de las reglas de responsabilidad, en tanto ya no habrá lugar para el individualismo que aquél implica? ¿Se convertirá la regla de responsabilidad en esa concesión mínima que el estado colectivista debe permitir sólo porque no puede hacer cumplir colectivamente una infinidad de decisiones? El tamaño de la compensación por daños, ¿llegará a depender cada vez más de lo indeseable del comportamiento del pagador en lugar de depender de la mejor estimación de lo que es necesario para compensar el daño causado?²⁶ Y el otro lado de la moneda: ¿estarán las compensaciones en sí mismas cada vez más cubiertas por los impuestos generales? Es posible, puesto que ciertamente la tendencia en nuestra sociedad hacia un mayor colectivismo aún se mantiene vigorosa.

Aun así, y puede que esto refleje mi propio escepticismo ideológico, me inclino por creer que la tendencia no llegará tan lejos. Como en 1876, la marea está creciendo pero puede que al mismo tiempo ya haya comenzado a retroceder. El fracaso de la regulación, tal como la conocemos, como un medio para promover la seguridad, es demasiado patente. Los propios partidarios de una mayor regulación, como el Sr. Nader, basan sus afirmaciones en el fracaso de los “reguladores” anteriores, es decir, de la regulación. La tendencia a la corrupción del “Estado asignador”, del Estado que decide demasiadas cosas que afectan a demasiadas personas, se vuelve más manifiesta día a día.²⁷ Se habla, incluso en sociedades comprometidas con el colectivismo, acerca de la utilidad de los incentivos como medio de ejecución y elección. Al mismo tiempo, los numerosos experimentos que en los Estados Unidos se están poniendo a prueba en la actualidad con las acciones de clase, las licencias de contaminación o los impuestos (sencillamente otra forma de regla de responsabilidad), los daños inversos en los juicios por molestias, e incluso la auto-

26. Las multas o daños punitivos, usados *en lugar del derecho penal*, desde luego no representan un movimiento hacia un mayor colectivismo, sino todo lo contrario. Ver nota 18 *supra*. El mismo tipo de daños y multas empleados en lugar de daños *compensatorios*, en situaciones donde las acciones de responsabilidad civil eran utilizadas tradicionalmente como un sustituto para transacciones contractuales inviables, sí representan un alejamiento de decisiones relativamente atomísticas e individualizadas, y un incremento en la toma colectiva de decisiones.

27. Esta corruptibilidad es evidente tanto en las democracias al estilo “Occidental” como en las repúblicas “Del Pueblo”.

ejecución civil contra las violaciones de la ley, sugieren un creciente escepticismo hacia la manera puramente colectivista de controlar riesgos y daños.²⁸

Quizás una visión con la perspectiva que da la experiencia pueda distinguir en esta desilusión respecto de la “regulación pura” el comienzo de una tendencia. No será una tendencia hacia el derecho de la responsabilidad civil extracontractual del siglo diecinueve. Ni será, sospecho, una tendencia hacia esa sociedad relativamente individualista de mercado que, como segunda mejor opción, ocasionalmente he sido acusado de promover. El objeto no será simplemente colocar la responsabilidad sobre aquel que puede evitar de la forma más económica los costos de los daños, tomando en consideración objetivos distributivos, y luego dejar a las decisiones atomísticas la determinación de los niveles de seguridad y daño. Más bien, si existe una tendencia, es una tendencia hacia *el uso ideológicamente consciente del derecho de la responsabilidad civil extracontractual como sistema mixto*. Las posibilidades inherentes a la regla de responsabilidad civil en tanto dispositivo para promover objetivos claramente colectivos, y para mitigar las incapacidades que se perciban en la gente para decidir lo mejor para ellos mismos, permitiendo al mismo tiempo un amplio rango de elección y determinación atomística, serán explotadas completamente bajo esta visión. Si ese es el caso, si, como creo que sucederá, prevalece la sociedad mixta, el próximo siglo no será el siglo de los contratos ni del derecho penal (aunque ambos seguirán siendo dominantes en áreas limitadas debido a la mezcla ideológica)²⁹ sino el del derecho de la responsabilidad civil extracontractual y el de la regla de responsabilidad.

28. Ver, por ejemplo, *Spur Indus., Inc. v. Del E. Webb Dev. Co.*, 108 Ariz. 178, 494 P.2d 700 (1972) (el caso ya clásico de los daños inversos en la turbación); *International Herald Tribune*, Junio 3, 1976, pág. 3, col. 1, acerca de una propuesta de un impuesto a la polución, que algunos economistas y legisladores de los Estados Unidos creen será más efectivo que su regulación. Quienes proponen el impuesto a la polución enfatizaron la imposibilidad administrativa de su regulación. Un agente de la *National Association of Manufacturers* [Asociación Nacional de Fabricantes], en cambio, defendió la regulación en un seminario en el Congreso, diciendo, “Está funcionando bien y no debería ser descartada por un enfoque teórico que aún no se ha probado.” Cf. *Washington Post*, Feb. 1, 1976, § B, pág. 1, col. 6 (reportando la demanda civil por daños presentada por una víctima de violación para reforzar lo que fueron vistos como controles inadecuados de derecho penal en dicho área). Ver también el debate entre Posner y Landes, y Stigler sobre los méritos relativos de la “ejecutabilidad privada del derecho,” Landes y Posner, “The Private Enforcement of Law”, 4 J. LEGAL STUD. 1 (1975); Becker y Stigler, “Law Enforcement, Malfeasance, and Compensation of Enforcers”, 3 J. LEGAL STUD. 1 (1974).

29. Si este punto de vista es correcto, uno podría esperar que aumenten las influencias de acciones del tipo de la responsabilidad civil extracontractual en áreas donde prevalecen los contratos y el derecho penal. El concepto de contratos de adhesión, por ejemplo, seguirá creciendo (en consecuencia limitando al mercado puro incluso en áreas nominalmente gobernadas por el derecho contractual), como también lo hará la noción de compensación de las víctimas de crímenes (poniendo así en funcionamiento algunos incentivos propios del mercado, en un área del derecho tradicionalmente colectivista).

Mi colega León Lipson ha señalado que, en el último siglo, un desproporcionado número de comentaristas legales estadounidenses y británicos, comenzaron su carrera en el área del derecho contractual, mientras que un desproporcionado número de sus pares en Rusia, desde 1917, han sido estudiosos del derecho penal. Será interesante ver si los filósofos legales estadounidenses de los próximos años vendrán de terrenos en los que dominan las reglas de responsabilidad, según aquí he empleado el término.

¿El argumento del federalismo vs. el argumento de igualdad? El derecho a la salud de las personas con discapacidad*

Laura Clérico

I.1. Introducción

El sistema de salud en Argentina fue objeto de un largo proceso de descentralización que implicó la provincialización de los hospitales públicos y otros centros de atención. La mayor parte de los estudios sobre política social coinciden en marcar que esta descentralización respondió a una lógica meramente fiscalista para disminuir el llamado “gasto público” nacional. La descentralización vino así acompañada del desfinanciamiento a ese sector, en especial, en el marco de transformación económica operado en la década de los noventa. El traspaso fue asimétrico, se traspasaron los hospitales y otros establecimientos públicos de salud pero no así los recursos necesarios.¹ Aún más la descentralización no tuvo mayormente en cuenta un diagnóstico completo y convincente de la desigualdad de armas (en términos de infraestructura, equipos de personal de la sanidad y técnicos, entre otros) con que cada una de las provincias recibían las transferencias. Así, los servicios transferidos encontraron a los estados provinciales con estructuras e institucionalidades dispares que no favorecieron a que esos estados pudieran hacerse cargo de las obligaciones de forma suficiente e igualitaria.

Así, la descentralización unida al desfinanciamiento en el contexto de un sistema de salud mixto caracterizado por la fragmentación,² la desarticulación y la falta de

• Agradezco a Guillermo Treacy, a Sebastián Scioscioli y a Martín Aldao la lectura crítica de este trabajo y a los participantes, del Seminario interno de ACIJ, del Seminario de Derecho e Instituciones de la Universidad Nacional del Sur sede Bahía Blanca, del Seminario de la Univ. de Palermo, respectivamente, que sometieron este texto a discusión. Por último, agradezco a la Revista Jurídica de Palermo el haber aceptado este artículo para su publicación. Una versión anterior de este escrito fue publicada como Clérico L., *El derecho a la salud de las personas con discapacidad: ¿el argumento del federalismo como acelerador o como freno?* Buenos Aires: La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional, Julio 2009.

1. Algunos interpretan que el hecho de que en los momentos en que los recursos provinciales presentaban una sustancial recuperación, el Estado Nacional presionó a las provincias para que emprendieran un ajuste fiscal adicional, haciéndolas cargo de mayores funciones sin recibir nuevos recursos. Esta base hace más explícita la hipótesis mencionada sobre la atribución de transferencia a motivaciones fiscales antes que a razones de política sectorial u otras. A su vez, se identifica una ausencia de delimitación de especificidad de los fondos que las provincias reciben de la coparticipación: por ejemplo, algunas destinan el 8% y otras el 28% al área salud. Además, el traspaso se produjo en un contexto de escasa deliberación: ocurrió durante gobiernos de facto o durante gobiernos democráticos pero por decreto o por leyes pero sin mayor debate, lo que implicó poco margen de negociación y (des)acuerdo del traspaso.

2. En este sentido Anlló, G. y Cetrángelo, O., “Políticas sociales en Argentina: viejos problemas, nuevos desafíos”, en: Kosecoff, B., (ed.), *Crisis, recuperación y nuevos dilemas. La economía argentina 2002-2007*, CEPAL, Buenos Aires, 2007. V. apartado II.3.2 de este trabajo.

coordinación interjurisdiccional³ implicó en términos de derechos el incumplimiento de obligaciones estatales que en varios casos configuraron violaciones claras y graves⁴ al derecho a la salud tanto en el acceso como en la calidad del servicio.

Si bien la descentralización tiene mala prensa cuando responde a la lógica fiscalista, la descentralización en el contexto de estados federales podría ser justificada en clave del argumento democrático (cercanía de los habitantes respecto de las diferentes arenas políticas públicas y públicas estatales en las que se delibera y decide la política sanitaria lo que podría favorecer la participación más directa de los afectados)⁵ y del argumento de igualdad (determinación de las necesidades, intereses a través de la escucha atenta de grupos de personas que habiten determinadas regiones de un país, por ejemplo, pueblos originarios del NOA y NEA, entre otros). Ahora bien, ¿cuál es el peso que puede tener el argumento del federalismo - en el contexto del proceso de descentralización que respondió a una lógica meramente fiscalista -, cuando el estado nacional y/o provincial lo utiliza para eximirse de las obligaciones que surgen del derecho a la salud de las personas con discapacidad?

1.2. Planteo del problema

El derecho a la protección integral de la salud de las personas con discapacidad cuenta con un amplio reconocimiento normativo en el derecho argentino, sin embargo, el acceso real al ejercicio de este derecho es dispar, afectando aún con mayor intensidad a aquellas personas con discapacidad pertenecientes a algunos de los otros grupos desaventajados identificados en el art. 75 inc. 23 de la Constitución nacional. Por ejemplo, las personas con discapacidad en situación de indigencia residentes en El Impenetrable del Chaco que sólo tiene acceso al sistema público de salud se encuentran aun en peores condiciones que una persona con discapacidad que reside en el barrio de la Recoleta de la Ciudad de Buenos Aires y que posee obra social y está adherida al sistema de medicina prepaga.⁶

Esta conjetura se condice con el diagnóstico que habla de la “gran heterogeneidad” que presenta el llamado federalismo sanitario, lo que lleva a una gran desigualdad en el

3. Los controles nación-provincia y los mecanismos de coordinación interjurisdiccional son percibidos como complejos e ineficaces, como remedio se requiere una definición clara y precisa de las funciones que corresponden a los diversos actores provinciales y nacionales que protagonizan el sistema; además, se identifica una ausencia de delimitación de especificidad de los fondos que las provincias reciben de la coparticipación: algunas destinan el 8% y otras el 28% al área salud. V. Rodríguez Ricchieri/Tobar, El Consejo Federal de Salud Argentino (CO.FE.SA.), Buenos Aires, 2003; Tobar, F. et al. El gasto en salud en Argentina y su método de cálculo. Ediciones ISALUD No 5. Buenos Aires. 2002; “El sistema de salud argentino en un contexto federal”, CEDI/UDESA, Buenos Aires, 2002; Acuña/Chudnosky, El sistema de salud en Argentina, CEDI/UDESA, 2002, entre muchos otros.

4. Esta afirmación es en general y habla de una tendencia en el perfil de casos sobre derecho a la salud llegados a la Corte. V. apartado II.2 de este trabajo y notas al pie.

5. V. nota al pie Nro. 77 de este trabajo.

6. V. Clérico, L./Scioscioli, S., “El derecho a la salud de las personas con discapacidad y el impacto del derecho constitucional internacionalizado en la regulación de las actividades de las prepagas”, en JA 2/4/2008.

¿El argumento del federalismo vs. el argumento de igualdad? El derecho a la salud...

acceso al sistema de salud entre las diversas jurisdicciones locales. Como se adelantó, esta desigualdad obedece a diversas causas ampliamente estudiadas en informes de corte sociológico, político y económico. Por ejemplo, una de ellas se acrecienta por el traspaso a las provincias de los hospitales públicos unida al desfinanciamiento del sector en virtud de una lógica meramente fiscalista.

La otra causa se esconde tras el uso del argumento jurídico del federalismo. Algunos estados u obras sociales provinciales⁷ alegan la estructura federal del estado argentino para eximirse del cumplimiento de las obligaciones que surgen del bloque de constitucionalidad.

Este argumento es bifronte. Es utilizado tanto por las provincias como por el Estado nacional. Por un lado, las provincias se ampararían en las competencias que tendrían para reglamentar la materia salud, por lo que obligarlas en virtud del cumplimiento de estándares que surgen de normas de fuente nacional o federal - incluso con jerarquía constitucional - implicaría avasallar la autonomía provincial. Por su parte, la Nación alegaría que como es competencia de las provincias, las primeras en responder serían ellas y esto eximiría al estado nacional.⁸ La intervención de la Nación implicaría avasallar

7. Por ejemplo, este es el argumento implícito en la argumentación de la obra social provincial en "ICF", CSJN-30/11/2008. Cfr. "Romero, Silvina y en rep. de María Laura c. Instituto Provincial de Salud de Salta (I.P.S.)" C. Civ. y Com. Salta, Sala III, 25/08/2009 LLNOA2009 (diciembre), 1071 AR/JUR/31273/2009; "Soleres Adriana Adelina c. IOSPER y otro", Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos, Sala I de procedimientos constitucionales y penal, "Soleres, Adriana Adelina c. IOSPER y otro", 31/10/2008, La Ley Online: AR/JUR/21082/2008; "Albornoz, José Luís y otra c. I.O.S.P.E.R.", 03/11/2008, LL Litoral, 2009, 292; "Toconas, Juan Pedro c. Instituto Provincial De Salud De Salta", C. Civ. y Com. de Salta, Sala III, 20/08/2009, LLNOA2009 (noviembre), 970, AR/JUR/31274/2009; "Nievas, Mario R. y otra c. D.O.S.", C. C., Com. y Min. de San Juan, Sala I, 29/12/2004, LLGran Cuyo 2005 (octubre), 987; "Donadio, Laura Noemí c. O.S.E.P.", 27/02/2009, C. C., Com., Min., de Paz y Tributario de San Rafael LLGran Cuyo 2009 (mayo), 399; "Bleynat, Héctor Juan c. Dirección de Ayuda Social del Congreso de la Nación", C. Nac. C. y Com. Fed., Sala I, 26/02/2009 La Ley Online; "Vera Tello, Paula María y otra", C. C., Com. Min. de San Juan, Sala I, 03/09/2008 LLGran Cuyo 2009 (marzo), 197.

8. Este fue el argumento que el Estado nacional utilizó en el caso "Passero de Barreira, Graciela N. c. Estado Nacional", [CSJN- 18/09/2007] aunque sin éxito. En el caso, Passero inició un amparo como curadora de su hija mayor de edad que quedó totalmente incapacitada a raíz de un accidente automovilístico. Solicitó al Estado Nacional que adoptara las medidas necesarias para la prestación del servicio médico asistencial integral que exigía la situación de su hija. La Provincia de Santa Fe fue citada como tercero por haberse adherido al programa marco del Sistema Único de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad. El juez de primera instancia hizo lugar al amparo y ordenó al Estado Nacional que garantizara la cobertura total y completa y controlara la continuidad y permanencia en la prestación del tratamiento de rehabilitación en internación domiciliaria a través del Programa Federal de Salud (PRO.FE) [este programa busca garantizar la cobertura médica a los sujetos titulares de las llamadas pensiones no contributivas, v. http://www.msal.gov.ar/htm/site/prog_profe.asp]. La Cámara confirmó la sentencia. *El Estado Nacional interpuso un recurso extraordinario aduciendo que el convenio celebrado entre la Provincia de Santa Fe y el Directorio del Sistema Único de Prestaciones Básicas para las Personas con Discapacidad por el cual están a cargo del programa Federal de Salud (PROFE) las prestaciones requeridas por la actora implica que es dicha jurisdicción la primera obligada al cumplimiento y no el Estado Nacional* (art. 8 ley 24.901). En este caso no se discutía la necesidad de atención médica integral que tenía la persona con discapacidad, sino que el problema radicaba en determinar quien debía hacerse cargo de los costos de esa atención: la provincia o el estado nacional. En "Passero", la Corte condenó al Estado Nacional a garantizar la cobertura médica requerida.

la autonomía provincial. Todo ello ha generado la necesidad de acudir a la justicia para exigir por el cumplimiento de las obligaciones que surgen del derecho a la salud de las personas con discapacidad.⁹

Ahora bien, si el reto es lograr igualdad real (mandato del art. 75 inc. 23 de la Constitución nacional), “un nivel aceptable” de igualdad territorial (art. 75 inc. 2 de la Constitución nacional), esto es, *un piso aceptable debería estar dado por el que surge de las normas que conforman el bloque de constitucionalidad (léase Constitución e Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos sobre salud y discapacidad) y las normas federales y nacionales que los complementan. Esta tendencia de aplicación de “principios” que surgen de normas federales para evaluar el accionar insuficiente u omisivo de las provincias puede ser vista en varios fallos de la Corte, en especial, por ejemplo, en “I.C.F.”¹⁰, en donde preventivamente ordena a una obra social no-adherida a la Ley 24.901 a que se haga cargo de las prestaciones en materia educativa que surgen de la interpretación de normas provinciales a la luz del derecho a la salud de rango constitucional (argumento art. 75 inc. 22 y 23 y art. 42 CN).*¹¹

Así, el punto central de este artículo es determinar el alcance de las obligaciones estatales que surgen del derecho a la salud de personas con discapacidad, en especial, del art. 75 inc. 23 CN, cuando el sujeto obligado a la prestación¹² es “el estado” (¿nacional?, ¿provincial?, ¿municipal?) o una obra social provincial no-adherida a las leyes 23.660 y 23.661 sobre sistema de salud. En este artículo jugaré con dos funciones del argumento del federalismo.

La *primera función es crítica*. Es necesario volver a pensar los lugares desde los que algunos siguen interpretando la distribución de competencias en materia de cumplimiento de los derechos. Estos lugares fueron pensados en su mayor parte con anterioridad a la reforma de 1994.¹³ Por ello no dan cuenta de los *nuevos principios* que atraviesan (incluso) a las normas constitucionales sobre competencia referidos a los derechos que hablan de:

a) la responsabilidad del estado en caso de incumplimiento de sus obligaciones de respetar, garantizar o proteger. El artículo 28 de la Conv. Amer. - cláusula federal - es claro en delimitar que es el *Estado nacional quien es responsable por el cumplimiento de las obligaciones que surgen de ésta*. El estado nacional no puede oponer como argumento eximente de su responsabilidad el diseño de derecho constitucional interno

9. V. Clérico, L./Scioscioli, S., op. cit.

10. CSJN-30/11/2008. V. nota al pie Nro. 56 de este trabajo.

11. V. extensión al I.PRO.S.S. de obligaciones que surgen de la ley 24.901 en: “Matar, Silvia s/amparo”, Superior Tribunal de Justicia de Río Negro, 26/11/2008.

12. Según jurisprudencia constante de la Corte, la preservación de la salud integra el derecho a la vida, por lo que existe una obligación impostergable de las autoridades públicas de garantizarla mediante la realización de acciones positivas, Fallos: 321:1684; 323:1339 y 3229, “ICF” (2008).

13. Cfr. Mera, J., “Federalismo y Salud”, Medicina y Sociedad, Año 27, Nº 4 2007; Rodríguez Ricchieri/Tobar, op. cit.

¿El argumento del federalismo vs. el argumento de igualdad? El derecho a la salud...

de distribución de competencias entre provincias y nación.¹⁴ Así la cláusula del art. 28 impone al estado dos obligaciones globales. La primera aclara que es *el estado nacional quien debe responder directamente por las violaciones* - sin importar si el acto u omisión estatal es de origen nacional o provincial. La segunda es claramente una obligación de hacer ya que le exige - incluso cuando no exista amenaza de incumplimiento y en forma preventiva - que con respecto a las competencias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la federación, el *gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes*, conforme a su constitución y sus leyes,¹⁵ a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención.¹⁶ Por su parte, en el art. 4 apartado 5 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se establece que las disposiciones de esa Convención se aplicarán a todas las partes de los Estados federales sin limitaciones ni excepciones (argumento del derecho internacional de los derechos humanos);

b) la *competencia expresa* atribuida al Congreso de la Nación de dictar medidas de acción positiva¹⁷ para lograr *igualdad real* de oportunidades para el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad (argumento de derecho interno). Para que estos grupos vulnerables o desaventajados puedan ejercer sus derechos en condiciones de

14. V. desarrollo de este argumento y, además, bajo consideración de normas del derecho internacional general (v. arts. 27 y 46 de la Conv. de Viena sobre Derecho de los Tratados), en: Dulitzky, A., "Federalismo y derechos humanos: el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la República Argentina", Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Nro. 6, 2006 y publicado también en: Abramovich/Bovino/Courtis (comp.), "La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local". La experiencia de una década". CELS y Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007.

15. Dulitzky, A., op. cit.

16. Por supuesto esta norma admite una suerte de interpretación miope: sólo prevería el supuesto de que el estado fuere denunciado ante la Comisión Interamericana, entonces es él y no el provincial quien responde de cara a la comunidad internacional. Esta interpretación miope no es convincente. Primero no toma en serio que los tratados de derechos humanos son ratificados por los estados para ser cumplidos también en el orden interno y frente a sus habitantes. Segundo, si es posible otorgar una interpretación más favorable a una mejor protección y alcance de los derechos, hay que inclinarse por ésta, de acuerdo a la cláusula de interpretación pro-homine y, por ejemplo, el art. 29 de la CADH. Una interpretación más convincente es la propuesta, por ejemplo, por la Corte Suprema en su jurisprudencia y buena parte de la doctrina (v. Dulitzky, A., op. cit, entre otros). Esta dice: la cláusula del art. 28 debe ser interpretada de forma tal que el estado nacional responda asimismo en el orden interno y a los efectos de evitar o interrumpir una violación grave a un derecho cometida por un acto u omisión provincial, por lo menos, para que se cumpla con las obligaciones que surgen de los IIDH con jerarquía constitucional y de las leyes federales complementarias. En el caso del derecho a la salud de las personas con discapacidad ese piso estaría dado por el PIDESC, la CADH y las leyes federales complementarias de sistema de salud y de discapacidad - ley 24.901, entre otras. Ahora bien, una vez remediada la violación ambos estados siguen estando obligados. El estado provincial por la distribución de las competencias internas. El estado nacional además porque el art. 28 de la CADH le exige que genere los mecanismos para que las provincias cumplan. La jurisprudencia de la Corte Suprema se ha ocupado de enfatizar la primera y en virtud de ella ha condenado en reiteradas oportunidades al estado nacional. La segunda obligación es sólo enunciada por la Corte pero no se detiene en una advertencia explícita a la Nación para que genere mecanismos de control eficaces.

17. Sobre medidas de acción positiva, v. Rodríguez, M. V., Igualdad, democracia y acciones positivas, en Gargarella, Teoría y Crítica del Derecho Constitucional, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 619.

igualdad real, entonces el constituyente determina que el Congreso *nacional* debe dictar *medidas de acción positiva*. Este mandato implica un empezar a hacer positivo, con lo que la norma se viola si el legislador (i) sigue omitiendo, si (ii) retrocede arbitrariamente sobre lo hecho, si (iii) lo hecho por acción es insuficiente o defectuoso, si (iv) no genera la organización y procedimiento para que se produzca, en su caso, un control eficaz del cumplimiento por las autoridades nacionales y locales, según el caso, de las medidas de acción positiva.¹⁸

La *segunda función* del argumento del federalismo es *constructiva*. El argumento del federalismo requiere ser interpretado como facilitador del cumplimiento de los derechos *para mejorar* el piso que fijan las normas de derecho federal y nacional. En ausencia de protección provincial eficaz se aplican los estándares que surjan de las normas federales y nacionales hasta que las provincias consoliden sus propios medios de protección que se acerquen y superen los estándares de fuente federal. Este parece ser el camino iniciado por la Corte en donde ordena a las obras sociales no-adheridas al sistema de la Ley 24.901¹⁹ a hacerse cargo de las prestaciones que surjan de los principios que sustentan a esa norma.²⁰

Así sostengo que las funciones del argumento del federalismo están fuertemente atravesadas por el diagnóstico del constituyente cuando incluyó la norma del art. 75 inc. 23 de la Constitución nacional que da cuenta de situaciones de desigualdad real a causa del sojuzgamiento de una clase o grupo de personas, como en este caso, las personas con discapacidad. Incluso este diagnóstico empeora para las personas que habitan ciertas regiones o provincias. Por ello, si se toma en serio que el mandato constitucional exige que el Congreso nacional dicte medidas de acción positiva para que las personas con discapacidad tengan acceso real al ejercicio de sus derechos (supuesto distinto a los arts.

18. Según interpreto este último punto es lo que trata de sostener la Corte cuando en el citado caso "Passero" [v. nota al pie Nro. 7 de este trabajo] advierte al estado nacional que *a él corresponde velar por el fiel cumplimiento* de los tratamientos requeridos, dada la función rectora que le atribuye la legislación nacional y las facultades que debe ejercer para coordinar e integrar sus acciones con las autoridades provinciales y diferentes organismos que conforman el sistema sanitario del país a fin de lograr la plena realización del derecho a la salud.

19. Las Provincias adheridas son: Catamarca, Chaco, Chubut, Corrientes, Córdoba, Formosa, Jujuy, La Pampa, La Rioja, Misiones, Rio Negro, Salta, San Juan, San Luis, Santa Cruz, Santa Fe y Tucumán. Fuente: http://www.cndisc.gov.ar/doc_publicar/spb.htm (última consulta: 12/7/2010); v. sin embargo, sobre el problema que plantea que adhiera la provincia pero no las obras sociales provinciales en, Rosales, P., La discapacidad en el sistema de salud argentino, LexisNexis, Buenos Aires, 2004.

20. El art. 8° de la ley 24.901 y su decreto reglamentario establece que el Poder Ejecutivo propondrá a las provincias que dicten normas que establezcan principios análogos a la presente ley, por su parte el decreto reglamentario estableció que las provincias podían adherir por convenio. Si esta invitación se interpreta en forma netamente facultativa, entonces se estaría otorgando a las provincias un alto margen de discrecionalidad para que establezcan prestaciones similares a la norma federal y sin plazo. Sin embargo, esta interpretación no resulta la más favorable a la protección de los derechos de las personas con discapacidad (principio pro-homine). La invitación podría ser entendida como una obligación de empezar a hacer en el marco de un plazo razonable de adaptación para que las provincias y las obras sociales nacionales y provinciales aún no-adheridas puedan modificar sus sistemas e infraestructura para hacerse cargo de las prestaciones debidas. Así el argumento del art. 8 no es concluyente para desligar a las provincias y obras sociales no-adheridas de las obligaciones impuestas en materia de discapacidad. V. argumento de igualdad en el apartado III de este trabajo.

75 incs. 18 y 19 CN), la ejecución de ese piso normativo no puede dejarse librado a la discrecionalidad de las provincias u obras sociales no adheridas (apartado III). Así el principio que consagra igualdad real cambia el paradigma de protección de los derechos. Esto lleva a revisar críticamente primero el modelo de derechos desde los que se concebían los de las personas con discapacidad (apartado II.1), para confrontarlo luego con el modelo robusto que surge de la reforma de 1994 (apartado II.2). Por último insistiré en el argumento de igualdad como razón sustantiva para extender la aplicación de los principios de la ley 24.901 a todo el territorio de la República y como expresión de las medidas de acción positiva del art. 75 inc. 23 de la Const. nacional (apartado III). A lo largo de este trabajo me detendré en algunos fallos de la Corte Suprema que me permitirán discutir las propuestas sugeridas.

II.1 ¿La salud como mera cuestión de política pública discrecional, contributiva o como cuestión de derechos?

Los deberes del estado en materia de salud parecen estar atravesados por tres principios estructurantes: el principio de discrecionalidad, el principio contributivo y el principio de ciudadanía. La política social en materia de salud puede ser reconstruida según haya primado o no cada uno de estos principios. Así, bajo el paraguas de la constitución 53/60 el principio de discrecionalidad ha sido el preponderante: quien genera la política da sin sentirse obligado, con lo cual puede interrumpir cuando lo considere conveniente y quien recibe no posee las herramientas jurídicas de exigibilidad frente a la interrupción. El principio contributivo es el que atraviesa la política social de promoción del sistema de obras sociales: el acceso al sistema de salud está condicionado por la relación de trabajo y por la contraprestación. Este principio fue preponderante a partir de la década del cuarenta. El principio de ciudadanía implica para el estado la obligación de asegurar el acceso a un sistema de salud para todos los habitantes, el estado está obligado, el habitante tiene derecho y en caso de incumplimiento de las obligaciones puede exigir su cumplimiento por vía administrativa y judicial. Este principio parece cobrar impulso a partir de la reforma de 1994 y es el argumento que levantan los sectores que hablan de políticas sociales integrales desde el enfoque de los derechos.

II.1. Antes de la reforma de 1949: la salud como cuestión de política pública discrecional

La constitución del 53/60, que en gran medida respondía al modelo de constitución liberal-burgués, no reconocía expresamente el derecho a la salud. En ese modelo de constitución no parecía haber espacio para un derecho a la salud que implicara deberes estatales positivos más o menos reglados. La concepción predominante (aunque sesgada) de los derechos respondía a los llamados de “derechos de defensa”.²¹

21. V. crítica general a este modelo sesgado de derechos y a la neutralidad como aparente “no-intervención” que a la postre justifica un status quo desigualitario en, Alexy, R., Teoría de los derechos fundamentales, CEC, Madrid, 2007, cap. IX, entre otros.

Por su parte la concepción predominante de igualdad era la jurídica formal. Así la discapacidad no era una preocupación constitucional y estaba invisibilizada bajo el velo de una concepción de igualdad insensible a la desigualdad real que afectaba el acceso igualitario de los derechos a las personas con discapacidad.

Descartada la salud como derecho, sólo aparecía como “razón” para su limitación o como objeto de una política pública discrecional. De acuerdo con la versión clásica del “ejercicio del poder de policía restringido” el estado podía reglamentar los derechos para la protección de este bien público.²² Según esta concepción el ejercicio del poder de policía en sentido restringido era una competencia del poder reglamentador (léase, legislaturas provinciales o municipalidades) local: cada provincia lo ejercía en su territorio y la nación para sus territorios. Con posterioridad la Nación entendió que podía dictar leyes para todo el territorio para proteger a la salud en virtud del ejercicio del llamado “poder de policía amplio” y para promover la prosperidad o el bienestar general. En este sentido la materia salud adquiriría claramente el carácter de concurrente entre la Nación y las provincias. Pero el ejercicio de este poder reglamentador no surgía de la validez del derecho a la salud, sino en virtud de una política pública del estado en materia de salubridad (de tono higienista o sanitarista, según el caso).

La cuestión cambia con la Constitución de 1949 que claramente responde al movimiento del constitucionalismo social, que a su vez coincide con una mayor presencia del estado como planificador y prestador en el sector salud que implicó, por ejemplo, la duplicación de la capacidad hospitalaria del país.²³ Por su parte, la nueva constitución reconoce expresamente el derecho, a la “preservación” de la salud,²⁴ del bienestar social y de la seguridad social, basada en una concepción de derechos sociales y de igualdad fáctica. La protección frente a situaciones de discapacidad se hace visible pero en función de la pérdida de capacidad para el trabajo.²⁵ Sin embargo, la vigencia de esta constitución fue reducida en el tiempo como para poder ponderar su efectividad, pues en 1956 fue abrogada inconstitucionalmente por un gobierno de facto.

Por su parte, la reforma de 1957 constitucionaliza el derecho a la salud a través de los derechos de los trabajadores y de la seguridad social. Esta materia por aplicación del actual 75 inc. 12 CN formaría parte del llamado derecho común, sea que se encuentre en las leyes laborales nacionales o en el formato de un código del trabajo. Así el poder de configuración de este derecho estaría en cabeza del Congreso de la Nación y formaría parte del llamado “derecho común”; con la salvedad que su aplicación quedaría en cabeza de las jurisdicciones locales o federales según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones.

22. Sobre el llamado “poder de policía” v. Gelli, M. A., *Constitución comentada*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008, arts. 14, 75 incs. 18 y 19.

23. V. Tobar y Rodríguez, op. cit., 23.

24. V. Art. 37.I.5. y Art. 37.III.5 de la Const. 1949.

25. V. Art. 37.I.7. de la Const. 1949.

¿El argumento del federalismo vs. el argumento de igualdad? El derecho a la salud...

Ahora bien, el art. 14 bis se dirige a unos de los puntos centrales del derecho a la salud cuando determina que la “ley” establecerá el seguro social obligatorio que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales. Respecto del deber de dictar esta medida, queda en cabeza de la Nación o las provincias según el caso. Sin embargo, esta ley no fue dictada en su forma literal: seguro social obligatorio general y universal, lo que hubiese implicado un cambio de la política social de la lógica contributiva a la lógica de una ciudadanía social basada en derechos. En cambio y en forma paulatina fue creciendo el sistema de obras sociales, los hospitales públicos nacionales y dictándose leyes nacionales reglamentarias. Otro tanto ocurría con las legislaturas provinciales y la legislación para regular las obras sociales provinciales. Sin embargo, pronto interpretó el Congreso Nacional que tenía competencia para dictar leyes federales que establecieran y regularan el sistema de salud nacional (19.032 - obra social para jubilados y pensionados -, 18.160 - obligación de los trabajadores de afiliarse a la obra social correspondiente a su rama de trabajo -, 23.660 y 23.661 - leyes sobre el sistema nacional de salud)²⁶ y un sistema de protección integral de la discapacidad (22.431).²⁷

Antes de la reforma de 1994, la Corte expresó frecuentemente que el “derecho a la vida y a la preservación de la salud”²⁸ se encontraban también reconocidos en los arts. 14 y 14 bis, 18 y en especial, en los arts. 19 y 33 de la Const. Nacional. Sin embargo, no se interpretaba que de ahí se siguieran fuertes deberes exigibles de prestación positiva en cabeza del estado nacional o provincial para aquellas personas no pertenecientes al sistema de obras sociales y más aún en situación de discapacidad.

II.2 Reforma de 1994: la salud como derecho, las obligaciones estatales y la desigualdad fáctica

Luego de la reforma de 1994, el derecho a la salud se encuentra explícitamente formulado en los arts. 41 (referido al medio ambiente), 42 (referido a la relación de consumo y de usuario de servicio público) y 75 incisos 22 (vinculado a la jerarquía constitucional de varios instrumentos internacionales de derechos humanos que involucran al derecho a la salud) e inc. 23 (referido a las medidas de acción positiva para promover los derechos y lograr *igualdad real*, entre otros, de las personas con discapacidad) de la Constitución nacional, más cercana a una lógica de ciudadanía social. Es decir, tienen derecho a la salud por la sola característica de ser habitante de un país (art. 12 PIDESC).

26. De acuerdo con el art. 38 de la ley 23661 la Superintendencia de Servicios de Salud (decreto 1615/1996) y los agentes del seguro estarán sometidos exclusivamente a la jurisdicción federal. V. Pareto, Marcia; Aren, Julio, “La competencia en materia del seguro de salud”, RDLSS 2008-22-1990, Lexis N° 0003/402003.

27. Esta ley fue dictada por un gobierno de facto en 1981 y complementada luego de 1994 por la 24.901.

28. “Saguir y Dib”, Fallos, 302:1284, consid. 8), entre otros.

El derecho a la salud consagrado es amplio en cuanto a su objeto y esto advierte sobre el alcance de las obligaciones estatales. No sólo se debe proteger la ausencia de enfermedad sino que se debe tender al disfrute del «más alto nivel posible de salud física y mental» (art. 12 del PIDESC). Así el derecho a la salud genera tanto deberes estatales de abstención (de no hacer) como deberes de hacer positivo. El mayor desarrollo jurisprudencial de la Corte en estos últimos años se refiere al derecho a la salud de las personas que se encuentran en situación de discapacidad como derecho que genera también obligaciones de prestación positiva.²⁹

¿En qué consisten los deberes positivos del estado, cuál es su alcance y *quiénes* responden por su cumplimiento en un estado federal? Aquí interesan, en especial, los que emanan de la validez del derecho a la salud de las personas con discapacidad. Para ello hay que considerar la interpretación de las obligaciones que surgen de los instrumentos internacionales de derechos humanos, por ejemplo, enumeradas en los arts. 1 y 2 de la CADH sumadas a las más específicas que surgen del derecho a la salud reconocida en el PIDESC y que ocasionó que el Comité de DESC se pronunciara en la Observación General (OG) Nro. 14 sobre el alcance de las obligaciones estatales de «respetar», «garantizar» y «promover»³⁰ y en especial en la OG Nro. 5 acerca de los deberes de adoptar medidas de acción para promover los derechos de las personas con discapacidad.³¹ De la reconstrucción de todos estos pronunciamientos, surge que los deberes positivos del estado, pueden ser, por lo menos, de tres tipos de hacer:

- a) de aprobar leyes u otras normas que terminen de generar las condiciones para que el sujeto titular pueda hacer uso de su derecho sin necesidad de tener que transitar la vía administrativa, judicial o de cualquier otro tipo para reclamar por el ejercicio efectivo de los derechos; por ejemplo, las leyes sobre sistema nacional

29. Sin embargo, también se pronunció en algún caso referido al derecho a la salud como derecho de no-intervención, v. «Bahamóndez», Fallos, 316:479 (1993), la Corte Suprema por mayoría declaró que la cuestión había devenido abstracta pues Bahamóndez había sido dado de alta y no había sido necesaria la transfusión de sangre diagnosticada. Sin embargo, los jueces Belluscio y Petracchi sostuvieron, en disidencia, que sería contraria a la constitución una resolución judicial que autorizara a someter a una persona adulta a un tratamiento sanitario en contra de su voluntad, cuando la decisión del individuo hubiera sido dada con pleno discernimiento y no implicara un perjuicio concreto a derechos de terceros.

30. La obligación de respetar el derecho a la salud refiere en particular a la abstención estatal de intervenir directa o indirectamente en el disfrute de este derecho así como de denegar o limitar el acceso igual de todas las personas o de imponer prácticas discriminatorias como política de estado. La obligación de proteger incluye, entre otras, la de adoptar leyes u otras medidas que resulten necesarias para impedir que terceros interfieran en el acceso igual a la atención de la salud y los servicios relacionados con la salud. Finalmente, la obligación de cumplir, apunta a la necesidad de que los estados reconozcan suficientemente el derecho a la salud en sus sistemas políticos y sus ordenamientos jurídicos nacionales y que adopten una política nacional de salud acompañada de un plan detallado para el ejercicio del derecho a la salud.

31. Así se debilita la objeción semántica contra los problemas de determinación del contenido de los derechos de prestación positiva, v. Alexy, R., op. págs. 443 y sgts.; Abramovich/Courtis, Los derechos sociales como derechos exigibles, Trotta, Madrid, 2002.

¿El argumento del federalismo vs. el argumento de igualdad? El derecho a la salud...

de salud (leyes 23.660 y 23.661), las normas sobre Plan Médico Obligatorio (PMO y PMOE), las leyes sobre programa de salud sexual y procreación responsable (ley 25.673 y Decreto 1282/03) y sobre anticoncepción quirúrgica (ley 26.130), la ley de protección integral de los derechos de las personas con discapacidad (ley 24.901) y sobre objetivos específicos (HIV, Plan Materno-Infantil, Plan Federal de Chagas, entre otros);

- b) de organización y procedimiento que exigen que el estado haga algo en el sentido de determinar y disponer de la organización y procedimientos indispensables para que se puedan realizar los derechos, controlar, fiscalizar y coordinar las acciones de los agentes de salud para prevenir incumplimientos y establecer procedimientos eficaces de exigibilidad para los casos de incumplimiento por acción u omisión de las obligaciones. Asimismo, implican obligaciones de organización y procedimiento para implementar acciones compensatorias para dar respuesta a las fuertes desigualdades en el «desarrollo humano» entre las provincias,³² generadas por fuertes diferencias en las estructuras político-administrativas, económicas y sociales de las diferentes provincias, que implican que no todas cuenten con las mismas armas para cumplir con las obligaciones que surgen del derecho a la salud. Si, por ejemplo, el estado nacional ponderó que las prestaciones - que surgen en forma enumerativa de la ley 24.901 -, estén a cargo de las obras sociales, tiene que generar un sistema de control eficaz para que aquellas obras sociales no-adheridas logren garantizar, por lo menos, prestaciones similares. De lo contrario no hace más que petrificar la desigualdad de las personas con discapacidad que el constituyente del 94 diagnosticó y que mandó a remediar, además, a través de medidas de acción positiva (argumento del art. 75 incs. 22 y 23 CN);³³ y
- c) de dar, por ejemplo, la entrega de medicamentos, prótesis, sillas de ruedas, etc.; la prestación directa de servicios de salud; financiamiento de tratamientos y operaciones.

Ahora bien, ¿por qué preguntarse por los deberes? ¿*Por qué pasar del discurso de los derechos al de los deberes?* Si la jurisprudencia se toma como un indicador del desarrollo de un derecho en general, entonces del análisis de la producción jurisprudencial de

32. PNUD, Informe de Desarrollo Humano, 2002, entre muchos otros informes y artículos.

33. El derecho a la salud en su función de derecho a la organización y procedimiento tiene como sujeto estatal obligado también al poder judicial. El procedimiento debe ser interpretado de forma tal que posibilite en la mayor medida posible la tutela efectiva del derecho a la salud. Esto obliga a volver la mirada sobre la forma en que los jueces y tribunales (inferiores) interpretan las normas de procedimiento para que de todas las posibles interpretaciones se inclinen por aquellas que tiendan a la mejor protección del derecho (incluida las cuestiones sobre la admisibilidad de la acción de amparo y la interpretación de la prueba, entre otras, como se tratan en los casos: "SMF" CSJN-18/6/2008; "Mosqueda" CSJN-7/11/2006, Fallos: 329:4918; "María" CSJN-30/10/2007); V. Clérico, L., El derecho a la salud de las personas con discapacidad además como un derecho de organización y procedimiento: "S.M.F", "Martín" y "Gallardo", en JA 2010-II, Suplemento del fascículo n. 7, pp. 24-32.

la Corte en materia de derecho a la salud surge que en la mayor parte de los casos resueltos - aunque con excepciones ³⁴ se trata de violaciones «claras». ³⁵ En este sentido la judicialización revela un corrimiento del discurso hacia la disputa acerca de quién debe cumplir con las obligaciones de hacer y con cuál alcance.

En este contexto emerge el argumento del federalismo como excusa de los estados para eximirse del cumplimiento de las obligaciones - como se adelantó en la introducción de este trabajo. Por ello, ¿en cabeza de quién están esos deberes positivos? Si se aplican soluciones de «todo o nada» entonces:

- a) el estado nacional tiene todas las obligaciones positivas y ninguna las provincias, o
- b) los estados provinciales tienen todas las obligaciones positivas y ninguna la nación.

Ninguna de estas dos respuestas parece convincente si se toman en serio las disposiciones constitucionales incluidas las que surgen de los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional (argumento textual y sistemático), la interpretación realizada de ellas en el orden interno (argumento del precedente) y el argumento de la igualdad. Por ello, sugiero que la respuesta **depende** que el cumplimiento del **deber positivo del estado sea constructivo o reparador** y que, a su vez, este último requiera su cumplimiento de forma urgente debido a la situación particular en la que se encuentre la persona.

34. Como se sostiene [en Clérico, L., Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia y la tesis de la alternatividad, en: Estudios sobre la ponderación, Ed. Univ. del Externado, Bogotá, 2011, versión original: Clérico, L., Das Untermaßverbot und die Alternativitätsthese: einige Überlegungen aus der Perspektive des Gesundheitsrechts], en Clérico/Sieckmann, *Grundrechte, Diskurs*. Baden-Baden, Alemania: Nomos. 2009], en menor medida se registran reclamos sobre la cobertura de terapias alternativas no asimilables a algunas de las prestaciones del PMO. En el grupo reducido de estos últimos casos se encuentra el reciente caso «Sureda» sobre relamo a la obra social del Poder Judicial de la Nación por una terapia no-convencional no incluida en el PMO. Si bien la Corte aún no se pronunció sobre el fondo de la cuestión ordenó a la Cámara que vuelva a dictar sentencia examinando la idoneidad del tratamiento ofrecido por la obra social para el caso del paciente reclamante, CSJN-26/03/2009. Otro tanto podría ser predicado del caso «Maldonado»[CSJN-23/11/2004, Fallos 327:5210]. Esta jurisprudencia aislada de la Corte podría convertirse en una tendencia, si los reclamos presentados en instancias judiciales inferiores llegan y son resueltos por la Corte, en especial, nos referimos a los relacionados con la cobertura de tratamiento de fecundación asistida por las obras sociales y prepagas. V. análisis de la argumentación en los casos sobre fecundación asistida en Ronconi, L., La aplicación del examen de proporcionalidad para determinar las obligaciones estatales de prestación: ¿Debe el Estado satisfacer los tratamientos de reproducción asistida? LL junio-2010. S. la aplicación del examen de proporcionalidad para la resolución de casos difíciles en materia de salud, v. Clérico, L., El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional. *El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto*. Bogotá Colombia: Universidad del Externado. 2007. p. 100-133. [reimpresión 2008 en Ecuador por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos: <http://www.minjusticia-ddhh.gov.ec>; reimpresión 2010 en Lima, Perú, por Editorial Palestra].

35. V. explicación del apartado II.3.3. de este trabajo. Son, en general, *casos fáciles y urgentes* (aunque no por ello menos trágicos si se considera el sufrimiento que ocasiona al afectado la falta de cumplimiento de una obligación estatal que posibilita el acceso a los servicios de salud), Clérico, L., Las otras caras de los derechos sociales: las obligaciones iusfundamentales y la desigualdad estructural. *La Corte y los Derechos 2005/2007*. Buenos Aires: XXI Siglo veintiuno ed. 2008. págs. 479-494: En este contexto de litigio, la mayor parte de los reclamos son por incumplimiento de lo que se podría llamar el piso del derecho a la salud conformado en Argentina, por ejemplo, a través del Plan Médico Obligatorio (PMO), entre otros indicadores. V. excepciones a esta tendencia en nota al pie anterior.

¿El argumento del federalismo vs. el argumento de igualdad? El derecho a la salud...

II.3. Entre los deberes positivos estatales constructivos y los reparadores

Llamo deber positivo constructivo al referido al dictado, diseño, ejecución e implementación de normas de carácter general tendentes a cumplir con las obligaciones que surgen del derecho a la salud de las personas con discapacidad. Llamo **deber positivo reparador** al referido al cumplimiento de la obligación puntual para remediar una violación al derecho a la salud grave o urgente para evitar que se perpetúe esa violación una vez acontecida o para evitar la violación concreta frente a una amenaza inminente.

II.3.1 Deberes positivos constructivos: la concurrencia pero con un piso

Respecto del cumplimiento de los deberes positivos constructivos, del juego de la interpretación en general de las normas de los arts. 31, 75 incs. 22 y 23³⁶ de la Constitución nacional surge que *la Nación tiene la competencia para (y la obligación de) fijar el piso de*

36. Analizo el derecho a la salud en su relación con el derecho a la alimentación respecto de la aprobación de la ley 25.724 - de creación del programa de nutrición y alimentación nacional - por la nación y su decreto reglamentario - arts. 75, incs. 22 y 23 CN - en el marco del caso «Rodríguez». La ejecución del programa «se ha puesto en cabeza de cada una de las provincias, con indicación de acciones precisas a cargo de los respectivos municipios.» La Corte entiende que el estado cumplió con su obligación de prestación positiva y que, por ende, la determinación de la violación al derecho pasaría por discutir el accionar del estado provincial y/o municipal. Así, parece circunscribir la cuestión a la discusión de un problema que interpretaría como de “derecho local” - aunque no lo diga expresamente. Por ello, concluye que no debe tramitar el caso por la vía originaria. El razonamiento de la Corte presenta, por lo menos, dos interrogantes. El primero se refiere a la competencia y el segundo al alcance de las obligaciones estatales cuando se trata de posibilitar el ejercicio de un derecho en su función de derecho de prestación positiva, en este caso, *el derecho a la alimentación suficiente y adecuada de los niños como presupuesto del derecho a la salud*. Se entiende que un derecho en su función de derecho de prestación positiva puede implicar para el sujeto obligado, por lo menos, diversos tipos de obligaciones de hacer. Así no basta con que haga algo sino que además ese hacer positivo sea adecuado. Por ello, ¿las obligaciones que establece la ley 25.724 no deben discutirse de *manera conjunta* a la luz de las obligaciones que surgen de la validez del derecho a la alimentación que está en juego? ¿No es una forma fácil de liberarse de la obligación estatal nacional de prestación positiva la creación de un sistema alimentario que luego no se sabe si será eficaz ya que su aplicación queda al libre arbitrio de las provincias y/o municipalidades? ¿Quién crea el sistema no tiene alguna obligación de control de funcionamiento del sistema, más aún cuando el incumplimiento nos habla de una restricción muy intensa al derecho a la alimentación de integrantes de un grupo especialmente vulnerable - los niños -, que requiere el cumplimiento de obligaciones estatales de forma urgente? La formulación de todas estas preguntas demuestra que, el caso «Rodríguez» pudo haber seguido su trámite en la instancia originaria de la Corte, después de todo no era tan claro que el estado nacional hubiera cumplido sus obligaciones respecto del derecho a la alimentación de los niños. Por último, no puede olvidarse que la discusión de la competencia se daba en el marco de una acción de amparo, «*institución (que) tiene por objeto una efectiva protección de derechos más que una ordenación o resguardo de competencias.*» v. Clérico, L., El derecho a la alimentación de los niños, la presunción de exclusión y la necesidad de cambiar el estándar de control de las obligaciones estatales iusfundamentales, en *Jurisprudencia Argentina*, 7/11/2007. Cfr., sobre la relación entre derecho nacional, derecho federal y derecho local, Beloff, M., *Constitución y derechos del niño*, en Baigún, et. al. *Estudios sobre la justicia penal*, ed. del Puerto, Buenos Aires, 2005.

protección del derecho a la salud³⁷ de las personas con discapacidad, ya sea a través de, por ejemplo, normas que remuevan las barreras visibles e invisibles más o menos sutiles que generan la discriminación contra las personas con discapacidad, medidas de acción positiva de trato preferente y para lograr igualdad real de oportunidades, normas federales reglamentarias de los tratados o a través de la aprobación de instrumentos internacionales de derechos humanos, normas federales de creación de órganos federales de articulación y control de la implementación de políticas públicas para el sector. Esta producción normativa nacional puede verse respecto del derecho a la salud en general (leyes 23.660 y 23.661) y respecto de las personas con discapacidad en particular (ley 24.901). Se trata de deberes positivos del estado federal³⁸ con validez en todo el territorio nacional.³⁹

El argumento es sencillo porque la constitución es en este punto clara. El dictado de medidas de acción positiva para promover igualdad real de oportunidades para las personas con discapacidad sería fruto del ejercicio de una atribución *especialmente* conferida al Congreso nacional sin que quedara realizada ninguna reserva expresa de las provincias (como si ocurriera respecta del artículo 75 inciso 12, inciso 17, inciso 19 o artículo 41 CN). Por ello, en tanto el Congreso nacional ejerció ya la competencia del art. 75 inc. 23 CN cuando dictó la ley 24.901 y sus complementarias, fijó un piso. *Así esta norma desplaza a cualquier norma local en materia de salud para personas en situación de discapacidad en tanto la norma provincial quede por debajo de este piso federal.*

37. Este argumento se encuentra trabajado, con anterioridad a la reforma de 1994, en: Bianchi/Garay/Gulco, «¿Las garantías individuales consagradas en la Constitución Nacional establecen un piso o un techo? Diálogo acerca de las garantías de la Constitución Nacional y de las constituciones provinciales, con particular referencia a la inviolabilidad del domicilio y de los papeles privados,» JA 1993-III-803; después de la reforma de 1994, en: Dulitzky, A., op. cit. con cita de los casos «Hooft» y «Lavado», entre otros; Treacy, G., “La protección de derechos en el derecho público local. Experiencias provinciales comparadas”, en IV Curso de Especialización para Abogadas/os sobre Derechos de la Niñez, UBA/UNICEF, Buenos Aires, 2009; y en materia de salud, cfr. Gutiérrez Colantuono, P., Derechos económicos, sociales y culturales, omisiones estatales y nuevos contornos del federalismo, JA 2007-III-187; Bonpland, V., «Evolución y contenido del llamado “derecho a la salud” y estado actual de la cuestión sanitaria en Argentina-Análisis sobre si esta tarea puede llevarse a cabo a través de la llamada Administración Pública Gerencial» (Ms).

38. No se me escapa que el derecho a la salud de las personas con discapacidad puede aparecer vinculado a otro derecho cuya regulación tenga una distribución específica de competencias entre nación y provincia (por ejemplo, arts. 41, 42, 75 incs. 17, 18 y 19 CN). Sin embargo, no parece convincente considerar la competencia del art. 75 inc. 23 CN como un supuesto del ejercicio del llamado poder de policía del bienestar (arts. 75 incs. 17 y 18 CN). Este último poder es de ejercicio discrecional y amplio depende en buena parte de la políticas públicas que adopte el Congreso. En cambio, en tanto el art. 75 inc. 23 CN se basa sobre un supuesto de reconocimiento de una desigualdad estructural que afecta el ejercicio del derecho de grupos desaventajados, esa atribución se traduce en una obligación de empezar a actuar de forma inmediata y de no-regresar en forma arbitraria sobre lo actuado - en tanto persista el diagnóstico que originó el art. 75 inc. 23 CN.

39. Esta posición es la que sustenta Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala III, en: “González, María Laura c/ Instituto de Obra Médico Asistencial y otro s/amparo”, 21/10/2008. Si bien reconoce que la Provincia de Buenos Aires estableció un régimen jurídico básico e integral para las personas con discapacidad, en este caso, bajo responsabilidad del referido instituto la prestación de la asistencia, advierte que el régimen legal de la ley 24.901 es de orden público, entre otras cosas fundamentándolo en la aplicación de la llamada “cláusula federal” prevista en el art. 28 de la Convención Americana de Derechos Humanos, v. criterio similar aplicado por esa Sala en: causa 5890/05 del 26-6-2007.

Esto no obsta a que las provincias en forma concurrente dicten medidas de acción positiva con el mismo fin⁴⁰ y en uso de una suerte de autonomía funcional⁴¹ equivalente para garantizar y superar el piso federal. Sin embargo, cuando surja un conflicto de normas porque la norma federal protege en forma más extensa que la local, entonces hay que aplicar aquella que otorgue un mejor derecho, es decir la federal. En términos de resolución del conflicto de competencias implicaría decir (siguiendo la fórmula establecida en el caso «Boto»)⁴² que la puesta en ejercicio de la atribución local interfiere con los propósitos de la legislación federal que justamente procuró lograr igualdad real de oportunidades para un grupo históricamente sojuzgado y que de alguna forma más o menos sutil el accionar (por comisión u omisión) provincial tiende a burlar fijando un piso por debajo del federal.

Sin embargo, un supuesto especial parecería ser el del art. 125 II párrafo CN. Allí los gobiernos locales se reservan la facultad de conservar organismos de seguridad social para los empleados públicos y profesionales. Así conviven obras sociales provinciales, institutos de salud provinciales y obras sociales pertenecientes a las cajas de profesionales. No se discute que la regulación de la actividad de estos entes para suministrar el servicio de salud sea de origen local. Sin embargo, la pregunta se vuelve a imponer cuando estas normas se mueven por debajo del piso federal y en contra de la situación de discapacidad. En ese caso la norma provincial debería ser interpretada bajo la luz del principio que surge del art. 75 incs. 22 y 23 CN. Este exige, primero, reconocer la desigualdad estructural que afecta a que las personas con discapacidad accedan al servicio de salud; reconocer, segundo, que la insuficiencia de la norma provincial implica un retroceso en las posiciones ganadas en el ámbito nacional en términos de igualdad real a favor de las personas con discapacidad y, tercero, advertir que el argumento competencial del federalismo por sí solo no lograría justificar ese retroceso (en términos de una restricción intensiva al derecho de la persona con discapacidad) en el caso concreto.⁴³ Esto no obstaculiza que luego la obra social provincial discuta con la provincia o la nación por los canales institucionales pertinentes la devolución o no de lo pagado.

II.3.2 Deberes positivos constructivos: una reconstrucción del argumento jurisprudencial

La jurisprudencia se ha pronunciado sobre el alcance de estos deberes positivos⁴⁴ en cabeza del estado nacional y de los provinciales.⁴⁵ La reconstrucción de esa jurisprudencia sostiene que *los principios que sustentan la medida de acción positiva configurada en*

40. Las provincias pueden mejorar el piso federal tanto en su faz de producción normativa como en la etapa de ejecución. Como reflejo de esta obligación varias constituciones provinciales establecen que los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional deben ser protegidos en el ámbito provincial o directamente establecen derechos en sus constituciones o normas inferiores.

41. Agradezco a Gustavo Maurino el haberme sugerido que esta autonomía podría ser llamada funcional.

42. Fallos 320:786 (1997).

43. V. apartado III de este trabajo sobre argumento de igualdad.

44. V. sobre las obligaciones de las entidades de medicina prepaga en Clérico/Scioscioli, op. cit.

45. La mayor parte de esta jurisprudencia se produjo en ocasión de la resolución de amparos tradicionales, no abundan los casos sobre derecho a la salud de personas con discapacidad presentados como de incidencia colectiva bajo el formato de litigios estratégicos v. Clérico, L., Las otras caras de los derechos sociales: las

la ley 24.901 y complementarias son el piso mínimo en materia de derecho a la salud de las personas con discapacidad. Así, el estado nacional tiene la obligación:

- *impostergable y de inversión prioritaria* de garantizar ese derecho con *acciones positivas*,⁴⁶ sin perjuicio de las obligaciones que corresponden a las jurisdicciones locales, obras sociales y entidades de medicina prepaga sobre el tema.⁴⁷ Esta obligación general sirvió para remarcar que el estado nacional no puede desentenderse de las obligaciones que derivan del cumplimiento de este derecho bajo pretexto de la inactividad de otras entidades públicas o privadas (provincias, municipios, obras sociales, empresas de medicina prepaga). Además, todas ellas participan de un mismo sistema sanitario y es el estado nacional el encargado de velar por el fiel cumplimiento de los derechos constitucionales y los compromisos internacionales asumidos;

- *primaria y principal* de “*articular y coordinar* los servicios asistenciales que prestan las obras sociales, los establecimientos públicos y los prestadores privados en un sistema

obligaciones iusfundamentales y la desigualdad estructural, en: La Corte y los derechos 2005/2007, XXI Siglo veintiuno ed./ADC, 2008, pp. 479-494. Tal vez esta tendencia se revierta cuando se empiece a explorar la aplicación de la doctrina del caso «Halabi» en materia de derecho a la salud, v. en este sentido, el caso reciente resuelto por un tribunal local sobre la interrupción de un programa provincial a través del cual se suministraba la llamada hormona del crecimiento, v. «Asociación Civil Creciendo c. Ministerio de Salud», J. contencioso-administrativo de La Plata, Nro. 1, 05/02/2010, La Ley Online: AR/JUR/52/2010. En este punto le asiste razón a G. Treacy cuando me sugiere que este último tipo de acción sería de especial relevancia para realizar planteos por incumplimiento de los llamados deberes positivos constructivos.

46. Como lo advirtió en el amparo de incidencia colectiva sobre derecho a la salud «Asociación Benghalensis», Fallos 323: 1339.

47. Si bien esta regla fue desarrollada en casos sobre reclamos individuales puntuales y concretos, esto no obstó a que se justificara la decisión sobre obligaciones de tipo general: “Policlínica” Fallos 321:1684, “Campodónico” Fallos 323:3229, op. cit.; “Monteserín” [Fallos 324: 3527. En el caso, un padre adoptivo de un menor afectado por parálisis cerebral y residente en la provincia de Santa Fe, solicitó a la justicia que el Estado Nacional prestara los servicios básicos de rehabilitación previstos en la ley 24.901. El juez de primera instancia hizo lugar a la acción de amparo y ordenó al Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad que otorgue una atención integral. Contra dicho pronunciamiento, que fue confirmado por la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario, el Estado Nacional dedujo el recurso extraordinario cuyo rechazo originó la queja. La Corte, rechazó la queja y expresó que “carece de relevancia qué órgano del Estado Nacional es el responsable de brindar la asistencia requerida por el actor para su hijo menor, pues lo fundamental es, en el régimen legal, que aquél debe asistirlo y, para ello, la ley determina la forma de financiar tales actividades (...), sin que pueda servir de excusa para incumplir con el mandato legal la pretendida alegación – no demostrada por otra parte –, de falta de partida presupuestaria”. También argumentó respecto de la responsabilidad subsidiaria y solidaria del Estado por la inactividad o incumplimiento de las jurisdicciones locales, y la obligación asumida por las autoridades de garantizar el derecho a la salud mediante acciones positivas y progresivas y el derecho a solicitar la exigibilidad de este tipo de prestaciones en sede judicial.]; “Orlando” Fallos 325:519, op. cit.; “Martín” Fallos 327:2291 op. cit.; “Floreacing” [CSJN-11/7/06, en especial, punto V) del dictamen del Procurador que la Corte hace suyo. En el caso los padres del niño que padecía fibrosis quística promovieron acción de amparo contra el estado nacional, procurando que éste brindara los servicios médicos que necesitaba en atención a la omisión de cobertura por parte de la mutual a la que estaba afiliado como adherente, la que se encontraba en concurso preventivo. Llegado el caso a la Corte, ésta señaló que el estado nacional debía brindar toda cobertura médica que fuera requerida de manera urgente, sin perjuicio de que luego pudiera recuperar los costos de quien resultare obligado a afrontarlos. Agregó que, especialmente en casos de enfermedades graves, el derecho a la salud debía ser garantizado por la autoridad pública a través de acciones positivas]; “Passero” v. nota al pie Nro. 7 de este trabajo; “Díaz Brígida” (Fallos 326: 970), “Sánchez Norma” (CSJ N-8/6/04).

¿El argumento del federalismo vs. el argumento de igualdad? El derecho a la salud...

de cobertura universal, estructura pluralista y participativa y administración descentralizada que responda a la organización federal de nuestro país;⁴⁸

- *fiscalizar el actuar de las obras sociales*, a través de la Superintendencia de Servicios de Salud de la Nación, bajo la órbita del respectivo ministerio, que debe disponer medidas concretas para garantizar la continuidad y normalización de las prestaciones sanitarias a cargo de las obras sociales y, en especial, el cumplimiento del Programa Médico Obligatorio;

- *fiscalizar el cumplimiento de la ley 24.901*, por la que se ha creado un sistema de prestaciones básicas “de atención integral a favor de las personas con discapacidad” y se ha dejado a cargo de las obras sociales comprendidas en la ley 23.660 la obligatoriedad de su cobertura (arts. 1° y 2°). En el supuesto de las entidades que no puedan dar adecuada tutela asistencial, entonces se debe prestar preferente atención a las necesidades derivadas del derecho de las personas con discapacidad.⁴⁹

Si se cruza esta enumeración de deberes con los diagnósticos y propuestas provenientes de estudios de las ciencias sociales en materia de políticas sociales, parece que una de las principales deudas del estado nacional reside en el cumplimiento de estas obligaciones, aunque no dejen de advertir que esta tendencia parece querer ser revertida a partir del año 2002 por medio del fortalecimiento del accionar Ministerio de Salud y la revitalización del Consejo Federal de Salud, entre otras.⁵⁰ Ahora bien, estas últimas medidas no parecen ser suficientes teniendo en cuenta los problemas de fragmentación y desarticulación profunda que presenta el sistema de salud desde hace décadas, acrecentados aún más por la descentralización de los noventa. Estos problemas quedan plasmados en la mirada de conjunto propuesta por Anlló y Cetrángelo:⁵¹ “Como prueba de esta fragmentación regulatoria, basta decir que las obras sociales están reguladas por la Superintendencia de Seguros de Salud, que guarda bastante independencia del Ministerio de Salud de la Nación: el PAMI depende del Ministerio de Desarrollo Social; las obras sociales provinciales son instituciones que, según las provincias, tienen diferente nivel de dependencia de los gobiernos provinciales, pero en general son independientes de los Ministerios de Salud de sus provincias; éstos, finalmente, son los encargados de la salud pública en cada uno de sus territorios. Es así que al Ministerio de Salud de la Nación le corresponde la conducción del sector en su conjunto, a través del dictado de normas y del diseño de programas y ejecución de acciones. Sin embargo, dada la estructura federal del país y los escasos fondos que integran el presupuesto de ese ministerio (menos de 0,4 % del PIB), los gobiernos provinciales cuentan con total autonomía en materia de políticas de salud, lo que hace que los lineamientos del nivel nacional tengan solamente

48. Fallos 323:3229, consid. 23) y 27); Fallos 324: 3527, consid. 13); cfr. 328:1708; “Sánchez” CSJN-20/12/2005, Fallos: 328:4640; “Reynoso” CSJN-16/5/2006, Fallos: 329:1638; “Floreancig” CSJN-11/7/2006; reitera en “ICF” (2008) op. cit.

49. Fallos 323:3229, consid. 33).

50. Repetto, F., Hacia un sistema integral de protección social en Argentina: algunos retos políticos y administrativos, 2009, pp. 20; sobre el papel actual del Consejo Federal de Salud, v. Rey, M., Federalismo y políticas públicas: el funcionamiento de los consejos federales en Argentina, LASA, 2009.

51. Anlló y Cetrángelo, op. cit., págs. 416, 418, cursiva agregada.

un valor indicativo. Esto motiva que la mayor parte de responsabilidades en la provisión de servicios se encuentre a cargo de los gobiernos provinciales”. En el contexto de desigualdad territorial, en el que según los autores los indicadores sanitarios son fuertemente dependientes del desarrollo económico de cada región, las soluciones pasan por una sucesión de iniciativas tendentes a integrar los subsistemas y la coordinación de políticas a lo largo del territorio. Las soluciones pueden variar, pero lo cierto es que el estado nacional no se puede correr de su lugar de garante del sistema de salud, de implementador de medidas de acción positiva para compensar las desigualdades territoriales. De lo contrario no sólo estaría dando la espalda al diagnóstico proveniente de diferentes estudios e informes sobre el sector, sino que estaría incumpliendo, en especial, en el orden interno la manda del art. 75 inc. 23 CN y respecto de las de fuente internacional las que surgen del art. 28 de la CADH.

II.3.3 Deberes positivos reparadores

Ahora bien, de cara a los problemas que genera la fragmentación y falta de articulación, coordinación y fiscalización del sistema no es casual la judicialización de los reclamos de los particulares. En este sentido es difícil imaginar que dada la complejidad del problema sea el poder judicial la instancia de discusión adecuada para su solución general. Sin embargo, la posibilidad no suena del todo descabellada. La Corte Constitucional Colombiana el 31 de julio de 2008 dictó sentencia T-760,⁵² en la que se habían acumulado 22 acciones de tutela por temas de salud, ordenando obligaciones puntuales para resolver los reclamos individuales. Sin embargo, avanzó en la cuestión de fallas generales y ante la reiteración de casos sostuvo que los problemas no eran aislados y específicos de ciertos usuarios, sino que esos 22 casos representaban problemas estructurales de los diferentes niveles del sistema de salud colombiano. Concluyó que representaban violaciones generales a las obligaciones de respetar, promover y garantizar y dispuso una serie de *reparaciones estructurales* del sistema, entre otras, la actualización, aclaración y unificación de los planes de cobertura (también llamado POS, Plan Obligatorio de Salud). Por su parte, la Corte argentina no ha mostrado aún intención de arrojar alguna mirada general a las fallas estructurales del sistema a pesar de la reiteración de los reclamos que resuelve. Por ahora, funciona como instancia de discusión de la falta de cumplimiento de los deberes positivos reparadores y puntuales.

Así, la respuesta parece depender de la gravedad de la situación del afectado y de la urgencia con la que deba ser cumplido el deber positivo para remediar la violación. *El estado nacional debe responder para evitar incurrir en responsabilidad (también internacional). Debe proveer la prestación* (como por ejemplo la entrega del medicamento) *con la urgencia y oportunidad que el caso exige sin liberar al gobierno provincial o la obra social de sus obligaciones, ya que es el estado nacional el encargado de velar por el cumplimiento de los derechos constitucionales que amparan la vida y la salud de la persona con discapacidad y de asegurar la continuidad de su tratamiento*. Esta obligación se

52. www.corteconstitucional.gov.co

¿El argumento del federalismo vs. el argumento de igualdad? El derecho a la salud...

desprende con gran claridad, asimismo, de los casos «Asociación Benghalensis»⁵³ y de toda la jurisprudencia que la reitera⁵⁴ hasta el reciente caso «Passero».⁵⁵ Sin embargo, *esta regla tiene una excepción cuando la provincia u obra social obligada pueda responder de forma inmediata, eficaz y siempre y cuando garantice el piso fijado por las normas federales*.⁵⁶

La fórmula general se inicia con el caso «Campodónico»⁵⁷ y fue aplicada en reiteradas oportunidades por la Corte - y por otros tribunales inferiores -, en los casos «Orlando»,⁵⁸

53. Fallos 323: 1339. Si bien esta acción fue presentada como un amparo de incidencia colectiva, el remedio consistió, además, en la entrega de medicamentos.

54. En este sentido, además de los casos "Neira", "Díaz Brígida" y "Sánchez", v. "O., S.B. c. Pcia de Buenos Aires" (Fallos 325:419, del 4/4/2002), «Kastrup Philips» (Fallos 326:4572, del 11/11/2003), "S., E. G. c. Pcia. de Buenos Aires y otro" (CSJ, 18/12/2003), "Defensor del Pueblo de la Nación c. Pcia. de Buenos Aires y otro" (CSJ, 24/4/2007). También puede verse cómo esta obligación aparece en varios fallos de tribunales inferiores como "M.L. y otros", Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, sentencia del 23/12/06; "L., C. P. v. Obra Social Bancaria Argentina", Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, Sala Penal, sentencia del 5/7/04; "A. Z., R. v. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados -Programa de Asistencia Médica Integral", Cámara Federal de Bahía Blanca, Sala 2da, sentencia del 5/7/06.

55. CSJN-18/9/07, v. nota al pie de página Nro. 7 de este trabajo.

56. «I., C. F. c/ provincia de Buenos Aires s/ amparo», CSJN-30/11/2008: Los padres de una niña con discapacidad, afiliada al IOMA, reclamaron por vía de amparo a la referida entidad, la cobertura integral (100 %) de la prestación «Formación Laboral, Jornada Doble» que la Escuela Especial «Redondel», brinda a la niña. Contra la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, que desestimó la medida cautelar peticionada por los reclamantes, éstos interpusieron el recurso extraordinario cuya denegatoria motivó la queja. La Corte decidió que IOMA debe cubrir provisionalmente la prestación reclamada, sin perjuicio de que luego recupere los costos que ella devengue ya sea del Estado Provincial - que según la Corte no parece de imposible instrumentación dada la naturaleza jurídica del IOMA con cita de los arts. 27 y 28, ley 10.592, y arts. 11, 21 y 12, ley 6982) o, eventualmente, de los padres, en caso de que demuestre su aptitud económica y repita, así, contra ellos. Cfr. caso "Lifschitz" (CSJN-15/6/2004).

57. Fallos 323:3229 (2000), en el caso, la Corte Suprema ordenó al Banco Nacional de Drogas Antineoplásicas, a seguir entregando sin cargo una medicación especial para posibilitar el tratamiento de un niño que padecía una enfermedad grave en su médula ósea que disminuía sus defensas inmunológicas -enfermedad de Kostman. La acción atacada puede interpretarse como una acción por comisión (la interrupción de la entrega del medicamento a través del referido Banco). Este medio atacado no es idóneo en el caso concreto para proteger en forma adecuada la salud del niño, su enfermedad seguía siendo grave y requería el medicamento en forma urgente. Por lo demás, si bien poseía la cobertura de una obra social, ésta no estaba en condiciones de otorgar el medicamento según surgía del expediente. Además el niño no podía esperar a que se regularizara el funcionamiento eficaz de la obra social, ya que subsistía la situación de «urgencia y extrema necesidad que tenía el tratamiento prescripto para salvaguardar la vida y la salud del niño», por la que el referido Banco Nacional de Drogas había decidido prestar asistencia al menor, hasta que resolvió interrumpir injustificadamente la entrega de la medicación.

58. Fallos: 325:519 (2005). La actora, domiciliada en la Provincia de Buenos Aires, padecía esclerosis múltiple y esta le provocaba una discapacidad visual y motora. Su enfermedad era grave y progresiva y debía ser tratada de manera urgente y prolongada con la droga «Acetato de Glatiramer - Copolimero (Copaxone)», sin embargo, carecía de recursos económicos para solventarla. A pesar de que debía ser atendida urgentemente para evitar un brote, la provincia no le proveyó los medicamentos, alegaba que la esclerosis múltiple no resultaba ser una patología cubierta por la Dirección de Política del Medicamento, en tanto la mencionada droga no figuraba en el Vademécum. El Ministerio de Desarrollo Social de la Nación le entregó seis cajas pero dicha cantidad sólo le alcanzaba por un tiempo limitado. En agosto de 2001, la actora solicitó al ministerio nacional que continuara la entrega, sin embargo, éste no respondió hasta, por lo menos, abril de 2002. En razón de ello, inició un amparo contra la provincia (Ministerio de Salud) y el Estado Nacional (Ministerio de Salud y Ministerio de Desarrollo Social). Como medida cautelar, a su vez, requirió que le entregaran en forma inmediata las drogas. En «Orlando», la Corte hizo lugar al amparo y determinó la arbitrariedad de la interrupción y ordenó que la provincia continuara entregando el medicamento. En especial, tuvo en cuenta que ni la provincia ni la nación habían cuestionado el grave estado de salud de Orlando ni la situación de desamparo en la que se encontraba al momento de iniciar los reclamos.

«Sánchez», «Passero», «Floreancig». Si se abstraen las particularidades de los casos, entonces surge una regla más general que hace al piso mentado:

Cuando una persona con discapacidad (art. 75, inc. 23 de la Constitución Nacional) se vea imposibilitada de disfrutar el derecho a la salud, entre otros, y la restricción a ese derecho es grave y el actuar requerido es urgente, los Estados tienen la obligación impostergable de hacer algo adecuado y suficiente para posibilitar el ejercicio de esos derechos.

La fórmula del caso «Campodónico» es importante porque indica, además, una forma contrastable de determinar en parte el contenido mínimo del derecho a la salud.⁵⁹ El contenido mínimo del derecho no puede ser ponderado o graduado frente a otros principios.⁶⁰ Por ejemplo, el Estado no puede alegar:

- el argumento del federalismo (descentralización del servicio de salud y obligaciones de las provincias) o del carácter complejo de los obligados por la organización fragmentada del sistema de salud (obras sociales adheridas, no-adheridas). En todos ellos, la Corte remarca que el Estado nacional no puede desentenderse de las obligaciones que derivan del cumplimiento de este derecho bajo pretexto de la inactividad de otras entidades públicas o privadas (provincias, municipios, obras sociales, empresas de medicina prepaga);

- el argumento de los costos. Los casos llegados a la Corte se refieren, en su mayor parte, a la falta de cumplimiento de obligaciones de prestación positiva por el estado; por ejemplo, falta, de entrega de medicamentos, de prótesis o elementos similares, de intervenciones quirúrgicas, de infraestructura. Estos casos se caracterizan, en general, porque la obligación de hacer positiva se requiere de manera urgente, en caso contrario lo que se viola no es sólo el derecho a la salud sino también el derecho a la vida. Por ello se caracteriza a estas obligaciones como «impostergables» y de cumplimiento «inmediato», sin que se pueda alegar en estos supuestos «la escasez de recursos»,⁶¹ más aún cuando en

59. Esta regla supone un ejercicio complementario para determinar la gravedad de la restricción al derecho y la urgencia del cumplimiento de la obligación por parte del estado: basta con imaginarse cuáles serían las consecuencias fácticas del accionar omisivo del estado, cuando a pesar de estar en presencia de una situación concreta del afectado de necesidad y urgencia, el estado no actúa a través de un accionar positivo. El ejercicio que propone pensar en las consecuencias de la omisión en la situación de hecho que se encuentra el afectado y que se evalúa para determinar si hay violación a su derecho, se encuentra ya desarrollado en Arango, R., *Der Begriff der sozialen Grundrechte, Nomos, Baden-Baden*, 2001, pp. 152-153, 138, 216, 224-225.

60. Hablar de contenido mínimo digno de los derechos no significa negar la existencia de mayores alcances de los derechos, que también son exigibles judicialmente [trato el tema en: Clérico, L., op. cit., 2010]. Sin embargo, resalto que la mayor parte de los casos presentados respecto del derecho a la salud se refieren a la falta de satisfacción de un mínimo digno de los derechos lo que redundará en favor de la urgencia con la que ha de ser satisfecho el reclamo.

61. V. «lo fundamental es, en el régimen legal, que [el estado nacional] debe asistirlo sin que pueda servir de excusa para incumplir con el mandato legal la pretendida alegación de falta presupuestaria”. *CSJN-Fallos*, 324: 3527, punto 6) del dictamen del Procurador General de la Nación. Además, Comité de DESC, Observación General (OG) N° 14 párr. 43, 47-48 y OG N° 15 párr. 42; OG N° 5; OG N° 17 párr. 27; cfr. OG N° 3 párr. 10; en especial, OG N° 14, párr. 47: «Un Estado que no esté dispuesto a utilizar el máximo de los recursos de que

¿El argumento del federalismo vs. el argumento de igualdad? El derecho a la salud...

la mayor parte de los casos se refieran a reclamos referidos al cumplimiento del PMO, el que es caracterizado como «un conjunto de servicios de carácter obligatorio como piso prestacional *por debajo del cual ninguna persona debería ubicarse en ningún contexto*».⁶²

III. El argumento de la igualdad. El federalismo no es un argumento de peso para justificar una desigualdad estructural. La desigualdad y las obligaciones estatales de dar, controlar y fiscalizar

La estructura federal del estado, el sistema complejo de organización de las obras sociales, ha obstaculizado que algunas obras sociales provinciales e incluso nacionales garanticen, por lo menos, el piso de derechos que queda configurado por las normas sobre protección integral de los derechos de las personas con discapacidad - leyes 23.660, 23.661 y 24.901. Sin embargo, el hecho de falta de adhesión a este sistema no exime al agente del sistema de salud de sus obligaciones de prestación nuevamente en atención a un argumento de igualdad real.⁶³ Así de la

disponga para dar efectividad al derecho a la salud viola las obligaciones que ha contraído en virtud del art. 12. Si la limitación de recursos imposibilita el pleno cumplimiento por un Estado de las obligaciones que ha contraído en virtud del Pacto, dicho Estado tendrá que justificar no obstante que se ha hecho todo lo posible por utilizar todos los recursos de que dispone para satisfacer, como cuestión de prioridad, las obligaciones [básicas] señaladas supra. Cabe señalar sin embargo que un Estado Parte no puede nunca ni en ninguna circunstancia justificar su incumplimiento de las obligaciones básicas enunciadas en el párrafo 43, que son inderogables." Las obligaciones básicas son: a) garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial por lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados; b) asegurar el acceso a una alimentación esencial ...; c) garantizar el acceso a una vivienda; d) facilitar medicamentos esenciales, ...; e) velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud; f) adoptar y aplicar, ... una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública para hacer frente a las preocupaciones en materia de salud de toda la población....". Cursiva agregada. Ahora bien, si se trata de «obligaciones de desarrollo progresivo», se aplica el estándar que surge de la Observación General Nro. 3 párr. 10 del Comité de DESC: el párr. 1 del art. 2 del Pacto de Derechos Económicos y Sociales, obliga a cada Estado Parte a tomar las medidas necesarias «hasta el máximo de los recursos de que disponga». Para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones ... no basta con que simplemente lo alegue, debe demostrar en concreto que ha agotado todos los medios disponibles para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones...» Esta exigencia implica someter las razones justificatorias a una pauta de control bien estricta y agravada en el caso concreto. No es muy probable que, por ejemplo, un estado pueda demostrar que para satisfacer el derecho a la alimentación de los niños ha agotado todos los recursos disponibles, ya que como advierte el Comité en la OG N° 12, el problema no es la falta de alimentos sino «la falta de acceso a los alimentos disponibles» (párr. 5).

62. Consid. 3, Resolución 939/2000, cursiva añadida.

63. "La discriminación, de jure o de facto, contra las personas con discapacidad existe desde hace mucho tiempo y reviste formas diversas, que van desde la discriminación directa, como por ejemplo la negativa a conceder oportunidades educativas, a formas más "sutiles" de discriminación, como por ejemplo la segregación y el aislamiento conseguidos mediante la imposición de impedimentos físicos y sociales. A los efectos del Pacto, la "discriminación fundada en la discapacidad" puede definirse como una discriminación que incluye toda distinción, exclusión, restricción o preferencia, o negativa de alojamiento razonable sobre la base de la discapacidad, cuyo efecto es anular u obstaculizar el reconocimiento, el disfrute o el ejercicio de derechos económicos, sociales o culturales. Mediante la negligencia, la ignorancia, los prejuicios y falsas suposiciones, así como mediante la exclusión, la distinción o la separación, las personas con discapacidad se ven muy a menudo imposibilitadas de ejercer sus derechos económicos, sociales o culturales sobre una base de igualdad con las personas que no tienen discapacidad..." , Observación general 5, 09/12/94., párr. 8 y 15.

reconstrucción crítica de la jurisprudencia de “Martín”,⁶⁴ “Gallardo”,⁶⁵ “SMF”,⁶⁶ “I.C.F.”⁶⁷ surge que:

si la obra social no adhirió al sistema de las leyes 23.660, 23.661 y 24.901, igualmente tiene la carga de adoptar las medidas razonables a su alcance para lograr la realización plena de los derechos de la persona con discapacidad a los beneficios de la seguridad social, con el alcance integral que establece la normativa en la materia.

Esta regla se monta sobre dos argumentos. El primero se refiere a un mandato constitucional expreso. Del juego de los arts. 75 incs. 22⁶⁸ y 23 CN surge la obligación estatal de dictar medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce de los derechos de las personas con discapacidad, entre otros. Las medidas contenidas en la ley 24.901 que complementan a la 22.431 conforman, en parte,⁶⁹ ese accionar positivo estatal requerido. Estas normas no son simplemente expresión de derechos *legales*, son derechos *constitucionales* - su fuente es el bloque de constitucionalidad. De ahí que, por un lado, aquellas obras sociales que no adhieran al sistema de las leyes 23.660 y 23.661 quedan *igualmente* obligadas a garantizar, como mínimo, ese piso que surge de las leyes 24.901 y 22.431. De lo contrario las obras sociales no-adheridas gozarían de una suerte de privilegio carente, en principio, de fundamento alguno respecto de las restantes obras sociales⁷⁰ e incluso de las empresas de medicina prepaga.⁷¹ En todo caso pesa la carga de la argumentación y de la justificación (agravada)

64. Fallos: 327:2127, punto VIII del dictamen del Procurador que la Corte hace suyo. Los padres de una niña con discapacidad habían presentado un amparo contra la Fuerza Aérea Argentina para que la obra social correspondiente a esa fuerza cubriera la totalidad de las prestaciones médicas que necesitaba su hija. La Corte decidió hacer lugar al amparo. El voto de la mayoría de la Corte expresó que si bien la Fuerza Aérea no estaba legalmente obligada a brindar el tratamiento médico, esa repartición formaba parte del Estado Nacional, y que éste sí estaba obligado a realizar todas las acciones necesarias para garantizar, en forma prioritaria, la protección de la salud de los niños y las personas con discapacidad.

65. “Gallardo”, CSJN-20/2/2007, por remisión a Fallos: 327:2127 (“Martín”).

66. CSJN-18/6/2008, la Corte extendió al I.O.S.E. la obligación de hacerse cargo de los costos de la cuota del servicio de atención del centro de día que asistía a la persona con discapacidad. Para ello, aplicó el contenido del art. 4° de la ley 24.901, que dispone que las personas con discapacidad que carecieran de cobertura tendrán derecho a la totalidad de las prestaciones básicas comprendidas en la norma, a través de los organismos dependientes del Estado.

67. CSJN-30/11/2008.

68. Se “exige claramente de los gobiernos que hagan mucho más que abstenerse sencillamente de adoptar medidas que pudieran tener repercusiones negativas para las personas con discapacidad. En el caso de un grupo tan vulnerable y desfavorecido, la obligación consiste en adoptar medidas positivas ... Esto significa en la casi totalidad de los casos que se necesitarán recursos adicionales para esa finalidad, y que se requerirá la adopción de una extensa gama de medidas elaboradas especialmente.” Observación General Nro. 5, Personas con discapacidad, 09/12/94, párrs. 8 y 15.

69. V. otras medidas de acción positiva recopiladas en: http://www.cndisc.gov.ar/doc_publicar/marco.htm [última consulta: 14/7/2010].

70. V. esta argumentación en: Cám. Fed. Civ. y Com. Sala I, en “Gallardo, Guadalupe y otros c/ Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso s/ Sumarísimo”, 01/04/04; Juzg. N°3 CAyT de la Ciudad, agosto de 2003, EXP 2958/0 “SOSA, Sergio Gustavo y otros c/ OSBA”.

71. Sobre las obligaciones de las entidades de medicina prepaga, v. CSJN-28/08/2007 “Cambiaso Perés de Nealón c. CEMIC”; Clérico/Scioscioli, op. cit.

¿El argumento del federalismo vs. el argumento de igualdad? El derecho a la salud...

en cabeza de la obra social no adherida al sistema; es ella quien debe demostrar y justificar en forma concluyente por qué no estaría en condiciones de hacerse cargo de ese mínimo de obligaciones. En este sentido no basta con alegar la simple discrecionalidad de su accionar, es decir, que exprese que aún no ha adherido al sistema.

Por el otro lado, si las obras sociales no adheridas al sistema no cumplen con las prestaciones similares a las que surgen de la ley 24.901, generan un trato desigualitario a las personas con discapacidad respecto de: a) aquellas que tienen una obra social adherida y que está cumpliendo con las referidas prestaciones, b) aquellas que no tienen cobertura de obra social y no poseen medios para solventar las prestaciones pero que reciben las prestaciones directamente del estado (en virtud del art. 4, ley 24.901). Es decir, el accionar doblemente omisivo de la obra social (no adhiere pero tampoco garantiza prestaciones similares a las previstas en la ley 24.901) cristaliza la desigualdad de las personas con discapacidad que el constituyente del 94 diagnosticó y que el legislativo trató de remediar - en parte - a través de una medida de acción positiva, la ley 24.901.

Incluso la desigualdad en el caso impactaría con mayor intensidad porque, como afirma la Corte en “SMF” *“en tanto no se produzca la adhesión” la obra social, “cuenta con un mercado cautivo de beneficiarios, ya que éstos se ven impedidos de elegir otra obra o cobertura social.”*⁷²

Por último, el segundo argumento tiene en cuenta los medios alternativos con que contaría la obra nacional o provincial no-adherida para reclamar por lo prestado al estado nacional o provincial, según el caso. Cuando se está en presencia de una violación grave que requiere un remedio urgente para proteger el derecho a la salud, resultaría desproporcionado imponer a la reclamante que acuda a otros medios para solicitar la cobertura de la prestación discutida (por ejemplo, subsidio directo del estado nacional); ya que la obra social demandada podría gestionar, en su caso, la compensación de los gastos que implique el tratamiento solicitado ante los órganos estatales competentes. Incluso podría gestionar y articular con aquellos un mecanismo que permita contar a la reclamante con las prácticas y servicios necesarios para su rehabilitación.⁷³

Este último argumento encierra consideraciones referidas al derecho a la salud como derecho que genera obligaciones de organización y control. En reiterados fallos se sostiene

72. “SMF”, CSJN-18/06/ 2008. Sin embargo, aunque tuviera la posibilidad de elección, la desigualdad no disminuiría en los hechos. La elección se ve restringida por la llamada “selección adversa” que practicarían las entidades de salud. Sólo admitirían a aquellos que les garantizan menores costos. Por ello, cualquier argumento referido a la libre elección debería reparar en cuáles remedios establece el sistema de salud para evitar la selección adversa que practicarían las entidades de salud y que afecta de hecho a las personas con discapacidad. V. el trabajo de este tema, en: Clérico, L., La jurisprudencia de la Corte sobre medicina prepaga en el contexto de un sistema de salud con fronteras “híbridas”, en trámite de publicación en Jurisprudencia Argentina.

73. V. “Martín”, Fallos: 327:2127.

que el estado nacional está obligado - a través de sus respectivas dependencias - a fiscalizar el cumplimiento de la ley 24.901. A su vez, el estado nacional tiene la obligación primaria y principal de “*articular y coordinar* los servicios asistenciales que prestan las obras sociales, los establecimientos públicos y los privados en un sistema de cobertura universal, estructura pluralista y participativa y administración descentralizada que responda a la organización federal de nuestro país”⁷⁴ - estén o no adheridas a las leyes 23.660 y 23661. Por todo ello, el estado nacional, como garante del sistema de salud, está obligado a controlar además si las obras sociales no-adheridas están cumpliendo con prestaciones similares a las establecidas en la ley 24.901. Ahora bien, si el estado no es exitoso en ese control, no parece proporcionado poner en cabeza de la persona con discapacidad la carga de esa deficiencia en el control, máxime cuando existen otros mecanismos para que la obra social, en su caso, le reclame a la administración central por los gastos incurridos.

IV. Consideraciones finales

Varios de los reclamos referidos al derecho a la salud de las personas con discapacidad ponen de manifiesto que el problema no radica tanto ni en la discusión del alcance del derecho ni en la falta de producción legislativa sino en la falta de cumplimiento de las obligaciones que estas generan en cabeza de las provincias, de las obras sociales, empresas de medicina prepaga, o de la administración nacional. En este sentido, habría que evaluar aún con mayor desconfianza el accionar omisivo, por defecto o insuficiente del estado. Se justificaría que los jueces ejercieran un control más intensivo de las razones o sinrazones del accionar por comisión u omisión de los órganos estatales en los reclamos puntuales.

Por ello, cuando una obra social no cumple con el sistema de prestaciones básicas establecido por la ley 24.901, piso federal, se incumple tres veces con las obligaciones de hacer positivo que emanan del derecho a la salud de las personas con discapacidad: el primer incumplimiento se verifica cuando la obra social a pesar de no haber adherido al sistema de salud establecido por las leyes 23.660 y 23.661 no garantiza, por lo menos, en igual medida las prestaciones básicas establecidas por la ley 24.901; el segundo incumplimiento deviene por la falta de fiscalización estatal⁷⁵ eficaz, a través de la dependencia del respectivo ministerio o consejo federal pertinente, del cumplimiento de las prestaciones básicas de la ley 24.901 o de una similar que establezcan las obras sociales no adheridas al sistema; el tercer incumplimiento deviene porque la omisión estatal desatiende el *deber de especial cuidado* en el cumplimiento de las obligaciones iusfundamentales cuando atañe a una persona perteneciente a uno - o varios - de los grupos desaventajados⁷⁶ del art. 75 inc. 23 CN, entre ellos las personas con discapacidad.

74. CSJN-Fallos, 323:3229, consid. 23) y 27); CSJN-Fallos, 324: 3527, consid. 13), entre muchos otros.

75. Aquí se interpreta al estado nacional como garante del sistema de salud.

76. Revisan este punto en relación con cada uno de los DESC, Parra Vera/Villanueva Hermida/Martin, Protección Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, IIDH, San José C.R., 2008, pp. 168 ss.

¿El argumento del federalismo vs. el argumento de igualdad? El derecho a la salud...

El argumento del federalismo a secas y como mera norma competencial no parece tener el peso suficiente para postergar la aplicación de una medida de acción positiva-competencia del Congreso Nacional de acuerdo con el art. 75 inc. 23 CN- para destrabar una situación de desigualdad estructural. Se requiere que la descentralización institucional que posibilitaría el federalismo sea utilizada “para reducir las desventajas estructurales y para dar el trato preferente apropiado a las personas con discapacidad, a fin de conseguir los **objetivos de la plena participación e igualdad dentro de la sociedad para todas ellas**”⁷⁷ que en parte coinciden con los argumentos del constituyente cuando en la reforma de 1994 intentó fortalecer el federalismo para lograr una sociedad más abierta y participativa.⁷⁸

Por último, es cierto que resulta más compleja la propuesta sobre cómo exigir que el estado nacional cumpla sus deberes constructivos generales para reducir la desigualdad territorial e incluso cuando el problema no es la falta de desarrollo legislativo sino la necesidad de fiscalizar, controlar y articular el cumplimiento de las obligaciones. En este sentido, el bloque de constitucionalidad permite pensar en varias respuestas complementarias que requieren ser analizadas a la luz de los diagnósticos provenientes de estudios de corte sociológico: a) fortalecimiento del papel del Ministerio de Salud nacional y de los ministerios provinciales, b) fortalecimiento del COFESA, ¿como órganos con mayores atribuciones de control y fiscalización del sistema que cumplan con la obligación del art. 28 II CADH en el orden interno? en coordinación con el Consejo Federal de Educación, con el Consejo Nacional de Derechos de las Personas con Discapacidad, con el Consejo de la Vivienda y otros afines, c) de comisiones bicamerales de seguimiento y evaluación del cumplimiento de las normas federales sobre salud y discapacidad, d) exploración del litigio estratégico al estilo de la Sentencia T-760 de 2008 de la Corte Constitucional Colombiana, e) de un papel más activo (y de cooperación interjurisdiccional) de los defensores del pueblo de las diversas jurisdicciones y de los defensores oficiales, f) fortalecimiento de la justicia federal con asiento en las provincias para que se interprete como garante de los derechos que surgen del bloque de normas constitucionales y federales; g) de fortalecimiento de los Servicios Jurídicos Gratuitos que prestan las Universidades, las ONG, reparticiones estatales, entre otros, en especial, para ampliar el acceso a la justicia en el interior del país; h) de ampliación de los canales de participación ciudadana en el ámbito de salud; en especial, a través del fortalecimiento de las organizaciones de bases y movimientos populares para que esa participación se consolide y sea canal de diálogo, deliberación, negociación, construcción y control de políticas públicas, entre otros.

77. OG Nro. 5 op. cit. Asimismo esta reinterpretación del federalismo implicaría revisar las razones que justifican la descentralización en términos de favorecer la participación y la defensa de los derechos de grupos minoritarios; el estudio de esta relación sería objeto de otro artículo, sin embargo, el presente trabajo guarda relación con lo dicho en tanto se encarga del argumento de igualdad de hecho presupuesto de la democracia para garantizar igualdad real de voz y participación en el debate especialmente de las personas pertenecientes a grupos desaventajados. Sobre federalismo y democracia, v. González Bertomeu, J., «Notas sobre Federalismo», en: Gargarella, Teoría y Crítica del Derecho Constitucional, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 439.

78. V. un argumento similar en la disidencia de Lorenzetti y Zaffaroni en «Telefónica» CSJN-11/7/2007, consid. 8.

¿A quién pertenece la Constitución en Chile? Cortes, Democracia y Participación*

Domingo Lovera Parmo*

“Yes I know my enemies. They’re the teachers who taught me to fight me. Compromise, conformity, assimilation, submission. Ignorance, hypocrisy, brutality, the elite ...”

RATM

1. Introducción: política, exclusión y cortes

Mi ánimo en este trabajo no es el de proponer un método específico de interpretación constitucional, sino el de avanzar algunas ideas acerca de cuál es el acercamiento que las cortes, pero en especial el Tribunal Constitucional, deberían tener al decidir conflictos constitucionales. La política actual, argumentaré, está animada por, y funciona a través de, la búsqueda de amplios consensos entre las clases dominantes.¹ Esta forma de hacer política es particularmente intensa en Chile. Teniendo en cuenta *esa* forma que la política ha adoptado en Chile, propondré un rol para las cortes. Las cortes, sostendré, deben concentrarse en hacer efectivo el derecho a participar antes que en definir el contenido sustantivo de los derechos. De esta forma, el trabajo de las cortes será consistente con el rol que se espera de ellas en una democracia,² según argumentaré, y respetuoso de las promesas de autogobierno, según las describe el constitucionalismo popular—al que le repugna la idea de tener (a los) jueces como interpretes finales de la Constitución.

Para ello, entonces, (2) comenzaré esbozando las bases teóricas de mi posición. Brevemente exploraré el rol de las cortes como interpretes finales de la Constitución y como ese papel, que varias cortes y tribunales constitucionales han jugado y juegan

• Una versión preliminar de este trabajo fue presentada en el III Congreso Estudiantil de Derecho y Teoría Constitucional, Universidad de Chile.

* Licenciado en Cs. Jurídicas y Sociales, Universidad Diego Portales (2002); LL.M. Columbia University (2007). Profesor de Derecho e investigador, Universidad Diego Portales (domingo.lovera@udp.cl).

1. Enfatizo, acá, la idea de clases dominantes acomodadas en el poder político. La razón para ello, descansa en que la búsqueda de esos consensos extendidos es una fórmula que apunta más a la exclusión de las minorías que a la construcción de una suerte de razón pública. JOHN RAWLS, *LIBERALISMO POLÍTICO* 208-9 (1995).

2. O mejor dicho—y sobre este punto vuelvo en seguida—sobre el rol que se espera el Parlamento cumpla en una democracia. Demás está decir que acá sostengo una concepción de democracia que asigna un rol primordial al Congreso. No es que se trate de *una particular* definición de democracia; pero algunas ideas en este sentido aparecerán a lo largo de este trabajo. Ronald Dworkin ha llamado al atención sobre cómo los argumentos y discusiones en torno al concepto (y las concepciones) de democracia son decisiones de valor—es decir, algo más que una pura descripción con la que, generalmente, queremos evadir el peso moral de nuestras decisiones. Acá no pretendo arrancar de esa ‘carga.’ RONALD DWORIN, *JUSTICE IN ROBES* 147-8 (2006).

en diferentes países, pugna con los ideales democráticos. La sección siguiente (3) está destinada a analizar algunas notas distintivas relativas al ‘derecho a participar,’ mientras que en la parte 4 analizo, brevemente, algunas notas distintivas de la historia constitucional chilena. Me interesa destacar, especialmente, que en Chile los cambios constitucionales han sido impulsados, definidos e implementados con escasa participación popular—a pesar del discurso que suele rodear dichas situaciones. La sección 5 avanza algunas ideas relativas a la democracia de los acuerdos en Chile. La política, en ese contexto, no es más el juego del amigo/enemigo,³ sino que el juego de los acuerdos y la no confrontación. En ese contexto algunos sectores de la comunidad inevitablemente, pero la más de las veces, deliberadamente, serán excluidos del ‘juego político.’ Aquellos excluidos del ‘juego político’—sostengo en la sección 6—se encuentran legitimados para exigir a las cortes la realización de su derecho a participar—el ‘derecho de los derechos.’⁴ Como las cortes no deciden en medio de la nada, y lo hacen en democracia, en esa misma sección propondré una forma de compatibilizar su funcionamiento dentro de ésta. Voy a sugerir que los tribunales constitucionales deben resolver los conflictos constitucionales a través del cristal de la participación, mostrando algunos ejemplos que dotan de plausibilidad a esta teoría. Reservo algunas conclusiones para el final—donde insistiré que mi tesis no descansa tanto en el trabajo de las cortes, sino en la habilidad (y apertura) del sistema político para recibir los reclamos populares.

2. Constituciones: ¿a quién pertenecen finalmente?

El Tribunal Constitucional chileno posee nuevas atribuciones desde las reformas constitucionales de 2005. Desde entonces concentra, para decirlo de alguna forma, el monopolio en el control de constitucionalidad de las leyes.⁵ En el contexto de control de constitucionalidad de las leyes, el derecho comparado—pero particularmente los Estados Unidos—nos enseña que las cortes supremas y tribunales constitucionales han encontrado escasa resistencia al momento de autodeterminarse como los intérpretes finales de la Constitución.⁶ En Chile, esta es una idea que recién comienza a tomar fuerza en nuestro

3. CARL SCHMITT, *THE CONCEPT OF THE POLITICAL* (George Schwab trans., The University of Chicago Press 1996) (1932). See also CHANTAL MOUFFE, *ON THE POLITICAL* (2005) (labeling political relations as we/they, instead of friend/enemy, arguing for an ‘agonistic’ concept of politics, instead of an antagonistic one—as the German did).

4. JEREMY WALDRON, *LAW AND DISAGREEMENT* 232 (1999).

5. Este sistema, antes de las reformas, se encontraba alojado en varios órganos. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional ejercía el control abstracto y preventivo de las leyes (en estricto rigor, de los proyectos de ley), mientras la Corte Suprema, vía recurso de inaplicabilidad, lo hacía represivamente y en concreto. Ello llevó a algunos autores a describirlo como un sistema mixto o “difuso funcionalmente.” Gastón Gómez, *Algunas Ideas Críticas sobre la jurisdicción constitucional en Chile*, en 1 *IUS ET PRAXIS* 273 (1998).

6. Roberto Gargarella, *Should Deliberative Democrats Defend the Judicial Enforcement of Social Rights?*, in *DELIBERATIVE DEMOCRACY AND ITS DISCONTENTS* 233 (Samantha Besson & Jose Luis Martí eds., 2006) (labeling this tendency as ‘judicial supremacy’); Robert C. Post & Reva B. Siegel, *Protecting the Constitution from the People: Juricentric Restrictions on Section Five Power*, 78 *IND. L. J.* 1, 2 (2003), for a critic approach on the idea of a ‘juricentric Constitution,’ as imaging the judiciary as the exclusive guardian of the Constitution.

Tribunal Constitucional.⁷ El Tribunal, haciendo eco del rol ‘juricentrico’ que ocupan las cortes en otros países, ha declarado que “se ha encomendado [a éste] la interpretación definitiva e inapelable de la Constitución . . .”⁸ y que le corresponde reemplazar la voluntad del legislador.⁹ En otras palabras, el Tribunal Constitucional ha declarado que es él quien, sin ulterior recurso a cualesquier otra instancia, interpreta la Constitución. El Tribunal Constitucional afirma que la Constitución le pertenece, en tanto es él—y nadie más—quien va a enseñarnos a leer la Constitución—como si ésta fuera una piedra rosetta y los jueces que componen el Tribunal, los Champollion que van a descifrarla.¹⁰

Es esta forma en que el Tribunal ha entendido su papel, y el de la Constitución, el que debe generar preocupación cuando pensamos en la democracia como el gobierno del pueblo. Porque—como ha señalado Atria—si bien es cierto que la actual Constitución carece de legitimidad política en su génesis, la comunidad política chilena podría tener legítimas expectativas para apropiársela—dotándola de una legitimidad sobrevenida.¹¹ La aprobación de la Constitución de 1980, las reformas de 1989, y las más recientes modificaciones de 2005 fueron acompañadas de grandilocuentes declaraciones en las que se señalaba que el pueblo chileno se había otorgado una nueva carta constitucional. Independientemente de las palabras exactas que se utilizaron, en todas esas ocasiones—y con especial porfía en 2005—se dijo que los chilenos habían decidido tener y (auto) entregarse una (nueva) Constitución.

Este tipo de declaraciones no yerra al intentar asignar a la Constitución un rol fundamental para la comunidad. La teoría democrática, política y constitucional asigna al pueblo un rol fundamental: el de ser depositarios de la soberanía.¹² El mismo poder

7. En adelante voy a referirme indistintamente a cortes, tribunales y tribunales constitucionales. Lo importante es que me refiero al rol de tribunales (cualquiera que éste sea) con facultades para declarar la nulidad de leyes que pugnen con la Constitución.

8. STC Rol No 591, 11 de enero de 2007 (considerando 3º) (pronunciándose—una vez más—sobre la anticoncepción de emergencia).

9. Id., considerando 9º (“... el Tribunal sustituye la voluntad de los sujetos involucrados en el conflicto, haciendo prevalecer su voluntad por sobre la del órgano controlado. En otros términos, el Tribunal Constitucional sustituye la voluntad de los parlamentarios o la del Presidente de la República”). La Referencia aparece, también, en Fernando Atria, *Participación y alienación política en Chile*, 57 REVISTA MENSAJE 8, 9 (2008).

10. Debo esta idea a Fernando Zárata.

11. Atria sugiere que eso es lo que ocurrió con las reformas constitucionales de 1925. “Las condiciones de aprobación de la Constitución de 1925 no fueron muy distintas [a las de 1980] ... Pero en nuestra autocomprensión histórica (es decir, en la manera en la que nos representamos nuestro pasado como comunidad política), ella sí fue democrática: a pesar de su propio pecado de origen, es hoy recordada como una norma que en su momento fue ‘nuestra.’” Atria, *supra* nota 9.

12. Podríamos decir que, carente la Constitución chilena de un preámbulo, es el Capítulo I el que fija los principios sobre los cuales debería interpretarse (y cimentarse) el andamiaje jurídico-constitucional chileno. Dentro de ese capítulo el artículo 5º de la Constitución señala, por ejemplo, que “[l]a soberanía reside esencialmente en la Nación. [y que] Su ejercicio se realiza por el pueblo . . .” En otros ejemplos la Constitución argentina de 1994 comienza señalando “Nos los representantes del pueblo de la Nación Argentina ...”, mientras la Constitución suiza, luego de señalar que la Constitución se pronuncia en nombre de Dios todopoderoso, indica “El pueblo y los cantones suizos ...”

estatal, de hecho, se justifica sobre la base de la autorización del pueblo.¹³ Quienes ejercen cargos de poder, quienes ejercen soberanía—para decirlo con el artículo 5º de la Constitución de Chile—lo hacen bajo mandato.¹⁴ Las “autoridades que esta Constitución establece,” por lo mismo, son titulares de ese poder en tanto se mantenga nuestra confianza en ellos y ellas, y solo pueden ejercerlo para alcanzar ciertos objetivos. Su poder es, así definido, ‘fiduciario.’¹⁵ Por lo mismo es que, siendo el pueblo quien atribuye ese poder, las autoridades ejercen cargos de poder bajo nuestras órdenes: se transforman en nuestros ‘mandatarios políticos.’¹⁶ Ese mandato político fija, entonces, las reglas del juego para nuestros representantes. En caso que ese mandato no se respete, el pueblo vuelve a estar facultado para volver a configurar las formas del poder—para reemplazar al gobierno rebelde.¹⁷

13. Lo que se ha extendido al derecho internacional. Thomas M. Franck, *Legitimacy and the Democratic Entitlement*, en *DEMOCRATIC GOVERNANCE AND INTERNATIONAL LAW* 25, 26-7 (Gregory H. Fox & Brad R. Roth eds., 2000).

14. Estas líneas están destinadas a llamar la atención sobre quién es la fuente del poder soberano (el pueblo). La específica relación ciudadano / representante, en tanto mandatario político, dependerá de la teoría de representación que se sostenga. Como Nadia Urbinati ha señalado, hay una amplia gama de posibilidades que va desde las teorías que conciben a los representantes como simples portadores (*carriers*) de los deseos de los ciudadanos—el caso de Benjamín Constant—a las que afirman que los ciudadanos cumplen solo un rol limitado que juegan al autorizar a sus representantes por medio de las elecciones—el caso de Hobbes—para luego retirarse a los asuntos privados. NADIA URBINATI, *REPRESENTATIVE DEMOCRACY* (2006).

15. JOHN LOCKE, *TWO TREATISES OF GOVERNMENT* 367 (Peter Laslett ed., Cambridge University Press 1988) (1698).

16. Como lo advirtiera la entonces Presidenta Bachelet, al ser electa Presidenta de la República. Michelle Bachelet, Primer discurso de Michelle Bachelet – presidenta electa (19 Ene., 2006) (disponible en: <http://anrasodu.blogspot.com/2006/01/primer-discurso-de-michelle-bachelet.html>) (visitado el 25 de julio de 2010) (“Porque, mis queridos conciudadanos, en la democracia que hemos construido ustedes son los mandantes. Y yo, desde el 11 de marzo, soy su mandataria. Su primera mandataria.”).

17. Véase, por ejemplo, al artículo 350 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que dispone que “el pueblo de Venezuela, fiel a su tradición republicana, a su lucha por la independencia, la paz y la libertad, desconocerá cualquier régimen, legislación o autoridad que contraríe los valores, principios y garantías democráticos o menoscabe los derechos humanos.” Independiente de la denominación que el soberano reciba, sea la de nación, sea la de pueblo, sea la de ciudadanía, lo que me interesa remarcar acá es que el pueblo, efectivamente, se moviliza en ciertas ocasiones a objeto de hacer efectiva la condición bajo la cual pende el poder en manos de nuestras autoridades: la de respetar los objetivos del gobierno, y la de mantener la confianza del pueblo en ellos y ellas. Varias consideraciones importantes en este sentido, y a propósito de los movimientos sociales en la Argentina entre 2001y 2002, en ROBERTO GARGARELLA, *EL DERECHO A LA PROTESTA: EL PRIMER DERECHO* (2005); para el caso chileno y el movimiento de protesta mapuche, Jorge Contesse, *The Rebel Democracy: A Look Into the Relationship Between the Mapuche People and the Chilean State*, 23 *CHICANO-LATINO L. REV.* 131 (2006); y para el caso de los Estados Unidos, LARRY D. KRAMER, *THE PEOPLE THEMSELVES* 6-7 (2004) (citando a St. George Tucker Kramer sostiene la origen único de la Constitución de los Estados Unidos por medio de una práctica que, antes, se suponía existía solo en las especulaciones y visiones de teóricos de la política y el derecho); JOHN HART ELY, *DEMOCRACY AND DISTRUST* 5 (2002) (remarcando la forma en que la Constitución de los Estados Unidos fue ratificada: por medio de convenciones populares de ratificación que eran elegidas en cada estado por el pueblo mismo); y su propia Declaración de Independencia, que señala “. . . cuando quiera que una forma de gobierno se haga destructora de estos principios [que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad], el pueblo tiene el derecho a reformarla o abolirla e instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios” (E.E.U.U. 1776) (versión en español disponible en: http://usinfo.state.gov/esp/home/topics/us_society_values/fundamental_documents/declaration_of_indep.html).

Las buenas razones que atribuyen al pueblo un papel protagónico en esos momentos de definición constitucional,¹⁸ con todo, no se agotan en ese sólo acto. La pregunta fundamental que sigue a la de la definición constitucional, entonces, es la relativa al desarrollo de las constituciones—pregunta que adquiere especial relevancia, se comprenderá, cuando su instauración no ha sido fruto de la voluntad de la unidad política. Si el pueblo ocupa un papel fundamental en la decisión constitucional, ¿qué papel le cabe en el desarrollo de la misma? De acuerdo a Schmitt, la Constitución vale, precisamente, porque es “manifestación de la voluntad política existencial de aquel que la da.”¹⁹ En la interpretación más democrática del ‘contrato social,’ sugiero que el auto-gobierno puede desarrollarse únicamente a través de una versión robusta del derecho a participar, mismo que se transforma en piedra de toque de la legitimidad del gobierno—y no concesiones graciosas del Estado a sus súbditos.²⁰ Dicho de otra forma, el derecho al auto-gobierno y a la participación política son de esos principios sobre los cuales se construye la idea de democracia, que nos permite entenderla y nos ayuda a comprender por qué nos importa cómo ésta se configura.²¹

3. Democracia y participación

La Constitución en tanto mandato, entonces, crea y fija una estructura de poder. Las autoridades que ella establece, nos recuerda el artículo 5º de la Constitución chilena, ejercen soberanía. Pero no en forma discrecional. Sabemos—haciendo eco de las ideas de Madison—que los hombres y mujeres somos gobernados por (otros) hombres y mujeres, “no por ángeles.”²² Y por ello creamos, junto con esa tremenda red y estructura de poder, límites. Así, por ejemplo, el principio de separación de poderes, sin el cual pocas democracias podrían jactarse de ser tales, forma parte fundamental del andamiaje de poder—y de nuevo, de sus límites.²³

Sobre lo que me interesa llamar la atención acá, es sobre el rol que cabe a (y han jugado) las cortes en ese esquema de poder y límites. Porque por medio de la Constitución,

18. BRUCE ACKERMAN, *WE THE PEOPLE: FOUNDATIONS* 6 (1991).

19. CARL SCHMITT, *TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN* 25 (Francisco Ayala trad., Madrid: Revista de Derecho Privado 1934) (1927).

20. Insisto en la interpretación más democrática del ‘contrato social.’ Montesquieu, por ejemplo, sostenía que el pueblo no se encontraba preparado para gobernar ni para entregar órdenes a sus representantes. CHARLES DE MONTESQUIEU, *THE SPIRIT OF THE LAWS* 159 (Anne M. Cohler et al. trans. & eds., Cambridge Univ. Press 2006 12th prin.) (1748) (argumentando que el pueblo debería tener un rol limitado a elegir a sus representantes y a dar solo órdenes generales).

21. Jeremy Waldron, *Legislating with Integrity*, 72 *FORDHAM L. REV.* 373, 376 (2003-2004) (argumentando que el proceso legislativo y democrático, como cualquier otro proceso político, debe entenderse con referencia a reglas secundarias que lo constituyen y regulan, y con referencia a principios mucho más profundos que permiten entender porqué ese proceso, en particular, nos importa) y en sentido similar Luigi Ferrajoli, *Pasado y Futuro del Estado de Derecho*, en *NEOCONSTITUCIONALISMO(S)* 14 n.2 (Miguel Carbonell ed., 2ª ed. 2005).

22. *EL FEDERALISTA* No 51, p. 220 (James Madison) (Fondo de Cultura Económica, 2001 2 ed.) (“Si los hombres fuesen ángeles, el gobierno no sería necesario. Si los ángeles gobernarán a los hombres, saldrían sobrando lo mismo las contralorías externas que las internas del gobierno”).

23. El artículo 7º

el mandato, no solo fijamos límites. Además nos reservamos varios derechos. Y con ello quiero referirme, no al catálogo de derechos constitucionales que, en el caso chileno, encontramos en el Capítulo III de la Constitución. Sino que, cosa distinta, me refiero a los derechos estructurales sobre los cuales se configura una democracia:²⁴ el derecho al auto-gobierno—ese compromiso de la democracia—y el ‘derecho a participar.’²⁵ En el contexto de democracias republicanas²⁶ el derecho a participar es (bastante) más que solo votar.²⁷ Es el derecho a intervenir y criticar la forma en que el gobierno se comporta. No basta con que exista un elemento popular en el gobierno; sino que ese elemento popular debe tener un rol crucial y decisivo.²⁸ Solo con una política inclusiva, en la que como pueblo somos invitados a tomar parte (decisiva) de ella, nos auto-gobernamos. Por medio de la participación compartimos, como colectividad, el poder de hacer que las cosas cambien,²⁹ y solo ahí—y así—somos nuestros propios dueños.³⁰ Para decirlo con Waldron, mientras ese elemento de participación popular se encuentre ausente, todos quienes son obligados por las leyes, es decir, todos los miembros de una comunidad, poseerán legítimas razones para considerar esas decisiones como fuerzas externas de cualquier tipo.³¹ Pero jamás como sus propias decisiones—la promesa del auto-gobierno.

En este mismo sentido la reglamentación internacional es clarificadora. Y no por el hecho de tratarse de normas internacionales a las que debemos un respeto irreflexivo; sino por los principios que tras ellas se alojan y las motivan: una suerte de acervo de respuestas comunes para asuntos (problemas, debates) comunes.³² Es decir, los principios que todos los estados endosan a efecto de entender, a su turno, cómo ellos mismos comprenden el derecho internacional que (internacionalmente) se positiviza. Así, es preciso mirar a la ‘Carta Democrática Interamericana’³³ que señala, por ejemplo, que si bien “[e]l ejercicio efectivo de la democracia representativa es la

24. SUSAN MARKS, *THE RIDDLE OF ALL CONSTITUTIONS: INTERNATIONAL LAW, DEMOCRACY, AND THE CRITIQUE OF IDEOLOGY* 2 (2000) (advirtiendo sobre el hecho de que el concepto de democracia no se agota concediendo el poder por medio de elecciones competitivas populares, y asegurando un catálogo de derechos; se requiere algo más, auto-gobierno e igualdad política en la participación); Waldron, *supra* nota 21.

25. WALDRON, *supra* nota 4, p. 232 (señalando que, en democracia, el derecho a participar se transforma en un derecho estructural, el ‘derecho de los derechos’).

26. Y el artículo 4º señala que Chile es una de ellas.

27. URBINATI, *supra* nota 14, pp. 21-2, 23-37 (analizando tres modelos de representación; el jurídico, el institucional; y el político).

28. WALDRON, *supra* nota 4, p. 235.

29. *Id.* p. 236. Sin perjuicio de las ventajas epistémicas que esta mayor inclusión pueda traer aparejada. Gargarella, *supra* nota 6, p. 240-1 (recordando las ideas de Nino, Gargarella señala que, mientras menor sea el ámbito de participación cívica, menores serán las razones para considerar imparcial el resultado de ese proceso deliberativo).

30. Isaiah Berlin, *Two Concepts of Liberty*, en ISAIAH BERLIN, *LIBERTY* (Henry Hardy ed., 2001) 166, 178.

31. WALDRON, *supra* nota 4, p. 238.

32. Jeremy Waldron, *Foreign Law and the Modern *Ius Gentium**, 119 *HARVARD LAW REVIEW* 129, 133 (2005).

33. Carta Democrática Interamericana, 11 Sep., 2001 (disponible en: http://www.oas.org/charter/docs_es/resolucion1_es.htm).

base del estado de derecho y los regímenes constitucionales de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos,” ésta “... se refuerza y profundiza con la participación permanente, ética y responsable de la ciudadanía ...”³⁴ En otras palabras no basta solo con la representación, sino que ella debe ir acompañada de participación. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por su parte, señala, en su artículo 25º, que todos los ciudadanos gozarán sin discriminación del derecho a “[p]articipar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos.”³⁵ Más claro aún, en el sentido que vengo acá señalando, es la interpretación que el Comité de Derechos Humanos realiza sobre dicho precepto. El Comité señaló, entre otras cosas, que el derecho a participar se encuentra en el centro del gobierno democrático basado en el consentimiento del pueblo.³⁶ Desde luego no se trata de un derecho que admite una única interpretación. Es más, se trata de un derecho de implementación progresiva que, pese a las declaraciones del Gobierno de Chile,³⁷ parece tenernos sin cuidado.

4. La Constitución técnica: tierra de abogados en una sociedad sin participación

Mientras la sección anterior advierte sobre la relevancia de la participación política en la definición de la legitimidad de nuestras instituciones, la que sigue intenta describir el fenómeno social de la exclusión del pueblo y la mayor parte de la ciudadanía de los procesos de configuración constitucional chilena.³⁸ La historia de Chile evidencia un curioso ciclo—que se repite con la porfía propia de un amanecer—que arranca en la definición constitucional del pueblo; que gatilla el malestar de las clases acomodadas, conservadoras y (a veces) liberales; y que finaliza con intervenciones militares. Ésas intervenciones, manifestadas en forma de juntas de gobierno, *toman sobre sus hombros el peso* de defender la estabilidad

34. Artículo 2º. El artículo 6º, por su parte, dispone que “[l]a participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo es un derecho y una responsabilidad. Es también una condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia. Promover y fomentar diversas formas de participación fortalece la democracia.”

35. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 23 Mar., 1976, artículo 25º.

36. Human Rights Committee, *General Comment No. 25: The right to participate in public affairs, voting rights and the right of equal access to public service* (Art. 25), 57th sesión, CCPR/C/21/Rev.1/Add.7, 12 Jul., 1996, (disponible en <http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/0/d0b7f023e8d6d9898025651e004bc0eb?Opendocument>).

37. Chile, Misión Permanente de Chile ante la OEA, en CARTA DEMOCRÁTICA INTERAMERICANA: DOCUMENTOS E INTERPRETACIONES 272 (“Se trata de una declaración que consagra el derecho de los ciudadanos a vivir en un sistema político específico e impone a la autoridad la obligación de mantener vigente ese sistema y garantizar su perfeccionamiento.”) (el destacado es mío) (disponible en: http://www.oas.org/OASpage/esp/Publicaciones/CartaDemocratica_spa.pdf).

38. La necesidad de esta breve sección, como ha sugerido Salazar, se debe a al hecho que “[n]o se puede definir ‘lo político’ por reducción a un concepto abstracto, unívoco y a-histórico, o a un ámbito de acción social deificado, juridizado, homogeneizado y autocontenido que solo se torna visible en eventos o acontecimientos funcionales de mera ‘actualidad.’” GABRIEL SALAZAR, *DEL PODER CONSTITUYENTE DE ASALARIADOS E INTELECTUALES (CHILE, SIGLOS XX Y XXI)* 5 (2009).

en entredicho, para terminar imponiendo un modelo constitucional.³⁹ Dichas intervenciones militares y aristocráticas van de la mano con la convicción que el rol del pueblo consiste en elegir a sus representantes—cuando las restricciones censatarias lo han permitido—y retirarse para ser gobernados.⁴⁰

La independencia de Chile, misma que se juega entre 1810 y 1818, comienza su historia constitucional con una serie de reglamentos dictados sin participación popular y en contexto de alta inestabilidad social, cuestión que sienta las bases para definir uno de los debates de mayor relevancia en la formación institucional y constitucional de la nueva república: centralismo vs. federalismo. De acuerdo a Salazar, durante 1810 y 1870, la sociedad chilena evidencia una distribución a lo largo de su territorio que se manifiesta en formas de participación política: los cabildos. A través de ellos, los pueblos permitían a los vecinos tomar parte de una actividad común (el autogobierno local).⁴¹

39. Utilizo la expresión “*toman sobre sus hombros el peso*” de forma deliberada, en el contexto de una comunidad política donde no escasean las justificaciones a las intervenciones militares. A propósito del golpe de Estado de 1973, se ha dicho que los militares fueron empujados a intervenir: “La Democracia ... se Perdió entre todos,” afirma Cheyre, para luego insistir que “tanto la oposición como el Gobierno [de Allende] propiciaron que las FF.AA. fueran las garantes de la vida pública y quienes dirimieran los conflictos que la política no solucionaba.” No es que los militares hayan querido hacerse con el poder, sino que fueron las circunstancias las que los arrojaron a ese desafío. Concluye con una genial tesis: “Un Ejército que llega al poder por esas circunstancias estará siempre más dispuesto a retomar sus tareas en la etapa de normalidad y alejarse, sin mayores nostalgias, de las tareas que realizó en una etapa de excepcionalidad.” Juan Cheyre, *Consolidación de la democracia en Chile: papel del factor militar*, 20 QUÓRUM 49, 52-3 (2008). Las breves notas que siguen en esta sección buscan mostrar que el análisis de Cheyre carece de ubicuidad histórica, misma que no le permite comprender el proceso de intervención militar del 73.

40. Similares excesos de democracia se alegaron en los Estados Unidos, en la víspera de las elecciones presidenciales de 1800, cuestión que marcaría la suerte del pueblo en tanto actor (de la lectura) constitucional. Sin llegar a poner en duda el sistema de revisión judicial de las leyes—misma que, se ha sugerido, se mantiene desde los tiempos de la colonia—el debate entre federalistas y republicanos se centró, principalmente, respecto al rol que cabía al pueblo en la política y sobre quién puede interpretar autoritativamente la Constitución. Los Republicanos, con Madison y Jefferson en sus filas, sostenían un rol primordial para el pueblo, negando a las cortes el rol de intérpretes finales de la Constitución. Los Federalistas, en cambio, con Hamilton como figura, siempre patrocinaron un rol fundamental para las cortes como intérpretes finales de la Constitución—con un rol muy reducido para el pueblo en sus intervenciones políticas. Así, el debate en torno a la lectura final de la Constitución, iba muy de la mano con el papel que el pueblo le correspondía, finalmente, en la vida política. LARRY D. KRAMER, *THE PEOPLE THEMSELVES: POPULAR CONSTITUTIONALISM AND JUDICIAL REVIEW* 128-37, 162-66 (2004). Junto con el rol contenido que se asignaba al pueblo en tanto agente político, los debates impactan, desde luego, en la ‘profesionalización’ de la lectura del derecho. El razonamiento es sencillo. Las leyes son interpretadas por expertos profesionales: los abogados. La Constitución es un tipo de ley—aun cuando la ley superior—y por lo mismo puede ser entendida solo en tanto se goce de las capacidades y técnicas de esos funcionarios capacitados en la comprensión de las leyes: los abogados. La Constitución se transforma, así, en tierra de abogados y no del pueblo. La relevancia de la historia norteamericana no se sostiene por su propio peso, sino por la similitud con procesos acaecidos en América Latina. Similares procesos se han descrito para el caso. Roberto Gargarella ha analizado el impacto de estos cambios en la discusión en América Latina, donde las constituciones se redactaron incorporando diferentes medidas que entregan la última palabra en materia de interpretación constitucional a la rama menos democrática del gobierno, el poder judicial. Además, las mismas se organizaron en torno a mecanismos contramayoritarios que buscaron reemplazar, antes que refinar o descubrir, la voluntad del pueblo. Roberto Gargarella, *The Constitution of Inequality. Constitutionalism in the Americas, 1776-1860*, 3 INT’L J. CONST. L. 1 (2005).

41. SALAZAR, DEL PODER CONSTITUYENTE, *supra* nota 38, pp. 8-9.

El centralismo de Santiago y sus élites, sin embargo, conspira contra un esfuerzo de mayor inclusión y termina reemplazando el papel medular de la Corona española por una suerte de sistema colonial criollo.⁴² En ese proceso, hay un actor político claro: los militares. Como ha señalado Verónica Valdivia, “las fuerzas armadas fueron los actores más importantes en la construcción del naciente Estado chileno, catapultados al estrellato desde 1810.”⁴³

El General Carrera, en 1811, se coloca al mando de la nación y termina disolviendo el Congreso a poco andar, para dar paso a una Junta de Gobierno. Dicha Junta dicta un nuevo reglamento constitucional en 1812, mismo que—en palabras de Roldán—establecía en Chile una monarquía constitucional.⁴⁴ Para mala fortuna de Carrera, debía combinar sus esfuerzos de construcción de Estado con los embates españoles dispuestos a recuperar la colonia, cuestión que ocurre en 1814—poco tiempo después de haberse puesto al mando de una nueva Junta.⁴⁵ El año 1818 marca el comienzo definitivo de la independencia de Chile, y el inicio de una nueva etapa de reglamentos constitucionales autoritarios, centralistas y desarrollados por militares.⁴⁶ Todo lo anterior, en un contexto social convulsionado e indisciplinado, cuestión que favoreció la aceptación de los enormes poderes que se colocaban en manos del Director Supremo.⁴⁷ Excusa perfecta para que O’Higgins decidiera encomendar la elaboración del texto constitucional de 1818 en manos privadas, pues “no era partidario de la elección de un Congreso, porque pensaba que una asamblea elejida en aquellas circunstancias podría debilitar la acción del gobierno”⁴⁸

Según Roldán, la ciudadanía comenzó a cuestionar los poderes del director Supremo, pues el régimen del militar—que había comenzado como provisorio—parecía no tener un cercano fin. La opinión pública, afirma el mismo autor, comenzaba a impacientarse por la implementación de sistema representativo. Frente al clamor popular, O’Higgins disuelve el Senado y elige una convención que aprueba un nuevo texto constitucional, en 1822.⁴⁹ Para ese entonces, los pueblos de las provincias estaban dispuestos a construir el Estado nacional desde los pueblos—volviendo a surgir la disputa entre federalistas y unionistas—conspirando a la caída del Director Supremo en 1822.

42. RENATO CRISTI Y PABLO RUIZ-TAGLE, *LA REPÚBLICA EN CHILE: TEORÍA Y PRÁCTICA DEL CONSTITUCIONALISMO REPUBLICANO* 86 (2006).

43. Verónica Valdivia, *Estabilidad y constitucionalismo: las sombras de la excepcionalidad chilena*, en *EN EL NOMBRE DEL PUEBLO: DEBATE SOBRE EL CAMBIO CONSTITUCIONAL EN CHILE* (Claudio Fuentes ed.) 131, 132 (2010).

44. ALCIBÍADES ROLDÁN, *ELEMENTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL DE CHILE* 74 (1913).

45. Roldán insinúa que tanto la inestabilidad interna como los peligros externos, conspiran en la configuración de reglamentos tendientes a concentrar el poder en unas solas manos. *Id.*, pp. 76-7

46. Cristi y Ruiz-Tagle afirman que el lenguaje republicano se utiliza únicamente a efectos de “validar la dictadura militar de O’Higgins.” CRISTI Y RUIZ-TAGLE, *LA REPÚBLICA EN CHILE*, *supra* nota 42, p. 86.

47. VALDIVIA, *ESTABILIDAD Y CONSTITUCIONALISMO*, *supra* nota 43, p. 135.

48. ROLDÁN, *ELEMENTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL*, *supra* nota 44, p. 80.

49. *Id.*, p. 82.

La carta de 1823, sin embargo, barre con sus aspiraciones. Surgida de la rebelión de los pueblos y discutida por una asamblea popular con delegados de todas las provincias⁵⁰—convocada por otro general, Freire—la Constitución de 1823 viene a intentar imponer un modelo de virtud imbuido fuertemente de ideas ilustradas, conservadoras, centralistas, y aristocráticas.⁵¹ Fuertemente resistida, y anclada en la ignorancia del pueblo, hizo aún más evidente el conflicto entre federalistas y unitarios.⁵²

Dicho conflicto causa el surgimiento de asambleas provinciales destinadas a decidir, por sí, si optaban la forma federal o unitaria.⁵³ Como indica Salazar, el conflicto se decide democráticamente—como pocas veces—a favor de los pueblos en la Constitución de 1828.⁵⁴ Unitaria y liberal en sus ideas matrices, se inspiraba en las formas republicanas, representativas y populares de gobierno.⁵⁵ Establecía una fuerte separación de poderes, en líneas con propuestas más radicales, y disponía que tanto gobierno como administración locales de ejercerían por asambleas provinciales y el intendente—ambas instancias elegidas directamente por la ciudadanía.⁵⁶

Una nueva intervención militar, amparando a grupos clericales, comerciantes (‘los estanqueros’)⁵⁷ y de propietarios, termina con la empresa liberal en 1831.⁵⁸ En palabras de Salazar, el “patriarcado mercantil de Santiago,” con la ayuda de un ejército privado, “impone[] a los restantes 49 pueblos el estado mercantil, centralizado y autoritario de 1833.” En rigor, al golpe siguieron las intenciones (al menos declaradas) de respetar los procedimientos de reformas constitucionales de la carta de 1828, los que mandaban la conformación de una Gran convención en 1836. La asamblea se formó en 1833 y, siguiendo los lineamientos teóricos del “grupo burgués tradicionalista que requería una organización política que permitiera asegurar el orden,”⁵⁹ propuso un proyecto que no fue del gusto de Mariano Egaña, hombre de gran influencia en el círculo ‘estancero.’

La Constitución de 1833 termina recogiendo los consejos de lo que se conoció como el ‘voto particular’ de Egaña. Huneeus esgrime las justificaciones sin tapujos: “[l]a gran masa

50. CRISTI Y RUIZ-TAGLE, *LA REPÚBLICA EN CHILE*, *supra* nota 42, p. 87.

51. *Id.*, p. 87.

52. ROLDÁN, *ELEMENTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL*, *supra* nota 44, pp. 90-1.

53. *Id.*, p. 93.

54. SALAZAR, *DEL PODER CONSTITUYENTE*, *supra* nota 38, p. 10.

55. ROLDÁN, *ELEMENTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL*, *supra* nota 44, p. 94.

56. *Id.*, p. 96.

57. Y a la cabeza de este grupo, Diego Portales. Habiendo sido despojado del monopolio sobre el tabaco en 1826—Lastarria afirma que sólo beneficios personales a las familias Portales y Cea había traído la decisión—Portales inicia causa común con el bando *pelucón* (conservador) y contra el gobierno liberal, “por sus principios e intereses personales, y porque su misión no tenía otro fin que derrocar a la administración que les había arrancado el monopolio del estanco.” José Victorino Lastarria, *Don Diego Portales, Juicio Histórico*, en PORTALES: JUICIO HISTÓRICO 11, 18 (Editorial del Pacífico 1973) (1861).

58. JULIO FAUNDEZ, *DEMOCRATIZATION, DEVELOPMENT, AND LEGALITY: CHILE 1831-1973* 17 (2007).

59. CRISTI Y RUIZ-TAGLE, *LA REPÚBLICA EN CHILE*, *supra* nota 42, p. 94.

de nuestro pueblo era en 1833 completamente inculta.”⁶⁰ Egaña traduce dicha preocupación en esquema constitucional. Estructurando un régimen elitista, Egaña configura un esquema de participación político para propietarios, comerciantes y profesionales. Para ello se vale del concepto de representación, entendido, éste, como una forma de lograr colocar las cabezas “de mayores luces” al mando del Estado.⁶¹

La Constitución de 1833, con Egaña de actor principal y Portales en las sombras,⁶² provoca un giro definitivo en la historia constitucional chilena. En este momento es donde la ecuación entre estabilidad y legitimidad, se inclina fuerte y definitivamente a favor de la primera.⁶³ El modelo, desde entonces, es el del gobierno impersonal, central y autoritario.⁶⁴ Lastarria advierte, en 1861, sobre las amenazas que ese orden traería al futuro:

*“No importa que el sistema exclusivo y restrictivo de Portales sea alguna vez relajado por sus sucesores, en gracia de la concordia o de la necesidad de dar una tregua a la lucha. El sistema hará siempre el fondo de la reacción y reaparecerá con mayor empuje, cuando ésta se halle en peligro de perder su dominación, a causa de la naturala spiración de la sociedad a cimentar sus relaciones en el derecho y la libertad.”*⁶⁵

A juzgar por la historia tras las constituciones de 1925 y 1980, estaba absolutamente en lo cierto. Fuera de su origen ilegítimo, la Constitución de 1833 fue flexibilizándose y abriéndose a las demandas planteadas por los nuevos actores sociales. Hacia 1860 las clases emergentes (burguesas), ancladas en los buenos resultados de la explotación minera y salitrera, lograban ingresar al ruedo partidista⁶⁶ y aceptaban la vigencia de la Constitución.⁶⁷ Los partidos políticos, con todo, no agotaban el espectro de la población, misma que siguió insistiendo en reivindicaciones obreras.

La respuesta a dichas demandas fue la represión⁶⁸ y la no inclusión social.⁶⁹ Alessandri, en cambio, prefiere intentar acomodar la legislación a las nuevas peticiones y se encarga de

60. ANTONIO HUNEUS GANA, LA CONSTITUCIÓN DE 1833: ENSAYO SOBRE NUESTRA HISTORIA CONSTITUCIONAL DE UN SIGLO 1810-1910 116 (1933).

61. ENRIQUE BRAHM, MARIANO EGAÑA: DERECHO Y POLÍTICA EN LA FUNDACIÓN DE LA REPÚBLICA CONSERVADORA 119-23 (2007).

62. CRISTI Y RUIZ-TAGLE, LA REPÚBLICA EN CHILE, *supra* nota 42, p. 96.

63. GABRIEL SALAZAR, CONSTRUCCIÓN DE ESTADO EN CHILE: DEMOCRACIA DE LOS ‘PUEBLOS.’ MILITARISMO CIUDADANO. GOLPISMO OLIGÁRQUICO 14-9 (1800-1837).

64. FAUNDEZ, DEMOCRATIZATION, *supra* nota 58, p. 18.

65. Lastarria, *Don Diego Portales*, *supra* nota 57, p. 41.

66. Reformas electorales fortaleciendo derechos de participación política se aprueban hacia 1871 temperando, de alguna forma, los fuertes poderes presidenciales. Esas reformas, con todo, probaron ser más formales que de fondo, no logrando mejorar la calidad de los procesos electorales. FAUNDEZ, DEMOCRATIZATION, *supra* nota 58, pp. 41-3.

67. VALDIVIA, ESTABILIDAD Y CONSTITUCIONALISMO, *supra* nota 43, p. 136.

68. *Id.*, p. 137.

69. FAUNDEZ, DEMOCRATIZATION, *supra* nota 58, p. 55.

enviar proyectos de ley sobre pujantes temas sociales. Como el tema no pudo solucionarse por medio de las vías institucionales, los militares vuelven a intervenir, llamados por el Presidente Alessandri, a efectos de buscar apoyo para las reformas,⁷⁰ y el Presidente termina asilado en la Embajada de los Estados Unidos.

La elaboración del nuevo texto constitucional, el de 1925, sigue un camino no muy lejano al de las anteriores experiencias. Primero, se configura a instancias de los militares.⁷¹ Segundo, vuelve a elaborarse por pluma de unos pocos. En efecto, en 1924 la Junta Militar de 1924 insistió en la necesidad de reformar la Constitución sólo a instancias de una asamblea constituyente.⁷² Pese a que Alessandri consentía en la idea, la Carta fue, finalmente, fruto del trabajo de una pequeña comisión que sería, más tarde, ratificada en un anómalo plebiscito.⁷³ Tercero, consolida —y Lastarria no se equivocaba—un sistema centralista con un presidencial fuerte.⁷⁴ Como se lo recuerda el General Navarrete a los miembros de la subcomisión de reforma—el comité nominado para elaborar la Carta—“el objetivo de la intervención militar de 1924 había sido eliminar las prácticas corruptas del régimen parlamentario, advirtiéndoles que no se aceptaría resultado otro que el restablecimiento del presidencialismo.”⁷⁵

Esa carta, la de 1925, también enfrentó fuertes clamores por ‘acomodarse’ a las nuevas realidades sociales. Desde fines de los años 30, como relata Verónica Valdivia, los gobiernos de centroizquierda comienzan a otorgar al Estado un rol más activo en la regulación de la economía, proceso que culmina con la ‘reforma agraria’ en 1967⁷⁶ y con la elección del Presidente Salvador Allende, en 1970. Esa reforma ponía término a un pacto traslapado entre conservadores y liberales que podía percibirse desde los orígenes de la república. Ambos grupos poseían divergencias en torno al rol de la Iglesia y el Estado y a los niveles de centralismo que debía poseer el Estado, pero no respecto al derecho de propiedad.⁷⁷ La ‘reforma agraria’ pone fin a ese consenso y agrieta las relaciones sociales,⁷⁸ campo fértil para una nueva intervención militar.

70. VALDIVIA, ESTABILIDAD Y CONSTITUCIONALISMO, *supra* nota 43, p. 138.

71. Por ejemplo, Julio Faúndez se refiere a reformas legales y constitucionales desarrolladas bajo el ojo atento de los militares (FAUNDEZ, DEMOCRATIZATION, *supra* nota 58, p. 56). Valdivia, afirma que la Constitución fue aceptada a efectos de evitar que los militares siguieran entrometidos en la vida política (VALDIVIA, ESTABILIDAD Y CONSTITUCIONALISMO, *supra* nota 43, p. 140). Andrade, evidencia el apoyo que el nuevo texto constitucional encontraba en las filas del Ejército. CARLOS ANDRADE, ELEMENTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL CHILENO 28 (1963).

72. MARIO BERNASCHINA, 2 MANUAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL 17 (1958).

73. *Id.*, pp. 24-5. Ése proceso va de la mano con el creciente rol que adquieren los partidos políticos, quienes—en palabras de Salazar—se vuelven expertos en administrar lo ajeno. En un contexto tal, el sistema electoral no es jamás expresión de la soberanía o la participación popular, sino requisito mínimo para la legitimidad del funcionamiento de los partidos. SALAZAR, DEL PODER CONSTITUYENTE, *supra* nota 38, p. 16.

74. CRISTI Y RUIZ-TAGLE, LA REPÚBLICA EN CHILE, *supra* nota 42, p. 115 (un modelo ‘neo presidencialista’).

75. FAUNDEZ, DEMOCRATIZATION, *supra* nota 58, p. 66.

76. VALDIVIA, ESTABILIDAD Y CONSTITUCIONALISMO, *supra* nota 43, p. 141.

77. *Id.*, p. 136. También en BRAHM, MARIANO EGAÑA, *supra* nota 61, pp. XI-XII.

78. FAUNDEZ, DEMOCRATIZATION, *supra* nota 58, p. 159.

Ella se produce en 1973 con Pinochet a la cabeza. Mientras se desarrolla un régimen de terror y horror, también se impulsaban nuevos esquemas constitucionales. Promulgada bajo la dictadura de Pinochet, la Constitución fue diseñada por una comisión nombrada por la Junta Militar⁷⁹ y revisada, en última instancia, por el mismo Pinochet. Acá no hay participación popular. El poder constituyente se radica (vía decreto) en la misma Junta de Gobierno y el plebiscito—instancia a la que recurren los partidarios de la dictadura para reclamar la legitimidad de la Carta—es completamente irrelevante a los ojos de la propia Junta. Si el poder constituyente se radica en ella, ¿qué necesidad tienen de convocar a un plebiscito? Como afirman Cristi y Ruiz-Tagle, la Junta nunca quiso activar el poder constituyente del pueblo con el plebiscito⁸⁰ y, de hecho, estando radicado en aquélla, lo niega.⁸¹ No quiso pero tampoco podía. Si la legitimidad democrática descansa en principios tácitos y comunes de aceptación, esto es, en el hecho que las personas de nuestra sociedad se comportan de una determinada forma, y creen que es correcto comportarse de *ésa* forma,⁸² entonces la legitimidad nunca arranca de la fuerza.⁸³

Lo anterior explica, en parte, la estructura de la Constitución de 1980. Nótese que, a diferencia de lo que ocurre con otras Constituciones, donde el preámbulo evidencia al sujeto que toma la decisión de entregarse una determinada forma política (*supra* nota 12), la Constitución de 1980 comienza con un elocuente “Visto: lo dispuesto por los DL Nos. 1 y 128, de 1973; 527, de 1974; 3.464 y 3.465, de 1980,” cuestión que manifiesta la forma eminentemente legalista en que se concibe dicha Constitución (identificada como D.L. No 3.464, D. Of. 11.08.1980).⁸⁴

Los cambios posteriores adolecen de similares defectos:⁸⁵ las más de 50 reformas constitucionales aprobadas en septiembre de 2005 no son otra cosa que el resultado de un consenso político, más que como el resultado de un amplio debate nacional.⁸⁶ Son más bien el resultado de un negocio que se cierra, en vez que la manifestación o

79. La denominada ‘Comisión de Estudios para la Nueva Constitución’ (CENC).

80. CRISTI Y RUIZ-TAGLE, *LA REPÚBLICA EN CHILE*, *supra* nota 42, pp. 128-9.

81. SOFÍA CORREA Y PABLO RUIZ-TAGLE, *CIUDADANOS EN DEMOCRACIA: FUNDAMENTOS DEL SISTEMA POLÍTICO CHILENO* 129 (2010). Antes se habían omitido referencias a la soberanía popular, como en la Constitución de 1833. BRAHM, MARIANO EGAÑA, *supra* nota 61, p. 119.

82. JEREMY WALDRON, *THE LAW* 67 (1990).

83. Jean-Jacques Rousseau, *On the Social Contract*, en *THE BASIC POLITICAL WRITINGS* 143 (Donald Cress trad., Hackett 1987) (1762).

84. Esa forma legalista es lo que a juicio de Schmitt disuelve y relativiza la Constitución en un conjunto de leyes constitucionales, que puede modificarse sobre la base de procedimientos—más o menos engorrosos, según sea el caso—pero sobre los cuales puede comenzar a prescindirse de la unidad política del estado. SCHMITT, *supra* nota 19, pp. 13-4.

85. Amaya Alvez, *El Ejercicio del Poder Constituyente y su Legitimación en la Carta de 1980, desde la Perspectiva de la Historia Política Institucional Chilena*, en 212 *REVISTA DE DERECHO* 33, 44-5 (llamando la atención sobre la escasa conexión entre las reformas constitucionales propuestas y la realidad político-social chilena).

86. Y pese a ello, se insistió que con estas reformas los chilenos y chilenas se auto entregaban una nueva Constitución.

expresión de la sociedad, de sus costumbres y sentimientos que en ella dominan.⁸⁷ Son el resultado de maniobras y negociaciones poco transparentes, lejos de ser expresión de un ‘momento constitucional.’⁸⁸ Ésta nueva Carta (?) también evidencia su única fuente de ‘legitimidad’ posible: la legal. El nuevo texto de la Carta Fundamental dispone, de forma preocupantemente similar a la original de 1980, “VISTO: En uso de las facultades que me confiere el artículo 2° de la Ley N° 20.050, y teniendo presente lo dispuesto en el artículo 32 N° 8 de la Constitución Política de 1980” (también identificado en ‘lenguaje legalista’: D.S. No 100, D. Of. 22.09.2005).

* * *

Las conclusiones de esta breve revisión histórica de la historia constitucional de Chile son claras. Para decirlo con Salazar, nuestra historia bicentenaria exhibe definiciones constitucionales que se imponen por medio de la fuerza de los ejércitos. Esas imposiciones—como se ha visto—con escasa y, la más de las veces, nula participación ciudadana, se han mantenido fieles al modelo de gobierno autoritario con una figura presidencial que aloja facultades de todo orden. Esas figuras autoritarias son necesarias pues el pueblo no está preparado—como pensó Portales—o es ignorante para gobernarse.⁸⁹ En un esquema tal, lo político se construye como “la administración funcional del Estado constituido formalmente.”⁹⁰ Las constituciones así instauradas, sin embargo, corren un riesgo: “puede[n] no ser más que una hoja lijera que nada a flor de agua sobre el torrente revolucionario, i al fin se hunde en él.”⁹¹

5. Consensos sin debate: el Chile sin chilenos

Pero el pueblo chileno no sólo ha sido desplazado de la definición constitucional. Ha sido relegado, además, a un plano muy secundario en cuanto al desarrollo de la misma. Los asuntos constitucionales son decididos como cuestiones técnicas que, una vez decididas, proscriben y limitan las posibilidades para que el pueblo pueda tener voz en esos debates. Y aún más, cuando hay dudas sobre el desarrollo constitucional, el Tribunal Constitucional viene a clausurar el debate atribuyéndose la facultad para definir la contienda, privando al órgano de representación

87. Andrés Bello, *Constituciones*, en ANDRÉS BELLO VII OBRAS COMPLETAS 133 (Santiago de Chile, Pedro G. Ramírez 1884) (las cursivas son de Bello).

88. ACKERMAN, *supra* nota 18 (“Antes de ganar la autoridad para crear una ley suprema en el nombre del pueblo, un movimiento político debe, primero, convencer a un número extraordinario de compatriotas para que tomen la propuesta realizada con una seriedad que, en general, no es la que utilizan en asuntos políticos”) (la traducción me pertenece).

89. SALAZAR, DEL PODER CONSTITUYENTE, *supra* nota 38, p. 17

90. *Id.*, p. 5.

91. Bello, *supra* nota 87, p.133.

popular, el Congreso, de capacidad de interpretación constitucional.⁹² Ello ha sido particularmente el caso de “la política de los políticos” que ha seguido a la Constitución de 1980.⁹³

A comienzos de 1970 el temor al gobierno popular surge nuevamente. Esta vez la amenaza es mundial. Crozier, Huntington y Watanuki señalaron, así, que las democracias de Europa, Asia y América del Norte, estaban experimentando la desintegración del orden civil, el quebrantamiento de la disciplina social, la debilidad de los líderes y la alineación de los ciudadanos,⁹⁴ producto de una ‘excesiva democracia.’ Ese exceso de democracia se evidenciaba en la radicalización del sistema democrático mismo:⁹⁵ excesivas demandas ciudadanas que producían no otra cosa que la desintegración de los medios tradicionales de control social, una deslegitimización de la autoridad, y una sobrecarga del gobierno.⁹⁶

Chile no escapó de ese escenario de ‘alarma mundial.’ Recientemente una encuesta reveló que un 36% de los (chilenos y chilenas) entrevistados se declaraba insatisfecho con la forma en que se eligen a los miembros del Congreso. Sin embargo, un 47% era de la opinión de que el sistema electoral debía mantenerse, mientras un 78% señalaba que, a su juicio, es mejor para Chile que existan pocos y grandes partidos políticos o bloques.⁹⁷ Quizás por eso la democracia chilena ha sido calificada como una ‘imperfecta,’ con poca cultura cívica y escasa participación.⁹⁸

La razón que explica estos resultados, con todo, no descansa en la indisposición del pueblo a tomar parte en la vida política del país; sino en su (deliberada) exclusión por medio de la que se ha denominado la ‘democracia de los consensos.’ No es que en Chile exista una ciudadanía débil, sino que ésta ha sido así moldeada tras 17 años de dictadura

92. Una interesante discusión sobre el punto en Michael C. Dorf & Barry Friedman, *Shared Constitutional Interpretation*, 2000 SUP. CT. REV. 61 (2000) (explicando si la Corte Suprema, cuando decide como lo hace en *United States v. Dickerson*, promueve el diálogo e invita al Congreso a éste).

93. SALAZAR, DEL PODER CONSTITUYENTE, *supra* nota 38, p. 6.

94. MICHAEL CROZIER ET AL., *THE CRISIS OF DEMOCRACY* 2 (1975).

95. *Id.* p. 8.

96. *Id.* Recientemente se ha sugerido que las razones detrás de esta desconfianza en el gobierno popular fueron las recesiones económicas en que muchos de los países analizados se encontraban, así como la consecuente incapacidad de los gobiernos para satisfacer las demandas ciudadanas (asociadas a esas crisis monetarias. Robert D. Putnam et Al., *Introduction: What’s Troubling the Trilateral Democracies?*, en *DISAFFECTED DEMOCRACIES: WHAT’S TROUBLING THE TRILATERAL COUNTRIES?* (Susan Pharr & Robert Putnam) (2000).

97. Un 71% cree que muchos partidos políticos crean inestabilidad y dificultan la *gobernabilidad*, el nuevo concepto que acuñan quienes quieren descansar en la democracia de los consensos. Los datos citados en: Centro de Estudios Públicos, *Estudio Nacional de Opinión Pública No 54*, Diciembre (2006), disponible en: http://www.cepchile.cl/dms/lang_1/doc_3862.html (22 de diciembre, 2006).

98. Laza Kekic, *A pause in democracy’s march*, *ECONOMIST*, 16 de Noviembre, 2006.

y 20 más de (una suerte de) democracia.⁹⁹ Y en ello pesan el sistema electoral (moldeado para alterar las preferencias mayoritarias); las particulares condiciones históricas que marcaron el comienzo de la transición a la democracia en Chile;¹⁰⁰ y la Constitución de 1980 que lega una forma de ‘democracia protegida.’ Un rol disminuido para los partidos políticos, obra directa de Pinochet;¹⁰¹ un Congreso con senadores designados;¹⁰² un ‘Consejo Nacional de Seguridad,’ órgano consultivo del Presidente con facultades de auto convocatoria y compuesto, en su mayoría, por militares;¹⁰³ un Tribunal Constitucional moldeado para mantener la vigencia de la Constitución de Pinochet;¹⁰⁴

Estas condiciones de alguna forma *forzaron* la negociación de amplios acuerdos entre las dos mayores coaliciones políticas. Pero, transcurrido ya un tiempo prudente, ¿parece sensato que sigan haciéndolo?¹⁰⁵ Las coaliciones que dominan la escena política nacional, ‘La Concertación’ y ‘La Alianza por Chile’, antes que debatir y discutir públicamente estas importantes decisiones políticas, desarrollan una democracia consensual donde los acuerdos se alcanzan lejos de los espacios

99. Este sistema produce, a su turno, ciudadanos moldeados para esa democracia: ciudadanos poco activos, que molesten lo menos posible el actuar de las autoridades. Es extraño, por decirlo de alguna forma, que pese a que el sistema de transporte público que se implementó a comienzos de 2007 no funcione, en vez de movilizaciones y protestas los chilenos y las chilenas hayamos decidido hacer largas filas y sencillamente esperar por horas que los buses aparezcan. Sabemos que funciona mal. Sabemos que se han invertido millones de dólares de recursos que sabemos son escasos y a todos nos pertenecen. Sin embargo hacemos filas y seguimos en una forzada y moldeada pasividad. Son las circunstancias de su existencia las que condicionan la conciencia del ser, y no el ser a las circunstancias. Karl Marx, *Preface to a Contribution to the Critique of Political Economy*, en *THE MARX-ENGELS READER* 4 (Robert Tucker ed., Norton 1978) (1859).

100. A comienzos del primer gobierno de transición, el de Patricio Aylwin, Pinochet se mantenía como Comandante en Jefe del Ejército y vociferaba, a propósito de las investigaciones que comenzaban a abrirse, “[n]adie va a tocar a alguno de mis hombres. El día que lo hagan ¡se acaba el Estado de derecho!”. Diane F. Orentlicher, *Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime*, 100 *YALE L.J.* 2537, 2539 n.3 (1990-91).

101. TOMÁS MOULIAN, *CHILE ACTUAL. ANATOMÍA DE UN MITO* 242 (17 ed. 1997). Pinochet sostenía que el Congreso era espacio propicio para el populismo y la demagogia. AGUSTO PINOCHET, *POLÍTICA, POLITIQUERÍA, DEMAGOGIA* 63 (1983).

102. Se trataba de senadores no elegidos popularmente, sino que directamente nominados por las fuerzas Armadas (4), la Corte Suprema (3) y el Presidente (2). Ellos, en conjunto, conformaron cerca del 20% del Senado mientras la institución operaba—pues desaparecieron con las reformas de 2005.

103. El órgano consultivo de Pinochet, originalmente compuesto por el Presidente (de facto) de la República; los comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas (4); El Presidente del Senado; el Presidente de la Cámara de Diputados; el Presidente de la Corte Suprema; y el Contralor General de la República.. Las facultades de auto convocatoria se encontraban en el art. 95 inc. 3º de la versión original Constitución de 1980. Con las reformas de 2005, el Consejo se mantiene, pero con carácter consultivo. Véase, art. 106 de la Constitución Política de la República de Chile.

104. A 1998 el TC sigue reconociendo el carácter de poder constituyente para la Junta de Gobierno de Pinochet. CRISTI Y RUIZ-TAGLE, *LA REPÚBLICA EN CHILE*, *supra* nota 42, p. 131 (n. 44).

105. MOULIAN, *CHILE ACTUAL*, *supra* nota 101, pp. 38-9, (“Entonces, el consenso consiste en la homogenización. Como se ha dicho, implica la desaparición del otro, a través de la fagocitación del Nosotros por el Ellos. La política ya no existe más como lucha de alternativas, como historicidad, existe solo como historia de las pequeñas variaciones, ajustes, [y] cambios en aspectos que no comprometen la dinámica global”). Domingo Lovera, *El Futuro de la Democracia en Bobbio ¿En qué estamos?, en EL PENSAMIENTO JURÍDICO Y POLÍTICO DE NORBERTO BOBBIO* 247 (Agustín Squella ed., 2005).

públicos.¹⁰⁶ Este consenso negociado se ha transformado en la regla general detrás de cada nueva reforma, sin importar si su carácter es constitucional o legal. El Congreso, espacio público de deliberación, deviene, así, en un “buzón sancionador de proyectos ya aprobados (o rechazados) en negociaciones, a espaldas de la ciudadanía.”¹⁰⁷

Ambas coaliciones, así, mantienen el poder en sus manos eliminando o forzando la desaparición de la disidencia.¹⁰⁸ La negativa reiterada a revisar el sistema electoral para hacerlo más inclusivo es ejemplo de lo anterior. No es que se esté dejando fuera a grupos que carecen de adhesión popular;¹⁰⁹ sino que se trata justamente de dejar fuera a grupos que la poseen, pero que no comparten el modelo de consensos y que rápidamente son etiquetados de anti-sistémicos y representantes de la vieja moda de la política adversarial. Su exclusión es inminente y, para nuestra democracia, evidente.¹¹⁰ El impacto para la forma en que entendemos la democracia no es menor.

En un contexto tal, cualquier iniciativa legal o constitucional que no se haya negociado previamente (y curiosamente) fuera del Congreso—de hecho, antes de ingresar a él—

106. Esta particular concepción de la democracia es la que, sostengo, desplaza a las minorías del ideal del auto-gobierno. Según Miguel Luis Amunátegui, en una reciente columna de opinión, el sistema democrático chileno, construido sobre la base del sistema electoral binominal, alienta este tipo de acuerdos. En sus palabras, “la sana doctrina democrática . . .” consiste en entender que “en cuestiones institucionales de la naturaleza de las mencionadas [educación, elección de miembros del directorio de TVN, entre otras] deben existir entendimientos entre la mayoría y la minoría.” Se trata de una “democracia consociativa en la que, en materias de trascendencia institucional, la mayoría debía [y debe] encontrar acuerdos con la minoría. Frutos de tal predicamento fueron la conformación de la Comisión Técnica RN-Concertación que dio lugar a la primera e importante reforma constitucional y, también, la leal colaboración de RN prestada al gobierno de Patricio Aylwin, para una exitosa transición.” Miguel Amunátegui, *¿Seremos capaces de cambiar la actitud?*, EL MERCURIO, 31 DE JULIO, 2007.

107. Jorge Contesse, *Chile: dos reflexiones sobre la transición a la democracia*, 50-51 REVISTA TEMAS 34, 37 (2007).

108. Por eso resultan curiosas las palabras de Amunátegui (*supra* nota 106). La democracia chilena fuerza los acuerdos entre la mayoría y la minoría, señala Amunátegui. Sin embargo es preciso prestar atención al hecho que esas mayorías y minorías se han configurado gracias a un sistema que, antes, ya había excluido a otros sectores. Hay varios sectores de la población chilena que carecen de representación, justamente porque no forman parte ni de la ‘Concertación’ ni de la ‘Alianza.’ ¿Y qué ocurre con esas minorías? Quizás acá Amunátegui está con Pérez (*infra* nota 109).

109. Como erróneamente señala Pérez. Hermógenes Pérez, *¿Cumpleaños Feliz?*, EL MERCURIO, 29 de Julio, 2007 (“Y ahora todos estamos estudiando alguna fórmula para que [los comunistas] tengan parlamentarios aunque no les alcancen los votos.”).

110. CHANTAL MOUFFE, ON THE POLITICAL 30, 72-6 (2005). O considérese, por ejemplo, la obsesión de la clase política chilena de terminar con la ‘transición de la democracia.’ En otras palabras, la obsesión de dar vuelta la página en torno a las violaciones masivas a los derechos humanos ocurridas bajo el mando de Pinochet. La muerte de Pinochet en Diciembre de 2006 fue la excusa de turno. José Antonio Gómez, presidente del Partido Radical chileno, señaló que no tenía “problemas en decir, hoy, que nosotros [los chilenos] deberíamos reflexionar sobre el futuro, y no solo pensar en el pasado.” *Concertación invitó a dejar atrás etapa de Pinochet*, RADIO COOPERATIVA (Santiago), 11 de Diciembre, 2006, <http://www.cooperativa.cl/>.

está condenada al fracaso.¹¹¹ Por ello, decisiones que deben realizarse públicamente, en tanto envuelven asuntos políticos y constitucionales fundacionales para los chilenos y las chilenas, son discutidos secretamente.¹¹² Las reformas constitucionales de 2005 son resultado de esas mismas negociaciones: un gran ‘consenso nacional’ al que se llegó (solo) entre los que negociaron, desde luego, y del que solo algunos se sienten dueños.

6. ¿Participación y cortes?

Me parece que existen buenas razones para concluir que estas negociaciones excluyen a varios sectores de la población. Particularmente a las minorías que siempre han estado al margen (extra-parlamentarias). Para ellas la participación no es más que una promesa, mientras la democracia y la política se transforman en obras que han sido llamados solo a presenciar.¹¹³ Por caso, del total de las 58 reformas constitucionales aprobadas en 2005, solo dos de ellas no fueron incluidas: el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas¹¹⁴ (sino el grupo más excluido, uno de los más desplazados) y la reforma al sistema electoral (que permite no solo que los mismos sigan en el poder, sino que es el mecanismo que alienta el consenso radical).

Aquí es donde—argumentaré—las cortes pueden desempeñar algún papel. No por el hecho de ser cortes. No porque poseamos una particular confianza en los jueces que las

111. Un claro ejemplo, en este sentido, lo presenta la forma en que se designan los miembros de la Corte Suprema en Chile. El o la Presidente de la República tiene la facultad de nominar al candidato quien, para acceder al cargo, debe ser ratificado por las 2/3 partes del Senado. Sin embargo, el Senado ha rechazado en varias oportunidades la nominación efectuada cuando él o ella ha propuesto al candidato sin haber, previamente, consultado (o ‘sondeado’) el acuerdo de la Cámara. Así, el o la Presidente que quiera realizar una nominación exitosa, debe enviar a sus ministros al Senado para que determine cuáles son las preferencias del Senado—o, en el peor de los casos, para que logre convencer a los disidentes e indecisos. La audiencia de ratificación, desde luego, termina siendo no otra cosa que una fachada de discusión (que en verdad no se produce). UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES, INFORME ANUAL SOBRE DERECHOS HUMANOS 2006 (HECHOS DE 2005) 167, 174-75 (2006).

112. En efecto, es común escuchar a los parlamentarios—a quienes cabe gran responsabilidad en el ‘tipo’ de democracia que tenemos—reclamar en contra de la presentación de iniciativas parlamentarias que no se han acordado antes. El grupo de parlamentarios a los que hoy se denomina ‘díscolos’ son un ejemplo claro en este sentido (suponiendo que no los mueve el afán de figuración). Sobre el primer punto es interesante la columna del entonces Presidente del Senado, Sergio Romero, quien señala que la presentación de propuestas de reforma al Congreso, sin previo acuerdo, equivale a romper el espíritu de unidad y entendimiento. Sergio Romero, *La respuesta ante la peligrosa tentación de usar al Congreso Nacional como un buzón en un año electoral*, SENADO CIUDADANO: PERIÓDICO ELECTRÓNICO, 13 de Mayo, 2005 (disponible en: http://periodico.senado.cl/prontus4_boletin/site/artic/20050513/pags/20050513142833.html) (“Podemos estar de acuerdo en el tema de fondo y es legítimo que existan propuestas, pero no parece razonable que se use al Congreso Nacional como un buzón para el envío de iniciativas calificadas con urgencia o discusión inmediata. No es serio que se nos inste a debatir en cuestión de horas respecto de materias que pueden tener efectos importantes para un sector de la población”).

113. La ciudadanía, digamos para seguir con la metáfora, opera en un doble rol de tramoyas-audiencia. De tramoyas, cuando son llamados a votar y a preparar el escenario del ejercicio del poder. De audiencia, una vez que han elegido a sus representantes. Ese mismo momento de autorización libera a los representantes, y recluye, a los representados.

114. UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES, *supra* nota 111, p. 368.

componen, ni menos en su historial de defensa de los derechos.¹¹⁵ Sino porque podemos utilizarlas como mecanismos a disposición de la gente; de los excluidos. Mecanismos por medio de los cuales se podrá llamar la atención de la clase política acerca de lo que (erróneamente) hacen. O cómo ocurre en el caso de los derechos sociales, como mecanismos para llamar la atención por lo que no hacen en absoluto. Para insistir con la idea con la que comencé este trabajo: no confiamos en las cortes en tanto cortes, sino en tanto son instrumentos capaces de causar un impacto en el sistema político que se irá perfeccionando hasta que podamos exigir que las cortes salgan de escena.¹¹⁶ De hecho el mismo trabajo de las cortes en este sentido debiera ser la semilla de su propia desaparición—en tanto cortes ‘juricentricas.’¹¹⁷ Para que ello ocurra deben satisfacerse dos condiciones. Primero—y acá sí debemos confiar en las cortes—las cortes deben operar como tribunales procedimentales. Segundo—y acá la confianza se reclama del sistema político—el sistema político debe ser capaz de ‘sentir’ ese golpe. De acusar recibo. Debe ser capaz de entender que ‘algo no está funcionando’ y debe ser mejorado.

A. Cortes procedimentales

Una corte es procedimental cuando resuelve los casos constitucionales que a ella llegan a través del prisma del derecho a participar.¹¹⁸ Propongo, en una idea nada nueva,

115. Fernando Atria ha insistido en la idea que quienes proponen a las cortes como solución a las violaciones de derechos humanos el darle más poder a las cortes, como el de anular las leyes, actúan como ‘víctimas insatisfechas,’ básicamente como un “sujeto que es golpeado y cuya reacción es entregar al atacante un martillo para que lo golpee con más efectividad.” Fernando Atria, *Revisión Judicial: El Síndrome de la Víctima Insatisfecha*, 79 REVISTA ESTUDIOS PÚBLICOS 347, 378 (2000).

116. Estoy pensando que las cortes pueden servirnos como herramientas que nos permitirán alcanzar las 4 condiciones que Jeremy Waldron presupone para rechazar el control judicial de legislación. Waldron las asume como precondiciones de su argumento. Yo prefiero tomar estas condiciones como metas a las que aspiramos. Y las cortes, insisto, pueden ayudarnos a lograrlas. si las alcanzamos, las cortes salen del medio. Las 4 condiciones que una comunidad debe exhibir para poder rechazar el control judicial de constitucionalidad de las leyes, son las que denomino ‘credenciales democráticas.’ En resumen, una sociedad tiene que mostrar (1) instituciones democráticas; básicamente un amplio cuerpo deliberativo de representantes acostumbrados a lidiar con asuntos difíciles, y donde los principales temas constitucionales y legales son decididos por medio de un proceso que se “conecta tanto formal (por medio de audiencias públicas y procedimientos de consulta) como informalmente con los amplios debates que se producen en una sociedad.” Las sociedades también deben mostrar (2) un poder judicial que funcione bien, políticamente independiente, (3) dentro de una sociedad donde la mayoría de sus miembros posee un fuerte compromiso con la idea de derechos individuales y protección de las minorías. Finalmente, (4) esa sociedad evidencia un desacuerdo sobre qué derechos tenemos, y un desacuerdo sobre qué implica tener esos derechos. Como en la mayoría de las comunidades liberales, exhibe entonces un desacuerdo sobre los derechos. Jeremy Waldron, *The Core of the Case Against Judicial Review*, 115 YALE L.J. 1346, 1361-6 (2006).

117. Analizo esta idea con mayor detalle en Domingo Lovera, *Implosive Courts, Law, and Social Transformation: the Chilean Case*, en 3 CAMBRIDGE STUDENT L. REV. (2007).

118. Es cierto que, en principio, cualquier caso podría ‘constitucionalizarse,’ y la experiencia nacional en materia de recurso de protección es prueba suficiente de ello. Hagamos juntos el esfuerzo de tratar de imaginar casos puramente constitucionales. En esta tarea puede ayudarnos la existencia de procedimientos legales específicamente diseñados para resolver disputas determinadas, una de las razones que suelen invocar las cortes de apelaciones para declarar la inadmisibilidad de recursos de protección (de nuevo, que versan sobre materias ya reguladas nivel legal). Algunas importantes ideas en este sentido en Andrés Jana, *La eficacia horizontal de los derechos fundamentales*, en LOS DERECHOS FUNDAMENTALES (Roberto Saba ed., 2002).

por lo demás, que las cortes enfrenten esos casos no intentando definir los derechos fundamentales involucrados en esos casos, sino que, cosa distinta, verificando que las condiciones de participación hayan estado abiertas a todos. Las cortes, así, funcionan como mecanismos que vigilan, reaccionando a la demanda ciudadana, que las esferas públicas de discusión estén abiertas a todos y todas. El espacio de definición de los valores y principios constitucionales, en cambio, sería el parlamento. Como ha sugerido Ely, estas clases de decisiones están animadas no por decidir valores substantivos que deben ser propiamente identificados, sopesados, y definidos en el proceso político. Sino que animadas a lograr que ese proceso—como es la promesa—se encuentre “abierto para que todos los puntos de vista que existan sobre un punto se admitan sobre una base de igualdad.”¹¹⁹

A efectos de entender mejor, y de dotar de alguna plausibilidad a, esta idea, permítanme resumir dos casos resueltos por la Corte Constitucional de Sudáfrica en 2006.¹²⁰ En esos casos la corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad de dos importantes leyes. No lo hizo sobre la base de consideraciones substantivas sobre los derechos involucrados;¹²¹ sino, como vengo proponiendo acá, sobre la base de haberse violado, en los procedimientos previos a la aprobación de esas leyes, el derecho a participar.

Brevemente expuestas, las razones que se esgrimieron fueron las siguientes. **(a)** A diferencia de la Constitución chilena, la Carta Sudafricana reconoce y establece una forma de gobierno que es tanto representativa como participativa. La Corte, citando el preámbulo constitucional, sostuvo que “una sociedad abierta y democrática en la cual el gobierno encuentra fundamento [último de su legitimidad] en la voluntad del pueblo,”¹²² por lo que es preciso “para nuestra democracia alcanzar una relación balanceada entre los elementos de representación y participación.”¹²³ **(b)** Respecto al derecho a la participación política la Corte señaló que, así como ocurre con los demás derechos constitucionales, estamos en presencia de un “derecho de textura abierta, programático, y que está abierto a reformulaciones experimentales . . . a la luz de las continuas experiencias nacionales.”¹²⁴ Agregó que el derecho a participar no se agota con el derecho a voto, por lo que es necesario “incluir no solo formas de participación indirecta por medio de los representantes electos, sino también formas de directa de participación.”¹²⁵ Asignó a las constituciones, muy en línea con lo señalé más arriba, un rol catalizador del diálogo permanente entre los representantes y sus electores, el que puede incluir la participación directa de los

119. JOHN HART ELY, *DEMOCRACY AND DISTRUST* 73-4 (2002).

120. *Doctors for Life International v Speaker of the National Assembly & Others* 2006 (12) BCLR 1399 (CC) (S. Afr), y *Matatiele Municipality and Others v President of the Republic of South Africa & Others* (1) 2006 (5) BCLR 622 (CC) (S. Afr).

121. Lo que no es un punto menor. Una de esas leyes autorizaba la terminación del embarazo. Es decir se trataba de un tipo de caso que, en la mayoría del las experiencias comparadas se resuelve, justamente, sobre la base de argumentaciones substantivas acerca del contenido de los derechos involucrados.

122. *Doctors for Life* para. 115; *Matatiele* para. 40.

123. *Doctors for Life* para. 122.

124. Id. para. 96.

125. Id. para. 98.

ciudadanos.¹²⁶ (c) Si bien es cierto que existen provisiones constitucionales que exigen la participación pública para la toma de ciertas decisiones legislativas y constitucionales, es cierto, también, que esas mismas disposiciones, en tanto programáticas y de textura abierta, dejan espacio a las legislaturas para que éstas puedan decidir cómo hacerlo. Son las legislaturas las que tienen la suficiente discrecionalidad para determinar cuál alternativa, de las diferentes posibilidades que existen, elegirán para cumplir con la obligación de garantizar la participación pública.¹²⁷ (d) Finalmente, la Corte consideró que el derecho a participar se transforma en un derecho crucial ('el derecho de los derechos') especialmente para ese sector de la comunidad que ha sido previa y deliberadamente excluido del proceso político. Así, la Corte señala que:

“[Tener al pueblo involucrado en al proceso de creación de las leyes] fortalece la legitimidad de la legislación a ojos de la comunidad . . . [y] porque es abierto y de carácter público, ese sistema actúa como un contrapeso al lobby secreto. La democracia participativa es de especial importancia para aquellos sectores de la comunidad que se encuentran relativamente *desempoderados* en un país como el nuestro, donde existe una gran disparidad de riqueza e influencia.”¹²⁸

B. El impacto en el sistema político

Pero no basta con cortes procedimentales. Es preciso, además, contar con un sistema político que sea capaz de ir perfeccionándose en el tiempo. Que sea capaz de asumir la satisfacción progresiva del derecho a participar. Acá es preciso que el sistema actúe de buena fe y, en cierta medida, la recurrencia a las cortes busca verificar que ello así ocurra.

Las palabras de Waldron expresan mejor esta idea:

*“Asumo, desde esta perspectiva, que las instituciones, los procedimientos, y las prácticas de la legislación se mantienen bajo revisión constante, y por lo tanto si se perciben inequidades en la representación que amenazan seriamente con derogar el ideal de igualdad política, se entiende que todos los miembros de esa sociedad puede realizar esa crítica y lograr que, si se considera necesario, el procedimiento legislativo y el sistema electoral sean modificados para remediar las deficiencias.”*¹²⁹

126. Id. para. 99 (mencionando como ejemplos, precisamente porque se trata de un derecho de textura abierta, referéndum y otras iniciativas populares); *Matatiele* para 58 (“El proceso de creación de las leyes que incorpore la participación de la comunidad, producirá que se produzca un diálogo entre los representantes y el propio pueblo”).

127. En efecto la Corte, estableciendo una suerte de ‘estándar de razonabilidad’ para la satisfacción del derecho a participar, miró lo que había ocurrido y ocurre en otras provincias. Ello elimina la posibilidad de que sea la Corte la que determine, arbitrariamente, cuál es la forma ideal de garantizar la participación popular.

128. *Doctors for Life* para. 115 (el énfasis es mío).

129. Waldron, *The core of the Case*, *supra* nota 116, p. 1362

Las cortes, en estos casos, se avocan a la tarea de definir el espectro del derecho a participar y no, en cambio, a la labor de determinar el contenido sustantivo de los derechos en juego. Es a través de ellas que, sectores anteriormente excluidos del proceso político, llaman la atención del sistema político. Ello debería forzar (a) una revisión de la forma en que quienes están ejerciendo cargos de representación popular y de poder llegan a esos cargos;¹³⁰ (b) una revisión de la forma en que ese sistema opera legislando; y, finalmente, (c) a discutir las leyes nuevamente, esta vez incluyendo a los que estaban siendo excluidos. Para retomar la idea inicial de esta sección, y de este trabajo, la fuerza del argumento descansa, más que en las decisiones de las cortes, en la capacidad del sistema político para iniciar auto evaluarse respecto a la forma en que se encuentra operando.

7. Conclusiones

Una primera idea que debe descartarse es que las cortes no tienen nada que ver (ni hacer) con el derecho a participar. Es posible pensar en ellas, como Ely lo sugirió hace más de 25 años, jugando un rol mucho más modesto del que se piensa deben jugar, y del que ellas mismas piensan—y sentencian—pueden desempeñar. Una segunda idea que debe igualmente desecharse, es la de pensar que las cortes, actuando como árbitros del proceso político, impactan poco en la condición de las minorías. Bajo un esquema como el que propongo, las minorías excluidas no estarán dominadas por una mayoría parlamentaria, sino que serán partícipes de un proceso político que les reconoce legitimidad política.¹³¹ Las leyes, ahí, dejan de ser esas “fuerzas externas de cualquier tipo”¹³² para pasar a convertirse en la manifestación del auto-gobierno. Como ocurría con los romanos antiguos, para quienes la libertad se alcanzaba cuando los ciudadanos habían tomado parte en esa empresa colectiva de crear las leyes por ellos mismos—no cuando las obedecían voluntariamente. Maurizio Viroli ha señalado que “ellos [los escritores políticos republicanos] han señalado que el poder de hacer las leyes por nosotros mismos—directamente o por medio de los representante—es el medio más eficaz (junto con otros) para vivir libres, en el sentido de no estar sujetos a la voluntad arbitraria de uno o varios otros individuos.”¹³³ Esa libertad puede alcanzarse con mayor inclusión en el sistema político. Con cortes vigilando que ello ocurra. Y con un parlamento—pero una comunidad política, finalmente—lo suficientemente sensatos como para revisar sus propios procedimientos.

¿Significa esto, entonces, que las minorías extra-parlamentarias van a decidir la deliberación política? En lo absoluto. El derecho a participar no segura al partícipe que su propio punto de vista va a resultar finalmente recogido por la decisión (política). Las

130. Id.

131. Esa mayoría parlamentaria posee, a su turno, mayorías y minorías. En el caso chileno, como he señalado más arriba, mayorías y minorías (parlamentarias) acuerdan los resultados del proceso político antes que ese proceso comience siquiera a funcionar.

132. *Supra* nota 31.

133. MAURIZIO VIROLI, *REPUBLICANISM* 42-3 (Anthony Shugaar trans., 2002).

personas tienen derecho a tomar parte en el auto gobierno, pero ello no quiere decir que son sus propias ideas las que finalmente serán recogidas (en el contenido) en una ley.¹³⁴ Lo que ese derecho establece son condiciones para evitar que las personas sean insultadas por el proceso político excluyéndolas de la discusión pública—a ellas y su sentido de justicia.¹³⁵

Estas ideas sobre libertad, auto gobierno y participación son importantes para entender la forma en que debería funcionar una democracia. El procedimiento de toma de decisiones basado en la regla de la mayoría que defendemos cuando nos oponemos a cortes dotadas de superpoderes (i.e.: declarando la nulidad de las leyes), tiene importancia, más que por el gran número de votos que una determinada posición obtiene en ese proceso, por el debate que previamente se ha sostenido en la arena política,¹³⁶ y cuyo punto cúlmine, pero no necesariamente el más relevante, es la votación. Ese debate, cimentado sobre exclusiones, poco y nada tiene de democracia. Rechazar medidas que permitan perfeccionar el sistema de modo de hacerlo más inclusivo, una muestra detestable de conformismo.

134. WALDRON, *LAW AND DISAGREEMENT*, *supra* nota 4, p. 236 (señalando que, aún cuando una persona aspire a decisividad, él o ella debe reconocer que su voz puede no contar más—y no cuenta más—que las de los demás”). También en URBINATI, *REPRESENTATIVE DEMOCRACY*, *supra* nota 14, p. 6 (2006) (“La representación es un filtro comprensivo . . . ayuda a despersonalizar los reclamos y opiniones, lo que a su turno permite que los ciudadanos se mezclen y asocien, sin que ello signifique perder el espíritu partidario, elemento esencial para una libre competencia política, ni oscurecer la división mayorías/minorías”).

135. WALDRON, *LAW AND DISAGREEMENT*, *supra* nota 4, p. 238.

136. URBINATI, *REPRESENTATIVE DEMOCRACY*, *supra* nota 14, p. 5 (“El discurso público es uno de los principales rasgos que caracteriza y da valor a la política democrática . . . La presencia por medio de la voz (del discurso), a través de la cual los razonamientos de los ciudadanos se exponen públicamente, define el carácter indirecto de la política democrática tanto cuando los ciudadanos votan las leyes, como cuando votan a sus representantes”).

Los Sistemas Procesales Penales Juveniles en América Latina: ¿Un nuevo régimen?

Gonzalo E. D. Viña

I. Presentación

Con la aprobación de la Convención de los Derechos del Niño (CDN), se abrió una nueva era en la relación sociedad-infancia, la era de la “infancia ciudadana”. Este nuevo período, supone la inauguración del *modelo de la protección integral* que representaría una ruptura con el *modelo de la situación irregular* y, en materia de conflictividad penal juvenil, el abandono de los regímenes rituales inquisitivos, los que serían reemplazados por procesos estructurados bajo las premisas del sistema acusatorio.

En este trabajo pretendemos establecer, más allá de los discursos teóricos pacíficamente aceptados, cuál es el verdadero sistema de enjuiciamiento que el *modelo de la protección integral* alumbró en los países latinoamericanos que lo adoptaron; esto es, BRASIL (*Estatuto da Criança e do Adolescente*, ley 8.069, 13-07-1990, reformada por la ley 10.764), PERÚ (Código de los Niños y Adolescentes, ley 27.337), GUATEMALA (Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, Decreto 27-2003), HONDURAS (Código de la Niñez y Adolescencia, Decreto N° 73-96), NICARAGUA (Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley 287), BOLIVIA (Código del Niño, Niña y Adolescente, ley 2026), ECUADOR (Código de la Niñez y Adolescencia, Ley 100, R.O. 737), REPÚBLICA DOMINICANA (Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes, Ley 136-03), VENEZUELA (Ley orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, ley 5.266), EL SALVADOR (Ley Penal Juvenil, Decreto 863), COSTA RICA (Ley de Justicia Penal Juvenil, Ley 7.576) y PANAMÁ (Régimen Especial de Responsabilidad Penal para la Adolescencia, Ley 40).

Para eso, comenzaremos por caracterizar sucintamente a los modelos en pugna y los tipos de procesos que ellos traducen (§II). Luego, analizaremos la particular teoría de la pena de esta nueva era de la “infancia ciudadana” y su influencia en los sistemas procesales penales juveniles latinoamericanos (§III). Finalmente, si tenemos éxito, veremos que esos regímenes procesales, al menos en su diseño actual, tal como está determinado por la especial concepción del castigo estatal a la infancia infractora, no es tanto un punto de ruptura como un punto de continuidad con el “modelo tutelar” y sus poderes inquisitoriales: una nueva técnica para un viejo paradigma (§IV).

II. Dos modelos, dos sistemas de enjuiciamiento

El *modelo de la situación irregular*, entendido como categoría analítica que comprende a las leyes e instituciones que regulaban la situación de la infancia y la juventud con

anterioridad a la CDN¹, dio lugar a la formación de un “complejo tutelar”, conformado por la justicia de menores y sus auxiliares: los agentes de los servicios sociales y médicos, los educadores, los miembros de las casas correccionales y las organizaciones filantrópicas de auxilio a la infancia desvalida/desviada².

Este modelo y su complejo no estaban dirigidos al universo de la infancia y la adolescencia, sino sólo a una porción de ella: los niños marginales de la comunidad, aquellos que quedaban por fuera de la familia y la escuela, a la hora de la socialización. Esos marginales eran “construidos”, eran socializados, como *menores*³, y en ese proceso, sus familias, siempre pobres, eran interpeladas, de acuerdo a los parámetros del paradigma interpretativo de referencia, como ausentes, disfuncionales o sencillamente anormales⁴. El control de la infancia pobre y la dominación, a su través, de las familias también marginales, se instrumentaba mediante un verdadero “Estado-familia”⁵.

Es así que el niño era considerado como objeto de protección, en tanto que ser incapaz, y su ingreso en el complejo tutelar era franqueado por algún agente estatal que lo señalaba como inmerso en situación “de riesgo”, “de peligro o abandono moral” o en cualquiera otra de las categorías de imposible delimitación (y por ello, de intolerable colisión con el principio de legalidad material) que las leyes de por entonces receptaban. Por lo demás, la sola sindicación del niño como participante en alguna infracción penal, lo colocaba a merced de la “tutela estatal”, en tanto era reputado como *inimputable* (incapaz de responsabilidad penal)⁶.

A este modelo, inscripto en los dictados del derecho penal de autor y signado por una concepción de la pena como elemento de prevención especial, le correspondió, obviamente, un sistema de enjuiciamiento de neto corte inquisitivo⁷: persecución penal pública de ejercicio obligatorio (jurisdicción ilimitada), concentración del poder procesal (perseguir y juzgar) en un único y mismo órgano (juez), imputado como objeto (no sujeto) del proceso (sometido a exhaustivo examen e indagación) e investigación secreta, escrita y

1. BELOFF, MARY A., *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Buenos Aires, Del Puerto, 2004, p. 21.

2. DONZELOT, J., *La policía de las familias*, Valencia, Pre-Textos, 1998, pp. 99 y ss. Me refiero a los auxiliares de la justicia de menores en un sentido técnico procesal. Dejo a salvo, de este modo, las observaciones que el autor hace en cuanto al carácter central o adyacente que el dispositivo judicial tiene en el aparato de control social de la minoridad, vid. pp. 117-118.

3. BELOFF, M. A., *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, cit., pp. 22 y 23, “Constitución y derechos del niño”, en AA. VV., *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Buenos Aires, Del Puerto, 2005, pp. 770 y 773.

4. BELOFF, M. A., “Constitución y derechos del niño”, en AA. VV., *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, cit., p. 774; BELOFF, M. Y MESTRES, J.L., “Los recursos en la justicia de menores”, en MAIER, JULIO B.J. (coord.), *Los recursos en el procedimiento penal*, Buenos Aires, Del Puerto, 1999, p. 367; DONZELOT, J., op. cit., pp. 121-125 y, muy especialmente, 161-162.

5. DONZELOT, J., op. cit., p. 106.

6. BELOFF, M. A., *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, cit., pp. 25 y 29.

7. *Ibíd.*, p. 28.

discontinua⁸. La averiguación de la *verdad material* –también llamada *verdad sustancial*⁹–, constituye la meta de los sistemas inquisitoriales de modo que “el objeto del conocimiento no es sólo el delito en cuanto previsto como tal por la ley, sino también la desviación criminal en cuanto en sí misma inmoral o antisocial y, más allá de ella, la persona del delincuente, de cuya maldad o antisocialidad el delito es visto como una manifestación contingente, suficiente pero no siempre necesaria para el castigo”¹⁰.

Ahora bien, con la aparición en escena de la CDN, junto a otros instrumentos internacionales vinculantes de corte regional o planetario, así como documentos declarativos de la voluntad internacional, se abre la etapa del “modelo de la protección integral”¹¹. Con este nuevo modelo, más precisamente, con la implementación de la CDN, “los niños no están como estaban antes; algo ha cambiado para mejor: su condición jurídica”¹².

Esta renovada *subjetividad jurídica*, supone la eliminación del “Estado- familia” y el otorgamiento de la carta de ciudadanía a la infancia, de suerte que los destinatarios de la actuación del nuevo modelo ya no serán los *menores* sino todos los *niños* en tanto que portadores de los mismos derechos que los adultos más algunos derechos específicos. Se desjudicializa la pobreza (ya no más “situación irregular” o de “abandono o peligro moral”, etc.) y se estatuye un régimen de *responsabilidad penal juvenil especializado* (distinto en sus formas y sanciones al régimen de adultos) en el que los niños, en su carácter de sujetos plenos de derecho, responden por sus hechos dañosos¹³.

El modelo de la protección integral, que en materia de conflictividad penal se inscribe en el marco del derecho penal mínimo¹⁴, tiene su correlato procesal en un sistema de enjuiciamiento típicamente acusatorio¹⁵: persecución penal promovida por un acusador, cuya actuación limita el ejercicio jurisdiccional en su inicio, extensión y alcance (*nemo iudex sine actore; ne procedat iudex ex officio*), diversificación del poder procesal (perseguir y juzgar) en órganos diferenciados (acusador y tribunal), imputado que interviene como sujeto del proceso (confronta la acusación), debate público, oral, continuo y contradictorio¹⁶. Aquí, la verdad no es una meta del proceso, sino una condición de validez de la sentencia que impone una sanción¹⁷.

8. MAIER, JULIO B. J., *Derecho Procesal Penal*, T.I, Buenos Aires, Del Puerto, 1996, pp. 446-449.

9. FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995, pp. 41-45

10. GUZMÁN, N., *La verdad en el proceso penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006, p. 33

11. BELOFF, M. A, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, cit. p. 31

12. *Ibíd*em, p. 13.

13. BELOFF, M. A, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, cit., pp. 31-41

14. BELOFF, M. A, “Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina (1989-2004)”, en GARCÍA MÉNDEZ, E. Y BELOFF, M. (comps.), *Infancia, ley y democracia en América Latina. Impacto de la Convención sobre los Derechos del Niño en los sistemas jurídicos nacionales (1989-2004)*, Bogotá, Temis, 2004, 3ra. ed., aumentada y actualizada

15. BELOFF, M. A, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, cit., p. 40

16. MAIER, JULIO B. J., *Derecho Procesal Penal*, T.I, Buenos Aires, Del Puerto, 1996, pp. 443-446.

17. GUZMÁN, N., op. cit., pp. 36-37

III. ¿Dos sistemas de enjuiciamiento?

III.1 No tan distintos

Pero aún cuando en una primera aproximación las diferencias entre un paradigma y otro parecen ser insalvables, existe, sin lugar a hesitación alguna, un punto de encuentro entre la “situación irregular” y la “protección integral”. Como modelos de ejercicio de poder sobre la infancia, ambos contribuyen a la clasificación y categorización de los individuos, a su vigilancia, a su examen. Si la legislación tutelar operaba sobre la niñez marginada y construía como sujeto social a los *menores*, por oposición a los niños, el sistema de la protección integral, en cuanto interesa a este trabajo, también actúa sobre los marginales y también construye un sujeto social, *el niño ciudadano*. Enfocado en las carencias (minoridad, situación irregular) o en los derechos (ciudadanía, protección integral), el poder sigue haciendo la misma pregunta frente a los niños: ¿qué le falta a este individuo para constituirlo en sujeto?¹⁸

Así pues, el llamado nuevo modelo, es en realidad la *remake* de una vieja película, ahora con un título muy atractivo, alejado de la carga negativa que arrastra la versión original y, por sobre todo, con más “efectos especiales”. En esta obra para la “pantalla grande” de la comunidad internacional, el poder penal, tanto en su operación (proceso) cuanto en su ejecución (pena) cumple un rol protagónico. Recae sobre la niñez marginal y la viste de derechos. Cuando el niño es sancionado o, al menos, encausado¹⁹ logra ser reconocido como ciudadano²⁰. En otras palabras; el poder punitivo estatal actúa como un mecanismo que, mediante la atribución de derechos, borra a la persona de la escena y trae a la luz a un ciudadano, legitimando al orden social existente –pues si eres ciudadano eres igual a mí²¹- y a las reacciones coactivas que, en lo futuro,

18. No podemos dejar de hacer notar que los derechos, en tanto que acreencias, representan también, una carencia: sólo tengo crédito sobre aquello que mi deudor posee y yo, justamente, carezco. Así planteado, los enfoques de la problemática infantil, desde su condición de menores o titulares de derechos no parecen ser muy diversos.

19. El término no es antojadizo. Así como en la práctica tutelar se señalaba la necesidad de “hacer del vástago torcido un árbol recto, y transformar el criminal embrionario en un ciudadano excelente” (PLATT, ANTHONY M., *Los “Salvadores del niño” o la invención de la delincuencia*, México, Siglo XXI, 2001, p. 75), así aparece en esta nueva técnica la idea del proceso penal juvenil como algo, *per se*, beneficioso para el niño. Véase *infra* §III.1.2

20. BELOFF, M. A, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, cit., p. 39: “Un sistema de respuesta estatal frente a la imputación de delito a una persona menor de dieciocho años de edad acorde con la CDN debe establecer que ellos responden por sus delitos en la medida en que los reconoce como sujetos de derecho con cierta capacidad para autodeterminarse, a partir de determinada edad”.

21. Idéntica situación se registra en el paradigma de la “situación irregular”: “Al proponerse en el segundo Congreso Internacional de Prisiones, en 1878, que la educación en las instituciones especiales para niños ‘debía corresponder a las condiciones en que vive la clase obrera’, un delegado norteamericano, Caleb C. Randall, rechazó esta recomendación porque se basaba en la ‘idea de castas’ [y] ‘tal idea no podría ser tolerada en Estados Unidos ni por un solo instante, ya que allí prevalece la igualdad de derechos y la idea de que el niño de más humilde origen puede llegar al puesto más elevado’”, véase PLATT, ANTHONY M., op.cit., p. 92

ese orden dirija al niño que, devenido en adulto, rompa su carta de ciudadanía, al infringir la ley penal²².

Analicemos, ahora sí, los dos momentos principales de la actuación del poder penal.

III.1.1 La sanción juvenil

En el caso de la pena juvenil, su funcionalidad como instrumento de atribución de derechos se reconoce tanto en su concepción, cuanto en su extensión y modalidades. En efecto, en el régimen penal de la niñez y la adolescencia se rechaza la idea de la sanción como castigo –justamente porque en el orden del Estado de Derecho toda reacción coactiva oficial constituye, tal como es sabido, una privación de derechos- y en cambio se la presenta, se la concibe, como una respuesta positiva, beneficiosa (¿benéfica?), educativa del Estado hacia el niño. Así, a nivel doctrinario se sostiene que en la mensuración y ejecución de la sanción juvenil el *principio educativo* es la directriz que debe orientar a los operadores. Para ello, se destaca el “carácter de sujetos en formación que reúnen los jóvenes” y se argumenta que “si se rechazara el principio educativo del Derecho Penal Juvenil, el mismo perdería su nota característica”²³. De idéntica ideología participan las normas que fueron dictadas en América Latina dentro del marco jurídico prefigurado por la CDN, que pueden ser clasificadas, en cuanto a su concepción de la sanción, en dos grandes grupos; a saber: las que definen a la pena juvenil, en cualquier caso, como *medida socioeducativa* o, simplemente, *medida*²⁴ y las que la identifican como una *sanción*, aunque con *finalidad educativa*²⁵. De esta manera, la pena juvenil, tal como ha sido diseñada en los instrumentos internacionales que rigen la materia²⁶, queda anclada

22. Nuevamente, el pretendidamente perimido modelo de la “situación irregular”, aunque valiéndose de medios en algunos casos muy distintos y en otros no tanto, se dirigía hacia el mismo puerto. Así, decía T.J. Charlton, en la *Nacional Conference of Charities and Correction*, en 1890: “Es nuestra obligación hacer lo que nos corresponde, ayudar a los infortunados, y enseñarles a ganarse la vida honestamente. Si después de esto se siguen negando a trabajar, no podrán acusar al Estado de su caída. Y si subsiguientemente escogen el camino de la delincuencia, tendrán que atenerse a las consecuencias...”, véase PLATT, ANTHONY M., op.cit., p. 83.

23. LLOBET RODRÍGUEZ, JAVIER, *La sanción penal juvenil*, en AA. VV., *De la arbitrariedad a la justicia: adolescentes y responsabilidad penal en Costa Rica*, UNICEF, San José, Serie de Políticas, 2000, pp. 228/9.

24. En este sentido, BRASIL, *Estatuto da Criança e do Adolescente*, ley 8.069, 13-07-1990, reformada por la ley 10.764, art. 112; PERÚ, Código de los Niños y Adolescentes, ley 27.337, art. 229; HONDURAS, Código de la Niñez y Adolescencia, Decreto N° 73-96, art. 188; BOLIVIA, Código del Niño, Niña y Adolescente, ley 2026, art. 237; ECUADOR, Código de la Niñez y Adolescencia, Ley 100 (R.O. 737), art. 369; VENEZUELA, Ley orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, ley 5.266, arts. 620 y 621; EL SALVADOR, Ley Penal Juvenil, Decreto 863, art. 8; NICARAGUA, Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley 287, art. 195.

25. Así, GUATEMALA, Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, Decreto 27-2003, arts. 238 y 240; REPÚBLICA DOMINICANA, Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes, ley 136-03, arts. 326 y 327; COSTA RICA, Ley de Justicia Penal Juvenil, ley 7.576, arts. 121 y 123; PANAMÁ, Régimen Especial de Responsabilidad Penal para la Adolescencia, Ley 40, arts. 126 y 128.

26. En cuanto aquí interesa, la CDN señala que la administración de justicia, en los asuntos de la infancia y la adolescencia, debe estar guiada por el principio del “interés superior del niño” (art. 3.1) y orientada a promover la reintegración del niño y que éste asuma una función constructiva en la sociedad (art. 40, apartados 1 y 4). Por su parte, las “Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores” (“Reglas de Beijing”) hacen hincapié en “el bienestar” de los niños (arts. 5, 14.2, 17.1, inc. “d”, 18.1, 24.1, 26.1) y las “Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil” (Directrices de Riad) ponen el acento en la necesidad de conducir a los jóvenes hacia actividades “lícitas y socialmente útiles” (art. I.1).

a los principios de la prevención especial positiva y, en consecuencia, es definida como un verdadero proyecto de reforma del sujeto con socialización defectuosa o nula, nunca como un castigo. Cualquier similitud con el “programa tutelar”, no es coincidencia²⁷.

Pero los parecidos no terminan aquí. Para llevar sus “fines educativos” hasta los confines del mundo social, para extender la mano del sistema penal juvenil hasta conflictos de escasísima o nula lesividad que, de ordinario, quedarían a salvo de una intervención coactiva, el modelo de la “protección integral” ha determinado la inclusión, entre las penas juveniles consagradas como el consecuente del acto infractor, de la amonestación o advertencia: una sanción que no tiene más objeto, en principio, que una “llamada de atención” que el Juez dirige verbalmente al joven. Esta clase de reproche, ampliamente difundido en los regímenes latinoamericanos²⁸, tiene ciertas implicancias que exceden el acotado marco de este trabajo, por lo que nos interesa aquí centrarnos en su aparente imperfección.

De acuerdo con la caracterización doctrinaria, los modernos sistemas penales juveniles, siguiendo los dictados de la CDN²⁹ y las Directrices de Riad³⁰, reservan la reacción estatal punitiva para casos extremos, en los que no ha sido posible la remisión del proceso o, en líneas generales, la aplicación de medidas alternativas. Ahora bien, si el principio de proporcionalidad debe guiar la aplicación de sanciones³¹ y la respuesta sancionatoria

27. En sentido análogo, aunque rescatando siempre la valía del “nuevo paradigma” de respuesta al acto infractor juvenil, BELOFF, MARY A., “Algunas confusiones en torno a las consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley pena en los nuevos sistemas de justicia juvenil latinoamericanos”, en GARCÍA MÉNDEZ, E. (comp.), *Adolescentes y responsabilidad penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001., p. 65: “...el fundamento de la sanción penal juvenil continua siendo, tanto en los instrumentos internacionales como en las nuevas leyes latinoamericanas, la prevención especial positiva, que en términos criminológicos tiene que ver con la reintegración social del condenado. Éste es un punto en común entre el modelo tutelar y el modelo de la protección integral de los derechos. Podría decirse que es el único.”

28. BRASIL, *Estatuto da Criança e do Adolescente*, art. 115; PERÚ, Código de los Niños y Adolescentes, art. 231; HONDURAS, Código de la Niñez y Adolescencia, art. 191; BOLIVIA, Código del Niño, Niña y Adolescente, art. 242; ECUADOR, Código de la Niñez y Adolescencia, art. 369, inc. 1; VENEZUELA, Ley orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, art. 623; EL SALVADOR, Ley Penal Juvenil, art. 11; NICARAGUA, Código de la Niñez y la Adolescencia, art. 197; GUATEMALA, Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, art. 241; REPÚBLICA DOMINICANA, Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes, art. 330; COSTA RICA, Ley de Justicia Penal Juvenil, art. 124; PANAMÁ, Régimen Especial de Responsabilidad Penal para la Adolescencia, art. 131.

29. Art. 40.3, inc. b: “(...) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, respetando plenamente los derechos humanos y las garantías legales.”

30. Directriz 5: “Deberá reconocerse la necesidad y la importancia de aplicar una política progresista de prevención de la delincuencia, así como de estudiar sistemáticamente y elaborar medidas pertinentes que eviten criminalizar y penalizar al niño por una conducta que no causa graves perjuicios a su desarrollo ni perjudica a los demás.”, directriz 6: “Sólo en última instancia ha de recurrirse a organismos oficiales de control social.”, y directriz 58: “Deberá capacitarse personal de ambos sexos encargado de hacer cumplir la ley y de otras funciones pertinentes para que pueda atender a las necesidades especiales de los jóvenes; ese personal deberá estar al corriente de los programas y posibilidades de remisión a otros servicios, y recurrir a ellos en la medida de lo posible con el fin de sustraer a los jóvenes al sistema de justicia penal.”

31. CDN, art. 40.4 “in fine”; Directriz de RIAD 5, inc. “c” y “b”; Reglas de Beijing, art. 17.1, inc. “a”.

se dirige sólo a supuestos de gravedad acentuada, ¿cómo explicar la inclusión de la amonestación o advertencia en el catálogo punitivo? ¿Debemos entender que se trata de un error conceptual?³² Claro que no. La amonestación o advertencia, como pena juvenil, está en perfecta consonancia con un sistema que habilita el ingreso de niños y adolescentes a la justicia juvenil, incluso por la comisión de faltas o contravenciones, a pesar de algunas aisladas críticas³³. Un sistema que, tal como sucedía en el “modelo de la situación irregular”, legitima la existencia de un poder capilar que llega hasta la cotidianidad infinitesimal y se adueña de ella, para controlarla.

Pero si acaso quedan dudas acerca de la función que cumple la pena juvenil, valgan entonces unas últimas reflexiones. En los nuevos regímenes latinoamericanos, el menú sancionatorio incluye a las *medidas de protección* (Brasil y Perú), *reglas de conducta* (Ecuador, Venezuela, El Salvador), *órdenes/medidas de orientación y supervisión* (Guatemala, Nicaragua, Bolivia, Rep. Dominicana, Costa Rica y Panamá) y *medidas de orientación y apoyo socio-familiar* (Honduras, Nicaragua, Ecuador, El Salvador). Todas ellas son la expresión de un mismo objetivo: la atribución de derechos al joven y su incorporación a la matriz productiva o, como señalaba Platt en su examen crítico del tratamiento programado en el modelo de la “situación irregular”, “*la enseñanza de destrezas de clase baja y valores de clase media*”³⁴.

El análisis de la normativa vigente en la materia y en el subcontinente confirma la validez del aserto. BRASIL, *Estatuto da Criança e do Adolescente*, art. 112: “Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas: (...)VII - qualquer uma das previstas no Art. 101, I a VI.”, art. 101: “Verificada qualquer das hipóteses previstas no Art. 98, a autoridade competente poderá determinar, entre outras, as seguintes medidas: I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade; II - orientação, apoio e acompanhamento temporários; **III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental; IV - inclusão em programa comunitário ou oficial, de auxílio à família, à criança e ao adolescente; V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; VII - abrigo em entidade; VIII - colocação em família substituta.**”; PERÚ, Código de los

32. Plantea este problema como una cuestión “discutible”, BELOFF, MARY A., “Algunas confusiones en torno a las consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley pena en los nuevos sistemas de justicia juvenil latinoamericanos”, cit. p. 61, nota 73.

33. Ibídem, p. 49: “En rigor, como estos sistemas sólo pueden justificarse sobre la base del garantismo penal, las faltas y contravenciones no deberían ponerlos en marcha”, también, p. 37: “Cuando la reacción estatal coactiva –llámese pena, llámese medida a secas o medida socioeducativa- va a ser mayor que la violencia que pretende prevenir, entonces no existe allí ninguna justificación posible para que se ponga en marcha el sistema de justicia penal juvenil”.

34. PLATT, ANTHONY M., op. cit. p. 91

Niños y Adolescentes, art. 242: “Al niño que comete infracción a la ley penal le corresponde las medidas de protección. El juez especializado podrá aplicar cualquiera de las siguientes medidas: (...)b. **Participación en un programa oficial o comunitario de Defensa con atención educativa, de salud y social**”; HONDURAS, Código de la Niñez y Adolescencia, art. 190: “La orientación y apoyo socio-familiar a que se refiere el inciso a) del Artículo 188, precedente, consistirá en **la incorporación del niño y su familia a los servicios de atención y tratamiento estatales, comunitarios o de orden familiar**”, art. 192: La imposición de reglas de conducta al niño a que se refiere la literal c) del Artículo 188, consistirá en la aplicación a éste de alguna de las obligaciones o prohibiciones siguientes: **a) Asistir a los correspondientes centros educativos o de trabajo, o a ambos;** b) Ocupar el tiempo libre en el cumplimiento de programas previamente determinados; (...) g) Abstenerse de consumir bebidas alcohólicas, tabaco, estupefacientes o tóxicos o productos farmacéuticos que originen dependencias o adicción y, en su caso asistir a **programas de apoyo para alcohólicos, fármaco dependientes o toxicómanos...**”; BOLIVIA, Código del Niño, Niña y Adolescente, art. 237: “Comprobada la comisión de una infracción, el Juez de la Niñez y Adolescencia podrá aplicar las siguientes medidas: (...) 2. Órdenes de orientación: (...) **d. Matricularse en un centro de educación formal o en otro cuyo objetivo sea enseñarle alguna profesión u oficio; e. Adquirir trabajo;** f. Abstenerse de ingerir bebidas alcohólicas, sustancias alucinógenas, enervantes, estupefacientes o tóxicos que produzcan adicción o hábito y **ordenar el tratamiento correspondiente.**”; ECUADOR, Código de la Niñez y Adolescencia, art 369, inc. 3: “Orientación y apoyo familiar.- Consiste en la obligación del adolescente y sus progenitores o representantes, **de participar en programas de orientación y apoyo familiar para conseguir la adaptación del adolescente a su entorno familiar y social**”; VENEZUELA, Ley orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, art. 624: “Consiste en al determinación de obligaciones o prohibiciones impuestas por el juez **para regular el modo de vida del adolescente, así como para promover y asegurar su formación.**”; EL SALVADOR, Ley Penal Juvenil, art. 10: “Esta medida consiste en dar al menor orientación y apoyo sociofamiliar, con el propósito de que éste reciba la atención necesaria en el seno de su hogar y medio natural.”, art. 12: “La imposición de reglas de conducta consiste en la determinación de obligaciones y prohibiciones que el Juez ordena al menor, tales como: **a) Asistir a centros educativos, de trabajo, o a ambos;** b) Ocupar el tiempo libre en programas previamente determinados; c) Abstenerse de concurrir a determinados ambientes reservados para mayores de dieciocho años, y evitar la compañía de personas que puedan incitarle a la ejecución de actos perjudiciales para su salud física, mental o moral, los que se señalarán específicamente en la resolución; y d) Abstenerse de ingerir bebidas alcohólicas, sustancias alucinógenas, enervantes, estupefacientes o tóxicos que produzcan adicción o acostumbramiento.”; NICARAGUA, Código de la Niñez y la Adolescencia, art. 195: “Comprobada la comisión o la participación del adolescente en un hecho delictivo, el Juez Penal de Distrito del Adolescente podrá aplicar los siguientes tipos de medidas: (...)b) Medidas de orientación y supervisión. El Juez Penal de Distrito del Adolescente podrá imponer las siguientes órdenes de orientación y supervisión: (...) **b.4 Matricularse en un centro educativo formal o en otro cuyo objetivo sea enseñarle alguna profesión u oficio. b.5 Inclusión en programas ocupacionales. b.6 Abstenerse**

de ingerir bebidas alcohólicas, sustancias alucinógenas, enervantes, estupefacientes o tóxicos que produzcan adicción o hábito. **b.7 Ordenar el internamiento del adolescente o su tratamiento ambulatorio en programas de salud, público o privado, para desintoxicarlo o eliminar su adicción a las drogas antes mencionadas.**”, art. 196: “La medida de orientación y apoyo socio familiar consiste en dar al adolescente asistencia especializada en el seno familiar y en la comunidad.”; GUATEMALA, Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, art. 238: “Verificada la comisión o la participación del adolescente en un hecho que transgrede la ley penal, el juez correspondiente podrá aplicar los siguientes tipos de sanciones: (...)b) Ordenes de orientación y supervisión: 1) Instalarse en un lugar de residencia determinado o cambiarse de él. 2) Abandonar el trato con determinadas personas. 3) Eliminar la visita a centros de diversión determinados. 4) **Obligación de matricularse en un centro de educación formal o en otro cuyo objetivo sea enseñarle alguna profesión u oficio.** 5) Abstenerse de ingerir bebidas alcohólicas, sustancias alucinógenas, enervantes, estupefacientes o tóxicas que produzcan adicción o hábito. 6) **Obligación de someterse a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, laboral, de educación sexual, de educación vial u otros similares.**”; REPÚBLICA DOMINICANA, Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes, art. 327: Comprobada la responsabilidad penal de un adolescente, sea por su comisión o por su participación en una infracción a la ley penal vigente, y tomando en cuenta los supuestos enunciados en el artículo anterior, el juez podrá imponer a la persona adolescente en forma simultánea, sucesiva o alternativa, garantizando la proporcionalidad, los siguientes tipos de sanciones: (...)b) Órdenes de orientación y supervisión. El juez podrá imponer las siguientes órdenes de orientación y supervisión a la persona adolescente: 1. Asignarlo a un lugar de residencia determinado o disponer cambiarse de él; 2. Abandono del trato con determinadas personas; 3. **Obligación de matricularse y asistir a un centro de educación formal, o a otro cuyo objetivo sea el aprendizaje de una profesión o la capacitación para algún tipo de trabajo; 4. Obligación de realizar algún tipo de trabajo; 5. Obligación de atenderse médicamente para tratamiento, de modo ambulatorio o mediante hospitalización, o por medio de un programa de rehabilitación en institución pública o privada, con la finalidad de lograr su desintoxicación y el abandono de su adicción.**”; COSTA RICA, Ley de Justicia Penal Juvenil, art. 121: “Verificada la comisión o la participación del menor de edad en un hecho delictivo, el Juez Penal Juvenil podrá aplicar los siguientes tipos de sanciones: (...)b. Órdenes de orientación y supervisión. El Juez Penal Juvenil podrá imponer las siguientes órdenes de orientación y supervisión: 1. Instalarse en un lugar de residencia determinado o cambiarse de él. 2. Abandonar el trato con determinadas personas. 3. Eliminar la visita a bares y discotecas o centros de diversión determinados. **4. Matricularse en un centro de educación formal o en otro cuyo objetivo sea enseñarle alguna profesión u oficio.** 5. **Adquirir trabajo.** 6. Abstenerse de ingerir bebidas alcohólicas, sustancias alucinógenas, enervantes estupefacientes o tóxicos que produzcan adicción o hábito. **7. Ordenar el internamiento de menores de edad o el tratamiento ambulatorio en un centro de salud, público o privado, para desintoxicarlo o eliminar su adicción a las drogas antes mencionadas.**”; PANAMÁ, Régimen Especial de Responsabilidad Penal para la Adolescencia, art. 136: “El juez penal de adolescentes

podrá imponer al adolescente o a la adolescente las siguientes órdenes: 1. Con relación a la residencia, que se instale en una residencia determinada o se cambie de ella; 2. Con relación a las personas, que abandone el trato con determinadas personas; 3. Con relación a su tiempo libre, que le está prohibido visitar bares y discotecas, así como determinados centros de diversión; **4. Con relación a su educación, que se matricule y asista a un centro de educación formal, o a otro cuyo objetivo sea el aprendizaje de una profesión u oficio, o la capacitación para algún tipo de trabajo;** 5. Con relación a sus tareas cotidianas, que adquiera un empleo; 6. Con relación a sus hábitos, que se abstenga de ingerir bebidas alcohólicas, sustancias alucinógenas, enervantes, estupefacientes o tóxicos que produzcan adicción o hábito; **7. Con relación al tratamiento de la farmacodependencia, que sea atendido, de modo ambulatorio o mediante hospitalización, o por medio de un programa de rehabilitación en institución pública o privada, con la finalidad de lograr su desintoxicación o de eliminar su adicción a las drogas antes mencionadas.** En todos los casos, el destacado no es del original.

El modelo de la “protección integral” castiga al joven infractor con la imposición de reglas de conducta o medidas de orientación, supervisión o apoyo que constituyen, en rigor, la prestación de derechos humanos básicos, especialmente reconocidos por la CDN, tales como el derecho a la salud, a la seguridad social y a la educación³⁵. Asimismo, en la ejecución de esos derechos el joven es adaptado a las necesidades del mercado de trabajo, y es preparado para tareas de calificación baja o nula³⁶.

En resumen; concebida como una medida socioeducativa (educacional, prevención especial positiva), extendida hacia los niveles más ínfimos, y por ello los más usuales y generalizados, de ofensividad (amonestación) y empleada para compeler al niño a desplegar conductas que no son más que la satisfacción de un derecho reconocido como básico a nivel internacional (acceder a la educación formal, derechos sociales y culturales) o para adecuarlo a las necesidades de la matriz productiva (instrucción en oficios), la sanción

35. CDN, arts. 24 (derecho a la salud), 26 (derecho a la seguridad social), 27 (derecho a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social) en su inc. 3 (obligación del Estado de prestar asistencia material y programas de apoyo para asegurar ese derecho), 28 y 29 (derecho a la educación) y 33 (obligación del Estado de adoptar medidas para proteger a los niños contra el uso ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas).

36. Como se ha visto, las leyes latinoamericanas suelen traer entre sus penalidades la imposición al adolescente, como orden, medida o regla, de la obligación de capacitación o instrucción en profesión u oficio. Aunque no hay referencia alguna, claro está, al concreto tipo de instrucción que se impartirá, en la medida en que esa formación tendrá lugar bajo los criterios de aplicación de penas, las premisas de limitación temporal y posibilidad de cumplimiento, determinan que el campo de conocimientos que se abra al joven sea necesariamente acotado. Por lo demás, durante la década de los '90 –período al que pertenecen la mayor parte de las leyes analizadas en este trabajo–, la demanda laboral creció, precisamente, en los sectores de baja productividad, en los que prepondera la mano de obra no calificada (DIEZ DE MEDINA, R., *Jóvenes y empleo en los noventa*, Montevideo, Cinterfor, 2000. pp. 49/94. También disponible en el sitio web del Centro interamericano de Investigación y Documentación sobre Formación Profesional –O.I.T.–: http://www.cinterfor.org.uy/public/spanish/region/ampro/cinterfor/temas/youth/doc/cint/jov90/emp_jov/index.htm)

juvenil reemplaza en su nominación aunque no en sus efectos a la antigua “intervención tuitiva” del modelo de la “situación irregular” y resulta ser uno de los engranajes indispensables de la compleja maquinaria de conversión de marginales en ciudadanos que impulsa el poder penal. Como tal, influye decisivamente en la configuración de un sistema de enjuiciamiento que, aunque pretende incorporarse a la tradición acusatoria, logra constituirse como un puente con el viejo rito inquisitivo. Veámoslo.

III.1.2 El proceso penal juvenil

Es cierto que los sistemas procesales latinoamericanos que aquí analizamos han organizado régimen acusatorio, aunque más no sea, formal³⁷. Pero si toda la actuación estatal en la materia que nos ocupa está apuntada hacia una finalidad “socioeducativa” y los niños, en su carácter de “sujetos en formación”, son los “beneficiarios” de esa intervención (vid. *supra* III.1.1), entonces su ingreso en los sistemas de justicia juvenil es, en sí mismo, un suceso positivo. Esto, que algunos podrían designar como una paradoja de la “nueva era de la infancia ciudadana”, no es más que una fatal implicancia de la actual política de *derechos humanos de la niñez y la adolescencia*: “[p]ara los adolescentes, la dimensión pedagógica del rito penal es precisamente el reto que se propone el sistema de responsabilidad penal juvenil. El reto está en el proceso. La dimensión pedagógica es central. Sin rito del proceso, sin instancia simbólica para administrar el conflicto, para que el adolescente pueda visualizar a quién le causó dolor y cuánto, pero para que también entienda cuáles son las reglas de la comunidad a la que pertenece, el sistema de justicia penal juvenil pierde sentido.”³⁸

El proceso penal de la infancia y la adolescencia no tiene, de esta forma, un carácter meramente instrumental, no es el medio de realización de un derecho material especializado o, al menos, no es solamente eso. Antes bien, se constituye en una instancia más de “aprendizaje” y, fundamentalmente, de atribución de derechos. ¡Nada mejor para el joven acusado de infringir la ley penal (y en muchos casos, contravencional o de faltas) que ingresar en la maquinaria de un sistema que se adecua a los dictados de la CDN!

Así lo declaran las legislaciones latinoamericanas adaptadas a la Convención, que pueden ser divididas en tres grandes grupos: a- las que asignan al proceso un fin estrictamente instrumental a la dilucidación de un hecho, atribución de responsabilidad

37. BRASIL, *Estatuto da Criança e do Adolescente*, arts. 180, 182 y ccdtes.; PERÚ, Código de los Niños y Adolescentes, arts. 204 y ccdtes.; HONDURAS, Código de la Niñez y Adolescencia, art. 233, 234, 235 y ccdtes.; BOLIVIA, Código del Niño, Niña y Adolescente, arts. 303, 310 y ccdtes.; ECUADOR, Código de la Niñez y Adolescencia, art. 334, 336 y ccdtes.; VENEZUELA, Ley orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, arts. 527, 552, 561 y ccdtes.; EL SALVADOR, Ley Penal Juvenil, arts. 50, 71 y ccdtes.; NICARAGUA, Código de la Niñez y la Adolescencia, arts. 123, 140 y ccdtes.; GUATEMALA, Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, arts. 199, 203 y ccdtes.; REPÚBLICA DOMINICANA, Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes, art. 294, 298 y ccdtes.; COSTA RICA, Ley de Justicia Penal Juvenil, arts. 68, 73, 74 y ccdtes.; PANAMÁ, Régimen Especial de Responsabilidad Penal para la Adolescencia, art. 26, 27, 79 y ccdtes.

38. BELOFF, MARY A., “Algunas confusiones en torno a las consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley pena en los nuevos sistemas de justicia juvenil latinoamericanos”, cit., pp. 50/1, nota 52.

y mensuración de pena aplicable; b- las que, asignando al proceso objetivos similares a los ya descriptos, afirman la existencia de una finalidad educativa en la actuación de la “justicia juvenil” en general; y, c- las que reconocen expresamente que el proceso en sí mismo tiene una finalidad educadora.

En el primer grupo se encuentran las leyes de Bolivia, Venezuela y El Salvador³⁹.

VENEZUELA, Ley orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, art. 551: “La investigación tiene por objeto confirmar o descartar la sospecha fundada de la existencia de un hecho punible y determinar, en el primer caso, si un adolescente concurrió en su perpetración.”; EL SALVADOR, Ley Penal Juvenil, art. 22: “El proceso de menores tiene por objeto establecer la existencia de una infracción penal, determinar quien es su autor o partícipe y ordenar la aplicación de las medidas que correspondan. La investigación tiene por objeto realizar todas las diligencias que permitan fundamentar los cargos por parte del fiscal y preparar el ejercicio de la acción.”; BOLIVIA, Código del Niño, Niña y Adolescente, art. 305: “Formulada por cualquier medio la denuncia, el Fiscal deberá iniciar la investigación para determinar la existencia del hecho, establecer quiénes son los autores, y participes del hecho y verificar el daño causado por el delito.”

Entre las que declaran la actuación educativa de todo el sistema juvenil, están las leyes de Perú, Panamá, República Dominicana y Honduras.

PERÚ, Código de los Niños y Adolescentes, art. 191: “El Sistema de Justicia del adolescente infractor **se orienta a su rehabilitación y a encaminarlo a su bienestar.**”; PANAMÁ, Régimen Especial de Responsabilidad Penal para la Adolescencia, art. 4: “El Régimen Especial de Responsabilidad Penal para la Adolescencia tiene, en su conjunto, tres finalidades primordiales: la educación del individuo en los principios de 1a Justicia, la defensa de la sociedad y la seguridad ciudadana, y la resocialización de los infractores. **Su finalidad educativa** consiste en introducir a Los adolescentes y a las adolescentes en el proceso pedagógico de La responsabilidad, y **se extiende desde el inicio de la investigación** hasta la terminación de la sanción, si a ella hubiere lugar.”; REPÚBLICA DOMINICANA, Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes, art. 222: “**La justicia penal de la persona adolescente**, una vez establecida la responsabilidad penal tiene por objetivo aplicar la medida socioeducativa o la sanción correspondiente **y promover la educación, atención integral e inserción de la persona adolescente en la familia y en la sociedad.**”; HONDURAS, Código de la Niñez y Adolescencia, art. 2: “El objetivo general del presente Código es **la protección integral de los niños** en los términos que

39. Aún cuando guarda silencio sobre este punto, puede incluirse también la ley de Brasil, pues, es sabido, la actuación del derecho material es el fin clásico del derecho procesal, conf. MAIER, JULIO B. J., *Derecho Procesal Penal*, T.I, cit., p. 84 y ss.

consagra la Constitución de la República y la Convención sobre los Derechos del Niño, ...” Por supuesto, en todos los casos, el énfasis no pertenece al original.

Por su parte, reconocen fin educador al proceso penal juvenil como tal, las leyes dictadas en Ecuador, Nicaragua, Guatemala y Costa Rica.

ECUADOR, Código de la Niñez y Adolescencia, art. 309: “El proceso de juzgamiento, además de establecer el grado de participación del adolescente en el hecho del que se le acusa, **tiene por finalidad investigar** las circunstancias del hecho, **la personalidad del adolescente y su conducta y el medio familiar y social en el que se desenvuelve**, de manera que el Juez pueda, de acuerdo a las reglas establecidas en este Código, aplicar la medida socio-educativa más adecuada para fortalecer el respeto del adolescente por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros, promover la reintegración del adolescente y que éste asuma una función constructiva en la sociedad.”; NICARAGUA, Código de la Niñez y la Adolescencia, art. 128: “El proceso penal especial del adolescente tiene como objetivo establecer la existencia de un hecho delictivo, determinar quien es su autor o partícipe y ordenar la aplicación de las medidas correspondientes. **Asimismo buscará la reinserción del adolescente, en su familia y en la sociedad**, según los principios rectores establecidos en este Código.”; GUATEMALA, Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, art. 171: “El proceso de adolescentes en conflicto con la ley penal tendrá como objetivos establecer la existencia de una transgresión a la ley penal, determinar quién es su autor o partícipe y ordenar la aplicación de las sanciones correspondientes. **Asimismo, buscará la reinserción del adolescente en su familia y en la sociedad**, según los principios rectores establecidos en esta Ley.”, art. 213: “El debate será reservado y se regirá, en cuanto sea aplicable, por el Código Procesal Penal. (...) **En lo posible la sala de audiencia estará acondicionada de conformidad con el fin educativo que persigue este procedimiento especial.**”; COSTA RICA, Ley de Justicia Penal Juvenil art. 44: “El proceso penal juvenil tendrá como objetivo establecer la existencia de un hecho delictivo, determinar quién es su autor o partícipe y ordenar la aplicación de las sanciones correspondientes. **Asimismo, buscará la reinserción del menor de edad en su familia y en la sociedad, según los principios rectores establecidos en esta ley.**” Aquí también, el destacado fue agregado.

Pero sin importar cuál sea la finalidad u objeto que, en lo formal, se asigne al proceso penal juvenil, lo cierto es que todas las leyes latinoamericanas reformadas coinciden, en lo material, al autorizar la intervención “educativa” sobre los niños y adolescentes, a través de la imposición de “reglas de conducta”, “órdenes de orientación y supervisión” o simplemente “medidas” —de clara naturaleza punitiva⁴⁰—, no sólo en los casos en los que ha mediado pronunciamiento judicial condenatorio, sino también, *con prescindencia del resultado del proceso o, más claramente, aún en los casos en los que el proceso culmine en alguna vía alternativa: remisión, conciliación o suspensión a prueba.*

40. Sobre el carácter punitivo de esta clase de intervenciones coactivas, véase *infra* §III. 1. 1

Así, en el caso de las legislaciones de Brasil, Perú, Panamá y Ecuador, se estatuye que la remisión del proceso implicará la aplicación de medidas sobre el adolescente originalmente imputado.

BRASIL, *Estatuto da Criança e do Adolescente*, art. 127: “A remissão não implica necessariamente o reconhecimento ou comprovação da responsabilidade, nem prevalece para efeito de antecedentes, **podendo incluir eventualmente a aplicação de qualquer das medidas previstas em lei**, exceto a colocação em regime de semiliberdade e a internação.”, PERÚ, Código de los Niños y Adolescentes, art. 226: “Al adolescente que es separado del proceso por la Remisión **se le aplicará la medida socio-educativa que corresponda**, con excepción de la internación.”, PANAMÁ, Régimen Especial de Responsabilidad Penal para la Adolescencia, art. 65, último párrafo: “En los casos en que la remisión proceda, el juez penal de adolescentes emitirá una resolución mediante la cual pone fin al proceso y **remite el expediente al juez de niñez y Adolescencia, para que éste ordene las medidas que correspondan.**”; ECUADOR, Código de la Niñez y Adolescencia, art. 351, segundo párrafo: “La remisión es un acto de abstención y no implica el reconocimiento de la infracción por parte del adolescente. **Por la remisión el adolescente será remitido a un programa de orientación y apoyo familiar, servicios a la comunidad y libertad asistida.**”

En el caso de las leyes vigentes en Bolivia y Honduras, la remisión no importa la aplicación necesaria de medidas socioeducativas, aunque sí las contemplan como una posibilidad.

HONDURAS, Código de la Niñez y Adolescencia, art. 225: “Por la remisión, el Juzgado de la Niñez **podrá resolver que el niño quedará obligado a participar en programas comunitarios si él mismo o sus padres o representantes legales lo consienten**, pero bajo el control de la institución que los realice.”; BOLIVIA, Código del Niño, Niña y Adolescente, art. 255: La concertación de la remisión no implica necesariamente el reconocimiento o comprobación de la responsabilidad del hecho ni prevalece para efectos de antecedentes penales, **pudiendo incluir eventualmente la aplicación de cualesquiera de las medidas previstas por esta Ley**, excepto las que implican restricción o privación de libertad.”

Las leyes de infancia de El Salvador y Guatemala contemplan la posibilidad de “remisión del adolescente a programas comunitarios”, previo acuerdo de partes, impulsado por el Juez del proceso.

EL SALVADOR, Ley Penal Juvenil, art. 37, segundo párrafo: “Si el Juez considera que no procede la continuación del proceso, citará a las partes a una audiencia común y previo acuerdo con ellas, **resolverá remitir al menor a programas comunitarios, con el apoyo de su familia y bajo el control de la institución que los realice**, si no existiere acuerdo entre las partes, se continuará el proceso.”, GUATEMALA, Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, art. 193, segundo párrafo: “Si el juez considera que no procede la continuación del proceso, citará a las partes a una audiencia común y previo acuerdo con ellos resolverá **remitir al adolescente a programas comunitarios, con el apoyo de**

su familia y bajo control de la institución que los realice, si no existiere acuerdo entre las partes se continuará el proceso.”

A su tiempo, las legislaciones aplicables en Venezuela, Costa Rica y Ecuador disponen que la “suspensión del proceso a prueba” importará la imposición al adolescente de reglas de conducta, entre las que se cuentan las mismas “medidas de orientación y supervisión” que integran el catálogo sancionatorio.

VENEZUELA, Ley orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, art. 566: “La resolución que acuerde suspender el proceso a prueba debe contener: a) Fundamentos de hecho y de derecho de la suspensión; b) Datos generales del adolescente, hechos que se le atribuyen, su calificación legal y la posible sanción; c) Obligaciones pactadas y el plazo para su cumplimiento; d) Advertencia al adolescente de que cualquier cambio de residencia, domicilio, lugar de trabajo o instituto educacional, deberá ser comunicado al Fiscal del Ministerio Público; e) **Orden de orientación y supervisión** decretada, el ente que la ejecutará y las razones que la fundamentan.”; COSTA RICA, Ley de Justicia Penal Juvenil, Art. 89, segundo párrafo: “Junto con la suspensión del proceso a prueba, el Juez podrá decretar **cualquiera de las órdenes de orientación y supervisión establecidas en esta ley**. Esta suspensión interrumpirá el plazo de la prescripción.”; ECUADOR, Código de la Niñez y Adolescencia, Art. 349, tercer párrafo: “El auto de suspensión del proceso a prueba contendrá los antecedentes y fundamentos de hecho y de derecho con la suspensión; **la medida de orientación o apoyo familiar determinada**; la reparación del daño de ser el caso; las condiciones o plazos de las obligaciones pactadas, que no podrá ser inferior a la cuarta parte del tiempo de la posible medida a aplicarse en caso de encontrarse responsable del delito y nunca será mayor a la tercera parte de la misma; el nombre de la institución responsable de brindar la orientación o apoyo familiar y las razones que lo justifican; la obligación del adolescente de informar al Procurador de cambios en el domicilio, lugar de trabajo o centro educativo.”

Por último, en el caso de Nicaragua se verifica un supuesto de “derivación automática”: la sindicación de un adolescente como autor o partícipe en un hecho penalmente relevante autoriza su sometimiento a “medidas protectivas”.

NICARAGUA, Código de la Niñez y la Adolescencia, art. 86: “**En caso que se imputase a un menor la comisión de un delito**, la autoridad judicial deberá remitir al menor infractor a la autoridad administrativa competente para que esta **le brinde protección integral** y vele y proteja que se respeten sus derechos, libertades y garantías”; Art. 88: “Al acto infractor realizado por la niña o el niño le corresponderá según el caso, alguna de las medidas previstas en el Artículo 82 del presente Código”, Art. 82: “Comprobada por la autoridad administrativa la existencia de un hecho violatorio de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, podrá aplicar las medidas de protección según el caso, dentro de las siguientes opciones: a) Inclusión en un programa gubernamental, no gubernamental o comunitario de apoyo a la familia, a las niñas, niños y adolescentes; b) Inclusión en un programa de tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico; c) Reintegro al hogar con o

sin supervisión psicosocial y/o jurídica especializada; d) Ubicación familiar; e) Ubicación en hogar sustituto; f) Inclusión en un programa gubernamental o no gubernamental de rehabilitación y orientación a niñas, niños y adolescentes alcohólicos y toxicómanos; g) Ubicación en un centro de abrigo o refugio; h) La adopción.”⁴¹

Sin importar cómo lo declaren, lo cierto es que las leyes procesales juveniles latinoamericanas adoptan una finalidad educativa, convirtiendo al imputado en un “sujeto-objeto” del proceso que no “necesita” ser declarado responsable de una infracción penal, contravencional o administrativa para gozar de los “beneficios” de la pena juvenil. A la manera de las intervenciones tutelares de las “caducas” leyes de patronato, el proceso penal juvenil inviste al poder interpelante y transformador con ropaje benefactor –no se apropia de la vida de los pequeños para transformarlos en sujetos ciudadanos (sujeto objeto), “atiende” a los niños, los “reinserta en la familia y en la sociedad”, los “educa”-, inmunizándolo contra cualquier apreciación crítica –¿quién se atreve a negarles a ellos, que son el futuro de la humanidad, su derecho a recibir educación; quién les negaría una “segunda oportunidad” de adaptarse a las reglas de la comunidad?!- y asegurándole la posibilidad de extender sus brazos tentaculares sobre *todos y cada uno* de los “educandos”.

IV. A modo de cierre

Según hemos visto, el paradigma de la “protección integral” -inaugurado por la CDN y normas complementarias-, asociado, en lo que a conflictividad penal refiere, con un sistema de enjuiciamiento de corte acusatorio, se presenta como una ruptura absoluta con el “modelo de la situación irregular” y su tradición procesal inquisitiva. Sin embargo, el examen pormenorizado de los sistemas penales y procesales penales juveniles nacidos a la luz de la CDN en América Latina nos permite formular algunas observaciones críticas.

La sanción para los niños y adolescentes infractores sigue anclada en los principios de la prevención especial, tan caros al denominado “complejo tutelar”. Si las prácticas del viejo modelo estaban dirigidas a construir a los marginales como *menores*, las intervenciones coactivas del nuevo paradigma siguen utilizando la misma lógica (subsanan las carencias del sujeto con socialización defectuosa) para vestir a la pobreza infantil con el ropaje de la *ciudadanía*. Así, las penas juveniles actuales no son concebidas como una restricción de derechos, sino como una oportunidad para conceder (obtener) el gozo de prestaciones básicas universales (salud, educación, etc.), para educar a pequeños desviados.

Esto influye decisivamente en el diseño de los sistemas procesales. En efecto, aún cuando receptan reglas de oralidad, continuidad y contradicción, resultan fatalmente

41. Aunque esta clase de “medidas protectivas” podría diferenciarse, en una indagación ligera, de las sancionatorias, lo cierto es que su contenido se conecta en muchos puntos con las “medidas socioeducativas” y las “medidas de orientación y supervisión” que trae el ya transcrito art. 195, aps. “a” y “b”, de la ley nicaragüense (vid. § III. 1. 1).

marcados por el signo de la “finalidad educativa” y entonces no importa qué tanto se declare que los imputados son sujetos del proceso pues, en última instancia, devienen *objeto* de las exhaustivas indagaciones sobre su personalidad, sobre sus disfunciones sociales, para determinar con exactitud el origen del comportamiento infractor y actuar sobre las pretendidas causas. La posibilidad de someter a los niños encausados, tras la finalización o paralización del proceso por alguna vía alternativa (remisión, conciliación o suspensión a prueba) a medidas de estricto contenido punitivo dirigidas a satisfacer la ya mentada “finalidad educativa”, corrobora la validez de nuestra idea.

En definitiva, el “modelo de la protección integral” tiende innumerables puentes al viejo “modelo de la situación irregular”. De esta manera, los sistemas procesales penales juveniles de Latinoamérica no logran constituirse en un nuevo régimen. En cambio, reproducen los esquemas del poder inquisitorial. Son, entonces, una nueva técnica, para un viejo paradigma.

Bibliografía

Se indica a continuación la bibliografía consultada y también la citada en este trabajo.

BARATTA, ALESSANDRO, “Infancia y Democracia”, en García Méndez, E. y Beloff, M. (comps.), *Infancia, ley y democracia en América Latina. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990-1998)*, Bogotá, Temis/Depalma, 1998.

BELOFF, MARY A., “Algunas confusiones en torno a las consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley pena en los nuevos sistemas de justicia juvenil latinoamericanos”, en García Méndez, E. (comp.), *Adolescentes y responsabilidad penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001.

- “Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina (1989-2004)”, en GARCÍA MÉNDEZ, E. Y BELOFF, M. (comps.), *Infancia, ley y democracia en América Latina. Impacto de la Convención sobre los Derechos del Niño en los sistemas jurídicos nacionales (1989-2004)*, Bogotá, Temis, 2004, 3ra. ed., aumentada y actualizada.
- *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Buenos Aires, Del Puerto, 2004.
- “Constitución y derechos del niño”, en AA. VV., *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Buenos Aires, Del Puerto, 2005

BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, “Perspectivas de un derecho penal del niño”, en **Revista Nueva Doctrina Penal**, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997-A, pp. 63 y ss.

FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2005, 7ª edición.

FOUCAULT, MICHELLE, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 2005, 10ma. reimpresión.

GUZMÁN, NICOLÁS, *La verdad en el proceso penal*, Buenos Aires, Del Puerto, 2006.

LARRAURI, ELENA, “Criminología Crítica: abolicionismo y garantismo” en **Nueva Doctrina Penal**. 1998/B, Buenos Aires, 1998, pp. 719/752.

LLOBET RODRÍGUEZ, JAVIER, “La sanción penal juvenil”, en AA. VV., *De la arbitrariedad a la justicia: adolescentes y responsabilidad penal en Costa Rica*, UNICEF, San José, Serie de Políticas, 2000.

MAIER, JULIO B. J., *Derecho Procesal Penal*, T.I, Buenos Aires, Del Puerto, 1996.

MITTERMAIER, KARL J. A., *Tratado de la prueba en materia criminal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2006.

PLATT, ANTHONY M., *Los “Salvadores del niño” o la invención de la delincuencia*, México, Siglo XXI, 2001.

ZAFFARONI, EUGENIO R., ALAGIA, ALEJANDRO, SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2003, 2ª edición.

Etnografía y Educación Jurídica: nuevas miradas en el aula

Campo jurídico, investigación etnográfica y giro reflexivo: una introducción¹

Leticia Barrera² y Yanina Guthmann³

El presente trabajo es el resultado de una reflexión en torno a la experiencia realizada durante la primera edición del seminario «Nuevas miradas sobre el derecho: etnografías, instituciones, documentos» de la Maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo, en el segundo cuatrimestre de 2009. Este seminario que nació del encuentro de dos miradas sobre el derecho, sobre el trabajo de la Corte Suprema de Justicia, sobre los documentos y escritura de textos jurídicos, fue deviniendo en un proyecto en sí mismo, con una propuesta epistemológica y metodológica que persigue abrir un espacio de reflexión y producción de conocimiento en torno a la dinámica entre estudios empíricos y derecho, con énfasis en la investigación etnográfica. La investigación etnográfica se afirma fuertemente en la teoría pero no está determinada por ella,⁴ lo que contribuye a moldear una mirada más compleja sobre el derecho prestando interés no solo a su dimensión formal e institucional, sino también a los mecanismos informales y las tramas de relaciones en las que se inscribe la práctica del derecho.

El método etnográfico permite abordar el fenómeno empírico desde una dimensión “micro” o “local” sin pretensiones universalistas, pero en términos cualitativos-holísticos-socio-culturales lo que implica dotarlo de significado—y de legitimidad—a partir del conocimiento de las propias explicaciones que los sujetos de estudio puedan ofrecer de sus prácticas, actos, objetos, discursos y de la observación que el investigador o investigadora lleve adelante en su interacción con los mismos. El esfuerzo de la etnógrafa o el etnógrafo por recrear el fenómeno jurídico desde un punto de vista “nativo”—por caso, desde el lugar de quienes construyen y hacen a la práctica del derecho—posibilita dejar en suspenso posiciones normativas frente al fenómeno-problema que se estudia, lo que no implica

1. Las autoras agradecen a todos sus alumnos y alumnas del Seminario Nuevas Miradas sobre el Derecho (2009) cuyo entusiasmo y esfuerzo hicieron posible este trabajo.

2. J.S.D. Cornell University, Profesora de la Universidad de Palermo

3. Mg. en Sociología Jurídica (UBA/CONICET), Profesora de la Universidad de Palermo

4. Annelise Riles, “Introduction: In Response” en *Documents: Artifacts of Modern Knowledge*, Annelise Riles ed. Ann Arbor: University of Michigan Press 2006, pp. 1-38.

identificarse con los sujetos de estudio; tampoco legitimar sus conductas. Por el contrario, la investigación etnográfica está permeada por dilemas éticos y políticos que se vuelven aún más complejos cuando las prácticas estudiadas entran en conflicto con los propios valores, ideologías o creencias de la investigadora o el investigador.

El “campo” de esta propuesta resultó—y resulta aún—difícil de delimitar: no solo por la escasez de bibliografía en castellano que desde esta óptica y una metodología cualitativa estudien fenómenos jurídicos, en particular que trabajen una dimensión “micro” o “local”;⁵ sino porque conceptual y retóricamente la interacción entre el derecho y otras disciplinas se plantea como un esfuerzo de integración de un saber (el jurídico) que necesita completarse con otros saberes o racionalidades que le aportan el conocimiento de la realidad⁶. Esta premisa se sustenta en la hoy canónica distinción entre *law in action* and *law in the books* (esbozada por Roscoe Pound hace 100 años⁷), dicotomía sobre la que se articula la construcción del realismo jurídico norteamericano, y a partir de este, toda una tradición académica en estudios empíricos del derecho en los Estados Unidos, sea en una versión crítica, como el movimiento de *Law and Society*, como en un enfoque más instrumentalista, por caso, el propuesto desde una perspectiva de *Law and Economics*. Desde el tiempo de Malinowski, numerosos trabajos antropológicos han demostrado que el campo jurídico y el campo social no se encuentran aislados,⁸ por lo que insistir en el *gap* entre la “norma” y la “realidad” para justificar la necesidad de estudios interdisciplinarios del derecho parecería contribuir, al menos desde un punto de vista epistemológico, a acentuar la división y límites entre disciplinas.⁹

La pertinencia de un enfoque histórico que nos permitiera abordar la relación entre el derecho y otras disciplinas¹⁰, por caso, la antropología, fue reveladora, no sólo como estrategia pedagógica sino también al momento de repensar la idea misma de interdisciplinariedad. De esta forma, las historias de vida de quienes a nuestro entender contribuyeron al cruce disciplinar, las genealogías de los trabajos de investigación colaborativos estudiados, las condiciones socio-políticas y culturales en los que se desarrollaron, entre otras, permitieron una vía de escape a la dicotomía texto *versus* contexto.

5. En nuestro medio, caben destacarse los trabajos en antropología jurídica del Equipo de Antropología Política y Jurídica de la Facultad de Filosofía y Letras-UBA, y los del Centro de Estudios en Antropología y Derecho (CEDEAD) en Posadas, Misiones.

6. Annelise Riles, “Representing In-Between: Law, Anthropology and the Rhetoric of Interdisciplinarity” 1994 University of Illinois Law Review, 597-650.

7. Roscoe Pound, «Law in Books and Law in Action» 44 American Law Review 1910 p.12

8. Bronislaw Malinowski, *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje*. Planeta-De Agostini, 1986.

9. Annelise Riles, “Representing In-Between: Law, Anthropology and the Rhetoric of Interdisciplinarity” 1994 University of Illinois Law Review, 597-650.

10. Christopher Tomlins señala que tanto el derecho como las ciencias sociales han tendido a rechazar la historicidad al momento de considerar explicaciones (no ejemplos) de la acción social. Christopher Tomlins “Framing the Field of Law’s Interdisciplinary Encounters: A Historical Narrative”, 2000 Law and Society Review Vol. 34 N° 4, pp. 911-972.

Consecuentemente, el “trabajo de campo” de los alumnos y sus reflexiones en torno al concepto mismo de “campo”, que es a la vez un lugar y un objeto de investigación, fue para nosotras, un juego de cajas chinas, una forma de probar la capacidad heurística de un marco conceptual metodológico que aparecía menos como estructura rígida que como un conjunto de instrumentos, puentes y modalidades con el objetivo de dar forma a una mirada, una epistemología reflexiva desde el derecho.

Otro de los desafíos al comenzar el curso era el límite temporal. ¿Cómo lograr que los alumnos tengan una experiencia de trabajo de campo en sólo un cuatrimestre? La coincidencia del terreno elegido por estos dos trabajos que se presentan a continuación fue una respuesta espontánea a esta pregunta (que nunca fue explícita). Al elegir un terreno “al alcance de la mano” estos trabajos demostraron por un lado la posibilidad de “ajenizar” un espacio propio y cotidiano, y por el otro que esa proximidad no implicaba de modo alguno, superficialidad en el análisis. Metodológicamente, ambos autores toman de la investigación antropológica la capacidad para generar extrañamiento, distanciarse del objeto de estudio; un recurso útil que les permite disolver su familiaridad con las prácticas, representaciones y metodologías presentes en las aulas de derecho y en la formación jurídica de la que ambos son “nativos”.

A través de una metodología que combina observación participante y entrevistas, ambos estudios buscan la intersubjetividad del encuentro etnográfico, como un esfuerzo de comprensión reflexiva acerca de la producción de conocimiento y formación jurídica, evitando caer en una interpretación del fenómeno-problema en base a una totalidad ya dada de antemano; como también eludir interrogantes (por ejemplo la pregunta por la audiencia, “los pares”) que desde una epistemología diferente serían considerados demasiado “obvios”, superficiales. De esta forma, estos autores logran conectar cuestiones aparentemente nimias, banales, con preguntas conceptualmente densas (sobre la autoridad, sobre el espacio del derecho, sobre las fronteras entre investigación y formación profesional, sobre la especificidad de los cambios y estrategias en la educación jurídica) preguntas que se vieron a su vez reformuladas en el curso del tiempo y en el texto.

Ambos textos proponen la educación jurídica y las formas de transmisión de conocimiento en el aula como objeto; ambos recurren a la etnografía como instrumento, como “paradigma”¹¹, sin embargo las puertas de “entrada al campo” fueron diferentes y eso explica la divergencia en cuanto a la problemática.

En el caso del texto de Guillermo Moro la elección de la materia (materia dentro del derecho como orden normativo/especialización universitaria) es esencial:

11. Ver Guillermo Moro, “Desde el aula... no se ve: Un acercamiento etnográfico a la enseñanza del Derecho”, en este número.

*“Así, en la Sección II de este trabajo, se hace constar el registro de la observación de una clase de Derecho Civil III (Contratos), materia neurálgica en el currículo de la carrera de abogacía en la Universidad del Derecho, con el índice comparativo más alto de reprobados y recursantes de toda la carrera.”*¹²

Caracterizar a esta materia como “neurálgica” es pensarla como una materia central, sin embargo el autor explica enseguida que es una “materia filtro” en la estructura académica. En esta elección se revela algo así como un primer paso en la construcción de la problemática, es pensar el conocimiento desde un obstáculo, desde un nudo en la transmisión. Y de este modo, a partir de un dato que le viene dado, se delinea un fenómeno que le da volumen al objeto de estudio. En este punto no es un detalle el conocimiento del autor respecto del campo¹³—Guillermo fue alumno y hoy es docente de esa institución, por lo que no fue necesario que hiciera un trabajo exploratorio previo para construir este dato. En el marco de un cuatrimestre este tipo de decisiones responden a una conciencia epistemológica.

En el caso de Eduardo Sherling es el reconocer la presencia de “estudiantes extranjeros” en la facultad lo que le abre la puerta al conocimiento como fenómeno:

*“la formación de conocimiento jurídico en una clase de derecho con la participación de alumnos extranjeros. De ese modo, además de reflejarme con mis sujetos de estudio en tanto abogados, asimismo aparecía la extranjería como un aspecto vinculante con los mismos.”*¹⁴

En este sentido, Eduardo pone especial énfasis en acercarse a los “nativos”, a sus sujetos que son estudiantes de su misma facultad, y que como él, son también estudiantes de maestría (aunque con diferente orientación a la suya) y extranjeros. Y es en este sentido que el texto se muestra cuidadoso por un lado en no objetivar a sus sujetos, y por el otro en no perderse en la empatía con los mismos (ver los numerosos pies de páginas respecto al encuentro con los informantes y la forma en que nos trae sus palabras). Según Geertz¹⁵, para la construcción del punto de vista nativo, captar un proverbio, una alusión, un detalle puede ser más importante que la empatía total con los sujetos. Y es a partir de la cercanía con sus sujetos que aparece la diferencia, el “problema”:

12. Ibid., p. 173.

13. Este punto de carácter epistemológico aparece en el texto, algunas veces con humor “¿cómo pude soportar esto durante 6 años?” El autor hace referencia en el texto a dos trabajos de investigación realizados anteriormente sobre educación jurídica, uno de ellos incluye explícitamente trabajo con entrevistas en la facultad, Ibid. p. 183.

14. Eduardo I. Sherling Campos, «Los alumnos extranjeros en una facultad de derecho y su contribución al conocimiento jurídico», p. 206 en este número.

15. Clifford Geertz, «From the Native's Point of View»: On the Nature of Anthropological Understanding Author(s): Clifford Geertz Source: Bulletin of the American Academy of Arts and Sciences, Vol. 28, No. 1 (Oct., 1974), pp. 26-45

Me encontraba sentado en uno de los salones de clases a los que en casi año y medio de estadía en “La Argentina”, había acudido como un alumno más. El cristal que dividía el aula del pasillo, los escritorios, las sillas y el pizarrón eran los mismos; las personas que se encontraban en su interior, aunque con diferente rostro, eran las mismas (abogados que acudían a una clase de derecho); aunque en mí había algo distinto¹⁶.

El sentirse tan próximo y a la vez diferente, el clivaje entre el estudiante, el jurista y el investigador, le permite plantear en el texto la distancia entre los puntos de vista, aquellas nuevas miradas.

En ambos textos, y desde la problemática que les interesa, hay un esfuerzo por sistematizar, a partir de gestos, de fragmentos de diálogo, de la observación, la transmisión de conocimiento y la forma de razonamiento que ella revela.

“Como dije, habiendo resuelto de manera expeditiva el incipiente cuestionamiento pedagógico de los alumnos, el docente vuelve a su tarea expositiva. La misma, según puedo apreciar con el correr de los minutos, responde al siguiente esquema: se enuncia un problema (por ejemplo, el plazo en los contratos de locación), se busca el o los artículos pertinentes del Código Civil o bien de la Ley de Locaciones Urbanas (23.091), se los lee en voz alta (esto lo hacen, rotativamente, los alumnos) y luego el profesor comienza una “exégesis” de esos artículos, escudriñando el sentido y alcance de sus palabras, explicando las clasificaciones a las que da lugar y enunciando las excepciones.”¹⁷

Y aquí aparece el concepto de “problema” como descriptivo desde el punto de vista nativo. El problema de los plazos en los contratos de locación es un problema que puede resolverse con el código civil y sus exégesis. Los problemas que se plantean los autores para estudiar el conocimiento legal parecieran demandar otros instrumentos. En este sentido, el texto de Guillermo logra pensar el orden jurídico como un problema, y no como un objeto dado de antemano:

Es llamativo que el docente M., tan presto a afirmar en la entrevista que “el Derecho civil es uno solo” (lo que implica entender la unidad entre temas tan “distintos” como las personas, las obligaciones, los contratos, la propiedad, la familia y las sucesiones) deseche como cuestión de “política fiscal” el análisis sobre la funcionalidad económica de un subgrupo de cláusulas contractuales¹⁸.

16. Eduardo I. Sherling Campos, “Los alumnos extranjeros en una Facultad de Derecho y su contribución en la formación del conocimiento jurídico”, p. 205.

17. Guillermo Moro, «Desde el aula... no se ve... » p.180.

18. Ibid. p. 196, nota al pie 40.

Este pie de página que surge a partir de una anécdota, de una pregunta de un estudiante y de la respuesta escueta del profesor, permite interrogarse por el orden jurídico, por la coherencia entre los objetos de la realidad y su tratamiento por las normas.

En el caso de Eduardo, su observación de la transmisión de conocimiento legal parte de una intuición que se hace explícita y que luego los datos llevan a cuestionar. El texto de Eduardo nos acerca con frescura a su experiencia en el campo, a aquellos elementos de duda, aquellos errores que forman parte de la trama de la investigación. En cierto modo, la forma en que Eduardo explicita sus dudas, y formula preguntas en el texto reenvían al pensamiento de Bachelard sobre las condiciones psicológicas de los progresos científicos pensadas en términos de obstáculos, obstáculos no externos sino internos, las lentitudes e inquietudes que surgen al momento de conocer, como necesidad funcional.¹⁹

Mi impresión al inicio de la investigación, era que este sería el rol de los alumnos durante el resto de la clase, sin embargo, aunque si bien efectivamente en algunos lapsos se confirmaban mis intuiciones, el resto de la clase aconteció más bien lo contrario. (...). Tratándose la clase del delito de plagio, además del maestro, los alumnos argentinos hacían explicaciones de algunos programas televisivos y de casos judiciales que se habían ventilado en la información pública, en los que tenían participación algunos empresarios de los medios de comunicación en La Argentina. Estos intercambios de información se realizaban en ocasiones en forma discreta, únicamente entre el extranjero que preguntaba y el argentino que explicaba en voz baja, como si pretendiera no interrumpir la clase; otras veces, algún alumno argentino interrumpía al profesor y realizaba la exposición de algún hecho, o aclaraba las circunstancias de un caso explicado por aquél, llamando la atención del resto de la clase. Era como si algunos alumnos a su vez participaran de la exposición de la clase, que en un principio pensé sería acaparada por el profesor.²⁰

La decisión de observar a los estudiantes extranjeros le permite a Eduardo entrar al campo con un foco. Y de ese modo se comprende que capte aquellos murmullos entre estudiantes extranjeros. Estos murmullos lo llevarán a observar los diferentes niveles de participación en el diálogo con el profesor, lo llevan a pensar que no hay una sola forma de construcción del conocimiento jurídico. Este punto tiene resonancias con la historia de la educación legal y sus transformaciones en el tiempo; pero también con la relación entre esta y las prácticas.²¹ Desde este lugar, las materias elegidas para los estudios etnográficos,

19. Gaston Bachelard, *La formation de l'esprit scientifique*, Paris, Librairie philosophique Vrin, 1999 (1ère édition: 1938).

20. Eduardo Sherling Campos, «Los alumnos extranjeros en una facultad de derecho y su contribución al conocimiento jurídico», p. 216.

21. En Estados Unidos puede verse, por ejemplo, el hoy canónico texto de Roscoe Pound, "The law school and the professional tradition", 24 *Michigan Law Review* 156, 1925, 1926

derecho civil y derecho penal empresarial, irían *a priori* en la categoría de formación profesional. Ahora bien, a través de los ensayos que aquí se presentan esas materias se vuelven objeto/terreno de investigación—más aún, los mismos herramientas/contenidos que brindan este tipo de cursos pueden devenir nudos en una investigación empírica del derecho, artefactos para el conocimiento antropológico.²²

A modo de conclusión, se puede decir que ambos trabajos logran entonces darle una vuelta de tuerca a la problemática de la pedagogía del derecho como reproducción de las jerarquías (ver cita de Gabel en el texto de Guillermo)²³. Esta idea que aparece como evidente porque resulta efectiva para explicar determinados mecanismos de circulación del poder, suele volverse un obstáculo para observar de modo sincero los diferentes modos de conocimiento legal que coexisten aun en espacios tradicionales y que muestran la interacción entre las formas de circulación y los contenidos.

22. Ver Annelise Riles, "Property as Legal Knowledge: Means and Ends", en *The Journal of the Royal Anthropological Institute*, Vol. 10, N.4., pp. 775, 795.

23. Peter Gabel, "Law and Hierarchy", en Duncan Kennedy, *Legal Education and the Reproduction of Hierarchy: A Polemic Against the System: A Critical Edition*, New York University Press, 2004 (citado en Guillermo Moro, "Desde el aula...no se ve..." p. 167).

Desde el Aula... No se Ve

Rudimentos para un acercamiento etnográfico a la enseñanza del Derecho*

Guillermo Moro

I. Introducción

El tema de este trabajo es la educación jurídica. Se ubica, por lo tanto, dentro de un creciente cuerpo de reflexión académica que ha venido gestándose en las últimas décadas al respecto.

El enfoque propuesto no es, sin embargo, habitual. Recurre a estrategias propias del paradigma de la *etnografía*, disciplina cuyos cruces con el derecho todavía son larvales e indefinidos^{1 2}.

En concreto, el presente trabajo es el resultado de distintas tareas de investigación realizadas durante el cursado de la materia “*Nuevas Miradas Sobre el Derecho: Etnografías, Instituciones y Documentos*”, dictada por las profesoras Leticia Barrera y Yanina Guthmann, en el marco de la Maestría en Derecho de la Universidad de Palermo. A pesar de haber introducido algunas modificaciones y correcciones, en líneas generales he preferido conservar el contenido y el tono de las versiones originales de los respectivos informes del curso (que aquí se presentan como párrafos). Esto da cuenta del subtítulo escogido para el trabajo: se trata, efectivamente, de meros *rudimentos* para un acercamiento etnográfico a la educación jurídica, no de un cuadro terminado. En las páginas que siguen no

• Quiero agradecer a Leticia Barrera, Violeta Cánaves, Federico Crisalle, Yanina Guthmann, Gustavo Maurino, Guillermo Munné, Mariela Puga y Eduardo Sherling, quienes tuvieron la gentileza de leer versiones previas de este trabajo y realizarme valiosas sugerencias y comentarios críticos, que contribuyeron sensiblemente a mejorarlo.

1. Un análisis a la vez informado y crítico de este cruce disciplinario (y de su prospectiva) puede encontrarse en Annelise Riles, “Representing In-Between: Law, Anthropology, and the Rhetoric of Interdisciplinarity”, *University of Illinois Law Review*, 1994, ps. 597-650. Uno de los precursores en la propuesta de utilizar herramientas antropológicas para el estudio del derecho, Karl Llewellyn, describía – algo socarronamente – el trabajo del etnógrafo como aquel que “sustituye la descripción laboriosa y objetiva de la práctica por la *relación* local de lo que es la práctica, o por (lo que es peor) una relación o bien de la práctica local, o de la ideología local amablemente distorsionada por las convenciones de propia cosecha del observador”, lo que lo ubicaba entre las herramientas dilectas de aquellos “teóricos que van más allá del teorizar para, siguiendo este tipo de líneas, dirigirse a la recolección e interpretación de datos sobre el comportamiento jurídico” (Karl Llewellyn, “Una Teoría del Derecho Realista: El Siguiente Paso”, en Pompeu Casanovas y José Juan Moreso, eds., *El Ámbito de lo Jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Crítica, Barcelona, 1994, ps. 269-70).

2. Merece destacarse el trabajo etnográfico sobre distintas clases de derecho en la Universidad Nacional de Córdoba, realizado por Adriana Tessio Conca y María Teresa Bossio, incorporado como capítulo 6 al libro de Carlos Lista y Ana María Brigido, *La Enseñanza del Derecho y la Formación de la Conciencia Jurídica*, Sima Editora, Córdoba, 2002, ps. 165-217.

se encontrará, por lo tanto, más que un boceto impresionista, una amalgama de horizontes para posibles caminos de investigación. A ese carácter exploratorio, preliminar del trabajo, debe sumársele, además, mi condición de principiante en la práctica etnográfica, lo que tendría que arrojar sombríos interrogantes sobre la pertinencia incluso de las pocas partes del cuadro que sí me aboqué a delinear aquí con cierto detalle.

El hecho de que las investigaciones que conforman el presente trabajo no hayan sido pensadas originalmente para su publicación, sino que hayan sido realizadas como un fin en sí mismo en el marco de un programa de estudios, podría exculparme en cierta medida por sus limitaciones de rango e imperfecciones de estilo. Sin embargo, haber aceptado la invitación de Leticia, Yanina y los editores de la revista a publicarlo inhabilita esa excusa. Diré entonces (con un optimismo bastante insensato) que, a pesar de sus restricciones, estas líneas de fuga pueden tener todavía algún interés si posibilitan destrabar presunciones mudas de la práctica habitual de “enseñar derecho” dislocando la mirada que las naturaliza o ignora³, y que esa posibilidad vale la apuesta. El acercamiento situado a un espacio social determinado para realizar un *enfoque intensivo*, aportando a la generación de “descripciones densas” de las prácticas sociales – que es lo que aquí se ensaya parcialmente – trueca su carencia de conclusividad y universalidad por su promesa de una comprensión enriquecida, renovada, sensible a las variables múltiples en juego⁴.

Efectivamente, a diferencia de otros trabajos sobre la educación jurídica (incluyendo, *mea culpa*, mis propias incursiones al respecto⁵), en este no abundan las conclusiones generales, ni las críticas globales, ni las declamaciones altisonantes, ni las propuestas de reforma. Por el contrario, la estrategia perseguida aquí es de tipo minimalista, y se juega

3. Se trata de estimular, respecto de un espacio social transitado cotidianamente, “la experiencia del extrañamiento” (Martín Hammersley y Paul Atkinson, *Etnografía. Métodos de Investigación*, Paidós, Barcelona, 1994, p. 22) o de “des-familiarización” (Boaventura de Sousa Santos, *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*, Desclé de Crouwer S.A., Bilbao.2003, p. 43).

4. Como bien lo señala Flood, “La etnografía tiene una atmósfera anárquica que hace a un lado la construcción de sistemas. Es contextual, dinámica, reflexiva, es decir, está abierta a todo tipo de estímulos. Esto no es decir que la etnografía no puede construir resultados sistemáticos, sino que no está concernida con cuestiones de validez y confiabilidad de la manera convencional en que lo están, digamos, los enfoques cuantitativos. El proceso de investigación para la etnografía es diferente de otros: es tentativo, multi-texturado, abierto y discursivo. Empieza en un punto de aprendizaje e indagación que reconoce que sabemos poco, en vez de suponer un estado de conocimiento que está sujeto a ratificación *ex post facto*. Los teóricos sistemáticos que ven el mundo como una serie de textos considerarán que la etnografía es un método incómodo. Las anteojeras impuestas por el enfoque sistemático son restrictivas, mientras que la esencia de la etnografía es estar alerta y atento a todo a tu alrededor, no sólo a segmentos particulares de realidad teórica” (John Flood, “Socio-Legal Ethnography”, en R. Banakar y M. Travers, eds., *Theory and Method in Socio-Legal Research*, Hart Publishing, 2005, p. 34).

5. Ver Valeria Berros, Violeta Cánaves, Rafael Colombo, Federico Crisalle y Guillermo Moro, “Dispensar la Educación Jurídica. Reformismo y Democracia como Desafíos”, en *Revista de la Facultad de Ciencia Jurídicas y Sociales*, Nueva Época, N° 6, Santa Fe, 2008, y Violeta Cánaves, Rafael Colombo y Guillermo Moro, “La Educación Jurídica por Dentro. Una Exploración Crítica a partir de Entrevistas con Estudiantes Avanzadas/os de la Universidad Nacional del Litoral” (inédito, disponible en el Centro de Investigaciones Jurídicas de la UNL).

en el despliegue mismo de la narrativa⁶. Adopta un método afín a lo que Peter Gabel llama “revelación expresiva”⁷, desplazando a un segundo plano la búsqueda de generar convicción por vía de sucesivas cadenas lógicas de argumentación. Apunta a establecer un *registro* de detalles: esos detalles en los que se juega *el sentido* de las prácticas concretas, pero que a menudo se pierden cuando se da el salto hacia la mirada teórica globalizante y normativa⁸.

El espacio de registro escogido es el (un) aula de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Litoral. Esta elección no tiene un fundamento epistémico, sino biográfico, tanto en una dimensión afectiva como política. Esa venerable Facultad, que ocupa un lugar importante en la historia universitaria argentina, también ocupa – si se me permite la cursilería – un lugar importante en mi corazón. Allí estudié mi carrera de grado, allí comencé la carrera docente, y allí reconozco todavía pulsiones fuertes de pertenencia. Por eso, siempre he sentido que el trabajo de intervención crítica sobre la práctica docente (de la que, aunque “recienvenido” – como diría Macedonio –, también soy parte) debía estar anclado en ese espacio⁹, pues creo que una parte importante de la política académica pasa por problematizar (iba a poner politizar) los espacios minúsculos, cotidianos y familiares donde ejercemos nuestra actividad, en vez de solamente abogar con grandes palabras por las “grandes causas”, a menudo convenientemente lejanas.

La observación e interrogación de *un* espacio concreto se agota en sí misma: es un acontecimiento finito, en tiempo y espacio. No es posible extrapolar sus características a *otros* espacios, ya sea al interior de la misma institución o de instituciones distintas¹⁰.

6. Con esto me refiero tanto a la narrativa propia (durante la observación de la clase), como a la narrativa del sujeto informante, el docente, (durante la entrevista). Sobre el lugar de la “narrativa” en la investigación socio-jurídica, y su potencial epistémico y político, ver el detallado trabajo de Patricia Ewick y Susan S Silbey, “Subversive Stories and Hegemonic Tales: Towards a Sociology of Narrative”, 29 *Law & Society Review*, 1995, ps. 197-226.

7. Peter Gabel, “Law and Hierarchy”, en Duncan Kennedy, *Legal Education and the Reproduction of Hierarchy: A Polemic Against the System: A Critical Edition*, New York University Press, 2004, p. 159.

8. Efectivamente, tal como lo nota Riles, el creciente viraje hacia la etnografía desde disciplinas como el derecho, la sociología o la economía se apoya en una visión de la etnografía “como una vía de salida de los paradigmas sobredeterminados, como un antídoto teóricamente sofisticado para los excesos de la teoría” (Annelise Riles, “Introduction”, en el libro por ella misma compilado, *Documents. Artifacts of Modern Knowledge*, University of Michigan Press, p. 1).

9. Ver los trabajos citados en nota 5.

10. Esto, por supuesto, no debe tomarse como invalidando el carácter explicativo de las “descripciones densas”, particularizadas, que caracterizan a la etnografía. En palabras de Bourdieu: “Husserl enseñó que uno debe sumergirse en lo particular para encontrar en ello lo invariante. Y Koyré, que asistió a las lecciones de Husserl, demostró que Galileo no tuvo que repetir el experimento del plano inclinado para comprender el fenómeno de la caída de los cuerpos. *Un caso particular bien construido deja de ser un caso particular*” (Pierre Bourdieu y Loïc Wacquant, *Una Invitación a la Sociología Reflexiva*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2008, p. 112. Énfasis agregado). En el mismo sentido se expresa Hughes: “Sospecho de todo método que se proclame único. Pero dentro de los métodos que yo recomendaría está el de la mirada intensiva, penetrante, con una imaginación tan vívida y sociológica como fuera posible. Una de mis asunciones básicas es que si uno ve claramente algo que pasa una vez, es casi seguro que ha sucedido una y otra vez. La carga de la prueba pesa sobre aquellos que afirman que una cosa vista una vez es una excepción; si miran con atención, pueden encontrarla en todos lados, aunque con algunas diferencias interesantes en cada caso” (Everett Hughes, *The Sociological Eye: Selected Papers on Work, Self, and the Study of Society*, Aldine Atherton, Chicago, p. ix, cit. por John Flood, “Socio-Legal Ethnography”, p. 48).

Manteniendo eso en mente, es necesario de todos modos formular una advertencia, fundada – algo dogmáticamente, desde luego – en mi experiencia personal: no creo que la descripción del aula que aquí se encontrará exhiba alguna característica única de la institución en que tuvo lugar, derivada de alguno de sus componentes distintivos, por ejemplo, el de ser una institución *pública*, que invalide su coextensividad con instituciones *privadas*. Por el contrario, creo que más allá de docentes de excepción (que existen en ambos lugares), y de las pretensiones (a veces cándidas, a veces publicitarias) de *superación del modelo* que propagan las universidades privadas respecto de las públicas, la continuidad en la estructura de la práctica de enseñanza jurídica es puntillosa y sostenida: hija de una tradición centenaria que ha llegado a arraigarse en el cuerpo y en el discurso de los que la reproducimos, atraviesa las diversas idiosincrasias institucionales y empresariales, unificándolas. Esto, por cierto, es particularmente visible en las materias “normativas” o “codificadas” (como la que aquí se observará), materias que – en la percepción dominante de los/as abogados/as – constituyen el “núcleo duro” de lo jurídico¹¹ (por oposición a las materias teóricas o “no normativas” – como la filosofía, sociología o historia del derecho, la teoría del Estado, de la constitución o de los derechos humanos, el derecho & economía, etc.– donde la experimentación pedagógica es más común, pero menos disruptiva respecto de la configuración estable del campo¹²).

El objetivo de este trabajo es que el registro etnográfico conduzca a posar la mirada sobre aquello que no se “ve” a pesar de estar “viendo” cuando estamos dentro del aula, sobre aquello que de tan presupuesto, de tan naturalizado, ha pasado a formar parte de la aceptación inconsciente de una realidad configurada. No se propone convencer de un cierto *contenido* (nuevo) para la mirada, sino más bien invitar a una (nueva) *perspectiva*, independientemente de cuál sea el contenido que esa perspectiva revele luego en cada quien. Puesto en las bellas palabras de Marcel Proust en *La Prisionera*: “El verdadero viaje del conocimiento no consiste en buscar nuevos paisajes, sino en tener nuevos ojos”.

Estimo que el rendimiento esperado en el mediano plazo para trabajos que tomen y profundicen los rudimentos que aquí – algo impudicamente – se exhiben, es sumarse al creciente *corpus* académico de reflexión crítica sobre la educación

11. Ver al respecto Duncan Kennedy, “The Political Significance of the Law School Curriculum”, 14 Seton Hall Law Review, 1983, ps. 1-16.

12. Tomo la noción de campo de los trabajos de Bourdieu, quién lo privilegia como metáfora del pensamiento relacional en el campo de la ciencia, en tanto el campo puede ser definido “como una red o una configuración de relaciones objetivas entre posiciones. Estas posiciones están objetivamente definidas, en su existencia y en las determinaciones que imponen sobre sus ocupantes, agentes e instituciones, por su situación presente y potencial (*situs*) en la estructura de distribución de especies del poder (o capital) cuya posesión ordena el acceso a ventajas específicas que están en juego en el campo, así como por su relación objetiva con otras posiciones (dominación, subordinación, homología, etc.)” (Pierre Bourdieu y Loïc Wacquant, *Una Invitación a la Sociología Reflexiva*, ps. 134-35). Sobre la configuración y dinámica específica del *campo jurídico*, ver Pierre Bourdieu, “Elementos para una Sociología del Campo Jurídico”, en *La Fuerza del Derecho*, Uniandes, Bogotá, 2005, ps. 153-220.

jurídica¹³, para contribuir desde allí a la desarticulación de prácticas reificadas de pedagogía en las Facultades de Derecho argentinas, esperando que ello a su vez contribuya a la *politización* del espacio del aula, tanto desde el punto de vista analítico como pragmático. Pero la indagación de esos rendimientos, reitero, *no es el tema de este trabajo*.

La búsqueda que aquí se emprende apunta hacia una lectura situada, complejizada, de los actores relevantes, incorporando sus propias percepciones y perspectivas a la narrativa. Dados los alcances restringidos del presente trabajo (explicitados más arriba), se privilegiará la lectura de uno sólo de los actores relevantes, el *docente*, y de una sola vía de indagación, que es la *entrevista*, la cual se diseñó en base a preguntas de respuesta abierta y se realizó con posterioridad al dictado de la clase observada. Pero ello no debería ocultar la relevancia de analizar, también, la perspectiva de otros actores (como, principalmente, los alumnos) ni de la utilización de otras vías de indagación más extensas (como las “historias de vida”)¹⁴.

Así, en la Sección II de este trabajo, se hace constar el registro de la observación de una clase de *Derecho Civil III* (Contratos), materia neurálgica en el currículo de la carrera de abogacía en la Facultad de referencia, con el índice comparativo más alto de reprobados y recursantes de toda la carrera. En la Sección III, se pone en situación y se transcribe la entrevista realizada con el docente titular de la cátedra. En la Sección IV, se analizan brevemente algunas discontinuidades importantes entre las prácticas registradas

13. La posibilidad de que estudios en principio de tipo descriptivo y no evaluativo, como los etnográficos, puedan tener un potencial *crítico* no es evidente. En cierta medida, una pretensión semejante conlleva insita una paradoja: practicar *a la vez* el objetivismo y la crítica social. Sin embargo, si se deconstruye la tradicional dicotomía entre conocimiento y política, y se piensa en el conocimiento *como* política, la paradoja (que no desaparece) deja de ser una preocupación y pasa a ser una oportunidad. Para una perspectiva general del problema, ver el trabajo seminal de Roberto Mangabeira Unger, *Knowledge and Politics*, Macmillan Publishers, 1984, especialmente ps. 1-62. Para un enfoque específico sobre trabajos de sociología empírica y etnografía jurídica, ver el ensayo de David Trubek y John Esser, “‘Critical Empiricism’ in American Legal Studies: Paradox, Program, or Pandora’s Box?”, 14 *Law & Society Inquiry*, 1989, ps. 3-52. También Jack Katz “On the Rhetoric and Politics of Ethnographic Methodology”, *The Annals of the American Academy*, 2004, ps. 280-308.

14. Es particularmente relevante tener presente que la entrevista no es una herramienta que de por sí revele los aspectos semánticos más relevantes de la posición del actor en un espacio social. Si bien es imprescindible como vía de acercamiento a un discurso directo del actor sobre sus prácticas, requiere ser complementada con otros mecanismos de análisis (entre los que se cuentan las biografía o historias de vida) para posibilitar un marco explicativo más sólido. Más allá de que, como decía, aquí no resulte posible incurrir en esos mecanismos complementarios, es importante resaltar su importancia, pues – como bien señalan Dezalay y Garth – “un riesgo mayúsculo de escuchar a [los] individuos contar sus historias es la tentación de simplemente aceptar su visión del mundo si es que encaja en nuestras visiones y estrategias”, a lo que agregan: “El primer paso en nuestra estrategia de investigación, que proviene de la sociología reflexiva, está diseñado para minimizar ese riesgo. Es esencial encontrar maneras de entender quiénes son estos individuos y de dónde vienen en pos de ver la relación entre lo que dicen y sus propias posiciones estratégicas. La biografía provee una manera de entender cómo es que sus puntos de vista y estrategias definen sus posibilidades, quiénes son sus competidores, y qué tipo de capital pueden movilizar” (Ives Dezalay y Bryant G. Garth, *The Internationalization of Palace Wars. Lawyers, Economists, and the Contest to Transform Latin American States*, University of Chicago Press, p. 9).

en la Sección II y el discurso recogido en la Sección III. Finalmente, en la Sección V, se plantean interrogantes y (auto)críticas sobre el trabajo realizado en base al concepto de “reflexividad” etnográfica.

II. Una Clase de Contratos (Observación)

Es una tarde fría en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Litoral.

Los estudiantes se distribuyen en pequeños grupos en los largos pasillos de la planta baja, que rodean los patios arbolados. Los distintos núcleos de reunión se generan casi simétricamente alrededor de las sucesivas puertas de las aulas, sobre los largos bancos de madera. Es fácil inferir que se trata de compañeros de curso “haciendo tiempo” antes de clase.

Cuando llego hasta el Aula 17, asignada para Derecho Civil III (“Contratos”), me detengo. Observo con más detenimiento la interacción entre los alumnos. En la mayoría de los casos es amena, incluyendo comentarios cruzados en voz alta y bromas. Varios chicos y chicas apuran un cigarrillo, o bien algún alfajor o factura; otros hablan o escriben en su teléfono celular. Claramente se trata de un momento relajado.

Me ubico en el extremo del pasillo, en el banco que está frente al Aula 18 (la última de la Planta Baja) y junto a la entrada del baño de mujeres. Desde allí puedo seguir apreciando, mientras pasan los minutos, las conductas divertidas de los estudiantes. Una chica llama mi atención. Ha llegado después que yo, con una guitarra. Aunque ésta sigue en su estuche, apoyada oblicuamente sobre la pared, ella logra igualmente capturar la atención de sus compañeros. Realizando lo que evidentemente son imitaciones (aunque yo no sé *de quién*), va de un costado al otro del pasillo, a veces incluso descendiendo al patio y emergiendo desde allí con una nueva impostación facial o actitudinal. Despiertas risas estridentes, tanto de sus compañeros directos (aquellos que se nuclean alrededor de “la misma puerta”) como de quienes, con curiosidad, miran desde la cercanía. Yo mismo, ajeno completamente al sentido de esas acciones, no puedo evitar contagiarme y me descubro sonriendo.

Estoy solo en el banco. Después de terminar un segundo cigarrillo, me doy cuenta de que ya debe haber pasado bastante tiempo. Miro mi reloj: son las 20:20. Vuelvo a mirar a los alumnos. No parece afectarlos, molestarlos o siquiera importarles el hecho de que hace 20 minutos que la clase ya debería haber comenzado.

De repente, la situación cambia. Algunos alumnos (y luego, todos) han divisado, en la curva del pasillo, al docente, titular de la cátedra, que se acerca al aula con un par de libros y una carpeta (que todos saben que es el registro de asistencias) bajo el brazo. No parece apurado. Su llegada tarde es recibida con total familiaridad, no sólo por los alumnos, sino también por él mismo. El bullicio de los alumnos disminuye progresivamente – casi como si alguien fuera bajando lentamente el volumen sobre una consola, en una especie de “fade out” – a medida que el docente se acerca. Cuando éste finalmente llega hasta la puerta del aula y se dispone a entrar, ya nadie está hablando, ni mucho menos sonriendo.

Pienso que esta dinámica se apoya sobre un presupuesto naturalizado: *la clase comienza cuando el docente llega*. La práctica se encuentra tan consolidada que no se percibe como elección, sino como función: las alternativas se clausuran, ya que no se aprecia que haya ninguna alternativa en juego. Resulta impensable o aún absurdo postular que *podría ser de otra manera* (por ejemplo, que la clase podría comenzar a una determinada hora, con independencia de que el docente haya llegado o no). Se me ocurre que alternativas pedagógicas ambiciosas, a veces incluso declaradas por los propios docentes al iniciar sus cursos – quién sabe si ese fue el caso en este curso en particular – como la construcción colectiva del conocimiento desde/con los estudiantes encuentran su primer obstáculo en este presupuesto arraigado e incuestionado. Lo mismo sucede con la mucho más módica – y más habitual – “invitación” a una participación activa en el aula. El hecho de que la clase comience cuando el docente llega es un primer gesto simbólico orientado a la paradójica derrota de esa invitación, constituyendo a los alumnos en espectadores y al docente en actor.

Ciertamente, el dispositivo del aula es análogo al teatral. Así como el actor se hace esperar unos minutos tras bambalinas antes del espectáculo, el docente se hace esperar en la sala de profesores antes de la clase. En ambos casos, la aparición es precedida por una dinámica de bullicio-silencio de parte de los espectadores-alumnos. En ambos casos, el resultado afianza la centralidad del sujeto esperado con respecto al acontecimiento (no puede ocurrir *sin él*; lo que él tiene para decir o hacer es importante, y corresponde callar y atender.).

El ingreso al aula no es sólo un ingreso: también es una *ubicación*. Cada uno de los sujetos conoce el lugar que le corresponde y lo ocupa con presta exactitud. Los estudiantes doblan hacia la derecha y se distribuyen entre los bancos individuales (de la modalidad “pupitres”), que superan ampliamente en número a la cantidad de alumnos presentes. El docente dobla hacia la izquierda y se ubica en el escritorio principal, tras el cual se aprecia un gastado pizarrón negro a medio borrar y, más hacia la izquierda, otro pizarrón, blanco, más moderno, manchado en tonos de gris por la defectuosa limpieza de anteriores usos.

El docente luce muy prolijo. Con su cabello bien peinado y el rostro enteramente afeitado, viste con traje marrón claro, camisa verde opaco, corbata al tono y zapatos con taco. No se quitará el atuendo en ningún momento de la clase, lo que no es sorprendente, considerando que adentro del aula hace casi tanto frío como afuera, porque el calefactor no funciona¹⁵. Los estudiantes no comparten la formalidad en la vestimenta. Abundan

15. Tras leer este pasaje, Eduardo Sherling me envió la siguiente consideración, que transcribo: “¿No será que, además del frío, no se quita el atuendo por ser éste algo así como un ropaje ceremonial? Esto evidencia una diferenciación entre los estudiantes y el profesor. Tal vez haya escondido algo más que el clima en la conservación del atuendo... Como un brujo o un jefe de tribu de los relatos de Malinowsky y en alguno de Levi-Strauss, quienes usan una ropa especial, que los dota de autoridad”.

las ropas cómodas, los abrigos sueltos e informales, tanto en varones como en mujeres. Aunque típicamente se piensa en las Facultades de Derecho como lugares que – en comparación con el resto de las Facultades – concitan *looks* sofisticados en sus estudiantes, ese no parece ser el caso esta vez.

El docente apoya sus papeles sobre el escritorio: de un lado un gran libro (ahora puedo ver que es el Código Civil, en una edición actualizada de editorial Zavallía, a tapa dura, de color rojo con rayas blancas); del otro, el registro de asistencia. Ambos quedan sin uso instrumental por ahora, pues rápidamente el docente comienza a hablar. Es de particular relevancia la inutilización temporal del registro. Si se supone que sirva como constancia de asistencia a la clase, debería ser completado al inicio de la misma. Eso no es, sin embargo, lo que hace este docente. Pienso que en ello se juega otro dispositivo tácito de construcción de pasividad: al diferirse el pasado de lista hasta el final de la clase, el mero “tener la asistencia” se transforma en una de las razones válidas para permanecer en el aula, así como en una suerte de aspiración formal que funciona para tener “cautivos” a los alumnos durante la extensa alocución que ahora va a comenzar.

El comienzo, sin embargo, se ve rápidamente interrumpido. La puerta del aula se entreabre, y aunque desde el lado de los alumnos no alcanza a verse nada, sí se escucha una voz. La voz parece pertenecer a un hombre joven, que solicita permiso al profesor para “*conversar dos minutos con los chicos*”. Todos los que estamos allí tenemos ya varios años de tránsito por la Facultad a cuestas (el profesor más que todos nosotros, yo más que todos los alumnos, y todos los alumnos – considerando la materia – tienen como mínimo tres años de antigüedad en la carrera), y no necesitamos *ver* para saber de qué se trata: alguna persona representante de algún grupo social vulnerable – los casos más habituales son personas con capacidades diferentes, o personas con dificultades dinerarias extremas, o asociaciones para la recuperación de adictos o para la protección de personas que padecen enfermedades incurables, como el SIDA – que necesita exponer brevemente su situación al frente del aula para luego solicitar alguna pequeña y voluntaria contribución de dinero. El docente lo interrumpe raudamente: “*¿tiene autorización?*”, le pregunta. La voz del joven esquivo la respuesta, repitiendo: “*sólo necesito hablar dos minutos con los chicos, es para pedirles una ayuda*”. El docente deja de mirarlo, dirigiendo sus ojos hacia la clase, visiblemente alterado, y también reitera su punto: “*no, no... dígame, ¿tiene autorización de alguna autoridad de la casa?*”. Se hace silencio. Es evidente que el joven no tiene esa ni ninguna otra autorización válida, que sólo vino contando con encontrar buena predisposición de los docentes y alumnos de la Facultad de Derecho. Intenta desviar la respuesta una vez más e insistir con su ingreso. Entonces el docente lo interrumpe y remata: “*Porque si Ud. no tiene la autorización pertinente no puede ingresar a un aula durante la clase. Es así, es así, lo establece la normativa sancionada por el Consejo Directivo de la Facultad*”. El joven murmura un “*Bueno...*”, visiblemente disconforme, mientras cierra la puerta con lentitud y se retira, a lo que el docente – la mirada todavía hacia delante – responde frunciendo sus labios y levantando las cejas, en inequívoca señal (aunque, ¿para quién?) de “qué otra cosa puedo hacer sino esto”. Efectivamente, segundos

después lo verbaliza: “*Yo lo lamento, pero no hay nada que pueda hacer... Si no tiene la autorización no puede entrar. Las normas son así*”.

Los alumnos callan. Siento una moderada indignación ante lo sucedido. Subrepticamente, me muerdo los labios y muevo mi cabeza hacia los lados en señal de descontento, mirando a los alumnos más cercanos, a derecha e izquierda, en busca de su complicidad, pero no la encuentro. Me desvían la mirada, y la vuelven hacia el profesor, cuadernos abiertos y lapicera en mano, ávidos de comenzar de una vez la lección. No lo entiendo (me pregunto para mis adentros: ¿seré un sensibilero?), pero experimento al mismo tiempo una moderada alegría: sé que lo que acaba de suceder es información muy interesante para el trabajo que estoy haciendo (me pregunto para mis adentros: ¿seré un cínico?).

No puedo evitar pensar que es obvio que una persona como el joven portador de la voz tras la puerta no tendrá “la autorización correspondiente”. Sin ir más lejos, por razones de estricta eficiencia: el trámite de presentar papeles, antecedentes y una solicitud fundada, que luego deberá tramitar a través de una dilatoria burocracia con un procedimiento que nadie – empezando por el eventual solicitante – conoce demasiado bien, implica un esfuerzo muy superior al rédito eventualmente obtenible en los dos o cinco minutos de interrupción de clases, por no hablar de la formalización de un mecanismo mendicante sustancialmente informal y paliativo. Es decir que el docente *sabía* – no podía no saber – perfectamente cuando se lo estaba solicitando que la persona no lo tendría. No obstante, en vez de explicitar su visible descontento con ser “interrumpido” en clase por un extraño, recurrió a la invocación de esas “normas” que claramente desfavorecerían al intruso, desplazando así el peso de la decisión de sus preferencias personales hacia reglas autoritativas formales y abstractas.

No me interesa especular sobre las causas de ese desplazamiento, pero sí sobre sus efectos en el contexto del aula. Tal como lo veo esta tarde, es uno de los muchos símbolos implícitos que vehiculizan una las principales enseñanzas proveídas por la educación jurídica tradicional: *el entendimiento y la aplicación de la legalidad en un sentido formal, al margen de la eventual discrepancia personal, y sin lugar relevante para la evaluación crítica de su sentido u origen*. El docente parece estar personalmente en desacuerdo (“*yo lo lamento*”), pero se rinde ante la supuesta facticidad de las normas (“*las normas son así*”). Pienso que tal vez este tipo de gestos van preparando a los alumnos – con eficacia directamente proporcional a su carácter inadvertido y casual – para resignarse ante y reproducir la actitud formalista en sus futuros ámbitos de trabajo, en los estudios jurídicos o en los tribunales o en la administración pública o donde sea, más allá de la posibilidad de dejar “a salvo” su opinión personal discordante. El mensaje es que se puede estar en desacuerdo con alguna porción del Derecho, pero que en general no se puede sino acatarlo, sin que quepa comprometerse con interpretaciones transformativas, evaluaciones críticas o directas modificaciones.

Ahora sí, “comienza” la clase (pero en realidad, como vimos, ya comenzó, y pocas cosas de las que se dirán tendrán un efecto educativo más duradero que lo recién sucedido).

El tema es el contrato de locación de cosas¹⁶. El docente pregunta: “¿*dónde quedamos? ¿qué es lo último que vimos?*”. Ante el silencio, señala a un alumno y dice su apellido, pidiéndole la respuesta (pienso: conoce sus nombres, eso no es común). El alumno empieza a pasar hacia atrás las hojas de su cuaderno, buscando algo para decir. El docente dice, burlón: “Ah, *se tiene que fijar... ¿qué pasa señor F.? ¿estamos perdidos?*”. El alumno ríe, nervioso pero condescendiente. Este tipo de burlas no se consideran ofensivas en el aula. Son una prerrogativa que los alumnos reconocen en el docente, acaso porque él es la autoridad y puede hacer lo que quiera, acaso porque él sabe tanto y ellos tan poco, y sienten vergüenza al no saber decir lo que el docente quiere escuchar (en todo caso, recibir una broma es más leve que “una mala nota”).

La pregunta se desplaza con nombre y apellido ahora hacia otros alumnos, cuyas respuestas tampoco son acertadas, hasta que desde el fondo una alumna que no ha sido nombrada dice, concisa: “*Terminamos de ver el objeto del contrato de locación, y comenzamos con el tema del plazo*”. El docente levanta el dedo índice de su mano derecha, y con una sonrisa ambigua en el rostro señala uno por uno a todos quienes hablaron hasta el momento, hasta llegar a la última alumna: “*mal, mal, mal, mal, mal, bien*”. Agrega: “*Y claro, gracias señorita, porque sino tengo que pensar que estoy loco, yo sabía perfectamente que habíamos visto eso...*”.

A continuación, abre el gran libro rojo: el Código Civil argentino. Busca un artículo, el 1507¹⁷. Solicita que alguien lo lea en voz alta. Una alumna lo hace. Luego el docente pregunta: “*díganme, ¿está vigente este artículo?*”, e inmediatamente agrega: “*¿qué dijimos la clase pasada al respecto?*”. Las respuestas de los alumnos son vacilantes. El docente se muestra incrédulo: “*Vamos, es muy sencillo*”. Finalmente, es él mismo quien tiene que aclarar el asunto. Luego de hacerlo, inclina la cabeza, y con mirada astuta dice: “*¿Vieron qué frágil es la memoria? Fijensé que esto lo vimos la semana pasada, ¡la semana pasada!, y ustedes ya no se acuerdan... Por eso es que yo insisto, insisto, ¿vieron?, para que las cosas les entren, porque sino...*”.

Esta afirmación logra llamar mi atención. En un instante el docente acaba de exhibir su posición frente una de las cuestiones pedagógicas más debatidas: el carácter del proceso de aprendizaje que tiene lugar en el aula. Por un momento, el docente parece descreer de la memorización como mecanismo válido para el aprendizaje, dada su visible fragilidad. Pero luego, como remedio ante la situación, opta por la repetición, por la “insistencia”. Esto

16. La clase corresponde al último tercio del cursado cuatrimestral.

17. Artículo 1507 del Código Civil: “En la locación de casas, departamentos o piezas destinadas a la habitación, comercio o industria, cuando no hubiere contrato escrito que estipule un plazo mayor de dos años, se entenderá que el locatario tiene opción para considerarlo realizado por los términos que a continuación se establecen, a pesar de cualquier declaración o convenio que lo limite, sin que durante los mismos puedan alterarse los precios, ni las condiciones del arriendo”.

exhibe que a la práctica del docente subyace una concepción típicamente conductista del aprendizaje, donde la capacidad de aprender se considera directamente vinculada con la capacidad de reproducir conceptos discretos, y esta habilidad ha de ser aprehendida por los alumnos por vía de la exposición reiterada a la mención de dichos conceptos en clase, más que a través de mecanismos alternativos, como el pensamiento de situaciones problemáticas, la argumentación, las investigaciones particularizadas o los trabajos prácticos no enunciativos.

Mientras pensaba en eso, y el docente se disponía a proseguir, una alumna interrumpió, sorprendentemente quejosa: *“Lo que pasa es que nosotros estamos tratando de ir al punto específico del programa¹⁸, y usted nos lleva de un lado al otro del programa”*. El docente no se muestra enfadado con este cuestionamiento. Por el contrario, noto que le genera un cierto placer, como si le brindara la posibilidad de decir algo que quería decir: *“Lo que pasa es que lo que yo aprecio es el razonamiento, no la memoria. Ustedes tienen que entender las relaciones entre los distintos institutos del Derecho contractual. Por eso cada parte involucra a todo el resto del programa. En última instancia, lo que a ustedes les queda es lo que aprenden razonando”*. Y agrega una anécdota, algo incompleta, pero cuyo sentido todos parecemos comprender: *“Me acuerdo de una chica, hace mucho, que se notaba que tenía una memoria excelente, que me recitaba el 1198¹⁹ de memoria en el examen, ustedes vieran, perfecto, palabra por palabra, pero después uno le hacía una pregunta y...”*.

Una alumna, interpretando lo anterior, retruca (sin belicosidad, con una media sonrisa en el rostro): *“Pero entonces todo es relativo en el examen”*. A lo que el profesor responde, impasible, y mirando hacia otro lado: *“No, no, son cosas objetivas, lo que yo pregunto son cosas objetivas, claras”*. Inmediatamente después, retoma la exposición.

Este breve intercambio me deja con tres impresiones. La primera es que el docente escucha las voces disidentes en el aula y las deja expresarse, pero no se toma demasiado en serio lo que dicen, ni considera que en la ocasión esté en juego algo relevante. Al efectuar sus dos intervenciones frente a este mini-planteo de los alumnos, lo hace con un tono distante, apurado y asertivo. Este último rasgo se nota principalmente al terminar sus sentencias, que van seguidas de una gestualidad que sugiere inequívocamente la sensación

18. Se refiera al Programa de Estudios de la materia.

19. Se refiere al artículo 1198 del Código Civil: “Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión.

En los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato.

En los contratos de ejecución continuada la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos.

No procederá la resolución, si el perjudicado hubiese obrado con culpa o estuviese en mora.

La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato.”

de un “punto final, he dicho”. La segunda es que los alumnos parecen exigir del docente aún más formalidad de la que éste ya les proporciona. Quieren el orden perfecto de los conocimientos de acuerdo al programa. El programa para ellos funciona como guión de particularidades separadas, donde a cada entrada corresponde una respuesta breve y concreta, y no como un esquema organizativo de un conocimiento que es general y relacional. El apartamiento del guión de particularidades los desconcierta y angustia. La tercera – a mi modo de ver, íntimamente vinculada con la anterior – es que el examen final gravita de una manera determinante sobre la dinámica del aula. Es como si todo el proceso pedagógico del cursado cuatrimestral estuviera imantado por ese centro gravitacional, como si cada acontecimiento de la clase no fuera sino un escalón instrumentalizado hacia un rendimiento aceptable en el examen. La jerarquización de los temas tratados en clase, el modo de codificarlos y anotarlos, el interés mismo... todo parece estar determinado por la preocupación sobre cómo será el examen y qué será requerido para superarlo (mientras rápidamente pienso y anoto estas cosas, me pregunto: ¿no estaré violando el mandato *descriptivo* de mi trabajo de campo? ¿Es permisible que incluya consideraciones como éstas en la etnografía de un espacio social? Hummm... tendré que repasar los ensayos de metodología cuando vuelva a casa).

Como dije, habiendo resuelto de manera expeditiva el incipiente cuestionamiento pedagógico de los alumnos, el docente vuelve a su tarea expositiva. La misma, según puedo apreciar con el correr de los minutos, responde al siguiente esquema: se enuncia un problema (por ejemplo, el plazo en los contratos de locación), se busca el o los artículos pertinentes del Código Civil o bien de la Ley de Locaciones Urbanas (23.091), se los lee en voz alta (esto lo hacen, rotativamente, los alumnos) y luego el profesor comienza una “exégesis” de esos artículos, escudriñando “el sentido y alcance” de sus palabras, explicando las clasificaciones a las que da lugar y enunciando las excepciones.

Mientras realiza estos ejercicios verbales, el docente busca establecer contacto visual con los alumnos, pero le resulta difícil lograrlo: éstos miran mayormente hacia abajo, hacia su cuaderno, mientras toman notas de lo que se dice²⁰. Como reacción, el docente resigna su mirada hacia la pared del fondo del aula, o hacia las altas ventanas del costado que dan a la calle, o fugazmente hacia mí – que lo miro con fijeza, pero soy un extraño, alguien que no cuenta – para terminar también él bajándola hacia los papeles del escritorio, ya se trate de las notas que lo guían en clase, como del Código Civil o de la separata de la ley 23.091. Por momentos la estructura de la situación se torna muy curiosa: una persona le habla a otras, pero nadie se mira. La impresión que tengo es que el único para el que esta

20. Recuerdo algo que, hacia 1808, Goethe le hacía decir a Mefistófeles, y que sería aplicable a esta situación. Posteriormente, al volver a casa, busco y, después de un rato, encuentro el pasaje: “... Cinco horas tendréis cada día; a toque de campana entraréis en el aula. Si previamente os habéis preparado y estudiado bien los apuntes, veréis luego que no dice nada el maestro que no esté ya en el libro; pero, no obstante, os aplicaréis a escribotear como si os dictara el propio Espíritu Santo...” (Johann W. Goethe, *Fausto*, Aguilar, México, 1991, p. 795. Trad. De Rafael Cansinos-Assens).

alienación visual es al menos vagamente desoladora es el docente; los alumnos no sienten la responsabilidad de establecer comunicación (la clase no les corresponde, la clase *es* del docente), y por lo tanto – mientras el docente no altere la inercia con una pregunta o interpelación – pueden buscar disolver su subjetividad en el silencio y la distancia sin remordimientos.

Ya he mencionado cuáles son los papeles sobre el escritorio del docente: el Código Civil, la ley 23.091, una carpeta oficio con notas sobre la clase, y el registro de asistencias. Sobre el escritorio de los alumnos, por su parte, lo que encontramos – en todos los bancos que alcanzo a ver – es un cuaderno para tomar notas, y un ejemplar del Código Civil apoyado sobre la punta del pupitre o sobre las piernas, sostenido con la mano que no escribe, en la mayoría de los casos con un dedo incrustado entre las hojas, presto para ser abierto cuando el docente lo requiera.

Creo que es momento de que diga algo sobre ese objeto estelar del aula: el Código Civil. Desde el escritorio del profesor hacia los pupitres, el Código irradia el aura de un texto sagrado. El docente lo mantiene abierto de par en par, y con su mano izquierda pasa, una a una, las páginas. Cuando no hay páginas que pasar, los dedos índice y medio de su mano se mantienen sobre él y lo acarician con lentitud, en un gesto ausente de mecánica dulzura. No exagero si digo que el Código Civil tiene todas las características estructurales y funcionales de una Biblia en esta clase de Contratos. Es un volumen grueso, muy grueso, con más de mil finas páginas que concentran el principio de todos los enigmas y el misterio de todas las soluciones. Mientras se acentúa el proceso de alienación visual que antes mencioné, el Código acrecienta su potencia simbólica. El ritual pedagógico de la clase se asemeja al culto tradicional del Libro. El docente es como un rabino sin kipa escudriñando la Torah, y los alumnos sus azorados aprendices. Pero el único que manda realmente aquí es el Libro: inerte pero rotundo, ha logrado someter a los humanos salmodiantes que lo rodean.

Cuando se realiza una pregunta sobre un tema (v. g., el “precio”), se va inmediatamente al Código. La pregunta inicial se transforma en otra: si hay o no en el Código una norma al respecto. Si la hay, se la busca, y nuevamente inicia el ciclo: se indica a algún alumno que la lea y se ensaya la exégesis del significado de las palabras, la explicación de las categorías y la enunciación de las excepciones. Si no hay norma, el tema se desecha como irrelevante, o bien se reconduce hacia otro que sí esté contemplado en el Libro.

Durante el proceso antes descripto, es recurrente en este docente la pregunta “¿se acuerdan?”, que remite a artículos cuya exégesis se hizo en una clase anterior. Después de observar cómo esto ocurre un número considerable de veces, me retrotraigo a aquella crítica de la memorística que este mismo docente formuló hace ya casi una hora. Me resulta curioso que habiendo realizado esa crítica, casi la totalidad de las preguntas dirigidas a la clase competan al recuerdo de cosas dichas en clases anteriores, y no a la evaluación crítica o, al menos, a algo nuevo –no “pasado” y ya “masticado” por el propio docente– que puedan pensar los alumnos.

Los contenidos de la clase continúan sucediéndose. Ahora ingresamos a menciones sobre el cambio de leyes que se experimentó en la materia. Cada una de estas leyes es descripta en términos como los siguientes: “*La ley dispuso...*”, “*La ley estableció límites...*”, “*La ley alteró...*”. La referencia al instrumento normativo es completamente endogámica, y presupone una performatividad técnica auto-suficiente que excluye consideraciones de índole teleológica y consecuencial, por no hablar de cuestiones de contexto social, económico y político. Esto resulta particularmente asombroso cuando se trata de normas como aquellas incluidas en la famosa ley de Convertibilidad o en la ley 23.091 que pretenden regular la fijación de alquileres en moneda extranjera, área – como es sabido – surcada por importantes conflictos de interés y fuertes presiones de grupos económicos y políticos. Nada de esto, sin embargo, ingresa en el canon del conocimiento relevante en esta aula, donde el análisis se restringe a la textualidad del articulado por vía de frases como las mencionadas: “*La ley dispuso...*”²¹. Es la ley la que hace las cosas. No hay *quién*, ni *dónde*, ni *para qué*.

De la ley de Convertibilidad lo que se dice es:

- 1- que *alteró* ciertos artículos del Código Civil (v. g., el art. 617²²)
- 2- que *estableció* el principio nominalista
- 3- que *prohibió* “repotenciar” – es decir, fijar en dólares – las deudas en dinero

De la ley 23.091, que mantuvo los anteriores lineamientos, se lee en voz alta la segunda parte del artículo 1²³ y el artículo 3²⁴.

Al finalizar, el docente dice: “*El problema que se plantea es si pueden pactarse alquileres en moneda extranjera. ¿Se puede?*”. Los alumnos, después de levantar instintivamente la cabeza y la vista hacia el docente al percibir el cambio en el tono de su voz inflingido por la interrogación directa, vuelven raudos a mirar hacia abajo, hacia su cuaderno, algo nerviosos, para evitar la responsabilidad de responder. Puedo observar

21. En medio del tratamiento de esta temática, y ante la demora de un alumno que estaba sentado a mi lado para encontrar el artículo pertinente de la ley complementaria en la parte final del grueso volumen del Código Civil, el docente, adoptando el tono propio de la enunciación de algo en extremo relevante, dijo: “*¿Qué consejo práctico les di, se acuerdan? Marquen las leyes importantes en el Código. Es vital que lo hagan, facilita mucho la tarea*”.

22. Artículo 617 reformado del Código Civil: “Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se hubiere estipulado dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar sumas de dinero.”

23. Artículo 1 de la ley 23.091: “Los contratos de locaciones urbanas, así como también sus modificaciones y prórrogas, deberán formalizarse por escrito. Cuando el contrato no celebrado por escrito haya tenido principio de ejecución, se considerará como plazo el mínimo fijado en esta ley y el precio y su actualización los determinará el juez de acuerdo al valor y práctica de plaza.”

24. Artículo 3 de la ley 23.091: “Para el ajuste del valor de los alquileres, deberán utilizarse exclusivamente los índices oficiales que publiquen los institutos de Estadísticas y Censos de la Nación y de las provincias. No obstante, serán válidas las cláusulas de ajuste relacionadas al valor-mercadería del ramo de explotación desarrollado por el locatario en el inmueble arrendado.”

a dos alumnos – un chico y una chica – sentados cerca mío, que mueven sus lapiceras sobre la hoja como si estuvieran escribiendo, con semblante de concentración, cuando en realidad no están haciéndolo, o están remarcando algo ya escrito.

Mientras el docente explica las distintas posturas interpretativas más conocidas sobre el tema, un alumno interroga: “¿Y cómo se resuelve esto en sede judicial?”. El docente responde: “El criterio mayoritario es que se puede”. Allí termina la respuesta. No hay lugar a consideraciones sobre los efectos sociales o económicos de este tipo de decisiones, ni a consideraciones de conveniencia pública, ni a la posición institucional de los jueces en la construcción de políticas sobre este tipo de asuntos. Es como si “el criterio mayoritario” de la jurisprudencia fuera una opinión meramente técnica, sometible sólo a consideraciones de consistencia legal respecto de normas, decretos, reglamentos preexistentes²⁵.

De repente, un alumno hace una observación que me parece interesante (varios de los alumnos parecen compartir este interés, ya que se dan vuelta a mirar a medida que el compañero avanza en su intervención). Dice que en esta temática puede estar en juego un asunto relevante para la política fiscal, en tanto se efectiviza un pago de impuestos sobre el precio explicitado en el contrato, pero no sobre las bonificaciones, lo que podría constituir una vía para la evasión impositiva. El profesor dice: “Bueno, claro, sí. Ese es un tema de política fiscal”. Se hace un breve silencio y, volviendo la mirada a la separata de la ley 23.091, comienza el tratamiento de un tema distinto, diciendo: “Luego, aquí tenemos lo referido a otros mecanismos de actualización: las cláusulas de renegociación” (que son aquellas que obligan a las partes a volver a negociar algunos contenidos del contrato si, a raíz de un cambio de circunstancias, se ha alterado el equilibrio contractual, sin por ello caer en la aplicación de institutos como la excesiva onerosidad sobreviviente reglada en el artículo 1198 del Código Civil)²⁶.

Luego de tratar el tema de las sanciones previstas para el incumplimiento de estas normas (mediante la lectura de los artículos pertinentes de la ley) y el tema de las deudas de valor (un “artilugio de Ascarelli”, el conocido civilista italiano, según este profesor), el docente propone, o más bien dispone: “pasemos de bolilla”. El tema ahora será la cesión de la locación. Nos estamos acercando al final de la clase, quedan unos cinco minutos. El docente comienza a dictar, despacio, una definición del instituto de la cesión de la locación. Se trata, efectivamente, de un *dictado*; incluso indica a los alumnos – que, dóciles, toman nota de algo que podrían encontrar en cualquier libro de la materia – lo que tienen que escribir entre paréntesis o entre guiones.

25. Lo mismo sucede respecto de los llamados “alquileres escalonados” – aquellos en los cuales locador y locatario pactan aumentos predeterminados del monto operativos con el transcurso de ciertos períodos de tiempo – sobre los que se dice que “la doctrina y la jurisprudencia considera que son válidos” o que “la jurisprudencia los admite”.

26. Más o menos alrededor de este momento de la clase, me pregunto: ¿cómo pude soportar esto durante 6 años?

Advirtiéndole las evidentes similitudes entre una parte de su definición y la regulación del contrato de mandato en el Código Civil, pregunta, sonriendo: “*esto es como el caso... ¿de qué artículo? ¿mil ochocientos...?*”. Espera, sosteniendo la sonrisa y el suspenso. Ante el silencio, completa “... *noventa y ocho. Mil ochocientos noventa y ocho*”.

De repente, sin mayor prelude, se detiene y ordena: “*Vamos a leer el artículo 1587²⁷*”. Los alumnos parecen despertar del letargo impuesto por más de hora y media de clase, y lo buscan, presurosos, en el Código. Una chica, finalmente, lo lee. (Yo no puedo evitar recordar aquellos tiempos en los que aún era católico e iba a misa, y el ministro anunciaba un salmo o un cántico cuyo texto estaba en un librito numerado que nos dejaban sobre el banco largo, para que nos apresuráramos a buscar lo anunciado y sumáramos nuestra voz al coro).

A pesar de la hora y el cansancio, en la chica que lee el artículo, al igual que en todos los compañeros y compañeras que la precedieron, noto un cierto orgullo. Orgullo de la lectura en voz alta, de la audición de la propia voz que se expresa sin errores ni traspies. Ese orgullo, que uno tendería a sospechar que, en todo caso, afloraría cuando los alumnos se atreviesen a afirmar a viva voz alguna observación o idea personal (como aquel compañero hace unos minutos respecto de la política fiscal), emerge sin embargo en la realización de una práctica mecánica cuya complejidad suele dominarse a mediados de la escuela primaria. (Pienso: ¿a qué nos reduce el tránsito diario, año tras año, por este tipo de clases en la universidad?).

Cuando la chica termina de leer el artículo 1587 del Código Civil, la clase termina. “*Bueno, seguimos el martes*”, es la postrer contraseña del docente.

A continuación, toma asistencia. Todos esperan la mención de su apellido, cartera o mochila en mano. Una vez que son nombrados, comienzan a retirarse, ya no juntos sino de a uno, silenciosos. Detrás de ellos, el docente – que saluda gentilmente a algunos mientras le pasan por delante – recoge sin apuro sus cosas y comienza la marcha póstuma de cada semana hacia la sala de profesores, por los pasillos que ahora sólo puebla la noche. Sabe que dejará el registro de asistencias sobre la mesa, acreditará su hora de salida en la computadora, y volverá a casa.

III. La perspectiva del docente (Entrevista)

A la salida de la sala de profesores, el retiro del docente de las instalaciones de la Facultad se ve interrumpido por mi intercepción. Me presento. Explico brevemente lo que estoy haciendo: una etnografía de una clase en la Facultad de Derecho, como parte de las exigencias curriculares de mi Maestría en la Universidad de Palermo. Agrego que

27. Artículo 1587 del Código Civil: “El cesionario no puede exigir que el cedente le entregue la cosa en buen estado. Está obligado a recibirla en el estado en que se encuentre al momento de la cesión.”

estaba pautado que el trabajo se complementara con una entrevista a un actor relevante del espacio social observado, y que él sin dudas era uno de ellos. Solicito amablemente su colaboración, y considerando lo elevado de la hora, propongo combinar un día y horario alternativo en el que podamos encontrarnos.

El docente se muestra muy bien predispuesto, y para mi sorpresa, propone no dilatar el asunto, sino hacerlo “*ahora mismo*”. Podíamos hacerlo allí, en el hall de salida del edificio de la Facultad. Yo medito rápidamente sobre la conveniencia de ello, habiendo arribado con la idea preconcebida de tener una conversación tranquila y relajada, potencialmente extensa, que me parecía podía llegar a verse dificultada por las presentes circunstancias (sin ir más lejos, por el hecho de no estar sentados). Por otro lado, la inmediatez de la entrevista respecto del acontecimiento observado resulta una circunstancia sumamente apreciable. De todas maneras, quiero insistir – bajo apariencia de gentileza – en recombinar para otro día, pero no hay caso. Así que allí mismo, de pie uno frente al otro, comenzamos.

Yo llevo conmigo un cuestionario guía, compuesto de líneas de interrogación cuya justificación particularizada brindo en nota al pie. El cuestionario guía es el siguiente:

- 1- ¿Desde cuándo se desempeña como docente de Derecho?²⁸
- 2- ¿Qué lo llevó a elegir la carrera docente? ¿Cómo ingresó a la misma?²⁹
- 3- ¿Tuvo alguna formación específica para el ejercicio de la docencia?³⁰
- 4- ¿Tiene alguna estrategia pedagógica particular que prefiera para el dictado de clases?³¹

28. Es una formalidad, pero aporta información necesaria y relevante. Dada la evidente edad avanzada del docente, y mi propio conocimiento como ex-alumno de la Facultad de que se trata de “alguien que es profesor hace mucho”, podría incurrir en dar por sentada información que resultara exagerada o sencillamente errónea. La pregunta directa en este caso es el mejor modo de acceso a un dato vital para calibrar la trayectoria del entrevistado.

29. Desde ya, tengo presente que toda pregunta directa (como, por ejemplo, en este caso, sobre los *motivos* de una elección) se enfrenta a la posibilidad de una respuesta distorsionada o “racionalizada”, o sencillamente falsa (claro que todo esto presupone que hay algo así como motivos “verdaderos” o “realmente operativos” fuera de los *relatos* que los propios sujetos construyen de esos motivos, lo cual se encuentra discutido. Ver al respecto el trabajo de Enrique Criado, “Los Decires y los Haceres”, ps. 57-71, disponible en <http://ddd.uab.cat/pub/papers/02102862n56p57.pdf>. Agradezco a Maxi Lanusse haberme llamado la atención sobre este texto). Como sea, esta pregunta – y en general, la entrevista misma como dispositivo de investigación – no apunta tanto a conocer “la verdad” – que de todas maneras le está vedada – sino más bien a conocer *el relato* que el entrevistado está dispuesto a construir, en determinadas circunstancias de tiempo y lugar, sobre determinados asuntos. Incluso su no-decir, su callar cosas o desplazarlas hacia otro lugar puede ser revelador. Desde esa perspectiva, resulta importante conocer el relato del docente sobre los motivos que lo impulsaron a dedicar tiempo a esa actividad, en tanto *vía indirecta* de indagar por el “modelo ideal de docente” que tiene en mente.

30. La previsión es que la respuesta sea negativa en este punto. Sin embargo, es necesario cubrir la posibilidad contraria. A la vez, las consideraciones extras que el docente pueda hacer al respecto (por ejemplo, su consideración de la falta de formación pedagógica como “una lástima”, o por el contrario su haber contado con dicha formación como algo “inútil”) resultan indicativas de su modo de concebir la enseñanza del derecho.

31. Este interrogante es de importancia para conocer, primero, si existe por parte del docente alguna construcción consciente de los mecanismos de enseñanza, y segundo, cuál es la orientación de los mismos.

- 5- ¿Ha tenido cambios en sus ideas o prácticas pedagógicas con el pasar de los años? En caso de haberlos tenido, ¿cómo los describiría?³²
- 6- ¿Cómo evalúa en general la respuesta de los alumnos frente a los cursos que dicta?³³
- 7- ¿Es importante que los alumnos sean participativos? ¿Es importante que tengan pensamiento crítico?³⁴
- 8- ¿Cómo selecciona los materiales que serán la bibliografía del curso?³⁵
- 9- ¿Qué evalúa de sus alumnos en los exámenes?³⁶
- 10-¿Cree que tiene alguna cuenta pendiente, algo para corregir en su manera de enseñar?³⁷
- 11-¿Qué imagen le gustaría que sus alumnos tuvieran de usted como profesor?³⁸

Estas preguntas las llevo como una “guía”, es decir, sólo como un camino posible a recorrer en la conversación, abierto – *intentando* estar abierto – a que la dinámica de la conversación dictara sus propios temas e interrogantes³⁹: los interrogantes son sólo tentativos, esquemáticos (*mi guía*). Por su parte, en la justificación de cada uno de ellos se revelan en cierta medida los intereses con los que llegué a esta segunda entrada “en el campo”, así como mis presuposiciones y prejuicios. La conversación estaría allí, para desbaratarlo todo, o para rubricarlo, o bien – esto era lo más probable – un poco de ambas.

32. Esta interrogante tiene dos niveles. En el primer nivel, apunta a obtener el relato específico del docente sobre su trayectoria en materia de acercamiento pedagógico. En el segundo nivel, más arriba, apunta nuevamente a rastrear la existencia o no (y en su caso, la densidad) de la mirada reflexiva del docente sobre su labor.

33. Una pregunta directa para comenzar a incorporar la cuestión de los alumnos en el discurso del docente. Es esperable que aquí se revelen datos del “modelo de alumno ideal” que se tiene en mente, e indirectamente, del tipo de estímulo que el docente considera que debe brindar para ese tipo de alumnos.

34. Es previsible que esta pregunta reciba una respuesta afirmativa, pero resulta interesante rastrear en detalle *qué entiende* el docente por participación y *qué* por pensamiento crítico, y desde esa perspectiva, indagar los motivos por los que considera importante fomentarlos, así como las estrategias que utiliza para ello.

35. La bibliografía seleccionada, así como el modo de disponerla y recomendarla, es un dispositivo crucial en la construcción del espacio educativo. Aquí también pretendo mirar en dos niveles. Por un lado, la concepción específica sobre qué libros son convenientes a los estudiantes y por qué. Por otro lado, me interesa rastrear si existe siquiera una visibilización de la relevancia del asunto.

36. Esta pregunta se dirige a explicitar la concepción del docente sobre esa instancia del proceso educativo que gravita sobre todas las demás, determinándolas: *el examen*. La intuición es que los aspectos considerados relevantes para evaluar reconducen el resto de las prácticas docentes.

37. Esta pregunta es condicional, en el sentido que presupone un contexto de respuestas que *a mí* me resulta a priori esperable, pero que bien puede ser diverso. Por lo tanto, su formulación está aún más sujeta a la contingencia de la conversación que todas las anteriores. Al igual que la Pregunta 2, apunta a localizar versiones de la vocación docente y el modelo de docencia que presuponen. En este caso, podría testearse también la consistencia con lo dicho al responder la Pregunta 2, formulada al principio de la conversación, ejercicio a menudo productivo y revelador.

38. Una mirada, ante lo dicho anteriormente, auto-evaluativa. Es esperable que puedan extraerse de la respuesta nuevas versiones del docente sobre lo deseable y lo indeseable en la enseñanza del derecho, sobre el “imaginario” docente (en esta pregunta, más que en cualquiera de las anteriores, me parece relevante atender a los silencios, a lo que dice lo no-dicho).

39. Mi intención – usando la expresión Ewick y Silbey – no era restringir sino más bien “fomentar las distracciones” (ver Patricia Ewick y Susan S. Silbey, *The Common Place of Law. Stories from Everyday Life*, University of Chicago Press, p. 25).

Apoyo la mochila en el piso y saco mis instrumentos de registro. Antes de que pueda disparar mi primera pregunta, ya entramos en tema. “*Qué lindo esto*”, dice el docente (al que a partir de ahora llamaremos D.), con entusiasmo que me pareció sincero, y algo sorprendente, si consideramos la hora, el frío y el reciente desgaste de la clase – “*Es bueno que haya estos espacios, que se piense sobre la docencia, hay que pensar antes de hablar y antes de hacer. Hoy se hace mucho pero no se piensa, ¿vía?, ese es el problema. Así que me parece bien, me parece bien... Bueno, usted dirá*”.

- ¿Desde cuándo se desempeña como docente?
 - *Ufff, hace mucho, miré usted, yo soy bastante viejo, aunque no lo parezca, je... Hará ya unos treinta años.*
- ¿Qué lo llevó a elegir la carrera docente?
 - *Bueno, no lo sé... Supongo que se dio la oportunidad, más o menos por la época en que yo estaba recién recibido, y la aproveché. A mí siempre me gustó mucho estudiar... Además, es como que sentía que estaba bien devolverle a la Universidad pública algo de todo lo que ella me había dado, y ser docente podía ser una manera de empezar... Usted sabe que los sueldos docentes no son muy jugosos, ¿no? Así que ya ve... Además, mis amigos siempre me decían que tenía pasta para esto, pero vio que los amigos se equivocan porque lo quieren a uno... quién sabe.*
- ¿Siempre enseñó Contratos?
 - *No. Cuando yo entré a dar clases, fue en Obligaciones, en Civil II. Recién después entro a dar Contratos...*
- ¿Recuerda aproximadamente cuánto tiempo después?
 - *Y, habrán sido unos dos o tres años, más no. Se abre una vacante y me la ofrecen, y bueno, ahí ingreso. Igual, son materias muy relacionadas una con la otra, ¿sabe?, se las divide nomás por fines analíticos, pero en realidad son parte de la misma cosa, el Derecho Civil es uno sólo, es uno sólo.*
- ¿Tuvo alguna vez algún tipo de formación pedagógica específica?
 - *No, la verdad que no... En nuestra época no se estilaba mucho eso. Ahora sé que está de moda, los cursos de pedagogía y todo eso... Y es importante, sin dudas, es importante. Pero para serle sincero, no lo considero una carencia muy fuerte, ¿sabe?, porque yo tuve maestros de primera, que fueron los docentes que me formaron cuando yo era alumno, verdaderos señores, que me dejaron un ejemplo imborrable, ¿no?, porque a uno esas cosas le quedan grabadas. No todos, claro, porque también había docentes que para qué le voy a contar... Siempre hubo de todo, siempre, no es verdad que el pasado siempre fue mejor, como algunos dicen, para nada... Bueno, y también estuvieron los docentes con lo que fui trabajando mientras ascendía, porque yo empecé de abajo, como usted se imaginará. Primero como ayudante, después como adjunto, y así sucesivamente. Uno iba viendo como se manejaban los profesores que estaban en la cátedra e iba aprendiendo. Y la experiencia, ¿no?, la experiencia te da una gimnasia bárbara, los años no pasan solos, je.*

- Es cierto... De todas esas enseñanzas que recibió, y de todos los años transcurridos, ¿cree haber extraído alguna estrategia pedagógica que considere fundamental para dictar clases?
- *Bueno, para mí lo principal es acortar la distancia con el alumno. Porque, vio, yo no sé, a veces a uno los alumnos lo ponen allá arriba como en un pedestal, como si fuera una cosa intocable, y entonces es como que se intimidan, les da miedo hablar en clase, les da miedo expresarse. Por eso yo siempre trato de ser llano, de que me vean como un par. Ojo, manteniendo el respeto siempre, manteniendo alguna distancia. Pero no esa cosa grandilocuente, distante de algunos profesores... No, para nada. Por eso a menudo yo cuento chistes, usted vio, intento que se relaje la situación. Que se sientan cómodos.*
- ¿Eso ha sido siempre así, siempre le dio la misma importancia a generar comodidad y cercanía con el alumno? Digo, mirándolo en la perspectiva de su carrera como docente.
- *La verdad que sí, la verdad que sí... Aunque, desde luego, uno cuando es más joven por ahí viene con otras ideas más estrictas, piense que eran otros tiempos, y quiere que el alumno sepa esto y aquello, con precisión, ¿me entiende?, en detalle, y se pone más duro. Corrían otros aires por entonces. Pero yo diría que sí, que siempre me pareció importante que en el aula el clima fuera ameno.*
- Esta comodidad del alumno en el aula parece tener que ver en usted con que el alumno participe y se exprese. ¿Qué importancia tiene para usted que los alumnos sean participativos?
- *Es muy importante. Porque la clase no es para que el docente hable como un loro y los alumnos tomen apuntes. No es para que el docente vaya a escuchar su propia voz, ¿me entiende? Yo ya di mi clase mil veces, ya los sé a los temas, ¿para qué los quiero repetir todos los cuatrimestres? No, eso no sirve de nada, ese es el modelo de la clase magistral. Pero a mí me gusta trabajar con los alumnos, seguirlos, conocerlos. Tratar de hacer un aprendizaje personalizado. Que es difícil, ¿no?, usted sabe bien en las condiciones en las que se trabaja. Pero cuando a mí vienen y me dicen ‘tenés que dar en posgrado’, gente que cree que eso es lo más grande que hay, yo les digo no se equivoquen, lo más importante es dar en el grado, acá es donde la Facultad nos necesita. Y eso que yo doy también en posgrado... Pero el tema es venir, estar acá con los alumnos jóvenes. No como hacen algunos docentes, que llegan a titular y ya no se les ve más la cara, je. Se vuelven fantasmas. Y eso es increíble, ¿no le parece?*
- Sí, es raro. Sobre todo porque se entiende que cuando uno llega a titular tiene por fin la prerrogativa de conducir el curso, y llevar a la práctica lo que quiere plasmar...
- *Y termina siendo al revés: los que más trabajan son los que están más abajo en el escalafón, los asistentes. Y después, mientras más van ascendiendo, más se liberan de trabajo, es una pena... Pero bueno, a mí eso nunca me lo van a poder decir.*
- Y dígame, ¿usted cree que es importante el pensamiento crítico en los alumnos?
- *Sí, desde luego. Los alumnos siempre tienen sus opiniones divergentes, las tienen ahí, como apiñadas, uno se da cuenta en sus caras. Yo siempre fomento eso, que*

no tomen lo que leen como dado, es más, que no tomen lo que digo yo como dado, que siempre conserven su mirada personal sobre los temas, que ejerzan la crítica...

- ¿Y qué entiende usted por “ejercer la crítica”?
- *Bueno, usted estuvo en la clase de recién. Vio ese chico que me habló de los impuestos y la evasión... Ese chico usted se da cuenta que está pensando críticamente, que tiene ideas. Pero no es el único, ¿eh?, todos tienen sus ideas propias, o la mayoría por lo menos. Lo que pasa es que algunos se animan más y otros menos a decirlo, por esto que le decía antes, del miedo en el aula. Pero a mí nunca me va a molestar que critiquen incluso una posición que a mí me guste, siempre que lo hagan fundadamente de acuerdo al Derecho, claro.*
- ¿Cuál diría que ha sido el nivel de rendimiento general de sus alumnos a través de los años?
- *Muy bueno, muy bueno... Los alumnos responden en general muy bien a lo que uno intenta hacer. Claro que a veces el nivel es desparejo, te repito, como pasa en todos lados. Hay chicos que son excelentes, que uno los ve en el examen y se queda muy satisfecho. Chicos que estudian, que se esfuerzan por entender la materia. Después hay otros que, lamentablemente, uno no puede ayudarlos, porque no tienen esa voluntad o esa inteligencia, qué se le va a hacer. Pero en general bien, como le decía. Y creo que ellos también se quedan contentos conmigo. Muchos todavía me saludan en los pasillos, o me paran para charlar un rato...*
- La docencia no es su única actividad, ¿no?
- *No. Yo ejerzo la profesión.*
- ¿Qué relación considera que hay entre su ejercicio de la profesión y su práctica docente?
- *Muchísima. Es muy importante tener esa perspectiva. Ambas cosas, cómo le diría, se influyen mutuamente, se retroalimentan. La docencia te lleva a profundizar el estudio del Derecho, a sistematizarlo, y a estar actualizado con las últimas doctrinas y la última jurisprudencia. Eso sin dudas te ayuda muchísimo cuando usted es abogado, te agiliza el encuadramiento de los casos y de los argumentos, la capacidad para resolver situaciones difíciles. Pero del otro lado es más fuerte la cosa todavía. La práctica de la profesión enriquece enormemente la docencia... al punto que, mire, yo no puedo entender cómo hay profesores que enseñan sin tener experiencia práctica. Está bien, yo lo respeto, cada uno tiene el perfil que prefiere, pero la verdad... Es como enseñar algo que no se vivió, que usted no sabe cómo funciona. Entonces se queda allá arriba, en los conceptos, en las normas, en las teorías, pero nunca puede bajar a la tierra, digamos. A mí la experiencia profesional me ha permitido justamente eso, bajarle el conocimiento a los alumnos, traerles ejemplo, situaciones reales de la práctica, para que entiendan mejor de qué se trata lo que uno está explicando. Pero ojo, también darles las normas, que sepan el Código. Yo me acuerdo, hace mucho, cuando todavía era alumno fijese, teníamos un profesor que nos daba todos los conceptos y la teoría, pero no te decía los artículos del Código, no te los decía, y yo me quedaba siempre con una sensación amarga, como incompleto...*

- Usted, presumo, asigna alguna bibliografía básica a los estudiantes, ¿no es cierto?
- *Sí, claro.*
- ¿Con qué criterio selecciona esa bibliografía?
- *Siempre trato de recomendarles bibliografía que sea introductoria, que no les resulte demasiado difícil, ¿vivo? Por ejemplo, los manuales, los clásicos de la materia, que tienen una explicación de los contenidos mínimos de esta rama del Derecho. Y que esté actualizada, claro. Pero lo importante es que el alumno pueda entender la totalidad de la materia. Yo no voy a andar dándoles artículos complejos, o muy refinados, ¿no?, sobre las teorías alemanas y francesas... porque si después el chico viene y me habla de eso, pero no me puede dar un concepto básico de que es un contrato y cuáles son sus características, estamos girando en el aire, no sirve para nada. Porque la cabeza del alumno es como un disquete, ¿vivo?, uno sólo puede meter ahí una cantidad limitada de información durante el cursado, y es mejor que lo que entre entonces sea un conocimiento básico de todos los temas, más que una cosa profunda sobre una determinada cuestión, que deja rengas todas las otras.*
- Usted ha mencionado ya en un par de ocasiones el tema del examen. De hecho, durante la clase misma, hace un rato, se discutió brevemente sobre el tema. ¿Qué evalúa de sus alumnos en los exámenes?
- *Lo que yo evalúo es la capacidad de razonar. Eso es muy importante para mí. Usted puede venir y repetirme de memoria todo lo que usted quiera, pero si usted no sabe razonar, vincular unos conocimientos con otros, unos temas con otros, usted no ha entendido de verdad la materia. Si a mí viene un chico a la mesa y me muestra que, aunque no se acuerda, por ejemplo, de algún carácter de alguna institución, es sin embargo capaz de deducirlo correctamente por su cuenta, eso, mire, a mí ya me dan ganas de aprobarlo ahí nomás y terminar el examen... ¿me entiende?*
- Creo que sí... Le hago las últimas dos. ¿Cree que tiene alguna asignatura pendiente, algo que todavía quisiera cambiar de su práctica docente?
- *Mire... A mis años, cuentas pendientes... Yo diría que no, que estoy conforme con lo que hago, con lo que he hecho siempre. Siempre he venido a mis clases, siempre he tratado de ser útil para los alumnos, de transmitirles el conocimiento del Derecho con responsabilidad. Yo a esto me lo tomo como un trabajo, ¿eh?, esto es un trabajo, es un servicio que nosotros le prestamos a la comunidad. Y esa es una responsabilidad muy grande. Por eso le decía que yo no creo en eso de que para ascender hay que irse a enseñar a los posgrados o a otras universidades. No, hay que seguir formando a los alumnos del grado, no hay que olvidarse de que para eso estamos acá. Yo siempre he pensado así, y estoy contento con eso.*
- ¿Qué imagen le gustaría que sus alumnos se lleven de usted?
- *Yo quisiera que piensen en mí como alguien que les enseñó algo, alguien que les hizo conocer algo que no sabían. Que lo que uno vino a hacer se capitalice, ¿no? Que a medida que avancen en la carrera lleven con ellos las cosas que yo les enseñé. Ese sería el mejor recuerdo de mí.*

Terminadas “las preguntas”, caminamos juntos un par de cuadras, alejándonos de la Facultad. Conversamos amenamente sobre temas dispersos, sin apuro, hasta despedirnos, un buen rato después. D. insiste sobre los problemas de la enseñanza de posgrado, y sobre el compromiso con la enseñanza de grado. También insiste en su crítica a los profesores titulares que no cumplen con la asistencia a clases, que están “ausentes”. No puedo evitar notar que este hombre, a su manera, siente una real pasión por enseñar.

IV. Las prácticas del aula frente al discurso pedagógico: disonancias

Una observación de un espacio y una entrevista no pueden garantizar ningún tipo de aserción que exceda lo situado: la referencia a *esta* observación y a *esta* entrevista. Pero sí permiten realizar una comparación entre lo encontrado por vía de ambas indagaciones. Eso es lo que me propongo hacer, brevemente, en este parágrafo. Lo haré focalizándome en dos puntos.

Aprendizaje memorístico y capacidad de razonar. El docente D. parece hacer una bandera de contrarrestar el hábito de la enseñanza y aprendizaje “de memoria”. En clase ha dicho explícitamente que esa vía es inútil. Luego, en la entrevista, ha manifestado lo mismo, con motivo de presentar sus prioridades al momento de tomar exámenes.

Pero, ¿qué significa para él que sea “inútil”? De acuerdo a sus dichos, parecería que la inutilidad se refleja en dos características. La primera es que *la memoria es frágil*. Por ello, todo lo que un alumno puede eventualmente expresar mediante la pura mecánica del recuerdo y la repetición, merece la sospecha de que será olvidado al poco tiempo. Así como la mayoría de los alumnos del aula que observé había olvidado lo explicado en clases anteriores (incluso tan recientes como “la semana pasada”), también lo que digan en el examen será sospechoso de rápido olvido. La segunda es que *la memoria no garantiza comprensión*. Alguien puede repetir un texto de memoria (la chica del artículo 1198, en la anécdota del docente), pero no ser capaz de entender su sentido.

Ambas características del rechazo de la memoria por inútil – perfectamente plausibles por cierto – se encuentran en tensión con las propias prácticas del aula que pude observar. En el caso de la primera (la memoria como frágil), el problema es que durante todo el desarrollo de la clase las preguntas apuntaron al recuerdo de lo dicho por el docente en clases anteriores, y los rendimientos de los alumnos fueron juzgados de acuerdo a su capacidad o no de evocar los recuerdos correspondientes (recordar el “*mal, mal, mal, mal, bien*”). Estos pedidos llegaron incluso a consignar números de artículos del Código (“*¿mil ochocientos...?*”), contenido típicamente sindicado de “inútil” para recordar, por quienes rechazan la memorización invocando razones de fragilidad. De manera que en ningún caso la práctica pedagógica del docente D. se apartó del requerimiento de memoria de sus alumnos, sino que – a pesar de haberlo rechazado verbalmente – lo rubricó.

Esto nos lleva al rechazo de la segunda característica de la inutilidad (la memoria como incompreensión). Porque es cierto que no todas las preguntas del docente D. apuntaban a

números de artículos, sino que también involucraban cuestiones sustantivas más relevantes (por ejemplo, la vigencia de una norma). Ahora bien, si el modo de abordar esas cuestiones remite al recuerdo de lo dicho en clases pasadas, lo que está pidiéndose es la reproducción de un razonamiento ya realizado... ¡por el propio docente! Nada hay en la reproducción de los contenidos sustantivos enseñados en clase que garantice el *entendimiento* de lo que se está diciendo. Y sin embargo, el docente se detiene allí: no indaga en el proceso argumentativo que conduce a los alumnos que sí recuerdan lo dicho a decirlo en voz alta. Simplemente recibe la evocación correcta con un “bien”. Quien puede repetir lo dicho en clases anteriores de forma precisa obtiene la aprobación del docente.

Creo que estas contradicciones se sustentan en un encuadre equívoco de la distinción entre aprendizaje memorístico y capacidad de razonar. Esa distinción no se juega en el contenido de los discursos como el docente cree (de allí su asociación a la repetición de “las palabras de la ley”) sino en el procedimiento de invocación de esos contenidos. Si lo que se reproducen son cuestiones sustantivas, pero no por vía de la propia comprensión, sino porque así fueron dichas por el docente, la comprensión sigue tan ausente como en la repetición mecánica de las palabras de la ley. O dicho con otras palabras: la única comprensión que sigue en pie es la del propio docente, que monopoliza la mentada “capacidad de razonar”, que luego supuestamente exige de sus pupilos.

Pensamiento crítico. Al ser interrogado sobre la importancia del pensamiento crítico de los alumnos en el proceso de aprendizaje, el docente D. ha dado una respuesta muy favorable. Incluso ha ido más lejos de lo habitual, ya que ha dado a entender que cree que la mayoría de los alumnos efectivamente lo tiene, y más aún, que es correcto que lo exprese aún en estas instancias (intermedias) del tránsito por la carrera, lo cual se opone a una actitud muy difundida que – con el mismo esquema de lo que los economistas llaman “efecto derrame” – considera que los alumnos tienen primero la necesidad de “aprender” las materias, para *luego* poder criticarlas “con fundamento”.

En la entrevista hemos visto que el docente piensa que la escasez de instancias donde aflore el pensamiento crítico se debe mayormente al temor que se tiene de estar equivocándose frente al docente. En ese sentido, su afirmación – cuando se le pregunta por su principal estrategia pedagógica – de que lo que intenta es “*acortar la distancia con los alumnos*” y hacer “*que se sientan cómodos*” parece apuntar directamente a facilitar el aumento de aquellas instancias. Sin embargo, resulta curioso que cuando se le pide que explicite qué es lo que él entiende por “pensamiento crítico”, ofrece el ejemplo del alumno que, en la clase observada, planteó el interrogante sobre la evasión impositiva por vía de los alquileres escalonados. Es curioso porque el docente no *le brindó ninguna relevancia en clase a esa intervención*. De hecho, lo que hizo fue expulsarla del ámbito del temario relevante para la clase, afirmando que era una cuestión *de política (fiscal)*, y no *de Derecho*.

Esta disonancia es muy significativa, porque exhibe cómo otro de los presupuestos más arraigados del campo jurídico, la distinción entre Derecho y política, comienza a

construirse desde las tempranas aulas de la Facultad. Lo que allí se exige *tácitamente* a los alumnos para poder realizar una intervención que merezca el interés del docente y su incorporación a la discusión de la clase, es que la observación sea técnica, es decir, “de Derecho”. Pero no sólo eso: además debe corresponder específicamente a *la rama* del Derecho que se está estudiando (por ejemplo, Contratos). De esta manera, las únicas consideraciones que serán juzgadas relevantes serán aquellas que exhiben la capacidad de haber comprendido y criticado la rama del Derecho que se está estudiando en sus propios términos técnicos, sin invocar términos de “otras materias”⁴⁰, ni mucho menos consideraciones de otras disciplinas (sociología, ciencia política, historia, filosofía, economía, antropología). ¿Pero qué probabilidades hay de que el alumno pueda plantear una “crítica” con esas restricciones, *cuando se presupone – por estar tomando el curso – que ignora la materia y que está recién familiarizándose con ella?* Eventualmente, esto conduce a que lo único que pueda decirse en clase para recibir la aprobación del docente es – como vimos – lo que éste ya dijo sobre una materia que, en el aula, sólo él *conoce*⁴¹.

V. Reflexividades en el campo de la enseñanza del Derecho

En esta parte final del trabajo quisiera abordar el propio trabajo *como tema*. Es decir, volver brevemente sobre los dos ejercicios etnográficos antes presentados y utilizarlos como insumos para el análisis ⁴².

Esta propuesta se funda en uno de los conceptos claves del saber etnográfico: la *reflexividad*. La idea de reflexividad surge a partir de la inquietud por la *objetividad* de los registros etnográficos. La objetividad parece presupuesta en la manera habitual de hablar de los “estudios de campo”, donde el “campo” se postula como una realidad

40. Es llamativo que el docente D., tan presto a afirmar en la entrevista que “*el Derecho civil es uno solo*” (lo que implica entender la unidad entre temas tan “distintos” como las personas, las obligaciones, los contratos, la propiedad, la familia y las sucesiones) deseché como cuestión de “*política fiscal*” el análisis sobre la funcionalidad económica de un subgrupo de cláusulas contractuales.

41. Esto se fortalece aún más con la recreación del ideario del abogado profesional que el docente D. valora como positivo incorporar al proceso de enseñanza (recuérdese lo dicho en la entrevista, sobre el enorme aporte de la experiencia como abogado litigante para la enseñanza del Derecho, a través del “anclaje” del conocimiento y la ejemplificación a través de “casos reales”), en un típico caso en el que la enseñanza se ve más como un apéndice de la práctica profesional (desde la que se traslada el conocimiento hacia las aulas), que como una instancia profesional en sí misma, destinada, entre otras cosas, a problematizar y criticar aquella práctica.

42. El propósito de esta sección es habilitar una instancia en la que el trabajo “se mire a sí mismo”. Es, si se quiere, una puesta en acto de la noción de reflexividad (a la que enseguida me referiré). Me gustaría que al acto de presentar la reflexión y la crítica del autor sobre su trabajo en el cuerpo mismo de ese trabajo (en vez de – allí donde se pudiera – sencillamente “corregir” lo que se considera mal hecho) contribuyera a: (a) desestabilizar la idea de “autor” –¿hasta dónde es el mismo sujeto el que observa, el que organiza sus notas de campo, el que las transforma en una narración, el que reflexiona sobre ella? –; y (b) socavar el mandato académico de que el trabajo o ensayo sea un texto “acabado”, que hable con una voz coherente, segura, definitiva; en cambio, apuesto por exhibir y no reprimir la dinámica experimental de las ideas, su riqueza fluctuante, tentativa, inestable.

preexistente al trabajo del etnógrafo. Sin embargo, tal como señala Atkinson, “el ‘campo’ no es una entidad ‘allá afuera’ esperando el descubrimiento y la exploración del intrépido investigador. El campo no es meramente reportado en los escritos de campo: es constituido por nuestra escritura y nuestra lectura”⁴³. Esa constitución exógena del campo es triple: primero, el campo es constituido por lo que el etnógrafo *observa* (aquello que decide – o logra – incorporar, y aquello que decide – o debe – desechar, en términos de materiales observacionales e interacciones con agentes del campo, ya que los límites del campo no se encuentran preconstituidos); segundo, el campo es constituido por lo que el etnógrafo *escribe* (el modo en que organiza los datos y los narra, que es altamente variable, pudiendo comunicar muy diversos sentidos según el modo de narración adoptado); tercero, el campo es constituido por lo que el/la lector/a *leen* (todas sus interpretaciones y contextualizaciones, incontables a priori, y ciertamente estimuladas por la apertura de la narrativa etnográfica)⁴⁴. *Observación – escritura – lectura* conforman una tríada en la que habita la fluctuante “realidad” del campo.

La noción de reflexividad se pone en juego, justamente, cuando asumimos que es imposible pensar en un registro de datos aislados o “no contaminados” por la subjetividad del investigador. Nos guste o no, “hacemos parte del mundo que estamos estudiando”⁴⁵, y por lo tanto, toda observación que realicemos será siempre *observación participante*, lo que “implica participar en el mundo social, cualquiera que sea su papel, y reflexionar sobre los efectos de esa participación”⁴⁶. Así, la propia posición y producción del investigador se incorpora a las negociaciones de sentido implicadas en la etnografía.

Reflexividad del investigador y el profesor I: la clase

La lectora habrá advertido que la “descripción” de una clase de Contratos que se encuentra en la sección II contiene en diversos pasajes consideraciones que no sólo son “subjetivas” en razón del inevitable “recorte” que todo supuesto “registro” implica, sino en un sentido más fuerte: se trata de consideraciones generales o encuadres conceptuales que se entremezclan por momentos con el desarrollo más “distante” o desapegado de la descripción. (Ejemplos de esto en el texto son las consideraciones sobre: a- la analogía entre el dispositivo del aula y el dispositivo teatral; b- las estrategias de construcción de pasividad en los alumnos; c- la transmisión implícita del formalismo; d- la posición del examen como centro gravitacional del cursado).

Una primera reacción frente a esto es afirmar que no he respetado el mandato objetivista, y que he dejado que mi mirada evaluativa interrumpa el flujo aséptico del registro. Esto podría ser sostenido incluso por alguien que estuviera persuadida de la imposibilidad (o aún,

43. Paul Atkinson, *Understanding Ethnographic Texts*, Sage Publications, Qualitative Research Methods, Volume 25, ps. 8-9.

44. Ver Paul Atkinson, *Understanding Ethnographic Texts*, ps. 9 y ss.

45. Martín Hammersley y Paul Atkinson, *Etnografía. Métodos de Investigación*, p. 40.

46. Martín Hammersley y Paul Atkinson, *Etnografía. Métodos de Investigación*, p. 31.

de la vacuidad) de las pretensiones objetivistas, considerando que ello no debería llegar al extremo de implicar una intromisión demasiado abrupta de la mirada evaluativa personal sobre la situación observada (la crítica, en esta variante, apuntaría a una cuestión de “grado”).

En mi opinión, una vez que uno asume la perspectiva de la reflexividad, la preocupación por mantener impoluto el registro es, como mínimo, artificiosa: si yo la adoptara, estaría proyectando la idea de que *en todo aquello en lo que no explicité el carácter personal de mi mirada* habría una mera constatación de acontecimientos, distante y pura, lo que sería a la vez auto-celebratorio y falso, de acuerdo con las razones más arriba esgrimidas. Las consideraciones generales o encuadres conceptuales fueron incluidos intencionalmente en el texto, sobre la premisa de que nunca miramos un espacio sin al mismo tiempo experimentar reacciones, intuiciones o aún pensamientos sobre lo que miramos. Explicitar las ocasiones en las que esas reacciones, intuiciones o pensamientos acaparan nuestra mente mientras registramos acontecimientos es parte importante de la construcción reflexiva del registro. Por lo tanto, la inclusión de mis “pensamientos” como parte de la “descripción” debe ser tomada como una estrategia para hacer más completo y veraz el registro, haciendo notar las impresiones que los acontecimientos iban sugiriéndome mientras los observaba, las que a su vez, dialécticamente, iban reconfigurando mi mirada al seguir observándolos. No tienen ni reclaman ningún tipo de “validez” por fuera de su contexto inmediato de aparición. Registran lo que me iba pasando *a mí* como observador mientras observaba, dimensión que, si la escondiera, distorsionaría (paradójicamente) el cuadro y dificultaría la labor de la lectora que justiprecia su valor.

No obstante lo anterior, no deja de ser importante atender a las disposiciones y los prejuicios con los que uno se acerca al espacio que va a observar. En mi caso, el interés por la educación jurídica como problema surge de un profundo descontento con las prácticas que me tocó vivir como alumno, y luego ver como docente (incluidas las mías propias). La literatura crítica sobre la educación jurídica me atrapó desde un principio y continúa fascinándome; me reconozco un consumidor asiduo y entusiasta de la misma. Creo, efectivamente, que en las aulas de las Facultades de Derecho se hace mucho más que “transmitir conocimientos” sobre Códigos y Leyes y doctrina y jurisprudencia. Más bien se reproducen y cristalizan relaciones de poder íntimamente vinculadas con las estructuras de la desigualdad social, formateando con tremenda eficacia a los estudiantes en un “modelo de abogado” desentendido de los problemas sociales, del pensamiento crítico, de la dimensión política de su trabajo, de la vinculación entre el uso de sus herramientas técnicas y los destinos de las instituciones y grupos sociales en general. El único lugar que todos los abogados comparten (más allá del variopinto menú de tareas profesionales que su título habilita) es la Facultad de Derecho, y es allí donde se juega la uniformación y reproducción de ese modelo abogadil con las indeseables características antes mencionadas⁴⁷. Personalmente, junto a un grupo de amigos/as santafecinos/as, he incurrido incluso en la redacción,

47. Ver al respecto Martín F. Böhmer (comp.), *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía*, Barcelona, Gedisa, 1999, Introducción.

publicación y defensa pública de algunos trabajos críticos donde se desarrollan con mayor amplitud estas ideas.

Cuando fui a observar la clase de Derecho Civil III no pude evitar que todo ese bagaje dirigiera mis ojos. En mí se entrecruzaban no sólo dos, sino las tres reflexividades que distingue Rosana Guber⁴⁸: mi *reflexividad como miembro de una cultura* (las determinaciones más generales compartidas con los muchos miembros cercanos a mi posición en el campo social), mi *reflexividad como investigador* (con un pasado crítico situado respecto del asunto pedagógico) y mi *reflexividad como docente y estudiante* (es decir, como partícipe activo de la comunidad misma que iba a observar⁴⁹). Difícil de compaginar, aunque no imposible.

Yo no lo logré. Quisiera ahora reflexionar sobre el porqué de este fracaso, enfocando algunos de mis errores, como oportunidades para una mejor comprensión del espacio del aula.

En primer lugar, llegué al campo demasiado alerta al tipo de disfuncionalidades que mis lecturas críticas anteriores me predisponían a detectar. Las ideas de la clase que sólo comienza cuando el docente llega, la analogía teatral, los dispositivos para construir pasividad, la ubicación de los cuerpos, etc., pueden ser referencias con algún interés, pero su detección fue hecha al costo de orientar la mirada hacia aspectos vinculados con relaciones de poder o con la construcción de una cultura jurídica formalista, a-política y memorista, en detrimento de lo que podría haber “visto” de haber ejercitado un mayor “des-aprendizaje” de mis ideas⁵⁰.

Además, el hecho mismo de detectarlas como “problemas” o rasgos oscuros, ocultos, que merecían destacarse en tanto partes de un sistema educativo orientado (estructuralmente, no intencionalmente) a generar ciertos efectos a mi juicio indeseables, evidencia una toma de postura sólo viable por una asimétrica reflexión respecto de mis propios objetivos como investigador, en comparación con el acontecimiento de la clase.

En segundo lugar, las lecturas que precedieron mi llegada al campo están principalmente orientadas a la crítica de la función docente, y así también lo estuvo mi descripción. Mi mirada se dirigió principalmente al conductor formal de la clase, y sólo en menor medida

48. Ver Rosana Guber, *La Etnografía. Método, Campo y Reflexividad*, Grupo Editorial Norma, p. 49.

49. Rasgo de la “observación-participante” como instrumento metodológico por excelencia de la etnografía, que pude, al menos parcialmente, configurar en virtud de mi situación antecedente en la Facultad de Derecho, algo que de otro modo hubiera sido imposible de alcanzar en un ejercicio de investigación breve y sin “período de acondicionamiento” como los realizados durante el curso.

50. Ahora ya no podré saberlo. No puedo saber “lo que me perdí”, porque el acontecimiento de la descripción es también el acontecimiento de la construcción de un discurso de saber, que “contiene en sí mismo lo que describe” (Markus Schlecker y Eric Hirsch, “Incomplete Knowledge: ethnography and the crisis of context in studies of media, science and technology”, *History of the Human Sciences*, Vol. 14, N°1, 2001, p. 80).

a los alumnos. Incorporar la reflexividad de los alumnos, su modo de otorgarle sentido a la práctica de asistir a clase, hubiera sido interesante, aportando un relato más complejo y matizado sobre los acontecimientos del aula⁵¹.

En tercer lugar, el posicionamiento crítico simpatiza con una mirada “ajena” respecto del docente (el caso de los jueces es similar), como un sujeto que no tiene excusas: “si hace lo que hace, es porque lo quiere”. Mi propia condición de docente debería prevenirme de adoptar esa posición. En los ejercicios de campo realizados me propuse mantenerme alerta al respecto, pero creo que no advertí (acaso por pereza) que al “comprar” ciertos lugares comunes del discurso crítico, también estaba comprando la visión de “ajenidad” sobre ciertos Otros “poderosos” que este discurso suele presuponer.

El modo en que el docente D. semantiza su acción de dar clases de Derecho Civil III está limitado por una estructura y una tradición, por un *habitus*⁵² que – en cuanto tal – él no necesita visibilizar, habiéndolo incorporado a su cuerpo y pensamientos⁵³. La entrevista realizada aporta algunos indicios significativos al respecto, pero aún hay mucho para indagar. Estas estructuras tradicionales invisibles, así como las disposiciones sedimentadas de los alumnos en su respuesta a los estímulos educativos, atan la función docente a una serie de restricciones que erosionan la cómoda plausibilidad de su visión como “agente del mal”⁵⁴.

51. Supongo que la prevaleciente atención al docente se ve favorecida por al menos dos razones/sensaciones: a) existe una tradición de discurso crítico más fácilmente aplicable a la autoridad que “ejerce” poder que a la masa que supuestamente “lo padece”; y b) es más controlable: se trata de una sola persona; los alumnos, en cambio, son decenas, y la investigación amenaza con “irse de las manos”, requiriendo mayor tiempo y esfuerzo, y aún así, casi condenada a lo idiosincrásico.

52. La noción de *habitus* refiere a “sistemas de disposiciones duraderas y transferibles, estructuras estructuradas predispuestas a funcionar como estructuras estructurantes..., como principios generadores y organizadores de prácticas y de representaciones que pueden ser objetivamente adaptadas a su meta sin suponer el propósito consciente de ciertos fines ni el dominio expreso de las operaciones necesarias para alcanzarlos, objetivamente ‘reguladas’ y ‘regulares’ sin ser para nada el producto de la obediencia a determinadas reglas y, por todo ello, colectivamente orquestadas sin ser el producto de la acción organizadora de un director de orquesta” (Pierre Bourdieu, *El Sentido Práctico*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2007, ps. 86 y ss.). Esta noción de *habitus* sirve “para explicar que, sin ser racionales, los agentes sociales sean razonables [...] La gente no está loca, es mucho menos excéntrica o ilusa de lo que espontáneamente creeríamos precisamente porque ha internalizado, mediante un proceso de condicionamiento múltiple y prolongado, las oportunidades objetivas que enfrenta. Las personas saben como ‘leer’ el futuro que les cuadra, hecho para ellos y para el cual están hechos (por contraposición con todo lo que designa la expresión ‘no es para gente como nosotros’), por medio de anticipaciones prácticas que captan, en la superficie misma del presente, lo que se impone incuestionablemente como aquello que ‘debe’ ser hecho o dicho (y que será visto retrospectivamente como lo ‘único’ que era posible hacer o decir)” (Pierre Bourdieu y Loïc Wacquant, *Una Invitación a la Sociología Reflexiva*, p. 170).

53. Ver Pierre Bourdieu, *El Sentido Práctico*, caps. 3 y 5.

54. Dice Moreira: “En realidad, ver el Derecho con una función exclusiva (hegemonía-disciplinamiento-control) resulta una ingenua y cómoda simplificación para eliminar un sistema de percepciones sociales, de instituciones y de relaciones sociales cuya complejidad obliga a una exploración diferente” (Manuel Moreira, *La Cultura Jurídica Guaraní*, EA y CEDEAD, p. 44). Y agrega: “El *reduccionismo* como actitud científica empobrece el análisis, porque prematuramente ablaciona un elemento cultural importante para explicar lo observado, y en otros casos lo examina desde una posición adversa que solamente ve las cualidades negativas...” (Ibid., ps. 44-5. Énfasis en el original).

En cuarto lugar, no estoy seguro de haber apreciado enteramente mi influencia sobre los actores del campo. Por un lado, estoy bastante cierto respecto de que los alumnos no me conocían, y que pasé inadvertido para ellos. Ahora bien, respecto del docente, ya no estoy tan seguro⁵⁵. Durante distintos momentos de la clase, aunque fugazmente, pude advertir que fijaba su mirada en mí – lo cual era facilitado por el hecho de que (como anoté oportunamente) el resto de los alumnos no lo observaban. Era claro que sabía que yo no formaba parte del elenco estable de los asistentes a sus clases (esto es inferible del hecho, también anotado, de que identificaba a los alumnos por su nombre). Más aún, si bien no nos conocíamos personalmente con anterioridad, sí hemos “compartido” (grandes comillas) espacios en Jornadas y Congresos de Derecho y hasta hemos cruzado impersonales saludos en los pasillos (el tipo de saludos, claro, que los docentes con mucha trayectoria deparan “preventivamente” a los jóvenes que se topan con ellos, posibles alumnos entre los muchos del pasado, a quienes no cuesta nada fingir que se recuerda). ¿Quién sería yo para él? ¿Me recordaría, aún si vagamente? Es temerario suponer que podría haber tenido alguna intuición de que yo estaba haciendo lo que estaba haciendo (una observación etnográfica de su clase). Pero existe la posibilidad de que tampoco haya considerado plausible la hipótesis obvia: que yo era un estudiante de grado que iba a rendir su materia como alumno “libre”, y que, según la práctica habitual, estaba asistiendo a su clase para conocer el estilo de sus enseñanzas, como parte de la preparación para el examen. Esto debería, al menos, precaverme sobre la “espontaneidad” de lo observado, sobre lo cual la pendencia de mi mirada intrusa, externa, en la mirada del docente, puede haber gravitado. Lo interesante aquí no es tanto la posible “polución” del campo (pues de hecho, como ya dijimos, toda etnografía es una construcción en la que el etnógrafo está inexorablemente implicado), sino más bien una apertura a la reflexión sobre *el sentido* de mi presencia en la clase para el docente.

Reflexividad del investigador y el profesor II: la entrevista

La entrevista que realicé con el docente D. de Derecho Civil III, ¿perteneció a una etapa de *reconocimiento* de las preguntas relevantes, o bien a una etapa de *focalización* o *profundización*?

55. Gustavo Maurino me ha llamado la atención sobre la *facilidad* de mi aparición en el aula, sobre el hecho de que a nadie (ni docente, ni alumnos/as) parece haberle sorprendido que un extraño de repente tome asiento junto a ellos/as (al fin y al cabo, ¿no estaba yo en la misma situación “formal” del joven al que le impidieron ingresar al aula por no contar con “autorización” del Consejo Directivo?). Es significativo que, hasta el acertado señalamiento de Gustavo, yo no haya siquiera considerado esa circunstancia, para incorporarla a la reflexión. Supongo que ello revela que he naturalizado el modo de relación (im)personal que se admite en los espacios de las universidades públicas masivas, que de por sí merecería una investigación que, me temo, no estoy en condiciones de afrontar. Al mismo tiempo, intuyo que si hubiera atisbado algún tipo de interrupción o intervención oral durante la clase, también yo hubiera sido invitado a presentar mis credenciales personales (aunque no una autorización). La “autorización” apunta a la realización de una actividad especial en clase – como pedir dinero –, no a “asistir” a ella. La asistencia a clase es libre (lo que no significa que esté libre de prejuicios de clase, claro). Aprovechando, entonces, ese carácter abierto del aula en las universidades nacionales, opté por diluirme lo más posible entre el público, por ensayar un silencio anónimo que me permitiera acercarme al menos a “acontecimientos promedio” del aula, a una clase “como cualquier otra”.

Es difícil determinarlo. Por un lado, podría decir que perteneció a una etapa de focalización, considerando que ya traía lecturas, conversaciones, reflexiones, entrevistas y alguna producción sobre el tema. Pero por otro lado, nunca antes me había acercado al campo de la educación jurídica con alguna pretensión etnográfica. Desde este punto de vista, todavía (en el mejor de los casos) me encuentro en un período de definición de las líneas relevantes para indagar, y en ese sentido la entrevista puede haber sido aproximativa.

Tal como señala Guber, a pesar de la enorme variabilidad de las entrevistas posibles, algunos puntos nodales reaparecen en cualquiera de ellas: el tema, los términos de la conversación, el lugar y la duración. Estos puntos pueden resumirse bajo las ideas más generales de *contexto* y *ritmo* de la entrevista⁵⁶. Aquí – para no exceder los límites del trabajo – quisiera centrarme en la cuestión del contexto.

El *contexto amplio* de mi entrevista marca una relación entre sujetos de clases sociales similares, con formación académica, habituados a un lenguaje técnico-jurídico. Existe cierta extrañeza, sin embargo, en la realización de una entrevista a un docente. No es una actividad a la que estén acostumbrados, y menos aún cuando el tema es la propia práctica de la docencia.

El *contexto restringido* marca una relación entre sujetos docentes, pertenecientes a la misma Facultad, aunque bajo una implícita asimetría determinada por la edad (una variable que en contextos tradicionalistas como aquel tiene mucha relevancia), que nos atravesaba a ambos⁵⁷.

¿Cómo habrá conceptualizado la entrevista el profesor? No podría saberlo con certeza. D. se mostró desde un principio muy afable, sin apuros, interesado genuinamente en la entrevista⁵⁸. El clima fue ameno (yo intenté fomentar eso, lo desestructurado), pero la presencia de mis instrumentos de registro y mis actitudes “de entrevistador” pudieron

56. Ver Rosana Guber, *La Etnografía. Método, campo y reflexividad*, ps. 96 y ss.

57. Esta asimetría contrarrestaba otra, más habitual, que es la que el entrevistador construye respecto del entrevistado. Tal como señala Sarat, el propósito de las técnicas de observación y entrevista “es, por una parte, tratar de garantizar la precisión y confiabilidad de las observaciones, y por otra, al igual que otros métodos que utiliza la sociología, conceder autoridad a los sociólogos y sus descripciones” (Austin Sarat, “‘El derecho está en todas partes’: el poder, la resistencia y la conciencia jurídica de los pobres que viven de la asistencia social”, en Mauricio García Villegas (ed.), *Sociología Jurídica. Teoría y sociología del derecho en Estados Unidos*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, p. 225).

58. Vale recordar aquí las consideraciones de Auyero: “[...] en gran medida el secreto de la buena etnografía es el respeto acordado a los otros y el deseo de aprender de las vidas de los demás. Me parece que las principales razones por las que los sujetos deciden abrirse [...] a extraños tienen que ver con sus propias expectativas y sus esperanzas sobre nuestro trabajo. Debemos dar cuenta de los usos que los manifestantes hacen de la etnografía y del etnógrafo no sólo para comprender mejor nuestro lugar en el campo (una preocupación que parece algo así como una obsesión narcisista en estos tiempos), sino porque inciden en el proceso mediante el cual construimos el objeto de investigación” (Javier Auyero, “Etnografía y Reconocimiento”, Conclusión de su libro *Vidas Beligerantes*, Universidad Nacional de Quilmes, Buenos Aires, 2004, p. 268).

generar, indudablemente, una distancia en la apertura del sujeto informante. Si bien, como se aprecia en las secciones II y III, hubo una considerable continuidad discursiva entre *lo dicho* en el aula y *lo dicho* en la entrevista (ver, por ejemplo, lo relativo a la valoración de la “capacidad de razonar”, o la crítica del aprendizaje memorístico), resulta claro que emergieron drásticas asimetrías entre el contenido de esos discursos y las efectivas prácticas que minutos atrás había podido observar al interior del aula, lo cual rubrica la sospecha de que en nuestro diálogo medió un cierto grado de racionalización.

De todos modos, lo más probable es que para él la entrevista haya sido un trámite, un poco excéntrico, pero inofensivo, que además le permitía hablar de sí mismo (algo que a la mayoría nos gusta hacer) en un momento posterior a una clase por la que ya, de todos modos, se había desplazado hasta la Facultad de Derecho.

¿Qué significó para mí esta entrevista? No fue la primera⁵⁹, y por lo tanto las dimensiones de nerviosismo, extrañeza y asombro general estaban bastante apagadas. Creo que, sustancialmente, implicó una oportunidad de observarme a mí mismo como investigador, en todo mi epistemocentrismo (Bourdieu), de una manera que no lo había hecho en las anteriores experiencias. Mencionaré sólo un punto al respecto, entre varios posibles.

Recuperando diferidamente la experiencia, me llamó la atención mi sensación de alegría ante las veces en que el docente decía cosas con las que estaba en desacuerdo (y respecto de las que conocía el repertorio de argumentos “refutadores”). La alegría tenía que ver con la tranquilidad de que “el espantapájaros existía”, es decir, que los estereotipos y las generalizaciones apresuradas de mi pensamiento previo sobre la enseñanza del Derecho no estaban infundados, sino que había gente que “realmente” pensaba y hacía “eso”, y por lo tanto, que mi eventual trabajo de lectura crítica no estaba girando en el aire sino asediando a seres concretos. Este narcisismo académico me obtuvo de considerar en qué medida mis preguntas indujeron las respuestas que quería escuchar, lo mismo que el ritmo y el tono que intenté inyectar a la interacción (y por qué no, la elección de *este* docente – antiguo, tradicionalista, civilista – para el ejercicio etnográfico).

Se hace necesario lidiar de otro modo con la angustia de tener “un tema” para la investigación. Buscar los estereotipos confirmadores de nuestras intuiciones anteriores

59. Respecto a la educación jurídica, ya había realizado entrevistas semi-estructuradas con alumnos de la Práctica Profesional Final de la carrera de abogacía en la Universidad Nacional del Litoral (junto a Rafael Colombo, Violeta Cánaves, Federico Crisalle y Nicolás Ibarra). Por fuera de esta problemática, en el marco de una beca de investigación que me ocupó en el período 2007-2008, había realizado entrevistas con todos/as los/as jueces/zas de Cámara de la ciudad de Santa Fe, sobre diversos aspectos de su trayectoria y de la función judicial, en pos de generar información cualitativa actualizada sobre un ámbito tradicionalmente opaco como el de los Tribunales, y utilizarlos – en mi caso – como insumos para un trabajo crítico sobre la teoría de la argumentación jurídica y la decisión judicial (el Informe Final lleva por título “*La Argumentación Jurídica como Trabajo Estratégico. Lineamientos de un Modelo Alternativo*”, y se encuentra convenientemente abandonado a la “crítica roedora” – según la ácida expresión de Marx – de algún estante en alguna oficina administrativa que desconozco).

puede tener cierto rédito en el plan de fundamentar alguna intervención académico-política, pero limita claramente el alcance de nuestra curiosidad epistémica⁶⁰.

La reflexividad ausente: el pasaje del campo al texto

Para terminar quisiera interrogarme por los límites de la reflexividad del etnógrafo.

Afirmamos que el investigador etnográfico debe intentar hacerse reflexivo, en la mayor medida posible, respecto de sus creencias, hábitos, costumbres y puntos de vista, no para abandonarlos o cambiarlos, sino para des-naturalizarlos, ponerlos en cuestión, incorporarlos a la negociación de sentidos de su propia investigación/construcción del problema. Pero, ¿qué tanto estamos dispuestos a poner en cuestión? ¿Dónde pone la voz y dónde el silencio el mandato metodológico de la reflexividad?

En su breve relato “El Etnógrafo”⁶¹, Borges plantea mejor que nadie lo que quiero decir. Lo transcribo:

EL ETNOGRAFO

El caso me lo refirieron en Texas, pero había acontecido en otro estado. Cuenta con un solo protagonista, salvo que en toda historia los protagonistas son miles, visibles e invisibles, vivos y muertos. Se llamaba, creo, Fred Murdock. Era alto a la manera americana, ni rubio ni moreno, de perfil de hacha, de muy pocas palabras. Nada singular había en él, ni siquiera esa fingida singularidad que es propia de los jóvenes. Naturalmente respetuoso, no descreía de los libros ni de quienes escriben los libros. Era suya esa edad en que el hombre no sabe aún quién es y está listo para entregarse a lo que le propone el azar: la mística del persa o el desconocido origen del húngaro, las aventuras de la guerra o del álgebra, el puritanismo o la orgía. En la universidad le aconsejaron el estudio de las lenguas indígenas. Hay ritos esotéricos que perduran en ciertas tribus del oeste; su profesor, un hombre entrado en años, le propuso que hiciera su habitación en una toltería,

60. Una específica carencia que es de lamentar en mi entrevista es la no inclusión de una pregunta sobre el suceso del joven al que no le fue permitido ingresar al aula a pedir una contribución monetaria. Esto se relaciona con la *flexibilidad de la etnografía*. En términos de Hammersley y Atkinson, la etnografía “no requiere de un diseño extensivo previo al trabajo de campo, como las encuestas sociales y los experimentos, la estrategia e incluso la orientación de la investigación pueden cambiarse con relativa facilidad, de acuerdo con las necesidades cambiantes requeridas por el proceso de elaboración teórica” (*Etnografía. Métodos de Investigación*, p. 38). Esto no significa que la realización de una entrevista con un agente informante no vaya precedida de preparación. Por el contrario, la fijación de esquemas y líneas de interrogación es habitual y recomendable. Sin embargo, el punto es sostener el volátil equilibrio entre la solidez del cuestionario preconcebido y la fluidez de los estímulos incontrolables del campo. En mi caso, no creo haber logrado sostener suficientemente ese equilibrio en la entrevista. Más bien, el intento de no “improvisar” y esquematizar previamente mis líneas de interrogación prevaleció sobre (y por lo tanto obturó) la necesaria flexibilidad para advertir en el momento la necesidad de tematizar el suceso del joven mendicante. Evidentemente, esto se relaciona con la opción por una modalidad “directiva” en mi entrevista (Ver Rosana Guber, *La etnografía. Método, campo y reflexividad*, ps. 75-85).

61. Jorge Luis Borges, “El Etnógrafo”, en *Obras Completas*, Emecé, Buenos Aires, 1989, ps. 367-68.

que observara los ritos y que descubriera el secreto que los brujos revelan al iniciado. A su vuelta, redactaría una tesis que las autoridades del instituto darían a la imprenta. Murdock aceptó con alacridad. Uno de sus mayores había muerto en las guerras de la frontera; esa antigua discordia de sus estirpes era un vínculo ahora. Previó, sin duda, las dificultades que lo aguardaban; tenía que lograr que los hombres rojos lo aceptaran como a uno de los suyos. Empezó la larga aventura. Más de dos años habitó en la pradera, bajo toldos de cuero o a la intemperie. Se levantaba antes del alba, se acostaba al anochecer, llegó a soñar en un idioma que no era el de sus padres. Acostumbró su paladar a sabores ásperos, se cubrió con ropas extrañas, olvidó los amigos y la ciudad, llegó a pensar de una manera que su lógica rechazaba. Durante los primeros meses de aprendizaje tomaba notas sigilosas, que rompería después, acaso para no despertar la suspicacia de los otros, acaso porque ya no las precisaba. Al término de un plazo prefijado por ciertos ejercicios, de índole moral y de índole física, el sacerdote le ordenó que fuera recordando sus sueños y que se los confiara al clarear el día. Comprobó que en las noches de luna llena soñaba con bisontes. Confió estos sueños repetidos a su maestro; éste acabó por revelar su doctrina secreta. Una mañana, sin haberse despedido de nadie, Murdock se fue.

En la ciudad, sintió la nostalgia de aquellas tardes iniciales de la pradera en que había sentido, hace tiempo, la nostalgia de la ciudad. Se encaminó al despacho del profesor y le dijo que sabía el secreto y que había resuelto no publicarlo.

— ¿Lo ata su juramento? — preguntó el otro.

— No es ésa mi razón — dijo Murdock —. En esas lejanías aprendí algo que no puedo decir.

— ¿Acaso el idioma inglés es insuficiente? — observaría el otro.

— Nada de eso, señor. Ahora que poseo el secreto, podría enunciarlo de cien modos distintos y aun contradictorios. No sé muy bien cómo decirle que el secreto es precioso y que ahora la ciencia, nuestra ciencia, me parece una mera frivolidad.

Agregó al cabo de una pausa:

— El secreto, por lo demás, no vale lo que valen los caminos que me condujeron a él. Esos caminos hay que andarlos.

El profesor le dijo con frialdad:

— Comunicaré su decisión al Concejo. ¿Usted piensa vivir entre los indios?

Murdock le contestó:

— No. Tal vez no vuelva a la pradera. Lo que me enseñaron sus hombres vale para cualquier lugar y para cualquier circunstancia.

Tal fue, en esencia, el diálogo.

Fred se casó, se divorció y es ahora uno de los bibliotecarios de Yale.

El momento clave de este bello relato es el diálogo final. Nótese las reveladoras preguntas del profesor ante la negativa de Murdock. La primera idea que viene a su mente es que Murdock ha hecho un mal manejo, o al menos un manejo excesivo, de la herramienta metodológica del *juramento*, prevista/autorizada sólo para construir confianza con el “informante” (acaso Murdock ha mezclado las cosas, ese viejo pecado de dejar ingresar la emoción en las empresas de la razón...).

Pero nada de eso: no se trata de ningún juramento, dice Murdock. Entonces el profesor, inmerso en el *habitus* académico, dispara su segunda pregunta: “¿Acaso el idioma inglés es insuficiente?”. Ese interrogante apunta claramente al clásico debate sobre la traducción, escenificado, por ejemplo, por los antropólogos Gluckman y Bohannan⁶². Probablemente el secreto de los nativos no encuentra su parangón en el lenguaje científico occidental sin resultar empobrecido. Pero tampoco es eso, contesta Murdock. Él siente que podría decirlo de la manera que quisiera (que podría confeccionar varias tesis distintas en torno al secreto, si quisiera).

El profesor calla. La “reflexividad” de los etnógrafos sobre su trabajo no está preparada para lidiar con esta anomalía. ¿Cuál anomalía? La de considerar que *también* el proyecto mismo de escribir un ensayo o una tesis como resultado del “trabajo” de campo debe entrar en la negociación de sentidos del investigador lanzado al campo. Adviértase que la última pregunta del profesor, cortante, es: ¿Usted piensa vivir entre los indios? Murdock ha violado la *illusio*⁶³ del campo etnográfico, ha cruzado el límite. Ya no puede ser uno de *nosotros*⁶⁴.

En las discusiones habituales sobre la reflexividad etnográfica no suele hacerse presente la posibilidad de poner en cuestión la utilidad o conveniencia misma de “la vuelta” al texto. La traducción textual, la producción de prolijas tesis, parece ser el inconfesable núcleo indisponible del investigador supuestamente “de-construyente”, y late sin ser problematizada durante la experiencia de transformarse transformando⁶⁵ un espacio social determinado con observación participante.

62. Ver Max Gluckman, “Concepts in the Comparative Study of Tribal Law” y Paul Bohannan, “Ethnography and Comparison in Legal Anthropology”, ambos en Laura Nader (ed.), *Law in Culture and Society*, ps. 349-418.

63. “*Illusio*” es el término que Bourdieu utiliza para mentar la presunción incuestionada de los agentes de un campo social respecto del *valor* del juego característico de ese campo, presunción que necesitan reproducir para permanecer en él y no ser considerados “intrusos”, “cínicos” o “traidores”. En palabras de Bourdieu: “La *illusio* es lo opuesto de la ataraxia: es estar concernido, tomado por el juego. Estar interesado es aceptar que lo que ocurre en un juego social dado *importa*, que la cuestión que se disputa en él es importante (otra palabra con la misma raíz que interés) y que *vale la pena* luchar por ella” (Pierre Bourdieu y Loïc Wacquant, *Una Invitación a la Sociología Reflexiva*, p. 156. Énfasis agregado).

64. Resulta interesante leer a esta luz el siguiente pasaje de Malinowski, en el capítulo titulado “La infracción de la ley y el restablecimiento del orden” de su libro *Crimen y Costumbre en la Sociedad Salvaje* (Ariel, Barcelona, 1985): “... puesto que – y aquí nos encontramos con que en esto reside la paradoja de la pasión científica – el estudio sistemático sólo se ocupa de lo milagroso para transformarlo en natural” (p. 87).

65. Dice Guber: “¿Por qué el campo? Porque es aquí donde modelos teóricos, políticos, culturales y sociales confrontan inmediatamente – se advierta o no – con los de los actores. La legitimidad de ‘estar allí’ no proviene de una autoridad del experto ante legos ignorantes, como suele creerse, sino de que sólo ‘estando ahí’ es posible realizar el tránsito de la reflexividad del investigador-miembro de otra sociedad, a la reflexividad de los pobladores. Este tránsito, sin embargo, no es ni progresivo ni secuencial. El investigador sabrá más de sí mismo después de haberse puesto en relación con los pobladores, precisamente porque al principio el investigador sólo sabe pensar, orientarse hacia los demás y formularse preguntas desde sus propios esquemas. Pero en el trabajo de campo, aprende a hacerlo *vis a vis* otros marcos de referencia con los cuales necesariamente se compara” (Rosana Guber, *La Etnografía. Método, campo y reflexividad*, p. 53).

Con esto sólo quiero decir que tal vez habría que moderar las presunciones de la “reflexividad” encomendada por la (anti)ortodoxia metodológica en materia de etnografías: en ella no ingresa la consideración de la vuelta al campo académico. Pues cuando ingresa – como en el caso del relato de Borges – se produce un quiebre. Y ese quiebre es crucial, porque pone la voz en el silencio que sostiene la estructura. Porque revela la férrea estirpe etno y epistemocéntrica de la flexibilidad etnográfica, no dispuesta a perder el control sobre el “trabajo de campo” y habilitar la posibilidad de tornarse fatua.

Los alumnos extranjeros en una Facultad de Derecho y su contribución en la formación de conocimiento jurídico*

Eduardo Isaías Sherling Campos*

“Referiré con toda probidad lo que sucedió; esto me ayudará tal vez a entenderlo. Además, confesar un hecho es dejar de ser el actor para ser un testigo, para ser alguien que lo mira y lo narra y que ya no lo ejecutó.”

Jorge L. Borges; “Guayaquil”,
(*El informe de Brodie*, 1970).

I. Introducción

Me encontraba sentado en uno de los salones de clases a los que en casi año y medio de estadía en “La Argentina”, había acudido como un alumno más. El cristal que dividía el aula del pasillo, los escritorios, las sillas y el pizarrón eran los mismos; las personas que se encontraban en su interior, aunque con diferente rostro, eran las mismas (abogados que acudían a una clase de derecho); aunque en mí había algo distinto. Ahora me encontraba ahí no como otro abogado al que le interesara perfeccionar sus conocimientos en el área del derecho, sino como un investigador que había hecho de su espacio cotidiano su objeto de estudio; de sus colegas (en los que sin duda alguna podía verme reflejado) los sujetos a analizar, y del derecho, uno de los tantos espacios en los que convergían todos estos elementos¹.

* * *

• El presente trabajo es resultado de una investigación realizada en la clase de *Nuevas miradas sobre el derecho: etnografías, instituciones y documentos*, de la Maestría en Derecho de la Universidad de Palermo. El mismo fue realizado bajo la supervisión de las catedráticas Leticia Barrera y Yanina Guthmann; sin embargo, las opiniones (algunas sin duda pretenciosas) y los errores que aparezcan en el mismo deberán imputársele sólo al autor.

* Licenciado en Derecho, Universidad Autónoma de Tamaulipas, México (2007). Alumno de la Maestría en Derecho de la Universidad de Palermo, Buenos Aires, Argentina.

1. Cfr. Ewick, Patricia; y Silvey, Susan S.; *The Common Place of Law. Stories from Everyday Life*; The University of Chicago Press; p. 15. Los autores refieren que existe un lugar común en el que las experiencias e imágenes que percibimos del derecho varían, pues en ocasiones lo concebimos como una fuerza magisterial, remota y trascendente que gobierna todos los asuntos humanos; otras, como una herramienta disponible para ser usada en las disputas con otras personas; aunque la mayoría de las veces, las personas no piensan en el derecho en absoluto. Mi intención aquí no es ubicar mi experiencia en alguna de las descritas anteriormente; sin embargo, como abogado, es indudable que el derecho tiene una incidencia especial en la vida cotidiana que los miembros de otras profesiones no presentan.

Al encontrarme cursando la materia de *Nuevas miradas sobre el derecho: etnografías, instituciones y documentos* en la propia facultad de derecho en la cual curso mis estudios de postgrado, me fue encomendada la práctica de un trabajo de campo realizado mediante el método de la observación participante en un espacio social problematizado. De ese modo elegí realizar mi investigación en una clase de derecho de la propia facultad en la que me encuentro realizando mis estudios, para lo que, en tanto investigador, acudí a realizar mi observación en un aula de clases en la que se impartía la materia de Derecho Penal Empresarial; asimismo fueron realizadas entrevistas etnográficas a algunos alumnos de la materia que hubiera sido elegida para mi investigación; y finalmente fueron esbozadas algunas conclusiones a las que hube arribado después de la práctica de campo.

Pero la incursión en esa nueva área (la práctica etnográfica), aunque hubiese sido de forma breve y momentánea, no solo me permitió poner en práctica las nuevas herramientas que me habían sido presentadas desde esa “otra” disciplina, la antropología jurídica, sino que además me permitió cuestionar la metodología y los significados propios del derecho en un contexto totalmente distinto en el que son concebidos por los actores del *campo jurídico*, contribuyendo a mi re-formación académica y profesional. Además, ese nuevo lente que hubiera sido concedido para mirar algunos aspectos para los que como alumno de una facultad de derecho parecía miope, contribuyó a que concibiera las relaciones del derecho con otras disciplinas de manera distinta, dando un nuevo significando a la interdisciplinariedad.

En el presente artículo pretendo describir la experiencia de ese giro al trabajo empírico, enfocándome en uno de los aspectos que ocurrían en el espacio social en el cuál hice mi investigación, y que me remitía un significado personal especial por mi situación académica y migratoria actual: la formación de conocimiento jurídico en una clase de derecho con la participación de alumnos extranjeros. De ese modo, además de reflejarme con mis sujetos de estudio en tanto abogados, asimismo aparecía la extranjería como un aspecto vinculante con los mismos.

Para ello en primer término realizaré una breve exposición de algunas ventajas para la práctica etnográfica que ofrece el campo jurídico a los abogados-cientistas sociales que pretendan hacer del mismo un espacio social a problematizar; posteriormente esbozaré las causas que me llevaron a la elección de una clase de derecho como el campo para realizar la investigación, así como algunos de los aspectos que hube presenciado durante la observación; a continuación me abocaré al estudio de algunas de las razones por las que los alumnos extranjeros que se encuentran realizando sus estudios de posgrado en La Argentina han decidido salir de su país para continuar con su preparación académica, enfocándome en la adquisición de conocimiento como una de tales justificaciones, poniendo especial atención a la figura del alumno como mi principal sujeto de estudio; y finalmente realizaré la descripción de las formas de creación de conocimiento jurídico observadas durante la clase, así como la participación que tenían para este fin los alumnos extranjeros.

II. El “derecho” en la elección al “giro empírico”²

Si bien en un principio el trabajo de campo etnográfico fue asociado al estudio de culturas exóticas³, los movimientos de liberación y la caída del colonialismo⁴ contribuyeron al replanteamiento de los espacios sobre los cuáles aquél habría de ser realizado; de ese modo, el “hacer antropología”⁵ en la sociedad propia de los investigadores se volvió una posibilidad, acaso obligatoria⁶. Sin embargo, lo que en primera instancia fue visto como una dificultad, terminó por mostrar algunas ventajas para los investigadores: al realizar el trabajo de campo en sus propias sociedades, podían soslayar la batalla idiomática a la que se enfrentaban acudiendo a otras culturas; en tanto que se es miembro del grupo que desea estudiar, la participación e interacción se facilita⁷; y los costos (de tiempo y financieros) que se requieren para la investigación se reducen notablemente. De ese modo, los lugares cotidianos como escuelas, hospitales, centros de reclusión, tribunales, y otros tantos sitios que antes aparecían insospechados para la práctica etnográfica, se convirtieron en espacios sociales que podían ser explotados en la producción de conocimiento científico. Cualquier espacio que solo hubiese sido considerado como un lugar cotidiano, aparecía como un potencial laboratorio social.

Pero, ¿por qué recurrir al derecho, al campo jurídico, en la elección del espacio social que habría de ser estudiado?

El derecho ofrece un atractivo especial a la hora de la elección del trabajo de campo: en primer lugar aparece como un espacio de actividad social en la que los agentes e instituciones se encuentran en una constante lucha de acuerdo a sus propias reglas con distintos grados de fuerza para apropiarse de los productos en disputa dentro del juego⁸;

2. En una reciente edición de la Revista Jurídica de la Universidad de Palermo fue planteado un debate sobre el derecho y las humanidades que dio inicio a una discusión sobre la interdisciplinariedad en el estudio del derecho. Una de las propuestas realizadas por una de las autoras que formaron parte del debate era la de dar mayor difusión al trabajo empírico en las aulas de derecho (Bergallo, Paola; “El derecho y las ciencias sociales: ni siquiera una relación incómoda”; Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Año 9, Número 1, Julio de 2008; pp. 248-250).

3. Guber, Rosana; *La etnografía. Método, campo y reflexividad*; Grupo Editorial Norma; p. 23.

4. *Ibidem*, p. 36.

5. Si bien la “etnografía” y “antropología” se emplean comúnmente como términos equivalentes, esta equivalencia no deja de ser inexacta. Además de la etnografía, la antropología asimismo recurre a la arqueología, lingüística comparada, antropología física, así como a diversas formas de estudio distintas a la práctica etnográfica (Geertz, Clifford; *El antropólogo como autor*, Editorial Paidós; España; p. 9).

6. Guber, Rosana; *Op. Cit.*; p. 37.

7. *Ibidem*; pp. 38 y 39.

8. Bourdieu, Pierre, y Wacquant, Loïc; *Una invitación a la sociología reflexiva*; Siglo XXI editores; Argentina; p. 140. Cabe hacer la aclaración que el propio Bourdieu advierte un disgusto por las definiciones profesoras, por lo que la labor de conceptualizar su noción de *campo* trasciende las intenciones de este trabajo (Cfr. *Ibidem*; p. 132). Sin embargo, a efecto de conceder una posible intuición de este término en el lector, hago uso de la diferenciación que hace Bourdieu respecto de su teoría del campo y la de los sistemas tal como ha sido teorizada por Luhmann, para lo que el autor utiliza la comparación del *campo* con un juego (*jeu*) (Cfr. *Ibidem*, pp. 135-138). Cfr. asimismo Morales de Setién Ravina, Carlos; “La racionalidad jurídica en crisis: Pierre Bourdieu y Gunther Teubner”; en Bourdieu, Pierre, et al; *La fuerza del derecho*; Siglo del Hombre Editores, Bogotá; p. 62.

así, en tanto espacio social, el derecho nos ofrece además la posibilidad de realizar estudios empíricos (y por ende, trabajo de campo) en sus espacios y respecto a sus actores.

Pero además de esta razón, que aparece común a otros *campos* (como el político, científico y académico, entre otros) el *campo jurídico* ofrece algunas ventajas especiales a los abogados que pretendan realizar estudios empíricos en el derecho como espacio social. En primer lugar considero que existe una razón de *re-formación científica*, en la que el abogado –ahora interdisciplinario- deja de lado las herramientas epistemológicas propias del derecho para avocarse a su estudio desde otra *perspectiva*, y así re-pensarlo y redefinirlo (momentánea o permanentemente). El abogado no dejará de acercarse a su campo de acción, solo que ahora lo hará con un lente distinto, que le permitirá incluso abocarse al estudio de situaciones para las que de otro modo aparecería miope, ignorándolas. Además, al mismo tiempo en que se redefinen las concepciones epistémicas que habían permeado la formación del jurista, se redelinea la relación del derecho con esa otra disciplina desde la que se pretende abocarse a su estudio, redefiniéndose asimismo aquel saber con el que se ha propiciado la relación⁹.

Pero además existe una razón práctica que ofrece alguna ventaja al abogado para realizar investigaciones sociales sobre el *campo jurídico* que otros investigadores no tienen respecto de ese campo, y es que es *su* campo, y le basta tan solo estirar la mano para encontrarse con él. Si bien no debemos ignorar que esta *ventaja* a su vez podría tener algunas complicaciones, puesto que la realización de un trabajo del propio *campo* del autor, implica a su vez objetivar al sujeto mismo que pretende realizar la objetivación¹⁰, estas dificultades a su vez podrían motivar un análisis *sui generis* que sea cuando menos interesante de realizar¹¹.

Ahora bien, ¿con qué habrá de encontrarse abogado-cientista social con esa *nueva mirada*? Veamos un breve ejemplo.

9. Esta situación trasciende la interdisciplinariedad originada de la relación entre el derecho y la antropología, alcanzando incluso otras disciplinas, por ejemplo, la “sociología jurídica”: desde el derecho, esta disciplina suele ser clasificada como una “*rama auxiliar de la ciencia jurídica*”, cuando en realidad existe una distinción entre el enfoque que ella presenta y el de las formas que predominan el estudio del derecho (Azuela, Antonio, *Visionarios y pragmáticos*, Ed. Fontamara; México; p. 14). Pareciera que la interdisciplinariedad, vista desde esa concepción prescriptiva (Cfr. Balkin, Jack M., y Levinson, Stanford; “El Derecho y las humanidades: una relación incómoda”, en Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Año 9, Número 1, Julio de 2008; pp. 216-219) fuera utilizada para *completar* una de las dos disciplinas que ahora se encuentran, donde por supuesto los abogados, tendemos a *completar en beneficio del derecho*.

10. Cfr. Bourdieu, Pierre, y Wacquant, Loïc; *Op. Cit.*; p. 96.

11. Al ser cuestionado Bourdieu respecto de las dificultades que conllevó la elaboración de su trabajo *Homo Academicus* en el que realiza un estudio del campo académico francés, del que él mismo era uno de sus principales actores, refirió que terminó por ponerse a sí mismo en una situación sumamente difícil, incluso imposible (*Ibidem*; pp. 102 y 103).

III. La identificación de los alumnos extranjeros en el campo

En la investigación motivo de este trabajo, mi intención era analizar la presencia de estudiantes extranjeros en la universidad a la que pertenezco. En este caso, la extranjería de los sujetos fue mi *puerta de entrada*, y sin duda la elección del campo estuvo permeada desde el inicio con mis propias apreciaciones subjetivas, y más aún, con mi espacio cotidiano. Desde mi arribo a la Facultad de Derecho motivo de este trabajo (en adelante La Facultad), de la cual soy alumno desde agosto de 2008, apreciaba (intuitivamente) que dicha institución se encontraba colmada por personas de distintos orígenes nacionales. Al deambular por sus pasillos y aulas, notaba una gran variedad de formas de hablar que asemejaban melodías de lo más diversas, distintas a la mía propia, y distintas entre sí. Por ello tuve la impresión (reitero, intuitiva hasta ese momento) que en las instalaciones en las que convergíamos todas esas personas, me encontraría con gente de diversas partes del mundo que (al igual que yo) se habrían aventurado a venir a “La Argentina” para continuar su preparación académica.

¿Cómo era el espacio en el que convergían todas esas personas? Aquel sitio no era sino una construcción que se perdía entre tantas otras que colman la calle Mario Bravo en el Barrio de Palermo en la Ciudad de Buenos Aires. No existía gran diferencia entre ese edificio y las construcciones aledañas, acaso un anuncio que hacía referencia al nombre de la institución lo identifica de aquéllas. Un par de escalones y una puerta de cristal (que en el momento de mi ingreso al edificio se encontraba abierta) separaban el interior de la vereda. En el interior se encontraban cinco molinetes de acceso. Tres grandes pantallas situadas a un costado de dos elevadores mostraban las carreras, materias, horarios, docentes y aulas donde se llevarían a cabo las clases de la Universidad. Hacia el fondo del lobby y en la parte exterior del edificio, se encontraba un área rodeada por mesas y sillas a las que, a diferencia de las del interior, les habían sido adicionadas unas grandes sombrillas.

El salón de clases en el que tuvo cabida la sesión que fue observada estaba en el subsuelo del edificio. Para arribar al mismo no había sino que descender por unos escalones que guiaban hacia la parte inferior de la construcción. El aula era un cuarto con muros blancos y una pared de cristal con una puerta del mismo material que lo separaba de un largo pasillo. En su interior se encontraban diez mesas acomodadas una delante de la otra hasta llegar al otro extremo del aula, donde se situaba un pizarrón blanco que se perdía en un muro del mismo color. Las personas que se encontraban en su interior ocupaban algunos de los lugares previamente dispuestos, y al llegar el profesor, éste se situó en el sitio más cercano al pizarrón, permaneciendo de pie, como hizo durante el resto de la clase.

¿Qué de relevante tenían estos actos y aquél espacio tantas veces observado por muchos de nosotros?, ¿no acontece esto mismo en forma similar en casi todas las clases del mundo¹²? Si bien desde mi infancia en México, e inclusive durante mis estudios de

12. Agradezco al editor de esta publicación el llamar mi atención sobre este punto.

postgrado en La Argentina, yo mismo había sido testigo del ceremonial que implicaba el ingreso del maestro al interior de un salón¹³, en el momento en que se desarrollaba la observación etnográfica, era sumamente relevante poner especial atención a la conjunción de todos estos aspectos en atención a la elección de la estrategia que llevaría a cabo para continuar con la observación. ¿Cómo afectaría mi ubicación en la reflexividad de los alumnos?, ¿y la del maestro?, ¿y la mía propia? ¿Debería ubicarme en un lugar en el cual pasara desapercibido, o acaso debía situarme en un sitio en el que todos pudieran percatarse de mi presencia? Decidí sentarme junto al cristal pues supuse que sería el lugar más alejado al sitio en el que se ubicaría el profesor, quien como recién mencioné, se ubicó en el lugar más cercano al pizarrón. Además, desde el sitio en el que me encontraba podía observar a todos los alumnos sin que ellos a su vez pudieran percatarse de mi mirada investigadora, pues se encontraban dándome la espalda. Ahora bien, así como mi ubicación en el aula en ese momento tenía una funcionalidad sumamente específica, al mirar a mis sujetos de estudio asimismo me cuestionaba sobre la relevancia que para cada uno de ellos tenía la posición que ocupaban en el aula de clases. Después de todo, si para mí era relevante el sitio que ocuparía en el espacio en el que se desarrollaría la clase, tal vez asimismo habría de serlo para el resto de los sujetos que ahí se encontraban. ¿Influiría por ejemplo la ubicación de los alumnos extranjeros respecto de su participación en los eventos acontecidos durante la clase?, ¿influiría esto mismo en la identificación que yo habría de realizar respecto de aquellos?

Si bien gracias a la información que me había sido dada por mis informantes¹⁴, aunado a la charla que había tenido un poco antes del descenso al aula con algún alumno de la clase, sabía que en aquél sitio habría de encontrarme con estudiantes extranjeros, éstos fueron presentándoseme en el transcurso de la clase durante distintos momentos.

Un primer momento fue al inicio de la clase, en el que el profesor indicó que la exposición se dividiría en dos partes, una teórica y otra práctica, advirtiéndome que esta última “costaría más a los alumnos extranjeros”¹⁵. Hasta entonces me era imposible conocer las razones por las que el profesor había proferido esa expresión, y si en realidad a los extranjeros les costaría más la resolución de un caso relacionado con el tema de la clase. Además, no sabía a bien quiénes eran esos extranjeros, ni cuál sería su origen nacional; sólo conocía a mis informantes y sabía que ellos en efecto eran de República Dominicana. Me parecía claro que el profesor era consciente de que en su clase había alumnos que provenían de sitios distintos a La Argentina; sin embargo, no estoy muy seguro que además

13. Respecto de la relevancia del momento del ingreso del profesor al salón de clases en un aula de derecho Cfr. el artículo de Guillermo Moro, “Desde el Aula... No se Ve”, contenido en esta publicación.

14. Si bien es de suma importancia la presencia del investigador en el campo, ésta no garantiza un acceso completo al objeto de estudio. Para ello, el investigador asimismo se apoya de sujetos del campo o con acceso al mismo, quienes le proveen información y se relacionan con él complementando el bagaje cognoscitivo que le permite interpretar un espacio social determinado (Cfr. Guber, Rosana, *El salvaje metropolitano*; Editorial Paidós; Argentina; pp. 127, y en general el capítulo 6).

15. Observación del 4 de noviembre de 2009.

de la pertenencia a su clase de un grupo de alumnos de República Dominicana, estuviera consciente de la presencia de estudiantes de otros países distintos de aquél.

En un principio la expresión “estudiantes extranjeros” referida por el profesor parecía comprender a alumnos de diversas nacionalidades, lo que confirmaba lo dicho por alguno de mis informantes, a quien solicité me refiriera en qué clase percibía una mayor presencia de estudiantes extranjeros, quien al respecto me advirtió que en la clase de Derecho Penal Empresarial “*había más divergencia cultural, o sea, había argentinos, dominicanos, que en [su] caso y [sus] compañeros, ecuatorianos, peruanos, y tal vez colombianos...*”¹⁶; sin embargo, posteriormente una de esas otras nacionalidades terminó por imponerse al resto en el discurso explicado por el profesor, quien además de la advertencia sobre el ejercicio práctico, no utilizó la expresión “extranjeros”, sino que se refirió únicamente a “República Dominicana” y a los “dominicanos” que acudían a su clase.

Al inicio de la exposición me era imposible aún distinguir quiénes, de las personas que se encontraban en el aula, eran extranjeros, y quiénes argentinos; sin embargo, a medida que iba desarrollándose la clase, noté que algunos alumnos frecuentemente necesitaban alguna explicación adicional sobre la información vertida por el maestro respecto de algunos eventos acontecidos en La Argentina, y que al parecer eran del dominio popular. La información era requerida tanto al maestro como a algunos de sus compañeros, quienes se tomaban el tiempo para ahondar en los detalles desconocidos para quienes hacían las preguntas, refiriéndolos directamente a la persona que requería la información en forma discreta, o exponiendo desde su sitio hacia el resto de los compañeros, captando una especial atención de algunos de los alumnos que se encontraban en el aula.

Era notable la diferencia en la forma de hablar de aquéllos quienes requerían de más datos, y aquellos quiénes los referían; sin embargo, no logré distinguir sino dos acentos distintos, lo que nuevamente ponía en duda la presencia de personas de más de dos nacionalidades. No descarto que tal vez en el momento en que yo había acudido para realizar el trabajo etnográfico podían haber faltado a clase aquéllos estudiantes de otras nacionalidades distintas a la Argentina y la Dominicana, o tal vez los mismos fueron algunos de los estudiantes que permanecieron en silencio durante la clase (los que fueron acaso dos) sin embargo, ya sea debido a su ausencia o a su actitud pasiva, no me fue posible identificarlos.

Finalmente hubo un tercer elemento que me permitió identificar a esos estudiantes extranjeros (¿Dominicanos?), en el que tuvo que ver la distribución que los sujetos habían realizado sobre los objetos preacondicionados en el aula de clases. Al ingresar al salón me percaté que los sujetos que habían entrado a tal sitio, se habían distribuido en aquél de acuerdo a las posibilidades que ofrecían la colocación de las mesas y las sillas que habían sido predisuestas en ese lugar. Luego, durante el transcurso de la clase, me di

16. Entrevista del 24 de noviembre de 2009.

cuenta que el profesor (quien gozaba de una visión panóptica¹⁷ desde el sitio en el que se había ubicado al inicio de la clase) al referirse a los estudiantes Dominicanos, posaba su atención en las personas que se encontraban del lado izquierdo del salón (desde mi posición), quienes estaban separadas de las del lado derecho por un pasillo formado por las mesas y las sillas que dividía al salón en dos. Según el dicho de una de mis informantes, los dominicanos ocupaban ordinariamente ese sitio, pues “*generalmente, la distribución [de los bancos] era así*”¹⁸.

Al vincular la forma de hablar particular con la necesidad de aclaraciones sobre algunos sucesos más allá de las explicaciones brindadas en primera instancia por el profesor, y la atención que éste volcaba sobre algunos alumnos, a los que se refería específicamente como dominicanos, me permití identificar a esas personas con los “extranjeros” que motivaban mi investigación.

Efectivamente el lugar en el que tuvo lugar la clase de Derecho Penal Empresarial se encontraba colmado por personas de distintas nacionalidades (cuando menos dos), que le daban una diversidad especial. De un lado (literalmente) se encontraban los alumnos originarios del propio lugar en el que se llevaba a cabo la cursada observada por mí, así como el profesor, quien compartía con ellos su origen nacional; y de otro se encontraban los estudiantes extranjeros, en su mayoría provenientes de República Dominicana¹⁹, quienes daban a ese salón de clases en un componente de pluralidad nacional y cultural.

IV. ¿Porqué estudiar derecho en el exterior?

Una vez que hube comprobado la presencia de estudiantes extranjeros en una Facultad de Derecho Argentina me surgió un cuestionamiento insoslayable: ¿por qué habían venido a este país los extranjeros que se encontraban en la clase de Derecho Penal Empresarial?

De acuerdo a lo dicho por mis informantes, dos eran las razones principales para venir a La Argentina a continuar con sus estudios: la primera causa la denominaré de *importancia del “background”*, siendo esta la expresión que utilizaron mis informantes al referirme que “*allá tenemos en cuenta la gente que hizo su grado de maestría en el exterior, cuenta mucho, más que hacerlo en el mismo país, toman más en cuenta el hecho*

17. Foucault refiere que “*vivimos en una sociedad en la que reina el panoptismo (...) [S]e trata de [efectuar una] vigilancia permanente sobre los individuos*” (Foucault, Michel; *La verdad y las formas jurídicas*; Ed. Gedisa; p. 104). Incluso el propio autor refiere que una de las personas que goza de este poder especial es el “maestro de escuela” (*Ibidem*; p. 105). ¿El profesor se ubica generalmente en un extremo del aula cercano al pizarrón, toda vez que desde ese sitio puede efectuar una mejor vigilancia de los alumnos? Cfr. asimismo Foucault, Michel; *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*; Siglo XXI Editores; Argentina; pp. 199-230.

18. Entrevista del 25 de noviembre de 2009.

19. Incluso una de mis informantes me refirió que “*Somos muchos dominicanos, éramos más gente, en algunas clases hemos llegado a ser más dominicanos que argentinos (...) No creo que seamos más extranjeros, pero somos más a comparación con otras nacionalidades, unos creen que tenemos un convenio con [La Facultad], que somos tantos que tenemos algún tipo de convenio, los maestros nos han dicho*”. *Ibidem*.

de salir y hacerlo fuera”²⁰. Incluso ellos mismos concedían una importancia especial al *background* que tuvieran los maestros que impartían las clases, de quienes incluso realizaban una pre-calificación con base en sus antecedentes académicos. Ese *background* les generaba una expectativa sobre lo que el maestro debía darles²¹.

Pero más allá de ese punto, mis informantes asimismo me hacían referencia a la trascendencia de su formación académica, en la que tenía vital importancia la adquisición de conocimientos para el desempeño de su profesión. Así, al tiempo en que era reconocida la importancia de crear unos importantes antecedentes académicos, debía haber una correspondencia entre éstos y el conocimiento adquirido²². Por ahora me enfocaré en este segundo aspecto.

¿Qué tan importante es la adquisición de conocimientos para los alumnos extranjeros? Una vez que el alumno tomó la decisión de salir de su lugar de origen para elaborar un *importante background* que les merezca reconocimiento en su país, adquiere vital importancia la obtención de conocimientos jurídicos en aquel sitio en el que decidieron continuar con su preparación académica. Al respecto uno de mis informantes me refirió que él veía la clase como una relación en la que el profesor es el *sujeto pasivo*, cuya obligación es “[el] aporte conocimientos que [se] busca en esa casa de estudios (...), ¡Exijo que me aporten conocimiento!”²³.

Pierre Bourdieu (siguiendo a Austin²⁴) refiere que el ingreso al campo jurídico requiere del cumplimiento de ciertas exigencias vinculadas con el desarrollo de algunos conocimientos específicos²⁵. Si bien ahora no es mi intención hacer un análisis de tales

20. *Ibidem*.

21. Al respecto, uno de mis informantes me refirió lo siguiente: “sí, yo medía, porque no es que tenga una escala, pero yo entiendo que el ser humano por ejemplo si yo te llevo y te digo a ti que yo soy licenciado en derecho de tal universidad, tengo un máster en tal universidad, tengo un doctorado en tal universidad, más tantos cursos, más tantas charlas, más tantos congresos; tú no mides a esa persona en la misma medida, valga la redundancia que decir, yo soy licenciado en derecho y estoy haciendo una maestría, tú le exiges a aquél mucho más que a estos, tú entiendes que es una persona que haya llegado a ese, a ese, que tenga esos laureles, ha cumplido con una serie de requisitos, que requieren de estudio y esfuerzo, y por tanto tú esperas confiabilidad y aporte de sus conocimientos (...) Yo me genero una expectativa (...) ellos me dan un vaso lleno, si van llenando el otro vaso, si al final de la materia se corresponda con la medida que ellos mismos me dieron, con el estándar que ellos me dieron, de esa manera es mas o menos, yo me, la expectativa que yo mismo genero”. Ver *supra* nota 16.

22. *Ibidem*.

23. *Ibidem*.

24. Bourdieu, Pierre; “Elementos para una sociología del campo jurídico”, en Bourdieu, *et al.*; *Op Cit.*; p. 187.

25. Esas exigencias son: primero, el hecho de que se debe adoptar una decisión blanca o negra, culpable o no culpable para alguna de las partes; segundo, el hecho de que una acusación o demanda debe colocarse en una de las categorías procesales reconocidas; y, por último debe haber una referencia y conformación con los precedentes. (*Ibidem*). En otro orden de ideas pero en consonancia con algunas de las precitadas características, Dworkin desarrolla un personaje dotado de cualidades especiales llamado *Hércules*, quien es un abogado con destreza, conocimiento, paciencia y perspicacia sobrehumanas, y quien además tiene un dominio del conocimiento jurídico respecto de la Constitución, leyes estatales y los precedentes de una determinada jurisdicción (Dworkin, Ronald; *Taking Rights Seriously*; Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 105-123) ¿Representa Hércules todos los conocimientos que deberían tener los miembros del *campo jurídico*? Mi intuición es que si bien el propio Dworkin reconoce que Hércules es un personaje hipotético, el autor apunta a que su conocimiento no debería distanciarse del que habría de tener un buen abogado norteamericano.

exigencias, me interesa poner especial énfasis en que más allá de cuáles sean éstas, el ingreso al *campo* (en la noción bourdieuana del término²⁶) se encuentra condicionado a los actores que posean un conocimiento específico que los separe de los profanos²⁷ quienes de ese modo se convierten en sus *justiciables* (clientes)²⁸. Lo que se juega el alumno de una faculta de derecho en la obtención de conocimientos jurídicos, es el mismo ingreso *al campo* al que pretenden pertenecer, y si bien la formación de un *importante background* pudiera tener alguna relevancia en la adquisición de *capital simbólico*²⁹ por parte de aquéllos, no es sino el dominio de ciertos conocimientos especiales lo que terminará por abrirle la puerta de entrada del *campo jurídico*.

Sin embargo, ni todos los alumnos persiguen los mismos conocimientos, ni estos últimos tienen el mismo impacto y utilidad en quienes han sido impartidos. Así, por un lado al cuestionarle a uno de mis informantes sobre la enseñanza de los maestros, me advirtió que *“¡ellos no son maestros!, ellos son abogados, venden, y entiendo que sí le dan buenos resultados a los clientes, pero no son maestros; incluso los consejos que te dan ellos desde el punto de vista de la materia, de lo que tú puedes hacer en el derecho penal, son consejos que, el maestro entiendo que como más es una persona que enseña doctrina y deber ser, cómo deben hacerse las cosas, y ellos te enseñan cómo se hace, cómo tú debes hacer las cosas para que generes más utilidad, eso no es un maestro, ¿tú entiendes?”*³⁰. Si bien mi informante reconocía cierta valía en los *consejos* que le eran brindados por los maestros de la clase, aún había un vacío en tanto que no cumplía con las expectativas de lo que un maestro de derecho *debía ser*. Y eso acontecía no obstante que, según el dicho de mi informante, la maestría que el mismo estaba cursando era sumamente práctica; sin embargo, en dicho sujeto prevalecía la idea de que había un deber de los maestros de no transmitir únicamente consejos prácticos, sino atender asimismo cuestiones morales de las distintas áreas del derecho: *“En el marco de la maestría que yo estoy cursando, porque es una maestría muy pragmática, muy práctica, es más de resultados, de resolver cosas, al margen de que OK, hay un sinnúmero de cuestiones de tipo morales que hay que tener en cuenta como abogado, ya que por ejemplo hay temas tributarios, temas penales, temas de derecho administrativo, que no escapa al amplio aspecto de la ética profesional, y que todo profesor no debe olvidarse de transmitirle eso a sus estudiantes”*³¹.

Por otro lado, al cuestionar a otra de mis informantes sobre lo que más le había agradado de la clase, ésta me refirió que *“nosotros allá en República Dominicana carecíamos de*

26. Ver *supra* nota 8.

27. Bourdieu, *Op. Cit.*; p. 194.

28. *Ibidem*; p. 195.

29. *Ibidem*; p. 167 y 168. Además Cfr. Bourdieu y Wacquant; *Op. Cit.*; p. 158 y 159; y Baranger Denis; “Sobre estructuras y capitales: Bourdieu, el análisis de redes, y la noción de capital social”; Revista Avá, Revista de Antropología, No. 2, Septiembre de 2000, pp. 41-63.

30. *Supra* nota 16.

31. *Ibidem*.

*eso, era todo un poquito más teórico, aquí no, aquí te traen, por lo menos ellos te traían casos prácticos, dan el tiempo para leerlos y escucharlos y no se, eso es algo que te forman un plus de la clase*³². A diferencia de mi otro informante, esta última concedía un valor especial a esa forma de dar la clase en la que se pone más atención en los casos prácticos que en los aspectos teóricos, lo que generaba un *plus* en la misma.

De ahí que el conocimiento formado en una facultad de derecho no tiene una forma unívoca, ni en sentido objetivo, ni aún para los sujetos a quienes se les imparte; más bien parecería que en la creación de conocimiento en el campo del derecho, y especialmente en una escuela de derecho, existen diversas circunstancias tanto metodológicas como subjetivas que habrán de influir en aquél³³. A continuación analizaré algunos de estos aspectos.

V. La formación de conocimiento jurídico en una clase de derecho

¿Cómo se forma el conocimiento jurídico en una facultad de derecho, y de qué tipo(s) es el mismo?, ¿jugaban algún rol particular los alumnos extranjeros en la formación de conocimiento en la clase de Derecho Penal Empresarial?

Al encontrarme presente en el salón de clases, me percaté que la construcción de conocimiento jurídico se realizaba de distintas maneras en las que los sujetos de estudio tenían distintas participaciones; en algunas, el actor principal era el profesor, pero en otras, los alumnos (en especial los extranjeros) tenían una valiosa contribución.

Una manera en la que se formaba el conocimiento era la transmisión directa que de aquél realizaba el profesor hacia los alumnos, en los que el primero tenía una participación activa y éstos últimos tenían un rol meramente pasivo³⁴. Desde que el profesor arribó al salón y sacó de su maletín su computadora personal conectándola a un proyector, expuso una serie de conceptos, como la definición de algún delito en particular³⁵ y las características específicas del mismo; al realizar esto los alumnos no hacían sino transcribir en sus cuadernos los conceptos que les eran proyectados, y si surgía una pregunta, la misma era respondida únicamente por el profesor con la afirmación: *“es así, es que no puede ser de otra manera, sino, no se da el delito”*³⁶. La definición que era referida por el profesor no daba lugar a modificación alguna, ni a una apreciación subjetiva siquiera; *era así*, y no había otra posibilidad.

32. Ver *supra* nota 18.

33. Sobre este punto Cfr. Riles, Annelise; “Property as Legal Knowledge: Means and Ends”; The Journal of the Royal Anthropological Institute, Vol. 10, No. 4, (Dec., 2004), pp. 778-784.

34. Ver *supra* nota 13.

35. En el día en el que tuvo verificativo la observación, el tema principal de la exposición era el delito de plagio. Ver *supra* nota 15.

36. *Ibidem*.

Mi impresión al inicio de la investigación, era que este sería el rol de los alumnos durante el resto de la clase, sin embargo, aunque si bien efectivamente en algunos lapsos se confirmaban mis intuiciones, el resto de la clase aconteció más bien lo contrario. Efectivamente, hubo momentos en los que los alumnos sí tenían participación activa en la formación del conocimiento jurídico. Como he citado anteriormente, en ocasiones los alumnos argentinos realizaban alguna explicación de los hechos de algún caso a aquellos compañeros extranjeros que se las solicitaban, colaborando a la comprensión de los mismos. Tratándose la clase del delito de plagio, además del maestro, los alumnos argentinos hacían explicaciones de algunos programas televisivos y de casos judiciales que se habían ventilado en la información pública, en los que tenían participación algunos empresarios de los medios de comunicación en La Argentina. Estos intercambios de información se realizaban en ocasiones en forma discreta, únicamente entre el extranjero que preguntaba y el argentino que explicaba en voz baja, como si pretendiera no interrumpir la clase; otras veces, algún alumno argentino interrumpía al profesor y realizaba la exposición de algún hecho, o aclaraba las circunstancias de un caso explicado por aquél, llamando la atención del resto de la clase. Era como si algunos alumnos a su vez participaran de la exposición de la clase, que en un principio pensé sería acaparada por el profesor.

En estos casos, si bien algunos alumnos extranjeros mantenían un rol activo de participación, sus intervenciones eran para preguntar datos respecto de los hechos acontecidos fuera de su país, desconocidos por ellos, pues toda vez que a través de los mismos se pretendía la facilitación del conocimiento jurídico impartido, la falta de conocimiento sobre tales hechos repercutiría en la comprensión de los conceptos enseñados durante el transcurso de la clase.

¿Qué tan importante era el conocimiento de los hechos en la formación del conocimiento jurídico? Para intentar hacer frente a esta pregunta narraré un incidente que llamó mi atención en forma especial ocurrido con una alumna extranjera.

Anteriormente referí que al inicio de la clase el profesor advirtió que durante la misma pondría un caso práctico que *“costaría más a los estudiantes extranjeros”*. Pues bien, hacia el final de la clase, el maestro refirió brevemente los hechos de un caso práctico, y posteriormente indicó a una alumna (extranjera por cierto) que expresara su opinión sobre el mismo. La alumna –quien se encontraba desprevenida– atinó a responder con la interrogante *“¿me podría repetir la pregunta?”*, a lo que el profesor inmediatamente respondió *“¡y bueno!”*, procediendo a explicar nuevamente los hechos del caso, respondiendo ahora la alumna *“pienso que sí se da el delito de plagio”*. Una vez que fuera pronunciada la respuesta de la estudiante extranjera, el maestro introdujo nuevos datos al ejemplo (al parecer obviados intencionalmente al hacer la pregunta por primera vez) y antes de que pudiera expresar alguna respuesta dicha estudiante, dos alumnos argentinos interrumpieron pretendiendo brindar una posible solución; sin embargo, el maestro insistió a su interlocutora para que ésta le proporcionara una nueva respuesta, a lo que contestó refiriendo simplemente *“no sé”* por lo que el maestro nuevamente proporcionó una explicación del caso, introduciendo nuevamente hechos omitidos con anterioridad,

respondiendo finalmente la alumna “*no se da el delito de plagio*”. Una vez producida esta respuesta, el maestro hizo notar ante el resto de la clase el cambio de postura de la estudiante a la que se había interrogado sobre el caso práctico, brindando su aprobación de dicha circunstancia e introduciendo el argumento “*es normal que te confundas, pues el derecho es confuso, incluso los jueces se confunden*”³⁷.

Al final del caso resuelto en la clase se concluía un argumento determinante en el que según el dicho de la alumna en cuestión, y del profesor, en ese caso específico *¡no se configuraba el delito de plagio!* Pero parecía que la intención no era únicamente llegar a esa conclusión, sino que asimismo se pretendía que ese argumento también fuera válido para otros casos en los que existieran algunas de las características específicas de aquél. Para poder llegar a esa conclusión tendrían que ser empleados los conocimientos que previamente habían sido informados por el profesor y que se reforzaban con la resolución de un caso práctico específico. En otras palabras, el conocimiento jurídico emergería, en parte, de la enseñanza del caso (y en general de los casos vistos en clase)³⁸.

Antes de iniciar la investigación efectivamente mi impresión era que esto era lo que acontecía en las clases en las que la metodología giraba en torno a la enseñanza de un caso, y que así debía de ser, pues el uso de un caso práctico daba un nivel de concreción a la clase que facilitaría la comprensión de los conceptos impartidos durante la misma³⁹.

Pero ¿en realidad un caso práctico daba ese nivel de concreción deseado?, ¿la enseñanza del derecho con un caso práctico argentino tenía el mismo efecto en los estudiantes argentinos y en los extranjeros? En esa tesitura aún recuerdo que al hacer mis preparativos para venir a la Argentina a realizar mis estudios, muchos compañeros de universidad me preguntaban: “*pero ¿para que te vas a estudiar a Argentina, si las cosas allá no son como aquí*”, o más aún, “*¿te va a servir estudiar en Argentina, si los casos y las leyes son tan diferentes que después no podrás aplicarlos aquí?*”

Ahora bien, respecto del incidente ocurrido en la clase y que he descrito recién, ¿tuvo algo que ver el que la alumna a la que le fue solicitado que resolviera el ejercicio práctico fuera extranjera?, ¿porqué preguntarle a una alumna extranjera precisamente y no a uno argentino? Toda vez que mi intención al iniciar la observación era dilucidar el rol que los alumnos extranjeros tenían en una clase de derecho, así como por haberse suscitado un suceso como el recién referido, en el que la principal protagonista fuera una alumna extranjera, me di a la tarea de contactar a esta última para obtener su opinión respecto de los acontecimientos de la clase.

37. *Ibidem*.

38. Cfr. Riles, Annelise, *Op. Cit.*; p. 782.

39. Cfr. *Ibidem*; pp. 780-781.

Mi intuición era que el profesor le hizo a ella precisamente la pregunta debido a su condición de extranjera. Recordemos que desde el inicio de la clase el docente advirtió que trabajarían con un caso práctico cuya resolución costaría más a los extranjeros, y si bien, mi informante no había hecho evidente su condición de extranjera, estaba situada del lado del salón en el que se encontraban sentados los alumnos dominicanos, por lo que su extranjería pudo haber sido presumida por el profesor. Sin embargo, tal vez esa no fue la razón, o cuando menos, no la única.

Al cuestionarle a mi informante sobre la causa por la que ella sospechaba que el profesor le había realizado esa pregunta, me expresó que no consideraba relevante la condición de su extranjería. Según su propia deducción, ello se debió a que el profesor se había percatado que la misma se encontraba distraída⁴⁰ y era una especie de castigo. Mi informante me comentó que cuando el profesor había llamado la atención de alguna otra alumna, ella se sonrió, circunstancia de la que se dio cuenta el profesor (quien se encontraba en una posición privilegiada para *vigilar*⁴¹ al resto de los alumnos) procediendo a solicitarle la resolución del caso práctico como una sanción por su distracción.

Sin embargo, más allá de que la razón por la que se hiciera la pregunta a mi informante fuera por su condición de extranjera, o en tanto sanción por su distracción, considero que la formación de conocimiento jurídico en los alumnos extranjeros tiene algunas particularidades distintas a los de los alumnos originarios del sitio en el que acontece el caso utilizado en la clase.

En primer lugar debemos tener en cuenta que los alumnos extranjeros, generalmente, desconocen los hechos de los casos de dominio público. Si bien tanto el profesor como los alumnos argentinos hacían esfuerzos por precisar algunos detalles para que se facilitara la comprensión de los hechos, habría algún punto que podría pasar desapercibido, omitiéndose, pero que a su vez podría contribuir a una mejor comprensión del caso. Por ejemplo, el asunto que había sido expuesto a mi informante para su resolución, correspondía a la disputa entre dos canales de televisión suscitada toda vez que uno de ellos tenía un programa en el que reproducía sin autorización, contenidos de programas del otro canal. Analizado así el ejemplo, efectivamente aparece como la narración de algunos hechos en forma tal que podrían aplicarse a un gran número de casos. Sin embargo, durante la clase fueron expuestos casos concretos en los que se daba el nombre preciso de los programas, los canales por los que éstos eran televisados y el nombre de los conductores que participaban en ellos. El inconveniente acá es que mi informante (y en general los alumnos extranjeros de esa maestría, quienes al hacerla en una modalidad intensiva, permanecían algo menos de un año en La Argentina, y según su dicho, sin mucho

40. Recordemos que el primer comentario referido por ella al realizársele la pregunta fue: “¿me podría repetir la pregunta?”.

41. Ver *supra* nota 17.

tiempo para mirar televisión precisamente por la intensidad de los cursos⁴²) desconocía esos programas, canales y conductores, y en general, los hechos narrados por el maestro; y si bien el profesor al hacer la exposición trataba de explicar los hechos de la forma más conveniente para que estos fueran comprendidos por los dominicanos, ello en lo absoluto soslayaría el desconocimiento que *a priori* se tenía sobre tales hechos, algo que presumiblemente los alumnos argentinos no padecían.

Sin embargo, no solo es el desconocimiento del caso lo que terminaría por tener relevancia en el conocimiento que habría de formarse. Además de este aspecto, la pertenencia de los alumnos extranjeros a un contexto sociocultural distinto parece asimismo jugar un rol relevante en la formación del conocimiento jurídico en aquéllos por medio de la enseñanza de casos prácticos ocurridos en algún sitio ajeno para ellos. Los alumnos no solo desconocían los hechos ocurridos de los ejemplos de la clase, sino que el contexto que rodeaba el caso les era asimismo ajeno; y es que aún desconociendo los detalles de la cultura de República Dominicana, podemos intuir que ésta es cuando menos distinta en algunos aspectos a la de La Argentina.

¿Cómo era subsanada esa diferencia cultural de los casos enseñados en clase? Los alumnos extranjeros comúnmente se detenían en la comprensión del caso, pretendiendo obtener la mayor cantidad de detalles posibles del mismo; luego, una vez asimilados los

42. Al respecto uno de mis informantes me refirió que tuvo un incidente con un alumno argentino toda vez que este último sostenía repetidamente que los extranjeros no tenían las mismas ocupaciones que los argentinos y que por lo tanto pasaban la mayor parte de su tiempo en actividades ociosas:

"Informante: Pero la impresión de los argentinos, y no solamente de los argentinos eh, con relación a los dominicanos, sino con relación a los otros extranjeros, era que como nosotros éramos estudiantes extranjeros que estábamos aquí solamente estudiando, que solo andábamos de joda, eh, o sea por ejemplo muchos argentinos, la mayoría hoy trabajaban, pero por ejemplo justificaban el hecho de que quizá no hacían un trabajo, que les iba mal en el examen, un hecho que de que ellos trabajaban y el hecho que nosotros no, y realmente eh, nosotros tenemos una ventaja los que no trabajamos pero no es justificación, porque yo por ejemplo cuando estaba en la universidad yo trabajaba y estudiaba y no me iba mal, y por ejemplo ellos están en la modalidad regular de la maestría son tres veces por semana y yo en cambio estoy en la modalidad intensiva son cuatro veces por semana llevando once materias, lo cual eh, la carga que ellos tienen en el trabajo yo la tengo en el estudio, o sea que es proporcional el asunto y ellos por ejemplo tienen esa impresión y piensan que nosotros estamos aquí solamente.

Entrevistador: ¿te lo dijeron alguna vez?

Informante: ¡Sí, sí! me lo decían, me lo dicen a cada rato, por ejemplo llegaba a clases, a no que estabas de joda, oye te levantaste a la una de la tarde, o sea, eh nos molestaban mucho con eso, nos molestaban bastante con eso.

Entrevistador: Pero eran pocos de los argentinos, o ¿todos?

Informante: Eh se podría decir que el ochenta por ciento de ellos, ¡no, no!, me atrevería a decir que el noventa por ciento, solo quizá las mujeres que tenían la más mínima presencia no nos molestaban, pero los hombres sí, siempre, siempre, siempre, llegué a tener inconveniente con alguno de ellos.

Entrevistador: Pero ¿cómo inconvenientes?

Informante: Si no, que le hablé mal porque me parece como envidioso y demás porque yo tengo las mismas presiones que tú, yo no trabajo, yo tengo once materias, yo tengo las mismas responsabilidades que tú las tengo fuera, las tengo en mi país, tengo que resolverlas desde acá son responsabilidades económicas y académicas desde acá". Ver supra nota 16.

hechos, éstos a su vez eran traducidos a algún acontecimiento que hubiera ocurrido en forma similar en su país. Al respecto una de mis informantes (precisamente a la que había sido encomendada la resolución del caso al final de la clase) me refirió que el entendimiento del caso dependía *“de la magnitud [del caso], dependiendo si el caso tal vez tú lo aplicas automáticamente a algo o hubo algo parecido que pasó en tu país (...) mentalmente lo asimilas a algo que pasó en tu país”*⁴³.

De ese modo, en los alumnos extranjeros, el camino que llevaba de los hechos, al derecho, transitaba por un paso intermedio en el que las circunstancias del caso eran traducidas al contexto sociocultural de República Dominicana, asimilándolo con algún suceso parecido acontecido en su país. Una vez que se realizaba ese paso, y teniendo (ahora sí) como marco un caso práctico que permitiera vislumbrar la aplicación de los conocimientos aprendidos, era cuando emergía el conocimiento jurídico que los alumnos pretendían obtener en la clase.

Pero ¿que pasaría si no hubiera hechos semejantes en aquél otro sitio?, ¿cómo asimilar por ejemplo, la comprensión de la comisión del delito de plagio por la reproducción de algunas escenas de una novela sin la autorización de sus realizadores en un sitio en el que la mayoría de la población usualmente no vea telenovelas, o no tenga televisión⁴⁴?

No obstante esta eventualidad parecía que los alumnos sí consideraban haber obtenido conocimientos jurídicos realmente valiosos. Podría decirse que la abstracción que presentaba para ellos la exposición de hechos desconocidos, e incluso ajenos a su contexto sociocultural, era simplemente soslayada por la abstracción del conocimiento jurídico que era aprendido, y que en el caso de los alumnos extranjeros, era idónea, pues desde un principio sabían que esos conocimientos no serían aplicados en el contexto argentino, pues sería en República Dominicana donde ejercerían su profesión.

La pregunta que de esto me surge es “¿cómo podrá alcanzarse la concreción necesaria para la aplicación del conocimiento jurídico formado en una clase que desde un principio fue colmada de nociones y hechos abstractos?, ¿al final de la clase, la noción del delito de plagio habría de ser la misma en los alumnos argentinos que conocían todos los casos referidos por el maestro durante la clase, así como en los alumnos extranjeros que más bien asimilaban esos casos a alguno acontecido en su país? Tal vez en realidad éste nivel de concreción nunca se logre, ni en los estudiantes extranjeros ni aún en los argentinos, pues quizá no sea realmente necesaria para hacer frente a la resolución de casos *concretos*. Parece que precisamente lo que buscaban los alumnos extranjeros eran nociones abstractas, generales, incluso ajenas, pues eso les daba un amplio margen de traducción para la posterior aplicación de los conocimientos jurídicos que aprendían fuera de su país.

43. Ver *supra* nota 18.

44. Aclaro que esta es una pregunta meramente hipotética, y no pretendo afirmar que sea así en la República Dominicana, de donde eran mis informantes.

VI. Conclusiones

Mi intención en este trabajo fue dar testimonio de cómo el uso de una herramienta de la antropología, como lo es la práctica etnográfica, ha concedido un lente para mirar diversos aspectos de nuestros lugares cotidianos para los que anteriormente, en tanto abogado, aparecía miope. Un espacio social común a los actores del campo jurídico, que hasta entonces había sido considerado solo como un espacio cotidiano, así como las prácticas que se llevan a cabo en dicho lugar, han sido repensados y resignificados en un movimiento reflexivo propiciado por un trabajo interdisciplinario.

Precisamente una de las nociones que ha sido objeto de esa resignificación es el conocimiento jurídico que se origina en un aula de derecho, su formación y traducción. Los alumnos, quienes en primera instancia, pensaba eran los sujetos pasivos de una relación en la cuál los profesores les contribuyen conocimientos, han sido vislumbrados como agentes sumamente activos en la conformación del conocimiento que finalmente es aprendido por ellos mismos. Además, la extranjería de algunos alumnos de una facultad de derecho, da cuenta de cómo ese conocimiento jurídico es comprendido de una forma distinta atendiendo las diferencias culturales de los miembros del campo jurídico, quienes no obstante que son nativos en dicho campo, evidencian la pluralidad y diversidad del mismo.

